

Stefano Montaldo

**I LIMITI DELLA COOPERAZIONE  
IN MATERIA PENALE  
NELL'UNIONE EUROPEA**



Università degli Studi di Torino - Dipartimento di Giurisprudenza

EDITORIALE  
SCIENTIFICA

E  
S

QUADERNI DEL DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA  
DELL'UNIVERSITÀ DI TORINO



STEFANO MONTALDO

I LIMITI DELLA COOPERAZIONE  
IN MATERIA PENALE  
NELL'UNIONE EUROPEA

EDITORIALE SCIENTIFICA  
NAPOLI

*Proprietà letteraria riservata*

Copyright © 2015 Editoriale Scientifica srl  
Via San Biagio dei Librai, 39  
Palazzo Marigliano  
80138 Napoli

ISBN 978-88-6342-721-9

*A Fede e alla nostra famiglia*



## INDICE

INTRODUZIONE	1
1. Il concetto di limite: precisazioni terminologiche e metodologiche	1
2. Il limite: <i>art de la polychromie</i> dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia	6
3. Esigenze e limiti intrinseci all'avvio di forme di cooperazione giudiziaria in materia penale	11
4. Le peculiarità della cooperazione giudiziaria in materia penale nell'Unione europea: obiettivi e strumenti	16
4.1. <i>La cooperazione in materia penale quale strumento per la tutela di interessi rilevanti per l'ordinamento UE</i>	16
4.2. <i>La cooperazione normativa</i>	20
4.3. <i>La cooperazione in materia penale ed il ruolo della Corte di giustizia</i>	22

## CAPITOLO I

### I LIMITI DELLE COMPETENZE DELL'UNIONE EUROPEA NELLA COOPERAZIONE IN MATERIA PENALE

1. Il "giardino proibito" degli Stati membri e le competenze dell'Unione in materia penale: profili introduttivi	26
2. L'integrazione negativa e l'integrazione indiretta in materia penale	28
2.1. <i>L'integrazione negativa attraverso l'influenza del diritto UE sulle norme penali nazionali</i>	28
2.2. <i>L'integrazione penale indiretta: l'obbligo in capo agli Stati di adottare tutte le misure – eventualmente di natura penale – necessarie ad assicurare l'effettività del diritto dell'Unione</i>	31
2.3. <i>L'assenza di competenza penale diretta della Comunità europea prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona</i>	35
3. I limiti storici del sistema istituzionale dell'Unione europea nella cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale	36
3.1. <i>Accesso al "giardino proibito"? Le prime esperienze di cooperazione ed il quadro istituzionale della cooperazione giudiziaria in materia penale nel Trattato di Maastricht</i>	36
3.2. <i>Il Trattato di Amsterdam e la riforma strutturale ed istituzionale del terzo pilastro</i>	38
4. Le disposizioni generali del Titolo V TFUE: il parziale superamento dei limiti di matrice intergovernativa nella nuova cornice istituzionale e decisionale della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale	40



5. Le esigenze di chiarezza, semplificazione e trasparenza del sistema delle competenze sottese alla riforma di Lisbona: la centralità del principio di attribuzione e le ricadute sulla cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale	46
6. La base giuridica in materia di diritto penale processuale: l'articolo 82 TFUE	54
6.1. <i>Il contenuto dell'art. 82 TFUE e le novità introdotte dal Trattato di Lisbona</i>	54
6.2. <i>Il rapporto tra le disposizioni dell'art. 82 TFUE</i>	59
7. La base giuridica in materia di diritto penale sostanziale: l'art. 83 TFUE	64
7.1. <i>Il contenuto dell'art. 83 TFUE</i>	64
7.2. <i>Il freno d'emergenza</i>	68
7.2.1. <i>Il funzionamento della clausola</i>	68
7.2.2. <i>La portata del freno d'emergenza ed il rapporto con ulteriori clausole previste dai Trattati</i>	70
7.2.3. <i>Il controllo sull'azionamento del freno d'emergenza</i>	73
8. Le competenze attribuite all'Unione europea ex art. 83, par. 2, TFUE	75
8.1. <i>Il contenuto dell'art. 83, par. 2, TFUE: profili introduttivi</i>	75
8.2. <i>Le origini dell'art. 83, par. 2, TFUE: la giurisprudenza della Corte di giustizia sulle competenze penali della Comunità europea</i>	76
8.3. <i>Le reazioni alla giurisprudenza della Corte: i dubbi sulla portata della competenza penale della Comunità europea</i>	82
8.4. <i>Esegesi dell'art. 83, par. 2, TFUE: la presenza di misure di armonizzazione</i>	85
8.5. <i>(segue) L'indispensabilità dell'intervento normativo penale</i>	90
8.6. <i>I possibili settori di applicazione dell'art. 83, par. 2, TFUE</i>	93
9. La dibattuta esistenza di ulteriori basi giuridiche idonee a giustificare l'adozione di norme di carattere penale	103
10. Tra passato e futuro: l'esigenza di verificare il rispetto delle basi giuridiche in tema di cooperazione in materia penale ed ulteriori politiche europee	108
10.1. <i>Aspetti introduttivi: la cooperazione in materia penale e la corretta individuazione della base giuridica</i>	108
10.2. <i>La delimitazione dei confini fra i pilastri dell'Unione europea: l'art. 47 TUE precedente alla riforma di Lisbona e l'odierno art. 40 TUE</i>	110
10.3. <i>L'art. 47 TUE e la giurisprudenza della Corte di giustizia</i>	114
10.4. <i>La nuova formulazione dell'art. 40 TUE e le letture proposte dalla dottrina</i>	122
10.5. <i>Le implicazioni dell'interpretazione dell'art. 40 TUE</i>	128
10.6. <i>La dimensione esterna della cooperazione penale ed i conflitti sulla scelta della base giuridica</i>	131
10.7. <i>Cooperazione in materia penale ed altre politiche UE: margini per futuri conflitti alla luce delle finalità delle competenze attribuite all'Unione?</i>	136

CAPITOLO II  
L'ESERCIZIO DELLE COMPETENZE DELL'UNIONE EUROPEA  
ED I LIMITI DELLA COOPERAZIONE IN MATERIA PENALE

1. L'esercizio delle competenze dell'Unione in materia di cooperazione penale tra fattori di accentramento e ricerca di equilibrio	146
2. La <i>preemption</i> nella cooperazione in materia penale	147
2.1. <i>Note introduttive: la preemption nel diritto dell'Unione europea</i>	147
2.2. <i>Le tipologie di effetti della preemption rilevate dalla dottrina e dalla Corte di giustizia</i>	150
2.3. <i>La preemption nella cooperazione in materia penale: i fattori normativi</i>	152
2.4. <i>La preemption nella cooperazione in materia penale. La giurisprudenza della Corte di giustizia</i>	156
2.4.1. <i>La giurisprudenza in tema di tutela delle vittime di reato</i>	156
2.4.2. <i>La giurisprudenza riguardante il mandato d'arresto europeo</i>	159
3. L'esercizio delle competenze dell'Unione europea nella cooperazione in materia penale ed il principio di sussidiarietà	162
3.1. <i>Il principio di sussidiarietà e la riforma di Lisbona: aspetti introduttivi</i>	162
3.2. <i>Principio di sussidiarietà e cooperazione penale all'esito della riforma del Trattato: fra limiti all'esercizio delle competenze dell'Unione e ricorso al diritto penale quale ultima ratio</i>	165
3.3. <i>Il controllo politico ex ante sul rispetto del principio di sussidiarietà</i>	167
3.3.1. <i>Profili istituzionali e prime evidenze applicative</i>	167
3.3.2. <i>La conferma della rilevanza del meccanismo anticipato di controllo politico: la censura della proposta di regolamento sull'istituzione di una procura europea</i>	175
3.4. <i>Il sindacato giurisdizionale ex post sul rispetto del principio di sussidiarietà</i>	178
3.4.1. <i>L'originario approccio della Corte di giustizia: i dubbi sulla sindacabilità del principio</i>	182
3.4.2. <i>La prassi della Corte di giustizia in ordine allo scrutinio sul rispetto del principio di sussidiarietà</i>	188
3.5. <i>Sussidiarietà procedurale e sostanziale: l'esigenza di una riconsiderazione della valutazione sul rispetto del principio nel contesto della cooperazione penale</i>	194
4. I limiti all'efficacia degli atti UE in materia di cooperazione penale	197
4.1. <i>Il dibattito sull'efficacia diretta degli atti UE in materia penale nel regime precedente all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona</i>	194
4.2. <i>La scadenza del regime transitorio e le prospettive future</i>	197
4.3. <i>Il primato del diritto UE e le fonti sulla cooperazione in materia penale</i>	204
5. L'esercizio delle competenze UE in materia penale ed i limiti connessi alla partecipazione degli Stati membri: gli <i>opt-out</i> di Regno Unito, Irlanda e Danimarca	208
5.1. <i>Il processo di integrazione europea tra uniformità e differenziazione</i>	208

5.2. <i>L'opt-out e l'acquis di Schengen</i>	211
5.3. <i>L'opt-out nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia: Regno Unito ed Irlanda</i>	215
5.4. <i>Il block opt-out del Regno Unito ed il successivo back opt-in</i>	219
5.5. <i>La posizione della Danimarca rispetto alla cooperazione in materia penale</i>	228
6. Il sistema delle competenze dell'Unione ed i tratti di una politica penale UE: limiti e prospettive	233
6.1. <i>Fra attribuzione ed esercizio delle competenze dell'Unione: una proposta di sintesi e concettualizzazione dei limiti strutturali della cooperazione in materia penale</i>	233
6.2. <i>Evidenze e ambizioni di una politica penale europea: la presa di posizione delle istituzioni europee</i>	244

CAPITOLO III  
I LIMITI DEL SISTEMA GIURISDIZIONALE  
DELL'UNIONE EUROPEA  
NELLA COOPERAZIONE IN MATERIA PENALE

1. L'evoluzione del ruolo della Corte di giustizia nella cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale: i limiti storici ed i riflessi sull'attuale disciplina della competenza giurisdizionale	251
1.1. <i>I limiti alla giurisdizione della Corte di giustizia nell'ambito della cooperazione in materia penale nel Trattato di Maastricht</i>	251
1.2. <i>Il Trattato di Amsterdam e l'evoluzione della giurisdizione della Corte di giustizia</i>	257
1.3. <i>(segue) L'impossibilità di avviare procedure di infrazione e le alternative di carattere politico</i>	258
1.4. <i>I limiti al ricorso per annullamento avverso gli atti del terzo pilastro</i>	260
1.4.1. <i>I limiti istituzionali</i>	260
1.4.2. <i>... ed il loro parziale superamento, attraverso l'approccio sostanzialistico della Corte di giustizia</i>	263
2. Il Trattato di Lisbona: una nuova veste su misura per la Corte di giustizia e le sue implicazioni nella cooperazione in materia penale	267
2.1. <i>Profili introduttivi: gli elementi cardine della riforma delle funzioni della Corte di giustizia</i>	267
2.2. <i>L'esaurimento del periodo transitorio quinquennale previsto dal Protocollo n. 36</i>	268
2.3. <i>La competenza pregiudiziale</i>	270
2.4. <i>Il controllo sull'operato degli Stati</i>	278
2.5. <i>Il controllo sugli atti dell'Unione</i>	285
3. Limiti e rafforzamento della cooperazione in materia penale nell'attività interpretativa della Corte di giustizia	292

3.1. <i>L'attività interpretativa della Corte alla luce delle peculiarità della cooperazione in materia penale</i>	292
3.2. <i>L'individuazione dei limiti della cooperazione in materia penale mediante il criterio dell'interpretazione letterale</i>	296
3.3. <i>Attività interpretativa e superamento dei limiti della cooperazione in materia penale: i metodi sistematico e teleologico</i>	302
3.4. <i>Il metodo comparatistico: un criterio interpretativo accessorio... di primaria importanza nell'ambito della cooperazione in materia penale</i>	306
4. I limiti residui alla giurisdizione della Corte di giustizia	314
4.1. <i>I limiti interni: l'opt-out di alcuni Stati membri, il Protocollo n. 30 sulla Carta dei diritti fondamentali e l'art. 276 TFUE</i>	314
4.2. <i>Un limite esterno formalmente superato? Cenni al rapporto fra Corte di giustizia e Corte europea dei diritti dell'uomo nella prospettiva della negata adesione dell'Unione europea alla CEDU</i>	319
5. Il ruolo propulsivo della Corte ed i suoi limiti nella cooperazione in materia penale	327

CAPITOLO IV  
IL RECIPROCO RICONOSCIMENTO  
DELLE DECISIONI GIUDIZIARIE PENALI ED I SUOI LIMITI

1. Struttura del Capitolo ed aspetti introduttivi	334
2. Implicazioni e limiti del mutuo riconoscimento nel mercato interno: cenni	334
2.1. <i>Mutuo riconoscimento: un valore storico, un principio giuridico, un criterio di azione politica</i>	334
2.2. <i>Affermazione, implicazioni e ratio del principio del mutuo riconoscimento</i>	336
2.3. <i>I limiti del reciproco riconoscimento nel mercato interno</i>	339
2.3.1. <i>I limiti normativi</i>	340
2.3.2. <i>I limiti giurisprudenziali</i>	344
3. Mutuo riconoscimento e reciproco riconoscimento: le specificità dell'istituto nella cooperazione in materia penale	348
3.1. <i>L'applicazione del reciproco riconoscimento alla cooperazione in materia penale</i>	348
3.2. <i>Mutuo riconoscimento e reciproco riconoscimento nella cooperazione in materia penale: peculiarità e differenze</i>	349
4. L'approccio del legislatore europeo e della Corte di giustizia al reciproco riconoscimento in materia penale: la ricerca di automatismo e rapidità, tra fiducia reciproca ed effettività	353
4.1. <i>L'impulso al reciproco riconoscimento per via normativa: il ruolo dello Stato emittente e dello Stato di esecuzione</i>	354
4.2. <i>(segue) Gli strumenti normativi che incentivano il carattere automatico del riconoscimento e dell'esecuzione dei provvedimenti giurisdizionali stranieri</i>	360

4.2.1. L'esempio della decisione quadro 2002/584/GAI sul mandato d'arresto europeo	360
4.2.2. La prassi del legislatore europeo negli altri atti volti all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento	364
4.3. <i>Fiducia reciproca ed automaticità nella giurisprudenza della Corte di giustizia</i>	367
4.4. <i>In particolare: l'interpretazione estensiva della nozione di sentenza definitiva ai fini dell'applicazione del principio del ne bis in idem europeo</i>	370
5. I limiti del reciproco riconoscimento nella cooperazione in materia penale	380
5.1. <i>I limiti di carattere normativo</i>	381
5.1.1. Reciproco riconoscimento e frammentazione degli ordinamenti nazionali. Il criterio dell'equivalenza	382
5.1.2. Il valore aggiunto della cooperazione penale: la delimitazione del campo applicativo del reciproco riconoscimento alle sole situazioni di particolare gravità o rilevanza	388
5.1.3. Le clausole normative destinate a circoscrivere la portata del reciproco riconoscimento, alla luce della necessità di tutelare peculiarità ed interessi degli ordinamenti nazionali o diritti fondamentali dell'individuo	393
5.1.4. I limiti normativi al reciproco riconoscimento e la tutela dell'ordine pubblico	397
5.1.5. I limiti normativi al reciproco riconoscimento e la tutela dei diritti fondamentali	402
5.2. <i>I limiti derivanti dal margine discrezionale accordato agli Stati membri nell'attuazione ed applicazione delle norme UE</i>	411
5.2.1. Margine discrezionale del legislatore nazionale nel recepimento degli atti UE e limiti del reciproco riconoscimento	412
5.2.2. Il margine discrezionale dello Stato di esecuzione nell'applicazione delle procedure di cooperazione e dei motivi di rifiuto in particolare	417
5.2.3. In particolare: il caso della natura risocializzante della pena e del diritto al reinserimento sociale del reo, alla luce della disciplina sul mandato d'arresto europeo	419
5.2.4. Il caso del <i>ne bis in idem</i>	423
6. Considerazioni conclusive	427

## CAPITOLO V

### I LIMITI DERIVANTI DAI PRINCIPI GENERALI DI DIRITTO PENALE, DAI DIRITTI FONDAMENTALI E DALLE RESPONSABILITÀ STATALI CIRCA IL MANTENIMENTO DELL'ORDINE PUBBLICO

1. Principi generali dell'ordinamento UE in materia penale, diritti fondamentali e responsabilità statali nel mantenimento dell'ordine pubblico: limiti alla cooperazione penale o elementi di equilibrio del sistema?	431
--	-----

2.	I limiti della cooperazione derivanti dai principi generali del diritto penale	433
2.1.	<i>I principi generali del diritto penale: limiti intrinseci all'attività normativa europea</i>	433
2.2.	<i>La sussistenza di un rilevante interesse meritevole di protezione ed il principio di offensività</i>	435
2.3.	<i>Il principio di proporzionalità dei reati e delle pene</i>	446
3.	I limiti derivanti dal sistema di tutela multilivello dei diritti fondamentali	453
3.1.	<i>Le prospettive poste dall'attribuzione di valore giuridico primario alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea</i>	453
3.2.	<i>L'ambito di applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea</i>	458
3.3.	<i>Un tentativo di sistematizzazione delle categorie di situazioni in cui la Carta trova applicazione</i>	464
3.4.	<i>Il livello di protezione dei diritti fondamentali alla luce delle disposizioni orizzontali della Carta</i>	469
3.4.1.	Le situazioni interamente disciplinate dal diritto dell'Unione	473
3.4.2.	Le situazioni parzialmente disciplinate dal diritto UE	476
3.4.3.	I possibili limiti all'impostazione della Corte	477
3.5.	<i>L'interpretazione della Carta e le limitazioni ai diritti da essa previsti</i>	482
3.5.1.	I limiti alla portata del <i>ne bis in idem</i> : il rapporto tra l'art. 50 della Carta e l'art. 54 CAAS	485
3.5.2.	Requisiti per l'applicazione del <i>ne bis in idem</i> : la nozione di <i>idem factum</i>	493
4.	Cooperazione penale e responsabilità incombenti in capo agli Stati membri nella tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza interna	497
4.1.	<i>La nozione di ordine pubblico: delimitazione dell'indagine</i>	497
4.2.	<i>Ordine pubblico e pubblica sicurezza: il quadro normativo primario</i>	501
4.3.	<i>Note sulla giurisprudenza in materia di ordine pubblico e pubblica sicurezza nel contesto del mercato interno: linee interpretative comuni nella definizione della portata di queste clausole</i>	506
4.4.	<i>La natura delle clausole di ordine pubblico e sicurezza interna ex artt. 72 e 276 TFUE: un tentativo di ricostruzione</i>	510
4.5.	<i>La portata delle clausole di ordine pubblico e sicurezza interna ex artt. 72 e 276 TFUE</i>	519
4.6.	<i>Situazioni eccezionali e tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza interna: gli artt. 346 e 347 TFUE</i>	523
5.	Principi generali, diritti fondamentali e interessi essenziali degli Stati: limiti della cooperazione essenziali al rafforzamento della cooperazione in materia penale	527
	CONCLUSIONI	535
	BIBLIOGRAFIA	545



## INTRODUZIONE

SOMMARIO: 1. Il concetto di limite: precisazioni terminologiche e metodologiche. – 2. Il limite: *art de la polychromie* dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia. – 3. Esigenze e limiti intrinseci all'avvio di forme di cooperazione giudiziaria in materia penale. – 4. Le peculiarità della cooperazione giudiziaria in materia penale nell'Unione europea: obiettivi e strumenti. – 4.1. *La cooperazione in materia penale quale strumento per la tutela di interessi rilevanti per l'ordinamento UE*. – 4.2 *La cooperazione normativa*. – 4.3. *La cooperazione in materia penale ed il ruolo della Corte di giustizia*.

### 1. Il concetto di limite: precisazioni terminologiche e metodologiche

La scelta del titolo di un lavoro monografico dovrebbe essere tesa ad inquadrare l'oggetto della trattazione, a sintetizzare in una *extrema summa* il tema affrontato e – magari – a catturare ed alimentare l'attenzione dell'aspirante lettore, altrimenti di rado conquistato dalla mole che si trova innanzi. In questa prospettiva, l'accento posto sul termine “limite”, che preciso sin d'ora essere voluto ed a lungo ponderato, potrebbe a prima vista far presagire che la trattazione si dipani attraverso una puntuale enucleazione di tutto ciò che cooperazione penale europea non è. Ma perché mai nutrire l'ambizione di scrivere un libro di non-diritto dell'Unione europea? Ovviamente, non è mia intenzione muovere in questa direzione e ritengo che anche una rapida visione dell'indice del volume ne possa fornire testimonianza.

Eppure rimane la necessità – o quanto meno l'opportunità – di un chiarimento terminologico e metodologico sulla scelta da me operata, non tanto per esibirmi in una *excusatio non petita*, quanto per dare contezza della complessità concettuale che è racchiusa nella nozione di limite e che ha ispirato l'intera stesura del lavoro.

Il concetto di limite è infatti allo stesso tempo inevitabile e sfuggente: inevitabile poiché intrinseco ai confini che costellano l'esperienza umana; sfuggente perché ad ogni limite corrisponde una tensione verso il suo superamento, verso una maggiore comprensione o conoscenza, verso un “oltre” sinora precluso.

Nel primo senso, il limite è parte integrante della storia umana, in ogni suo aspetto tangibile così come nell'evolversi del sapere. «Vanità delle vanità: tutto è vanità», esclama non senza rassegnazione Qoèlet in un Libro raccolto nell'Antico Testamento<sup>1</sup>, consapevole della natura fugace ed effimera dell'uomo e di ogni sua creazione. Questa accezione statica ha condotto i filo-

<sup>1</sup> Qoèlet, versetto 2.



sofi dell'antica Grecia ad accettare il limite – il *περας* – come elemento essenziale per la piena comprensione dell'essenza dell'uomo, al riparo dagli eccessi individuali e collettivi dell'irrazionalità<sup>2</sup>. Secondo Aristotele, infatti, «ciò che non ha limite non è rappresentabile esaurientemente nel nostro pensiero, ed è perciò inconoscibile»<sup>3</sup>.

La forzatura del limite è non a caso alla radice del genere letterario della tragedia greca: è la *ubrig* – la superbia, la presunzione di forza e potenza – dell'uomo che si ribella al fato, alla volontà degli dei o ai più elementari principi che regolano la vita sociale a determinare la distruzione di ogni suo piano di prevaricazione<sup>4</sup>. Il Prometeo incatenato di Eschilo patisce così la dura punizione divina per aver tentato di donare il fuoco agli uomini<sup>5</sup>, mentre nei Persiani, dello stesso autore, Serse subisce l'annientamento della propria ingente flotta a causa della sua tracotanza, che lo ha spinto a condurre una guerra ingiusta costellata di atti di empietà ed eccessiva violenza<sup>6</sup>.

La lettura classica del limite è stata ripresa in maniera sistematica solo in epoca illuministica, sulla spinta dell'empirismo Locke e Hume e del pensiero di Kant: la ragione umana è costantemente influenzata dall'esperienza esterna, che è fonte del processo conoscitivo, ma al contempo ne fissa i confini, poiché anch'essa circoscritta. Si è così aperta la strada alla piena valorizzazione delle potenzialità dell'intelletto umano e della libertà che esso esprime: «Non occorre altro che la libertà, e la più inoffensiva di tutte le libertà, quella cioè di fare pubblico uso della propria ragione in tutti i campi»<sup>7</sup>.

Si afferma così un'idea positiva del limite, già *in nuce* nel pensiero greco, ma ora emancipata dal fatale dualismo *υβρις*-sanzione. Il limite non è necessariamente statico, ma implica in maniera quasi automatica due aspetti di particolare rilevanza: la ricerca di equilibrio e la tensione verso nuovi orizzonti.

Il limite è anzitutto risultato di un bilanciamento, di un equilibrio fra opposte forze centrifughe. Questa accezione è ben espressa soprattutto nel pen-

<sup>2</sup> Il rispetto del limite è caratteristica talora attribuita anche alla divinità. La tradizione vuole incise sul frontone del tempio di Apollo, a Delfi, le esortazioni *μεδεν αγων* – nulla di troppo! – e *γνωθι σαυτον* – conosci te stesso! – che esemplificavano la capacità del divino di governare il *πατος* della ragione, e quindi di fissare dei limiti a se stesso e alle proprie pulsioni irrazionali.

<sup>3</sup> Cfr. ARISTOTELE (a cura di G. REALE), *Metafisica*, Milano, 2000; la traduzione è tratta da P. ZELLINI, *Breve storia dell'infinito*, Milano, 1993, p. 6.

<sup>4</sup> Per approfondimenti sull'elaborazione filosofica alla base della tragedia greca v. F. NIETZSCHE, *La nascita della tragedia*, Milano, 2010. V. inoltre S. NATOLI, *Libertà e destino nella tragedia greca*, Brescia, 2002.

<sup>5</sup> ESCHILO, traduzione C. CARENA, *Prometeo incatenato*, Torino, 1995.

<sup>6</sup> ESCHILO, traduzione G. IERANÒ, *I Persiani*, Milano, 2009.

<sup>7</sup> Cfr. I. KANT, *Risposta alla domanda: che cos'è l'illuminismo?*, saggio del 1794, riportato con la traduzione di S. MANZONI e A. TETAMO in A. TAGLIAPIETRA (a cura di), *Che cos'è l'illuminismo: i testi e la genealogia del concetto*, Milano, 2000, pp. 16 ss.

siero politologico e giuridico moderno<sup>8</sup>, teso alla ricerca di regole che possano consentire l'organizzazione collettiva ed ovviare alla pulsione verso l'*homo homini lupus*<sup>9</sup>. In una parabola analoga a quella del personaggio tracotante della tragedia greca, lo Stato di diritto – ai suoi albori incentrato sulla prevalenza del potere pubblico e su un rapporto rigidamente gerarchico con i cittadini – diviene Stato costituzionale dei diritti<sup>10</sup>, grazie all'affermazione progressiva di principi, garanzie, regole condivise. In una parola, limiti. A livello internazionale, in senso analogo, lo *jus in bello* delinea per la prima volta l'opportunità di frenare l'uso della forza nel corso di attività militari, sino alla consacrazione dello *jus ad bellum* ed alla definitiva affermazione del divieto di uso della forza, limite di *jus cogens* alle degenerazioni dei rapporti fra Stati.

Specularmente, ad ogni limite si accompagna una dimensione dinamica, ossia la ricerca del suo superamento o, quanto meno, l'esigenza di delineare nuovi equilibri in risposta al mutare delle vicende umane, individuali e collettive. In una sottile linea di confine tra gli opposti destini di Dedalo ed Icaro – metafora imperitura dell'ingegno e dei suoi confini – le creazioni umane evolvono con il mutare della realtà. Anche in questo caso, il diritto appare uno dei settori in cui questa dinamica è più accentuata, poiché incentivata da molteplici fattori, quali le scelte politiche, le mutevoli esigenze di tutela, il fenomeno della globalizzazione. La ricerca di nuovi equilibri diviene dunque essenziale per sciogliere la complessità della realtà, ben esemplificata in ambito giuridico dalla crescente intersezione di ordinamenti statali e sovranazionali<sup>11</sup>.

In definitiva, la scelta terminologica operata nel titolo del presente lavoro sottende questa triplice dimensione del concetto di limite: il confine statico *tout court*, l'equilibrio, il tentativo di superamento dei limiti esistenti. Ciascuna di queste accezioni, in effetti, caratterizza lo sviluppo del processo di integrazione europea nel suo complesso<sup>12</sup> ed *a fortiori* nel contesto della coopera-

<sup>8</sup> Per approfondimenti v. J.J. CHEVALIER, *Le grandi opere del pensiero politico moderno*, Bologna, 1998.

<sup>9</sup> Cfr. T. HOBBS, a cura di T. MAGRI, *De cive. Elementi filosofici sul cittadino*, Milano, 2005.

<sup>10</sup> V. in questo senso G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992.

<sup>11</sup> Fra i molti contributi sul punto v. S. CASSESE, B. CAROTTI, L. CASINI, E. CAVALIERI, E. MACDONALD, M. MACCHIA, M. SAVINO (a cura di), *Global administrative law: the casebook*, New York, 2012.

<sup>12</sup> Sin dalla Dichiarazione del 9 maggio 1950 dell'allora Ministro degli Esteri francese Robert Schuman, il cammino dell'integrazione europea è stato delineato come un'esperienza graduale, costruita sulla base di «realizzazioni concrete» progressive. Questa accezione del processo di integrazione – cd. Europa dei piccoli passi – ha condotto gli Stati membri verso sempre nuovi approdi e rinnovati slanci cooperativi, anche grazie all'approccio funzionalista sostenuto da Jean Monnet ed alla graduale centralità del rapporto tra obiettivi del processo di integrazione ed approfondimento dei legami tra gli Stati membri. Per un approfondimento sulle teorie volte a spiegare la natura del processo di integrazione europea v. M. MASCIA, *Il*

zione penale, tanto dal punto di vista istituzionale quanto sotto il profilo sostanziale ed operativo.

Avviata secondo gli schemi della cooperazione intergovernativa, la cooperazione in materia penale ha via via superato i limiti originari, sino a beneficiare, a séguito della riforma di Lisbona, del regime ordinario previsto dai Trattati per le politiche UE. Questa evoluzione tradisce tuttavia residui confini e peculiarità istituzionali, che manifestano tutt'oggi la delicatezza della materia in esame.

A questo riguardo, sorge l'esigenza di una ulteriore precisazione terminologica. Sebbene infatti l'attuale Capo 4 del Titolo V TFUE rechi la rubrica «cooperazione giudiziaria in materia penale», nel corso della lavoro verranno con frequenza utilizzate formule di differente tenore, accomunate dall'elisione dell'attributo «giudiziaria». Lungi dal costituire involontarie imprecisioni, tali espressioni intendono cogliere nel segno dei più recenti sviluppi di questa politica europea, già rimarcati e fatti propri da alcuni commentatori: è stato invero evidenziato come l'attribuzione all'Unione di competenza in materia penale abbia ampliato in maniera significativa lo spettro operativo della cooperazione, sino a spostarne sempre più il baricentro in favore dell'attività legislativa<sup>13</sup>. La cooperazione penale nell'Unione europea non appare dunque confinata entro gli schemi tradizionali della collaborazione giudiziaria, ma, grazie al conferimento di competenza al ravvicinamento delle legislazioni nazionali in materia sostanziale e processuale, abbraccia nell'attuale contesto una dimensione più ambiziosa ed incisiva, della quale si è inteso rendere conto nel presente lavoro.

Muovendo da queste considerazioni, l'analisi intende in primo luogo considerare i limiti strutturali ed istituzionali della cooperazione in materia penale. Dal primo punto di vista, con i primi due Capitoli, lo studio si propone di analizzare i limiti connessi all'attribuzione ed all'esercizio delle competenze nell'ambito della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale. Con riguardo al primo aspetto, viene anzitutto sottolineato come, a fronte della centralità del principio di attribuzione e del tentativo di chiarire e semplificare le competenze riconosciute all'Unione, il settore in esame evidenzia non secondari elementi di flessibilità ed incertezza, che potrebbero condurre ad un sensibile incremento dell'attività del legislatore europeo ed alla difficoltà di inquadrare correttamente le basi giuridiche per le future iniziative normative. Inoltre, l'idea del limite e dell'equilibrio è alla base dei principi di proporzionalità e sussidiarietà, che regolano l'esercizio delle attribuzioni dell'UE e la cui rilevanza è stata a più riprese evidenziata dai redattori dei Trattati.

*sistema dell'Unione europea. Appunti su teorie, attori e processi nella prospettiva di una Costituzione per l'Europa*, Padova, 2005.

<sup>13</sup> P. ASP, *The substantive criminal law competence of the EU*, Stoccolma, 2013.

Il terzo Capitolo è focalizzato sul sistema giurisdizionale e muove dalla consapevolezza che la riforma di Lisbona ha in ampia misura permesso di superare le previgenti restrizioni alla giurisdizione della Corte di giustizia. Nonostante ciò, permangono residui confini, sia a livello sistematico sia in relazione alla messa in opera dei principali rimedi giurisdizionali disciplinati dai Trattati.

Negli ultimi due Capitoli l'indagine abbraccia la dimensione sostanziale ed approfondisce alcune fra le più dibattute situazioni in cui le esigenze della cooperazione penale – e dunque di un approfondimento del processo di integrazione in materia o, quanto meno, della sua piena effettività – possono all'occasione mal combinarsi con esigenze ulteriori e di primaria rilevanza. In particolare, è oggetto di analisi la ricerca di un equilibrio tra la piena attuazione dei meccanismi di cooperazione penale ed il perseguimento di alcuni interessi fondamentali, rappresentati ora dal rispetto dei principi generali del diritto penale e dalla tutela dei diritti fondamentali, ora dalla necessità di rispettare i cardini dei sistemi penali interni o delle costituzioni nazionali, così come le funzioni delle autorità nazionali in materia di garanzia dell'ordine pubblico e della pubblica sicurezza.

Ogni passaggio dell'analisi è accomunato dalla consapevolezza che l'eliminazione della struttura a pilastri e l'inquadramento della cooperazione penale nel contesto del titolo V TFUE hanno determinato un notevole impulso all'attività delle istituzioni europee in materia, con la conseguente necessità di riflettere con maggiore puntualità sulla ricerca di rinnovati equilibri e sui nuovi margini di approfondimento del processo di integrazione.

A questo riguardo, pertanto, il limite – nella sua complessa portata poc'anzi descritta – appare un avvincente paradigma di lettura del modello di cooperazione in materia penale avvalorato dall'Unione europea. L'ampiezza di questa politica europea e l'impulso innovatore che attualmente la contraddistingue hanno suggerito di operare una selezione fra le molte tematiche rilevanti, allo scopo di individuare i principali elementi di dibattito ed interesse nelle tre aree concettuali prescelte: il dato istituzionale, il sistema delle competenze, il bilanciamento tra effettività della cooperazione ed ulteriori interessi ed obiettivi fondamentali. Molte problematiche sono state pertanto volutamente collocate su un piano secondario o considerate in relazione ad aspetti specifici, ritenuti maggiormente funzionali alla conduzione dell'analisi. Un esempio su tutti è rappresentato dal confronto sulla natura e sulle funzioni della Procura europea: alla data della chiusura del presente lavoro, infatti, l'*iter* verso l'istituzione di tale organo è ancora confinato ai passaggi immediatamente seguenti la presentazione della proposta di regolamento da parte della Commissione. È stato dunque ritenuto opportuno mantenere questo tema – con il suo conseguente carico di questioni, soprattutto di natura istituzionale e processuale – sullo sfondo delle argomentazioni, valorizzando d'altro can-

to alcuni circoscritti elementi, come ad esempio l'attivazione della procedura politica di verifica *ex ante* sul rispetto del principio di sussidiarietà da parte dei parlamenti nazionali.

Prima di affrontare l'analisi delle tematiche prospettate, appare opportuno un inquadramento complessivo della materia, nella specifica ottica dei limiti al processo di integrazione. La nozione di limite è infatti intrinseca alla progressiva costruzione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, nonché alla specifica accezione di cooperazione – giudiziaria e normativa – in materia penale sviluppata nel contesto dell'Unione europea.

## **2. Il limite: *art de la polychromie* dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia**

Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, sin dalle sue origini, ha manifestato a livello strutturale la costante tensione fra limiti al processo di integrazione e sforzo verso il loro compiuto o parziale superamento. Una tensione che, nella riformata sistemica dei Trattati, appare ora il *leitmotiv* del futuro sviluppo del processo di integrazione nella cooperazione giudiziaria in materia penale e nella cooperazione di polizia.

In termini generali, l'idea dell'esistenza di limiti ad una politica europea unitaria nei settori interessati dal Titolo V TFUE appare sottesa alla formulazione stessa dell'art. 67, par. 1, TFUE, che inaugura le norme generali sullo spazio di libertà, sicurezza e giustizia. Questa disposizione, infatti, muove dall'assunto che l'UE subordina la realizzazione di tale spazio comune al rispetto dei diritti fondamentali, delle peculiarità degli ordinamenti interni e delle tradizioni giuridiche degli Stati membri<sup>14</sup>.

La formulazione del Trattato, nella sua immediatezza, rivela un dato di fondo: al cospetto dell'unitarietà dell'obiettivo, occorre fare fronte a molteplici elementi di differenziazione e frammentazione, che attengono in massima parte al rapporto tra processo di integrazione e dimensione nazionale, ma che riguardano altresì metodi ed obiettivi delle politiche europee.

Da un lato, con l'entrata in vigore del Trattato di riforma si è assistito ad una (tendenziale) «*normalisation*» dello spazio di libertà, sicurezza e giusti-

<sup>14</sup> È giocoforza rilevare come la formulazione dell'art. 67 TFUE goda, sotto questo profilo, di maggior respiro rispetto al dettame dell'art. 6 TUE, che menziona più specificamente le tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri. Il disposto dell'art. 67 TFUE accoglie dunque la necessità di impostare la cooperazione nelle materie comprese nel Titolo V TFUE in senso orientato a radicate scelte dei sistemi giuridici interni, che possano assurgere al rango di elementi tradizionali di uno o più ordinamenti nazionali, senza però costituire parte integrante del patrimonio comune all'esperienza costituzionale degli Stati membri.

zia<sup>15</sup>, ovverosia al tentativo di erigere una costruzione coerente ed uniforme, capace di tradurre in concreto il motto europeo “uniti nella diversità”. Costituiscono esempi elettivi in tal senso la nuova disciplina del processo decisionale, l’attuale configurazione della competenza giurisdizionale della Corte di giustizia, la più puntuale precisazione delle attribuzioni dell’Unione, unitamente alla riconosciuta rilevanza del principio di sussidiarietà.

Dall’altro lato, nondimeno, persistono rilevanti peculiarità, che denunciano l’esigenza di individuare opportuni bilanciamenti tra le forze centrifughe in campo<sup>16</sup> e che – per ricorrere una formula spesso utilizzata in passato per descrivere l’assetto istituzionale interpilastro – contribuiscono a delineare uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia «a geometria variabile»<sup>17</sup>, benché in tono minore rispetto al regime previgente.

La persistente frammentazione ha le proprie radici anzitutto nella convergenza strutturale di più ordinamenti giuridici – locali, nazionali e, non va dimenticato, sovranazionali – che nel continente europeo si distingue per particolare articolazione, *a fortiori* in materie sensibili e tradizionalmente influenzate dalle priorità politiche espresse a livello statale<sup>18</sup>. Questa varietà si

<sup>15</sup> V. in questo senso D. SORASION, B. JESUS-GIMENO, *L’apport du Traité de Lisbonne dans les domaines justice, liberté et sécurité*, in *Gazette du Palais*, n. 171, 19 giugno 2008, p. 42.

<sup>16</sup> Sotto il profilo istituzionale, occorre ricordare la presenza di alcuni meccanismi che rievocano l’approccio intergovernativo a queste materie, come nel caso della clausola del freno d’emergenza o di pur circoscritte ipotesi di voto all’unanimità, ad esempio nel campo del diritto di famiglia, *ex art.* 81, par. 3, TFUE. V., fra i molti contributi in materia, per una visione ottimistica, ma parimenti velata dalla consapevolezza di molteplici residue peculiarità e frammentazioni istituzionali e politiche, J. MONAR, *The institutional framework of the AFSJ: specific challenges and dynamics of change*, in J. MONAR (a cura di), *The institutional dimension of the European Union’s Area of freedom, security and justice*, Bruxelles, 2010; B. NASCIMBENE, *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia a due anni dall’entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2011, p. 14.

<sup>17</sup> V., fra coloro che hanno utilizzato questa formula, J.M. CORTES MARTIN, *Immigration et regroupement familial dans l’UE: un droit à géométrie variable?*, in *Revue de droit de l’Union européenne*, 2005, p. 721.

<sup>18</sup> Sulla dinamica rispetto agli ordinamenti nazionali v. più diffusamente *infra*, Cap. V. Alcuni recenti casi emblematici riguardano il tema dei controlli alle frontiere interne e riflettono la difficoltà di condurre politiche unitarie. In primo luogo la riattivazione dei controlli alla frontiera con l’Italia da parte della Francia, in occasione della cd. “emergenza nord-Africa” del 2011, vicenda sulla quale v. S. CARRERA, E. GUILD, M. MERLINO, J. PARKIN, *A race against solidarity: the Schengen regime and the Franco-Italian affair*, Centre for European Policy Studies Working Paper, April 2011, reperibile all’indirizzo internet [http://aei.pitt.edu/31639/1/The\\_Franco-Italian\\_Affair.pdf](http://aei.pitt.edu/31639/1/The_Franco-Italian_Affair.pdf) (20 novembre 2014). In secondo luogo, si registra l’accordo politico “Permanent total control in Denmark”, concluso l’11 maggio 2011 tra i principali partiti danesi ed il governo e finalizzato ad un inasprimento dei controlli alle frontiere nazionali, con l’obiettivo di contrastare con maggiore efficacia la criminalità transnazionale. Per approfondimenti v. M. MUNKOE, *The 2011 debacle over Danish border control: a mismatch of domestic and European games*, College of Europe EU Diplomacy Paper 1/2012, consultabile all’indirizzo <http://aei.pitt.edu/33456/> (14 novembre 2014). Da ultimo, nel settembre del

traduce in differenti sistemi giuridici, a partire dalla *summa divisio* fra ordinamenti di *common law* e di *civil law*<sup>19</sup>, ed include altresì differenze geografiche capaci di favorire o contrastare l'integrazione<sup>20</sup>.

Essa inoltre può essere declinata in divergenti obiettivi perseguiti dagli Stati coinvolti, così come da una diversa percezione di un fenomeno oggetto di attività normativa comune<sup>21</sup>, con la conseguente crescita dei costi transatti-

2011, la Romania ha annunciato il blocco delle importazioni di fiori dai Paesi Bassi, dopo che il governo olandese aveva manifestato la propria opposizione al pieno ingresso della Romania nell'area Schengen. Per riflessioni sulla politica di controllo alle frontiere interne, anche alla luce delle criticità poste dalla casistica riportata, v. C. WILLEMOES JORGENSEN, K. ENGSIG SORENSEN, *Internal border controls in the European Union: recent challenges and reforms*, in *European Law Review*, 2012, p. 249; v. altresì, in termini più generali, D. THYM, *EU migration policy and its constitutional rationale: a cosmopolitan outlook*, in *Common Market Law Review*, 2013, p. 709.

<sup>19</sup> Distinzione che talora incide sulla portata delle norme derivate dell'Unione in materia di spazio di libertà, sicurezza e giustizia. È possibile citare l'esempio del regolamento CE 2210/2003 del Consiglio, del 27 novembre 2003, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, in GUCE L 338, del 23 dicembre 2003, p. 1, il cui art. 3, par. 1, lett. b), attribuisce competenza giurisdizionale alle autorità dello Stato di nazionalità dei due coniugi o, nel solo caso del Regno Unito e dell'Irlanda, del luogo ove essi hanno il domicilio comune. Questa formulazione consente di cogliere nel segno delle implicazioni della nozione anglosassone di domicilio, tanto che il par. 2 del medesimo articolo puntualizza che «Ai fini del presente regolamento la nozione di "domicile" cui è fatto riferimento è quella utilizzata negli ordinamenti giuridici del Regno Unito e dell'Irlanda». Per approfondimenti e per uno studio sulla praticabilità di un tentativo di uniformazione terminologica nel diritto privato europeo v., *ex multis*, C. VON BAR, E.M. CLIVE, H. SCHULTE-NOLKE (a cura di), *Principles, definitions and model rules of European private law*, Monaco, 2009. V. inoltre le riflessioni di E. DI NAPOLI, *A place called home: il principio di territorialità e la localizzazione dei rapporti familiari nel diritto internazionale privato post-moderno*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2014, p. 899.

<sup>20</sup> Per un approfondimento sul fattore geografico come limite o risorsa del processo di integrazione nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia v. in particolare M. GARCIA, S. LABAYLE, C. MAZILLE, M. ROCCATI, *L'Espace de liberté, sécurité et justice: un droit à géographie variable*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 2012, p. 828. Le differenze geografiche possono costituire un elemento di contrasto alla cooperazione anche alla luce delle diverse priorità politiche che più Stati possono maturare in relazione ad uno stesso fenomeno, alla anche luce della loro posizione nel continente europeo. Basti pensare al diverso approccio al fenomeno migratorio via mare, che negli ultimi anni ha non di rado contrapposto frontalmente l'Europa mediterranea e gli altri Stati membri. Con riferimento all'influenza del dato geografico sui flussi migratori via mare e sulla loro gestione v. la documentata analisi di P. DE BRUYCKER, A. DI BARTOLOMEO, F. FARGUES, *Migrants smuggled by sea to the EU: facts, laws and policy options*, European University Institute Migration Policy Centre, Research Report 2013/09, reperibile all'indirizzo internet <http://www.migrationpolicycentre.eu/docs/MPC-RR-2013-009.pdf> (4 marzo 2014). La contiguità geografica, d'altra parte, sia nel passato che in tempi più recenti, è stata spesso fattore propulsivo della cooperazione. Basti pensare alle prime forme di cooperazione penale avviate nell'UE, circoscritte in aree geografiche omogenee, come si vedrà innanzi, al par. 2 del presente Capitolo.

<sup>21</sup> La dottrina ha studiato, ad esempio, il diverso approccio degli Stati membri al fenome-

vi, derivanti dall'incremento delle risorse negoziali necessarie a individuare posizioni condivise<sup>22</sup>. Allo stesso tempo, i limiti alla conduzione di politiche realmente unitarie si esprimono attraverso le differenti velocità impresse talora al processo di integrazione, così come mediante la variabilità geografica di quest'ultimo, assicurata dalle forme di flessibilità della partecipazione degli Stati<sup>23</sup>.

A questo riguardo, merita evidenziare come queste forme di frammentazione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia impongano a loro volta il ricorso a tecniche e metodi di integrazione differenziati, che possano adattarsi alla "geometria variabile" del Titolo V TFUE<sup>24</sup>. Ne deriva una molteplicità di metodi e tecniche di cooperazione e di produzione normativa, dotati di differenti gradi di incisività sugli ordinamenti nazionali. In una prospettiva orizzontale, ad esempio, l'integrazione europea viene condotta attraverso l'assi-

no del terrorismo ed alla nozione stessa di terrorismo. Per un'analisi esaustiva sul punto v. C. ECKES, *The legal framework of the European Union's counter-terrorist policies*, in C. ECKES, T. KONSTADINIDES (a cura di), *Crime within the Area of freedom, security and justice: a European public order*, Cambridge, 2011, p. 127.

<sup>22</sup> Questo problema appare tanto più pressante se si considera l'estensione della procedura legislativa ordinaria alla maggior parte delle basi giuridiche dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia. Questo *iter* deliberativo comporta infatti, soprattutto rispetto alle questioni più controverse, notevole sforzo negoziale tra Commissione, Parlamento e Consiglio, al quale si aggiungono le diffuse ed approfondite consultazioni che accompagnano la proposta di un atto legislativo e ne arricchiscono l'*iter* di adozione. Il risultato cui non di rado si perviene è la semplificazione dei testi promossi in prima battuta dalla Commissione, anche attraverso l'elisione degli aspetti sui quali sia più difficile raggiungere diffusi consensi tra gli Stati membri. Un caso interessante, a questo riguardo, è costituito dalla recente approvazione della direttiva 2014/42/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 3 aprile 2014, relativa al congelamento ed alla confisca dei beni strumentali e dei proventi di reato nell'Unione europea, in GU L 127, del 29 aprile 2014, p. 39, il cui testo, dopo quasi due anni di confronto all'interno del Parlamento e del Consiglio, ha subito numerosi emendamenti di segno riduttivo rispetto alla proposta della Commissione, di cui alla comunicazione COM(2012) 85 def., del 12 marzo 2012. Per approfondimenti sulle caratteristiche della proposta formulata dalla Commissione v. A.M. MAUGERI, *Proposta di direttiva in materia di congelamento e confisca dei proventi del reato: prime riflessioni*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2012, p. 180. Sugli sviluppi dell'*iter* decisionale v. F. MAZZACUVA, *La posizione della Commissione LIBE del Parlamento europeo alla proposta di direttiva relativa al congelamento ed alla confisca dei proventi di reato*, in [www.penalcontemporaneo.it](http://www.penalcontemporaneo.it), 16 luglio 2013 (10 marzo 2014). Per una valutazione sull'esito di tale *iter* v., sulla medesima rivista, pubblicato in data 19 settembre 2014, A.M. MAUGERI, *La direttiva 2014/42/UE relativa alla confisca degli strumenti e dei proventi da reato nell'Unione europea tra garanzie ed efficienza: un work in progress* (20 novembre 2014).

<sup>23</sup> Su questi profili v. *infra*, Capitolo II, par. 5.

<sup>24</sup> Sottolinea l'eterogeneità dei metodi di integrazione, in relazione al settore del diritto penale, in particolare, P. BEAUVAIS, *Frontières du droit pénal de l'Union: les difficultés de l'espace de liberté, de sécurité et de justice à géométrie variable, note sous CJUE, 26 oct. 2010, Royaume Uni c/ Conseil, C-482/08*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 2011, p. 654. Per l'autore la frammentazione dei metodi di integrazione è connotata allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia.



stenza giudiziaria, la cooperazione ed il coordinamento tra autorità nazionali, la cooperazione rafforzata, l'integrazione differenziata mediante gli istituti dell'*opt-out* e dell'*opt-in*; in una dimensione verticale e normativa, invece, intervengono in via principale il principio del reciproco riconoscimento ed il ravvicinamento degli ordinamenti nazionali mediante l'adozione di norme minime comuni.

La varietà degli strumenti a disposizione delle istituzioni europee testimonia che, nonostante le significative riforme apportate dal Trattato di Lisbona, la presenza di limiti e l'esperienza della frammentazione sono – con diverse modulazioni a seconda della materia interessata – elementi distintivi dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia. Anzi, in una opposta prospettiva, in dottrina si è inteso evidenziare come proprio il limite e la frammentazione possano a loro volta assurgere al rango di metodi per mezzo dei quali e grazie ai quali si sviluppa il processo di integrazione in questo ambito<sup>25</sup>.

La costruzione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia può essere in definitiva descritta come «*art de la polychronie*»<sup>26</sup> e – si suggerisce – della *polychromie*, ossia come un complesso tentativo di *concordantia discordantium* tra le molteplici istanze coinvolte<sup>27</sup>. È stato in effetti evidenziato come il nuovo edificio dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, pur condividendo i valori fondativi dell'Unione, conservi accentuate peculiarità, che lo rendono «*moins soluble qu'il paraît dans la mécanique de l'intégration européenne*»<sup>28</sup>.

<sup>25</sup> Da questo punto di vista, v. S. POILLOT-PERUZZETTO (a cura di), *Trajectoires de l'Europe, unie dans la diversité depuis 50 ans*, Parigi, 2008. L'approfondimento proposto nel volume analizza la dinamica fra obiettivi e metodi del processo di integrazione, soffermandosi sul delicato equilibrio tra unità e differenziazione al quale esso tende.

<sup>26</sup> Cfr. M. DELMAS-MARTY, *Les forces imaginantes du droit. Tome III: la pluralisme ordonné*, Parigi, 2006, p. 32.

<sup>27</sup> L'idea che una delle finalità elettive del diritto sia la «pratica concordanza delle discordanze» è stata tradizionalmente approfondita soprattutto dalla dottrina costituzionalistica. In questo senso v. in particolare G. ZAGREBELSKY, *Diritto per: valori, principi o regole (a proposito dei principi di Ronald Dworkin)*, in *Quaderni fiorentini per la storia della cultura giuridica moderna*, 2002, p. 880. In relazione alla dimensione multilivello della coesistenza di norme, valori e principi diversi e talora di difficile contemperamento nel continente europeo v., fra gli altri, la recente ed attuale analisi di B. GUASTAFERRO, *Legalità sovranazionale e legalità costituzionale. Tensioni costitutive e giunture ordinamentali*, Torino, 2013. L'espressione latina riportata nel testo richiama il *Decretum Gratiani* intitolato *Concordantia discordantia canonum*, redatto nel 1140 dal giurista Graziano allo scopo di razionalizzare la copiosa e talora incoerente produzione normativa di diritto canonico consolidatasi nei secoli, ai fini della sua successiva codificazione.

<sup>28</sup> In questo senso v. H. LABAYLE, *Refonder l'espace de liberté, de sécurité et de justice à la lumière de l'arrêt Van Gend en Loos?*, in A. TIZZANO, J. KOKOTT, S. PRECHAL (a cura di), *Van Gend en Loos 1963-2013. 50th anniversary of the judgment. Conference proceedings*, Bruxelles, 2013, p. 197. L'autore evidenzia come l'attuale conformazione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia sia distante dagli schemi di funzionamento sottesi alla pronuncia celebrata: il Titolo V TFUE, infatti, non implica in maniera meccanica ed automatica la neutralizzazione de-

Peraltro, molti dei fattori di differenziazione che animano lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia operano in misura alquanto incisiva nei settori della cooperazione giudiziaria in materia penale e della cooperazione di polizia. Prima di approfondire le ragioni e le implicazioni di questa circostanza, occorre puntualizzare che cosa si intenda per cooperazione giudiziaria e quali siano i limiti strutturali di questo concetto nell'ordinamento dell'Unione europea.

### 3. Esigenze e limiti intrinseci all'avvio di forme di cooperazione giudiziaria in materia penale

L'espressione "cooperazione giudiziaria" viene tradizionalmente utilizzata per indicare in maniera comprensiva le attività che l'autorità giudiziaria di uno Stato è chiamata a compiere nell'ambito di un procedimento pendente o già celebrato in uno Stato straniero<sup>29</sup>. In questo senso, la formula costituisce un possibile sinonimo, benché non privo di accezioni più generiche ed atecniche, della maggiormente radicata e puntuale nozione di assistenza giudiziaria<sup>30</sup>. Quest'ultima, a sua volta, evoca il complesso di atti processuali capaci di

gli ordinamenti nazionali e del bagaglio di norme, principi e tradizioni dei quali sono portatori.

<sup>29</sup> Sui fondamenti storici e giuridici dell'istituto e sulle esperienze applicative v. E. CUCINOTTA, *L'assistenza giudiziaria nei rapporti internazionali*, Milano, 1935; G. CANSACCHI, *Assistenza giudiziaria internazionale*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. I, Torino, 1964, p. 1408; P. LASZLOCZKY, *La cooperazione internazionale negli atti di istruzione penale*, Padova, 1980. Sul contesto europeo cfr. A. WEYEMBERGH, *L'avenir des mécanismes de coopération judiciaire pénale entre les Etats membres de l'Union européenne*, in G. DE KERCHOVE, A. WEYEMBERGH (a cura di), *Vers un espace judiciaire pénal européen*, Bruxelles, 2000, p. 141.

<sup>30</sup> Secondo diffusa dottrina, la nozione di assistenza giudiziaria costituirebbe una *species* del *genus* cooperazione, in quanto più strettamente connessa al supporto tecnico fra autorità giurisdizionali. La cooperazione infatti indicherebbe in via generale tutte le forme di collaborazione giudiziaria in concreto prospettabili. V. sul punto l'esautista trattazione di C. AMALFITANO, *Conflitti di giurisdizione e riconoscimento delle decisioni penali nell'Unione europea*, Milano, 2006, pp. 106 ss. e dottrina ivi citata. Sulla distinzione fra assistenza giudiziaria e cooperazione giudiziaria v. diffusamente, con riguardo alla materia civile, F. POCAR, *L'assistenza giudiziaria internazionale in materia civile*, Padova, 1967, nonché, dello stesso autore, *Cooperazione giudiziaria internazionale in materia civile*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. IX, Roma, 1988. Viene evidenziato come l'attività di assistenza si traduca in un supporto da Stato a Stato, allo scopo di un più efficace svolgimento di funzioni attinenti al potere giudiziario. In questo senso, l'assistenza giudiziaria avrebbe dunque un ruolo vicario rispetto alla piena realizzazione della funzione giurisdizionale e realizzerebbe un *quid pluris* in raffronto alla cooperazione. Condividono questa impostazione M. FRIGO, L. FUMAGALLI, *L'assistenza giudiziaria internazionale in materia civile*, Padova, 2003. Con riferimento al settore penale cfr. P. SCHMID, L. FREI, R. WYSS, J.D. SCHOUWEY, *L'entraide judiciaire internationale en matière pénale*, Basilea, 1981, p. 9, per i quali «*l'entraide judiciaire peut être considérée comme l'activité déployée par les*

agevolare lo svolgimento dell'attività giurisdizionale in un foro terzo, come nel caso del supporto all'attività di indagine, del trasferimento di procedimenti e dell'esecuzione di provvedimenti giurisdizionali emessi all'estero<sup>31</sup>.

Con specifico riferimento al settore penale, l'esigenza di sperimentare forme di cooperazione giudiziaria internazionale deriva in via elettiva dalla sempre crescente libertà o – quanto meno – facilità di circolazione delle persone, precipitato dei fenomeni di regionalizzazione e globalizzazione e del correlato abbattimento delle frontiere economiche. Se dunque le capacità operative ed organizzative della criminalità varcano i confini politici degli Stati<sup>32</sup>, anche l'attività di prevenzione e repressione deve trascendere la dimensione interna, a pena della sua inevitabile inefficacia<sup>33</sup>.

Pur a fronte di tali pressanti esigenze, la cooperazione giudiziaria patisce alcuni limiti intrinseci, che impongono un attento bilanciamento fra interessi

*autorités d'un Etat, à la demande d'autorités étrangères, dans l'intérêt de l'administration de la justice étrangère».*

<sup>31</sup> Si suole distinguere fra assistenza giudiziaria attiva e passiva, a seconda che lo Stato estero svolga un ruolo fattivo nell'assecondare la richiesta di collaborazione o si limiti a tollerare lo svolgimento, sul territorio nazionale, di attività giurisdizionali poste in essere da autorità straniera. Le forme di assistenza giudiziaria possono altresì essere qualificate come primarie o secondarie, a seconda del maggiore o minore grado di incisività sulle prerogative sovrane nazionali. La prima ipotesi può essere esemplificata dal riconoscimento e dall'esecuzione di sentenze straniere; la seconda nel meccanismo dell'extradizione, nel quale la cooperazione ha natura incidentale rispetto al procedimento nel suo complesso. Gli strumenti di assistenza primaria sono generalmente più recenti, in quanto ideati per fare fronte all'incremento del fenomeno della criminalità transnazionale, al cospetto della quale i tradizionali schemi della cooperazione giudiziaria apparivano meno efficaci. Cfr. sul punto F. BESTAGNO, *Il trasferimento dell'esecuzione delle condanne penali tra gli Stati membri dell'Unione europea*, in *Diritto del commercio e degli scambi internazionali*, 1994, p. 280.

<sup>32</sup> Con riferimento all'esempio europeo la dottrina sottolinea come la cooperazione giudiziaria nel settore penale abbia avuto origine «*dans la perspective du marché intérieur, en tant que mesure compensatoire à la suppression des contrôles aux frontières intérieures, pour éviter que celle-ci ne bénéficie aux criminels*», cfr. A. WEYEMBERGH, *L'harmonisation des législations: condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, Bruxelles, 2004, p. 23.

<sup>33</sup> Il problema era già percepito fortemente all'inizio del secolo scorso: «*Il est certain que la rapidité des voies de communication, la multiplicité des relations entre les peuples, offrent aux délinquants des chances d'impunité qu'ils ne possédaient pas autrefois*», cfr. H. DONNEDIEU DE VABRES, *Crimes et délits commis à l'étranger*, Parigi, 1906. Per riflessioni sul rapporto tra capacità di espansione della criminalità e contrasto a livello europeo v. in dottrina, fra i molti contributi pubblicati nelle varie fasi evolutive della cooperazione giudiziaria in materia penale fra Stati membri, v. T. VOGLER, *De l'état actuel d'une politique criminelle européenne*, in *Revue Internationale de droit pénal*, 1971, p. 37; A. WEYEMBERGH, *Vers un réseau judiciaire européen contre la criminalité organisée*, in *Revue de droit pénal et de criminologie*, 1997, p. 868; W. SCHOMBURG, *Are we on the road to a European law-enforcement area? International cooperation in criminal matters: what place for justice?*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2000, p. 51; L. SALAZAR, *La lotta alla criminalità nell'Unione: passi in avanti verso uno spazio giudiziario comune prima e dopo la Costituzione per l'Europa ed il Programma dell'Ata*, in *Cassazione penale*, 2004, p. 3513.

centrifughi. L'esercizio di attività e funzioni processuali in territorio straniero, così come il loro espletamento coordinato, trova infatti un primo ostacolo significativo nella sovranità degli Stati e nel principio di territorialità, temi di particolare delicatezza soprattutto nell'ambito della giustizia penale<sup>34</sup>.

Rappresentano inoltre un limite intrinseco alla cooperazione giudiziaria le frontiere giuridiche fra gli Stati, spesso rese invalicabili dalla diversità delle priorità politiche e dalla sorprendente varietà e frammentazione degli istituti di diritto penale sostanziale e processuale vigenti a livello nazionale. Infine, il grado di incisività della cooperazione giudiziaria nel settore penale può risultare limitato dalla natura stessa dell'obiettivo principale al quale essa tende, ossia il contrasto alla criminalità. Infatti, l'esigenza di scongiurare la creazione di vuoti normativi o di giurisdizione, con il conseguente rischio di sorgenti di impunità, ha talora costituito un ostacolo alla sperimentazione di forme evolute e approfondite di cooperazione, imperniate sulla fiducia reciproca fra le autorità nazionali coinvolte<sup>35</sup>. Non di rado, in effetti, gli Stati hanno manifestato resistenze alla messa in opera di strumenti di cooperazione giudiziaria. D'altra parte, non sussistono ad oggi nel diritto internazionale generale norme idonee ad imporre obblighi di coordinamento della funzione giudiziaria interna e, in senso più ampio, di cooperazione nella repressione del crimine<sup>36</sup>.

Molte delle esperienze avviate in questo campo hanno dunque origine nella discrezionale iniziativa dei Governi nazionali o nella manifestazione di volontà di legislatori statali, giustificate ora da motivi di opportunità politica o di cortesia istituzionale, ora dall'ossequio al principio di solidarietà, al quale

<sup>34</sup> Peraltro, in dottrina è stato sin dagli anni '70 sostenuto come, in concreto, la cooperazione sia in molte occasioni una scelta essenziale per il pieno esercizio dello *jus puniendi*, eletiva espressione del potere sovrano statale. Di conseguenza, essa non si porrebbe in contrasto con la sovranità nazionale, costituendo piuttosto uno strumento necessario alla sua compiuta esplicazione. Cfr. C. LOMBOIS, *Droit pénal international*, Parigi, 1971, p. 393.

<sup>35</sup> Sotto questo profilo, le convenzioni internazionali concluse nel settore della cooperazione giudiziaria penale spesso mirano ad evitare che la criminalità possa trarre vantaggio da vuoti normativi o di giurisdizione. Di conseguenza, a differenza di quanto accade per il diritto privato, in luogo di definire in maniera preventiva ed astratta i criteri funzionali all'individuazione della giurisdizione competente in via esclusiva, tali accordi mirano ad assicurare che, di fatto, sussista sempre un foro competente in grado di intervenire e di evitare sacche di impunità. La previsione di meccanismi di coordinamento delle giurisdizioni e di eventuale trasferimento dei procedimenti erroneamente instaurati soccombe dunque dinnanzi all'esigenza di garantire un efficace contrasto alla criminalità. V. ad es. la Convenzione di Montreal del 23 settembre 1971 per la repressione degli illeciti contro la sicurezza dell'aviazione civile, entrata in vigore il 26 gennaio 1973. In dottrina è stato sottolineato come «*Ce qui importe d'éviter, c'est bien moins le conflit de compétences que le vacuum juris, c'est-à-dire l'impunité du délinquant*». Cfr. S.Z. FELLER, *La résolution des conflits de juridiction en matière pénale*, in *Revue de droit international pénal*, 1974, p. 545.

<sup>36</sup> Cfr. R. BARATTA, Ne bis in idem, *diritto internazionale e valori costituzionali*, in AA.VV. *Divenire sociale e adeguamento del diritto. Studi in onore di Francesco Capotorti*, Milano, 1999, p. 3; C. AMALFITANO, *Conflitti di giurisdizione*, cit.

sono ispirati i rapporti degli Stati nella Comunità internazionale<sup>37</sup>. Le iniziative di cooperazione giudiziaria, pertanto, trovano ordinariamente espressione in norme pattizie di portata bilaterale o, meno di frequente, multilaterale, nelle quali gli Stati coinvolti possano cristallizzare con maggiore certezza – e con la garanzia di un rapporto di reciprocità – la portata ed i limiti del coordinamento fra le rispettive giurisdizioni.

Anche per questa ragione, la cooperazione giudiziaria è stata sino ad oggi realizzata con maggiore intensità in aree geograficamente circoscritte e giuridicamente omogenee, talora dando vita a veri e propri fenomeni di regionalizzazione della giustizia penale<sup>38</sup>. Il continente europeo, al riguardo, rappresenta un esempio di significativo interesse: al suo interno si rilevano infatti sia tentativi di coordinamento fra un ristretto numero di Stati, come nel caso del Benelux<sup>39</sup> o dell'area scandinava<sup>40</sup>, sia esperienze più articolate avviate nel

<sup>37</sup> Bisogna anzi ricordare come, in sede internazionale, ciascuno Stato sia gravato da un obbligo di non ingerenza nell'altrui sovranità territoriale, dovendo limitare l'esercizio delle proprie prerogative d'imperio all'interno dei confini nazionali, fatti salvi gli effetti esterni indiretti di tale attività, come nel caso del divieto di cagionare danni transfrontalieri o di rispettare le norme relative al trattamento degli stranieri. Questa tradizionale impostazione della sovranità può trovare un'eccezione in norme internazionali generali o pattizie, ovvero a seguito del consenso prestato dallo Stato terzo. In linea tradizionale, dunque, i vincoli di diritto internazionale pongono in capo agli Stati quelle che la Corte permanente internazionale di giustizia ha definito, nel caso *Lotus*, «regole proibitive», necessarie a definire i limiti alla *domestic jurisdiction*. Peraltro, secondo la dottrina prevalente, che accoglie un'accezione universalistica della giurisdizione penale, gli Stati sono liberi di determinare la sfera di operatività delle proprie norme e della giurisdizione, purché rispettino i limiti derivanti dalle norme internazionali e l'altrui sovranità territoriale. L'espressione elettiva di questa visione riguarda ad esempio, nella prassi, la perseguibilità di reati commessi all'estero e che inverino taluni criteri di collegamento con il territorio sul quale le autorità procedenti esercitano le proprie funzioni. Cfr. la sentenza della Corte permanente internazionale di giustizia del 7 settembre 1927, *Lotus*, in C.P.J.I. Série A, 1927, n. 10. Fra i criteri di collegamento riveste un'importanza preminente il parametro territoriale, che può tuttavia non essere l'elemento discretivo esclusivo, come affermato anche dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, nella sentenza 12 dicembre 2001, ricorso n. 52207/99, *Bankovic e al. c. Belgio e altri sedici Stati contraenti*, in *Rec.* 2001-XII, p. 333. In dottrina v. R. LUZZATTO, *Stati stranieri e giurisdizione nazionale*, Milano, 1972; T. TREVES, *La giurisdizione nel diritto penale internazionale*, Padova, 1973; C. AMALFITANO, *Conflitti di giurisdizione*, cit.

<sup>38</sup> J. SCHUTTE, *La régionalisation du droit pénal international et la protection des droits de l'homme dans les procédures de coopération internationale en matière pénale*, in *Revue de droit international pénal*, 1994, p. 21.

<sup>39</sup> I Paesi del Benelux, ad esempio, hanno concluso l'Accordo di Bruxelles del 27 giugno 1968 sull'esecuzione delle sentenze penali, in *Bull. Benelux* 1968-4. Cfr. B. DE SCHUTTER, *International criminal cooperation. The Benelux example*, in M.C. BASSIOUNI, V.P. NANDA (a cura di), *A treatise on international criminal law*, Springfield, 1974, p. 249.

<sup>40</sup> Analoghe esperienze di regionalizzazione si sono registrate nell'area scandinava. In passato, l'8 marzo 1948, è stato ad esempio concluso, fra Danimarca, Finlandia, Islanda, Norvegia e Svezia, l'Accordo sul riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze in materia penale, in *UN Treaty Series*, vol. 27, p. 117. Con questo Trattato, le Parti contraenti hanno inteso impegnarsi

contesto del Consiglio d'Europa e dell'Unione europea<sup>41</sup>. Queste ultime si distinguono in particolare sia per l'elevato numero di Stati coinvolti, sia per la crescente quantità e varietà delle norme adottate in sede sovranazionale, destinate al ravvicinamento degli ordinamenti nazionali ed alla messa in opera di forme di cooperazione giudiziaria viepiù complesse e diversificate.

A questo riguardo, sebbene le iniziative sperimentate nel contesto del Consiglio d'Europa rivelino una storia più risalente ed abbiano interessato un numero maggiore di Parti contraenti – ivi compresi tutti gli Stati membri dell'allora Comunità europea – ai fini della presente trattazione ci si intende soffermare sul caso paradigmatico della cooperazione giudiziaria nell'Unione europea, che ha conosciuto un lungo e graduale percorso evolutivo, sino a pervenire ad approdi fortemente ambiziosi. Nello scenario europeo, invero, la cooperazione fra le autorità – non solo giudiziarie – degli Stati membri si è dipanata lungo più linee direttrici, che riflettono le peculiarità dell'ordinamento UE e degli scopi perseguiti dai Trattati.

Se dunque, da un lato, la nozione di cooperazione giudiziaria reca con sé, intrinsecamente, l'indissolubile coesistenza di limiti e progressi, dall'altro lato questo stretto binomio assume nel contesto dell'Unione europea sfumature ed implicazioni peculiari. La ricerca di un opportuno equilibrio fra queste due forze centrifughe, soprattutto nella definizione del rapporto tra Unione e Stati

a adottare norme analoghe sul riconoscimento dei provvedimenti giurisdizionali definitivi, fatta eccezione per i provvedimenti che impongono misure cautelari. Per approfondimenti H. ROMANDER, *Les tentatives d'harmonisation et d'unification du droit pénale et de la procédure pénale dans les états nordiques*, in AA.VV., *Droit pénal européen. Actes du congrès organisé les 7, 8, et 9 novembre 1968 par l'Institut d'études européennes de l'Université libre de Bruxelles*, Bruxelles, 1970, p. 562; A. PASQUERO, *Mutuo riconoscimento delle decisioni penali: prove di federalismo. Modello europeo e statunitense a confronto*, Milano, 2007, p. 262. Uno strumento peculiare che contraddistingue l'esperienza scandinava è poi il cd. *Nordic arrest warrant*, disciplinato da una convenzione sulla consegna fra gli Stati nordici, recentemente riformata ed entrata in vigore il 16 novembre 2012, che prevede procedure agevolate rispetto alla disciplina del mandato d'arresto europeo. Sul punto v. G. MATHISEN, *Nordic cooperation and the European arrest warrant. Intra-Nordic extradition, the Nordic arrest warrant and beyond*, in *Nordic Journal of International Law*, 2010, p. 1; A. SUOMINEN, *The Nordic arrest warrant finally in force*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2014, p. 41.

<sup>41</sup> Con riguardo al Consiglio d'Europa v. F. PALAZZO, *L'influenza dell'attività del Consiglio d'Europa sul diritto penale italiano*, in M. CAPPELLETTI, A. PIZZORUSSO (a cura di), *L'influenza del diritto europeo sul diritto italiano*, Milano, 1982; N. GALANTINI, *La regionalizzazione del diritto penale internazionale e la protezione dei diritti umani nella cooperazione internazionale in materia penale*, in *Cassazione penale*, 1994, p. 1685; P. WILKITZKI, *International and regional developments in the field of inter-State cooperation in penal matters*, in M.C. BASSIOUNI (a cura di), *International Criminal Law*, vol. II, *Procedural and enforcement mechanisms*, New York – L'Aia, 1999. Nell'ambito del Consiglio d'Europa, peraltro, nel 1994, era stata proposta l'adozione di una convenzione generale che consolidasse i venti accordi già conclusi in materia penale dalle Parti contraenti.

membri, pone problematiche radicate nel passato del progetto europeo ed esigenze di chiarimento sollecitate dalle sue recenti evoluzioni.

Ai fini del corretto inquadramento della materia, si intende dunque in via introduttiva focalizzare l'analisi sulla declinazione del concetto di cooperazione giudiziaria nell'ordinamento dell'Unione europea e sulle sue peculiarità, per poi considerare il contesto storico, sistematico ed istituzionale nel quale esso si incardina, alla luce delle riforme dei Trattati succedutesi nel tempo e dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona. Questo approfondimento appare infatti idoneo ad evidenziare come la cooperazione giudiziaria nell'UE sia stata avviata e si sia sviluppata attraverso la tensione costante fra limiti – ai poteri delle istituzioni europee, all'efficacia degli atti dell'Unione, al ruolo degli Stati membri – e la tendenza al loro superamento.

#### **4. Le peculiarità della cooperazione giudiziaria in materia penale nell'Unione europea: obiettivi e strumenti**

##### *4.1. La cooperazione in materia penale quale strumento per la tutela di interessi rilevanti per l'ordinamento UE*

Il tema della cooperazione giudiziaria evidenzia, nel processo di integrazione europea, alcuni tratti distintivi. Questi fattori interessano anzitutto la *ratio* che ha motivato gli Stati membri ad estendere *in itinere* il progetto europeo ad una materia tradizionalmente esclusa dal percorso di integrazione della Comunità. L'originaria impronta economica dell'esperienza comunitaria, orientata all'elisione degli ostacoli alla libertà di circolazione dei fattori produttivi, ha invero costituito un potenziale veicolo di diffusione e sviluppo della criminalità transnazionale. Sostenuto dalla spinta propulsiva del legislatore europeo e della Corte di giustizia, l'abbattimento delle frontiere economiche, accompagnato dal rafforzamento della libertà di circolazione delle persone nello spazio Schengen, ha sollecitato gli Stati membri ad individuare antidoti alle crescenti occasioni di impunità offerte dal mercato interno.

È opinione diffusa che, a partire dagli anni '70 del secolo scorso, gli embrionali tentativi di avviare forme di cooperazione penale nel contesto comunitario siano stati dettati dalla consapevolezza della loro complementarietà rispetto alla piena realizzazione delle libertà fondamentali: il coordinamento fra le autorità giudiziarie nazionali avrebbe potuto dunque compensare i rischi connessi alla soppressione delle frontiere fra gli Stati membri<sup>42</sup>. A prima vista,

<sup>42</sup> Cfr. R. ADAM, *La cooperazione nel campo della giustizia e degli affari interni: da Schengen a Maastricht*, in *Rivista di diritto europeo*, 1994, p. 225. L'autore in particolare evidenzia come al superamento del protezionismo economico avrebbe dovuto seguire, con urgente necessità,

pertanto, anche in sede europea si è registrata la preoccupazione che ha scandito e sostenuto lo sviluppo del diritto internazionale pattizio in materia di cooperazione giudiziaria, ovverosia il timore che le organizzazioni criminali potessero sfruttare a loro vantaggio le pieghe offerte dall'integrazione economica, derivandone nuove occasioni per attività illecite e più promettenti margini di sottrazione al controllo dell'autorità pubblica.

A ben vedere, però, nel contesto europeo, quanto meno nelle sue prime tappe evolutive, la cooperazione giudiziaria in materia penale fra gli Stati membri non si è esaurita nella neutralizzazione dei possibili effetti collaterali del mercato interno, ma è a sua volta risultata funzionale all'eliminazione degli ostacoli alle libertà di circolazione<sup>43</sup>. Lo stretto legame di funzionalità tra questi due poli è stato ben espresso nel Trattato di Maastricht, il cui articolo K.1 ricollegava manifestamente l'avvio della cooperazione intergovernativa nel pilastro Giustizia e affari interni al rafforzamento della libera circolazione delle persone<sup>44</sup>. Analoga formulazione era riportata nel Trattato di Amster-

quello del protezionismo giuridico e giudiziario. Con riferimento alla conclusione dell'Accordo di Schengen e della relativa Convenzione di applicazione, l'Avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomer ha puntualizzato che «l'art. 54 della Convenzione contiene una norma funzionale al dinamico processo di integrazione europea che si realizza attraverso la creazione di uno spazio comune di libertà e di giustizia. La graduale soppressione dei controlli alle frontiere comuni è tappa obbligata nel cammino verso il raggiungimento di questo obiettivo. Tuttavia, la soppressione degli ostacoli di ordine amministrativo elimina le barriere per tutti senza distinzioni, anche per coloro che approfittano di un abbassamento della soglia di vigilanza per espandere le loro attività illecite. Questo è il motivo per cui la soppressione dei controlli deve essere compensata da una maggiore cooperazione tra gli Stati, particolarmente in materia di polizia e di sicurezza». Cfr. le conclusioni del 19 settembre 2002, cause riunite C-187/01 e C-385/01, *Gözütok e Brügger*, in *Racc.* p. I-1345, punti 44 e 45.

<sup>43</sup> In dottrina, d'altra parte, è stato evidenziato come le prime espressioni della cooperazione giudiziaria fra le autorità degli Stati membri abbiano in realtà avuto origine al di fuori del contesto comunitario e dell'Unione, in particolare attraverso la conclusione di convenzioni internazionali fra i singoli Stati. Ciò ha condotto taluni a sostenere come, in verità, lo scopo prioritario perseguito da tali strumenti fosse la risposta all'esigenza di assicurare la piena efficacia del sistema di prevenzione e repressione penale nazionale, in luogo di un legame funzionale con gli scopi posti dai trattati istitutivi. V. in questo senso R. ADAM, *La cooperazione nel campo della giustizia e degli affari interni*, cit., p. 226.

<sup>44</sup> Il legame fra cooperazione giudiziaria e realizzazione del mercato interno era altresì espresso dall'originario art. 220 CEE – poi divenuto art. 293 CE ed oggi abrogato a seguito del Trattato di Lisbona – con riferimento alla sola cooperazione nel settore civile. Nella sua formazione originaria, prima dell'introduzione della cooperazione giudiziaria civile fra le materie di competenza della Comunità, l'articolo in questione prevedeva che gli Stati membri potessero concludere fra loro accordi volti ad agevolare il reciproco riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni giudiziarie. La norma è stata unanimemente interpretata, in dottrina ed in giurisprudenza, come circoscritta alla sola cooperazione nel settore civile. V. ad es. M.R. SAULLE, *Diritto comunitario e diritto internazionale privato*, Napoli, 1983, p. 160; sentenza della Corte di giustizia 10 febbraio 1994, causa C-398/92, *Mund e Fester c. Hatrex*, in *Racc.* p. I-474.



dam, che sottolineava l'indispensabilità della cooperazione intergovernativa per il conseguimento dei prioritari obiettivi comunitari<sup>45</sup>. Parimenti, questo rapporto di funzionalità è stato evidenziato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, che ha talora espressamente ricollegato l'interpretazione di alcuni istituti propri della cooperazione giudiziaria penale – *ne bis in idem in primis* – all'esigenza di elidere possibili ostacoli alla libera circolazione delle persone<sup>46</sup>.

Questa impostazione suggerisce una notazione aggiuntiva. Essa infatti riflette la progressiva evoluzione delle priorità del processo di integrazione europea, così come cristallizzate dai Trattati istitutivi. Nel corso dei decenni, al *market-oriented approach* dettato dal Trattato CE si sono gradualmente affiancate finalità ulteriori, sia su impulso delle istituzioni politiche, sia grazie alla volontà degli Stati o al contributo della giurisprudenza della Corte di giustizia. La tutela dell'ambiente, la protezione dei diritti fondamentali, il supporto alla cooperazione allo sviluppo sono solo alcuni degli obiettivi ricollegati *in itinere* all'azione della Comunità, caratterizzati da un legame via via più flebile con la realizzazione del mercato interno: un'eterogenesi dei fini che ha il suo nucleo originario nelle libertà di circolazione e che ha determinato il progressivo ampliamento delle materie di competenza dell'Unione.

Così, a partire dagli anni '90, si è affacciata sul palcoscenico europeo un'espressione innovativa, destinata a traghettare l'Europa verso rotte ine-

<sup>45</sup> Cfr. in particolar modo il testo dei primi due paragrafi dell'allora art. 29 TUE: «Fatte salve le competenze della Comunità europea, l'obiettivo che l'Unione si prefigge è fornire ai cittadini un livello elevato di sicurezza in uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, sviluppando tra gli Stati membri un'azione in comune nel settore della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale e prevenendo e reprimendo il razzismo e la xenofobia.

Tale obiettivo è perseguito prevenendo e reprimendo la criminalità, organizzata o di altro tipo, in particolare il terrorismo, la tratta degli esseri umani ed i reati contro i minori, il traffico illecito di droga e di armi, la corruzione e la frode [...]».

<sup>46</sup> Si pensi, ad esempio, al caso elettivo del principio del *ne bis in idem* transnazionale, sul quale v. più diffusamente il Capitolo V. Alla luce dell'art. 54 della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen, gli elementi costitutivi del principio sono stati oggetto di apprezzamento estensivo ad opera della Corte di Lussemburgo anche in ragione dell'esigenza di tutelare la libertà di circolazione delle persone. Cfr. in questo senso le sentenze della Corte del 9 marzo 2006, causa C-436/04, *van Esbroek*, in *Racc.* p. I-2333; 28 settembre 2006, causa C-467/04, *Gasparini*, in *Racc.* p. I-9199; 28 settembre 2006, causa C-150/05, *van Straaten*, in *Racc.* p. I-9327. In dottrina v. B. VAN BOCKEL, *The ne bis in idem principle in the European Union legal order: between scope and substance*, in *ERA Forum*, 2012, p. 325; A. WEYEMBERG, *La jurisprudence de la CJ relative au principe ne bis in idem: une contribution essentielle à la reconnaissance mutuelle en matière pénale*, in A. ROSAS, E. LEVITS, Y. BOT (a cura di), *The Court of Justice and the construction of Europe: analyses and perspectives on sixty years of case-law – La Cour de Justice et la construction de l'Europe: analyses et perspectives de soixante ans de jurisprudence*, L'Aia, 2013, p. 539.

splorate: la nozione di spazio di libertà, sicurezza e giustizia<sup>47</sup>, *summa* di politiche europee tradizionalmente considerate complementari al mercato interno. Merita sottolineare, a questo proposito, che l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona ha segnato un epocale mutamento di prospettiva: ai sensi dell'art. 3 TUE, infatti, lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia ha scalzato il mercato interno all'apice dell'elencazione delle priorità dell'UE, divenendo dunque il fulcro delle prossime tappe del processo di integrazione<sup>48</sup>.

La scelta operata dai redattori del Trattato testimonia i progressi compiuti dall'Unione e, ai fini della presente analisi, pone in evidenza il ruolo centrale accordato alla cooperazione giudiziaria in materia penale, che acquista pertanto ulteriore specificità rispetto alla sua declinazione tradizionale. Essa infatti si smarca dal rapporto meramente ancillare con gli obiettivi di carattere economico, per divenire una delle finalità cardine dell'ordinamento UE, votata alla realizzazione della «quinta libertà di circolazione»<sup>49</sup>, vale a dire la circolazione dei provvedimenti giurisdizionali nello spazio giudiziario europeo<sup>50</sup>.

<sup>47</sup> L'elaborazione dottrinale sulle origini e sulla portata di questa espressione, così come sulle sue implicazioni politiche e giuridiche, è copiosa. Fra i molti contributi, v. H. LABAYLE, *Un espace de liberté, de sécurité et de justice*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 1997, p. 813; U. DRAETTA, N. PARISI, *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia dell'unione europea*, Napoli, 2007; J. MONAR (a cura di), *The Institutional Dimension of the European Union's Area of Freedom, Security and Justice*, Bruxelles, 2010; S. PEERS, *EU Justice and Home Affairs Law*, Oxford, 2012. V. inoltre la comunicazione della Commissione europea COM(1998) 459, del 14 luglio 1998, Verso uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, nella quale l'istituzione sottolineava come l'elemento comune delle tre componenti di questo spazio fosse la centralità della persona: «I tre concetti di libertà, sicurezza e giustizia sono strettamente connessi. La libertà perde gran parte del suo significato se non si può viverla in un ambiente sicuro, fondato su un sistema giudiziario nel quale tutti i cittadini e residenti dell'Unione possono avere fiducia. Questi tre concetti, indissociabili, hanno uno stesso "denominatore comune" – le persone – e la piena realizzazione dell'uno presuppone quella degli altri due. L'equilibrio da mantenere fra di essi deve costituire il filo conduttore dell'azione dell'Unione».

<sup>48</sup> Ai sensi dell'art. 3, par. 2, TUE: «L'Unione offre ai suoi cittadini uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia senza frontiere interne, in cui sia assai curata la libertà di circolazione delle persone assieme a misure appropriate per quanto concerne i rapporti con le frontiere esterne, l'asilo, l'immigrazione, la prevenzione della criminalità e la lotta contro quest'ultima». Il trionfo libertà, sicurezza e giustizia è altresì riportato e valorizzato nel Preambolo del TUE.

<sup>49</sup> Cfr. C. AMALFITANO, *Conflitti di giurisdizione*, cit., p. 102.

<sup>50</sup> Anche la nozione di spazio giudiziario europeo, in verità, ha una storia radicata. Essa è stata proposta per la prima volta in occasione del Consiglio europeo di Bruxelles del 5-6 dicembre 1977, dall'allora Presidente della Repubblica francese Giscard d'Estaing. In quella sede, la proposta venne benevolmente accolta dagli altri Capi di Stato e di Governo convenuti, segnando un primo passo politico verso la l'instaurazione di forme di cooperazione giudiziaria. Cfr. DOC/77/3, in <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=DOC/77/3&format=HTML&aged=1&language=FR&guiLanguage=en> (7 marzo 2014). Per approfondimenti v. E. CRABIT, *Recherches sur la notion d'espace judiciaire européen*, Bordeaux, 1988. L'autore propone una approfondita riflessione sull'insorgenza di una nozione di spazio giudiziario europeo, anche alla luce del contributo del Consiglio d'Europa.

Pertanto, unitamente alle altre politiche che compongono lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, la cooperazione giudiziaria in materia penale è divenuta un autonomo ed efficace veicolo di perfezionamento del processo di integrazione europea, uno strumento per assicurare in maggior grado i diritti della persona e per concorrere alla tutela degli interessi dell'Unione ed al conseguimento degli obiettivi prefissati dai Trattati.

Rispetto alla sua accezione ordinaria, in definitiva, la cooperazione giudiziaria penale nell'Unione si distingue non solo per il suo stretto legame di complementarità e funzionalità con altre politiche europee, ma anche per gli interessi ed obiettivi che essa stessa in via autonoma persegue, a beneficio dei valori sui quali si fonda il processo di integrazione europea.

#### *4.2. La cooperazione normativa*

Quanto alle tecniche ed alle modalità attraverso le quali la cooperazione si realizza, il modello europeo non si esaurisce nella tradizionale collaborazione funzionale ed operativa tra autorità giurisdizionali straniere: piuttosto, esso coinvolge altresì il piano normativo, tanto da potersi qualificare come un avanzato – e ad oggi mai compiutamente imitato – modello di cooperazione legislativa. Lo schema europeo si differenzia anzitutto dall'accezione debole di cooperazione giudiziaria, la cui dimensione normativa è limitata al solo fatto che, in molti casi, il legislatore nazionale si preoccupa di cristallizzare i criteri volti a individuare le ipotesi in cui la giurisdizione nazionale è competente a giudicare condotte criminose commesse all'estero. Parimenti, l'esperienza dell'UE si distingue dal pur significativo esempio del Consiglio d'Europa. In quest'ultimo contesto, infatti, si è assistito all'adozione di numerosi strumenti convenzionali, che appaiono tuttavia ancora una volta confinati alla dimensione funzionale ed operativa della cooperazione, in quanto destinati in massima parte al coordinamento delle giurisdizioni nazionali<sup>51</sup>.

Nel modello UE, invece, il più elevato grado di integrazione tra gli Stati membri e la maggiore incisività degli obiettivi posti dai Trattati hanno consentito di superare le espressioni più radicate e tradizionali della cooperazione giudiziaria penale. Pertanto, oltre a promuovere il coordinamento delle giurisdizioni penali interne, anche mediante l'approvazione di strumenti volti all'affermazione del principio del reciproco riconoscimento<sup>52</sup>, l'UE ha intrapreso una strada più lungimirante: l'adozione di norme volte al ravvicinamen-

<sup>51</sup> Possono costituire esempi rilevanti la convenzione europea di estradizione, firmata il 13 dicembre 1957 ed entrata in vigore il 18 aprile 1960, o la convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale, conclusa il 20 aprile 1959 ed entrata in vigore il 12 giugno 1962.

<sup>52</sup> Sulla portata e le implicazioni del reciproco riconoscimento v. più diffusamente il Capitolo IV.

to delle legislazioni nazionali ed alla conseguente elisione delle principali discrasie fra i sistemi penali statali<sup>53</sup>.

Se anche nelle ipotesi di norme convenzionali concluse fra più Stati ciascuna Parte contraente è chiamata all'adozione di norme attuative coerenti con gli obiettivi ed i requisiti comuni, tuttavia il ravvicinamento delle legislazioni non rappresenta usualmente lo scopo principale della disciplina pattizia, bensì un effetto indiretto e ad incisività limitata. Diversamente, nell'esperienza dell'Unione europea il ravvicinamento delle normative interne in materia penale sostanziale e processuale è oggetto degli obblighi derivanti dai Trattati in capo agli Stati membri ed ha lo scopo precipuo di giungere ad una crescente affinità sostanziale fra gli ordinamenti interessati. Nell'ottica della realizzazione dello spazio giudiziario europeo, infatti, il ravvicinamento delle norme interne secondo linee direttrici comuni è funzionale al rafforzamento della fiducia reciproca tra le autorità giurisdizionali nazionali<sup>54</sup>, a sua volta presupposto essenziale per l'affermazione del reciproco riconoscimento, secondo cardine che regge la cooperazione giudiziaria in materia penale nell'Unione europea<sup>55</sup>.

Questa attività normativa è a sua volta giunta ad approdi di considerevole rilevanza, poiché non è rimasta confinata ad una funzione servente rispetto alla cooperazione *lato sensu* operativa fra autorità giudiziarie nazionali; al contrario, essa abbraccia profili sostanziali e processuali che prefigurano la progressiva formazione di un crescente *corpus* di atti, che, come si avrà modo di considerare con maggiore attenzione nel corso del lavoro, spaziano dalla definizione di norme minime sulla definizione di talune fattispecie di reato alla disciplina del livello inderogabile di tutela di importanti diritti delle parti processuali e delle vittime di reato. Tratteggiando la linea direttrice che ha condotto il processo di integrazione a questi risultati, si rilevano molteplici quesiti

<sup>53</sup> Secondo parte della dottrina, l'obiettivo della cooperazione giudiziaria avviata nell'Unione europea «risiedeva nella volontà di realizzare forme di cooperazione più snelle e avanzate di quelle attuabili nel più ampio consesso del Consiglio d'Europa». Cfr. L. SALAZAR, *La costruzione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia dopo il Consiglio europeo di Tampere*, in *Cassazione penale*, 2000, p. 1118. Analogo concetto viene espresso da A. WEYEMBERGH, *L'harmonisation des législations*, cit., p. 11. V. altresì, della stessa autrice, *Le rapprochement des législations pénales au sein de l'Union européenne: les difficultés et leur conséquences*, in G. DE KERCHOVE, A. WEYEMBERGH (a cura di), *L'espace pénal européen: enjeux et perspectives*, Bruxelles, 2002, p. 127.

<sup>54</sup> V. *infra*, Cap. IV, par. 4. Sull'evoluzione del concetto di fiducia reciproca tra autorità nazionali nel contesto del diritto penale dell'UE v., fra i molti contributi, M. FICHERA, *Mutual trust in European criminal law*, University of Edinburgh Working Paper Series, paper n. 10/2009; V. MITSILEGAS, *The limits of mutual trust in Europe's area of freedom, security and justice: from automatic inter-State cooperation to the slow emergence of the individual*, in *Yearbook of European Law*, 2008, p. 319.

<sup>55</sup> Cfr. V. MITSILEGAS, *The constitutional implications of mutual recognition in criminal matters in the EU*, in *Common Market Law Review*, 2006, p. 1277.

che riflettono, da diverse angolature, il binomio alla base della riflessione in corso: i limiti e le loro conseguenze. Sorgono infatti costanti interrogativi sui confini dell'intervento europeo, così come sull'esito finale dell'attività del legislatore sovranazionale, che più riprese negli ultimi anni è stato identificato con l'elaborazione di uno strumento codicistico o, quantomeno, di una copiosa consolidazione di norme arricchita da una vera e propria «*general part of European criminal law*»<sup>56</sup>.

#### 4.3. *La cooperazione in materia penale ed il ruolo della Corte di giustizia*

Un'ultima peculiarità della cooperazione fra gli Stati membri UE nel settore della giustizia penale riguarda la cornice istituzionale, ed in particolar modo il ruolo rivestito della Corte di giustizia. La Corte di Lussemburgo, infatti, pur nell'originaria assenza di un'espressa competenza in materia penale in capo al legislatore sovranazionale, ha dimostrato la capacità del diritto comunitario di influire sulle norme penali nazionali, soprattutto laddove queste ultime cagionassero una restrizione alle libertà fondamentali del mercato interno<sup>57</sup>. Inoltre, il Giudice dell'Unione ha rappresentato negli anni una fonte di ravvicinamento mediato degli ordinamenti nazionali<sup>58</sup>, anche attraverso soluzioni interpretative improntate al rafforzamento della fiducia reciproca fra gli Stati membri ed all'effettività dei meccanismi di cooperazione<sup>59</sup>.

<sup>56</sup> Sulla necessità o meno di una parte generale delle norme europee di diritto penale discute, fra gli altri, A. KLIP, *Towards a general part of criminal law for the European Union*, in A. KLIP (a cura di) *Substantive criminal law of the European Union*, Anversa, 2011, p. 13. V. inoltre E. HERLIN-KARNELL, *Waiting for Lisbon... Constitutional reflections on the embryonic general part of EU criminal law*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2009, p. 227.

<sup>57</sup> Cfr. il Capitolo I, par. 2.

<sup>58</sup> La dottrina tratta di *judicially-driven integration*: v. ad esempio A. HINAREJOS, *Integration in criminal matters and the role of the Court of Justice*, in *European Law Review*, 2011, p. 420.

<sup>59</sup> La rilevanza dell'operato della Corte di giustizia per lo sviluppo del processo di integrazione europea, non solo in materia penale, è stata a più riprese evidenziata in dottrina. Fra i molti contributi, v. G. DE BÜRCA, J.H.H. WEILER, *The European Court of Justice*, Oxford, 2001; R. DEHOUSSE, *The European Court of Justice: the politics of European integration*, New York, 1998; J. SCHWARZE, *The role of the European Court of Justice in the interpretation of uniform law among the members*, Baden Baden, 1988; H. LABAYLE, *Architecte ou spectatrice? La Cour de l'Union dans l'Espace de liberté, sécurité et justice*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 2006, p. 1; G. TESAURO, *Il ruolo della Corte di giustizia nell'elaborazione dei principi generali dell'ordinamento europeo e dei diritti fondamentali*, in AA.VV., *La Costituzione europea. Annuario 1999, Atti del XIV convegno annuale, Perugia, 7-8-9 ottobre 1999*, Padova 1999, p. 297; A. ADINOLFI, *I principi generali della giurisprudenza comunitaria e la loro influenza sugli ordinamenti degli Stati membri*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1994, p. 521; S.M. CARBONE, *Il ruolo della Corte di giustizia nella costruzione del sistema giuridico europeo*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2006, p. 547; A. TIZZANO, *Qualche riflessione sul*

La Corte, in aggiunta, ha in massima parte percorso le significative innovazioni introdotte dal Trattato di Lisbona al Titolo V TFUE. Ad essa infatti vanno attribuiti l'estensione alla cooperazione in materia penale di alcuni principi generali del diritto comunitario – *in primis* la leale cooperazione, l'obbligo di interpretazione conforme, il principio di non discriminazione – ed il costante tentativo di rafforzare in questo ambito la tutela giurisdizionale<sup>60</sup>.

Nell'ottica di chiarire l'incidenza delle norme penali dell'Unione sugli ordinamenti degli Stati membri, infine, essa è col tempo divenuta il nucleo pulsante di una fitta rete di dialogo giurisdizionale multilivello, estesa su tutto il territorio dell'Unione, sino ad abbracciare le autorità giudiziarie interne – con particolare riferimento per le Corti costituzionali<sup>61</sup> – e la Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo<sup>62</sup>.

*contributo della Corte di giustizia allo sviluppo del sistema comunitario, in Il diritto dell'Unione europea*, 2009, p. 141. V. altresì l'apologia del contributo evolutivo della Corte nelle conclusioni dell'avvocato generale Jarabo Colomer del 20 marzo 2007, nelle cause riunite C-11/06 e C-12/06, *Morgan e Bucher*, in *Racc.* p. I-9161, punti 1-2. L'avvocato generale, parafrasando le parole di Nanclares Arango in *Los jueces de mármol*, Medellín, 2001, p. 14, esordisce in questo modo: «[...] Esistono tre categorie di giudici: gli operai, veri e propri automi che, usando solo le proprie mani, producono sentenze in serie ed in quantità industriali, senza toccare il livello dei valori umani o dell'ordine sociale; gli artefici, che con l'uso delle mani e dell'intelletto seguono metodi di interpretazione tradizionali che conducono inevitabilmente a plasmare la volontà del legislatore e infine gli artisti che, con l'ausilio delle mani, della testa e del cuore, aprono ai cittadini migliori orizzonti, senza voltare le spalle alla realtà né alle situazioni concrete. Sebbene tutte e tre le suddette categorie siano necessarie per l'adempimento della funzione giurisdizionale, la Corte di giustizia, calandosi nel ruolo che le è proprio, si è sempre identificata nell'ultima categoria, specialmente in quelle situazioni che rallentavano l'inarrestabile evoluzione delle idee che hanno illuminato la creazione della Comunità».

<sup>60</sup> Cfr. E. PISTOIA, *Cooperazione penale nei rapporti fra diritto dell'Unione europea e diritto statale*, Napoli, 2008; A. WEYEMBERGH, V. RICCI, *Le Traité de Lisbonne et le contrôle juridictionnel sur le droit pénal de l'Union européenne*, in S. BRAUM, A. WEYEMBERGH (a cura di), *Le contrôle juridictionnel dans l'espace pénal européen*, Bruxelles, 2009, p. 230.

<sup>61</sup> Sul dialogo fra Corte di giustizia e giudici nazionali e sui suoi frutti i contributi dottrinali sono piuttosto numerosi. In generale, *ex multis*, v. M. BORRACCETTI, M.C. REALE, *Da giudice a giudice: il dialogo tra giudice italiano e Corte di giustizia delle Comunità europee*, Milano, 2008; G. MARTINICO, O. POLLICINO, *The interaction between Europe's legal systems: judicial dialogue and the creation of supranational laws*, Cheltenham, 2012. Con riguardo invece allo specifico settore della cooperazione in materia penale cfr., in relazione alla decisione quadro sul mandato d'arresto ed al dibattito che ha sollevato grazie al contributo di alcune corti costituzionali nazionali, J. KOMAREK, *European constitutional pluralism and the European arrest warrant: in search of the contrapunctual principles' limits in disharmony*, in *Common Market Law Review*, 2007, p. 9. Cfr. inoltre le riflessioni sul sistema normativo multilivello al quale contribuiscono gli Stati, l'UE ed il Consiglio d'Europa: al riguardo, per tutti, muovendo dalla prospettiva dell'ordinamento italiano, V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012.

<sup>62</sup> Il confronto fra Corte di giustizia e Corte europea dei diritti dell'uomo si è sempre dimostrato particolarmente proficuo e incisivo nella materia penale, data la considerevole mole

Le peculiarità della cooperazione fra Stati membri nel settore penale si riverberano dunque anche sull'organigramma istituzionale e normativo dell'Unione. Proprio questo aspetto ha rappresentato l'alveo principale dello sviluppo del previgente terzo pilastro, vera e propria cartina di tornasole dei confini della cooperazione penale e del loro progressivo – compiuto e tentato – superamento. Appare pertanto opportuno considerare sinteticamente quali siano stati i limiti istituzionali storici del processo di integrazione europea in questa materia ed in che modo essi si siano modulati nel tempo, sino alla riforma di Lisbona.

di giurisprudenza di Strasburgo su molteplici istituti previsti da norme UE idonei ad incidere su diritti individuali tutelati dalla Convenzione. Un esempio elettivo, a questo proposito, è costituito dalla mutua influenza tra le due Corti circa l'interpretazione degli elementi costitutivi del *ne bis in idem* sovranazionale. Cfr. F. JACOBS, *Between Luxembourg and Strasbourg. The dialogue between the European Court of Human Rights and the European Court of Justice*, in A. EPINEY, M. HAAG, A. HEINEMANN (a cura di), *Challenging Boundaries – Die Herausforderung von Grenzen – Le défi des frontières: Festschrift für Roland Bieber*, Zurigo, 2007, p. 205.

## CAPITOLO I

### I LIMITI DELLE COMPETENZE DELL'UNIONE EUROPEA NELLA COOPERAZIONE IN MATERIA PENALE

SOMMARIO: 1. Il “giardino proibito” degli Stati membri e le competenze dell’Unione in materia penale: profili introduttivi. – 2. L’integrazione negativa e l’integrazione indiretta in materia penale. – 2.1. *L’integrazione negativa attraverso l’influenza del diritto UE sulle norme penali nazionali.* – 2.2. *L’integrazione penale indiretta: l’obbligo in capo agli Stati di adottare tutte le misure – eventualmente di natura penale – necessarie ad assicurare l’effettività del diritto dell’Unione.* – 2.3. *L’assenza di competenza penale diretta della Comunità europea prima dell’entrata in vigore del Trattato di Lisbona.* – 3. I limiti storici del sistema istituzionale dell’Unione europea nella cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale. – 3.1. *Accesso al “giardino proibito”? Le prime esperienze di cooperazione ed il quadro istituzionale della cooperazione giudiziaria in materia penale nel Trattato di Maastricht.* – 3.2. *Il Trattato di Amsterdam e la riforma strutturale ed istituzionale del terzo pilastro.* – 4. Le disposizioni generali del Titolo V TFUE: il parziale superamento dei limiti di matrice intergovernativa nella nuova cornice istituzionale e decisionale della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale. – 5. Le esigenze di chiarezza, semplificazione e trasparenza del sistema delle competenze sottese alla riforma di Lisbona: la centralità del principio di attribuzione e le ricadute sulla cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale. – 6. La base giuridica in materia di diritto penale processuale: l’articolo 82 TFUE. – 6.1. *Il contenuto dell’art. 82 TFUE e le novità introdotte dal Trattato di Lisbona.* – 6.2. *Il rapporto tra le disposizioni in materia di diritto penale processuale.* – 7. La base giuridica in materia di diritto penale sostanziale: l’art. 83 TFUE – 7.1. *Il contenuto dell’art. 83 TFUE.* – 7.2. *Il freno d’emergenza.* – 7.2.1. *Il funzionamento della clausola.* – 7.2.2. *La portata del freno d’emergenza ed il rapporto con ulteriori clausole previste dai Trattati.* – 7.2.3. *Il controllo sull’azionamento del freno d’emergenza.* – 8. Le competenze attribuite all’Unione europea ex art. 83, par. 2, TFUE. – 8.1. *Il contenuto dell’art. 83, par. 2, TFUE: profili introduttivi.* – 8.2. *Le origini dell’art. 83, par. 2, TFUE: la giurisprudenza della Corte di giustizia sulle competenze penali della Comunità europea.* – 8.3. *Le reazioni alla giurisprudenza della Corte: i dubbi sulla portata della competenza penale della Comunità europea.* – 8.4. *Esegesi dell’art. 83, par. 2, TFUE: la presenza di misure di armonizzazione.* – 8.5. *(segue) L’indispensabilità dell’intervento normativo penale.* – 8.6. *I possibili settori di applicazione dell’art. 83, par. 2, TFUE.* – 9. La dibattuta esistenza di ulteriori basi giuridiche idonee a giustificare l’adozione di norme di carattere penale. – 10. Tra passato e futuro: l’esigenza di verificare il rispetto delle basi giuridiche in tema di cooperazione in materia penale ed ulteriori politiche europee. – 10.1. *Aspetti introduttivi: la cooperazione in materia penale e la corretta individuazione della base giuridica.* – 10.2. *La delimitazione dei confini fra i pilastri dell’Unione europea: l’art. 47 TUE precedente alla riforma di Lisbona e l’odierno art. 40 TUE.* – 10.3. *L’art. 47 TUE e la giurisprudenza della Corte di giustizia.* – 10.4. *La nuova formulazione*



*dell'art. 40 TUE e le letture proposte dalla dottrina. – 10.5. Le implicazioni dell'interpretazione dell'art. 40 TUE. – 10.6. La dimensione esterna della cooperazione penale ed i conflitti sulla scelta della base giuridica. – 10.7. Cooperazione in materia penale ed altre politiche UE: margini per futuri conflitti alla luce delle finalità delle competenze attribuite all'Unione?*

## 1. Il “giardino proibito” degli Stati membri e le competenze dell'Unione in materia penale: profili introduttivi

L'attribuzione e l'esercizio di competenze in materia di diritto penale sostanziale e processuale sono stati tradizionalmente considerati, per mutuare una formula cara alla dottrina processualpenalistica italiana, “giardino proibito” della sovranità nazionale<sup>63</sup>. Questa affermazione, ben lungi dall'esaurirsi in una mera dichiarazione di principio o nella declamazione di una indefinita esclusività nazionale del diritto penale, ha inciso per decenni, per quanto di stretto interesse in questa sede, sul rapporto tra diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali. Appare emblematica, a questo proposito, la – oggi inusuale – assonanza fra le posizioni espresse dal Governo britannico e dalla Commissione europea nella prima metà degli anni settanta: in una relazione del 1967 sull'impatto dell'adesione del Regno Unito alla Comunità europea, veniva evidenziato come «*nothing in Community law [...] materially affects the general principles of UK criminal law*»<sup>64</sup>; allo stesso modo, nella relazione generale del 1974 sull'attività della CE<sup>65</sup>, la Commissione confermava l'assenza di competenza comunitaria nel settore penale, la cui disciplina rimaneva dunque racchiusa entro i confini nazionali.

La riflessione sui limiti della cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale, pertanto, non può che prendere le mosse da questo assunto di fondo, allo scopo di considerare entro quale misura e con quali implicazioni e ricadute l'evoluzione del processo di integrazione europea abbia inciso in questo settore.

<sup>63</sup> L'espressione viene utilizzata da P. FERRUA, *Un giardino proibito per il legislatore: la valutazione delle prove*, in *Questione giustizia*, 1998, p. 587.

<sup>64</sup> Cfr. il Command Paper n. 3301, *Legal and constitutional implications of United Kingdom membership of the European Communities*, par. 25. Per approfondimenti, v. W. FELD, *Legal dimension of British entry into the European Community*, in *Law and contemporary problems*, 1972, p. 247; R. GULDEMUND, C. HARDING, A. SHERLOCK, *The European Community and criminal law*, in C. HARDING, P. FENNELL, N. JÖRG, B. SWART (a cura di), *Criminal justice in Europe*, Oxford, 1995, p. 107.

<sup>65</sup> Cfr. l'ottava relazione generale sull'attività della Comunità europea (1974), febbraio 1975, par. 145, reperibile all'indirizzo internet <http://bookshop.europa.eu/it/ottava-relazione-generale-sull-attivita-delle-comunit-europee-nel-1974-pbCB0174064/?pgid=y8dIS7GUWMdSR0EAlMEUUsWb0000EU8K0E08;sid=piT8RUM2ycP8TxAH8kVi4iETBOeAFQ5VuFY=?CatalogCategoryID=luYKABst3IwAAAEjxJEY4e5L> (17 marzo 2014).

La cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale, in effetti, come noto, si distingue per la peculiare incisività delle modifiche introdotte dal Trattato di Lisbona, che ne hanno mutato in radice la disciplina<sup>66</sup>. Con l'abolizione della cd. "struttura a tempio" dell'Unione europea, infatti, il pre-vigente Titolo VI TUE – il terzo pilastro inaugurato nel 1992 e rivisitato con il Trattato di Amsterdam – è stato trasferito ai Capi 4 e 5 del Titolo V TFUE, dedicato allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia. A questa modifica strutturale è dunque conseguita la tendenziale estensione alla materia penale, pur con talune non secondarie specificità, del regime istituzionale in passato riservato all'integrazione comunitaria.

La previsione di nuovi strumenti normativi e procedure decisionali, il rafforzamento del ruolo di istituzioni come il Parlamento europeo e la Corte di giustizia e la rimodulazione delle competenze attribuite in questo ambito all'Unione europea costituiscono peraltro l'ultima sequenza di un processo duraturo e complesso. Un percorso che si è a più riprese articolato in un delicato tentativo di individuare l'opportuno bilanciamento tra sovranità nazionale, slancio cooperativo ed integrazione in una materia tradizionalmente riservata alle autorità interne, in ragione delle esigenze di tutela che il diritto penale persegue, in rapporto al patrimonio di valori e beni percepiti come meritevoli di protezione de una determinata comunità.

L'attuale impostazione primaria, pertanto, rappresenta il risultato della lenta erosione di limiti istituzionali imposti in passato all'intervento dell'Unione, la *ratio* dei quali tuttavia ancora oggi solleva rilevanti interrogativi sugli esatti confini dell'attività delle istituzioni europee rispetto alla sfera degli Stati membri. Peraltro, i limiti storici e le peculiarità istituzionali del terzo pilastro costituiscono tutt'oggi un retaggio immanente alla disciplina del Titolo V TFUE, un'eredità che a più riprese riaffiora ed influenza i meccanismi istituzionali e le procedure decisionali.

Lo studio degli attuali limiti della cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale, pertanto, nella specifica prospettiva dell'attribuzione di competenze all'Unione in questo settore, impone anzitutto un approfondimento dell'*iter* che ha condotto all'attuale sistematica dei Trattati. L'analisi si snoda dunque attraverso il dibattito sull'influenza del diritto comunitario sui sistemi penali nazionali, secondo gli schemi dell'integrazione negativa e dell'integrazione indiretta, ed affronta successivamente i limiti storici che hanno contraddistinto le origini e lo sviluppo delle forme di cooperazione nel settore penale fra gli Stati membri. Poste queste premesse, il capitolo si focalizza sull'esegesi degli artt. 82 ed 83 TFUE e sul loro spettro operativo, anche in rapporto al problema della corretta individuazione della base giuridica per le iniziative normative dell'Unione in materia penale sostanziale e processuale.

<sup>66</sup> In termini generali v. S. MIETTINEN, *Criminal law and policy in the European Union*, Londra, 2012.

## 2. L'integrazione negativa e l'integrazione indiretta in materia penale

### 2.1. L'integrazione negativa attraverso l'influenza del diritto UE sulle norme penali nazionali

Già a partire dagli anni '70, la Corte di giustizia ha posto sotto crescente pressione l'assunto in base al quale la normativa penale sarebbe *in toto* riservata agli Stati membri, ritenuto inadeguato a racchiudere e sistematizzare compiutamente le complesse relazioni fra ordinamento CE e diritto degli Stati membri<sup>67</sup>.

Un primo elemento di crisi di questo convincimento – o, *rectius*, di superamento dei limiti che esso tradizionalmente imponeva al diritto comunitario – è infatti derivato dal riconoscimento in sede giurisprudenziale del fenomeno della cd. “integrazione negativa”, secondo il quale gli atti adottati nel contesto del primo pilastro sarebbero stati idonei ad influenzare, entro un certo grado, l'approvazione di norme penali nazionali o la loro legittimità<sup>68</sup>.

L'erosione dell'impostazione tradizionale ha in particolare trovato una premessa decisiva nell'affermazione del principio del primato, in forza del quale il diritto nazionale, qualsiasi essa sia la sua natura e collocazione nella gerarchia delle fonti nazionali, soccombe alle norme europee<sup>69</sup>. Come suggerì-

<sup>67</sup> Per notazioni aggiuntive in chiave storica v. J.W. BRIDGE, *The European Communities and the Criminal Law*, in *Criminal Law Review*, 1976, p. 88; C. PEDRAZZI, *L'influenza della produzione giuridica CEE sul diritto penale italiano*, in M. CAPPELLETTI, A. PIZZORUSSO (a cura di), *L'influenza del diritto europeo sul diritto italiano*, Milano, 1982, p. 612; G. GRASSO, *Comunità europee e diritto penale*, Milano, 1989; H. SEVENSTER, *Criminal law and EC law*, in *Common Market Law Review*, 1992, p. 29. Sul contributo della Corte in questo settore v., in termini generali, G. TESAURO, *Diritto comunitario, Corte di giustizia e diritto penale*, in G. GRASSO, R. SICURELLA (a cura di), *Per un rilancio del progetto europeo. Esigenze di tutela degli interessi comunitari e nuove strategie di integrazione penale*, Milano, 2008, p. 665. Tra le prime pronunce della Corte di giustizia in questo senso v. la sentenza 21 marzo 1972, causa 82/71, *SAIL*, in *Racc.* p. 119; sentenza 11 novembre 1981, causa 203/80, *Casati*, in *Racc.* p. 2595.

<sup>68</sup> Per una visione di insieme sui vari profili dell'integrazione penale negativa e indiretta v. R. FRANCE, *The influence of European Community law on the criminal law of the Member States*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 1994, p. 324; M. DELMAS-MARTY, *The European Union and penal law*, in *European Law Journal*, 1998, p. 87; A. BERNARDI, *I tre volti del diritto penale comunitario*, in L. PICOTTI (a cura di), *Possibilità e limiti di un diritto penale europeo*, Milano, 1999, p. 124; C. HARDING, *Exploring the intersection between European law and National criminal law*, in *European Law Review*, 2000, p. 374.

<sup>69</sup> Cfr. le sentenze 15 luglio 1964, causa 6/64, *Costa c. Enel*, in *Racc.* p. 1141, e 9 marzo 1978, causa 107/78, *Amministrazione delle Finanze dello Stato c. Simmenthal*, in *Racc.* p. 629. Benché il primato sia il paradigma elettivo attraverso il quale vanno ricostruite le antinomie fra normativa penale nazionale e diritto UE, nel tempo ha acquisito crescente spazio l'obbligo di interpretazione conforme, quale strumento che consente al giudice nazionale di comporre la controversia per via ermeneutica, senza sacrificare la norma interna. La portata del principio del primato sul diritto penale nazionale ha alimentato considerevole confronto in dottrina. V.,

to dalla Corte di giustizia nel caso *Internationale Handellsgesellschaft*<sup>70</sup>, infatti, il primato opera anche in relazione al diritto penale di ciascuno Stato membro<sup>71</sup>, indipendentemente dalla sua rilevanza per l'ordinamento costituzionale nazionale o dal valore formalmente attribuitogli nella sistematica delle fonti interne.

La portata e l'interpretazione del diritto dell'Unione, pertanto, non possono incontrare un limite nella eventuale sovrapposizione con l'ambito di applicazione di norme penali interne. Al contrario, piuttosto, queste ultime devono risultare compatibili con l'ordinamento dell'Unione e non possono imporre restrizioni – *tout court* o alla luce di una valutazione condotta sulla base del principio di proporzionalità – a posizioni giuridiche da questo sorgenti.

La Corte di giustizia è stata dunque chiamata in molte occasioni a sollecitare i giudici nazionali a disapplicare disposizioni di diritto penale sostanziale, considerate non conformi al diritto dell'Unione, in quanto capaci di limitare le libertà fondamentali del mercato unico o gli obiettivi perseguiti da altre politiche europee. Così, le pronunce del Giudice dell'Unione hanno non di rado determinato la successiva abrogazione di norme incriminatrici, ad opera dei legislatori degli Stati membri<sup>72</sup>.

per tutti, D. SCHIATTI, *Quale primato del diritto comunitario in ambito penale?*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2008, p. 479. Sulla rilevanza e sui limiti dell'obbligo di interpretazione conforme v. gli studi raccolti in F. SGUBBI, V. MANES (a cura di), *L'interpretazione conforme al diritto comunitario in materia penale*, Bologna, 2007.

<sup>70</sup> Cfr. la sentenza 17 dicembre 1970, causa 11/70, *Internationale Handellsgesellschaft*, in *Racc.* p. 1125, punto 3.

<sup>71</sup> Se la dottrina internazionalistica ha usualmente letto questa dinamica alla luce del primato, molti studiosi di diritto penale hanno individuato fondamenti teorici differenti e non sempre coerenti rispetto al tema del rapporto fra ordinamenti, ad esempio qualificando la coesistenza di norme CE e disposizioni penali nazionali con esse configgenti come una antinomia fra precetti di concorrente applicazione o una causa di giustificazione. Per un'analisi delle varie teorie v. G. MAZZINI, *Prevalenza del diritto comunitario sul diritto penale interno ed effetti nei confronti del reo*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2000, p. 349.

<sup>72</sup> Molte questioni sollevate in via pregiudiziale dinanzi alla Corte di giustizia, rivelatesi decisive per lo sviluppo del mercato unico, sono scaturite proprio dal contrasto fra norme CE sulle libertà di circolazione e disposizioni penali nazionali. Ad esempio, quanto alla circolazione delle merci, le sentenze 11 luglio 1974, causa 8/74, *Dassonville*, in *Racc.* p. 874, e 23 novembre 1963, cause riunite C-267/91 e C-268/91, *Keck e Mithouard*, in *Racc.* p. I-6097. Cfr. altresì la sentenza 28 marzo 1979, causa 179/78, *Rivoira*, in *Racc.* p. 1147, quanto al rapporto tra norme sull'unione doganale e reati di frode alimentare; più di recente, sentenza 20 giugno 2002, cause riunite C-388/00 e C-429/00, *Radiosistemi*, in *Racc.* p. I-5845. Parallelamente, in alcune pronunce l'effetto limitativo sulla portata operativa del diritto penale interno non si verifica a séguito della disapplicazione di una norma incriminatrice in sé, ma a causa della ritenuta incompatibilità con il diritto UE di norme interne non penali la cui violazione può costituire un presupposto per una risposta punitiva. Si pensi ad esempio alla necessità di conseguire un'autorizzazione amministrativa ai fini dello svolgimento di una determinata attività, altrimenti ritenuta abusiva. Un'evenienza simile si è verificata, in Italia, in ordine all'attività di raccolta di scommesse sportive. L'imposizione di una previa autorizzazione di polizia, la cui

La stessa sorte è stata riservata altresì a disposizioni volte ad imporre sanzioni per determinati comportamenti: sul punto, la Corte ha talora valutato la compatibilità del *quantum* o della *species* di una misura afflittiva disposta nell'ordinamento statale con i principi di uguaglianza e proporzionalità<sup>73</sup>. Da un lato, infatti, il Giudice dell'Unione ha censurato i regimi che prevedessero una diversa modulazione della pena in base a criteri quali la cittadinanza o la residenza; dall'altro lato, la Corte di Lussemburgo non ha mancato di evidenziare la necessità che misure statali destinate a sanzionare condotte riconducibili ad una materia oggetto di intervento normativo europeo non eccedano un parametro di ragionevolezza in rapporto alla gravità ed agli effetti lesivi delle vicende occorse<sup>74</sup>.

La Corte di giustizia ha in definitiva orchestrato la ritrazione del diritto penale nazionale in favore di norme UE<sup>75</sup>, consentendo un radicale mutamento di prospettiva: a differenza di quanto tradizionalmente sostenuto, il diritto dell'Unione non è confinato al di fuori del "giardino proibito" degli Stati, non ne è inesorabilmente limitato. Al contrario, la normativa europea contribuisce a sua volta a modellare nuovi e più puntuali confini all'operato del legislatore nazionale, poiché «se la legislazione penale e le norme di procedura penale [...] sono in linea di principio riservate alla competenza degli Stati

mancanza comportava l'integrazione del reato di esercizio abusivo di attività di giuoco o di scommessa, è stata considerata incompatibile con le norme sul mercato unico, poiché idonea a restringere indebitamente la libertà di stabilimento. Cfr. la sentenza 6 marzo 2007, cause riunite C-338/04, C-359/04 e C-360/04, *Placanica e altri*, in *Racc.* p. I-1891. Per approfondimenti sui vari filoni della giurisprudenza della Corte di giustizia nell'ambito del rapporto fra diritto comunitario e diritto penale nazionale v. M. DOUGAN, *From the velvet glove to the iron fist: criminal sanctions for the enforcement of Union law*, in M. CREMONA (a cura di), *Compliance and the enforcement of EU law*, Oxford, 2012, p. 74.

<sup>73</sup> La casistica in questo caso è più copiosa e trova oggi più puntuale riscontro normativo nell'art. 49, par. 3, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, a mente del quale le pene irrogate non devono essere sproporzionate rispetto al reato commesso. V., fra le altre, le sentenze 3 luglio 1980, causa 157/79, *Pieck*, in *Racc.* p. 2171; 19 gennaio 1999, causa C-348/96, *Calfa*, in *Racc.* p. I-11; 28 aprile 2011, causa C-61/11 PPU, *El Dridi*, in *Racc.* p. I-3015. Quest'ultima pronuncia riguarda le norme italiane di attuazione della direttiva 2008/115/UE sul sistema di rimpatrio dei cittadini di Stati terzi irregolarmente presenti sul territorio europeo, che prevedevano, a dispetto dello spirito dell'atto europeo, l'irrogazione della pena detentiva in caso di mancata ottemperanza ad un ordine di allontanamento.

<sup>74</sup> Cfr. la sentenza 30 aprile 1998, causa C-24/97, *Commissione c. Germania*, in *Racc.* p. I-2133, in relazione ad un regime sanzionatorio per la violazione dell'obbligo di possedere un documento di identità valido che prevedeva conseguenze particolarmente afflittive per i cittadini di altri Stati membri, in rapporto al più mite trattamento accordato ai cittadini tedeschi.

<sup>75</sup> La dottrina ha spesso richiamato la duplice prospettiva della ritrazione del diritto penale interno e della contestuale forza espansiva del diritto CE: v. S. MANACORDA, *L'efficacia espansiva del diritto comunitario sul diritto penale*, in *Foro italiano*, 1995, IV, p. 55.

membri, tuttavia [...] il diritto comunitario pone dei limiti a tale competenza»<sup>76</sup>.

2.2. *L'integrazione penale indiretta: l'obbligo in capo agli Stati di adottare tutte le misure – eventualmente di natura penale – necessarie ad assicurare l'effettività del diritto dell'Unione*

In una inversa prospettiva “positiva”, la Corte di giustizia si è resa protagonista altresì di un fenomeno di cd. “integrazione penale indiretta”<sup>77</sup>, grazie alla valorizzazione dell'obbligo degli Stati membri di adempiere puntualmente al diritto UE, quale peculiare declinazione del principio di leale cooperazione<sup>78</sup>. L'obbligo di attuare correttamente le norme europee e di assicurarne l'effettività, infatti, impone agli Stati membri di adottare tutte le misure all'uopo necessarie, ad esempio mediante l'imposizione di sanzioni «effettive, adeguate alla gravità del fatto e dissuasive»<sup>79</sup>. Tali sanzioni, puntualizza

<sup>76</sup> Cfr. la sentenza 2 febbraio 1989, causa 186/87, *Cowan*, in *Racc.* p. 195, punto 19. È interessante rilevare come questa formula sia stata riproposta dalla Corte di giustizia, in un'occasione, anche in sèguito alla riforma di Lisbona ed all'espresso conferimento all'UE di attribuzioni in materia penale. V. in questo senso la sopra menzionata pronuncia *El Dridi*, al punto 53. In una pronuncia di pochi mesi successiva, tuttavia, il Collegio, pur richiamando il *leading case Cowan*, ha modificato il riferimento, precisando che «risulta da una costante giurisprudenza della Corte che il diritto dell'Unione impone dei limiti alla competenza degli Stati membri in materia penale, dovendosi tener conto del fatto che una legislazione riguardante questa materia non può, in particolare, limitare le libertà fondamentali garantite dal diritto dell'Unione». Cfr. la sentenza 15 settembre 2011, causa C-347/09, *Dickinger e Ömer*, in *Racc.* p. I-8185.

<sup>77</sup> Si è scritto, a questo proposito, di competenze penali indirette della Comunità europea, capace, indipendentemente da un espresso disposto del Trattato, di influire attivamente sui sistemi penali interni: cfr. A. BERNARDI, *I tre volti del diritto penale comunitario*, cit., p. 80; D. GIUDICELLI-DELAGE, S. MANACORDA, *L'integration pénale indirecte*, Parigi, 2006.

<sup>78</sup> Per approfondimenti, in termini generali, v. O. PORCHIA, *Principi dell'ordinamento europeo. La cooperazione pluridirezionale*, Bologna, 2008. In relazione agli obblighi di repressione e tutela penale, in favore dell'efficacia del diritto UE, v. H. LABAYLE, *Entre désire et réalités: quelle voies pour une repression pénale des violations du droit communautaire?*, in *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, 2003, p. 293; C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, Pisa, 2009.

<sup>79</sup> Cfr. la sentenza della Corte di giustizia del 21 settembre 1989, causa C-68/88, *Commissione c. Grecia (mais greco)*, in *Racc.* p. 2965, in particolar modo i punti da 23 a 25. A partire dalla fine degli anni '70, questa espressione è stata frequentemente riproposta in giurisprudenza ed a livello normativo, tanto da essere qualificata in dottrina come «formula sanzionatoria». In questo senso v. C. HONORATI, *La comunitarizzazione della tutela penale ed il principio di legalità nell'ordinamento comunitario*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2006, p. 941. In particolare, ad esempio, si ritrova la formula all'art. 325 TFUE, in materia di tutela degli interessi finanziari dell'Unione. D'altra parte, la Corte di giustizia ha avuto modo di precisare come questa specificazione di fatto nulla aggiunga agli obblighi già incombenti

usualmente la Corte, possono anche essere rappresentate da misure di natura penale, in vista dell'obbligo di risultato del quale sono gravati gli Stati<sup>80</sup>.

Gli Stati membri, pertanto, nell'adempire al diritto UE, sono chiamati a garantire l'effettività del diritto europeo<sup>81</sup>, così come il principio di equivalenza, alla luce del quale gli interessi perseguiti dalle istituzioni europee, pur in contesti differenti dalla prevenzione e repressione del crimine, devono essere protetti dalle autorità interne attraverso strumenti e mezzi analoghi a quelli previsti per la salvaguardia di interessi nazionali<sup>82</sup>. Peraltro, secondo la giurisprudenza di Lussemburgo<sup>83</sup>, il dovere di rispettare i principi di effettività ed

agli Stati in forza del principio di leale cooperazione: sentenza dell'8 luglio 1999, causa C-186/98, *Nunes e de Matos*, in *Racc.* p. I-4883.

<sup>80</sup> Cfr. la sentenza 2 febbraio 1977, causa 50/76, *Amsterdam Bulb*, in *Racc.* p. 137, in particolare il punto 32, nel quale la Corte paventa la possibilità che i mezzi necessari a dare piena ed effettiva attuazione al diritto comunitario siano sanzioni di carattere penale. V. altresì l'ordinanza 13 luglio 1990, causa 2/88, *Zwartveld*, in *Racc.* p. 3365, per la quale gli Stati sono tenuti a «adottare tutte le misure atte a garantire, se necessario anche penalmente, la portata e l'efficacia del diritto comunitario».

<sup>81</sup> È importante distinguere le situazioni nelle quali uno Stato stia applicando il diritto UE da quelle in cui invochi un regime derogatorio, poiché la valutazione sull'adeguatezza della misura interna si caratterizza in maniera alquanto differente. Nella prima ipotesi, la potestà discrezionale riservata allo Stato è maggiore, ma deve sempre essere orientata all'effettività delle norme europee. Nel secondo caso, invece, il margine per le autorità nazionali è più rigoroso ed interviene un giudizio sulla necessità e proporzionalità delle disposizioni adottate. Sul più esteso margine discrezionale in caso di misure di attuazione del diritto UE v. la sentenza del 23 novembre 2006, causa C-315/05, *Lidl Italia*, in *Racc.* p. I-11181. La Corte ha puntualizzato che la presenza di soluzioni anche fortemente differenti in sede nazionale non costituisce di per sé un elemento di criticità, pur potendo rappresentare uno svantaggio per un privato o un'impresa che debbano fronteggiare differenti regimi giuridici a seconda dello Stato considerato. Così ad esempio la sentenza 4 dicembre 2003, causa C-92/02, *Kristiansen*, in *Racc.* p. I-14597. La varietà di regimi a livello nazionale – riconosce inoltre la Corte – può anche derivare da fattori sociali e culturali locali: sentenza 7 giugno 2007, causa C-156/04, *Commissione c. Grecia*, in *Racc.* p. I-4129. Per un contributo dottrinale sul rapporto tra leale cooperazione e principio di effettività – ritenuto dall'autrice debitore della giurisprudenza maturata nel contesto della tutela giurisdizionale – v. E. BAKER, *Criminal jurisdiction, the public dimension to 'effective protection' and the construction of Community-citizen relations*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2001, p. 25.

<sup>82</sup> Sul principio di equivalenza declinato alle misure sanzionatorie v. le sentenze 10 luglio 1990, causa C-326/88, *Hansen*, in *Racc.* p. I-2911, punto 17; 27 febbraio 1997, causa C-177/95, *Ebony Maritime*, in *Racc.* p. I-1111, punto 35; 12 luglio 2001, causa C-262/99, *Paraskevas Louloudakis*, in *Racc.* p. I-5547, punto 69.

<sup>83</sup> Cfr. la sentenza 14 luglio 1977, causa 8/77, *Sagulo*, in *Racc.* p. 1495, punto 12: «Non si può escludere che le pene previste da una legislazione generale in materia di polizia degli stranieri, tenuto conto delle finalità di una siffatta legislazione, siano inadeguate alle esigenze risultanti dal diritto comunitario, fondato sulla libera circolazione delle persone e sull'applicazione generalizzata, salvo deroghe specifiche, del principio del trattamento nazionale; qualora uno Stato membro non abbia adattato la propria legislazione alle esigenze derivanti in materia dal diritto comunitario, il giudice nazionale dovrà far uso della libertà di valutazione riservatagli,

equivalenza sorge anche in capo ai giudici nazionali, di talché questi ultimi sono chiamati a sopperire, ove possibile<sup>84</sup>, alle lacune dell'operato del legislatore.

Gli approdi ai quali è pervenuta la giurisprudenza di Lussemburgo hanno sollecitato un articolato dibattito circa la reale possibilità, da parte della Comunità europea, di vincolare gli Stati all'introduzione di norme incriminatrici o misure sanzionatorie penali<sup>85</sup>. Un dibattito che la Corte stessa ha alimentato, limitandosi per anni a precisare che, da un lato, lo *ius puniendi* rientra nelle attribuzioni esclusive delle autorità nazionali<sup>86</sup>, senza tuttavia escludere, dall'altro lato, che l'attivazione di tale potere sovrano possa essere sollecitata da obblighi di provenienza comunitaria<sup>87</sup>.

al fine di pervenire all'applicazione di una pena adeguata alla natura ed allo scopo delle norme comunitarie di cui si vuole reprimere l'infrazione»

<sup>84</sup> Possibilità che dipende in via elettiva dal rispetto dei principi generali ai quali si ispira il diritto penale, *in primis* il principio di legalità ed divieto di applicare retroattivamente un trattamento sanzionatorio penale deteriore: cfr. le sentenze 15 luglio 2004, causa C-459/02, *Gerekenens*, in *Racc.* p. I-7315 e 8 febbraio 2007, causa 3/06, *Groupe Danone*, in *Racc.* p. I-1331.

<sup>85</sup> Il confronto si è consumato soprattutto in relazione alla opzione tra sanzioni amministrative e penali, nella consapevolezza, peraltro, che l'inquadramento e la definizione formali di una determinata misura in sede nazionale non sono necessariamente coerenti con l'essenza sostanziale della medesima. Tradizionalmente, infatti, sia la Corte di giustizia che la Corte europea dei diritti dell'uomo adottano in materia un approccio sostanziale, qualificando le misure sanzionatorie nazionali in base alla gravità delle condotte commesse, alle caratteristiche ed alla capacità afflittiva delle sanzioni stesse: cfr. la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo dell'8 giugno 1976, ricorsi nn. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 e 5370/72, *Engel e altri c. Paesi Bassi*; per la Corte di giustizia v. da ultimo la sentenza 26 febbraio 2013, causa C-617/10, *Ackerberg Fransson*, non ancora pubblicata in *Racc.* Sulla scelta fra sanzioni penali e amministrative, v., fra gli altri, F. CONSULICH, «Materia penale» e tutela dei beni giuridici nello spazio unitario europeo. Il paradigma sanzionatorio tra definizioni formali e definizioni sostanziali, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2006, p. 65; A.M. MAUGERI, *Il sistema sanzionatorio comunitario dopo la Carta europea dei diritti fondamentali*, in G. GRASSO, R. SICURELLA (a cura di), *Lezioni di diritto penale europeo*, Milano, 2007, p. 122; L. KUHL, *Cadre juridique des sanctions administratives communautaires et sa recente mise en œuvre*, in G. GRASSO, R. SICURELLA (a cura di), *Per un rilancio del progetto europeo*, cit., p. 53.

<sup>86</sup> Oltre alla giurisprudenza già menzionata, pare utile fare riferimento alla deliberazione del 14 novembre 1978, causa 1/78, sul progetto di convenzione dell'Agenzia internazionale per l'energia atomica sulla protezione delle materie, degli impianti e dei trasporti nucleari, in *Racc.* p. 2151, in particolare il punto 31. La pronuncia è interessante poiché, nel rilevare sotto molti profili l'incompatibilità tra il progetto di convenzione ed il Trattato Euratom, la Corte precisò che le misure repressive di carattere penale previste dall'accordo internazionale ricadevano nell'esclusiva competenza degli Stati e pertanto trascendevano l'ambito di applicazione del diritto europeo. Di conseguenza, l'introduzione di tali norme nel progetto di convenzione non era in linea di principio contrastante con il Trattato Euratom.

<sup>87</sup> Oltre alla menzionata giurisprudenza *mais greco* ed *Amsterdam Bulb*, si evidenzia un isolato precedente nel quale la Corte, in un *obiter dictum*, ha espressamente manifestato una preferenza per l'adozione di norme penali a livello statale. Cfr. la sentenza 28 gennaio 1999, causa C-77/97, *Unilever*, in *Racc.* p. I-431. In dottrina v. G. FRANCIOSI, *Consumatori e produt-*



Il panorama in esame è stato ulteriormente arricchito dal legislatore europeo, che, a partire dagli anni '80 del secolo scorso, ha aggiunto un tassello al mosaico, inaugurando la prassi di prevedere espressamente nel diritto derivato l'irrogazione di sanzioni in sede nazionale<sup>88</sup>. Sulla scorta della giurisprudenza di Lussemburgo, in particolare, il Consiglio ha assicurato agli Stati un certo margine discrezionale, peraltro in molti casi prospettando espressamente la possibilità di adottare misure anche di natura penale<sup>89</sup>. In ogni caso, soprattutto in relazione a condotte capaci di ledere gli interessi finanziari della Comunità, il legislatore sovranazionale ha puntualizzato che le sanzioni – proporzionate rispetto ai fatti occorsi e dotate di adeguata capacità dissuasiva – debbano assicurare la neutralizzazione dei vantaggi economici ottenuti con il comportamento criminale<sup>90</sup>. In questa prospettiva, peraltro, non di rado negli atti di diritto derivato sono state e vengono tutt'oggi espressamente indicate le misure che gli Stati potrebbero adottare per conformarsi al diritto UE, poiché ritenute maggiormente idonee a perseguire gli scopi sottesi alle politiche europee. Come sottolineato dalla Corte di giustizia<sup>91</sup>, infatti, questa valutazio-

*tori tra tutela della salute, diritto all'informazione e libero mercato: due difficili "balancing tests" della Corte di giustizia*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 1999, p.777; S. RIONDATO, *Cosmetici e pubblicità ingannevole: «rigido» obbligo comunitario di penalizzazione*, in *Diritto penale e processo*, 1999, p. 447. Per il resto, la giurisprudenza di Lussemburgo ha sempre evidenziato la necessità di fondare l'eventuale imposizione di misure sanzionatorie – di natura penale o amministrativa – su basi giuridiche chiare e prive di margini di ambiguità. Cfr., fra le altre, le sentenze 25 settembre 1984, causa 117/83, *Könecke*, in *Racc.* p. 3291, e 6 aprile 2006, causa C-274/04, *ED & F Man Sugar*, in *Racc.* p. I-3269.

<sup>88</sup> S. WHITE, *Harmonization of criminal law under the first pillar*, in *European Law Review*, 2006, p. 81.

<sup>89</sup> In dottrina è stato evidenziato come, indipendentemente dalla qualificazione formale, le sanzioni sollecitate dalla normativa europea perseguissero scopi essenzialmente punitivi, piuttosto che di carattere compensativo. Cfr. J. HEINE, *Community penalties in agriculture and fisheries. Legislative activity in the Commission*, in European Commission, *The legal protection of the financial interests of the Community: progress and prospects since the Brussels seminar of 1989*, Dublino, 1994, p. 18. V. ad esempio il regolamento CE del Consiglio, n. 2241/87, del 23 luglio 1987, recante alcune misure di monitoraggio sull'attività di pesca, in GUCE L 187, del 29 luglio 1987, p. 1. Per approfondimenti v. S. MIETTINEN, *Criminal law and policy in the European Union*, New York, 2013, p. 17.

<sup>90</sup> Cfr. ad esempio il regolamento CE 3484/88, del Consiglio, del 7 novembre 1988, che riforma il regolamento n. 2241/87, del 23 luglio 1987, recante alcune misure di monitoraggio sull'attività di pesca, in GU L 306, dell'11 novembre 1988, p. 2, oggetto di infruttuoso ricorso per annullamento ad opera della Spagna, che riteneva le norme riformate capaci di imporre agli Stati l'irrogazione di sanzioni per condotte poste in essere nel territorio di un altro Stato membro: cfr. la sentenza 27 marzo 1990, causa C-9/89, *Spagna c. Consiglio*, in *Racc.* p. I-1383. V. inoltre, sempre a titolo esemplificativo, il regolamento UE 1227/2011, del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2011, concernente l'integrità e la trasparenza del mercato dell'energia all'ingrosso, in GU L 326, dell'8 dicembre 2011, p. 1.

<sup>91</sup> Cfr. la sentenza 27 ottobre 1992, causa C-240/90, *Germania c. Consiglio*, in *Racc.* p. I-5383, in particolare al punto 20. La sentenza è stata emessa all'esito di un ricorso per annulla-

ne spetta in via prioritaria al legislatore dell'Unione, che dunque può orientare l'attività degli Stati, definendo gli standard punitivi delle misure sanzionatorie<sup>92</sup>.

In aggiunta, nel corso degli anni '80 e '90, la Commissione ha avanzato molte proposte di atti di diritto derivato che, nella formulazione originaria, prevedevano *expressis verbis* ed alla luce di basi giuridiche comunitarie l'introduzione di sanzioni penali. Ognuno di questi tentativi, nondimeno, è giunto a compimento solo a séguito dell'espunzione dal testo normativo di ogni richiamo cogente all'attuazione mediante misure penali<sup>93</sup>, a dimostrazione della volontà degli Stati di conservare un ampio margine di valutazione.

### 2.3. *L'assenza di competenza penale diretta della Comunità europea prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*

Nonostante queste progressive limature, la mancanza di una base giuridica comunitaria espressa e di indicazioni ultimative da parte della Corte di giustizia ha determinato il perdurare del confronto sull'esistenza di una competenza penale comunitaria. Peraltro, in un panorama dottrinale largamente a favore del paradigma della mera integrazione penale negativa e indiretta, solo un novero circoscritto di autori ha supportato l'idea di una competenza diretta in materia in capo alla Comunità<sup>94</sup>.

Anche per queste ragioni, le prime iniziative europee in materia penale hanno avuto dimora al di fuori dei confini del processo di integrazione, sia su iniziativa di parte degli Stati membri, sia su impulso del Consiglio d'Europa. Il regime inaugurato con l'entrata in vigore del Trattato di Maastricht ed evolutosi grazie alle successive riforme dei Trattati ha solo in parte risolto il dilemma di fondo, conservando intatte le incertezze sulle attribuzioni penali

mento avente ad oggetto alcune norme in tema di aiuti al reddito agricolo, che prevedevano l'esclusione da futuri benefici in caso di condotte fraudolente. La Germania riteneva l'esclusione una misura di carattere penale, in quanto tale sottratta alle attribuzioni della CE.

<sup>92</sup> Per approfondimenti cfr. M. POLEMANS, *La sanction dans l'ordre juridique communautaire*, Bruxelles, 2004.

<sup>93</sup> È emblematico, a questo proposito, il richiamo alla proposta di direttiva sul riciclaggio di denaro, di cui alla proposta della Commissione COM(1990) 106 def., in forza della quale ogni Stato avrebbe dovuto qualificare questa condotta come un grave reato. Questa dicitura è stata però espunta dalla proposta, in favore del più generico riferimento al dovere di porre in essere tutte le misure necessarie ad assicurare la piena effettività dell'atto. Cfr. la direttiva 91/308/CE, del Consiglio, del 10 giugno 1991, relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività illecite, in GU L 166, del 28 giugno 1991, p. 77.

<sup>94</sup> V. ad esempio M. DELMAS-MARTY, *The European Union and penal law*, cit., e J.A.E. VERVAELE, *Fraud against the Community. The need for European fraud legislation*, Bruxelles, 1992: entrambi questi autori hanno sostenuto l'esistenza di una pur circoscritta competenza penale funzionale in capo alla Comunità.

comunitarie. Sul punto, sin dai primi anni del nuovo millennio, il contributo della Corte di giustizia ed i negoziati in preparazione del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa e, successivamente, del Trattato di Lisbona, hanno impresso una significativa accelerazione alla materia.

Il Giudice dell'Unione, in particolare, con il filone giurisprudenziale *Reati ambientali* – qui solo accennato ed oggetto di più puntuale analisi nel prosieguo del Capitolo<sup>95</sup> – ha riconosciuto alla Comunità il potere di adottare norme penali, nei limiti in cui ciò fosse necessario per assicurare l'effettività del diritto CE, preoccupazione ancora una volta al fulcro delle pronunce della Corte in materia. Le riforme dei Trattati, dal canto loro, oltre a chiarire estensione e confini delle attribuzioni penali dell'UE, hanno colmato la tradizionale assenza di basi giuridiche circa l'intervento penale del legislatore europeo in settori diversi dalla cooperazione penale.

Nel quadro del riformato regime delle competenze dell'UE, occorre dunque soffermare l'analisi sull'evoluzione normativa ed istituzionale che ha caratterizzato la materia. L'approfondimento dei limiti storici della cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale appare infatti essenziale per comprendere appieno la struttura e le implicazioni delle norme primarie che, nell'attuale regime, conferiscono all'Unione il potere di legiferare in campo penale processuale e sostanziale.

### **3. I limiti storici del sistema istituzionale dell'Unione europea nella cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale**

#### *3.1. Accesso al “giardino proibito”? Le prime esperienze di cooperazione ed il quadro istituzionale della cooperazione giudiziaria in materia penale nel Trattato di Maastricht*

Le prime esperienze di cooperazione giudiziaria nel settore penale fra gli Stati membri si collocano al di fuori del processo di integrazione comunitario, sebbene siano state proprio da quest'ultimo motivate. Nel 1986, infatti, l'entrata in vigore dell'Atto unico europeo accelerò l'attuazione del mercato interno, che avrebbe dovuto essere completata entro il 1° gennaio del 1993<sup>96</sup>, assicurando così piena libertà di circolazione alle persone ed ai fattori di produzione. Questo lungimirante obiettivo avrebbe dunque comportato l'elisione dei controlli alle frontiere interne, con potenziali conseguenze di segno negativo per la sicurezza pubblica, in assenza di opportuni correttivi.

<sup>95</sup> V. *infra*, par. 8.2.

<sup>96</sup> Cfr. il libro bianco della Commissione europea sul completamento del mercato interno, comunicazione COM(85) 310, del 14 giugno 1985.

In risposta a queste esigenze, nel 1988 il Consiglio europeo di Rodi istituì il Gruppo dei Coordinatori<sup>97</sup>, composto da rappresentanti degli Stati membri e chiamato a dirigere ed orientare l'azione di organi specializzati anche preesistenti, quali il Gruppo TREVI<sup>98</sup>, il Gruppo per la cooperazione giudiziaria ed il Gruppo di cooperazione *ad hoc* sull'immigrazione. All'esito dell'operato del Gruppo dei Coordinatori, inoltre, si pervenne all'adozione di alcune convenzioni internazionali in materia di assistenza giudiziaria, intrise dell'influenza di analoghe esperienze avviate nel sistema del Consiglio d'Europa, sino ad allora principale promotore della realizzazione di uno spazio giudiziario di respiro europeo<sup>99</sup>.

La positiva sperimentazione dello strumento delle convenzioni influenzò i negoziati per l'approvazione del Trattato di Maastricht, il quale nel 1992 cristallizzò per la prima volta nella sistematica delle fonti UE il richiamo alla cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale, come noto inserita nel pilastro dedicato alla Giustizia ed agli Affari interni<sup>100</sup>. Il regime del 1992, in

<sup>97</sup> Cfr. le conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo di Rodi del 2-3 dicembre 1988, pp. 3-4, reperibili all'indirizzo [http://www.european-council.europa.eu/media/849119/1988\\_dicembre\\_-\\_rodi\\_it\\_.pdf](http://www.european-council.europa.eu/media/849119/1988_dicembre_-_rodi_it_.pdf) (3 ottobre 2014).

<sup>98</sup> Il Gruppo TREVI, costituito su proposta inglese a séguito del Consiglio europeo di Roma del dicembre 1975, era composto dai Ministri dell'Interno e della Giustizia degli Stati membri. Il suo compito era di preparare relazioni su questioni attinenti al terrorismo, all'ordine pubblico, alla criminalità transnazionale ed al traffico droga. L'attività di quest'organo si svolgeva in assenza di istituzioni permanenti o strumenti normativi, stante l'assenza di un accordo internazionale che ne disciplinasse il funzionamento. Il lavoro dei Gruppi è risultato decisivo ai fini dell'inserimento nel Trattato UE del settore Giustizia e Affari interni. Sul punto, v. C. ELSEN, *Les mécanismes institutionnels: Trevi, Schengen, Dublin, Maastricht*, in A. PAULY (a cura di), *Schengen en panne*, European Institute of Public Administration, Maastricht, 1994, p. 43; J. PEEK, *International police cooperation within justified political and judicial frameworks: five theses on TREVI*, in J. MONAR (a cura di), *The Third Pillar of the European Union: cooperation in the fields of Justice and Home Affairs*, Bruxelles, 1994, p. 201; G. CAPECCHI, *La cooperazione di polizia nel nuovo assetto dell'UE*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2000, p. 147.

<sup>99</sup> Si ricordano, sul punto, le Convenzioni di Bruxelles del 25 maggio 1987 sul trasferimento delle persone condannate e sull'applicazione del principio del *ne bis in idem* e sulla soppressione della legalizzazione degli atti civili; l'Accordo di San Sebastian del 26 maggio 1989 sulla semplificazione e la modernizzazione dei mezzi di trasmissione delle domande di estradizione; l'Accordo di Roma del 6 novembre 1990 sulla trasmissione dei procedimenti penali; la Convenzione dell'Aia del 13 novembre 1991 sull'esecuzione della condanne penali straniere. Anche se solo un novero ristretto di questi testi ottenne il numero di ratifiche necessario all'entrata in vigore, essi rappresentarono il preludio alla creazione di un embrionale sistema di cooperazione nell'alveo del terzo pilastro dell'Unione europea. Cfr. V. LIBRANDO, *La cooperazione giudiziaria nella Comunità economica europea: sette anni di attività (1984-1990)*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1990, p. 7.

<sup>100</sup> Sulla disciplina della cooperazione in materia penale nel Trattato di Maastricht v., *ex multis*, J. MONAR, R. MORGAN, *The third pillar of the European Union: cooperation in the fields of justice and home affairs*, Bruxelles, 1994; D. O'KEEFE, P. TWOMEY, *Legal issues of the Maas-*

effetti, poneva al centro dell'attività normativa gli Stati, legittimati all'adozione di convenzioni, ed il Consiglio, che poteva pervenire all'approvazione di posizioni ed azioni comuni<sup>101</sup>.

In definitiva, alla formale attribuzione di competenze all'Unione non faceva séguito la previsione di mezzi effettivi ed incisivi per il loro esercizio. Tanto più che, a differenza dell'impostazione avvalorata nel pilastro comunitario, l'adozione di un atto necessitava il voto unanime dei componenti del Consiglio.

La prudenza degli Stati membri nello sperimentare forme cogenti di cooperazione in sede europea era altresì testimoniata dalle circoscritte funzioni riconosciute alle altre istituzioni. Proprio nel settore penale, infatti, il potere di iniziativa normativa era riservato agli Stati, a discapito della Commissione; quanto al Parlamento europeo, l'art. K.6 disponeva che esso fosse informato dei lavori svolti nell'ambito del terzo pilastro e che la Presidenza del Consiglio lo consultasse sulle problematiche principali, tenendo in debito conto la sua opinione. Ne derivava un evidente *deficit* di controllo democratico, al quale si affiancava un sistema di tutela giurisdizionale oltremodo lacunoso e frammentato.

### 3.2. Il Trattato di Amsterdam e la riforma strutturale ed istituzionale del terzo pilastro

Queste criticità furono al cuore del dibattito avviato dalla conferenza intergovernativa sull'adozione del Trattato di Amsterdam, nell'alveo di un nuovo e generale obiettivo dell'Unione europea, menzionato all'art. 2 TUE: la creazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia<sup>102</sup>. Il confronto si sof-

*tricht Treaty*, Londra, 1994; P.C. MÜLLER-GRAFF, *The legal basis of the third pillar and its position in the framework of the Union Treaty*, in *Common Market Law Review*, 1994, p. 493; M. ANDERSON, *Policing the European Union*, Oxford, 1995; V. BARRETT, *Justice cooperation in the European Union*, Dublino, 1997. Per considerazioni critiche su tale regime v. D. CURTIN, *The constitutional structure of the Union: a Europe of bits and pieces*, in *Common Market Law Review*, 1993, p. 17; F. DEHOUSSE, *Europe after Maastricht. An ever closer Union?*, Monaco, 1994.

<sup>101</sup> Sulla portata di queste ultime due fonti cfr. V. MITSILEGAS, *Third wave of Third Pillar law: which direction to EU criminal justice?*, in *European Law Review*, 2009, p. 523, in particolare da p. 527.

<sup>102</sup> Sul Trattato di Amsterdam e lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia v., fra gli altri, H. LABAYLE, *La coopération européenne en matière de justice et d'affaires intérieures et la Conférence intergouvernementale*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 1997, p. 1; B. McDONAGH, *Original sin in a brave new world. An account of the negotiation of the Treaty of Amsterdam*, Dublin, 1998; J. MONAR, *Justice and home affaire in the Treaty of Amsterdam: reform at the price of fragmentation*, in *European Law Review*, 1998, p. 320; G. SOULIER, *Le Traité d'Amsterdam et la coopération policière et judiciaire en matière pénale*, in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1998, p. 237; C. ELSEN, *Schengen, Maastricht, Am-*

fermò in via principale sulla configurazione del quadro istituzionale e sull'opportunità di trasferire nel pilastro comunitario alcune materie sino ad allora comprese nel settore Giustizia e Affari interni.

All'esito dei lavori della conferenza, in relazione a quest'ultimo aspetto, si optò per la comunitarizzazione della disciplina relativa a immigrazione, visti, frontiere e cooperazione giudiziaria civile, che, come noto, venne incorporata al Titolo IV TCE<sup>103</sup>. Residuava così nel terzo pilastro la sola cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale, anch'essa peraltro interessata da innovazioni significative<sup>104</sup>.

L'impostazione inaugurata con il Trattato di Amsterdam – in massima parte confermata dal Trattato di Nizza – estese il potere di iniziativa normativa alla Commissione europea, configurando così la possibilità, grazie al contributo dell'istituzione in esame, di orientare l'azione dell'UE all'effettivo perseguimento degli obiettivi posti dai Trattati<sup>105</sup>.

Per quanto attiene al processo decisionale, il Consiglio venne elevato a solitario detentore del potere legislativo, funzione esercitata in via pressoché

*sterdam: étapes de la coopération policière et judiciaire européenne*, in C. ELSEN (a cura di), *Mélanges en hommage à Fernand Schockweiler*, Baden-Baden, 1999; G. DE KERCHOVE, *L'espace judiciaire pénal européen après Amsterdam et le sommet de Tampere*, in G. DE KERCHOVE, A. WEYEMBERGH (a cura di), *Vers un espace judiciaire pénal européen*, Bruxelles, 2000, p. 4; P. MAGRINI, *L'evoluzione delle politiche europee nel settore della giustizia e degli affari interni: da Schengen a Tampere via Amsterdam*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2000, p. 1817; J. MONAR, W. WESSELS (a cura di), *The European Union after the Treaty of Amsterdam*, Londra, 2001.

<sup>103</sup> Cfr. L.S. ROSSI, *Verso una parziale "comunitarizzazione" del terzo pilastro*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 1997, p. 448. Peraltro l'art. 42 TUE prevedeva la cd. clausola passerella, in forza della quale il Consiglio, su proposta della Commissione o di uno Stato membro ed in base ad una deliberazione unanime, previa consultazione del Parlamento europeo, poteva decidere che un'azione nei settori contemplati all'art. 29 TUE fosse trasferita al Titolo IV TCE.

<sup>104</sup> Per una panoramica sull'evoluzione del terzo pilastro nelle successive riforme dei Trattati, ed in particolare nel Trattato di Amsterdam, v. H. LABAYLE, *Un espace de liberté, sécurité et justice*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 1997, p. 813; J. MONAR, *Justice and Home Affairs in the Treaty of Amsterdam. Reform at the price of fragmentation*, in *European Law Review*, 1998, p. 320; M.L. TUFANO *La cooperazione giudiziaria penale e gli sviluppi del "terzo pilastro" del Trattato sull'Unione Europea*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2001, p. 1029.

<sup>105</sup> Cfr. M. ZBINDEN, *Les institutions et les procédures de prise de décision de l'Union européenne après Amsterdam*, Berna, 2002; H. NILSSON, *Decision-making in EU Justice and Home affairs: current shortcomings and reform possibilities*, Sussex European Institute Working Paper n. 57, novembre 2002, in [www.sussex.ac.uk/sei/documents/wp57.pdf](http://www.sussex.ac.uk/sei/documents/wp57.pdf) (18 settembre 2014). Come visto, nel regime previsto dal Trattato di Maastricht questa prerogativa spettava in via esclusiva agli Stati, che esercitavano dunque un controllo incisivo sulla produzione normativa. Un'analisi *ex post* permette di evidenziare come l'estensione alla Commissione del potere di iniziativa normativa abbia rappresentato un elemento di particolare importanza per l'impulso all'attività legislativa nel terzo pilastro. La maggior parte delle iniziative promosse dopo l'entrata in vigore del nuovo regime, infatti, fu avviata proprio alla Commissione.

esclusiva all'unanimità. Infine, nonostante i rilievi mossi sul punto alla disciplina consolidatasi dal 1992, il ruolo del Parlamento europeo venne relegato ad un piano meramente consultivo, con la perdurante carenza di un incisivo vaglio democratico sugli atti del terzo pilastro<sup>106</sup>.

Proprio in materia di fonti normative, peraltro, la riforma del 1997 apportò sensibili innovazioni, grazie all'introduzione di nuovi strumenti<sup>107</sup>. L'art. 34 TUE, novellando il previgente art. K.6, enumerò *in primis* le posizioni comuni, volte a definire l'approccio dell'Unione europea su determinate questioni e capaci di vincolare gli Stati a supportare l'orientamento da queste espresso. Furono inoltre disciplinate le decisioni, qualificate come atti vincolanti non idonei ad esercitare effetti diretti ed a contribuire al ravvicinamento degli ordinamenti nazionali. Di contro, questo obiettivo avrebbe potuto essere raggiunto mediante l'adozione di decisioni quadro, strumenti che, sul modello delle direttive, imponevano agli Stati membri un obbligo di recepimento attraverso norme interne. Anche per le decisioni quadro, tuttavia, venne espressamente esclusa la capacità di esercitare effetti diretti<sup>108</sup>.

#### **4. Le disposizioni generali del Titolo V TFUE: il parziale superamento dei limiti di matrice intergovernativa nella nuova cornice istituzionale e decisionale della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale**

Con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, la cooperazione in materia penale viene regolata nei Capi 4 e 5 del Titolo V TFUE. L'inquadramento si-

<sup>106</sup> A. SCHMIDT, *Democracy in Europe: the EU and National politics*, Oxford, 2006; S. DELMAS-DARROZE, *Le Traité de Amsterdam et le déficit démocratique de l'Union européenne*, in *Revue du marché unique de l'Union européenne*, 1999, p. 143; G. MAJONE, *Europe's democratic deficit*, in *European Law Journal*, 1998, p. 5. Sull'evoluzione del problema del deficit democratico all'esito del Trattato di Lisbona v. S.C. SIEBERSON, *The Treaty of Lisbon and its impact on the EU's democratic deficit*, in *Columbia Journal of European Law*, 2008, p. 445.

<sup>107</sup> Le convenzioni previste dal Trattato di Maastricht non vennero formalmente abrogate, ma il loro utilizzo dopo la riforma del 1997 fu molto limitato. Le azioni comuni, invece, non vennero nuovamente riproposte, fomentando ulteriori dibattiti circa i loro effetti e la competenza della Corte di giustizia dopo l'entrata in vigore del nuovo Trattato. Per risolvere l'*empasse* vennero avanzate diverse proposte, tra cui la loro sostituzione con decisioni quadro, ma nessuna delle possibili opzioni venne mai tradotta in pratica, a ulteriore conferma del carattere giuridico incerto delle azioni comuni. V. P. LYNCH, N. NEUWAHL, G. WYN RESS (a cura di), *Reforming the European Union: from Maastricht to Amsterdam*, Londra, 2000.

<sup>108</sup> Sul punto v. *infra*, Cap. II, par. 4.1. S. PEERS, *Justice and Home affairs: decision-making after Amsterdam*, in *European Law Review*, 2000, p. 183. Per riflessioni critiche v. L. GORMLEY, *Reflections on the architecture of the European Union after the Treaty of Amsterdam*, in D. O'KEEFE, P.M. TWOMEY (a cura di), *Legal issues after the Treaty of Amsterdam*, Londra 1999, p. 57; U. LEANZA, *La mancata comunitarizzazione del II e del III pilastro dell'Unione europea nel Trattato di Amsterdam*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1999, p. 213.

stematico, dal punto di vista strutturale e istituzionale, è tuttavia assicurato da alcune disposizioni generali del Titolo V, riguardanti nel complesso lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia: si tratta segnatamente degli articoli dal 67 al 76 TFUE, che completano dunque le norme espressamente dedicate alla cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale, ossia gli articoli dall'82 all'89 TFUE.

La norma inaugurale del Titolo V esordisce qualificando la creazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia come obiettivo fondamentale dell'Unione europea, in piena assonanza con l'art. 3 TUE, che, con epocale mutamento di prospettiva rispetto al passato, antepone il raggiungimento di questa finalità alla realizzazione del mercato unico<sup>109</sup>. I redattori del Trattato hanno peraltro avuto premura di precisare sin dall'art. 67 TFUE i principi ispiratori ai quali l'azione dell'Unione deve essere orientata in questo campo: il rispetto dei diritti fondamentali, degli ordinamenti e delle tradizioni giuridiche nazionali; la solidarietà fra gli Stati membri; il reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie; la cura per la sicurezza interna ed esterna<sup>110</sup>.

In relazione a quest'ultimo aspetto, l'art. 67, par. 3, delinea le principali tecniche attraverso le quali l'Unione europea può perseguire l'obiettivo di un «livello elevato di sicurezza»: il rafforzamento delle procedure e degli istituti di cooperazione fra autorità giudiziarie nazionali, nonché tra le forze di polizia; il riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie penali; il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri, in particolare nel campo della lotta alla criminalità, al razzismo ed alla xenofobia. Peraltro, quest'ultimo strumento è espressamente confinato alle ipotesi in cui l'adozione di norme comuni in sede europea risulti necessaria: prima ancora di definire puntualmente le attribuzioni sovranazionali in materia penale, i redattori del Trattato

<sup>109</sup> S. CARRERA, F. GEYER, *The reform treaty and Justice and Home Affairs. Implications for the common Area of freedom, security and justice*, in E. GUILD, F. GEYER (a cura di), *Security versus justice? Police and Judicial Cooperation in the European Union*, Londra, 2008, p. 289.

<sup>110</sup> Ciascuno di questi aspetti sarà oggetto di più approfondita trattazione nel corso del lavoro. Si segnala tuttavia sin d'ora la costante attenzione degli Stati nell'inserire clausole che rimarcano l'urgenza di tutelare le sfere di competenza nazionale e le peculiarità degli ordinamenti interni. Parimenti, la scala gerarchica di valori annovera in posizione di primazia la tutela della sicurezza dell'Unione, degli Stati e dei singoli cittadini. Per il perseguimento di tale obiettivo, in particolare, l'art. 71 TFUE dispone l'istituzione di un comitato permanente in seno al Consiglio, chiamato a promuovere e rafforzare la cooperazione operativa in materia di sicurezza interna, grazie al coordinamento dell'azione delle autorità nazionali. Il comitato è stato istituito con la decisione del Consiglio 2010/131/UE, del 25 febbraio 2010, in GU L 52, del 3 marzo 2010, p. 50. Possono prendere parte alle riunioni del comitato, in qualità di osservatori, rappresentanti di Europol, Eurojust, Frontex e di ogni altro ente che operi in questo campo. Per un approccio critico all'ordine valoriale consacrato nel Trattato e per un'analisi del faticoso bilanciamento fra opposte priorità di tutela v. C. RIJKEN, *Re-balancing security and justice: protection of fundamental rights in police and judicial cooperation in criminal matters*, in *Common Market Law Review*, 2010, p. 1455.



si sono preoccupati di precisare un limite fondamentale al quale l'azione delle istituzioni europee in materia deve essere ispirata<sup>111</sup>.

A questo scopo, a norma dell'art. 68 TFUE, il Consiglio europeo definisce gli orientamenti strategici della programmazione legislativa ed operativa delle istituzioni. La materia in esame rappresenta dunque un caso elettivo della funzione di definizione delle «*high politics*» attribuita in via generale al Consiglio europeo dall'art. 15 TUE<sup>112</sup>, confermando così il ruolo determinante riconosciuto sul punto ai Capi di Stato o di Governo già dai Programmi di Tampere e dell'Aia.

L'operato del Consiglio europeo si traduce in atti programmatici di valore esclusivamente politico<sup>113</sup>: nella prassi, il compito di tradurre in concreto tali strategie viene preso in carico dalla Commissione e dal Consiglio, che individuano a tale scopo piani d'azione e tabelle di marcia<sup>114</sup>. Se nella fase di definizione degli orientamenti e dei relativi piani d'azione il Parlamento europeo è almeno formalmente escluso<sup>115</sup>, il ruolo di questa istituzione è tuttavia in molti casi decisivo nel corso dell'*iter* per l'adozione delle singole misure. In risposta alle reiterate istanze di rafforzamento della democraticità del processo decisionale europeo in queste materie<sup>116</sup>, infatti, la maggior parte delle basi giuridiche riguardanti lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia prevede il ricorso alla procedura legislativa ordinaria: il Parlamento europeo interviene pertanto

<sup>111</sup> Merita peraltro puntualizzare come l'art. 67, par. 3, TFUE preveda che l'UE possa adottare misure di prevenzione della criminalità, un profilo che, in realtà, non è chiaramente incluso fra le attribuzioni delle istituzioni europee, se non limitatamente ad alcuni specifici profili della cooperazione operativa fra autorità di polizia, *ex art. 87 TFUE*.

<sup>112</sup> Cfr. M. DOUGAN, *The Treaty of Lisbon: winning minds, not hearts*, in *Common Market Law Review*, 2008, p. 193.

<sup>113</sup> R. CAFARI PANICO, *Art. 68*, in F. POCAR, M.C. BARUFFI (a cura di), *Commentario breve ai Trattati dell'Unione europea*, Padova, 2014, p. 461.

<sup>114</sup> V. ad esempio, in relazione al programma di Stoccolma, la comunicazione della Commissione COM(2010) 171 def., del 20 aprile 2010, creare uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia per i cittadini europei. Piano d'azione per l'attuazione del programma di Stoccolma. Con riferimento al ruolo del Consiglio, v. invece la risoluzione del 10 giugno 2011, relativa ad una tabella di marcia per il rafforzamento dei diritti e della tutela delle vittime, in particolare nei procedimenti penali, in GU C 187, del 28 giugno 2011, p. 1.

<sup>115</sup> Peraltro, nella risoluzione del Consiglio del 10 giugno 2011, citata nella nota precedente, il punto 5 prospetta che «il Consiglio agirà in piena cooperazione con il Parlamento europeo, conformemente alle norme applicabili».

<sup>116</sup> V. D. O'KEEFE, *Recasting the Third Pillar*, in *Common Market Law Review*, 1995, p. 894: «Many reasons for this inactivity or lack of concrete progress are to be found in the structure of the Third Pillar itself. Other failures to achieve consensus seem to derive from the unwillingness to change the patterns of intergovernmental cooperation existing prior to the entry into force of the Third Pillar. A further disturbing trend is that the Third Pillar structure seems to have in no way assisted in making intergovernmental cooperation in this area more transparent, precisely a time when transparency has become one of the major concerns at Union and Community level».

in veste di colegislatore con il Consiglio, a sua volta chiamato di regola ad esprimersi a maggioranza qualificata, ove non diversamente previsto dal Trattato.

Costituiscono un'eccezione solo alcune ipotesi oggetto di espresso richiamo, in relazione alle quali è prevista la procedura legislativa speciale di consultazione, con voto unanime del Consiglio e mera formulazione di un parere ad opera del Parlamento. Più precisamente, la prevalenza del tradizionale schema intergovernativo può essere individuata in tre categorie di iniziative, che si contraddistinguono per la particolare delicatezza rispetto agli ordinamenti interni: l'adozione di atti destinati a rafforzare la cooperazione in materia penale o ad estenderla a istituti o fattispecie non puntualmente elencati dal TFUE<sup>117</sup>, le misure in materia di cooperazione operativa fra autorità giudiziarie o di polizia degli Stati membri<sup>118</sup>, i provvedimenti restrittivi in attuazione di norme anti-terrorismo<sup>119</sup>.

Il processo decisionale rivela poi una particolarità circa l'esercizio del potere di iniziativa normativa: l'art. 76 TFUE, infatti, stabilisce che, nelle materie di cui ai Capi 4 e 5, l'adozione di un atto possa essere proposta dalla Commissione, oppure da un gruppo di Stati che annoveri almeno un quarto dei membri dell'Unione europea<sup>120</sup>.

<sup>117</sup> Basti pensare all'art. 82, par. 2, lett. d), TFUE, a norma del quale, ove necessario per assicurare il reciproco riconoscimento delle decisioni delle autorità giudiziarie nazionali, è consentita l'adozione di direttive destinate a ravvicinare gli ordinamenti statali su aspetti del diritto processuale penale ulteriori rispetto a quelli espressamente enumerati dal Trattato. Questi istituti processuali vengono individuati in via preliminare dal Consiglio, mediante decisione approvata con deliberazione unanime, previa approvazione del Parlamento europeo.

<sup>118</sup> La cd. *operational cooperation* tra autorità nazionali è ad esempio prevista dall'art. 87, par. 3, TFUE, sulla collaborazione tra le forze di polizia nazionali. Tale norma prevede che il Parlamento europeo venga solo consultato e che ogni deliberazione sia assunta all'unanimità dal Consiglio. Viene parimenti in rilievo l'art. 89 TFUE, che dispone il ricorso ad un analogo *iter* decisionale per l'adozione di misure volte a fissare le condizioni ed i limiti entro i quali le autorità giudiziarie e di polizia interne possono operare nel territorio di un altro Stato membro, d'intesa con le omologhe autorità interne. Allo stesso modo, deve essere menzionato l'art. 74 TFUE, in forza del quale le misure destinate ad assicurare la cooperazione amministrativa fra i servizi attivi negli Stati membri nel campo della repressione del crimine e fra questi e la Commissione sono approvate con procedura legislativa speciale.

<sup>119</sup> L'art. 75, par. 1, TFUE prevede che il Parlamento europeo ed il Consiglio, con procedura legislativa ordinaria, definiscano misure di contrasto al fenomeno del terrorismo, che consentano il congelamento dei beni di soggetti ed enti dediti a tali attività. Il paragrafo successivo, tuttavia, dispone che i provvedimenti attuativi di questi atti siano adottati dal solo Consiglio, su proposta della Commissione. Analoga disciplina è ribadita poi all'art. 215, par. 2, TFUE.

<sup>120</sup> Gli Stati membri hanno già esercitato la facoltà di promuovere iniziative a norma dell'art. 76 TFUE. Un esempio interessante, che riguarda la cooperazione in materia penale, è rappresentato dall'iniziativa, datata 4 dicembre 2013, di un regolamento europeo del Parlamento e del Consiglio che modifica la decisione quadro 2005/681/GAI che istituisce l'Accademia europea di polizia (CEPOL), fascicolo interistituzionale 2013/812. Su questa ini-

Le disposizioni generali del Titolo V riflettono inoltre la complessiva tendenza del Trattato ad approntare o rafforzare strumenti di controllo e valutazione dell'operato delle istituzioni europee e degli Stati membri nella realizzazione degli obiettivi del Trattato. Ciò si traduce, in primo luogo, come si avrà modo di approfondire<sup>121</sup>, nell'accentuato ruolo dei parlamenti nazionali circa la vigilanza sul rispetto del principio di sussidiarietà; in secondo luogo, il Consiglio, a norma dell'art. 70 TFUE, anch'esso oggetto di ulteriore approfondimento nel prosieguo del lavoro<sup>122</sup>, ha la possibilità di elaborare modalità che consentano agli Stati, con la collaborazione della Commissione, di procedere ad una valutazione oggettiva e imparziale dell'attuazione in sede interna delle politiche europee in tema di spazio di libertà, sicurezza e giustizia.

Questa novella ha costituito una risposta puntuale alle criticità sollevate nel precedente regime primario, in costanza del quale si registrava l'assenza di specifici controlli sull'operato degli Stati membri, *a fortiori* evidente data l'impossibilità per la Commissione di promuovere procedure di infrazione<sup>123</sup>. Come evidenziato dalla Commissione stessa, infatti, la predisposizione di simili strumenti costituisce un efficace incentivo alla fiducia fra le autorità degli Stati membri, nonché al corretto adempimento agli obblighi di recepimento delle decisioni quadro e direttive adottate nel campo del diritto penale sostanziale e processuale<sup>124</sup>.

D'altra parte, la previsione di simili misure di valutazione dell'attuazione

ziativa, peraltro, è intervenuta la comunicazione COM(2014) 7 def., del 16 gennaio 2014, con la quale la Commissione ha formulato molteplici riserve sull'iniziativa degli Stati, ritenuta contrastante con un'ulteriore proposta formulata dalla Commissione stessa sul medesimo tema e destinata a condurre alla fusione di CEPOL ed EUROPOL. In dottrina è stato evidenziato come l'iniziativa normativa formulata dagli Stati segua un regime parzialmente differente rispetto a quella della Commissione. In particolare, gli Stati non avrebbero la possibilità di ritirare una proposta già formalizzata, poiché l'art. 293 TFUE prevede questa potestà solo in favore della Commissione. Cfr. S. PEERS, *EU justice and home affairs law*, cit., p. 60.

<sup>121</sup> Cfr. il Capitolo II, par. 3.3.

<sup>122</sup> V. il Capitolo III, par. 2.4.

<sup>123</sup> In replica a tale lacuna, peraltro, la Commissione aveva proposto l'organizzazione di un articolato sistema di valutazione delle politiche dell'UE in materia di spazio di libertà, sicurezza e giustizia, che abbracciasse sia la qualità dell'attività legislativa delle istituzioni, sia la puntualità e correttezza dell'adempimento agli obblighi UE da parte degli Stati membri. Cfr. la relativa comunicazione della Commissione al Consiglio ed al Parlamento europeo, del 28 giugno 2006, COM(2006) 332 def., SEC(2006) 815. Questa proposta, nondimeno, non aveva avuto alcun séguito.

<sup>124</sup> Cfr. la comunicazione COM(2006) 332 def., cit. Analoga opinione è stata espressa in dottrina, v. ad esempio I. JEGOUZO, *Creating a mechanism of mutual evaluation of justice. A necessary measure for mutual recognition*, in G. DE KERCHOVE, A. WEYEMBERGH (a cura di), *Security and justice. Issue for the EU external policy*, Bruxelles, 2003, p. 147; più di recente, G. VERNIMMEN-VAN TIGGELEN, *Introductory reflection on evaluation and its lacunae*, in A. WEYEMBERGH, F. GALLI (a cura di), *Approximation of substantive criminal law in the EU. The way forward*, Bruxelles, 2013, p. 139.

di obblighi sovranazionali non costituiscono una novità per gli Stati membri, che le hanno sperimentate tanto in altre sedi internazionali, quanto nel sistema Schengen o per alcuni atti del terzo pilastro<sup>125</sup>.

Il nuovo contesto normativo, in definitiva, segna almeno formalmente ed in termini generali il superamento dell'impostazione intergovernativa della cooperazione giudiziaria in materia penale, pur conservando residue resistenze e la tensione di fondo tra l'approfondimento del processo di integrazione e la previsione di garanzie rafforzate in favore degli Stati. Si profila dunque una crescente complessità ed articolazione delle dinamiche istituzionali e della produzione normativa, con la costante ricerca di bilanciamento fra dimensione europea, livello nazionale, garanzia dei diritti fondamentali e della sicurezza dei cittadini, nonché con la possibilità di un più incisivo vaglio parlamentare e giurisdizionale.

Le tensioni centrifughe che caratterizzano l'impianto della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale – e che trovano a più riprese spazio nelle disposizioni del Titolo V TFUE – costituiscono dunque l'emblema di una struttura intrinsecamente limitata, ma che pur non rinuncia allo slancio evolutivo verso il costante approfondimento del percorso di integrazione.

<sup>125</sup> Sull'importanza di meccanismi di valutazione per la repressione del crimine in realtà istituzionali e territoriali complesse ed estese o sulla scena internazionale v. R. SANSONETTI, *The mutual evaluation process: a methodology of increasing importance at international level*, in *Journal of Financial Crime*, 2000, p. 218. Fra gli strumenti di "peer review" che si possono riscontrare nello spazio Schengen merita menzione il meccanismo attivato per apprezzare la qualità e adeguatezza delle misure di adattamento degli ordinamenti interni al relativo *acquis* poste in essere dagli Stati candidati alla *membership* del sistema. V. ad es. l'azione comune 98/429/GAI, in GU L 191, del 7 luglio 1998, p. 8. In dottrina v. sul punto W. VAN DE RIJT, *L'évaluation de Schengen dans le cadre de l'élargissement*, in S. DE BIOLLEY, A. WEYEMBERGH (a cura di), *Comment évaluer le droit pénal européen?*, Bruxelles, 2006, p. 219. Infine, è opportuno richiamare alcuni atti del terzo pilastro in materia di contrasto al crimine organizzato ed al terrorismo: l'azione comune 97/827/GAI, del 15 dicembre 1997, in GU L 344, del 15 dicembre 1997, p. 7, e la decisione 2002/996/GAI, del 24 dicembre 2002, in GU L 349, del 24 dicembre 2002, p. 1. Cfr., per approfondimenti sull'esperienza applicativa, H. NILSSON, *Eight years of experiences of mutual evaluation within the EU*, in S. DE BIOLLEY, A. WEYEMBERGH (a cura di), *Comment évaluer*, cit., p. 115; più in generale, in dottrina, v. O. DE SCHUTTER, *The role of fundamental rights evaluation in the establishment of the Area of Freedom, Security and Justice*, in M. MARTIN (a cura di), *Crime, rights and the EU. The future of police and judicial cooperation*, Londra, 2008, p. 44.

## 5. Le esigenze di chiarezza, semplificazione e trasparenza del sistema delle competenze sottese alla riforma di Lisbona: la centralità del principio di attribuzione e le ricadute sulla cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale

Il Trattato di Lisbona ha innovato in misura significativa la disciplina delle competenze dell'Unione europea. Le riforme in materia hanno la loro origine nella volontà, espressa manifestamente e con puntualità sin dalla Dichiarazione di Laeken sul futuro dell'Unione<sup>126</sup>, di pervenire ad una migliore e più chiara individuazione delle competenze dell'Unione.

Appariva infatti necessario compiere un esercizio di semplificazione e trasparenza, in un contesto che a più riprese aveva generato dubbi interpretativi e problematiche applicative. In effetti, a dispetto della visione ottimistica talora propugnata in dottrina<sup>127</sup>, l'approccio funzionalista del processo di integrazione, unitamente all'assenza di clausole generali e di una precisa lista di attribuzioni accordate all'Unione<sup>128</sup>, avevano determinato diffusi timori di scon-

<sup>126</sup> La Dichiarazione, adottata il 15 dicembre 2001 dal Consiglio europeo riunitosi a Laeken, ha segnato l'avvio della stagione di riforme costituzionali dell'Unione, aprendo la strada alle riflessioni politiche per la redazione del Trattato costituzionale. Nell'ottica di questo ambizioso progetto di riforme istituzionali, il Consiglio europeo intendeva indicare i passi da compiere per improntare il processo di integrazione europea ad una crescente attenzione per la democrazia, la trasparenza e l'efficacia dell'azione UE. Erano in particolar modo enumerati sessanta nodi problematici, il confronto sui quali era demandato alla Convenzione sul futuro dell'Unione, convocata proprio attraverso la Dichiarazione in esame. Fra le priorità elencate, specifico risalto era accordato proprio alla revisione del sistema delle competenze europee, nell'ambito di un generale tentativo di semplificare il panorama normativo dei Trattati. Veniva in particolare evocata una «migliore definizione e ripartizione delle competenze nell'Unione europea», in uno con la «semplificazione degli strumenti dell'Unione». Per approfondimenti sul contenuto della Dichiarazione, in generale, v. A. PACE, *La Dichiarazione di Laeken e il processo costituente europeo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2001, p. 613. Sull'avvio delle riflessioni politiche ed istituzionali verso il processo costituente v. G. MILTON, J. KELLER-NOËLLET, *The immediate origins of the European Constitution: from Nice to Laeken*, in G. AMATO, H. BRIBOSIA, B. DE WITTE (a cura di), *Genèse et destinée de la Constitution européenne. Commentaire du Traité Établissant une Constitution pour l'Europe à la lumière des travaux préparatoires et perspectives d'avenir*, Bruxelles, 2007, p. 26.

<sup>127</sup> V. ad esempio il paragone offerto da alcuni autori, ormai più di vent'anni fa, tra il sistema europeo e quello americano, alla luce del quale il primo sarebbe risultato «*unmistakably a clear, logical structure with fewer inconsistencies and gaps than its American counterpart*». V. S. KRISLOV, C.D. EHLERMANN, J.H.H. WEILER, *The political organs and the decision-making process in the United States and the European Community*, in M. CAPPELLETTI, M. SOCCOMBE, J.H.H. WEILER (a cura di), *Integration through law: Europe and the American federal experience*, Berlino-New York, 1986, p. 17.

<sup>128</sup> Sin dal Trattato di Roma, in effetti, in luogo di una indicazione puntuale delle materie attribuite all'Unione si era optato per un approccio che potremmo definire orizzontale, mediante una tecnica normativa che prevedeva per ciascuna area di intervento delle istituzioni europee una base giuridica *ad hoc* idonea a definire l'estensione delle competenze, gli stru-

finamento nelle sfere di intervento statale, unitamente ad incertezze operative non di rado risolte in via contenziosa<sup>129</sup>. Secondo molti autori, invero, il problema di fondo riposava nella stratificazione successiva di molteplici testi, ciascuno dei quali espressione di una faticosa limatura fra differenti sensibilità e priorità politiche. L'esigenza di pervenire a più riprese a compromessi, soprattutto a decorrere dall'Atto unico europeo, così come la necessità – contestuale ed ineludibile – di approfondire viepiù il cammino di integrazione europea avevano condotto ad un sostanziale snaturamento del «*clear, sober and precise wording*» dei Trattati di Roma<sup>130</sup>, in favore di una «*mobile nature*» del-

menti giuridici e normativi a disposizione del legislatore e le procedure da rispettare. Questa impostazione rifletteva l'approccio funzionalista, orientato al riconoscimento all'Unione dei poteri necessari a perseguire gli scopi previsti dal Trattato. Competenze, strumenti e procedure costituivano – e tutt'oggi esprimono – i parametri di riferimento per quantificare l'ampiezza dei poteri conferiti alle istituzioni europee per il conseguimento di tali fini. V. in questo senso R. SCHÜTZE, *The European Community's federal order of competences. A retrospective analysis*, in M. DOUGAN, S. CURRIE (a cura di), *50 years of the European Treaties. Looking back and thinking forward*, Oxford – Portland, 2009, p. 63. L'autore in particolare ricorre alla nozione di competenza come una sottocategoria del concetto di potere giuridico, riproponendo il dibattito dottrinale sorto sul punto e derivante dalla mancata definizione, nel testo dei Trattati, delle due espressioni in questione. Per una differente accezione, incentrata su una relazione dialettica fra le due nozioni, v. V. CONSTANTINESCO, *Compétences et pouvoirs dans les Communautés européennes. Contribution à l'étude de la nature juridique des Communautés européennes*, Parigi, 1974. L'autore propone una duplice visione del potere: in senso istituzionale, come organo chiamato all'esercizio delle competenze attribuite alla Comunità; in senso materiale, quale espressione fattiva delle prerogative connesse al riconoscimento di competenza. Sulle questioni terminologiche v. altresì G. DE BURCA, B. DE WITTE, *The delimitation of powers between the European Union and its member States*, in A. ARNULL, D. WINCOTT (a cura di), *Legitimacy and accountability in the European Union after Nice*, Oxford, 2002, p. 201. Anche il Trattato di Lisbona omette di fornire una definizione del concetto di competenza, anche se, *a fortiori* alla luce delle innovazioni in vigore dal 2009, può forse essere ritenuta una semplice sintesi del concetto di settore o materia nei quali l'Unione, a seconda dei casi, è legittimata o, più raramente, come nel caso dell'adesione alla CEDU ex art. 6, par. 2, TUE, investita del compito di adottare atti giuridici.

<sup>129</sup> Si è registrata, nel tempo, un'attenta opera di “protezione dei confini” da parte della Corte di giustizia, che, come si avrà modo di considerare, ha in molte occasioni vigilato sul rispetto del principio di attribuzione e sul corretto utilizzo delle basi giuridiche consacrate nel Trattato. V. ad es. le sentenze sulle controversie interpilastro del 12 maggio 1998, causa C-170/96, *Commissione c. Consiglio*, in *Racc.* p. I-2763; 13 settembre 2005, causa C-176/03, *Commissione c. Consiglio*, in *Racc.* p. I-7879; 23 ottobre 2007, causa C-440/05, *Commissione c. Consiglio*, in *Racc.* p. I-9097, sulle quali si tornerà più diffusamente nel prosieguo dell'analisi. V. altresì, con riferimento alla clausola di flessibilità, il parere 28 marzo 1996, n. 2/94, in *Racc.* p. I-1759, riguardante la proposta di accordo di adesione della Comunità alla CEDU, nel quale la Corte ha precisato che l'allora art. 308 TCE non poteva costituire la base per ampliare i poteri conferiti dal Trattato.

<sup>130</sup> V. in questo senso P. PESCATORE, *Some critical remarks on the Single European Act*, in *Common Market Law Review*, 1987, p. 15. Riflessioni parimenti critiche sono state successivamente proposte in relazione alle ulteriori riforme dei Trattati. Si segnala per efficacia espres-

le attribuzioni dell'Unione e della loro netta delimitazione rispetto alle sfere di intervento nazionali<sup>131</sup>. Tra le pieghe di un contesto normativo capace di margini di flessibilità, si erano inseriti l'azione propulsiva delle istituzioni europee<sup>132</sup> e, soprattutto, come è stato osservato in dottrina, il ruolo proattivo della Corte di giustizia, considerata «*engine of the competence creep*»<sup>133</sup>.

Per queste ragioni, a fronte delle molteplici sollecitazioni e proposte di riconsiderazione della materia<sup>134</sup>, gli Stati membri hanno valorizzato l'occasione

siva, ad esempio, l'immagine dell'Europa «*of bits and pieces*» risultante dai Trattati di Maastricht, considerati un momento di rottura dell'ordine costituzionale sino ad allora mantenuto. V. D. CURTIN, *The constitutional structure of the Union: a Europe of bits and pieces*, in *Common Market Law Review*, 1993, p. 17. Con riferimento al Trattato di Amsterdam, inoltre, S. Weatherill ha denunciato la «*accumulation of texts, breeding ever deepening intrasparency*», mentre P. Pescatore, rispetto alla riforma di Nizza, ha giudicato il nuovo disposto primario «*a patchwork of incoherent additions to the provisions of the EU and EC Treaties*». V. Rispettivamente S. WEATHERILL, *Flexibility and fragmentation: trends in European integration*, in J. USHER (a cura di), *The state of the European Union*, Londra, 2000, p. 18; P. PESCATORE, *Nice: the aftermath. Guest editorial*, in *Common Market Law Review*, 2001, p. 265. Nella dottrina italiana, con particolare attenzione per il contributo della giurisprudenza v. A. TIZZANO, *Lo sviluppo delle competenze materiali delle Comunità europee*, in *Rivista di diritto europeo*, 1981, p. 139.

<sup>131</sup> Così A. TIZZANO, *Powers of the Community*, in European Commission Official Publications, *Thirty years of Community law*, Bruxelles, 1981, p. 43.

<sup>132</sup> La Commissione, in particolare, ha sempre orientato il proprio approccio al sistema delle competenze ad un risoluto *favor integrationis*, esemplificato dalla altrettanto ferma contrarietà all'introduzione, nel testo del Trattato, di espressi cataloghi di competenze dell'Unione. Simile eventualità, infatti, era ritenuta dannosa per la preservazione di margini di flessibilità del sistema, utili ad assicurare maggiore una libertà di evoluzione del processo di integrazione. In questo senso v. ad esempio la posizione espressa sul punto dalla Commissione in occasione dei lavori della Convenzione sull'avvenire dell'Europa e, in particolare il documento di M. PONZANO, *Un schéma pour conjuguer clarté et flexibilité dans le système des compétences de l'Union européenne*, Working Group V, Working Document n. 26 del 24 settembre 2002.

<sup>133</sup> In questi termini B. GUASTAFERRO, *The European Union as a Staatenverbund? The endorsement of the principle of conferral in the Treaty of Lisbon*, in M. TRYBUS, L. RUBINI (a cura di), *The Treaty of Lisbon and the future of European law and policy*, Cheltenham, 2012, p. 118.

<sup>134</sup> Cfr. ad es. A. VON BOGDANDY, J. BAST, *I poteri dell'Unione: una questione di competenza. L'ordine verticale delle competenze e proposte per la sua riforma*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2002, p. 303. Gli autori, sulla scorta delle criticità sollevate dal sistema successivo al Trattato di Nizza, proponevano ad esempio l'inserimento di una nuova categoria di competenze, cd. competenze-quadro, rispetto alle quali l'Unione avrebbe dovuto limitarsi a definire i principi direttivi, lasciando la normazione di dettaglio agli Stati. Gli autori riprendevano inoltre, pur criticandole, alcune proposte formulate dai Länder tedeschi, come la previsione di un meccanismo di coordinamento partecipato per l'attivazione della clausola di flessibilità di cui all'art. 308 TCE, oggi 352 TFUE. Veniva altresì sottolineata l'importanza strategica di rafforzare il ruolo della Corte di giustizia nel sindacato di legittimità sugli atti dell'Unione, così come l'opportunità – poi in parte accolta nel Trattato di Lisbona con riguardo al principio di sussidiarietà – di prevedere meccanismi politici preventivi di controllo sulla legittimità degli atti UE. Anche l'espressa elencazione delle competenze è stata talora sollecitata in dottrina, v. ad es. lo studio pubblicato dallo European University Institute nel 2000, intitolato *A basic Treaty for the European Union. A study of the reorganization of the Treaties*, reperibile

offerta dalla riforma di Lisbona per tentare di cogliere nel segno delle istanze di razionalizzazione e maggiore chiarezza. In particolare, ad una lettura complessiva, le novelle introdotte dal Trattato del 2009 sono state ispirate a quattro finalità principali: la maggiore accessibilità e trasparenza dell'organigramma delle competenze, con una più precisa indicazione dei suoi confini, a tutela degli Stati e dei singoli<sup>135</sup>; l'apposizione di (e l'individuazione dei) limiti al progressivo ampliamento delle competenze dell'Unione verificatosi grazie alla prassi delle istituzioni<sup>136</sup>; la razionalizzazione del sistema, mediante la formalizzazione di competenze già esercitate nella prassi<sup>137</sup>; il tentativo di chiarire i confini tra le diverse categorie di attribuzioni<sup>138</sup>.

all'indirizzo internet [www.iue.it/RSC/Treaties.html](http://www.iue.it/RSC/Treaties.html) (14 novembre 2014). Lo studio suggeriva una ripartizione in competenze esclusive, concorrenti, parallele e non regolatorie, in larga parte anticipando le riflessioni elaborate per il Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa ed il Trattato di Lisbona. Sulle proposte di riforme tese a rafforzare il principio di sussidiarietà v. A. VERGES BAUSILI, *Rethinking the methods of dividing and exercising powers in the EU: reforming subsidiarity and national parliaments*, Jean Monnet Working Paper n. 9/02, in <http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/papers/02/020901.html> (20 novembre 2014).

<sup>135</sup> In questo senso v. R. BARATTA, *Le competenze interne dell'Unione tra evoluzione e principio di reversibilità*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2010, p. 518.

<sup>136</sup> Tale ampliamento, operato *in primis* attraverso il principio della *pre-emption*, la clausola di flessibilità e la teoria dei poteri impliciti ha costituito la principale preoccupazione degli Stati in sede di negoziato del Trattato di Lisbona. Ciò è reso evidente dai frequenti richiami, in più punti del Trattato, al rigoroso rispetto delle competenze attribuite all'Unione, nonché dalla previsione di ulteriori e multiformi cautele in favore delle sfere di intervento statale, profilo oggetto di accentuato rafforzamento nelle materie comprese nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia. Nel disegno approntato dal Consiglio europeo di Laeken, peraltro, il contenimento dell'estensione delle competenze UE non avrebbe dovuto frenare in misura eccessiva l'incedere del processo di integrazione.

<sup>137</sup> Si pensi ad esempio alla competenza in tema di conservazione delle risorse biologiche del mare, qualificata come competenza esclusiva "di fatto" dalla Corte di giustizia, con la sentenza 5 maggio 1981, causa 804/09, *Commissione c. Regno Unito*, in *Racc.* p. 1045. Cfr. altresì la cd. teoria dei poteri impliciti, elaborata dalla Corte di giustizia ed in forza della quale l'UE può intervenire laddove l'esercizio di un determinato potere sia ritenuto indispensabile per il perseguimento dei fini dell'Unione o l'esercizio di una competenza espressamente riconosciuta dai Trattati. Questo approccio ha trovato particolare linfa nel campo della competenza esterna dell'UE, che, nell'opinione originaria della Corte, «non dev'essere in ogni caso espressamente prevista dal Trattato [...] ma può desumersi anche da altre disposizioni del Trattato e da atti adottati, in forza di queste disposizioni, dalle istituzioni della Comunità». Cfr. la sentenza 31 marzo 1971, causa 22/70, *Commissione c. Consiglio (AETS)*, in *Racc.* p. 263. Il tema delle competenze esterne dell'Unione è oggi oggetto di espressa previsione normativa, all'art. 3, par. 2, TFUE.

<sup>138</sup> Ne è esempio la politica europea di vicinato, oggi prevista all'art. 8 TUE e già avviata dal 2003, a séguito della comunicazione della Commissione COM(2003) 104 def. al Consiglio ed al Parlamento europeo sull'Europa ampliata – Prossimità: un nuovo contesto per le relazioni con i nostri vicini orientali e meridionali. Lo stesso dicasi per la politica energetica (artt. 4, par. 2, lett. *i*) e 194 TFUE), il turismo (artt. 6 lett. *d*) e 195 TFUE), la protezione civile (artt. 6 lett. *f*) e 196 TFUE), la proprietà intellettuale (artt. 118 e 207 TFUE), la sanità (artt. 4 lett. *k*)



Questi obiettivi condividono una radice comune, che dà loro linfa e sostegno: la rinnovata centralità dei principi regolatori del sistema delle competenze dell'Unione. In questo quadro, una posizione di particolare preminenza deve essere accordata al principio delle competenze di attribuzione<sup>139</sup>, la cui valorizzazione nella sistematica del diritto primario appare una delle chiavi di lettura più efficaci per la piena comprensione delle scelte operate in occasione del Trattato di riforma<sup>140</sup>. I reiterati richiami a questo principio, invero, sembrano orientare verso una ricostruzione dogmatica rigorosa della sua portata, in controtendenza rispetto all'accezione avvalorata negli ultimi decenni. Come evidenziato in dottrina<sup>141</sup>, il previgente regime primario ha consentito alle istituzioni europee – Corte di giustizia *in primis* – di declinare il principio di attribuzione come uno strumento posto al servizio di un interesse più grande ed ambizioso: il conseguimento degli scopi posti dai Trattati. In un'opposta prospettiva, nell'attuale sistema l'insistenza sulla chiarezza del dato positivo e sulla necessaria subordinazione di ogni competenza sovranazionale all'espressa volontà degli Stati concorrono a delineare un'immagine essenziale del principio in esame, che diviene un valore fondativo dell'ordinamento europeo, non

e 168 TFUE), l'adozione di misure sanzionatorie nei confronti di soggetti sospettati di collegamenti con realtà terroristiche (art. 75 TFUE), i servizi di interesse economico generale (art. 14 TFUE).

<sup>139</sup> Si è scelto di considerare in via prioritaria ed autonoma il principio di attribuzione allo scopo di considerare in prima battuta il riparto formale delle competenze tra UE e Stati membri, sulla scorta delle riformate disposizioni del Trattato. Quanto all'esercizio delle competenze ed ai principi generali che lo orientano – ovvero sia i principi di sussidiarietà e proporzionalità, che pur hanno conosciuto una significativa valorizzazione nella riforma dei Trattati – si intende affrontare l'analisi solo una volta chiariti, a monte, il nuovo assetto delle attribuzioni dell'Unione e la sua declinazione nel settore penale.

<sup>140</sup> Il richiamo a questo principio è a più riprese proposto in varie disposizioni dei Trattati, fra cui gli artt. 1, 3 e 5 TUE e l'art. 7 TFUE, ed è inoltre alla base degli artt. 3, 4, 5 e 6 TFUE, che presentano l'elencazione dei singoli settori conferiti all'Unione europea. L'insistenza sulla centralità del principio è stata descritta in dottrina come una vera e propria «*obsession with conferral*». In questo senso v. L.S. ROSSI, *Does the Lisbon treaty provide a clearer separation of competences between EU and Member States?*, in A. BIONDI, P. EECKHOUT (a cura di), *EU law after Lisbon*, Oxford, 2012, p. 85, in particolare v. pp. 94 ss. Con un'espressione più colorita, altra dottrina ha qualificato l'insistita attenzione del Trattato per questo principio come una ripetizione «*ad nauseam*»: B. GUASTAFERRO, *The European Union as a Staatenverbund?*, cit., p. 123.

<sup>141</sup> Cfr. J.H.H. WEILER, *Il sistema comunitario europeo*, Bologna, 1985, p. 122. V. altresì S. WEATHERHILL, *Competence creep and competence control*, in *Yearbook of European Law*, 2004, p. 1. Von Bogdandy e Bast sono giunti ad ipotizzare che l'accento posto a più riprese sulla necessità di ancorare ogni intervento dell'Unione ad una previa manifestazione di volontà da parte degli Stati costituisca un'incrinatura dell'autonomia dell'ordinamento dell'Unione sostenuta dalla Corte di giustizia: cfr. A. VON BOGDANDY, J. BAST, *The federal order of competences*, in A. VON BOGDANDY, J. BAST (a cura di), *Principles of European constitutional law*, Oxford-Monaco, 2010, p. 298.

più in funzione servente, ma meritevole esso stesso di tutela da indebite elusioni.

In quest'ottica, acquista accresciuto vigore la valenza del principio di attribuzione quale limite all'azione dell'Unione europea, sulla direttrice verticale del riparto di attribuzioni fra ente sovranazionale e Stati membri, in ossequio all'assunto per cui l'Unione deve rispettare i confini entro i quali «gli Stati hanno rinunciato, anche se in settori limitati, ai loro poteri sovrani»<sup>142</sup>. Una rinnovata ribalta che la dottrina ha spiegato proprio in relazione allo sviluppo del processo di integrazione, che ha condotto l'Unione verso finalità ulteriori rispetto agli originari obiettivi di carattere economico e verso la progressiva acquisizione di crescenti competenze, soprattutto in settori di forte radicamento nazionale: «*A flexible and fuzzy system of competences was suited to the original European system, based on functionalism. But the child has grown up. [...] Clearer and stricter rules on the conferral and exercise of competences are part of a process of democratization and constitutionalization of the European Union*»<sup>143</sup>. L'apposizione ed il rafforzamento di limiti e confini appare dunque il *leitmotiv* sul quale è ordito il sistema delle competenze, *a fortiori* in settori di particolare rilevanza per gli interessi degli Stati membri, come nel caso della normativa penale processuale e sostanziale.

In quest'ottica, parallelamente alla ricerca di un maggiore rigore classificatorio, il riformato sistema delle competenze si distingue altresì per l'introduzione o rivisitazione di clausole destinate a sottolineare l'esigenza di una marcata tutela del riparto di attribuzioni fra Unione e Stati. Da un lato, vengono in rilievo previsioni di portata sistematica, che evidenziano la premura dei redattori del Trattato di assicurare adeguata considerazione per i settori di intervento degli Stati membri; dall'altro lato, si registrano disposizioni specifiche, volte a tutelare le prerogative degli Stati in singoli settori di competenza o ad accordare al legislatore interno maggiore flessibilità di intervento<sup>144</sup>.

Con riguardo alla prima tipologia di norme, è fortemente indicativo in primo luogo il richiamo all'obbligo dell'Unione di rispettare le identità nazionali, così come espresse nella struttura fondamentale dello Stato ad ogni livello amministrativo: locale, regionale, nazionale. A ciò si affianca l'espressa

<sup>142</sup> Cfr. la sentenza del 5 febbraio 1963, causa 26/62, *Van Gend en Loos*, in *Racc.* p. 1.

<sup>143</sup> L.S. ROSSI, *Does the Lisbon treaty provide a clearer separation of competences between EU and Member States?*, cit., p. 96. L'autrice valuta positivamente il nuovo regime, ritenuto funzionale e necessario ad un rafforzamento della cooperazione tra Stati, verso una eventuale destinazione finale di carattere federale.

<sup>144</sup> Come poc'anzi sottolineato, i principi di proporzionalità e sussidiarietà saranno oggetto di specifica trattazione, in relazione alla loro incidenza nella cooperazione in materia penale: v. *infra*, Cap. II, par. 3. In questa sede ci si sofferma dunque sui profili innovativi che, dal punto di vista lessicale o degli strumenti giuridici introdotti, riflettono la cura dei redattori del Trattato per la puntuale delimitazione delle prerogative dell'Unione.

esclusione dal novero dei settori di intervento dell'Unione dell'esercizio delle funzioni statali essenziali, quali la salvaguardia dell'integrità nazionale, la tutela dell'ordine pubblico, la protezione della sicurezza nazionale<sup>145</sup>.

Rileva in seconda battuta una clausola ancillare alla formulazione del principio di attribuzione, che ne ribadisce il contenuto e la portata in una prospettiva negativa: i redattori del Trattato, infatti, a scanso di equivoci, si sono preoccupati di precisare, agli artt. 4 e 5 TUE, che «qualsiasi competenza non attribuita all'Unione nei Trattati appartiene agli Stati membri»<sup>146</sup>. Questa disposizione, in sé priva di carattere innovativo o di effettiva utilità, è meritevole di citazione, perché appare la traccia alla quale sono ispirate ulteriori formule simili delle quali i Trattati sono costellati e che rafforzano, laddove ve ne fosse stato bisogno, i confini delle competenze dell'Unione<sup>147</sup>.

Una previsione del nuovo assetto dalla forte portata simbolica consiste poi nell'affermazione del principio di reversibilità<sup>148</sup>, di cui all'art. 2, par. 2, ultimo periodo, TFUE. In forza del questo principio, gli Stati, nei settori di competenza concorrente, possono tornare a legiferare in settori in precedenza oggetto di attività normativa dell'Unione europea, ove quest'ultima cessi di esercitare tali attribuzioni o receda dalle iniziative già realizzate. A tale scopo, in particolare, è necessario che gli atti adottati a livello sopranazionale siano abrogati e non sussista alcuna disciplina sostitutiva<sup>149</sup>.

<sup>145</sup> Cfr. più diffusamente il prosieguo dell'analisi, ed in particolare il Cap. V, par. 4.

<sup>146</sup> Cfr. l'art. 4, par. 1, e l'art. 5, par. 2, TUE. L'origine di questa precisazione è la riflessione elaborata dagli Stati membri in occasione del Consiglio europeo di Bruxelles del 26 giugno 2007, che ha conferito il mandato alla Conferenza intergovernativa per la riforma dei Trattati. V. il doc. 11218/07, punto 10.

<sup>147</sup> La formula in questione riecheggia disposizioni analoghe previste ad esempio all'art. 6, par. 2, TUE ed all'art. 51 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE. Analoghe formule si riscontrano anche nella Dichiarazione n. 18, relativa alla delimitazione delle competenze europee. Inoltre, nella più volte citata preoccupazione degli Stati di rendere espliciti i possibili strumenti normativi di contenimento delle competenze dell'Unione, le disposizioni sulla procedura di revisione ordinaria dei Trattati si curano di precisare che tale procedimento può in particolare essere attivato per modulare in senso estensivo o riduttivo le competenze dell'Unione. Ciò si evince in particolare dall'art. 48, par. 2, TUE ed il concetto è ulteriormente ribadito nella Dichiarazione n. 18 sulla delimitazione delle competenze.

<sup>148</sup> In questo senso J. ZILLER, *Il nuovo Trattato europeo: un viaggio a Lilliput?*, in F. BASSANINI, G. TIBERI (a cura di), *Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona*, Bologna, 2008, p. 489. L'autore evidenzia la radice politica di questa previsione e ritiene che già nel sistema previgente, di fatto, il principio di reversibilità operasse.

<sup>149</sup> Questa indicazione viene fornita dalla Dichiarazione n. 18. In concreto, occorrerebbe una richiesta in tal senso da parte del Consiglio, su sollecitazione di uno o più rappresentanti degli Stati membri, alla Commissione, chiamata a sua volta ad esercitare il potere di iniziativa che le è proprio. Ai sensi dell'art. 241 TFUE, la Commissione, ove non ritenga di dare séguito alla richiesta del Consiglio, deve manifestare a quest'ultimo le relative motivazioni. Secondo parte della dottrina, il ricorso alla reversibilità dovrebbe essere espressamente indicato in un atto adottato sulla scorta della medesima base giuridica su cui hanno fondamento le norme

Non mancano peraltro elementi di incertezza, che paiono sfuggire alla logica di sistematizzazione del riparto di attribuzioni. In particolare, si registrano possibili problematiche nella definizione precisa dei confini fra alcune materie enumerate negli articoli iniziali del Trattato sul Funzionamento. L'urgenza di individuare in maniera puntuale gli àmbiti di intervento dell'UE e di circoscriverne l'ampiezza a quanto strettamente necessario per il conseguimento degli scopi consacrati nel Trattato ha infatti condotto alla formalizzazione di formulazioni che in dottrina sono state qualificate come «*competence cocktails*»<sup>150</sup>. Si tratta di settori dai confini labili, se non addirittura intersecanti, che, destinati a categorie di competenza differenti, possono far sorgere nella prassi difficoltà di inquadramento e conseguenti incertezze nell'applicazione del corretto regime normativo<sup>151</sup>.

Sotto questo profilo, l'eterogeneità *ratione materiae* e, in taluni casi, la portata generale delle previsioni riguardanti lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia concorrono a qualificare il Titolo V TFUE come un caso elettivo di *competence cocktail*. Da un lato, possono verificarsi reciproche sovrapposizioni fra le diverse materie che vi afferiscono, come nel caso della disciplina sul contrasto all'immigrazione irregolare attraverso l'adozione di norme penali; dall'altro lato, aspetti rientranti nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia possono trovare in astratto inquadramento anche in politiche ad esso esterne, ad esempio in relazione alla libera circolazione delle persone, alla tutela degli interessi finanziari dell'Unione, alla tutela dei dati personali, alle misure di contrasto al terrorismo internazionale.

Occorre dunque considerare con maggior precisione la portata ed i confini delle basi giuridiche che, nel contesto del Titolo V TFUE, giustificano l'adozione di norme penali processuali o sostanziali da parte del legislatore dell'Unione europea, nella consapevolezza che le esigenze di rigore classificatorio e puntuale rispetto del riparto di competenze si pongono con peculiare urgenza nel campo della cooperazione di polizia e giudiziaria materia penale.

abrogate. Cfr. H. BRIBOSIA, *Subsidiarité et répartition des compétences entre l'Union et ses Etats membres dans la Constitution européenne*, in *Revue du droit de l'Union européenne*, 2005, p. 25. In ogni caso, questo effetto ad elastico non è definitivo, così che l'Unione possa tornare a sottrarre spazi operativi agli Stati nell'ipotesi in cui intervenga nuovamente sulla medesima materia.

<sup>150</sup> Cfr. R. SCHÜTZE, *Lisbon and the federal order of competences. A prospective analysis*, in *European Law Review*, 2008, p. 719.

<sup>151</sup> Un caso emblematico, al riguardo è rappresentato dalla salute pubblica, materia inserita fra le attribuzioni concorrenti, e dal miglioramento della salute umana, che l'art. 6 TFUE rimanda alle competenze del terzo tipo. La possibile commistione fra i due piani è comprovata dal fatto che, nell'àmbito della competenza concorrente sulla sanità pubblica, l'art. 168, par. 1, TFUE prevede la possibilità di adottare misure di armonizzazione dei sistemi sanitari nazionali, con l'obiettivo del miglioramento della salute umana, mentre il secondo paragrafo definisce una più generale competenza di coordinamento e supporto all'azione degli Stati membri.

## 6. La base giuridica in materia di diritto penale processuale: l'articolo 82 TFUE

### 6.1. Il contenuto dell'art. 82 TFUE e le novità introdotte dal Trattato di Lisbona

L'art. 82, par. 1, TFUE esordisce ponendo a fondamento della cooperazione europea nel settore processuale penale il reciproco riconoscimento, elevato a motore dell'attività dell'Unione unitamente all'adozione di norme di ravvicinamento degli ordinamenti nazionali<sup>152</sup>. Al riguardo, la riforma dei Trattati muove nella direzione più volte indicata dalle istituzioni europee circa la necessità di rafforzare questo principio<sup>153</sup>, al fine di assicurare impulso all'integrazione europea, nel rispetto delle peculiarità dei singoli sistemi penali. Il reciproco riconoscimento, infatti, rappresenta un vero e proprio strumento di costruzione dello spazio giudiziario europeo<sup>154</sup>, poiché, lungi

<sup>152</sup> Il principio del reciproco riconoscimento sarà oggetto di più puntuale analisi nel Capitolo IV. Sulla rilevanza del principio nell'ambito della cooperazione in materia penale si segnalano sin d'ora, fra gli altri, G. DE KERCHOVE, A. WEYEMBERGH (a cura di), *La confiance mutuelle dans l'espace pénal européen*, Bruxelles, 2005; M. DANE, A. KLIP (a cura di), *An additional evaluation mechanism in the field of EU judicial cooperation in criminal matters to strengthen mutual trust*, Tilburg, 2009. Per le prospettive del principio nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia a séguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona cfr. G. VERNIMMEN-VAN TIGGELEN, L. SURANO, A. WEYEMBERGH (a cura di), *The future of mutual recognition in the European Union*, Bruxelles, 2009; O. DE SCHUTTER, *Mutual recognition and mutual trust in the establishment of the Area of Freedom, Security and Justice*, in O. DE SCHUTTER, V. MORENO (a cura di), *Human rights in the web of governance: towards a learning-based fundamental rights policy for the European Union*, Lovanio, 2010.

<sup>153</sup> In particolare, v. le conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo di Cardiff del 15 e 16 giugno 1998, al punto 39: «Il Consiglio europeo sottolinea l'importanza di un'efficace cooperazione giudiziaria nella lotta contro la criminalità transnazionale. Esso riconosce che occorre potenziare la capacità dei sistemi giuridici nazionali di operare in stretto contatto e chiede al Consiglio di determinare in quale misura si debba estendere il riconoscimento reciproco delle decisioni dei rispettivi tribunali». Dello stesso tenore le conclusioni del Consiglio europeo di Tampere del 15 e 16 ottobre 1999. La codificazione del principio era altresì prevista dall'art. 67 del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa. Formalizzando il principio, i redattori del Trattato hanno disatteso la posizione dottrinale che criticava l'estensione del principio in esame alla materia penale, in ragione della necessità di tutelare il principio di legalità. V. sul punto N. PARISI, *Spazio di libertà, sicurezza e giustizia e principio di legalità. Qualche riflessione a partire dal principio del mutuo riconoscimento in campo penale*, in E. CASTORINA (a cura di), *Profili attuali e prospettive di diritto costituzionale europeo*, Torino, 2007, p. 367, ove l'autrice evidenzia, criticando di fatto l'assunto giurisprudenziale circa la sussistenza di reciproca fiducia tra gli Stati membri, che all'applicazione del reciproco riconoscimento dovrebbe affiancarsi una valutazione in concreto dei livelli di tutela dei diritti assicurati a livello nazionale.

<sup>154</sup> In questo senso N. PARISI, *Tecniche di costruzione di uno spazio penale europeo. In tema di riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie e di armonizzazione delle garanzie procedurali*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2012, p. 33.

dall'imporre l'uniformazione degli ordinamenti interni, muove dal presupposto della fiducia reciproca fra gli Stati membri in ordine all'idoneità delle rispettive soluzioni normative ed all'adeguatezza degli apparati di prevenzione e repressione del crimine<sup>155</sup>.

In questo contesto, l'art. 82 consacra a livello primario le priorità che negli anni hanno caratterizzato l'attività del legislatore europeo. Con uno sforzo di astrazione, infatti, è possibile individuare tre filoni principali nella produzione normativa UE: atti destinati a migliorare l'efficienza dei meccanismi di cooperazione, come nel caso del mandato d'arresto europeo e delle norme che impongono il riconoscimento di ulteriori tipologie di decisioni giurisdizionali; disposizioni volte ad incentivare un certo grado di europeizzazione dei sistemi penali e processuali nazionali, ad esempio attraverso la formazione dei magistrati; iniziative focalizzate sulla tutela dei diritti delle parti processuali, espressione della più recente "stagione normativa" dell'Unione.

L'art. 82, par. 1, secondo periodo, in effetti, investe anzitutto il legislatore europeo del compito di adottare misure intese a rafforzare il reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie, senza specifiche limitazioni quanto a contenuto o tipologia dei provvedimenti interessati. Inoltre, viene attribuita all'Unione competenza a adottare norme volte a prevenire e risolvere i conflitti di giurisdizione, profilo che rappresenta una delle principali lacune dell'attuale panorama normativo, anche in raffronto alle più radicate esperienze avviate nel contesto della cooperazione giudiziaria in materia civile. Da ultimo, la norma in esame riconosce all'Unione la possibilità di adottare norme allo scopo di supportare la formazione dei magistrati e degli operatori giudiziari e la cooperazione fra le autorità competenti degli Stati membri.

Il par. 2 legittima poi l'adozione di direttive di contenuto minimo, purché rispettose delle tradizioni giuridiche nazionali, riguardanti l'ammissibilità delle fonti di prova, i diritti dell'indagato o imputato e le prerogative delle vittime della criminalità. In questa ipotesi non si tratta dunque di misure direttamente destinate a rafforzare la cooperazione in materia penale per mezzo di un diretto impulso al reciproco riconoscimento, bensì di strumenti che, ravvicinando i sistemi processuali statali in relazione ad aspetti di peculiare e con-

<sup>155</sup> In questo senso, il principio del reciproco riconoscimento appare espressione del principio di sussidiarietà e, anche sotto questa luce, sarà considerato con maggiore puntualità nel prosieguo del lavoro, ed in particolare nel Cap. II. Per approfondimenti v. J. MATTERA, *L'Union européenne assure le respect des identités nationales, régionales et locales, en particulier par l'application et la mise en œuvre du principe de la reconnaissance mutuelle*, in *Revue de droit de l'Union européenne*, 2002, p. 237. Allo stesso tempo, peraltro, come è stato sottolineato in dottrina, questa impostazione fronteggia l'insoddisfacente grado di attuazione di molti degli atti già in vigore. V. in particolare V. MITSILEGAS, *EU criminal law*, Oxford, 2009, p. 156; per una analisi complessiva della situazione in ciascuno dei Paesi membri v. G. VERNIMMEN-VAN TIGGELEN, L. SURANO, A. WEYEMBERGH (a cura di), *The future of mutual recognition*, cit.

divisa importanza, possono costituire un incentivo indiretto alla fiducia fra le autorità giudiziarie nazionali.

Infine, in forza della lett. *d*), grazie ad una formula di chiusura del sistema idonea ad assicurare un pur circoscritto margine di flessibilità ai legislatori UE, il Consiglio può individuare in via preliminare, con decisione oggetto di previa approvazione parlamentare, ulteriori e specifici istituti processuali sui quali legiferare con procedura legislativa ordinaria<sup>156</sup>. L'adozione di direttive di contenuto minimo di cui al paragrafo in esame, nondimeno, è sempre subordinata ad uno stringente requisito: l'intervento normativo europeo deve infatti risultare necessario allo scopo di facilitare il reciproco riconoscimento dei provvedimenti giurisdizionali interni. In questo senso, l'art. 82, par. 2, TFUE è formulato in coerenza con l'art. 67, par. 1, TFUE che inaugura il Titolo V del Trattato e che fissa quali condizioni generali per la realizzazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia il «rispetto dei diritti fondamentali nonché dei diversi ordinamenti giuridici e delle diverse tradizioni giuridiche degli Stati membri». Peraltro, le due formulazioni non sono del tutto coincidenti, così da suggerire una possibile differente ricostruzione ermeneutica. L'art. 67 TFUE, infatti, richiamando il termine «rispetto», pone in capo all'Unione il dovere di astenersi dal violare le prerogative e le peculiarità degli ordinamenti nazionali. L'art. 82 TFUE, invece, supera la dimensione meramente negativa, sollecitando l'Unione europea non solo ad esercitare un prudente *self-restraint* al cospetto delle norme penali interne, ma altresì a tenerle in debito conto nell'adozione di atti di diritto derivato. Si può dunque sottolineare come, accogliendo questa impostazione, il Trattato non circonda solo di limiti l'attività normativa dell'UE nel settore penale, ma ponga le basi per una proficua *cross-fertilization* fra ordinamenti statali e disciplina sovranazionale.

Allo stesso tempo, l'effettiva portata operativa della clausola di cui all'art. 82, par. 2, TFUE trova nel parametro della necessità un limite sostanziale di non secondario momento. Il criterio in esame, infatti, come evidenziato in dottrina, si presta a scelte ampiamente discrezionali da parte della Commissione ed apre il fianco al rischio di un'elevata conflittualità con gli Stati membri<sup>157</sup>.

<sup>156</sup> Questa base giuridica non risulta ad oggi attuata.

<sup>157</sup> Cfr. R. LÖÖF, *Shooting from the hip: proposed minimum rights in criminal proceedings throughout the EU*, in *European Law Journal*, 2006, p. 421. L'autore ha ricollegato queste criticità al dettame primario precedente al Trattato di Lisbona, in costanza del quale la Commissione aveva formulato la proposta di decisione quadro COM(2004) 328 def., sui diritti processuali dell'individuo, allo scopo di fissare norme minime comuni idonee a porre rimedio alle principali criticità sollevate in materia dalla messa in opera del mandato d'arresto europeo. Benché il progetto prevedesse solo norme minime volte a fissare standard comuni, il testo incontrò la risoluta opposizione di molti Paesi membri, restii ad accettare un intervento legislativo dell'Unione in un settore così peculiare, in assenza di una chiara necessità. L'autore ha in

Peraltro, in forza del par. 2, secondo periodo, l'introduzione di tali norme minime comuni non priva gli Stati della possibilità di mantenere o introdurre livelli di tutela più elevati, a limitazione dell'effetto preclusivo che ordinariamente segue all'intervento normativo dell'Unione<sup>158</sup>.

La formulazione della norma in esame presenta alcune differenze di rilievo rispetto al previgente art. 31 TUE<sup>159</sup>. Oltre alla già evidenziata codificazione del principio del reciproco riconoscimento, si registra una sensibile ridefinizione – anche in chiave terminologica – delle attribuzioni e degli obiettivi dell'azione UE in materia: è stato eliso il richiamo alla facilitazione delle procedure di estradizione, mentre è stato inserito *ex novo* il sostegno alla formazione del personale; è stato abrogato il potere di assicurare la compatibilità delle normative processuali applicabili negli Stati membri, ma alla prevenzione dei conflitti di giurisdizione si è aggiunta anche la competenza a individuare i criteri per la loro risoluzione.

Peraltro, l'elencazione di cui all'art. 31 TUE appariva meramente esemplificativa, circostanza resa evidente, più ancora che nella versione italiana del Trattato, dalle formule usate nei testi inglese e francese: rispettivamente «*shall include*» e «*L'action en commun [...] vise, entre autres, à*». Viceversa, le priorità indicate dalla lett. a) alla lett. c) dell'odierno art. 82 TFUE sono esaustive, ma vengono accompagnate dalla menzionata clausola di cui alla lett. d), che fissa una specifica procedura per eventuali estensioni *ad hoc*, rispetto a singoli

effetti evidenziato due principali criticità connesse alla proposta della Commissione: la scarsa attenzione per i limiti delle competenze dell'Unione in materia processuale penale prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona e la scissione tra il progetto di atto e le problematiche concrete nell'applicazione del reciproco riconoscimento a livello nazionale. Ne è derivato un lungo periodo di stallo dei negoziati: nonostante la priorità delle misure in oggetto fosse stata almeno formalmente riconosciuta, tanto da essere espressamente formalizzata nel Programma dell'Aia. Per approfondimenti sulle prime fasi dell'elaborazione della proposta della Commissione v. C. MORGAN, *Proposal for a framework decision on procedural safeguards for suspects and defendants in criminal proceedings throughout the European Union*, in *ERA Forum*, 2003, p. 91; v. altresì House of Lords European Union Committee, *Breaking the deadlock. What kind of future for EU procedural rights?*, Second Report, session 2006-2007, paper 20.

<sup>158</sup> Sull'effetto di *pre-emption* rispetto all'attività del legislatore nazionale, con riferimento alla sola cooperazione penale, v. *infra*, Capitolo II, par. 2.2.

<sup>159</sup> Cfr. art. 31, par. 1, lettere a-d) TUE, nella sua formulazione precedente all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona: «1. L'azione comune nel settore della cooperazione giudiziaria in materia penale comprende:

- a) la facilitazione e l'accelerazione della cooperazione tra i ministeri competenti e le autorità giudiziarie o autorità omologhe degli Stati membri, ove appropriato anche tramite Eurojust, in relazione ai procedimenti e all'esecuzione delle decisioni;
- b) la facilitazione dell'extradizione fra Stati membri;
- c) la garanzia della compatibilità delle normative applicabili negli Stati membri, nella misura necessaria per migliorare la suddetta cooperazione;
- d) la prevenzione dei conflitti di giurisdizione tra Stati membri; [...].».



e specifici istituti processuali non espressamente individuati dalla norma in questione.

Alla precedente elencazione aperta si sostituisce dunque un enunciato maggiormente rigido, la cui portata e la cui residua flessibilità sono subordinate al rispetto di formalità rigorose. Da un lato, infatti, l'esercizio delle competenze previste dall'art. 82, par. 2, TFUE è presidiato dalla previa valutazione sulla necessità dell'intervento europeo. Dall'altro lato, i margini di estensione dell'azione europea a nuovi ed ulteriori profili sono delimitati da un *iter* istituzionale "aggravato" dall'adozione di una previa decisione unanime del Consiglio, a sua volta subordinata all'approvazione del Parlamento.

La differenza di impostazione può essere letta alla luce del contesto generale in cui si incardinano le norme in oggetto. Essa costituisce infatti un elemento indicatore della costante premura di garantire un accorto e ragionevole bilanciamento tra il rafforzamento della cooperazione nel settore penale e l'individuazione dei confini riservati agli ordinamenti giuridici, nonché, prima ancora, alle opzioni politiche degli Stati membri.

Un ultimo elemento di interesse deriva dalla formulazione di alcune disposizioni che mal si attagliano all'inquadramento dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia – e dunque della cooperazione in materia penale – fra i settori di competenza concorrente. Infatti, l'art. 82, par. 1, lett. c), riguarda l'adozione di norme volte «a sostenere la formazione dei magistrati e degli operatori giudiziari», mentre la lett. d) conferisce al legislatore europeo la competenza a «facilitare la cooperazione tra le autorità giudiziarie [...] in relazione all'azione penale e all'esecuzione delle decisioni». A queste previsioni si affianca inoltre l'art. 84, alla luce del quale Parlamento e Consiglio, mediante procedura legislativa ordinaria, possono «incentivare e sostenere l'azione degli Stati membri nel campo della prevenzione della criminalità». In questi casi, il dettame del Trattato suggerisce si tratti di competenze cd. del terzo tipo, grazie alle quali l'Unione si limita a sostenere, coordinare o completare l'azione degli Stati membri, i quali dunque conservano in via principale il potere di legiferare.

In assenza di ulteriori indicazioni da parte dei redattori del Trattato, si ritiene preferibile configurare la competenza dell'Unione europea in questi specifici settori come uno dei poc'anzi richiamati *competence cocktails*. Depone a favore di questa impostazione, anzitutto, una ricostruzione letterale del disposto del Trattato. Inoltre, soccorre il particolare contesto nel quale sono incardinate le norme in esame, ovvero sia un settore di tradizionale prerogativa nazionale, circondato nel Trattato da numerose tutele in favore degli spazi di intervento del legislatore interno. L'organizzazione del potere giudiziario e la formazione della magistratura costituiscono in tutta evidenza attribuzioni degli Stati membri, che possono nondimeno necessitare del supporto dell'U-

nione per i profili che trascendono i confini nazionali, senza che eventuali iniziative europee precludano l'intervento normativo interno<sup>160</sup>.

### 6.2. *Il rapporto tra le disposizioni dell'art. 82 TFUE*

La piena comprensione della portata della basi giuridiche consacrate all'art. 82 TFUE impone un raffronto tra il dato testuale dei suoi primi due paragrafi. L'analisi di queste disposizioni conduce infatti ad alcune riflessioni di portata sistematica.

La necessità di operare una distinzione si evince anzitutto dal fatto che solo il par. 2 impone il rispetto delle specifiche condizioni sopra menzionate per l'esercizio del potere legislativo in sede europea. Inoltre, il par. 1 non subordina espressamente l'intervento del legislatore europeo al carattere transnazionale della materia o dell'istituto disciplinati, sebbene in ultima analisi le materie che ne sono oggetto presuppongano in concreto il coinvolgimento di più Stati – si pensi alla normativa in materia di coordinamento ed attribuzione della giurisdizione – o profili di rilevanza sovranazionale, come nel caso della formazione dei magistrati.

Sul punto, invero, appare maggiormente indicativo un raffronto con il disposto dell'art. 81 TFUE, in tema di cooperazione giudiziaria civile. Quest'ultimo infatti, al par. 1, fa ricorso all'espressione «materie civili con implicazioni transnazionali», mentre l'art. 82, par. 2, utilizza la formula «materie penali

<sup>160</sup> Nel dicembre 2001, il Consiglio aveva esortato a realizzare una rete europea per promuovere la formazione dei magistrati, con lo scopo di alimentare la fiducia tra le autorità nazionali coinvolte. V. in particolare l'iniziativa della Repubblica francese per l'adozione di una decisione del Consiglio che istituisca una rete europea di formazione giudiziaria, in GU C 18, del 19 gennaio 2001. Analogamente, il programma dell'Aia adottato nel novembre 2004 insisteva sulla necessità di incrementare la fiducia reciproca, migliorando la conoscenza dei vari sistemi giuridici e la comprensione tra autorità giudiziarie, verso la costruzione di una cultura giudiziaria comune. Il tema è stato successivamente affrontato con la comunicazione COM(2006) 356 def., del 29 giugno 2006, sulla formazione giudiziaria nell'Unione europea, con la quale la Commissione ha prospettato una serie di interventi, soprattutto in termini di finanziamento di progetti di formazione e scambio, molti dei quali realizzati nell'ambito del programma quadro 2007-2013 "diritti fondamentali e giustizia". Nel 2011, la Commissione ha pubblicato una nuova comunicazione, COM(2011) 551, del 13 settembre 2013, nella quale ha ancora una volta evidenziato lo stretto legame tra formazione europea dei magistrati e fiducia reciproca, a beneficio dell'impulso alla cooperazione giudiziaria civile e penale. In relazione al periodo 2014-2020, la materia è disciplinata dal programma Giustizia previsto con regolamento UE 1382/2013, del Parlamento e del Consiglio, del 17 dicembre 2013, in GU L 354, del 18 dicembre 2013, p. 73. Il regolamento si fonda, tra l'altro, proprio sull'art. 82, par. 1, e sull'art. 84 TFUE ed il suo obiettivo generale, in forza dell'art. 3, è di «contribuire all'ulteriore sviluppo di uno spazio europeo di giustizia basato sul riconoscimento reciproco e la fiducia reciproca, in particolare attraverso la promozione della cooperazione giudiziaria in materia civile e penale». In dottrina v. G. PAYAN, *Emergence d'une stratégie européenne en matière de coopération judiciaire*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 2014, p. 39.

aventi dimensione transnazionale». Ciò sembra suggerire che il disposto dell'art. 82 TFUE abbia una portata più ampia, idonea a conferire all'Unione il potere di ravvicinare gli ordinamenti statali non solo in presenza di procedimenti o delitti che coinvolgano più giurisdizioni, ma anche in presenza di istituti ai quali sia riconosciuta comune importanza o problematicità. Ad esempio, per quanto riguarda l'ammissibilità delle prove, le competenze attribuite all'Unione risulterebbero sostanzialmente neutralizzate se non si ritenesse che il legislatore sovranazionale sia legittimato all'adozione di norme di portata generale e contenuto minimo idonee ad assicurare un ragionevole grado di ravvicinamento degli ordinamenti nazionali, indipendentemente dall'oggettivo rilievo transnazionale dei procedimenti cui tali disposizioni potrebbero trovare applicazione. Questo rilievo incontra peraltro il conforto della prassi del parlamento europeo e del Consiglio, in relazione alle direttive riguardanti i diritti delle parti processuali, con particolare riferimento alla vittima del reato, all'indagato ed all'imputato: gli strumenti normativi adottati sinora in attuazione del disposto dell'art. 82, par. 2, lettere *b*) e *c*), infatti, implicano il ravvicinamento delle garanzie accordate dal regime processuale statale a tali soggetti nel corso di qualsiasi esperienza processuale, anche nel caso in cui si tratti di procedimenti che non rivelino alcun elemento transfrontaliero o legame con l'attuazione del diritto UE<sup>161</sup>.

Il paragone interno all'art. 82 mostra altresì che solo ai sensi del par. 2 l'attività normativa dell'Unione deve rispettare il multiforme panorama giuridico nazionale<sup>162</sup>. Al riguardo, la precisazione inserita dai redattori del Trattato non appare una mera enunciazione di principio, bensì è diretta ad ancorare le iniziative del legislatore europeo ad un criterio generale in ordine all'incisività delle norme europee sugli ordinamenti nazionali, a fortiori in ipotesi di scanner normativi fortemente frammentati. In questo senso, a ben vedere, il par. 2 esplicita un tendenziale *self-restraint* che non può essere confinato a questa base giuridica e che può considerarsi intrinseco alla nozione di reciproco riconoscimento di cui al par. 1. L'obbligo di riconoscere ed eseguire la

<sup>161</sup> Cfr. C. AMALFITANO, *Le prime direttive europee sul ravvicinamento "processuale": il diritto all'interpretazione, alla traduzione ed all'informazione nei procedimenti penali*, in R. DEL COCO, E. PISTOIA (a cura di), *Stranieri e giustizia penale*, Bari, 2014, p. 1.

<sup>162</sup> Questa puntualizzazione può trovare spiegazione nel carattere maggiormente specifico e tecnico che sembra contraddistinguere i campi di attribuzione di cui al par. 2, con la conseguente maggiore probabilità, per il legislatore europeo, di intervenire su istituti processuali di forte radicamento e diversificazione in sede nazionale. Al contempo, tuttavia, è bene ricordare che l'art. 67 TFUE, al par. 1, impone in via generale all'Unione, con una clausola operativa nel complesso dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, di avere cura per le tradizioni giuridiche nazionali. Il richiamo all'art. 82, par. 2, è dunque indicativo della particolare attenzione prestata dai redattori del Trattato per i settori di intervento da esso disciplinati, ma non implica conseguenze ulteriori e differenti sulla portata delle diverse disposizioni dell'articolo in esame.

decisione giurisdizionale straniera infatti trae la sua forza e potenzialità propulsiva infavore della cooperazione dalla sua capacità di operare anche nell'eventualità di regimi processuali divergenti.

Da ultimo, l'art. 82, par. 2, enumera espressamente fra i propri obiettivi l'impulso alla cooperazione fra autorità di polizia, mentre la disposizione che precede si sofferma esclusivamente sul coordinamento fra organi giudiziari e fra amministrazioni della giustizia.

Ne deriva un rapporto di specialità reciproca tra le due norme, cui consegue l'impossibilità di estendere i rispettivi regimi ai settori da ciascuna di esse disciplinati. Il par. 1 interessa dunque le norme in materia di reciproco riconoscimento in sé, che riguardano di volta in volta le specifiche categorie di provvedimenti giurisdizionali che circolino nello spazio giuridico europeo o situazioni processuali rispetto alle quali sia necessario individuare, fra due o più Stati, l'autorità competente.

Le disposizioni successive attengono invece al ravvicinamento della regolamentazione nazionale di singoli istituti processuali, in una prospettiva funzionale, se non ancillare, considerato lo stringente parametro della necessità in rapporto al rafforzamento reciproco riconoscimento<sup>163</sup>. Così, ad esempio, il par. 2 non potrebbe costituire idonea base giuridica per misure nel campo della circolazione dei provvedimenti giudiziari, mentre il par. 1 non potrebbe giustificare l'adozione di specifiche normative processuali, poiché, in caso contrario, i limiti e le garanzie ulteriori posti dal Trattato a tutela degli Stati verrebbero agevolmente elusi.

L'urgenza di individuare correttamente la linea di demarcazione tra l'ambito operativo delle due norme in esame si giustifica *a fortiori* per il fatto che solo rispetto alle attribuzioni accordate all'Unione *sub* art. 82, par. 2, il Trattato prevede la possibilità di attivare il cd. freno emergenza<sup>164</sup>, istituto di centrale importanza nell'equilibrio fra produzione normativa europea e protezione degli aspetti fondamentali dei sistemi penali interni<sup>165</sup>. L'art. 82, par.

<sup>163</sup> La previsione del Trattato, peraltro, come già considerato, coglie nel segno di una più diffusa e recente prassi delle istituzioni europee, volta a valorizzare la tecnica normativa del ravvicinamento quale strumento ancillare al reciproco riconoscimento. In dottrina v. V. MITSILEGAS, *Trust-building measures in the European judicial area in criminal matters. Issues of competence, legitimacy and inter-institutional balance*, in S. CARRERA, T. BALZAQ (a cura di), *Security versus Freedom. A challenge for Europe's future*, Aldershot, 2006, p. 279.

<sup>164</sup> Su questo istituto v. più diffusamente *infra*, par. 7.2.

<sup>165</sup> Questa circostanza può a prima vista sorprendere, poiché segna una discrasia rispetto alla evocata tendenza a circondare il testo del Trattato di barriere contro il rischio di sconfinamento dell'azione europea nelle prerogative nazionali. Per tutti gli atti di diritto derivato volti al consolidamento del principio del reciproco riconoscimento ed alla sua traduzione nella prassi operativa delle autorità nazionali, adottati alle condizioni ed entro i limiti sostanziali disposti al par. 1, gli Stati hanno infatti rinunciato all'esercizio del potere di "quasi veto" accordato dalla clausola d'emergenza. Nondimeno, la limitazione in parola trova spiegazione proprio nella espressa centralità del principio del reciproco riconoscimento e nel forte radicamen-

3, TFUE, infatti, ove un progetto di direttiva fondata sul par. 2 incida su profili fondamentali del sistema penale interno, consente ad uno Stato di chiedere la sospensione dell'*iter* legislativo e di invocare la mediazione politica del Consiglio europeo. Entro quattro mesi dalla sospensione, dopo un più approfondito confronto politico sulla questione, il Consiglio europeo può approvare per *consensus* l'eventuale accordo raggiunto a superamento della criticità, rinviando il progetto di atto UE al Consiglio per la ripresa della procedura decisionale. Tuttavia, qualora detto termine decorra infruttuosamente, l'atto in fase di elaborazione si considera rigettato e, sulla base di questo testo, un numero minimo di nove Stati può chiedere di instaurare una cooperazione rafforzata. In questa peculiare ipotesi, onde assicurare maggiore flessibilità e rapidità all'iniziativa degli Stati, l'autorizzazione a procedere alla cooperazione rafforzata si considera concessa senza specifiche formalità, giacché è sufficiente informare preventivamente di tale intenzione il Parlamento europeo, la Commissione ed il Consiglio.

Il raffronto tra le disposizioni dell'art. 82 TFUE, pertanto, non è privo di riflessi pratici, in ragione del generale obbligo in capo al legislatore europeo di individuare la corretta base giuridica degli atti di diritto derivato, parametro che costituisce una "forma sostanziale" suscettibile di motivare un ricorso per annullamento<sup>166</sup>. L'ancoraggio alla corretta norma primaria è dunque decisivo per il rispetto dei limiti alle competenze attribuite all'Unione, ma anche per il riparto di funzioni fra le istituzioni e per l'applicazione del relativo regime del Trattato<sup>167</sup>.

to che esso ha ormai maturato nelle norme dell'Unione in materia penale e nella giurisprudenza della Corte di giustizia. In dottrina, E. GUILD, *Constitutional challenges to the European arrest warrant*, Nijmegen, 2006; V. MITSILEGAS, *The constitutional implications of mutual recognition in criminal matters in the European Union*, in *Common Market Law Review*, 2006, p. 1277.

<sup>166</sup> Come noto, il legislatore europeo può adottare atti vincolanti solo se fa espressa menzione della corretta base giuridica destinata a legittimare le istituzioni all'esercizio di una determinata competenza. Infatti, tale investitura non può essere presunta, in assenza di specifiche indicazioni del Trattato. V al riguardo l'ordinanza della Corte di giustizia del 30 settembre 1987, causa 229/86, *Brother Industries c. Commissione*, in *Racc.* p. 3757. Viceversa, la base giuridica deve essere chiaramente e puntualmente indicata nell'atto impugnato o, quantomeno, deve essere possibile risalire alla sua identificazione con certezza, attraverso l'analisi del provvedimento e le ulteriori indicazioni in esso contenute. Cfr. le sentenze della Corte di giustizia 20 settembre 1988, causa 203/86, *Spagna c. Consiglio*, in *Racc.* p. 4563, punto 37; 16 giugno 1993, causa C-325/91, *Francia c. Commissione*, in *Racc.* p. I-3283, punto 30, in cui la Corte ha precisato che la mancata indicazione della base legale costituisce una violazione del principio della certezza del diritto. Sulla possibilità di desumere il fondamento dell'atto dal contesto v. la sentenza 26 marzo 1987, causa 45/86, *Commissione c. Consiglio*, in *Racc.* p. 1493, punto 9.

<sup>167</sup> Sul ruolo della Corte quale garante del mantenimento dell'equilibrio istituzionale anche attraverso la verifica della base giuridica v. la sentenza 2 marzo 1994, causa C-316/91, *Parlamento c. Consiglio*, in *Racc.* p. I-625.

In termini generali, secondo la Corte di giustizia, la base giuridica deve essere determinata alla luce degli elementi oggettivi e distintivi dell'atto, che siano suscettibili di sindacato giurisdizionale. Ne sono esempio elettivo lo scopo perseguito dalle norme derivate ed il loro contenuto complessivo, parametri spesso molto efficaci nel palesare il radicamento di un atto in una determinata politica UE<sup>168</sup>. Questi profili appaiono nel caso di specie particolarmente urgenti, poiché i primi due paragrafi dell'art. 82 TFUE perseguono scopi ed hanno presupposti operativi differenti, seppur in linea di principio complementari. Si pone inoltre il problema della menzionata clausola residuale di cui al par. 2, lett. *d*), e delle sue peculiari implicazioni operative. Non senza un certo sospetto verso l'operato delle istituzioni europee, si palesa il rischio di un possibile "*procedural shopping*", ossia di una tendenziale preferenza per le basi giuridiche – e per le relative procedure – che assicurino maggiore ruolo agli Stati membri, con indebiti sconfinamenti in situazioni che andrebbero regolate dal par. 1.

In quest'ottica, si può ritenere che l'annoso problema della base giuridica degli atti contenenti norme penali, sebbene risolto in massima parte dalla comunitarizzazione della materia, abbia lasciato dietro di sé, quale prezzo pagato per la complessità dei negoziati e l'articolazione delle garanzie e dei bilanciamenti accordati agli Stati come contropartita all'abbandono del modello intergovernativo, spiragli per possibili contrasti futuri<sup>169</sup>.

L'articolato disposto normativo dell'art. 82 TFUE può in definitiva essere percepito, sotto questa peculiare visuale, come un ulteriore limite – o, quantomeno, un rigoroso parametro regolatore – all'esercizio della potestà discrezionale delle istituzioni europee. Allo stesso tempo, nella non improbabile ipotesi di una crescente conflittualità circa l'orientamento e l'incisività della produzione normativa dell'Unione, la complessa relazione fra le disposizioni

<sup>168</sup> V., fra le molte pronunce, la sentenza 12 novembre 1996, causa C-84/94, *Regno Unito c. Consiglio*, in *Racc.* p. I-5755, punto 25, e la sentenza 13 maggio 1997, causa C-233/94, *Germania c. Parlamento e Consiglio*, in *Racc.* p. I-2405, punto 12. Cfr. K. CLAIR BRADLEY, *Powers and procedures in the EU Constitution: legal bases and the Court*, in P. CRAIG, G. DE BURCA (a cura di), *The evolution of EU law*, Oxford, 2011, p. 85.

<sup>169</sup> In via del tutto esemplificativa, il par. 1 ha costituito la base giuridica per la direttiva 2014/41/UE, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 3 aprile 2014, relativa all'ordine europeo di indagine penale, in *GU L* 130, del 1° maggio 2014, p. 1. Questo atto che ha sostituito una precedente decisione quadro fondata sull'art. 31, par. 1, lett. *a*), TUE precedente alla riforma, tradizionalmente percepito come veicolo per l'affermazione del reciproco riconoscimento. Nell'attuale regime primario, si sarebbe potuto profilare una alternativa tra il primo ed il secondo paragrafo dell'art. 82: da un lato, l'impianto normativo della direttiva è finalizzato a garantire la circolazione degli elementi utili alla ricostruzione dei fatti di causa; dall'altro lato, esso prende altresì in considerazione aspetti tecnico-operativi, idonei ad incidere sull'ammissibilità delle prove. In quest'ultimo caso, la base giuridica sarebbe stata costituita dall'art. 82, par. 2, mentre il legislatore, confermando l'impostazione previgente, ha preferito ancorare il testo all'attuazione del reciproco riconoscimento, dunque all'art. 82, par. 1.

richiamate potrebbe generare di rinnovati contrasti istituzionali e giurisprudenziali, in analogia con quanto avvenuto con la “battaglia tra i pilastri”<sup>170</sup>.

## 7. La base giuridica in materia di diritto penale sostanziale: l’art. 83 TFUE

### 7.1. Il contenuto dell’art. 83 TFUE

Alcune delle considerazioni già sviluppate per l’art. 82 ben si attagliano anche all’art. 83 TFUE, dedicato alla competenza dell’Unione all’adozione di norme penali sostanziali<sup>171</sup>. In questo caso, Consiglio e Parlamento europeo sono investiti del potere di stabilire norme minime sulla definizione di reati e sanzioni, rispetto a fenomeni criminali che rispondano a due criteri essenziali: l’accentuata gravità e la portata transfrontaliera, elementi che giustificano l’urgenza di perseguire tali delitti sulla base di norme comuni agli Stati membri.

In questo ambito, i redattori del Trattato si sono preoccupati di chiarire con puntualità la portata operativa dell’art. 83 TFUE e, dunque, i confini delle competenze accordate all’Unione europea. Il secondo periodo del primo paragrafo, infatti, dispone un’elencazione tassativa di fattispecie che rientrano nelle attribuzioni europee<sup>172</sup>: terrorismo, tratta di essere umani, sfruttamento

<sup>170</sup> Ad ulteriore articolazione del già complesso panorama, si aggiunga che una terza possibile base giuridica merita opportuna considerazione. Al disposto dell’art. 82 TFUE si accosta, sotto taluni profili, il testo dell’art. 74 TFUE, che affida al Consiglio, su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo, la competenza a adottare provvedimenti che consentano la cooperazione fra servizi amministrativi nazionali o fra questi ultimi e la Commissione. In particolare, l’art. 74 appare una specificazione dell’art. 197 TFUE, rubricato «Cooperazione amministrativa», che pone fra le strategie per assicurare l’effettiva attuazione del diritto dell’Unione l’avvio di iniziative di sostegno alle amministrazioni statali. Il Trattato dunque istituzionalizza la cooperazione amministrativa, consentendo all’Unione europea di sostenere la “*capacity building*” delle amministrazioni nazionali, in particolare attraverso lo scambio di informazioni e la mobilità di funzionari, nonché mediante programmi di formazione. Anche per questa ragione, sono possibili profili di intersezione con il richiamo al «sostegno alla formazione degli operatori giudiziari» di cui all’art. 82, par. 1, TFUE.

<sup>171</sup> Per considerazioni generali sull’art. 83 TFUE v. V. MITSILEGAS, *The transformation of criminal law in the Area of freedom, security and justice*, in *Yearbook of European Law*, 2007, p. 1; C. LADEMBURGER, *Police and criminal law in the Treaty of Lisbon*, in *European Constitutional Law Review*, 2008, p. 20; E. HERLIN-KARNELL, *The Lisbon Treaty and the Area of criminal law and justice*, in *European Policy Analysis*, SIEPS aprile 2008, [www.sieps.se/epa/2008/EPA\\_nr3\\_2008.pdf](http://www.sieps.se/epa/2008/EPA_nr3_2008.pdf) (27 febbraio 2014), M.A. SANCHEZ, *Derecho penal y Tratado de Lisboa*, in *Revista de derecho comunitario europeo*, 2008, p. 349; A. KLIP, *Substantive criminal law of the European Union*, Anversa, 2011; P. ASP, *The substantive criminal law competence of the European Union*, Stoccolma, 2013.

<sup>172</sup> Il carattere tassativo si evince dalla formula «dette sfere di criminalità sono le seguenti».

sessuale di donne e minori, traffico di stupefacenti e di armi, riciclaggio di denaro, corruzione, contraffazione dei mezzi di pagamento, criminalità informatica e criminalità organizzata.

Peraltro, il terzo periodo del par. 1 contiene una clausola che, similmente a quanto avviene per l'art. 82 TFUE, introduce margini di estensione di tali competenze, ove l'adozione di norme in sede europea sia motivata dall'insorgenza di eventuali esigenze di tutela ulteriori, dettate dall'evoluzione dei fenomeni criminali. In simili eventualità, il Consiglio, con decisione unanime e previa approvazione del Parlamento europeo, può individuare altre sfere di criminalità per l'esercizio della potestà normativa dell'Unione<sup>173</sup>. Secondo la dottrina, deve pur sempre trattarsi di fenomeni criminali che rispondano ai criteri di cui al primo periodo dell'art. 83, par. 1, TFUE, vale a dire la rilevanza transnazionale e la necessità di strategie di contrasto condivise<sup>174</sup>.

Così formulato, l'art. 83 TFUE ha le proprie radici negli artt. 29 e 31, par. 1, lett. e) del previgente Trattato sull'Unione europea, che annoveravano fra gli obiettivi della cooperazione nel Terzo pilastro la prevenzione e la lotta a talune forme di criminalità, in particolar modo mediante l'approvazione di norme minime in relazione al terrorismo, al crimine organizzato ed al traffico di droga o, se necessario, attraverso il ravvicinamento degli ordinamenti interni<sup>175</sup>. Sebbene l'art. 31 TUE enumerasse solo tre fattispecie criminose, il

<sup>173</sup> Ad oggi, la procedura prevista da questa disposizione non ha trovato applicazione.

<sup>174</sup> S. PEERS, *EU justice and home affairs law*, Oxford, 2011, p. 762.

<sup>175</sup> Cfr. il testo del previgente art. 29 TUE: «Fatte salve le competenze della Comunità europea, l'obiettivo che l'Unione si prefigge è fornire ai cittadini un livello elevato di sicurezza in uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, sviluppando tra gli Stati membri un'azione in comune nel settore della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale e prevenendo e reprimendo il razzismo e la xenofobia.

Tale obiettivo è perseguito prevenendo e reprimendo la criminalità, organizzata o di altro tipo, in particolare il terrorismo, la tratta degli esseri umani ed i reati contro i minori, il traffico illecito di droga e di armi, la corruzione e la frode, mediante:

- una più stretta cooperazione fra le forze di polizia, le autorità doganali e le altre autorità competenti degli Stati membri, sia direttamente che tramite l'Ufficio europeo di polizia (Europol), a norma degli articoli 30 e 32,

- una più stretta cooperazione tra le autorità giudiziarie e altre autorità competenti degli Stati membri, anche tramite l'Unità europea di cooperazione giudiziaria (Eurojust), a norma degli articoli 31 e 32,

- il ravvicinamento, ove necessario, delle normative degli Stati membri in materia penale, a norma dell'articolo 31, lettera e)».

V. altresì l'art. 31, par. 1, lett. e) TUE: «La progressiva adozione di misure per la fissazione di norme minime relative agli elementi costitutivi dei reati e alle sanzioni, per quanto riguarda la criminalità organizzata, il terrorismo e il traffico illecito di stupefacenti».

In dottrina, su questi settori della criminalità, v. A. WEYEMBERGH, V. SANTAMARIA, *Lutte contre le terrorisme et droit fondamentaux dans le cadre du Troisième Pilier. Le décision cadre du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme et le principe de légalité*, in J. RIDEAU (a cura di), *Les droits fondamentaux dans l'Union européenne dans le sillage de la Constitution*



suo enunciato era ritenuto non esaustivo, poiché il combinato disposto con l'art. 29 TUE, norma di contenuto più ampio, suggeriva un'interpretazione estensiva delle competenze dell'UE.

In effetti, il legislatore europeo è nel tempo intervenuto anche in settori ulteriori, quali lo sfruttamento sessuale di donne e minori, la criminalità informatica, il riciclaggio di denaro o la falsificazione dei mezzi di pagamento<sup>176</sup>. In questo modo, operando un confronto tra la disciplina esistente ed il novellato disposto del Trattato, l'unico fenomeno criminale inserito *ex novo* dalla riforma di Lisbona è il traffico di armi, peraltro di fatto tradizionalmente connesso al terrorismo ed al crimine organizzato.

In definitiva, l'art. 83, par. 1, TFUE non apporta significative e sostanziali modifiche alla sfera di competenza dell'Unione europea nell'adozione di norme penali sostanziali, al netto delle riformate procedure decisionali e fatta salva la possibilità di disciplinare nuovi settori ove i presupposti istituzionali di cui al terzo periodo siano integrati.

Il secondo paragrafo dell'art. 83 TFUE, oggetto di più approfondita considerazione nel successivo paragrafo, conferisce invece alle istituzioni europee il potere di adottare direttive recanti norme penali minime nell'ambito di altre politiche dell'Unione, ed in particolare nei settori interessati da misure di armonizzazione. Questa ulteriore potestà è tuttavia circoscritta ai casi in cui il ravvicinamento delle norme penali nazionali sia condizione essenziale per garantire l'efficacia dell'azione europea nei settori di volta in volta oggetto di intervento<sup>177</sup>.

L'adozione di tali norme minime richiede il ricorso alla procedura legislativa prevista dal Trattato per lo specifico settore extrapenale interessato, pur essendo in ogni caso possibile, a norma dell'art. 76 TFUE, che un gruppo costituito da almeno un quarto degli Stati membri formuli una proposta di atto<sup>178</sup>.

*européenne*, Bruxelles, 2009, p. 127; V. MITSILEGAS, *Defining organized crime in the European Union. The limits of European criminal law in the Area of freedom, security and justice*, in *European Law Review*, 2001, p. 565.

<sup>176</sup> Per un approfondimento generale sulla tendenze della produzione normativa dell'Unione nell'ambito del terzo pilastro v. H. BAKER, C. HARDING, *From past imperfect to future perfect? A longitudinal study of the Third Pillar*, in *European Law Review*, 2009, p. 25; V. MITSILEGAS, *The third wave of Third Pillar law: which direction to EU criminal justice?*, in *European Law Review*, 2009, p. 523 e dottrina ivi citata.

<sup>177</sup> Un ulteriore limite riguarda inoltre il contenuto dei provvedimenti dell'Unione, che devono essere incentrati sull'applicazione di standard minimi comuni nella definizione di fattispecie penali o misure sanzionatorie.

<sup>178</sup> Il disposto del Trattato non consente di chiarire in via definitiva se le norme penali debbano essere contenute in un atto *ad hoc* separato o se possano essere adottate quali emendamenti a misure già in vigore. Nel passato, con riferimento alla definizione di fattispecie delittuose in materia di inquinamento navale, la Commissione ha inteso proporre la seconda opzione. Cfr. la proposta di direttiva recante emendamenti alla direttiva 2005/35 sull'inquina-

Le disposizioni conclusive dell'art. 83 TFUE, inoltre, disciplinano il già citato meccanismo del "freno d'emergenza". Sebbene la disciplina sia *in toto* ricalcata sul disposto dell'art. 82 TFUE, l'istituto trova ora applicazione in tutte le ipotesi di esercizio della potestà legislativa dell'Unione in materia di diritto penale sostanziale, senza le limitazioni che invece contraddistinguono la norma che precede<sup>179</sup>.

In ultimo, anche per l'art. 83 TFUE si pone il problema di considerare i rapporti fra i paragrafi ora brevemente analizzati. In questo senso, si ritiene che le disposizioni in questione siano *leges speciales* le une rispetto alle altre e che, pertanto, l'applicazione delle prime escluda l'operatività delle seconde. Sul punto si rileva dunque una pur flebile differenza rispetto all'art. 82 TFUE, in relazione ai primi paragrafi del quale si è prospettato un rapporto di specialità reciproca. Ciò sta ad indicare che, a fronte di un nucleo comune – ivi rappresentato dall'adozione di direttive con procedura legislativa ordinaria nella materia processuale penale – le norme recano elementi integrativi e condizioni di applicabilità peculiari. Nel caso dell'art. 83 TFUE, invece, si ritiene venga meno anche questo minimo comune denominatore: diversi sono gli obiettivi posti a base dell'azione dell'Unione, l'oggetto del potere normativo conferito alle istituzioni, le materie interessate, e, potenzialmente, anche le procedure<sup>180</sup>.

Ne deriva ancora una volta la necessità di un'accorta valutazione della base giuridica a sostegno di un atto. Tale esigenza sussiste *a fortiori* nel rapporto fra l'art. 83 TFUE nel suo complesso e ulteriori disposizioni del Trattato, poiché in questa ipotesi la scelta della base giuridica determina la possibilità o

mento navale, COM(2008) 134. Si tratta peraltro di una proposta avanzata nel contesto normativo precedente alla riforma di Lisbona e che, pertanto, non è idonea a preannunciare l'orientamento che la Commissione intenderà sostenere. Si può in questa sede evidenziare come l'inserimento delle norme di natura penale nell'atto contenente la disciplina generale della materia interessata possa consentire maggiore chiarezza e trasparenza, evitando altresì un'eccessiva frammentazione normativa. Allo stesso tempo, tuttavia, in simili ipotesi, gli Stati potrebbero avvalersi del freno d'emergenza in misura estensiva, celando dietro alla volontà di tutelare aspetti rilevanti del proprio ordinamento penale un'opposizione di fondo al complesso dell'atto.

<sup>179</sup> Questa differenza può trovare spiegazione nella maggiore sensibilità delle opzioni di tutela penale formulate in sede nazionale e nella conseguente necessità di assicurare un più approfondito controllo da parte degli Stati membri sulla produzione normativa europea. Un secondo ordine di ragioni attiene alla differente formulazione dei due articoli del Trattato in esame. Come già precisato, infatti, l'art. 82 esordisce menzionando il reciproco riconoscimento ed è nel suo primo paragrafo focalizzato sull'adozione di atti di diritto derivato volti a rafforzare l'affermazione di tale principio essenziale per lo sviluppo della cooperazione giudiziaria e di polizia fra gli Stati membri.

<sup>180</sup> Cfr. House of Lords European Union Committee, *The Treaty of Lisbon: an impact assessment*, Report n. 10, sessione 2007-2008, Report 62-1.

meno per gli Stati di attivare la procedura del freno di emergenza, di cui al par. 3.

Si segnala in effetti come anche altre norme del Trattato contengano una formula capace di investire di potestà normativa in materia penale l'Unione europea. L'esempio principale è costituito dall'art. 325 TFUE, già art. 280 TCE, riguardante la lotta contro le frodi agli interessi finanziari dell'Unione. Questa norma ha posto alcuni problemi interpretativi e di coordinamento con l'art. 83 TFUE. Il previgente art. 280, par. 4, TCE, infatti, prevedeva che le misure adottate dall'UE non potessero riguardare «l'applicazione del diritto penale nazionale o l'amministrazione della giustizia negli Stati membri». Questa formula non è stata però riproposta dopo il Trattato di riforma e la materia in questione non rientra fra le ipotesi di cui all'art. 83, par. 1, TFUE, sebbene possa manifestare possibili intersezioni con il disposto del secondo paragrafo. Al riguardo, come si avrà modo di considerare più diffusamente, mentre la dottrina è divisa sul punto, le istituzioni europee hanno espresso il convincimento che l'art. 325 TFUE rappresenti una autonoma base giuridica per l'adozione di norme penali da parte dell'Unione, con la conseguente necessità di opportuno coordinamento con l'art. 83 TFUE<sup>181</sup>.

## 7.2. Il freno d'emergenza

### 7.2.1. Il funzionamento della clausola

Una delle più rilevanti espressioni dei limiti all'esercizio delle competenze dell'Unione nel settore della cooperazione in materia penale, a garanzia delle prerogative e delle peculiarità degli ordinamenti interni, è prevista dagli artt. 82, par. 3, ed 83, par. 3, TFUE e riguarda il menzionato freno di emergenza<sup>182</sup>. Queste disposizioni introducono infatti *ex novo* nel testo del Trattato un meccanismo di flessibilità potenzialmente idoneo ad incidere in misura molto significativa sulla produzione normativa sovranazionale e sull'omogeneo sviluppo del processo di integrazione europea nel settore in parola.

<sup>181</sup> In dottrina v. in particolare E. HERLIN-KARNELL, *EU competence in criminal law after Lisbon*, in A. BIONDI, P. EECKHOUT, S. RIPLEY (a cura di), *European Union Law after the Treaty of Lisbon*, Oxford, 2012, p. 344. L'autrice peraltro evidenzia come anche l'art. 114 TFUE possa in linea astratta accordare al legislatore europeo una «*charte blanche*» all'adozione di norme penali. Ciò in ragione del fatto che, anche alla luce della giurisprudenza di Lussemburgo, questa norma può essere invocata per armonizzare gli ordinamenti interni laddove un'eccessiva frammentazione possa costituire un ostacolo alla realizzazione del mercato interno.

<sup>182</sup> In generale sul freno di emergenza – *emergency break* nella dicitura inglese – v. S. PEERS, *EU criminal law and the Treaty of Lisbon*, in *Yearbook of European Law*, 2008, p. 522; V. MITSILEGAS, *European criminal law and resistance to communitarisation after Lisbon*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2010, p. 458. Quest'ultimo autore evidenzia come il freno di emergenza costituisca uno fra i principali elementi residui del metodo intergovernativo nel contesto delle competenze dell'Unione nel sistema di Lisbona.

La clausola può trovare applicazione allorché uno Stato membro ritenga che un progetto di direttiva contenente norme di ravvicinamento degli ordinamenti interni o finalizzate ad incentivare il reciproco riconoscimento in materia penale sostanziale o processuale incida su aspetti fondamentali del sistema giuridico nazionale. In tali situazioni, lo Stato può chiedere che la questione venga sottoposta al Consiglio europeo, di modo che, attraverso un più approfondito confronto politico, si giunga ad una soluzione normativa condivisa. La procedura legislativa viene dunque sospesa per un periodo non superiore a quattro mesi, termine entro il quale la massima istituzione politica europea è chiamata ad indirizzare al Consiglio il progetto di atto sul quale sia stato raggiunto un accordo.

Ove tuttavia i punti di attrito e le criticità sollevate non siano stati composti, entro il medesimo termine almeno nove Stati membri hanno la facoltà di comunicare al Parlamento europeo, al Consiglio ed alla Commissione la loro intenzione di instaurare una cooperazione rafforzata, a partire dal progetto di direttiva contrastato. Secondo la formula adottata dal Trattato, ne consegue l'automatico rilascio dell'autorizzazione che gli Stati devono ordinariamente conseguire per avviare simili esperienze di flessibilità ed ha così luogo una forma di integrazione differenziata, che deve rispettare le condizioni previste in via generale per la cooperazione rafforzata<sup>183</sup>.

La possibilità di ovviare ai più rigorosi presupposti richiesti in via ordinaria per l'avvio di una cooperazione rafforzata mira a scongiurare che l'applicazione di questo strumento trovi nella prassi ostacoli istituzionali difficilmente superabili<sup>184</sup>. Il problema riguarda soprattutto le ipotesi – non rare in una

<sup>183</sup> Cfr. l'art. 20, par. 2, TUE e l'art. 329, par. 1, TFUE. Si tratta, effettivamente, di una procedura più rapida, per la quale non sono previste le condizioni in via ordinaria richieste per l'autorizzazione di una cooperazione rafforzata. In effetti l'art. 329 TFUE impone una richiesta della Commissione, approvata dal Parlamento europeo e votata a maggioranza qualificata dal Consiglio, con deliberazione alla quale prendono parte tutti gli Stati membri. Una volta instaurata la cooperazione rafforzata, invece, prendono parte alle votazioni in Consiglio i soli rappresentanti dei Paesi membri partecipanti, ai sensi dell'art. 330 TFUE. Viceversa, ove l'adozione dell'atto richieda una deliberazione del Parlamento europeo, tutti i parlamentari possono prendere parte alla votazione. Fra le condizioni sostanziali di attivazione di una cooperazione rafforzata, appaiono di particolare rilievo il divieto di arrecare nocumento al mercato interno, di alterare la concorrenza fra gli Stati membri e di costituire barriere o discriminazioni al commercio. Questi limiti, infatti, possono esercitare un'incidenza significativa rispetto a normative di natura penale che interessino anche indirettamente l'attività imprenditoriale, come nell'ipotesi di atti sul riciclaggio di denaro o sull'uso dei dati bancari a fini di repressione criminale. Cfr. E. HERLIN-KARNELL, *The constitutional dimension of European criminal law*, Oxford, 2012, p. 134.

<sup>184</sup> D'altra parte la dottrina evidenzia come non vi siano dati testuali idonei a far ritenere che il meccanismo in esame sia l'unico applicabile alla cooperazione in materia penale, con totale preclusione per le procedure ordinarie di instaurazione di una cooperazione rafforzata. L'*iter* istituzionale potrebbe dunque dipendere dalla volontà degli Stati coinvolti o dall'op-

materia come la cooperazione nel settore penale – in cui una proposta della Commissione incontra consensi diffusi, ma non sufficienti ad integrare la maggioranza qualificata richiesta in seno al Consiglio. Con la conseguenza che, pur sussistendo un numero di Stati favorevole ad un approfondimento del processo di integrazione in un dato settore, il necessario e previo conseguimento dell'autorizzazione costituirebbe una condizione non realizzabile<sup>185</sup>.

### 7.2.2. *La portata del freno d'emergenza ed il rapporto con ulteriori clausole previste dai Trattati*

Il meccanismo, nel suo complesso, ha dunque una duplice natura: da un lato, consente di invocare l'"*emergency brake*", onde scongiurare indebite ingerenze sui sistemi penali interni; dall'altro, predispone anche un "*accelerator*", grazie al quale gli Stati membri che vogliono approfondire il processo di integrazione in un determinato settore della materia penale possono superare l'*empasse* ed avviare una cooperazione rafforzata<sup>186</sup>.

La previsione di questa *fast-track* rappresenta peraltro un importante elemento di novità non solo rispetto alla disciplina generale sulle cooperazioni rafforzate, ma anche in raffronto a clausole similari presenti nelle versioni passate dei Trattati<sup>187</sup>. Esse infatti erano solitamente ed esclusivamente formulate "in negativo", quale limite ad un approfondimento dell'integrazione europea in ambiti particolarmente sensibili, rispetto ai quali non vi fosse diffuso consenso.

portunità politica contingente, anche se la disciplina fissata dal Titolo V consente un regime di maggior favore. Cfr. S. PEERS, *EU criminal law*, cit., p. 524.

<sup>185</sup> Una simile situazione si è effettivamente verificata in relazione alla proposta di decisione quadro in materia di determinati diritti processuali nei procedimenti penali nel territorio dell'Unione europea, COM(2004) 328, del 28 aprile 2004. La proposta infatti non venne in un primo momento accolta dal Consiglio, anche in ragione della regola dell'unanimità imposta per gli atti del terzo pilastro, nonostante un numero di Stati tale da rappresentare la maggioranza qualificata avesse espresso un voto favorevole. Successivamente, nel 2007, durante il semestre di Presidenza tedesco, venne sollecitata una presa di posizione informale da parte degli Stati, per comprendere se vi fossero margini per raggiungere il *quorum* necessario alla concessione dell'autorizzazione ad avviare una cooperazione rafforzata su punto. L'esito di tale consultazione fu tuttavia negativo, con il conseguente e definitivo abbandono del progetto.

<sup>186</sup> Sulla doppia natura dell'istituto v. J.C. PIRIS, *The Lisbon Treaty. A legal and political analysis*, Cambridge, 2010, p. 185. Cfr. anche F. AMTENBRINK, D. KOCHENOV, *Towards a more flexible approach towards enhanced cooperation*, in A. OTT, E. VOS (a cura di), *Fifty years of European integration. Foundations and perspectives*, L'Aia, 2009, p. 157.

<sup>187</sup> Proprio l'inserimento di tale novella normativa consente di individuare una graduazione dei rimedi che gli Stati membri dissenzienti possono attivare per opporsi all'adozione di un atto. Nel caso di specie, ad esempio, qualora la contrarietà alla proposta della Commissione sia fortemente radicata, tanto da voler impedire che altri Paesi UE instaurino una cooperazione rafforzata, gli Stati interessati potrebbero più efficacemente cercare di coagulare il consenso di una minoranza di blocco. In questo modo, la procedura legislativa verrebbe interrotta, senza la prospettiva di aprire la strada a forme di flessibilità facilitate.

Basti pensare alla clausola di salvaguardia disciplinata nella versione pre-vigente dell'art. 23, par. 2, ultimo periodo TUE, oggi riproposta con una formulazione solo parzialmente modificata all'art. 31, par. 2, TUE<sup>188</sup>. Il dettame originario si limitava a prevedere una barriera all'azione dell'UE nell'ipotesi in cui, per specificati e importanti motivi di politica nazionale, uno Stato intendesse opporsi ad una decisione in materia PESC per la quale fosse previsto un voto a maggioranza qualificata. Anche in quel contesto era prevista l'investitura del Consiglio europeo, chiamato a svolgere un ruolo di mediatore politico, ma si trattava di una mera eventualità, subordinata ad una deliberazione del Consiglio a maggioranza qualificata. La regola era dunque rappresentata dalla interruzione definitiva del processo decisionale. Inoltre, se coinvolto, il Consiglio europeo era legittimato a risolvere la situazione di stallo solo con un voto unanime.

Con la riforma di Lisbona, da un lato, la portata dell'attuale art. 31, par. 2, TUE è stata almeno teoricamente ristretta, attraverso la sostituzione della formula «per specificati e importanti motivi di politica nazionale» con il più impegnativo richiamo a «specificati e vitali motivi di politica nazionale». Tuttavia, dall'altro lato, i rigorosi presupposti istituzionali sono rimasti inalterati, con la sola introduzione della mediazione preliminare da parte dell'Alto Rappresentante PESC.

Grazie a questa clausola di salvaguardia, pertanto, un solo Stato membro può attivare una procedura politica "aggravata", che di fatto frappone considerevoli barriere istituzionali al raggiungimento di soluzioni condivise, a discapito del prosieguo dell'iniziativa normativa avviata. Rispetto a questa tradizionale impostazione, pertanto, il freno d'emergenza introdotto nella cooperazione penale costituisce un interessante cambiamento di rotta: pur conservando un limite potenzialmente stringente al pieno esercizio delle competenze dell'Unione, esso al contempo esprime la volontà di individuare un opportuno bilanciamento tra l'incedere del processo di integrazione ed il rispetto degli ordinamenti nazionali<sup>189</sup>.

È stato peraltro evidenziato in dottrina come il regime di particolare favo-

<sup>188</sup> Una clausola di analoga portata era disciplinata dal Trattato di Amsterdam, agli artt. 11, par. 2, TCE e 40, par. 2, TUE, circa il rilascio dell'autorizzazione ad una cooperazione rafforzata. Nell'attuale sistema dei Trattati, inoltre, un modello normativo analogo è stato seguito in tema di politica sociale: l'art. 48 TFUE stabilisce infatti una clausola di salvaguardia che consente ad uno Stato membro di opporsi all'adozione di un atto legislativo che leda profili rilevanti del suo sistema sociale.

<sup>189</sup> Non bisogna inoltre omettere l'opportunità di un vaglio democratico sulla procedura. In effetti, la semplificazione delle formalità ha determinato la neutralizzazione degli spazi di intervento *ex ante* del Parlamento europeo. Nondimeno, poiché si verte su settori oggetto di disciplina adottata mediante procedura legislativa speciale, il vaglio parlamentare viene recuperato *ex post*, nel momento in cui la cooperazione rafforzata sia stata eventualmente instaurata e gli Stati che vi prendano parte vogliono adottare un atto.

re previsto per questo rimedio possa avere effetti deleteri sull'evoluzione del diritto penale europeo, alimentando un'eccessiva frammentazione, suscettibile col tempo di minare alla base la coerenza sistematica dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia<sup>190</sup>.

Parimenti, la semplificazione estrema delle procedure per l'avvio di una cooperazione rafforzata pare stridere con la necessaria natura del diritto penale quale *ultima ratio*<sup>191</sup>. Infatti, in via ordinaria, a norma dell'art. 20 TUE, gli Stati coinvolti devono dare dimostrazione del fatto che il ricorso alla cooperazione rafforzata è, in assenza di alternative e di reali prospettive di evoluzione del processo di integrazione nel medio termine, l'unica soluzione praticabile. Quasi paradossalmente, alla luce degli artt. 82 ed 83 TFUE, il superamento dell'onere probatorio non è richiesto in una materia capace di incidere fortemente sugli ordinamenti statali e sulle situazioni giuridiche soggettive quale è il diritto penale.

Ad acuire ulteriormente lo scarto fra le regole generali sulla cooperazione rafforzata ed il freno di emergenza è infine intervenuta la giurisprudenza di Lussemburgo. Infatti, il requisito in base al quale l'istituto *ex art. 20 TUE* può essere azionato solo «in ultima istanza» è stato interpretato in maniera rigorosa dalla Corte di giustizia, come sinonimo di impossibilità di adottare norme analoghe in un futuro prevedibile<sup>192</sup>.

Quanto alla portata applicativa del freno d'emergenza, già in parte chiarita poc'anzi con l'analisi degli artt. 82 ed 83 TFUE, il dettame del Trattato, pur operando un richiamo generale al complesso delle norme penali processuali e sostanziali che l'Unione è legittimata a adottare, menziona in realtà espressamente la sola procedura legislativa ordinaria<sup>193</sup>. Ciò comporta che la clausola trovi un limite ulteriore rispetto alle disposizioni di natura penale di cui all'art. 83, par. 2, TFUE, ossia alle norme indispensabili per garantire l'attuazione efficace di una politica dell'Unione in un'altra politica UE, oggetto di misure di armonizzazione. Poiché infatti l'art. 83, par. 2, dispone che debba essere seguito l'*iter* decisionale previsto dal Trattato per la politica di volta in volta interessata, vi è la possibilità che le relative norme siano appro-

<sup>190</sup> E. HERLIN-KARNELL, *Recent developments in the area of European criminal law*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2007, p. 35.

<sup>191</sup> In questo senso v. S. CARRERA, F. GEYER, *The Reform Treaty and Justice and Home Affairs*, CEPS Policy Brief n. 141, agosto 2007. Gli autori evidenziano inoltre come questo istituto concorrerebbe a creare un'immagine multiforme e sfocata di ciò che l'UE intende con i concetti di libertà, sicurezza e giustizia.

<sup>192</sup> Cfr. la sentenza del 16 aprile 2013, cause riunite C-274/11 e C-295/11, *Spagna e Italia c. Consiglio*, non ancora pubblicata, punti 42 e ss. La pronuncia promana da un ricorso per annullamento avverso la decisione 2011/167/UE, del Consiglio, del 10 marzo 2011, che autorizza una cooperazione rafforzata nel settore dell'istituzione di una tutela brevettuale unitaria.

<sup>193</sup> Secondo il testo del Trattato, l'opposizione formulata da uno Stato membro comporta la sospensione della procedura legislativa ordinaria.

vate mediante procedura legislativa speciale: questa eventualità, a stretto rigore interpretativo, precluderebbe l'attivazione del freno d'emergenza<sup>194</sup>.

Occorre inoltre tracciare una sottile distinzione tra il freno d'emergenza in esame ed ulteriori – invero molto simili – strumenti disciplinati dal Titolo V, ed in particolare dagli artt. 86, par. 2, e 87, par.2, TFUE. Queste disposizioni, infatti, rispettivamente inerenti l'istituzione di una procura europea per la tutela degli interessi finanziari dell'Unione e la cooperazione operativa di polizia, attribuiscono agli Stati un potere di pseudo-veto, anch'esso idoneo a dare luogo senza formalità o autorizzazioni ad una cooperazione rafforzata.

Una delle principali differenze tra i due strumenti riposa sul fatto che, se il freno d'emergenza può essere azionato solo ove si eccepisca una lesione di aspetti essenziale del sistema penale interno, le formule inserite agli artt. 86 e 87 TFUE non prevedono analoghe limitazioni e consentono dunque senza espresse preclusioni di frapporsi all'adozione di un atto per il quale sia prevista la procedura legislativa speciale, con deliberazione affidata al voto unanime del Consiglio. Inoltre, diverso è l'approccio al possibile coinvolgimento del Consiglio europeo: nel caso del freno d'emergenza, infatti, è sufficiente l'iniziativa di un solo Stato membro, mentre nella seconda ipotesi spetta ad un gruppo di nove Paesi membri chiedere l'avvio dell'ulteriore mediazione politica<sup>195</sup>.

### 7.2.3. Il controllo sull'azionamento del freno d'emergenza

Per quanto attiene il controllo sull'applicazione del freno d'emergenza, sorge la questione se l'iniziativa dello Stato possa essere oggetto di sindacato giurisdizionale dinnanzi alla Corte di giustizia. In sé, il quesito impone una risposta negativa, per tre fondamentali ragioni. Anzitutto, l'atto in questione non sarebbe imputabile all'Unione, con conseguente carenza di legittimazione passiva. Inoltre, si tratterebbe in ogni caso di un'iniziativa legittimata dal Trattato, che risponde ad un'esigenza di mediazione politica della quale ogni Stato membro può discrezionalmente decidere di valersi. Infine, in concreto, l'attivazione della clausola si configura non come atto di carattere definitivo, ma come un passaggio intermedio di una più articolata procedura decisionale<sup>196</sup>.

<sup>194</sup> Questa situazione riguarda, in particolare, tutti i settori diversi dalla cooperazione in materia penale che siano stati oggetto di normativa di armonizzazione e nei quali la piena efficacia della normativa europea transiti necessariamente dalla previsione di misure penali. È inoltre necessario che si tratti di ambiti per i quali sia prevista la procedura legislativa speciale. In questo senso, la norma del Trattato consacra e formalizza la giurisprudenza della Corte di giustizia sulle controversie di base giuridica fra primo e terzo pilastro.

<sup>195</sup> Si segue invece un regime identico per quanto riguarda l'eventuale avvio di una cooperazione rafforzata, che anche *ex artt.* 86 ed 87 TFUE impone il coinvolgimento di almeno nove Stati membri e consente una più agevole concessione della necessaria autorizzazione.

<sup>196</sup> Ad analoga conclusione deve giungersi rispetto all'eventuale decisione di uno Stato



Viceversa, l'intervento della Corte potrebbe essere sollecitato in rapporto ad un atto approvato a séguito della mediazione politica in seno al Consiglio europeo<sup>197</sup>, ove si ritenga che la clausola di emergenza sia stata invocata in maniera abusiva o al di fuori dei casi consentiti ed il provvedimento che ne è scaturito sia produttivo di effetti giuridici vincolanti<sup>198</sup>. Vi sono pertanto pur esigui margini per ritenere che la Corte di giustizia possa essere investita di un ruolo di supervisione sulla corretta applicazione dell'istituto in esame, così da assicurare che non sia oggetto di abuso da parte degli Stati membri<sup>199</sup>. In questo modo, il Collegio avrebbe l'occasione di chiarirne l'effettiva portata operativa, quantomeno in via indiretta, soprattutto rispetto al criterio dell'incidenza su aspetti fondamentali dell'ordinamento penale nazionale<sup>200</sup>.

Dal canto suo, lo Stato che intenda invocare il par. 3 degli artt. 82 ed 83 TFUE è chiamato a motivare la propria iniziativa, dimostrando che la propo-

membro di opporsi al coinvolgimento del Consiglio europeo. Il testo del Trattato, sotto questo profilo, non consente di ritenere che la richiesta dello Stato sia automaticamente accolta: è piuttosto prevista una presunzione di approvazione, che non preclude tuttavia la possibilità di un esito negativo. Il Trattato, peraltro, non si sofferma sulle modalità attraverso le quali l'istanza dello Stato deve essere valutata dal Consiglio, né indica le regole cui è chiamato ad ispirarsi il Consiglio europeo durante il periodo di quattro mesi di mediazione ed approfondimento politico. Nondimeno, gli artt. 82 ed 83 stabiliscono che la procedura legislativa possa riprendere in caso di «consenso» nell'ambito del Consiglio europeo. Nella pur non soddisfacente espressione accolta nel Trattato, ciò significa che trova applicazione l'ordinario metodo di deliberazione della massima istituzione politica, imperniato sull'approvazione di un testo in assenza di obiezioni espresse e di formali votazioni.

<sup>197</sup> Diversamente, ove tale accordo non venga raggiunto e la procedura legislativa sia definitivamente interrotta, non sembra sussistano elementi per esperire il ricorso per annullamento, poiché non vi è un atto definitivo avverso il quale muovere doglianze. Anche volendo individuare nell'attivazione del freno d'emergenza un atto formalmente suscettibile di sindacato, difetterebbe comunque la legittimazione passiva in capo allo Stato membro.

<sup>198</sup> Il richiamo alla sola Commissione deriva dal fatto che il Parlamento europeo ed il Consiglio sarebbero legittimati passivi, in quanto co-autori dell'atto adottato con procedura legislativa ordinaria.

<sup>199</sup> In questo senso, invero, la clausola d'emergenza differisce dall'esercizio di un potere di veto diretto, che non conosce limitazioni quantitative, né necessita del sostegno di specifiche motivazioni. Piuttosto, l'istituto in esame richiede un opportuno bilanciamento tra la facoltà dello Stato dissenziente di attivarsi per sospendere la procedura normativa e l'eventuale interesse della maggioranza dei Paesi membri a proseguire l'*iter* legislativo. In dottrina hanno sottolineato il rischio di un utilizzo eccessivo di questa clausola, anche alla luce della prassi interna di molti Stati, S. CARRERA, F. GEYER, *The Reform Treaty and Justice and Home Affairs*, cit., p. 9.

<sup>200</sup> Ciò appare tanto più rilevante se si considera che la norma, per il suo contenuto, difficilmente potrebbe essere oggetto di rinvio pregiudiziale di interpretazione. Essa infatti mal si attaglia ad un utilizzo da parte del giudice nazionale per risolvere una controversia sorta in sede interna. Né d'altra parte la Corte potrebbe agevolmente valutare in concreto, con approccio casistico, la maggiore o minore incisività della proposta della Commissione sul sistema penale interno, senza spostare l'oggetto della propria analisi dalle norme dell'UE al diritto nazionale stesso.

sta della Commissione incide su aspetti fondamentali del sistema penale interno. Pertanto, lo Stato stesso sembra costituire il più titolato e *best-placed* “giudice” sull’impatto del progetto di atto dell’Unione, indipendentemente dalla valutazione condotta da altri Paesi membri o dalle istituzioni europee<sup>201</sup>. Ciò implica che, astrattamente, anche proposte prive di significative ripercussioni sistematiche, ma che interessino specifici profili penali ritenuti molto sensibili, potrebbero incontrare l’opposizione di uno Stato e l’attivazione del freno d’emergenza.

Osservando l’istituto da una opposta prospettiva, infine, sembra possibile individuare una ulteriore finalità implicita. Siccome l’attivazione – o la mera dichiarazione di intenti in tal senso – del freno d’emergenza assicura un confronto più approfondito sulla proposta di atto e consente a ciascuno Stato membro di manifestare la propria posizione al riguardo, esso potrebbe altresì rivelarsi un prezioso strumento di riduzione del contenzioso sugli atti legislativi dell’Unione. Per di più, esso avrebbe particolare efficacia, poiché interverrebbe nel corso della procedura legislativa, in sede di prima o di seconda lettura, di modo da affrontare e risolvere *ex ante* eventuali criticità.

Da questo punto di vista, l’efficacia della clausola rispetto allo scopo ora considerato dovrebbe essere apprezzata in uno con il controllo politico sul rispetto dei principi di sussidiarietà e proporzionalità introdotto dal Protocollo n. 2<sup>202</sup>. Entrambi gli strumenti operano infatti sul piano del confronto politico tra Stati ed istituzioni europee ed intervengono prima della conclusione della procedura legislativa, di talché la materia penale beneficia di un duplice meccanismo deflattivo del contenzioso sulla produzione normativa.

## 8. Le competenze attribuite all’Unione europea ex art. 83, par. 2, TFUE

### 8.1. Il contenuto dell’art. 83, par. 2, TFUE: profili introduttivi

Nel contesto del rafforzamento delle competenze dell’Unione europea nel settore della cooperazione penale, un profilo di particolare interesse è costituito dal disposto dell’art. 83, par. 2, TFUE. Esso infatti, come già accennato, conferisce al legislatore europeo il potere di adottare direttive, recanti norme penali minime, nell’ambito di politiche dell’Unione già soggette a disciplina di

<sup>201</sup> In questo senso, la clausola in esame si differenzia dall’art. 4, par. 2, TFUE, che sancisce l’obbligo in capo all’Unione europea di rispettare le identità costituzionali degli Stati membri. Come si evince dalla giurisprudenza della Corte, spetta all’Unione valutare se eventuali argomentazioni espresse in giudizio dagli Stati costituiscano espressione dell’art. 4, par. 2, e siano dunque meritevoli di tutela. Sul punto v. la sentenza del 22 dicembre 2010, causa C-208/09, *Sayn Wittgenstein*, in *Racc.* p. I-13693.

<sup>202</sup> Sul punto v. più ampiamente *infra*, Capitolo II, par. 3.3.

armonizzazione e non afferenti alla cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale. Questa potestà è tuttavia circoscritta ai casi in cui il ravvicinamento delle disposizioni penali sia necessario e funzionale alla piena efficacia dell'azione europea in detti ambiti<sup>203</sup>. Un ulteriore limite riguarda poi il contenuto dell'eventuale intervento normativo dell'Unione, che deve essere circoscritto alla previsione di standard minimi comuni per la definizione di fattispecie penali o misure sanzionatorie<sup>204</sup>.

8.2. *Le origini dell'art. 83, par. 2, TFUE: la giurisprudenza della Corte di giustizia sulle competenze penali della Comunità europea*

La disposizione in esame trae origine dal controverso e duraturo dibattito sulla competenza della Comunità europea a fissare sanzioni, eventualmente di natura penale, per assicurare in maggior grado il perseguimento delle finalità sottese alle politiche previste dai Trattati. Una questione che ha avuto particolare risalto alla luce di un filone giurisprudenziale della Corte di giustizia, culminato con nei casi *Reati ambientali* e *Sicurezza marittima*<sup>205</sup> – che qui occorre brevemente richiamare – entrambe riguardanti l'individuazione della corretta base giuridica per l'adozione di norme in tema di tutela dell'ambiente.

Nel primo caso<sup>206</sup>, la controversia sorta fra Commissione e Consiglio verteva sulla decisione quadro 2003/80/GAI, adottata dal Consiglio stesso in

<sup>203</sup> In termini generali, sull'art. 83, par. 2, TFUE v. C. LADEMBURGER, *The resources of European security: developing the EU Treaty basis for police cooperation and judicial cooperation in criminal matters*, in *Revue européenne de droit public*, 2008, p. 125; A. BERNARDI, *La competenza penale accessoria dell'Unione europea: problemi e prospettive*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2012, p. 43.

<sup>204</sup> L'*iter* decisionale per l'adozione di tali norme minime è individuato *per relationem* alla procedura indicata dal Trattato per la materia extrapenale di volta in volta interessata.

<sup>205</sup> V. rispettivamente le sentenze della Corte di giustizia 1° settembre 2005, causa C-176/03, *Commissione c. Consiglio*, in *Racc.*, p. I-7879; 23 ottobre 2007, causa C-440/05, *Commissione c. Consiglio*, in *Racc.* p. I-9097. Per approfondimenti di carattere generale v. *ex multis* A. DAWES, O. LINSKEY, *The Ever-Longer Arm of EC Law: the Extension of Community Competence into the Field of Criminal Law*, in *Common Market Law Review*, 2008, p. 131, S. PEERS, *The European Community's Criminal Law Competence: the Plot Thickens*, in *European Law Review*, 2008, p. 399.

<sup>206</sup> V., fra i numerosi contributi e commenti, P. TORRETTA, *Quando le politiche comunitarie "atraggono" competenze penali: la tutela dell'ambiente attraverso il diritto penale in una recente decisione della Corte europea di Giustizia (Sentenza 13 Settembre 2005, causa C-176/03)*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 2005, p. 219; M.L. CESONI, *Compétence pénale: la Cour de justice des Communautés européennes prime-t-elle le principe de légalité*, in *Journal des Tribunaux*, 2006, p. 365; F. CHALTIEL, *Arrêt CJCE Commission c. Conseil, du 13 septembre 2005: une nouvelle avancée de l'idée de souveraineté européenne: la souveraineté pénale en devenir*, in *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, 2006, p. 24; P. THIEFFRY, *Contentieux de la validité des mesures communautaires de protection de l'environnement: le retour*,

forza degli articoli 29, 31 e 34 TUE<sup>207</sup>. Nella sua proposta, la Commissione aveva indicato quale base giuridica l'art. 175, par. 1, TCE, in tema di protezione dell'ambiente. Tuttavia, come precisato nei considerando dell'atto, i rappresentanti degli Stati membri riuniti in Consiglio avevano inteso incorporare nel documento alcune norme di diritto penale sostanziale. Di conseguenza, avevano ritenuto che il progetto trascendesse le prerogative della Comunità e che dovesse essere più opportunamente incardinato nel contesto della cooperazione in materia penale.

Onde evitare il fallimento dell'*iter* normativo, era stata modificata la base giuridica dell'atto, senza tuttavia sottoporre ulteriormente la problematica alla Commissione<sup>208</sup>. Quest'ultima sollecitava dunque l'annullamento di tale atto, che interessava profili e perseguiva finalità teoricamente riconducibili sia al terzo pilastro sia al Trattato comunitario. In effetti, se la previsione di norme di ravvicinamento degli ordinamenti interni nel settore penale rappresentava un obiettivo di tradizionale matrice intergovernativa, la tutela dell'ambiente era annoverata fra le politiche comunitarie<sup>209</sup>.

In uno con il Parlamento europeo, l'istituzione ricorrente riteneva, dunque, che le disposizioni inserite nella decisione quadro dovessero essere più correttamente fondate sull'art. 175 TCE, ritenuto idoneo ad imporre agli Stati l'introduzione di norme penali sostanziali e sanzionatorie, funzionali ad assicurare la piena efficacia dell'azione europea nel settore ambientale<sup>210</sup>.

Il compito della Corte, pertanto, consisteva nella valutazione del contenuto della decisione quadro, attraverso l'attenta ponderazione delle due anime dell'atto<sup>211</sup>. Nel dirimere la controversa questione, il Giudice dell'Unione ha

in *Gazette du Palais*, 2006, p. 873; D. SPINELLIS, *Court of justice of the European Community, judgment of 13 September 2005*, in *European Constitutional Law Review*, 2006, p. 293; C. HONORATI, *La comunitarizzazione della tutela penale*, cit. p. 941.

<sup>207</sup> Decisione quadro 2003/80/GAI del Consiglio, del 27 gennaio 2003, sulla protezione dell'ambiente attraverso il diritto penale, in GU L 29, del 5 febbraio 2003, p. 55.

<sup>208</sup> V. in particolare il 7° considerando della decisione quadro.

<sup>209</sup> L'importanza delle disposizioni di natura penale nell'economia complessiva della decisione quadro era evidente anzitutto dalle tappe della procedura normativa. La più parte di tali norme era stata infatti introdotta dal Consiglio in corso d'opera, sulla scorta della crescente preoccupazione per fenomeni criminali transnazionali capaci di arrecare grave pregiudizio all'ambiente. Alla base della decisione quadro vi era dunque l'intenzione di perseguire con strumenti più efficaci e condivisi i reati ambientali. Cfr. i considerando 1-3.

<sup>210</sup> Pur in mancanza di precedenti specifici, la Commissione si appellava alla giurisprudenza della Corte sul principio di leale cooperazione, nonché ai principi di effettività e di equivalenza, ed in particolare alle sentenze della Corte di giustizia del 2 febbraio 1977, causa 50/76, *Amsterdam Bulb*, in *Racc.*, p. 137, punto 33, e dell'8 luglio 1999, causa C-186/98, *Nunes e de Matos*, in *Racc.* p. I-4883, punti 12 e 14.

<sup>211</sup> Rispetto alla sentenza sui *Visti aeroportuali*, si segnalavano alcuni importanti elementi di novità, derivanti da una sostanziale differenza fra i problemi giuridici affrontati nelle due cause: se nella prima si trattava di definire in quale settore di competenza ricadesse la materia disciplinata dall'UE, nella seconda si assisteva ad un atto che coinvolgeva al contempo il setto-

richiamato i principi a più riprese sostenuti nelle cause riguardanti l'individuazione della base giuridica, applicandoli altresì ai conflitti fra diversi pilastri dell'UE. In questo senso, essa ha riproposto l'assunto giurisprudenziale secondo cui tale scelta deve ispirarsi a criteri oggettivi, suscettibili di sindacato giurisdizionale, quali il contenuto e lo scopo dell'atto<sup>212</sup>. Proprio la ponderazione di questi elementi è infatti il presupposto per apprezzare quale profilo costituisca l'asse portante dell'atto e quale invece rivesta una funzione meramente ancillare<sup>213</sup>. Muovendo dunque dalla valutazione di tali presupposti, la Corte ha ravvisato nel rafforzamento della tutela ambientale l'oggetto principale della decisione quadro, reso urgente dall'acuirsi dei fenomeni criminali transfrontalieri. Essa ha di conseguenza dichiarato la nullità dell'atto.

I Giudici di Lussemburgo hanno in particolare riconosciuto, in presenza di talune condizioni, la legittimazione in capo alla Comunità ad imporre agli Stati l'adozione di norme penali<sup>214</sup>. Pur mancando un'attribuzione generale di

re ambientale e penale. In passato, ove si fosse rilevata una coincidenza di profili, l'uno di rilevanza comunitaria, l'altro intergovernativa, si era a più riprese ricorso alla prassi di adottare due atti in parallelo, reciprocamente complementari. Così era avvenuto, ad esempio, per il regolamento CE 974/1998, del Consiglio, del 3 maggio 1998, relativo all'introduzione dell'euro, in GU L 139, dell'11 maggio 1998, p. 1, integrato dalla decisione quadro 2000/383/GAI, del Consiglio, del 29 maggio 2000, relativa al rafforzamento della tutela per mezzo di sanzioni penali e altre sanzioni contro la falsificazione di monete in relazione all'introduzione dell'euro, in GU L 140, del 14 giugno 2000, p. 1; v. altresì direttiva 2002/90/CE, volta a definire il favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali, in GU L 328, del 5 dicembre 2002, p. 17, completata dalla decisione quadro 2002/946/GAI, del Consiglio, del 28 novembre 2002, relativa al rafforzamento del quadro penale per la repressione del favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali, in GU L 328, del 5 dicembre 2002, p. 1. Questa prassi è stata efficacemente definita in dottrina con l'espressione «*cobabitation forcées*»: v. J.A.E. VERVAELE, *The European Community and harmonization of the criminal law enforcement of Community policy*, in *European Criminal Law Association's Forum*, 2006, p. 88.

<sup>212</sup> V. fra le molte pronunce della Corte di giustizia in materia, le sentenze 11 giugno 1991, causa C-300/89, *Commissione c. Consiglio (Biossido di titanio)*, in *Racc.* p. I-2867, punto 10; 19 settembre 2002, causa C-336/00, *Huber*, in *Racc.* p. I-7699, punto 30; 12 maggio 2005, causa C-347/03, *Regione Autonoma Friuli-Venezia Giulia e ERSA*, in *Racc.* p. I-3785, punto 72.

<sup>213</sup> Ciò anche in ragione del fatto che, secondo la Corte, nell'ambito del primo pilastro, solo ove sia provato che l'atto persegue contemporaneamente più obiettivi tra loro inseparabili senza che uno di essi assuma importanza secondaria e indiretta rispetto all'altro, la base giuridica può essere individuata nei diversi fondamenti normativi corrispondenti. Si tratta dunque di ipotesi che la stessa giurisprudenza di Lussemburgo qualifica come eccezionali. V. le sentenze 19 settembre 2002, *Huber*, cit., punto 31; 12 dicembre 2002, causa C-281/01, *Commissione c. Consiglio*, in *Racc.* p. I-12049, punto 35; 11 settembre 2003, causa C-211/01, *Commissione c. Consiglio*, in *Racc.* p. I-8913, nonché il parere 6 dicembre 2001, n. 2/00 sulla convenzione sulla diversità biologica, in *Racc.* p. I-9713, punto 23.

<sup>214</sup> L'impostazione supportata dal Collegio è stata oggetto di accese critiche a livello nazionale. Si segnala sotto questo profilo la relazione di Richard Plender alla House of Lords, che ha avanzato forti criticità sull'individuazione di una competenza penale in capo alla Comunità, in assenza di espresse disposizioni del Trattato e di una chiara volontà degli Stati

competenza alla Comunità a legiferare nel settore penale<sup>215</sup>, infatti, la previsione di fattispecie criminali e l'applicazione di misure sanzionatorie effettive, proporzionate e dissuasive è stata ritenuta uno strumento elettivo per salvaguardare l'effetto utile delle norme sulla tutela ambientale e, di riflesso, l'effettività dell'azione europea in sé<sup>216</sup>. Pertanto, nel limite in cui l'individuazione di condotte penalmente rilevanti fosse strettamente necessaria ad assicurare l'effettività della disciplina comunitaria ed a contrastare fenomeni di criminalità transfrontaliera di accentuata gravità, la Comunità era legittimata a disporre norme capaci di incidere direttamente sulla legislazione penale degli Stati membri<sup>217</sup>, operando un progressivo ravvicinamento dei loro ordinamenti<sup>218</sup>.

membri in tal senso. Cfr. R. PLENDER, *The criminal law competence of the European Community*, Report n. 42 dallo European Union Committee della House of Lords, sessione 2005-2006, paper 227, in <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200506/ldselect/ldecom/227/227.pdf> (2 aprile 2014). Ha sostenuto una posizione diversa C. TOBLER, *Case note*, in *Common Market Law Review*, 2006, p. 951, che ha evidenziato l'assenza di un catalogo in negativo di competenze. Hanno rilevato invece apertamente la necessità di configurare prerogative in materia penale in capo alla Comunità M. WASMAIER e N. THWAITES, *The "Battle of pillars": does the European Community have the power to approximate national criminal laws?*, in *European Law Review*, 2004, p. 613.

<sup>215</sup> V. altresì la sentenza della Corte di giustizia del 28 aprile 2011, causa C-61/11 PPU, *El Dridi*, in *Racc.* p. I-3015, punto 53.

<sup>216</sup> V. sul tema le conclusioni dell'avvocato generale Colomer. Analizzando il caso di specie e le finalità fissate dalla decisione quadro, l'avvocato generale ha ritenuto che, allo scopo di contrastare condotte penalmente rilevanti capaci di arrecare grave nocimento all'ambiente ed ai molteplici beni giuridici che su di esso si innestano, solo misure penali potessero integrare i tre requisiti ora individuati. Sarebbe spettato tuttavia agli Stati definire in concreto le misure opportune. In particolare, «la Comunità ha la facoltà di definire con precisione il bene giuridico tutelato e la natura della sanzione, mentre agli Stati membri spetta l'elaborazione della norma sanzionatoria, sia individualmente che in maniera coordinata attraverso la cooperazione intergovernativa disciplinata dal terzo pilastro del Trattato UE». Cfr. le conclusioni del 26 maggio 2005, causa C-176/03, *Commissione c. Consiglio*, in *Racc.* p. I-7879, punti 86-87. In dottrina v. J.P. JACQUÉ, *La question de la base juridique dans le cadre de la justice et des affaires intérieures*, in A. WEYEMBERGH, G. DE KERCHOVE (a cura di), *L'espace pénal européen: enjeux et perspectives*, Bruxelles, 2002, pp. 255-256. Ha sottolineato il valore generalpreventivo e deterrente di una sanzione penale, a maggior beneficio della tutela dell'ambiente, R. PEREIRA, *Environmental criminal law in the first pillar: a positive development for environmental protection in the European Union?*, in *European Environmental Law Review*, 2007, p. 257.

<sup>217</sup> Cfr. il punto 48 della sentenza in esame. La Corte ha dunque posto l'accento sui concetti di necessità delle misure sanzionatorie ed effettività delle politiche comunitarie, in luogo di soffermarsi più diffusamente – come suggerito dall'avvocato generale – sulla specifica esigenza di un più elevato grado di tutela dell'ambiente. In dottrina, H. LABAYLE, *Architecte ou spectatrice? La Cour de justice de l'Union dans l'espace de liberté, sécurité et justice*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 2006, p. 10.

<sup>218</sup> Occorre di riflesso puntualizzare come la pronuncia in esame, a prescindere dagli importanti risvolti sulle competenze della Comunità e dal copioso dibattito che ne è seguito, abbia sfumato la rigida ripartizione fra il pilastro comunitario ed i settori di integrazione aventi

A conferma della sensibilità della questione, a breve distanza di tempo la Corte è stata nuovamente chiamata a statuire su una controversia analoga, sorta in relazione alla decisione quadro 2005/667/GAI sul rafforzamento della cornice penale per la repressione dell'inquinamento provocato dalle navi<sup>219</sup>. Il *punctum dolens* dell'atto era costituito dalla previsione di una serie di disposizioni di carattere penale fondate sugli articoli 30 e 34 TUE. La Commissione riteneva infatti che l'esercizio della potestà legislativa del Consiglio dovesse essere ricondotto all'art. 80, par. 2, TCE<sup>220</sup>, norma che estendeva ad altri mezzi di trasporto la disciplina riservata espressamente dal Trattato alla sola circolazione su strada e che sollecitava il Consiglio a disporre norme per il rafforzamento della sicurezza della navigazione<sup>221</sup>.

La decisione quadro in esame, dunque, perseguiva al contempo l'obiettivo di incrementare la sicurezza marittima e di innalzare il grado di tutela ambien-

matrice intergovernativa, accrescendo così l'importanza e la complessità del controllo giurisdizionale sul rispetto dei confini tra pilastri, consacrato dall'art. 47 TUE. L'art. 47 è dunque divenuto il fulcro di quella che in dottrina è stata definita l'*intergouvernementalisation prohibée* dell'azione della Comunità. Cfr. S. MANACORDA, *Judicial activism dans le cadre de l'espace de liberté, de justice et de sécurité de l'Union européenne*, in *Revue de sciences criminelles et de droit pénal comparé*, 2005, p. 956.

<sup>219</sup> Cfr. la decisione quadro 2005/667/GAI, del Consiglio, del 12 luglio 2005, sulla cornice penale per la repressione dell'inquinamento navale, in GU L 255, del 30 settembre 2005, p. 164. Sulla sentenza *Inquinamento marittimo* del 23 ottobre 2007 v. in dottrina, *ex multis*, L. SCHIANO DI PEPE, *Competenze comunitarie e reati ambientali: il caso dell'inquinamento provocato da navi*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2006, p. 769; L. SCOTT, *The European Court of Justice stirs up a storm in ship-source pollution*, in *Journal of European Criminal Law*, 2007; F. MUNARI, C. AMALFITANO, *Il "terzo pilastro" dell'Unione: problematiche istituzionali, sviluppi giurisprudenziali, prospettive*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2007, p. 773; S. PEERS, *The European Community's criminal law competence*, cit., p. 399; A. DAWES, O. LINSKEY, *The ever-longer arm of EC law: the extension of Community competence into the field of criminal law*, in *Common Market Law Review*, 2008, p. 131; N. NEAGU, *Entrapment between two pillars: the European Court of justice rulings in criminal law*, in *European Law Journal*, 2009, p. 536.

<sup>220</sup> La Commissione, in particolare, rilevava come il preambolo dell'atto esprimesse chiaramente la finalità prioritaria delle norme in esso contenute. Il punto 4 dei considerando, in effetti, precisava che la decisione quadro era destinata ad integrare e supportare l'efficacia delle norme della direttiva 2005/35/CE sull'inquinamento provocato dalle navi, adottata in forza dell'art. 80, par. 2, TCE. L'art. 80 TCE recitava: «1. Le disposizioni del presente titolo si applicano ai trasporti ferroviari, su strada e per vie navigabili. 2. Il Consiglio, con deliberazione a maggioranza qualificata, potrà decidere se, in quale misura e con quale procedura potranno essere prese opportune disposizioni per la navigazione marittima e aerea. Le disposizioni di cui all'art. 71 sono applicabili».

<sup>221</sup> Il Collegio ha usualmente annoverato la politica comune dei trasporti, estesa ad ogni via di comunicazione, tra i fondamenti della Comunità. Cfr. la sentenza 28 novembre 1978, causa 97/78, *Schumalla*, in *Racc.* p. 2311, punto 4. Secondo la giurisprudenza della Corte, l'art. 80, par. 2, TCE, non escludeva l'applicazione del Trattato CE ai trasporti marittimi, ma si limitava a prevedere che le disposizioni specifiche relative alla politica comune dei trasporti di cui al titolo V non si applicassero automaticamente a tale ambito di attività. Cfr. la sentenza 7 giugno 2007, causa C-178/05, *Commissione c. Grecia*, in *Racc.* p. I-4185, punto 52.

tale, anche mediante l'imposizione di misure penali. La presenza di una pluralità di scopi era peraltro dettata dalla natura stessa della politica ambientale, settore trasversale e multidisciplinare necessariamente integrato da ulteriori politiche, quali i trasporti, l'energia, l'agricoltura.

In un simile contesto, l'analisi dello scopo e del contenuto dell'atto corroborava il giudizio di indispensabilità dell'azione penale ai fini della maggiore effettività delle norme comunitarie a protezione dell'ambiente dall'inquinamento navale. Ne erano indici decisivi la stretta connessione con la direttiva 2005/35/CE<sup>222</sup>, anch'essa riguardante la medesima materia, nonché l'ampio potere discrezionale riconosciuto al legislatore europeo dall'art. 80 TCE. Il secondo paragrafo, infatti, in ossequio alla necessità di garantire l'effetto utile del diritto comunitario, affidava al Consiglio il compito di adottare ogni misura necessaria, senza precludere espressamente un intervento normativo in ambito penale. Inoltre, alla luce del testo del Trattato, le esigenze connesse alla tutela dell'ambiente, da annoverarsi fra gli obiettivi prioritari della Comunità, dovevano essere "integrate nella definizione e nell'attuazione delle politiche e azioni comunitarie"<sup>223</sup>. Il legislatore comunitario avrebbe dunque potuto, sulla base dell'art. 80, par. 2, TCE e nell'esercizio delle attribuzioni conferitegli da tale disposizione in materia di trasporti, promuovere la tutela dell'ambiente. Queste constatazioni hanno condotto la Corte a rilevare la nullità della decisione quadro, individuando nell'art. 80, par. 2, TCE la corretta base giuridica<sup>224</sup>.

<sup>222</sup> Cfr. la direttiva 2005/35/CE, del Consiglio, del 7 settembre 2005, relativa all'inquinamento provocato dalle navi e all'introduzione di sanzioni per violazioni, in GU L 255, del 30 settembre 2005, p. 1.

<sup>223</sup> Cfr. l'art. 6 TCE ed il punto 60 della sentenza in esame.

<sup>224</sup> Più precisamente, la Corte ha ritenuto che l'art. 47 fosse stato violato solo rispetto ad alcune delle disposizioni della decisione quadro. Anche se questa considerazione in nulla modifica l'esito della sentenza sull'atto, stante la sua indivisibilità ai fini della dichiarazione di annullamento, pur tuttavia disvela un importante distinguo operato dal Collegio. In particolare, rientravano effettivamente nell'ambito operativo del terzo pilastro gli artt. 4 e 6 della decisione quadro, che definivano il tipo ed il livello di sanzioni applicabili, materia eccedente la competenza della Comunità. Erano invece finalizzati al rafforzamento della sicurezza marittima gli artt. 2, 3 e 5, che imponevano agli Stati membri la repressione di talune condotte dannose per l'ambiente. La Corte non ha infine ritenuto di doversi pronunciare sull'inquadramento degli artt. 7-12, rispettivamente in tema di competenza giurisdizionale, notificazione di informazioni tra gli Stati membri, designazione di punti di contatto, ambito di applicazione territoriale della decisione quadro, obbligo di attuazione gravante sugli Stati membri e data di entrata in vigore dell'atto. V. i punti 69-73 della pronuncia.



8.3. *Le reazioni alla giurisprudenza della Corte: i dubbi sulla portata della competenza penale della Comunità europea*

In dottrina, per quanto di utilità ai fini dell'analisi sulla portata dell'attuale art. 83, par. 2, TFUE, non sono mancati commenti critici al percorso argomentativo della Corte, che, da un lato, ha annoverato la politica dei trasporti tra i fondamenti della Comunità e, dall'altro, ha assegnato un ruolo decisivo nell'economia della pronuncia all'obiettivo della tutela ambientale<sup>225</sup>. Questo doppio richiamo ha invero generato incertezza circa il reale fondamento della competenza della Comunità a disporre norme penali descrittive di fattispecie di reato o aventi natura sanzionatoria<sup>226</sup>.

Ulteriori profili critici sono stati sollevati in ordine alla precisa individuazione di quelle che l'avvocato generale Mazak ha definito la larghezza e la profondità delle attribuzioni penali della Comunità, un aspetto rimasto in effetti insoluto nelle sentenze della Corte<sup>227</sup>. L'avvocato generale ha suggerito, infatti, l'esistenza di un saldo legame fra la previsione di norme penali ad opera della Comunità, indipendentemente dalla singola politica interessata, e la garanzia dell'effetto utile delle norme del primo pilastro<sup>228</sup>. A questo scopo, egli ha avvalorato un'ampia interpretazione dello scopo sotteso all'allora art. 47 TUE<sup>229</sup>, ritenuto presidio a tutela non solo delle disposizioni del Trattato

<sup>225</sup> V. rispettivamente i punti 55 e 60 della sentenza in esame.

<sup>226</sup> Cfr. A. MONPION, *Arrêt CJCE, Commission contre Conseil du 23 octobre 2007: les limites de la compétence pénale de la Communauté*, in *Revue du marché commun de l'Union européenne*, 2008, p. 130. Sebbene la Corte abbia incentrato la pronuncia sull'analisi del contenuto e delle finalità dell'atto nella prospettiva della tutela ambientale, in realtà la base giuridica potrebbe essere interpretata quantomeno sotto due punti di vista diversi: la centralità della politica dei trasporti, così come integrata dalla protezione dell'ambiente, oppure la prevalenza di quest'ultima, declinata nell'ambito dei trasporti marittimi.

<sup>227</sup> All'esito della sentenza *Reati ambientali*, questi profili rappresentavano delle questioni aperte ed insolite. Il giudice francese della Corte, J.P. Puissechet, dinnanzi al Senato nazionale, ebbe occasione di precisare che la portata della pronuncia era circoscritta ai soli casi di criminalizzazione di condotte a tutela dell'ambiente. Cfr. la relazione alla commissione del Senato francese per l'Unione europea, 22 febbraio 2006, in [http://www.senat.fr/europe/r22022006\\_1.html](http://www.senat.fr/europe/r22022006_1.html) (4 aprile 2014). Anche in dottrina si è assistito a diversi orientamenti. Ad esempio vi è chi ha ritenuto che la competenza della Comunità dovesse limitarsi alla definizione di norme comuni sulle fattispecie di reato. Cfr. C. HAGUENAU-MOIZARD, *Vers une harmonisation communautaire du droit pénal*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 2006, p. 384.

<sup>228</sup> Cfr. le conclusioni dell'avvocato generale Mazak, del 28 giugno 2007, causa C-440/05, *Commissione c. Consiglio*, in *Racc.* p. I-2867.

<sup>229</sup> L'art. 47 TUE è stato definito in dottrina una "clausola di subordinazione" del TUE rispetto al trattato comunitario, anche alla luce della necessità di interpretarlo anzitutto alla luce del suo significato letterale. Una conferma ulteriore di questa impostazione poteva essere desunta dall'art. 29 TUE, che, in tema di cooperazione in materia penale, esordiva condizionando la realizzazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia al rispetto delle competenze della Comunità. In questo senso V. MITSILEGAS, *The Competence Question: the European*

comunitario, ma, in senso più ampio, delle competenze conferite alla Comunità, anche in materia penale. Pertanto, la prevalenza del primo pilastro consacrata dalla norma in esame comportava che le istituzioni dell'Unione sarebbero state legittimate a legiferare sul fondamento del Trattato CE se e nella misura in cui quest'ultimo avesse fornito una base giuridica adeguata, ossia rispondente ai canoni giurisprudenziali tradizionalmente sostenuti<sup>230</sup>.

Muovendo da queste premesse, nell'opinione dell'avvocato generale, l'ampiezza delle competenze comunitarie nel settore penale non poteva esaurirsi alla materia ambientale<sup>231</sup>. *Prima facie*, essa non incarnava l'unico obiettivo essenziale della Comunità, ma si accompagnava agli ulteriori scopi posti dagli articoli 2 e 3 TCE<sup>232</sup>. Non solo la politica ambientale era dunque capace di permeare di sé, integrandoli, gli altri settori di intervento delle istituzioni europee. Analoga peculiarità poteva essere riconosciuta, ad esempio, al divieto di discriminazione, alla tutela della sanità pubblica, alla normativa sulla concorrenza ed alla disciplina sui mercati finanziari. Anche in questi contesti, pertanto, si sarebbe profilata la possibilità di riconoscere alla Comunità competenza ad adottare norme penali, a garanzia della piena realizzazione dei suoi scopi e della possibilità di contrastare con efficacia fenomeni criminali suscettibili di ledere rilevanti interessi sovranazionali.

Quanto alla nozione di profondità delle attribuzioni comunitarie, le conclusioni ricalcavano l'orientamento della Corte nella sentenza *Reati ambientali*: la Comunità beneficiava della competenza ad armonizzare talune fattispecie penali, ma non era legittimata a fissare il livello ed il tipo di sanzione, in ragione delle forti differenze presenti al riguardo nei sistemi nazionali e dell'esigenza di preservare le scelte di politica criminale degli Stati membri. Alla luce del principio di sussidiarietà, il livello statale appariva il più indicato per fissare pene effettive e coerenti con il contesto sociale di riferimento.

L'avvocato generale si è altresì soffermato sul concetto di garanzia dell'effettività del diritto comunitario, precisando come questo parametro di

*Community and Criminal Law*, in E. GUILD, F. GEYER (a cura di), *Security Versus Justice? Police and Judicial Cooperation in the European Union*, Aldershot, 2008, p. 153.

<sup>230</sup> Cfr. il punto 53 delle conclusioni. L'art. 47 costituiva dunque la traduzione in dato positivo dell'architettura generale dell'Unione, fondata sulle Comunità e volta ad un sempre crescente grado di integrazione fra gli Stati membri. Secondo l'avvocato generale, dunque, l'art. 47 riguardava la divisione di competenze e poteri fra i pilastri e non fra la Comunità e gli Stati membri, poiché il terzo pilastro rappresentava un passo verso la più stretta unione fra Stati prospettata nei Trattati e imperniata sulla Comunità.

<sup>231</sup> Cfr. il punto 78 delle conclusioni.

<sup>232</sup> Queste due norme individuavano gli obiettivi e valori fondamentali del processo di integrazione europea. Nella vigente sistematica dei Trattati risultano abrogate, ma il loro contenuto è stato in sostanza trasfuso, rispettivamente, nell'attuale art. 3 TUE e negli articoli da 3 a 6 del TFUE.

giudizio, sostenuto dalla Corte, non fosse esente dal rischio di eccessiva vaghezza e lasciasse ampi spazi a giudizi prettamente soggettivi<sup>233</sup>.

Al contrario, la Corte ha conservato un atteggiamento prudente, omettendo di manifestare una chiara posizione circa l'ampiezza delle competenze penali della Comunità. In particolare, il Collegio non ha fatto propria la visione dell'art. 47 TUE come norma idonea ad accordare automatica priorità al pilastro comunitario in ogni ipotesi di interferenza con materie devolute alla cooperazione intergovernativa, ma soprattutto non si è soffermata sulla portata dei criteri in presenza dei quali si potesse profilare l'adozione di norme penali nell'ambito di settori e politiche differenti dalla cooperazione giudiziaria e di polizia<sup>234</sup>.

Su questa problematica, sin dalle battute immediatamente successive alla sentenza *Reati ambientali*, è intervenuta anche la Commissione, con una comunicazione in merito alle conseguenze della pronuncia del settembre 2005<sup>235</sup>. Nel documento, la Commissione preannunciava l'intenzione di impugnare la decisione quadro 2005/667 sull'inquinamento navale, adottata dal Consiglio a breve distanza dalla pronuncia della Corte. Nel tentativo di sostenere con forza l'esito di quella controversia, la Commissione sottolineava come il ragionamento seguito dalla Corte ben si attagliasse ad ogni ambito di intervento della Comunità, così che per ciascuna politica si sarebbe potuta prospettare, alle condizioni indicate, competenza penale in capo alla Comunità. Il presupposto fondamentale risiedeva nel giudizio di necessità dell'introduzione di disposizioni di natura penale e di garanzia dell'effetto utile delle norme comunitarie, sulla scorta di una valutazione su base casistica, condotta dalla Commissione stessa<sup>236</sup>.

<sup>233</sup> Questa riflessione ha condotto Mazak a ritenere la costruzione elaborata dalla Corte nella sentenza *Reati ambientali* inadeguata a giustificare il rafforzamento delle prerogative penali della Comunità. Egli ha sollecitato l'introduzione di un specifico fondamento normativo, che introducesse una procedura legislativa uniforme. Cfr. il punto 122 delle conclusioni. Occorre peraltro rilevare come, ad alcuni anni di distanza dalla pronuncia in esame e dall'avvio dei principali strumenti in tema di cooperazione penale, larga parte della dottrina abbia individuato proprio il principio di effettività quale elemento cardine e motore nell'approccio delle istituzioni europee e, in particolare, nella giurisprudenza della Corte di giustizia. A questo riguardo in dottrina v. E. HERLIN-KARNELL, *From mutual trust to full effectiveness of EU law: ten years of the European arrest warrant*, in *European Law Review*, 2013, p. 82.

<sup>234</sup> Parte della dottrina ha suggerito che il *self-restraint* della Corte sul punto potesse essere letto come prudente approccio conservatore destinato a mitigare gli ostacoli alla ratifica del Trattato di Lisbona. Cfr. S. PEERS, *Justice and Home Affairs Law*, Oxford, 2006, p. 402.

<sup>235</sup> Cfr. la comunicazione al Consiglio ed al Parlamento, del 23 novembre 2005, in merito alle conseguenze della sentenza 13.9.2005 della Corte (C-176/03, Commissione c. Consiglio), COM(2005) 583 def.

<sup>236</sup> Cfr. i punti 8-10 della comunicazione. La Commissione sosteneva inoltre la necessità di rivedere le proposte di decisioni quadro allora in fase di adozione e di sostituire alcuni atti del terzo pilastro con fonti comunitarie. Un allegato alla comunicazione indicava in particolare sei

In assenza di ulteriori pronunce sul punto<sup>237</sup>, questo orientamento giurisprudenziale ha sollevato un acceso dibattito sull'estensione della potestà normativa penale in capo al legislatore europeo<sup>238</sup>. Un dibattito che la riforma del Trattato di Lisbona ha in parte risolto, mediante la richiamata abolizione della struttura a pilastri e l'introduzione dell'art. 83, par. 2, TFUE, evidenziando tuttavia l'urgenza di una più puntuale riflessione circa l'ampiezza operativa della norma in esame.

#### 8.4. Egesi dell'art. 83, par. 2, TFUE: la presenza di misure di armonizzazione

Sulla scorta del contributo della Corte e del confronto che ne è seguito, il disposto dell'art. 83, par. 2, TFUE impone tre presupposti sostanziali e cumulativi ai fini dell'adozione di norme penali da parte dell'Unione: l'intervento del legislatore europeo deve interessare un ambito diverso dalla cooperazione giudiziaria e di polizia che sia già stato oggetto di misure di armonizzazione; inoltre, l'introduzione di norme penali deve risultare indispensabile per la piena efficacia dell'azione europea.

Il primo di questi requisiti riprende e specifica un profilo già sotteso alla giurisprudenza della Corte di giustizia, ma da questa non compiutamente esplicitato. In effetti, nella sentenza *Inquinamento marittimo* il Collegio ha a più riprese evidenziato la funzione ancillare delle disposizioni penali sostanziali o sanzionatorie rispetto alla piena efficacia di altre norme adottate dal legislatore europeo<sup>239</sup>. In assenza di maggiori indicazioni sul punto, non sono mancate contrastanti letture di questo criterio, talvolta animate anche da alcune prese di posizione delle istituzioni europee<sup>240</sup>. Al contempo, nell'attuale

atti, riguardanti rispettivamente la falsificazione delle monete e dei mezzi di pagamento, il riciclaggio, il favoreggiamento dell'immigrazione e del soggiorno illegali, corruzione e criminalità informatica. Cfr. M. MIRABILE, *Verso un nuovo diritto penale europeo: la comunicazione 23 novembre 2005*, COM (2005) 583 final della Commissione al Parlamento europeo ed al Consiglio, in *Cassazione penale*, 2006, p. 1934. La comunicazione della Commissione è stata analizzata e commentata a livello nazionale, con la più parte dei governi schierata a sostegno della necessità di una attenta valutazione su base casistica delle proposte legislative che contenessero norme penali. V. in questo senso F. MACTAGGART, *Explanatory memorandum to the Westminster European Union Committees regarding the Commission Communication*, 16 gennaio 2006.

<sup>237</sup> V. altresì la sentenza 20 maggio 2008, causa C-91/05, *Commissione c. Parlamento e Consiglio (Ecowas)*, in *Racc.* p. I-7879.

<sup>238</sup> V. R. VAN OIK, *Cross Pillar Litigation Before the ECJ: Community and Union Competences*, in *European Constitutional Law Review*, 2008, p. 399.

<sup>239</sup> Cfr. il punto 66 della sentenza.

<sup>240</sup> La Commissione europea aveva formulato una proposta di direttiva recante misure sanzionatorie atte ad assicurare il rispetto dei diritti di proprietà intellettuale, senza distinguere in alcun modo gli ambiti nei quali fosse già intervenuta una disciplina di armonizzazione da quelli non ancora esplorati dal legislatore europeo. Cfr. la comunicazione del 24 aprile 2006,

contesto normativo permangono alcune criticità interpretative. In primo luogo, un approccio letterale al testo pare escludere la rilevanza di attività di armonizzazione poste in essere mediante riforma dei Trattati: il richiamo alle misure adottate con procedura legislativa ordinaria o speciale depone infatti a favore di una chiara individuazione, per tramite di atti di diritto derivato, delle norme comuni dalla cui violazione può originare una reazione secondo il paradigma penalistico<sup>241</sup>. Appare di conseguenza ragionevole – oltre che maggiormente coerente con il dettame del Trattato – che tali regolamenti o direttive di armonizzazione anticipino l'adozione di eventuali norme penali o, secondo parte della dottrina, siano quanto meno ad esse contestuali<sup>242</sup>.

In secondo luogo, si pone il problema di fissare l'asticella ad una altezza opportuna, ossia di individuare i parametri che consentano di eleggere il *quantum* di armonizzazione necessario e sufficiente a legittimare il legislatore dell'Unione al corretto utilizzo della clausola di cui all'art. 83, par. 2, TFUE. Al riguardo, si può anzitutto escludere che il dettame del Trattato imponga una totale uniformazione del settore interessato, anche in ragione del fatto che ben potrebbe trattarsi di materie di attribuzione non esclusiva dell'UE.

Utili notazioni sul punto possono provenire dall'analisi della sistematica delle norme del Trattato sulla cooperazione in materia penale. Invero, ad una visione complessiva, l'adozione di norme *ex art. 83, par. 2, TFUE* impone la – previa o al massimo contestuale – approvazione di due distinti atti di diritto derivato. L'esercizio della potestà legislativa in materia penale è, infatti, sottoposto al vaglio politico del freno d'emergenza, il quale consente di arrestare l'*iter* legislativo ogniquale volta uno Stato ritenga che le norme in corso di elaborazione interessino profili cardine del sistema penale interno e solleciti dunque una più approfondita riflessione, attraverso la mediazione del Consiglio europeo. Per dato normativo espresso dell'art. 83, par. 3, TFUE, nondimeno, questo rimedio può essere attivato solo rispetto alle iniziative legislative fondate sui due paragrafi che precedono, ovvero sia sulle basi giuridiche che il Trattato offre per l'adozione di norme penali sostanziali e sanzionatorie. Ove

relativa alle misure penali finalizzate ad assicurare il rispetto dei diritti di proprietà intellettuale, COM(2006) 168 def., nel preambolo della quale la Commissione fondava la propria iniziativa normativa sull'orientamento espresso dalla Corte di giustizia nella sentenza *Reati ambientali*. La proposta non ha avuto alcun seguito. Cfr. M. VINCENTI, *Proposta di direttiva sulla tutela penale dei diritti di proprietà industriale*, in *Il diritto industriale*, 2007, p. 468.

<sup>241</sup> In questo senso v. M. FLETCHER, in House of Lords, *The Treaty of Lisbon: an impact assessment*, cit., p. 150; P. CRAIG, *The Treaty of Lisbon. Law, politics and reform*, Oxford, 2010, p. 365.

<sup>242</sup> È di quest'ultimo avviso Peers, secondo il quale la formulazione testuale della norma in alcune lingue ufficiali non escluderebbe questa eventualità, anzi auspicabile proprio in ragione dell'ottica funzionalista alla quale si ispira il dettame del Trattato: l'autore sostiene infatti che, nelle more dell'adozione di norme penali, la piena efficacia dell'azione dell'Unione potrebbe essere inficiata. V. S. PEERS, *EU criminal law and the Treaty of Lisbon*, cit., p. 520.

dunque si optasse per un unico strumento normativo comprensivo anche dei profili penalistici della materia, ma fondato esclusivamente sulle norme primarie afferenti alla politica oggetto di misure di armonizzazione, si precluderebbe la possibilità in capo agli Stati di invocare questo rimedio.

Allo stesso modo, qualora si proponesse una duplice base giuridica, includendo altresì l'art. 83, par. 2, TFUE, si rischierebbe di inficiare l'intero impianto legislativo, in ragione della eventuale contrarietà degli Stati ad un precipuo ed ancillare profilo dell'atto<sup>243</sup>. Inoltre, in entrambe le eventualità, Regno Unito, Irlanda e Danimarca vedrebbero vanificata la possibilità di esercitare l'*opt out* previsto dai Protocolli nn. 21 e 22 rispetto agli atti che riguardano le materie in cui si articola lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia<sup>244</sup>.

In linea teorica, dunque, appare preferibile un approccio accorto e multiprospettico alla clausola di cui all'art. 83, par. 2, TFUE, che colga nel segno delle differenti esigenze e garanzie sottese all'adozione di norme di carattere penale rispetto agli altri settori di intervento dell'Unione, anche alla luce del disposto dell'art. 4, par. 2, TUE e dell'art. 67, par. 1, TFUE. In questo senso, vi è chi in dottrina, nel tentativo di disegnare l'architettura più armoniosa sulla quale erigere l'art. 83, par. 2, TFUE, ha sostenuto come sia preferibile conseguire *in primis* un significativo livello di armonizzazione<sup>245</sup>. Occorrerebbe

<sup>243</sup> In ogni caso, anche senza considerare l'eventuale attivazione del freno d'emergenza, la coesistenza di due anime dell'atto richiederebbe un maggiore sforzo motivazionale sin dalla fase della proposta legislativa, in modo da superare il vaglio sul rispetto del principio di sussidiarietà. Anche in fase di elaborazione dell'*impact assessment*, la Commissione risulterebbe gravata dall'onere di condurre ampie consultazioni, così da limare la maggiore diffidenza che spesso gli Stati palesano ove si tratti di valutare l'adozione di norme penali.

<sup>244</sup> Ai sensi dell'art. 2 del Protocollo n. 21, in linea di principio, nessuna norma o sentenza che coinvolga una materia del Titolo V TFUE può vincolare Gran Bretagna ed Irlanda. È concesso ai due Stati, tuttavia, di notificare *ex ante* l'intenzione di partecipare all'adozione ed applicazione di singole misure, purché tale richiesta intervenga entro tre mesi dalla proposta e non determini un'eccessiva dilazione dell'*iter* decisionale. È altresì prevista una procedura di adesione *ex post*, che verte sulla notifica alla Commissione ed al Consiglio della volontà di partecipare ad iniziative già avviate. Questa impostazione coglie nel segno della giurisprudenza della Corte, tesa ad assicurare maggiore coerenza e sistematicità nel "*pick and choose approach*" accordato a tali Stati già in relazione all'*acquis* di Schengen. V. fra le altre la sentenza della Corte di giustizia 26 ottobre 2010, causa C-482/08, *Regno Unito c. Consiglio*, Racc., p. I-10413, punto 47. In dottrina, M. FLETCHER, *Schengen, the European Court of Justice and Flexibility under the Lisbon Treaty: Balancing the United Kingdom "Ins" and "Outs"*, in *European Constitutional Law Review*, 2009, p. 75.

<sup>245</sup> V. in particolare J. OBERG, *Union Regulatory Criminal Law Competence after Lisbon*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2011, p. 316. L'autore prende in considerazione l'esempio del contrasto a comportamenti che violino la disciplina europea sulla concorrenza applicabile alle imprese, per arrivare a sostenere come l'adozione di norme penali possa trovare giustificazione solo dopo un attento scrutinio dei risultati conseguiti con l'applicazione di misure sanzionatorie amministrative.

dunque in prima istanza disciplinare i rimedi e le sanzioni di carattere civile o amministrativo che gli Stati sono chiamati ad introdurre nel proprio ordinamento, al fine di fronteggiare violazioni alle norme europee.

Esclusivamente in seconda battuta – e rispetto alle sole ipotesi di particolare gravità – si profilerebbe l'opportunità di ricorrere all'adozione di norme minime di carattere penale<sup>246</sup>. Questo *modus operandi*, invero, appare altresì maggiormente orientato al principio della sussidiarietà del diritto penale, che impone di ricorrere a misure di natura penalistica come *extrema ratio*, quando cioè differenti soluzioni non risultino idonee ed efficaci o abbiano dato concreta dimostrazione di non esserlo<sup>247</sup>. In definitiva, il legislatore dell'Unione ricalcherebbe la tecnica normativa dell'adozione di più atti in relazione alla medesima materia, secondo uno schema già sperimentato nella previgente sistemica dei Trattati.

D'altra parte, vi è anche chi, indipendentemente dalle astrazioni dogmatiche ed alla luce delle caratteristiche della materia interessata, dell'*iter* normativo e del contesto giuridico di riferimento, sollecita un'opportuna valorizzazione dei tradizionali itinerari argomentativi sostenuti dalla Corte di giustizia in tema di basi giuridiche. Viene infatti evidenziata la possibile rilevanza, ai fini dell'adeguatezza del ricorso all'art. 83, par. 2, TFUE, del “*gravity test*” connesso alla valutazione dell'effettivo fulcro tematico e teleologico dell'atto, o quanto meno della possibilità di ricondurre la materia disciplinata ad una differente norma del Trattato, che consenta l'armonizzazione o il ravvicinamento degli ordinamenti nazionali<sup>248</sup>.

A questo riguardo, è opportuno segnalare come la Commissione abbia già esercitato il proprio potere di iniziativa legislativa sulla scorta dell'art. 83, par. 2, TFUE. Sull'onda della crisi economica internazionale, infatti, essa ha proposto l'adozione di una direttiva volta a reprimere le condotte distorsive dei

<sup>246</sup> J. OBERG, *Union Regulatory Criminal Law Competence after Lisbon*, cit., p. 317, motiva l'impostazione suggerita anche sulla scorta del principio di democrazia: l'adozione di norme penali deve essere improntata ad un ampio confronto con le parti sociali coinvolte e presuppone l'approfondito coinvolgimento dei parlamenti nazionali.

<sup>247</sup> V. M.A. SANCHEZ, *Derecho penal y Tratado de Lisboa*, in *Revista de derecho comunitario europeo*, 2008, p. 349; E. HERLIN-KARNELL, *Subsidiarity in the Area of EU Justice and Home Affairs Law*, in *European Law Journal*, 2009, p. 351.

<sup>248</sup> Cfr. E. HERLIN-KARNELL, *White-collar crime and European financial crises: getting tough on EU market abuse*, in *European Law Review*, 2012, p. 481. L'autrice evidenzia come la proposta di direttiva sulla repressione delle condotte abusive nei mercati finanziari persegua in via prioritaria l'obiettivo di rafforzare la fiducia degli investitori e la stabilità finanziaria. Questa finalità verrebbe perseguita con maggiore efficacia fondando la proposta sull'art. 114 TFUE, in tema di ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri nell'ottica della realizzazione del mercato unico. La stessa autrice, in *EU competence in criminal law after Lisbon*, in A. BIONDI, P. EECKHOUT, S. RIPLEY (a cura di), *EU law after Lisbon*, Oxford, 2011, p. 329, sottolinea che potrebbero parimenti costituire idonee basi giuridiche gli artt. 67, 75 e 352 TFUE.

mercati finanziari, quali l'aggrottaggio e la manipolazione<sup>249</sup>. Questa iniziativa, che ha condotto all'approvazione dell'atto finale il 16 aprile 2014<sup>250</sup>, ha rappresentato lo spunto per una prima verifica dell'elaborazione concettuale consolidatasi sulle competenze indirette dell'Unione in materia penale<sup>251</sup>. A questo riguardo è anzitutto indicativo il fatto che, in ossequio alle peculiarità dell'art. 83, par. 2, TFUE, la Commissione ha contestualmente avviato un ulteriore *iter* legislativo, completato nel mese di aprile del 2014, volto all'adozione di un regolamento destinato a disciplinare – al di fuori del paradigma penalistico – la sicurezza dei mercati finanziari ed il controllo sui soggetti che a vario titolo vi operano<sup>252</sup>. Entrambe le iniziative insistono dunque, da prospettive differenti, sulla medesima materia, ma poggiano su differenti basi giuridiche: segnatamente l'art. 83, par. 2, e l'art. 114 TFUE. La Commissione ha dunque ritenuto di dare contestualmente avvio all'*iter* legislativo per l'adozione di due strumenti normativi complementari, ispirati alla medesima finalità, ma focalizzati su differenti angolature. Si profila dunque l'embrionale tendenza ad un utilizzo dell'art. 83, par. 2, TFUE quale strumento complementare rispetto ad ulteriori atti proposti dalla Commissione. Questa tendenza, ove confermata da ulteriori esperienze future, potrebbe rappresentare una nuova veste della passata prassi di adottare contestualmente atti del primo e del terzo pilastro sulla medesima materia, allo scopo di affrontare in maniera complementare la sua disciplina senza violare i limiti istituzionali propri del metodo intergovernativo. Nell'attuale contesto normativo, questa scelta, seb-

<sup>249</sup> Cfr. la comunicazione della Commissione COM(2011) 654 def., del 20 ottobre 2011 recante una proposta di direttiva sulle sanzioni penali in caso di abuso di informazioni privilegiate e di manipolazione del mercato. La proposta mirava a riformare la disciplina della direttiva 2003/6/CE sulla repressione degli abusi di mercato, attraverso l'introduzione di sanzioni penali per alcune specifiche condotte che minano la fiducia degli investitori e la stabilità dei mercati finanziari. Per approfondimenti v. P. HARDUIN, *The aftermath of the financial crises. Poor compliance and new risks for the integrity of the financial sector*, in *Journal of Financial Crime*, 2011, p. 148.

<sup>250</sup> V. la direttiva 2014/57/UE, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 aprile 2014, relativa alle sanzioni penali in caso di abusi di mercato (direttiva abusi di mercato), in GU L 173, del 12 giugno 2014, p. 179.

<sup>251</sup> Peraltro, il primo atto nel quale la Comunità ha sollecitato gli Stati a introdurre forme di tutela di interessi sopranazionali è proprio la direttiva 89/592/CE, del Consiglio, del 13 novembre 1989, sul coordinamento delle normative concernenti le operazioni effettuate da persone in possesso di informazioni privilegiate (*insider trading*), in GU L 334, del 18 novembre 1989, p. 30.

<sup>252</sup> Cfr. la comunicazione della Commissione COM(2011) 651 def., del 20 ottobre 2011, proposta di regolamento sull'abuso di informazioni privilegiate e la manipolazione del mercato, ed il conseguente regolamento UE 596/2014, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 aprile 2014, in GU L 173, del 12 giugno 2014, p. 1. La proposta è incentrata sulla sicurezza dei mercati dei prodotti finanziari derivati e deve essere letta in uno con la proposta di riforma della direttiva 2004/39/CE sul mercato degli strumenti finanziari – direttiva MiFID – di cui alla comunicazione COM(2009) 332 def., del 3 luglio 2009.



bene a tratti farraginosa rispetto ad una regolamentazione unitaria, potrebbe risultare funzionale al rispetto rigoroso dei confini delle basi giuridiche previste dal Trattato sul Funzionamento.

In particolare, l'ambito operativo della direttiva in questione è circoscritto ad alcune fattispecie espressamente descritte, così come alle ipotesi di delitto tentato ed alla condotta di istigazione a porre in essere comportamenti lesivi degli interessi tutelati<sup>253</sup>. Il testo in origine formulato dalla Commissione e fatto proprio da Parlamento europeo e Consiglio, inoltre, suggerisce limitate indicazioni circa la tipologia e la quantificazione delle sanzioni, purché si tratti di misure di natura penale: per alcune fattispecie viene indicato il limite editale minimo, mentre in linea generale viene riportata la tradizionale formula a mente della quale gli Stati sono chiamati a predisporre sanzioni efficaci, proporzionate e dissuasive per garantire il compiuto raggiungimento degli scopi prefissati<sup>254</sup>.

#### 8.5. (segue) *L'indispensabilità dell'intervento normativo penale*

L'art. 83, par. 2, TFUE subordina inoltre l'adozione di norme penali ad un previo giudizio di indispensabilità di tali misure per la piena efficacia dell'azione UE nei settori considerati. Interpretato letteralmente, questo criterio impone al legislatore europeo stringenti confini operativi, in quanto la clausola in esame appare invocabile solo laddove la definizione di una fattispecie di reato o la previsione di sanzioni si riveli imprescindibile per il conseguimento degli obiettivi posti dal Trattato.

All'atto pratico, l'analisi testuale sconta l'esigenza di individuare i criteri valutativi ai quali la Commissione deve orientare l'esercizio del potere di iniziativa normativa. Nella richiamata comunicazione sull'approccio della Commissione alle implicazioni della competenza penale dell'Unione, il concetto di indispensabilità viene letto quale espressione delle nozioni di necessità e proporzionalità. La Commissione, tuttavia, si arresta al dato definitorio e si limita a prefigurare l'adozione di norme penali quale *ultima ratio*, ove dunque, anche in forza di un attento studio degli ordinamenti nazionali e della loro idoneità al perseguimento degli obiettivi dell'Unione<sup>255</sup>, differenti soluzioni non

<sup>253</sup> Cfr. gli artt. 3, 4 e 5 della proposta di direttiva.

<sup>254</sup> Cfr. l'art. 7 della direttiva; l'art. 8 enumera altresì le sanzioni che è possibile comminare alle persone giuridiche, nel rispetto delle norme nazionali in materia di attribuzione della responsabilità penale agli enti.

<sup>255</sup> Un primo esempio di questa valutazione empirica si riscontra nella menzionata comunicazione sulla tutela degli interessi finanziari dell'Unione, nella quale la Commissione esordisce con una puntuale panoramica sulle norme in vigore negli ordinamenti nazionali, la cui elevata eterogeneità viene considerata un fattore che mina la capacità repressiva e deterrente degli atti adottati dall'UE.

risultino sufficienti<sup>256</sup>. La comunicazione, inoltre, riconduce il concetto di proporzionalità non solo al principio generale sancito dall'art. 5, par. 4, TUE, ma anche alla sua specifica declinazione di cui all'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in forza del quale «le pene inflitte non devono essere sproporzionate al reato»<sup>257</sup>.

Nell'assenza di ulteriori indicazioni da parte della Commissione, appare opportuno un breve richiamo alle linee direttrici della giurisprudenza della Corte di giustizia in tema di principio di proporzionalità, che ben si attagliano al parametro della indispensabilità in esame. Nelle pronunce del Collegio di Lussemburgo, in effetti, il principio acquista una dimensione complessa, che comporta un giudizio articolato su tre livelli: l'adeguatezza delle misure poste in essere rispetto all'obiettivo prefissato; la loro necessità in rapporto ad eventuali alternative di analoga o sufficiente efficacia e praticabilità; la valutazione sulla loro effettiva proporzionalità, in relazione alle loro conseguenze sui soggetti coinvolti<sup>258</sup>.

Questo scrutinio giurisdizionale si atteggia diversamente, a seconda del maggiore o minore margine di discrezionalità del quale gode il legislatore europeo. L'analisi sul punto non ha il conforto di precedenti specifici della Corte circa la portata dell'art. 83, par. 2, TFUE, ma può essere utile per selezionare, attraverso il tentativo di estrapolare la *ratio decidendi* sottesa dell'approccio giurisprudenziale al principio, i criteri ai quali improntare il ricorso alle norme penali.

Tradizionalmente, infatti, la Corte allarga le maglie della rete del proprio sindacato sulla proporzionalità laddove in favore delle istituzioni sovranazionali sia accordato un significativo spazio decisionale, in ragione dell'ampiezza della materia interessata e della portata generale degli scopi perseguiti<sup>259</sup>. Costituiscono espressione elettiva di questo filone la casistica sulla politica sociale e le sentenze nelle quali la Corte interviene su scelte di politica economica ad ampio spettro, come nell'ambito della PAC<sup>260</sup>. In tali situazioni, la Corte

<sup>256</sup> Cfr. la comunicazione della Commissione COM(2011) 573 def., del 20 settembre 2011, verso una politica penale dell'Unione europea: garantire l'efficace attuazione delle politiche dell'Unione attraverso il diritto penale, p. 3.

<sup>257</sup> Sul punto v. più diffusamente il Capitolo V, par. 2.3. La Commissione profila la possibilità di limitarsi a indicare la tipologia di sanzione, accordando agli Stati la decisione sulla quantificazione. Per approfondimenti sulla prassi normativa dell'UE sulla definizione di norme minime sulle sanzioni penali v. T. ELHOLM, *Does EU criminal cooperation necessarily mean increased repression?*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2009, p. 191.

<sup>258</sup> Al riguardo v. P. CRAIG, *EU administrative law*, Oxford, 2006, p. 656; T. TRIDIMAS, *General principles of EU law*, 2006, p. 139. V. la sentenza della Corte di giustizia 13 dicembre 1979, causa 44/79, *Hauer*, in *Racc.* p. 3727; più di recente v. la sentenza 9 marzo 2010, cause riunite C-379 e 380/08, *ERG Spa*, in *Racc.* p. I-2007.

<sup>259</sup> Cfr. la sentenza della Corte di giustizia del 16 dicembre 2008, causa C-127/07, *Société Arcelor Atlantique*, in *Racc.* p. I-9895, punto 57 e ulteriore giurisprudenza ivi citata.

<sup>260</sup> Cfr., a titolo esemplificativo, le sentenze della Corte di giustizia 12 luglio 1996, causa

orienta il proprio convincimento ad un sensibile *self-restraint*, per la necessaria deferenza istituzionale e cautela nel valutare l'esercizio della potestà decisionale della quale il legislatore europeo è investito dai Trattati<sup>261</sup>. Pertanto, essa circoscrive il proprio sindacato alla manifesta sproporzione o evidente inadeguatezza delle misure adottate, di talché l'eventuale lesione degli interessi di alcuni soggetti non è di per sé sufficiente a motivare la censura dell'operato delle istituzioni europee, se esso appare frutto di scelte coerenti con gli obiettivi perseguiti.

Viceversa, ove il margine decisionale in capo al legislatore sovranazionale sia più circoscritto, anche in ragione delle caratteristiche della materia interessata, la giurisprudenza evidenzia uno scrutinio alquanto puntuale, che si potrebbe definire di "stretta proporzionalità" e che comporta una maggiore cautela nella valutazione degli interessi individuali o collettivi sui quali l'atto europeo incide. Ciò vale, a titolo esemplificativo, nell'ipotesi di sindacato sull'adeguatezza di misure sanzionatorie amministrative previste dall'ordinamento dell'Unione europea<sup>262</sup>. In simili situazioni, l'approccio della Corte appare assai più rigoroso, in quanto si esplica in un dettagliato raffronto tra le conseguenze della sanzione sui soggetti coinvolti, la disposizione violata e gli interessi dell'Unione ad essa sottesi<sup>263</sup>.

In linea astratta, la nozione di indispensabilità di cui all'art. 83, par. 2, TFUE sembra potersi attingere ad entrambe le declinazioni del criterio di proporzionalità. Da un lato, il Trattato consente l'adozione di sole norme minime comuni, dunque espressione di ampio potere discrezionale del legislatore UE e idonee a riservare, almeno in linea di principio, significativi margini di intervento in favore degli Stati<sup>264</sup>. Dall'altro lato, il ricorso alla clausola di

C-84/94, *Regno Unito c. Consiglio*, in *Racc.* p. I-5755; 7 settembre 2006, causa C-310/04, *Spagna c. Commissione*, in *Racc.* p. I-7285; 12 maggio 2011, causa C-176/09, *Lussemburgo c. Parlamento e Consiglio*, in *Racc.* p. I-3727; 12 luglio 2012, causa C-59/11, *Association Kokopelli*, non ancora pubblicata.

<sup>261</sup> P. CRAIG, *EU administrative law*, cit., p. 658.

<sup>262</sup> Nel percorso valutativo della Corte, il legame fra sanzione e norma infranta è funzionale alla pesatura della reale portata afflittiva, deterrente e preventiva della misura, rispetto al complesso normativo di riferimento. Cfr. le sentenze della Corte di giustizia 6 luglio 2000, causa C-356/97, *Molkereigenossenschaft Wiedergeltingen*, in *Racc.* p. I-5461, e 1° aprile 2004, causa C-1/02, *Borgmann*, in *Racc.* p. I-3219.

<sup>263</sup> Talora, la Corte sottopone a vaglio anche atti che esprimano rilevanti scelte politiche, ma incidano in maniera alquanto pervasiva sulla sfera dei soggetti coinvolti. Cfr. le sentenze della Corte di giustizia 5 luglio 1977, causa 114/76, *Behla Muble*, in *Racc.* 1211, e 11 giugno 1998 causa C-361/96, *Société générale des grandes sources d'eaux minérales françaises*, in *Racc.* p. I-3495. Per approfondimenti v. G. DE BURCA, *The principle of proportionality and its application in EC law*, in *Yearbook of European Law*, 1993, p. 105.

<sup>264</sup> Come evidenziano le prime esperienze applicative, le istituzioni europee si limitano a fissare i cardini delle fattispecie di reato, selezionando le condotte più gravi e indicando solo la tipologia di misura sanzionatoria.

estensione della potestà normativa nel settore penale presuppone una valutazione *ad hoc* sull'esigenza di rafforzare la *compliance* alla normativa europea, assicurandone l'effetto utile, anche sulla scorta di una puntuale valutazione dello stato della sua attuazione negli ordinamenti nazionali. Non si tratta dunque di una scelta politica fra molte, parimenti legittime e suscettibili di tenere in maggiore considerazione determinati interessi, bensì dell'esito di una specifica valutazione sulla reale indispensabilità del ricorso al diritto penale, peraltro capace di incidere fortemente sui diritti fondamentali degli individui. Questa dimensione necessariamente empirica del parametro dell'indispensabilità pare dunque sollecitare una sua accorta ponderazione da parte della Commissione, del Consiglio e del Parlamento, ispirata al canone della stretta proporzionalità, alla luce della specifica materia interessata e del contesto normativo nazionale, europeo ed internazionale.

#### *8.6. I possibili settori di applicazione dell'art. 83, par. 2, TFUE*

La menzionata comunicazione della Commissione COM(2011) 573 sulla politica penale dell'Unione europea può rappresentare il punto di partenza per una riflessione sulle possibili prospettive in ordine all'applicazione dell'art. 83, par. 2, TFUE.

La premessa sulla quale la Commissione europea fonda il proprio approccio è la percezione della notevole gravità dei fenomeni criminali transfrontalieri, diffusamente manifestata dai cittadini degli Stati membri. Il documento cita infatti i risultati di un sondaggio condotto da Eurobarometro circa i settori sui quali la popolazione europea ritiene necessario ed auspicabile un intervento delle istituzioni dell'Unione: il contrasto alla criminalità si attesta al quarto posto, anticipato solo da settori di estrema attualità e sensibilità, segnatamente la politica economica e monetaria, l'immigrazione e le problematiche connesse alla salute ed ai servizi sanitari<sup>265</sup>. Il dato statistico viene colto dalla Commissione quale ulteriore sollecitazione ad evidenziare il «valore aggiunto» della previsione di norme penali in sede europea: un efficace deterrente agli «eurocrimini» idoneo a rafforzare la fiducia reciproca fra le autorità giudiziarie e di polizia nazionali ed a consentire il conseguimento degli obiettivi delle politiche previste nei Trattati.

In tale contesto, la Commissione seleziona alcuni fra i settori già oggetto di disciplina di armonizzazione, in relazione ai quali si potrà profilare l'adozione di norme penali ai sensi dell'art. 83, par. 2, TFUE. Si tratta di ambiti in cui l'istituzione rileva forte l'esigenza di contrastare pratiche delittuose capaci di conseguire ingenti profitti illeciti e di minare alla base l'attività delle imprese e la sicurezza dei consumatori e risparmiatori: la moneta unica, la disciplina dei mercati finanziari, le frodi ai danni degli interessi finanziari UE. A titolo

<sup>265</sup> Cfr. Eurobarometro 75, maggio 2011, in <http://ec.europa.eu> (8 novembre 2014).

esemplificativo, inoltre, la Commissione menziona altresì settori quali il trasporto su strada, la tutela dei dati personali, la normativa doganale, la politica ambientale e della pesca, il mercato interno, avuto particolare riguardo per l'attività di contraffazione.

Sotto questo profilo, il documento della Commissione è stato accolto con diffuso scetticismo, proprio in relazione alla vastità e numerosità dei settori nei quali l'istituzione ha prospettato un possibile intervento penale dell'Unione. La comunicazione enumera infatti una serie significativa di politiche europee, peraltro in termini talmente generali da coinvolgere, di fatto, la maggior parte delle attribuzioni del legislatore sovranazionale. Inoltre, le indicazioni fornite dall'istituzione di Bruxelles paiono mal combinarsi con l'attuale panorama delle competenze penali dell'UE e con l'intreccio delle rilevanti basi giuridiche. Alcuni dei settori menzionati, invero, ricadono nell'alveo operativo di differenti norme del Trattato. Basti pensare al riferimento alla tutela della moneta unica, che la prassi passata e recente vuole incardinata nel disposto dell'art. 83, par. 1, TFUE<sup>266</sup>; lo stesso si dica per il richiamo agli interessi finanziari dell'Unione, tema che pare ad oggi ricondurre in via elettiva all'art. 325 FUE.

Tra i possibili sviluppi connessi alla base giuridica in esame, la prassi della Commissione e delle istituzioni europee evidenzia la possibilità di future iniziative UE in alcuni settori.

Anzitutto, nel 2003 e poi nel 2006, la Commissione europea ha elaborato due proposte di direttiva, destinate a fissare misure e procedure per il rispetto dei diritti di proprietà intellettuale<sup>267</sup>. La prima comunicazione, frutto di un lungo percorso di consultazioni e confronti istituzionali, poggiava su una approfondita valutazione dello stato dell'arte nel settore della proprietà intellettuale, dalla quale promanava la consapevolezza di alcune rilevanti e non procrastinabili esigenze di tutela, agevolmente riconducibili alle priorità che la Commissione ha selezionato nella comunicazione del 2011 sul futuro della politica penale dell'Unione europea.

Da un lato, infatti, la proposta trovava giustificazione in un *genus* di obiet-

<sup>266</sup> Sul punto v. la recente direttiva 2014/62/UE, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, relativa alla tutela mediante il diritto penale dell'euro e di altre monete contro la falsificazione e che sostituisce la decisione quadro 2000/383/GAI del Consiglio, in GU L 151, del 21 maggio 2014, p. 1. La direttiva è per l'appunto fondata sull'art. 83, par. 1, TFUE, in quanto la falsificazione del denaro ricade nella nozione di contraffazione dei mezzi di pagamento, annoverata fra gli esempi di attività criminose gravi ed a carattere transfrontaliero sulle quali l'UE può intervenire.

<sup>267</sup> Cfr. le comunicazioni della Commissione COM(2003) 46 def., del 30 gennaio 2003, proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alle misure e procedure per assicurare la tutela dei diritti di proprietà intellettuale, e COM(2006) 168 def., del 26 aprile 2006, proposta modificata di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alle misure penali finalizzate ad assicurare il rispetto dei diritti di proprietà intellettuale.

tivi riconducibili alla realizzazione del mercato interno: assicurare il rispetto del diritto sostanziale della proprietà intellettuale; garantire la libera circolazione e la più ampia concorrenza nei settori coinvolti; fare fronte comune rispetto alla gestione del fenomeno della contraffazione alle frontiere esterne dell'Unione. Dall'altro lato, l'iniziativa intrapresa era altresì imperniata su finalità di carattere *lato sensu* sociali, ovvero sia la tutela dei consumatori e dei livelli occupazionali, lo sviluppo della cultura e della ricerca, la volontà di scongiurare perdite di gettito fiscale, il mantenimento dell'ordine pubblico.

Un altro elemento valorizzato dalla Commissione – anche in questo caso in piena assonanza con i recenti esempi di esercizio del potere di iniziativa sulla base dell'art. 83, par. 2, TFUE – era la notevole disparità fra gli Stati membri circa i rimedi e le sanzioni previsti per fronteggiare eventuali lesioni di diritti di proprietà intellettuale. In effetti, in forza dell'accordo TRIPs, ogni ordinamento nazionale prevede misure di carattere pecuniario o privative della libertà personale, ma non sussiste alcun criterio comune quanto alla tipologia di sanzione, alla quantificazione ed al metodo per computarne l'ammontare<sup>268</sup>.

Nell'opinione della Commissione, pertanto, «l'applicazione effettiva di pene davvero dissuasive in tutti gli Stati membri [avrebbe contribuito] positivamente alla lotta contro la pirateria e la contraffazione». Ne conseguiva l'opportunità di armonizzare le normative degli Stati membri, nell'espressa consapevolezza, però, di non poter imporre *ex abrupto* disposizioni direttamente applicabili, in ragione della necessità di rispettare le peculiarità degli ordinamenti interni e le rispettive tradizioni giuridiche, soprattutto in un contesto complesso come il settore dei rimedi a tutela della proprietà intellettuale.

La disciplina penale era prevista all'art. 20, il cui ambito di operatività era limitato alle sole violazioni di grave portata. D'altra parte, il paragrafo 1 – con una scelta redazionale fortemente criticata – forniva una definizione di gravità alquanto labile ed astrattamente idonea ad investire la maggior parte delle condotte lesive dei diritti di proprietà industriale: si considerava tale, infatti, qualsiasi comportamento deliberato ed ispirato a finalità commerciali. Nella successiva comunicazione del 2006, in larga parte formulata sull'esempio della precedente, il richiamo allo sfruttamento economico dei prodotti contraffatti è stato chiarito con il ricorso all'espressione “su scala commerciale”, idonea a selezionare le sole condotte poste in essere su base stabile, continuativa ed organizzata.

Quanto all'apparato sanzionatorio, la prima comunicazione sollecitava la

<sup>268</sup> La Commissione rileva come, in relazione alle sanzioni penali, esistano notevoli differenze non solo nel livello delle pene previste dalle legislazioni nazionali ma anche nel metodo e nei criteri di computazione, a detrimento dell'efficacia complessiva dell'azione degli Stati membri. Cfr. p. 17 della comunicazione.

predisposizione di pene privative della libertà personale, unitamente a sanzioni pecuniarie ed alla confisca degli strumenti e prodotti del reato o di beni per un valore ad essi equivalente. Inoltre, gli Stati conservavano potestà discrezionale in ordine all'introduzione di ulteriori misure di carattere afflittivo e volte ad incrementare la capacità dissuasiva della risposta dell'ordinamento alla condotta di reato, anche nei confronti delle persone giuridiche: la distruzione dei beni oggetto materiale della condotta; il divieto di esercitare attività commerciale; l'inibizione a beneficiare di sovvenzioni e finanziamenti pubblici; l'amministrazione controllata; la liquidazione coatta; la chiusura del sito di elaborazione dei prodotti contraffatti; la pubblicazione della sentenza di condanna.

Anche questa previsione è stata riproposta nell'iniziativa normativa promossa dalla Commissione nel 2006, con alcune integrazioni particolarmente incisive. La Commissione, infatti, all'art. 5, si è spinta sino a fissare il limite edittale massimo della pena detentiva e delle sanzioni pecuniarie che avrebbero dovuto essere recepite negli ordinamenti degli Stati membri, chiamati, ad esempio, a predisporre misure volte ad assicurare che la pena restrittiva della libertà personale raggiungesse nel massimo l'ammontare di 4 anni.

Come è possibile intuire dal tenore stesso delle proposte formulate dalla Commissione, l'*iter* decisionale ha incontrato criticità non superabili dinnanzi al Consiglio e le iniziative non hanno avuto concreto seguito. Nondimeno, il loro fallimento 'istituzionale' non neutralizza l'importanza degli spunti che possono offrire circa il metodo seguito dalla Commissione e le argomentazioni proposte a sostegno dell'estensione della potestà legislativa penale dell'Unione.

Nell'attuale fase del processo di integrazione, infatti, si registra una rinnovata sensibilità rispetto al tema della protezione della proprietà industriale, considerato strategico per lo sviluppo economico del continente, in una difficile congiuntura della finanza e dell'economia reale. Questa priorità si riscontra nell'impulso programmatico dettato dalla strategia Europa 2020 per la crescita sostenibile dell'Unione<sup>269</sup>. Questa strategia fissa infatti le priorità per lo sviluppo economico e sociale dell'Unione e individua nella protezione dei diritti di proprietà industriale uno dei fattori essenziali per la realizzazione degli obiettivi europei del periodo 2014-2020, con riflessi positivi in campi ulteriori, quali l'occupazione o la tutela dell'ambiente.

In questo contesto, nell'espressa consapevolezza della diffusione del fenomeno della contraffazione, la Commissione ha dato avvio ad un programma di proposte normative, inaugurato con un'iniziativa per l'adozione di un regolamento sulla tutela doganale dei diritti di proprietà industriale, per il quale

<sup>269</sup> Cfr. la comunicazione della Commissione COM(2010) 2020 def., del 3 marzo 2010, strategia per la crescita economica dell'Unione nel decennio 2010-2020.

l'iter normativo è giunto a compimento alla fine del 2013<sup>270</sup>. Il regolamento, fondato sull'art. 207 TFUE, in materia di politica commerciale comune, non annovera norme di carattere penale e all'art. 30, invita gli Stati a prevedere opportune disposizioni sanzionatorie – dotate degli oramai usuali caratteri di effettività, proporzionalità e dissuasività – in risposta alle violazioni doganali disciplinate dall'atto europeo. Tuttavia, per espressa indicazione della Commissione in sede di proposta, queste norme costituiscono il primo tassello di un più ampio e rinnovato quadro di atti di diritto derivato, nel quale potrà trovare spazio, anche in riferimento a singoli profili della materia, l'introduzione di norme penali comuni.

Con riferimento a questa materia, desta in particolare attenzione il tema della sicurezza alimentare, espressamente annoverato nelle comunicazioni della Commissione sub specie della tutela dei segni geografici protetti o denominazioni d'origine. Si tratta invero di un ambito a forte valenza interdisciplinare, che investe eterogenei interessi di primario rilievo e sul quale si innestano molteplici settori normativi, ad esempio rispetto all'etichettatura o alla tutela dei beni di qualità, eventualmente fregiati di segni geografici di tipicità e di titoli di proprietà intellettuale atti a tutelare prodotti alimentari d'eccellenza, espressione di uno specifico territorio<sup>271</sup>. Esso infatti sintetizza la duplice priorità di tutela segnalata dalla Commissione: la salvaguardia degli individui – in quanto tali ed in quanto consumatori – e la protezione di rilevanti interessi socio-economici<sup>272</sup>. Sussistono inoltre alcuni elementi indicatori a sostegno della tesi, qui proposta, di un auspicabile intervento in materia da parte del legislatore europeo, quali la portata del fenomeno e la difficoltà di contrastarlo con i soli strumenti del diritto della proprietà intellettuale; il significativo sviluppo che tali indicazioni geografiche hanno conosciuto nella prassi; i

<sup>270</sup> Cfr. la comunicazione della Commissione COM(2011) 285 def., del 24 maggio 2011. La proposta ha dato origine al regolamento UE 608/2013, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 giugno 2013, relativo alla tutela dei diritti di proprietà intellettuale da parte delle autorità doganali, in GU L 181, del 29 giugno 2013, p. 15.

<sup>271</sup> Per una panoramica esaustiva ed aggiornata v. C. MACMAOLAIN, *EU food law. Protecting consumers and health in a common market*, Oxford, 2007; L. COSTATO, F. ALBISSINI (a cura di), *European food law*, Padova, 2012.

<sup>272</sup> Nella relazione a supporto della proposta di regolamento sui regimi di qualità dei prodotti agricoli, la Commissione evidenzia come la provenienza certificata di prodotti alimentari garantisca maggiore remuneratività rispetto ai profitti derivanti dalla vendita di prodotti generici. Si calcola che il mercato dei beni con riconoscimento d'origine ammonti ad almeno 21 miliardi di euro, con una quota di *export* superiore al 18%. Cfr. la comunicazione della Commissione COM(2010) 733 def., del 10 dicembre 2010, proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sui regimi di qualità degli alimenti, Per approfondimenti v. M.P. RAGIONIERI, B. GRUNER, F. ZOLLA, *La proposta legislativa sulla politica europea di qualità: il cd. "Pacchetto qualità"*, in L. COSTATO, P. BORGHI, L. RUSSO, S. MANSERVISI (a cura di), *Dalla riforma del 2003 alla PAC dopo Lisbona: i riflessi sul diritto agrario, alimentare e ambientale*, Napoli, 2011, p. 323.



considerevoli riflessi economici, in ragione del valore aggiunto espresso dai segni geografici; la presenza di una articolata rete di norme sovranazionali sulla materia, a testimonianza della rilevanza degli istituti in esame<sup>273</sup>.

Sebbene con notevole ritardo rispetto agli approdi del diritto internazionale, anche in sede europea si è assistito all'elaborazione di un quadro normativo alquanto articolato, oggetto negli ultimi anni di significativi interventi riformatori. Sotto questo profilo, viene principalmente in rilievo il regolamento 510/06<sup>274</sup>, relativo alla protezione delle indicazioni geografiche e delle denominazioni d'origine dei prodotti agricoli ed alimentari. Questo atto è stato pe-

<sup>273</sup> Per una panoramica sulle implicazioni economiche delle indicazioni geografiche degli alimenti e della diffusione del fenomeno della contraffazione v. Corte dei Conti dell'UE, *Do the design and management of the geographical indications scheme allow it to be effective?*, 2011, in <http://eca.europa.eu>, p. 13 (13 febbraio 2014). La Corte dei Conti evidenzia come la possibilità di fregiarsi di una denominazione d'origine o indicazione di provenienza determini la possibilità di vendere prodotti agroalimentari a prezzi superiori dal 5 al 300% rispetto alla media. La disciplina in tema di segni geografici, incentrata in via elettiva sui profili connessi al diritto della proprietà intellettuale, ha conosciuto una significativa evoluzione a livello internazionale, che occorre sinteticamente richiamare. Essa affonda invero le proprie radici nella Convenzione di Unione di Parigi, del 20 marzo 1883, che per la prima volta ha annoverato le "indications of source" e le "appellations of origin" fra i titoli meritevoli di protezione, pur senza prevederne una specifica definizione. La definizione esaustiva del fenomeno risale al 1958, anno di approvazione dell'Accordo di Lisbona che per la prima volta ha consentito di ricollegare chiaramente il valore aggiunto del prodotto alle caratteristiche del territorio e dell'ambiente di riferimento, indicando una strada successivamente seguita in maniera costante a livello definitorio. Esso infatti ha qualificato tali segni come toponimi di un paese, di una regione o di una località, utilizzati per individuare un prodotto che ne è originario e le cui peculiarità sono dovute esclusivamente o essenzialmente a tale ambiente geografico, comprendente i fattori naturali o umani che lo compongono. Da ultimo, la materia è stata disciplinata dall'Accordo TRIPS, il cui art. 22, par. 1, prevede il riconoscimento di un'indicazione d'origine ove una determinata qualità, reputazione o altra caratteristica del prodotto sia attribuibile essenzialmente all'origine geografica. Per tutti i prodotti fregiati di tali segni, l'art. 22 prevede tuttavia esclusivamente una protezione "in negativo": gli Stati devono approntare i rimedi volti ad evitare che un'indicazione sia utilizzata in maniera scorretta da produttori non localizzati nella regione di riferimento, compiendo atti di concorrenza sleale od orientando in maniera fraudolenta la percezione dei consumatori circa la provenienza geografica. L'art. 23 prevede una disciplina specifica per i vini e le altre bevande alcoliche, che godono di una tutela rafforzata. Per approfondimenti, A. LUPONE, *Il dibattito sulle indicazioni geografiche nel sistema multilaterale degli scambi: dal Doha Round dell'Organizzazione Mondiale del Commercio alla protezione TRIPS plus*, in E. MUNIZ ESPADA, B. UBERTAZZI (a cura di), *Indicazioni di qualità degli alimenti: diritto internazionale ed europeo*, Milano, 2009, p. 36. Per approfondimenti sulle fonti in materia cfr. V. RUBINO, *Le denominazioni d'origine dei prodotti alimentari*, Alessandria, 2007, p. 24; G. MACCIONI, *La sicurezza alimentare nel sistema di tutela multilivello*, Pisa, 2010, p. 142.

<sup>274</sup> Cfr. il regolamento CE 510/2006, del Consiglio, del 20 marzo 2006, relativo alla protezione delle indicazioni geografiche e delle denominazioni d'origine dei prodotti agricoli ed alimentari, in GU L 93, del 31 marzo 2006, p. 12.

raltro recentemente abrogato dal regolamento 1151/12<sup>275</sup>, che, conservando inalterato l'impianto della tutela dei segni distintivi, ha ammodernato e razionalizzato la procedura per la loro registrazione, disponendo altresì una tutela *ad hoc* per i prodotti tipici della montagna. La disciplina del 2006 delineava nel suo complesso la materia, secondo le medesime linee direttrici di cui alla citata novella del 2012, a partire dall'aspetto tassonomico, sino a tracciare le procedure e gli adempimenti necessari a garantire tutela ai segni geografici nell'UE<sup>276</sup>.

A livello definitorio, l'art. 2, par. 1, precisava la portata delle nozioni di indicazione geografica e denominazione d'origine, modulandone il significato in base all'intensità del legame che il prodotto disvela con il territorio di riferimento<sup>277</sup>. Nel caso delle denominazioni d'origine, infatti, le caratteristiche o le qualità del prodotto devono essere essenzialmente o esclusivamente dovute alle peculiarità di un ambiente geografico: ciò comporta che tutte le fasi della lavorazione debbano svolgersi e giungere a compimento all'interno di quel determinato territorio. Per quanto riguarda le indicazioni geografiche, invece, esse presentano caratteristiche o peculiarità riconducibili – ma non in maniera decisiva – all'ambiente di provenienza; ne consegue che un prodotto possa fregiarsi di tale segno anche ove una sola delle fasi di produzione, trasformazione o elaborazione avvenga in quel dato contesto ambientale<sup>278</sup>. L'estensione della tutela accordata ai segni oggetto di registrazione copre tutt'oggi un'ampia serie di situazioni che integrano un indebito o ingannevole sfruttamento economico, come l'uso commerciale diretto o indiretto per prodotti rispetto ai quali il segno non è registrato e che possano sfruttarne la reputazione sul mercato; l'usurpazione, imitazione o evocazione, anche se l'origine reale del prodotto è indicata o vi è l'aggiunta di espressioni come “alla maniera”, “metodo”, “tipo”, “imitazione”; ogni falsa o ingannevole indicazione sull'origine e sulle caratteristiche essenziali riportata sulla confezione, nell'imballaggio o in messaggi pubblicitari<sup>279</sup>.

<sup>275</sup> Cfr. il regolamento UE 1151/12, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 novembre 2012, sui regimi di qualità dei prodotti agricoli ed alimentari, in GU L 343, del 14 dicembre 2012, p. 1.

<sup>276</sup> A norma dell'art. 1, par. 2, il regolamento trovava applicazione rispetto a tutti i prodotti agroalimentari, con la rilevante eccezione di quelli vitivinicoli, ai quali anche nel vigente contesto normativo è riservato un regime *ad hoc*.

<sup>277</sup> Cfr. G. COSCIA, *I rapporti fra sistemi internazionali e comunitari sulla protezione delle indicazioni geografiche di qualità*, in E. MUNIZ ESPADA, B. UBERTAZZI, *Indicazioni di qualità degli alimenti*, cit., p. 43.

<sup>278</sup> Entrambe le definizioni di denominazione d'origine (D.O.P.) e indicazione geografica (I.G.P.) sono rimaste sostanzialmente invariate nei vari passaggi di riforma della disciplina in materia.

<sup>279</sup> Una disciplina in larga parte analoga è prevista per le denominazioni d'origine, indicazioni geografiche e menzioni tradizionali del settore vitivinicolo, dal regolamento (CE) 1234/07 sull'organizzazione comune dei mercati agricoli, così come riformato dal regolamento

La disciplina in esame ha dunque eretto un sistema complessivo di protezione dei segni geografici, che ha tuttavia posto all'attenzione dell'interprete alcuni nodi ad oggi in parte insoluti sull'estensione e sull'incisività della tutela accordata, anche in relazione al ruolo giocato dagli Stati membri.

Anzitutto, il regolamento del 2006 ha generato un notevole dibattito in ordine alla sussistenza di una residua possibilità per gli Stati membri di riconoscere forme di protezione a indicazioni geografiche cd. semplici. Esse infatti, a stretto rigore, non rientrano nel campo di applicazione della normativa europea, poiché mancano di un legame qualitativo decisivo con un territorio di riferimento, pur qualificandosi per una peculiare reputazione o per particolari pregi. Sul punto, la Corte di giustizia è intervenuta confermando, con orientamento costante, che i segni geografici di tal fatta sono suscettibili di protezione in sede nazionale<sup>280</sup>; laddove invece si tratti di un nome geografico non ancora registrato di un prodotto che tragga le proprie qualità da un peculiare legame con il territorio di provenienza, la portata esaustiva della disciplina sui toponimi europei esclude recisamente che la tutela possa essere accordata in via autonoma dalle autorità nazionali, poiché la compiuta e coerente applicazione del diritto UE ne risulterebbe gravemente inficiata. Il sistema di tutela dei segni geografici deve dunque trovare attuazione in relazione a tutti i toponimi che integrino i presupposti per conseguire la tutela europea. Gli Stati, specularmente, non possono introdurre *ex novo* o mantenere in vigore sistemi di riconoscimento delle qualità "territoriali" di determinati beni che confliggano con le D.O.P. e I.G.P.

L'orientamento giurisprudenziale ora considerato deve essere rapportato in via sistematica ad un secondo filone, attinente all'incisività della protezione

(CE) 491/09. Cfr. il regolamento CE 1234/07, del Consiglio, del 22 ottobre 2007, recante organizzazione comune dei mercati agricoli e disposizioni specifiche per taluni prodotti agricoli (regolamento unico OCM), in GU L 299, del 16 novembre 2007, p. 1.

<sup>280</sup> Già prima dell'adozione del regolamento 2081/92, la Corte aveva ritenuto compatibili con la libera circolazione delle merci eventuali normative nazionali volte alla tutela delle indicazioni geografiche semplici. Cfr. la sentenza della Corte di giustizia del 10 novembre 1991, causa C-3/91, *Exportur*, in *Racc.* p. I-529. L'orientamento è stato successivamente confermato ed esteso alla possibilità di coesistenza di distinti livelli di tutela, purché l'operatività del solo disposto comunitario fosse assicurata in presenza di prodotti connessi ad una specificità territoriale. V., fra le altre, le sentenze della Corte di giustizia 7 novembre 2000, causa C-312/98 *Warsteiner*, in *Racc.* p. I-9187; 18 novembre 2003, causa C-216/01, *BUD I*, in *Racc.* p. I-13617; 8 settembre 2009, causa C-478/07, *BUD II*, in *Racc.* p. I-7721; da ultimo, sentenza del 29 marzo 2011, causa C-96/09 P, *Anheuser Busch Inc.*, in *Racc.* p. I-3555. Per un contributo fortemente critico v. F. CAPELLI, *La Corte di giustizia, in via interpretativa, attribuisce all'Unione europea una competenza esclusiva in materia di riconoscimento delle denominazioni d'origine e delle indicazioni geografiche protette, riferite ai prodotti agroalimentari, mediante la sentenza BUD II motivata in modo affrettato, contraddittorio e per nulla convincente*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2010, p. 401.

accordata ai prodotti agroalimentari dall'Unione. Nel caso *Parmesan*<sup>281</sup>, infatti, con statuizione fortemente criticata in dottrina<sup>282</sup>, la Corte di giustizia ha escluso che l'attuale assetto normativo imponga agli Stati membri l'obbligo di tutelare *ex officio*, sul proprio territorio, le denominazioni registrate. Sebbene la prospettiva in via elettiva considerata dal Collegio attenga alla protezione commerciale dei prodotti agroalimentari, è pur vero che la previsione di sanzioni penali in contrasto a condotte gravemente lesive di diritti di proprietà industriale non può affatto ritenersi avulsa da un quadro di tutela realmente esaustivo ed efficace. Ciò anche alla luce dei molteplici e primari interessi che promanano dal riconoscimento di un titolo di proprietà intellettuale su un prodotto agroalimentare d'eccellenza<sup>283</sup>. Come riconosciuto dalla Corte stessa, inoltre, tali interessi appaiono amplificati – e dunque meritevoli di peculiare ed accentuata protezione – nel momento in cui l'alimento o la bevanda siano valorizzati a livello commerciale<sup>284</sup>.

Se, ai fini dell'applicazione dell'art. 83, par. 2, TFUE la previa adozione di una disciplina di armonizzazione in materia non pone problematiche di sorta, maggiore sforzo d'indagine impone il presupposto della essenzialità dell'adozione di norme penali europee, condotto sulla scorta dell'auspicato giudizio di stretta proporzionalità. Tale operazione non può peraltro esaurirsi in una speculazione dogmatica. Piuttosto, essa deve arricchirsi di notazioni di carattere fattuale, sulle quali spesso, inevitabilmente, si impernia la valutazione sulla proporzionalità e sul concetto di effetto utile dell'azione dell'Unione. D'altra parte, ove così non fosse, proporzionalità ed effetto utile rischierebbero di scontare un'eccessiva vaghezza contenutistica, divenendo una *carte blanche* suscettibile di giustificare l'adozione di norme penali in assenza di reali giustificazioni e sulla base di mere considerazioni teoriche di opportunità<sup>285</sup>.

<sup>281</sup> Cfr. la sentenza della Corte di giustizia 28 febbraio 2008, causa C-132/05, *Commissione c. Germania*, in *Racc.* p. I-957. La Commissione chiedeva alla Corte di dichiarare che la Germania, rifiutando formalmente di contrastare l'impiego nel suo territorio della denominazione *Parmesan* nell'etichettatura di prodotti non corrispondenti al disciplinare della denominazione d'origine protetta Parmigiano Reggiano, favorendo così l'usurpazione da parte di terzi della notorietà di cui gode il prodotto autentico, tutelato a livello comunitario, era venuta meno agli obblighi che le incombevano in forza dell'art. 13, n. 1, lett. b), del regolamento 2081/92.

<sup>282</sup> V., fra gli altri, F. CAPELLI, *La sentenza Parmesan della Corte di giustizia: una decisione sbagliata*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2008, p. 329; F. GENCARELLI, *Il caso Parmesan: la responsabilità degli Stati nella tutela delle DOP e IGP tra interventi legislativi e giurisprudenziali*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2008, p. 825.

<sup>283</sup> Sul punto, inoltre, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, all'art. 17, par. 2, prevede che “la proprietà intellettuale è tutelata”.

<sup>284</sup> Cfr. i punti 111-112 della sentenza *BUD II*, cit.

<sup>285</sup> Sottolinea in particolare questo rischio, con specifico riferimento per la nozione di effetto utile delle politiche europee, E. HERLIN-KARNELL, *EU competence in criminal law*, cit., p. 337.

Da questo punto di vista, il tema di approfondimento prescelto pare fornire alcune utili indicazioni.

In primo luogo, l'attività di contraffazione costituisce un problema radicato ed in costante espansione, in termini quantitativi e di capacità pervasiva dell'azione criminale. È inoltre un fenomeno che interessa sia i singoli Stati membri, che il mercato interno ed i prodotti importati dai Paesi terzi, come si evince dalle menzionate evidenze raccolte all'esito dei controlli doganali sulle merci in ingresso nel territorio dell'UE dalle frontiere esterne. Si tratta dunque di condotte che si connotano per oggettiva gravità ed ampia diffusione, elemento implicitamente richiamato dalla Corte di giustizia nelle sentenze *Reati ambientali* e *Inquinamento marittimo* ed oggi meritevole di valorizzazione nella prospettiva dell'art. 83, par. 2, TFUE.

In secondo luogo, sotto il profilo degli interessi meritevoli di tutela, la contraffazione trascende la dimensione dell'indebito sfruttamento commerciale della reputazione di prodotti agroalimentari. Essa infatti, per la natura multidisciplinare ed 'orizzontale' del diritto alimentare, appare capace di ledere interessi superindividuali alla protezione delle categorie produttive interessate e dei consumatori, così come, non ultimo, il diritto alla salute. La convergenza di molteplici interessi e diritti di primario rilievo evoca le riflessioni proposte dall'Avvocato generale Mazak nelle conclusioni al caso *Reati ambientali*, rispetto all'opportunità di estendere la portata della competenza dell'Unione in materia penale anche a settori differenti dalla tutela ambientale, purché contraddistinti dall'esigenza di proteggere beni giuridici di assoluta centralità.

A questi fattori 'strutturali', in terzo luogo, si affianca l'attuale panorama normativo, che evidenzia, secondo le indicazioni fornite dalla Commissione, una frammentazione estrema, sia dal punto di vista delle fattispecie tipizzate che del tipo e del *quantum* delle pene. A fronte dunque di un assetto normativo completo ed esaustivo comune a tutti gli Stati membri sul versante della protezione commerciale dei segni geografici, si registrano sotto altre prospettive lacune e incoerenze. Anche il richiamo a tale asimmetria legislativa e parcellizzazione nazionale ben potrebbe costituire un solido criterio di valutazione, applicabile altresì ad altre politiche europee.

Da ultimo, fanno eco ai profili già sottolineati alcuni elementi indicatori che, complessivamente considerati, possono concorrere a formulare un giudizio di indispensabilità dell'adozione di norme penali minime comuni da parte dell'Unione europea. Da un lato, l'impulso derivante dalle iniziative volte a promuovere e rafforzare le denominazioni d'origine e le indicazioni di provenienza, attraverso la normativa alimentare, gli ambiziosi obiettivi della Strategia Europa 2020 e la proposta legislativa sul cd. 'pacchetto qualità' delineano i contorni di un interesse ritenuto meritevole di accentuata protezione e valorizzazione in sede europea. Dall'altro lato, non possono non assumere impor-

tanza i menzionati – e criticati – arresti giurisprudenziali della Corte di giustizia sull'incisività della protezione accordata ai segni geografici e sul ruolo degli Stati nell'assicurarla. Essi infatti lasciano campo aperto ad eventuali scelte riduttive da parte delle autorità nazionali in ordine all'efficacia della protezione dei segni geografici da possibili usi decettivi e segnano pertanto un'ulteriore discrepanza in rapporto alla proclamata centralità della materia e ed alla rilevanza degli interessi che essa racchiude.

### **9. La dibattuta esistenza di ulteriori basi giuridiche idonee a giustificare l'adozione di norme di carattere penale**

Sebbene l'art. 83 TFUE garantisca al legislatore europeo un certo spazio di manovra in ordine alla scelta dei settori nei quali ravvicinare i sistemi penali mediante l'adozione di norme minime comuni, la recente prassi delle istituzioni europee evidenzia come la norma in esame potrebbe non rappresentare la sola base giuridica prevista dal Trattato in materia.

Sul punto, il profilo di maggiore interesse ed ampio dibattito riguarda l'ambito di applicazione dell'art. 325 TFUE, il quale stabilisce che l'Unione e gli Stati membri combattono le frodi e le ulteriori attività illegali lesive degli interessi finanziari dell'UE stessa. La norma in questione, nel ripartire le responsabilità incombenti agli Stati ed all'Unione<sup>286</sup>, non prevede un'espressa legittimazione in favore delle istituzioni europee all'approvazione di norme penali. Al contempo, tuttavia, alcuni dati testuali possono suggerire un'opposta lettura, poiché il par. 4 investe il Parlamento europeo ed il Consiglio del compito di approntare ogni misura necessaria a prevenire e contrastare tale fenomeno, sia a livello nazionale che in sede europea, allo scopo di assicurare su tutto il territorio UE un'efficace ed equivalente protezione dei beni giuridici coinvolti. In particolare, la norma richiama le nozioni di «prevenzione» e «lotta», ricorrendo ad una terminologia analoga a quella utilizzata all'art. 83 TFUE. Il tenore complessivo del paragrafo, inoltre, ben potrebbe giustificare un simile approdo interpretativo. Da ultimo, merita segnalare che l'attuale disposto dell'art. 325, par. 4, TFUE non contiene l'enunciato conclusivo previsto nel previgente art. 280, par. 4, TCE, ai sensi del quale le iniziative avviate

<sup>286</sup> La condivisione della responsabilità fra Stati membri ed Unione in ordine alla prevenzione e repressione delle frodi ai danni degli interessi finanziari UE si desume in linea teorica dal principio di leale cooperazione, ma in concreto deriva altresì dal modello di gestione delle risorse europee: gli Stati membri sono infatti direttamente coinvolti nell'esecuzione di una quota pari all'80% del bilancio dell'Unione. In questo senso v. la comunicazione della Commissione COM(2013) 548 def., del 24 luglio 2013, recante la relazione 2012 sulla tutela degli interessi finanziari dell'Unione e la lotta alle frodi. Sulla convergenza delle responsabilità degli Stati e delle istituzioni europee v. la sentenza della Corte di giustizia 28 ottobre 2010, causa C-367/09, *SGS Belgium*, in *Racc.* p. I-10761.

a tutela degli interessi finanziari sovranazionali non avrebbero potuto riguardare «l'applicazione del diritto penale nazionale o l'amministrazione della giustizia negli Stati membri». Più ancora del tenore e del significato di quanto espressamente formulato, pertanto, ciò che non è scritto all'art. 325, par. 4, TFUE sembra dimostrare in maniera soddisfacente la mutata volontà dei redattori del Trattato e, dunque, l'estensione del campo di applicazione della norma in esame. Peraltro, l'elisione della disposizione precedentemente contenuta all'art. 280, par. 4, TFUE sembra cogliere nel segno della menzionata giurisprudenza *Reati ambientali*: in tale contesto, infatti, la Corte di giustizia, in risposta ad un'argomentazione avanzata dal Consiglio e dagli Stati membri, aveva puntualizzato come l'art. 280 TCE non potesse valere ad impedire l'adozione di norme penali sulla base di norme del Trattato CE, ove queste ultime risultassero necessarie a garantire l'effettività del diritto comunitario<sup>287</sup>.

La non esclusività della base giuridica offerta dall'art. 83 TFUE ai fini dell'adozione di norme penali è stata parimenti sostenuta dalla Commissione europea nella comunicazione con la quale ha tracciato le linee direttrici dell'embrionale politica dell'UE in materia penale<sup>288</sup>. Il documento sottolinea infatti la centralità dell'art. 83 TFUE e del ricorso a misure di carattere penale in tutte le ipotesi in cui si ritenga non sufficiente la previsione di differenti rimedi, come l'applicazione di sanzioni amministrative. Tuttavia, la comunicazione stessa menziona espressamente anche l'art. 325, par. 4, TFUE, la cui invocabilità quale base giuridica per l'adozione di norme penali deve essere però circoscritta alla sola protezione degli interessi finanziari dell'Unione.

Secondo questa lettura, pertanto, l'art. 325 TFUE può costituire il fondamento sul quale radicare misure di carattere penale o amministrativo, avendo cura per l'effettività ed equivalenza della protezione degli interessi finanziari dell'Unione, di modo che qualsiasi frode idonea a riverberarsi negativamente sul bilancio europeo possa essere adeguatamente fronteggiata. La norma in esame, in relazione alla disciplina penale della materia, raccoglie dunque il testimone della convenzione sulla protezione degli interessi finanziari della Comunità europea, conclusa dagli Stati nel 1995<sup>289</sup>. Questo strumento, infatti, è stato oggetto di ripetuti tentativi di riforma su impulso della Commissione, che sin dall'inizio del nuovo millennio aveva manifestato la volontà di valoriz-

<sup>287</sup> Cfr. il punto 52 della sentenza del 13 settembre 2005, *Commissione c. Consiglio*, cit.

<sup>288</sup> Cfr. la comunicazione della Commissione COM(2011) 573 def., del 20 settembre 2011, verso una politica penale dell'Unione europea: garantire l'efficace attuazione delle politiche dell'Unione attraverso il diritto penale.

<sup>289</sup> Cfr. l'atto del Consiglio del 26 luglio 1995, che stabilisce la convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee, in GUCE C 316, del 27 novembre 1995, p. 1.

zare l'art. 280 TCE quale base giuridica elettiva per l'inquadramento normativo complessivo della materia<sup>290</sup>.

La Commissione stessa, peraltro, confermando il proprio approccio sul punto ed evidenziando la *voluntas legis* sottesa alla riforma del testo dell'art. 325 TFUE, ha prospettato la messa in opera di una strategia antifrode incentrata *in toto* su questa norma, considerata il fulcro per una regolamentazione complessiva della materia, che includa altresì i profili penalistici<sup>291</sup>. Nel contesto di questa strategia, l'art. 325, par. 4, TFUE è stato posto ad esclusivo fondamento di una nuova proposta di direttiva in materia di contrasto, attraverso il diritto penale, alle condotte fraudolente lesive degli interessi finanziari dell'Unione<sup>292</sup>, la quale intende sostituire la convenzione del 1995.

Si può dunque ritenere che la giurisprudenza della Corte di giustizia, la prassi della Commissione e le riforme intervenute concorrano a negare l'esclusività dell'art. 83 TFUE quale base giuridica per l'adozione di norme penali a livello europeo. Occorre nondimeno precisare come gli Stati membri riuniti in Consiglio, nel contesto della procedura legislativa ordinaria per l'adozione della direttiva promossa dalla Commissione, abbiano sollecitato un radicale mutamento di prospettiva, evidenziando in particolare l'esigenza di ricondurre la proposta alle competenze penali indirette dell'Unione di cui all'art. 83, par. 2, TFUE. In sede di prima lettura, invero, il Consiglio ha ritenuto di emendare il testo sotto più profili, fra i quali si segnala per importanza proprio il cambiamento della base giuridica, ora individuata nell'art. 83, par. 2, TFUE<sup>293</sup>. Unitamente ad ulteriori aspetti specifici<sup>294</sup>, l'individuazione del

<sup>290</sup> V. le comunicazioni della Commissione COM(2001) 272, del 23 maggio 2001, recante proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alla tutela penale degli interessi finanziari della Comunità, e SEC(2008) 188, del 14 febbraio 2008. In dottrina v. J. HERTZER, *Fight against fraud and protection of fundamental rights in the European Union*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2006, p. 20.

<sup>291</sup> Cfr. le comunicazioni della Commissione COM(2011) 376, del 24 giugno 2011, recante una strategia antifrode per l'UE.

<sup>292</sup> Cfr. la comunicazione della Commissione COM(2012) 363, del 12 luglio 2012, recante proposta di direttiva relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale. A conferma dell'impostazione già seguita in relazione alle comunicazioni sul contrasto agli abusi nei mercati finanziari, anche la proposta in esame è parte di una serie di atti che la Commissione si è impegnata a adottare, allo scopo dichiarato di tutelare, in uno con il bilancio dell'UE, la proficua destinazione del gettito versato dai contribuenti: v. la comunicazione della Commissione COM(2012) 293 def., del 26 maggio 2011, sulla tutela degli interessi finanziari dell'Unione europea attraverso il diritto penale e le indagini amministrative. Una politica integrata per salvaguardare il denaro dei contribuenti. La Commissione ha assunto l'impegno di perfezionare, entro il 2020, un quadro normativo completo, idoneo a ridurre al minimo le attività criminali in danno del bilancio UE.

<sup>293</sup> V. in particolare il documento del Consiglio del 3 giugno 2013, n. 10232/13, reperibile all'indirizzo internet <http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=EN&f=ST%2010232%202013%20INIT> (12 dicembre 2014). Gli Stati membri sottolineano che «*The document has been drafted on the assumption that Article 83(2) is the legal basis for the Directive and the gen-*



fondamento primario all'atto in fase di discussione è un nodo sul quale il Consiglio ed il Parlamento, nell'ambito dei triloghi con la Commissione, non hanno ancora raggiunto la mediazione cercata<sup>295</sup>, a testimonianza della delicatezza della questione, anche in vista dei futuri sviluppi del processo di integrazione in questa materia, con particolare riferimento per l'istituzione – anch'essa alquanto controversa – della Procura europea<sup>296</sup>.

L'opzione per l'art. 325 TFUE, invero, escluderebbe anzitutto la possibilità per gli Stati membri di invocare il freno di emergenza. Inoltre, l'art. 83, par. 2, TFUE subordina l'intervento normativo dell'Unione a più rigorose condizioni, come l'indispensabilità dell'adozione di norme penali comuni. Da ultimo, il ricorso alla base giuridica generale consentirebbe ad alcuni Stati – segnatamente Irlanda, Regno Unito e Danimarca – di sottrarsi all'applicazione delle norme adottate, grazie all'*opt-out* del quale godono nell'ambito della cooperazione in materia penale<sup>297</sup>.

Se dunque molteplici indicazioni conducono a ritenere che l'art. 83 TFUE non costituisca il solo fondamento per l'adozione di norme penali europee, è pur vero che, come sottolineato in dottrina, la competenza dell'Unione in questa materia è stata strutturata «*with clear limits in mind*»<sup>298</sup>: limiti testuali e sistematici che ora gli Stati intendono far valere, orientando attraverso la mediazione politica il campo operativo delle norme del Trattato.

*eral approach is only valid under this assumption*». Su questi profile v. l'approfondita analisi di S. MIETTINEN, *Implied ancillary criminal law competence after Lisbon*, in *European Criminal Law Review*, 2013, p. 194.

<sup>294</sup> Si tratta, fra gli altri, della nozione di frode e dell'esclusione da tale concetto delle condotte fraudolente commesse in materia di IVA. Su quest'ultimo aspetto, la mancata indicazione di tali condotte comporterebbe una discrasia rispetto agli approdi della giurisprudenza di Lussemburgo: nel caso *Fransson*, infatti, la Corte ha confermato che l'evasione truffaldina di tale imposta è idonea ad incidere negativamente sulle risorse proprie dell'UE. V. rispettivamente il documento del Consiglio del 27 novembre 2014, n. 15221/14, reperibile all'indirizzo internet <http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=EN&f=ST%2015221%202014%20INIT> (22 dicembre 2014), e la sentenza della Corte di giustizia del 26 febbraio 2013, causa C-617/10, *Fransson*, non ancora pubblicata.

<sup>295</sup> Cfr. il documento del Consiglio del 29 aprile 2014, n. 9024/14, in <http://db.eurocrim.org/db/en/doc/2095.pdf> (22 dicembre 2014).

<sup>296</sup> Sull'idoneità dell'art. 325 TFUE a giustificare l'adozione di norme penali europee, in rapporto alle attribuzioni della costituenda Procura europea, v. R. SICURELLA, *Il diritto penale applicabile alla Procura europea: diritto penale sovranazionale o diritto nazionale "armonizzato"? Le questioni in gioco*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 17 dicembre 2013.

<sup>297</sup> Peraltro, la direttiva in fase di adozione sarebbe comunque strettamente correlata ad ulteriori strumenti normativi fondati sulle basi giuridiche del Titolo V TFUE o adottati nell'ambito del terzo pilastro, come nel caso delle fonti riguardanti il congelamento e la confisca dei proventi di reato.

<sup>298</sup> S. MIETTINEN, *Implied ancillary criminal law competence after Lisbon*, in *European Criminal Law Review*, 2013, p. 203.

Il serrato confronto sulla portata dell'art. 325 TFUE ha peraltro posto su un piano secondario una ulteriore previsione del TFUE, anch'essa oggetto di un significativo intervento riformatore in occasione del Trattato di Lisbona. Nel regime previgente, infatti, anche l'art. 135 TCE, in tema di cooperazione fra autorità doganali degli Stati membri e fra queste e la Commissione, riportava la formula conclusiva già richiamata per l'art. 280, par. 4, TCE, secondo la quale le iniziative europee in materia non avrebbero esercitato influenza alcuna sull'applicazione del diritto penale nazionale o sull'amministrazione della giustizia negli Stati membri. Analogamente a quanto avvenuto per l'art. 325, par. 4, TFUE, la disposizione in esame è stata espunta dall'art. 135 TCE, oggi trasfuso nell'art. 33 TFUE. Una valutazione complessiva dell'attuale sistemica dei Trattati porta nondimeno a ritenere che l'articolo in parola non possa costituire il fondamento per l'approvazione di misure afferenti al campo del diritto penale o alle funzioni di prevenzione e repressione del crimine esercitate da organi statali o sovranazionali: in questo caso, infatti, soccorre l'art. 74 TFUE, che viene espressamente qualificato come base giuridica *ad hoc* per le iniziative di cooperazione riguardanti i capi 4 e 5 del Titolo V TFUE. A ciò si aggiunga che, laddove l'operato delle autorità doganali degli Stati membri si concretizzi nello svolgimento di attività di polizia ai fini della prevenzione e individuazione di reati, soccorrerebbe in ogni caso il disposto dell'art. 87 TFUE, il quale disciplina la cooperazione operativa fra i vari servizi incaricati dell'applicazione della legge negli ordinamenti nazionali.

Giova infine segnalare che alcuni autori ritengono ipotizzabile un futuro richiamo ad ulteriori disposizioni primarie a sostegno di iniziative UE in campo penale. Ciò vale soprattutto per l'art. 114 TFUE, in ragione del fatto che, in passato, la Corte ha sostenuto che condotte idonee a generare discriminazioni o ad ostacolare il mercato interno possono giustificare l'approvazione di norme penali incardinate nel settore di competenza del mercato interno stesso<sup>299</sup>.

Viene altresì in rilievo l'art. 16 TFUE, in forza del quale l'Unione assicura la tutela dei dati personali da parte degli organi europei e degli Stati membri, in tutti gli ambiti di applicazione del diritto UE<sup>300</sup>. Sul punto, in effetti, con la Dichiarazione n. 21 allegata ai Trattati la Conferenza intergovernativa ha riconosciuto che lo sviluppo della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale potrà imporre l'adozione di norme *ad hoc* in tema di protezione dei dati nel contesto penale, ambito nel quale tale esigenza di tutela è *a fortiori* evidente. In particolare, la Dichiarazione precisa che la base giuridica di tali

<sup>299</sup> Cfr. la sentenza della Corte di giustizia del 10 febbraio 2009, causa C-301/06, *Irlanda c. Parlamento e Consiglio*, in *Racc.* p. I-593. Per approfondimenti v. E. HERLIN-KARNELL, *EU competence in criminal law*, cit., pp. 339-341.

<sup>300</sup> A. RIJKEN, *Re-balancing security and justice: protection of fundamental rights in police and judicial cooperation in criminal matters*, in *Common Market Law Review*, 2010, p. 1455.

iniziative normative dovrebbe essere rappresentata proprio dall'art. 16 TFUE. Ne consegue la possibilità che il campo di applicazione di questo articolo intersechi lo spettro operativo di alcune basi giuridiche del Titolo V TFUE o che sia ad esso complementare. Basti pensare, nel primo caso, all'art. 87, par 2, lett. *a*), che legittima il Parlamento europeo ed il Consiglio a adottare misure riguardanti «la raccolta, l'archiviazione il trattamento, l'analisi e lo scambio delle pertinenti informazioni». Nella seconda prospettiva, gli strumenti adottati in forza dell'art. 16 TFUE potrebbero assicurare un più elevato grado di tutela delle informazioni sensibili dei soggetti sottoposti a indagini o a procedimenti penali, ma non potrebbero disciplinare direttamente determinate fattispecie di reato: queste norme dovrebbero più correttamente radicarsi nell'art. 83 TFUE, poiché la portata dell'art. 16 appare confinata al tema della protezione delle garanzie individuali<sup>301</sup>.

## **10. Tra passato e futuro: l'esigenza di verificare il rispetto delle basi giuridiche in tema di cooperazione in materia penale ed ulteriori politiche europee**

### *10.1. Aspetti introduttivi: la cooperazione in materia penale e la corretta individuazione della base giuridica*

L'individuazione della corretta base giuridica a fondamento di un atto di diritto derivato è un profilo di tradizionale interesse e criticità. Infatti, a fronte della previsione di norme generali sul riparto di competenza fra Unione e Stati membri e sull'esercizio di tali attribuzioni, l'effettiva incisività delle prerogative accordate alle istituzioni sovranazionali si evince dalla peculiare disciplina che il Trattato riserva per ciascun ambito di competenza. Tali disposizioni consentono di tracciare le coordinate della legittimazione di cui è investita l'Unione europea, in termini materiali, procedurali e decisionali<sup>302</sup>.

Il tema in esame ha assunto nel tempo crescente complessità, così che è

<sup>301</sup> A conferma di ciò, la materia è oggi disciplinata dalla decisione quadro 2008/977/GAI del Consiglio, del 27 novembre 2008, sulla protezione dei dati personali trattati nell'ambito della operazione giudiziaria e di polizia in materia penale, in GU L 350, del 30 dicembre 2008, p. 60. Questo atto si limita a disciplinare le procedure e gli accorgimenti per il corretto trattamento e per la conservazione di tali informazioni personali da parte delle autorità nazionali e degli organi dell'Unione. La decisione quadro non prevede dunque specifiche fattispecie di reato in relazione alle condotte che infrangano le prescrizioni da essa previste sulla tutela dei dati personali. In particolare, l'art. 24 attribuisce agli Stati membri la competenza a adottare sanzioni efficaci proporzionate e dissuasive in caso di violazione della normativa statale di recepimento della decisione quadro.

<sup>302</sup> In generale sulla nozione di base giuridica v., *ex multis*, G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, Padova, 2012, p. 160.

possibile individuarne due dimensioni rilevanti. Esso coinvolge un primo piano trasversale ai settori tradizionalmente interessati dal metodo di integrazione comunitario e si risolve nelle possibili interferenze e connessioni fra le politiche “orizzontali” definite dal Trattato sul Funzionamento. In questo caso, a fronte della possibilità di applicare in via generale un regime primario analogo per tutte le politiche, l'eventuale discrasia fra il contenuto dell'atto di diritto secondario e la norma del Trattato individuata quale suo fondamento deriva dall'inquadramento non coerente dell'azione sovranazionale. Ne può conseguire l'applicazione di procedure decisionali non corrette, l'adozione di strumenti normativi preclusi in altri settori di intervento, così come, in termini generali, una oggettiva disomogeneità fra l'azione intrapresa e la norma primaria atta a giustificarla<sup>303</sup>.

La seconda dimensione del problema si è manifestata nel recente passato ed interessa profili ulteriori, poiché non si arresta ad un erroneo incasellamento dell'atto, ma coinvolge la natura del processo di integrazione. Nel tempo, infatti, si è assistito a situazioni nelle quali l'individuazione della base giuridica si giostrava fra due diversi pilastri, ed in particolare fra il pilastro contraddistinto dal metodo comunitario ed i settori intergovernativi della PESC o della cooperazione in materia penale.

In simili ipotesi, la differenza di regime derivante dall'opzione per una o l'altra base giuridica non derivava solo dalla diversa modulazione delle competenze dell'Unione e degli strumenti accordati per il loro esercizio, ma da un approccio radicalmente differente all'integrazione fra Stati membri. Ricondurre un'azione alle politiche comunitarie o agli ambiti di impostazione intergovernativa comportava dunque decisive conseguenze sia rispetto al ruolo delle istituzioni – basti pensare alle prerogative parlamentari o alla giurisdi-

<sup>303</sup> Come noto, il legislatore europeo può adottare atti vincolanti solo se fa espressa menzione della corretta base giuridica destinata a legittimare le istituzioni all'esercizio di una determinata competenza. Infatti, tale investitura non può essere presunta, in assenza di specifiche indicazioni del Trattato. V al riguardo l'ordinanza della Corte di giustizia del 30 settembre 1987, causa 229/86, *Brother Industries c. Commissione*, in *Racc.* p. 3757. Viceversa, la base giuridica deve essere chiaramente e puntualmente indicata nell'atto impugnato o, quantomeno, deve essere possibile risalire alla sua identificazione con certezza, attraverso l'analisi del provvedimento e le ulteriori indicazioni in esso contenute. Cfr. le sentenze della Corte di giustizia 20 settembre 1988, causa 203/86, *Spagna c. Consiglio*, in *Racc.* p. 4563, punto 37; 16 giugno 1993, causa C-325/91, *Francia c. Commissione*, in *Racc.* p. I-3283, punto 30, in cui la Corte ha precisato che la mancata indicazione della base legale costituisce una violazione del principio della certezza del diritto. Sulla possibilità di desumere il fondamento dell'atto dal contesto v. 26 marzo 1987, causa 45/86, *Commissione c. Consiglio*, in *Racc.* p. 1493, punto 9. Secondo la Corte di giustizia, la base giuridica deve essere determinata alla luce degli elementi oggettivi e distintivi dell'atto che siano suscettibili di sindacato giurisdizionale, quali lo scopo ed il contenuto. V., fra le molte pronunce, la sentenza 12 novembre 1996, causa C-84/94, *Regno Unito c. Consiglio*, in *Racc.* p. I-5755, punto 25; sentenza 13 maggio 1997, causa C-233/94, *Germania c. Parlamento e Consiglio*, in *Racc.* p. I-2405, punto 12.

zione della Corte di giustizia – sia all’incidenza della volontà degli Stati nel processo decisionale, sia alle caratteristiche degli strumenti giuridici adottati.

La coesistenza del pilastro comunitario e dei pilastri intergovernativi ha fatto sì che, sino all’entrata in vigore del Trattato di Lisbona, proprio quest’ultimo aspetto sia stato in via principale argomento di acceso dibattito fra le istituzioni europee e fra queste e gli Stati membri. Un confronto sul quale è intervenuta con alcune pronunce di particolare rilievo la Corte di giustizia, in forza del suo ruolo di guardiana del rispetto dei confini fra pilastri riconosciute dal previgente art. 47 TUE, oggi art. 40 TUE.

Su queste tematiche, a prima vista, il Trattato di Lisbona sembra intervenire in maniera risolutiva, grazie alla più volte menzionata soppressione della struttura a tempio dell’Unione europea ed alla conseguente applicazione del medesimo regime per tutti i settori di intervento delle istituzioni sovranazionali. Nondimeno, vi sono margini per ritenere che sulla questione la riforma di Lisbona non ponga del tutto fine alle problematiche passate e prospetti nuove sfide circa la definizione dei limiti della “materia penale” rispetto alle altre politiche dell’Unione.

In effetti, in primo luogo, il Trattato stesso fa salve alcune specificità, come nel caso della Politica estera e di sicurezza comune, e dispone norme *ad hoc* per alcuni ambiti specifici, quali la tutela dei dati personali ed il contrasto al terrorismo. In secondo luogo, come evidenzia la casistica più recente, persiste pur sempre la necessità di tracciare gli opportuni confini fra i settori disciplinati dal Trattato sul Funzionamento.

Si intende dunque prendere le mosse dalle tappe che hanno contraddistinto la cd. “battaglia fra i pilastri”, per poi considerare quali possibili problematiche residue ponga in questo contesto il rinnovato regime dei Trattati. Successivamente, l’analisi sarà focalizzata sui limiti della cooperazione in materia penale rispetto alle ulteriori politiche europee, in un’ottica di riparto “orizzontale” del campo operativo delle basi giuridiche dei Trattati<sup>304</sup>.

## 10.2. La delimitazione dei confini fra i pilastri dell’Unione europea: l’art. 47 TUE precedente alla riforma di Lisbona e l’odierno art. 40 TUE

Nel previgente sistema dei Trattati, la norma che presiedeva al rispetto dei confini fra integrazione intergovernativa e comunitaria era l’articolo 47 TUE, oggi divenuto art. 40 TUE e sensibilmente riformulato<sup>305</sup>. In particolare,

<sup>304</sup> In particolare, l’analisi non si sofferma sulla dibattuta questione della competenza della Comunità a adottare norme penali: oggetto della trattazione è pertanto in via prioritaria il problema della base giuridica in sé, così come affrontato dalla Corte di giustizia.

<sup>305</sup> L’art. 47 TUE recitava: «Fatte salve le disposizioni che modificano il trattato che istituisce la Comunità economica europea per creare la Comunità europea, il trattato che istituisce la Comunità europea del carbone e dell’acciaio ed il trattato che istituisce la Comunità eu-

l'articolo in questione esprimeva il chiaro favore dei redattori del Trattato per il primo pilastro, al quale era accordata espressa prevalenza sulla PESC e sulla cooperazione in materia penale<sup>306</sup>. Infatti, la norma stabiliva che in nessun caso l'esercizio delle competenze attribuite nei settori di matrice intergovernativa potesse arrecare pregiudizio a quelle della Comunità europea<sup>307</sup>. Simile formulazione era dunque volta a tutelare il principio di attribuzione delle competenze, ma, da un punto di vista prettamente sostanziale, intendeva altresì garantire il pieno sviluppo delle politiche definite dal TCE, in ordine alle quali sussistevano margini di approfondimento del processo di integrazione molto più ampi in raffronto a quelli cui era vincolato il TUE<sup>308</sup>.

Dal punto di vista funzionale, la norma è stata oggetto di diverse valutazioni in dottrina, tanto da essere qualificata ora come clausola di subordinazione *tout court* del TUE rispetto ai Trattati comunitari<sup>309</sup>, ora come regola di composizione dei conflitti interpilastro<sup>310</sup>. Al di là degli aspetti *stricto sensu*

ropea dell'energia atomica, nonché le presenti disposizioni finali, nessuna disposizione del presente trattato pregiudica i trattati che istituiscono le Comunità europee né i trattati e atti successivi che li hanno modificati o completati». L'art. 47 è stato definito in dottrina una «clausola di subordinazione» del TUE rispetto ai trattati comunitari, anche alla luce della necessità di interpretarlo anzitutto alla luce dell'ordinario significato del suo dato letterale, così come prescritto dalla Convenzione di Vienna del 1969 sull'interpretazione dei Trattati e sottolineato dalla giurisprudenza di Lussemburgo.

<sup>306</sup> Una conferma ulteriore di questa impostazione poteva essere desunta dall'art. 29 TUE, che, in tema di cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale, esordiva condizionando la realizzazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia al rispetto delle competenze della Comunità. V. in questo senso V. MITSILEGAS, *The competence question: the European Community and criminal law*, in E. GUILD, F. GEYER (a cura di), *Security versus justice? Police and judicial cooperation in the European Union*, Aldershot, 2008, p. 153.

<sup>307</sup> Le radici profonde dell'art. 47 TUE e della *ratio* ad esso sottesa affondavano nell'art. 32 dell'Atto Unico Europeo, che disciplinava tuttavia un contesto alquanto differente. Prima del Trattato di Maastricht, infatti, le tre Comunità europee erano affiancate dalla cooperazione politica, ritenuta un possibile strumento strategico per lo sviluppo dell'integrazione europea. Anche in quella sede, però, era stato ritenuto opportuno introdurre una clausola che salvaguardasse le iniziative comunitarie da possibili ingerenze di natura intergovernativa. L'art. 32 AUE recitava: «Fatti salvi l'articolo 3, paragrafo 1, il titolo II e l'articolo 31, nessuna disposizione del presente Atto pregiudica i trattati che istituiscono le Comunità europee né i trattati e atti successivi che li hanno modificati o completati».

<sup>308</sup> Pare orientarsi in tal senso anche la Corte di giustizia nella sentenza cd. *armi leggere*, 20 maggio 2008, causa C-91/05, *Commissione c. Consiglio*, in *Racc.* p. I-3651, punto 59: «Stabilendo che nessuna disposizione del Trattato UE pregiudichi i Trattati istitutivi delle Comunità europee o i Trattati e gli atti susseguenti che li hanno modificati o completati, l'art. 47 UE si prefigge, infatti, conformemente agli artt. 2, quinto trattino, UE e 3, primo comma, UE, di mantenere integralmente l'*acquis* comunitario e di svilupparlo».

<sup>309</sup> L'opinione è espressa da R. MASTROIANNI, *Art. 47 TUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, Milano, 2004, p. 167, ed è in sostanza condivisa da molti in dottrina, sebbene talora non in maniera espressa.

<sup>310</sup> V. in questo senso E. PISTOIA, *Fino a dove si può spingere il diritto comunitario nell'am-*

definitori, peraltro, la formulazione dell'art. 47 TUE presentava in effetti due principali problematiche, che la Corte di giustizia ha dovuto affrontare nella propria giurisprudenza.

Anzitutto, anche a motivo della dichiarata prevalenza del pilastro comunitario, l'art. 47 TUE non poteva essere in concreto percepito appieno come uno strumento normativo di risoluzione di possibili discrasie e mancanze di coordinamento nel sistema dei Trattati. Infatti, per la sua formulazione, esso era invocabile solo in maniera univoca, *id est* per eventuali violazioni della sfera di intervento della Comunità. Altrettanto non poteva dirsi, almeno alla luce del dato positivo, per le situazioni inverse: non vi erano dunque margini per richiamare la norma a garanzia delle prerogative del secondo e del terzo pilastro.

Stante l'assenza di un criterio orientativo *ad hoc* e la contestuale necessità di sindacare la validità di atti erroneamente adottati sulla scorta di norme del Trattato comunitario, la Corte, interpellata sul punto in due occasioni, ha fatto richiamo ai parametri che in linea ordinaria soccorrono nella selezione delle basi giuridiche, segnatamente il contenuto e la finalità dell'atto oggetto di ricorso per annullamento<sup>311</sup>. Sebbene in entrambi i casi il Collegio non abbia ritenuto fondate nel merito le argomentazioni dei ricorrenti, è pur tuttavia prezioso l'insegnamento che è possibile trarre dall'approccio adottato nelle controversie in esame.

Quasi valutando il proprio ruolo *ex art.* 47 TUE come *species* del più ampio *genus* della competenza giurisdizionale sul controllo delle basi giuridiche e sulla legittimità delle norme UE, la Corte ha quindi aggirato la natura monodirezionale dell'art. 47 TUE stesso, mediante il ricorso agli ordinari strumenti di formazione del proprio convincimento. Nel fare ciò, peraltro, essa non ha mancato di operare ripetuti riferimenti alle argomentazioni proposte dalla giurisprudenza *sub art.* 47 TUE, dando prova, a dispetto dell'origine della investitura formale dei propri poteri, di maggiore attenzione per la sostanza delle problematiche giuridiche ad essa sottoposte<sup>312</sup>.

Il secondo profilo critico suscitato dall'art. 47 TUE riguardava la competenza giurisdizionale della Corte di giustizia. I margini di intervento del Collegio di Lussemburgo erano infatti indicati *per capita* all'art. 46 TUE, che estendeva a talune norme del Trattato sull'Unione europea l'applicazione del

*bito dell'Unione. Un commento alla sentenza ECOWAS alla luce dei precedenti*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2009, p. 482.

<sup>311</sup> V. le sentenze 30 maggio 2006, cause riunite C-317/04 e C-318/04, *Parlamento c. Consiglio*, in *Racc.* p. I-4721 e 10 febbraio 2009, causa C-301/06, *Irlanda c. Parlamento europeo e Consiglio*, in *Racc.* p. I-593.

<sup>312</sup> Questo dato, come si vedrà più diffusamente nel prosieguo della trattazione, può risultare di grande utilità nel delineare le future prospettive dei conflitti di base giuridica, in assenza di una demarcazione strutturale fra i pilastri.

regime normativo primario comunitario, con limiti e condizioni rigorose<sup>313</sup>. La formulazione della norma consentiva di riconoscere piena competenza alla Corte solo nell'ambito del Trattato comunitario e rispetto alle disposizioni finali del Trattato sull'Unione, ovverosia dall'art. 46 all'art. 53 TUE. L'attribuzione di giurisdizione esaustiva in favore della Corte interessava dunque l'applicazione e l'interpretazione dell'art. 47 TUE, il cui disposto di ampio respiro lasciava aperta la strada a molteplici soluzioni ermeneutiche. La Corte, pertanto, attraverso le proprie pronunce, ha progressivamente riempito di contenuto la norma, definendo limiti e condizioni per la sua applicazione.

A questo proposito, la giurisprudenza della Corte in materia annovera quattro principali pronunce, intervenute a partire dalla fine degli anni '90 e meritevoli di pur breve approfondimento al fine di approfondire il ruolo da queste esercitato nella composizione dei conflitti di base giuridica interpilastro. Ciascuna sentenza viene comunemente individuata con una espressione che ne sintetizza l'oggetto e che in questa sede si intende riproporre: *Visti aeroportuali*, *Reati ambientali*, *Inquinamento marittimo* ed *Armi leggere*<sup>314</sup>. Le pronunce *Reati ambientali* ed *Inquinamento marittimo* sono già state diffusamente affrontate in precedenza e vengono pertanto in questa sede solamente richiamate, a fini di completezza e coerenza dell'argomentazione<sup>315</sup>.

<sup>313</sup> L'art. 46 TUE recitava: «Le disposizioni del Trattato che istituisce la Comunità europea, del Trattato che istituisce la Comunità europea del carbone e dell'acciaio e del trattato che istituisce la Comunità europea dell'energia atomica relative alle competenze della Corte di giustizia delle Comunità europee ed all'esercizio di tali competenze si applicano soltanto alle disposizioni seguenti del presente trattato:

- a) le disposizioni che modificano il trattato che istituisce la Comunità economica europea per creare la Comunità europea, il trattato che istituisce la Comunità europea del carbone e dell'acciaio e il trattato che istituisce la Comunità europea dell'energia atomica;
- b) le disposizioni del titolo VI, alle condizioni previste dall'articolo 35;
- c) le disposizioni del titolo VII, alle condizioni previste dagli articoli 11 e 11 A del trattato che istituisce la Comunità europea e dall'articolo 40 del presente trattato;
- d) l'articolo 6, paragrafo 2, per quanto riguarda l'attività delle istituzioni, nella misura in cui la Corte sia competente a norma dei trattati che istituiscono le Comunità europee e a norma del presente trattato;
- e) unicamente le disposizioni di carattere procedurale di cui all'articolo 7, per le quali la Corte delibera su richiesta dello Stato membro interessato, entro un termine di un mese a decorrere dalla data in cui il Consiglio procede alla constatazione prevista da detto articolo;
- f) gli articoli da 46 a 53».

<sup>314</sup> V., rispettivamente, le sentenze 12 maggio 1998, causa C-170/96, *Commissione c. Consiglio*, in *Racc.* p. I-2763; 13 settembre 2005, causa C-176/03, *Commissione c. Consiglio*, in *Racc.* p. I-7879; 23 ottobre 2007, causa C-440/05, *Commissione c. Consiglio*, in *Racc.* p. I-9097; 20 maggio 2008, causa C-91/05, *Commissione c. Consiglio*, in *Racc.* p. I-3651.

<sup>315</sup> V. *ante*, nel presente Capitolo, par. 8.2.



### 10.3. L'art. 47 TUE e la giurisprudenza della Corte di giustizia

La prima pronuncia rilevante sul punto è intervenuta nel 1998<sup>316</sup>, a séguito del ricorso per annullamento esperito dalla Commissione avverso l'azione comune del Consiglio 96/197/GAI<sup>317</sup>, relativa al regime di transito aeroportuale dei passeggeri<sup>318</sup>. La base giuridica dell'atto era stata individuata nell'art. K.3 TUE, che elencava gli strumenti di cui l'Unione era dotata per incentivare la cooperazione penale fra gli Stati membri<sup>319</sup>. Secondo l'opinione dell'istituzione ricorrente, di contro, il fondamento primario era rappresentato dall'art. 100 C TCE. Questa norma, infatti, stabiliva in favore della Comunità la competenza a individuare gli Stati terzi i cui cittadini dovessero essere in possesso di un visto per l'attraversamento della frontiera esterna dell'Unione.

Pur rigettando nella sostanza le doglianze della Commissione, la Corte ha colto l'occasione per statuire sulle modalità di applicazione dell'art. 47 TUE<sup>320</sup>. Anzitutto, il Collegio ha precisato che il proprio ruolo di vigilanza a

<sup>316</sup> Si segnala, in precedenza, la sentenza 3 dicembre 1996, causa C-268/94, *Portogallo c. Consiglio*, in *Racc.* p. I-6177, nella quale la Corte, senza affrontare un'analisi approfondita dell'art. 47 TUE, ha operato una valutazione sul riparto di materie fra pilastri. La sentenza è intervenuta su una controversia sorta fra Portogallo e Consiglio, in merito ad un accordo di cooperazione tra la Comunità europea e l'India, finalizzato ad incentivare le relazioni fra le parti contraenti nei settori dell'energia, del turismo, della cultura, della lotta contro l'abuso di stupefacenti e della tutela della proprietà intellettuale. In questa sede la Corte ha respinto i rilievi mossi dal Portogallo, che aveva fra l'altro rilevato come il contrasto al traffico di stupefacenti rientrasse nell'ambito degli obiettivi del terzo pilastro. Secondo la Corte «la formazione, l'istruzione, la cura e la disintossicazione dei tossicomani, al pari delle azioni volte a sviluppare la creazione di attività economiche alternative [...] possono collegarsi agli obiettivi socio-economici perseguiti dalla cooperazione allo sviluppo».

<sup>317</sup> Cfr. l'azione comune 96/197/GAI del Consiglio, del 4 marzo 1996, adottata sulla base dell'articolo K.3 del Trattato sull'Unione europea, sul regime di transito aeroportuale, in *GU L 63*, del 13 marzo 1996, p. 8. Ai sensi dell'art. 1 dell'atto, per visto di transito aeroportuale doveva intendersi l'autorizzazione cui sono assoggettati i cittadini di taluni paesi terzi per transitare attraverso la zona internazionale degli aeroporti degli Stati membri, in deroga al principio di libero transito stabilito dall'allegato 9 della Convenzione di Chicago sul trasporto aereo internazionale, firmata il 7 dicembre 1944, in *Recueil des Traités des Nations Unies*, vol. 15, n. 102.

<sup>318</sup> Cfr. la sentenza 12 maggio 1998, causa C-170/96, *cit.*

<sup>319</sup> Ai sensi dell'art. K.3, par. 2, lett. b), TUE, il Consiglio era legittimato a adottare azioni comuni, nella misura in cui gli obiettivi dell'Unione, data la portata o gli effetti dell'azione prevista, potessero essere realizzati meglio con un'azione condivisa che con iniziative dei singoli Stati membri.

<sup>320</sup> La Corte ha avallato le conclusioni dell'avvocato generale Fennelly. In dottrina, nondimeno, è stato rilevato come la soluzione sostenuta non sia del tutto coerente con il percorso argomentativo che la precede, che avrebbe potuto motivare un orientamento differente, con la rilevazione della competenza comunitaria. In particolare, la Corte avrebbe formalisticamente richiamato il fatto che l'art. 100 C TCE riguardava solo i visti che consentissero di oltrepassare le frontiere esterne di uno Stato membro attraverso i punti di passaggio fissati dai controlli di

tutela del Trattato comunitario si esplicava rispetto ad ogni atto del secondo o terzo pilastro, indipendentemente dalla disposizione del Trattato sull'Unione eletta a suo fondamento<sup>321</sup>.

Inoltre, la sua valutazione doveva essere condotta analizzando il contenuto dello strumento contestato alla luce della norma comunitaria indicata quale corretta base giuridica, ossia l'art. 100 C TCE. Nel compiere questa operazione, tuttavia, la Corte non poteva procedere ad una approfondita valutazione sul merito dell'atto e su eventuali profili di illegittimità, poiché tale potestà le era preclusa dalle limitazioni al sindacato giurisdizionale imposte in via generale nei pilastri intergovernativi. Essa era pertanto chiamata ad un apprezzamento indiretto, condotto alla luce della norma comunitaria rilevante, che si esauriva in sostanza in un vaglio sull'estensione della competenza della Corte al sindacato sulla validità dell'atto. L'art. 47 TUE, infatti, in questa prospettiva, imponeva al Collegio di valutare *in primis* la sua stessa competenza, giudicando l'estensione delle proprie prerogative rispetto all'atto oggetto del giudizio, in ragione del suo opportuno inquadramento nel complesso dei Trattati<sup>322</sup>.

La conseguenza fattiva dell'applicazione dell'art. 47 TUE era, secondo la Corte, l'annullamento dell'atto sconfinante nel terreno comunitario<sup>323</sup>.

frontiera, al fine di soggiornare o di viaggiare nel mercato interno. Viceversa, i documenti oggetto della sentenza erano finalizzati esclusivamente a consentire lo stazionamento del passeggero nell'area aeroportuale, in attesa di dirigersi verso una destinazione ulteriore, senza valicare la frontiera aeroportuale. V. al riguardo A. DASHWOOD, *Article 47 and the relationship between first and second pillar competences*, in A. DASHWOOD, M. MARESCEAU (a cura di), *Law and Practice of EU external relations*, Cambridge, 2008, p. 79.

<sup>321</sup> Cfr. il punto 16 della sentenza in commento.

<sup>322</sup> V. in questo senso A. ROTTOLA, *La Corte di giustizia è competente... ma non lo è*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2001, p. 562. Secondo l'autore si tratta di un caso di esercizio della «competenza che ogni giudice ha, in linea di massima, a giudicare sulla propria competenza», che consentiva di esercitare un sindacato limitato sull'atto, per valutare il suo effettivo radicamento nel secondo o terzo pilastro e tutelare così le competenze comunitarie. Analogo concetto è stato espresso dall'avvocato generale Fennelly, secondo il quale la competenza della Corte doveva essere riscontrata in forza dello scopo sotteso all'art. 47 TUE: «*The power of judicial review which the Court enjoys under the jurisdictional clauses of each of the Community Treaties is extended by Article L in conjunction with Article M, so as to ensure respect for the provisions of those Treaties. The Court must therefore be able to determine whether anything in 'this Treaty', being the Treaty on European Union, and including acts adopted thereunder, does 'affect' the Community Treaties. Indeed, in my view, Article M was inserted in the Treaty on European Union with the very purpose of ensuring that, in exercising their powers under Titles V and VI of that Treaty, the Council and the Member States do not encroach on the powers attributed to the Communities under the respective founding and amending Treaties*». Cfr. le conclusioni presentate il 5 febbraio 1998, pubblicate solo in inglese e olandese, in *Racc.* p. I-2768, punto 8. La Corte ha in effetti colto nel segno dell'argomentazione dell'avvocato generale, sviluppandola al punto 16 della sentenza.

<sup>323</sup> Cfr. il punto 17 della sentenza.

Sul punto, parte della dottrina ha sottolineato la portata incisiva della pronuncia, evidenziando come diversi rimedi – segnatamente l'inefficacia o la dichiarazione di irrilevanza dell'atto – avrebbero permesso di conseguire un risultato analogo, con maggiore rispetto delle limitate prerogative della Corte nei pilastri intergovernativi<sup>324</sup>. Veniva infatti denunciato come il Collegio non godesse in linea ordinaria del potere di invalidare gli atti dei pilastri intergovernativi dell'Unione e che un'eccezione a tale regola avrebbe dovuto essere espressamente menzionata dal Trattato, non certo estrapolata dal generico dettame dell'art. 47 TUE mediante un esercizio interpretativo<sup>325</sup>.

In risposta a queste criticità, peraltro, è stato sostenuto in maniera convincente che simili soluzioni avrebbero sensibilmente mitigato l'effettività del controllo della Corte, relegando l'atto ad uno *status* giuridico *sui generis*, fioriero di incertezza applicativa ed istituzionale<sup>326</sup>. Merita altresì considerazione l'effetto prettamente deterrente, nei confronti del Consiglio, di una sentenza di annullamento, senza dubbio idonea a sollecitare maggiore accortezza nell'esercizio del potere legislativo<sup>327</sup>.

La sentenza ha dunque reso evidente come la struttura a pilastri dell'Unione europea potesse comportare sotto molteplici profili la necessità di chiarire non solo il corretto inquadramento delle fonti, ma anche l'effettiva portata ed estensione del campo di applicazione dei Trattati e degli obiettivi da questi consacrati.

<sup>324</sup> V. in questo senso R. ADAM, *La cooperazione in materia di giustizia e affari interni tra comunitarizzazione e metodo intergovernativo*, in U. DRAETTA, N. PARISI (a cura di), *Il Trattato di Amsterdam*, Milano, 1999, p. 237; G. GARBAGNATI-KETVEL, *The jurisdiction of the European Court of justice in respect of the Common Foreign and Security Policy*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2006, p. 89.

<sup>325</sup> L'assenza di competenza in capo alla Corte di giustizia, in ragione delle limitazioni poste alla sua giurisdizione nei pilastri intergovernativi, era stata sostenuta anche dai governi di Regno Unito, Francia e Danimarca, intervenuti nella controversia.

<sup>326</sup> Cfr. R. BARATTA, *Overlaps between European Community competence and European Union foreign policy activity*, in E. CANNIZZARO (a cura di), *The European Union as an actor in international relations*, L'Aia, Londra, New York, 2002, p. 58.

<sup>327</sup> La Corte non ha motivato approfonditamente la propria legittimazione a procedere all'annullamento dell'atto, mentre l'avvocato generale ha ricavato da alcuni precedenti giurisprudenziali utili considerazioni: «*The jurisdiction of the Court to entertain the present annulment action is, in my view, not in doubt, nor is it affected by the fact that the contested act was, on its face, adopted pursuant to Title VI of the Treaty on European Union. The Commission claims, in effect, that, though ostensibly adopted within the framework of the Treaty on European Union, that act was, in reality, an exercise by the Council of a Community competence within Article 100 C of the EC Treaty. Two general propositions emerge from the case-law. Firstly, neither the Member States nor the institutions of the Community may take action in respect of a matter within exclusive Community competence outside the Community framework. Secondly, in its judicial review of such claimed action, the Court adopts what Advocate General Jacobs has called a 'functional approach', preferring to look at content and effect rather than form*». Cfr. il punto 12 delle conclusioni, che si ricorda essere state pubblicate solo in inglese e olandese.

La comunitarizzazione di componenti significative del terzo pilastro, in occasione del Trattato di Amsterdam, ha peraltro sensibilmente ridotto il rischio di discrasie, confinandole alla PESC ed alla cooperazione in materia penale<sup>328</sup>. Non a caso, proprio su quest'ultimo settore si sono consumati i maggiori attriti nella "battaglia fra i pilastri".

Il filone giurisprudenziale inaugurato con la sentenza sui *Visti aeroportuali* è stato infatti successivamente arricchito dalle pronunce *Reati ambientali e Inquinamento marittimo*, poc'anzi analizzate.

Nel primo caso, sulla scorta del precedente del 1998, il Collegio di Lussemburgo ha in via preliminare riaffermato la propria competenza a verificare che atti adottati nell'ambito del titolo VI TUE non sconfinassero nel pilastro comunitario<sup>329</sup>.

Rispetto alla sentenza sui *Visti aeroportuali*, peraltro, si segnalano alcuni importanti elementi di novità. Tali profili traggono origine da una sostanziale differenza fra i problemi giuridici affrontati nelle due cause: se nella prima si trattava di definire in quale settore di competenza ricadesse la materia disciplinata dall'azione comune, nella seconda si assisteva ad un atto che coinvolgeva al contempo il settore ambientale e penale, al fine di approntare una disciplina coerente, complessiva ed effettiva. La Corte, pertanto, era chiamata a valutare il contenuto della decisione quadro, attraverso l'attenta ponderazione delle due anime dell'atto.

A questo scopo, essa ha avvalorato anche in questa sede il proprio tradizionale approccio in tema di controversie fra basi giuridiche interne al pilastro comunitario, in particolare rispetto agli atti dal contenuto variegato e composito, in quanto tali astrattamente riconducibili ad una pluralità di politiche UE. In particolare, il Collegio ha ricordato come l'individuazione del baricentro di un atto debba ispirarsi a criteri oggettivi, suscettibili di sindacato giurisdizionale, quali il contenuto e lo scopo dell'atto. In questo modo, il Giudice dell'Unione ha esteso anche alle controversie interpilastro i criteri in via ordinaria utilizzati per distinguere il fulcro dell'atto dai fondamenti secondari ed ancillari.

La pronuncia ha lasciato aperti numerosi interrogativi, che sono stati riproposti nella controversia *Inquinamento marittimo*, nella quale la decisione quadro 2005/667/GAI sul rafforzamento della cornice penale per la repressione dell'inquinamento provocato dalle navi interessava profili riguardanti la

<sup>328</sup> Come noto, il Trattato del 1997 ha trasferito dal terzo pilastro al primo il settore visti, asilo e immigrazione e la cooperazione giudiziaria in materia civile. Sottolinea le potenzialità di questo cambiamento, anche sotto il profilo del rafforzamento della cooperazione sovranazionale e della graduale neutralizzazione dei conflitti di base giuridica interpilastro R. ADAM, *La cooperazione in materia di giustizia e affari interni tra comunitarizzazione e metodo intergovernativo*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 1998, p. 481.

<sup>329</sup> Cfr. il punto 39 della sentenza.

tutela ambientale, la politica dei trasporti e il diritto penale sostanziale<sup>330</sup>. L'atto posto sotto scrutinio, dunque, perseguiva al contempo l'obiettivo di incrementare la sicurezza marittima e di innalzare il grado di tutela ambientale, anche mediante l'imposizione di misure penali. La presenza di una pluralità di scopi era peraltro dettata dalla natura stessa della politica ambientale, che si configura come un settore trasversale e multidisciplinare, necessariamente integrato da ulteriori politiche comunitarie quali i trasporti, l'energia, l'agricoltura.

Applicando i parametri richiamati, il Collegio ha considerato che il contenuto della decisione quadro dovesse essere prioritariamente incardinato nell'ambito della politica dei trasporti, di cui all'allora art. 80 TCE. Le norme penali delle quali era corredato l'atto, dunque, non ne costituivano il baricentro, bensì un elemento ancillare necessario ad assicurare l'effettività della politica comunitaria coinvolta.

Le due sentenze brevemente richiamate sostengono un'impostazione *lato sensu* gerarchica dei rapporti fra pilastri, declinata in favore dell'integrazione comunitaria. La Corte ha in effetti riconosciuto che in molti casi politiche afferenti al primo pilastro potessero presentare elementi di rilievo anche per le materie di natura intergovernativa, conservando tuttavia un radicato centro di gravità nell'ambito del TCE. Questo approccio ha conservato taluni margini di incertezza, poiché impone una valutazione su base casistica, pur con l'ausilio della tendenziale predilezione per la base giuridica comunitaria<sup>331</sup>.

Ulteriori indicazioni sulla portata operativa dell'art. 47 TUE sono dunque state fornite nella successiva pronuncia *Armi leggere* o *ECOWAS*<sup>332</sup>, questa

<sup>330</sup> Cfr. la decisione quadro 2005/667/GAI, del Consiglio, del 12 luglio 2005, intesa a rafforzare la cornice penale per la repressione dell'inquinamento provocato dalle navi, in GU L 255, del 30 settembre 2005, p. 164.

<sup>331</sup> La dottrina ha peraltro evidenziato come i possibili profili di interazione fra pilastri si registrassero soprattutto con la cooperazione in materia penale. Le iniziative avviate in questo contesto possono infatti risultare in molti casi funzionali al conseguimento degli obiettivi socio-economici sottesi alle politiche comunitarie. Cfr. A. DASHWOOD, *47 TEU and the relationship between first and second pillar competences*, cit.

<sup>332</sup> L'acronimo indica la Comunità economica degli Stati dell'Africa occidentale, un accordo economico stipulato da 16 Stati africani nel 1975, che annovera fra le proprie priorità anche l'intervento nelle aree interessate da conflitti civili e la promozione di progetti in una vasta serie di settori: cultura, ambiente e risorse naturali, energia, infrastrutture, commercio, politiche sociali. Per approfondimenti v. <http://www.ecowas.int/> (3 aprile 2014). Per approfondimenti sui profili istituzionali ed economici v. E. UKA, *ECOWAS and economic integration of West Africa*, New York, 1983. Sul ruolo dell'organizzazione circa il mantenimento della stabilità, della sicurezza e della pace in quell'area geografica v., fra i molti contributi, C.E. AD-FIBE, *The Liberian conflict and the ECOWAS-UN partnership*, in *Third World Quarterly*, 1997, p. 471; J. LEVITT, *Humanitarian intervention by regional actors in internal conflicts: the cases of ECOWAS in Liberia and Sierra Leone*, in *International and Comparative Law Journal*, 1998, p. 333.

volta riguardante il rapporto fra primo e secondo pilastro<sup>333</sup>. Il sindacato della Corte si è infatti concentrato sulla decisione 2004/833/PESC<sup>334</sup>, attuativa della azione comune 2002/589/PESC sul contributo dell'Unione europea all'ECOWAS nell'ambito della moratoria sulle armi leggere e di piccolo calibro<sup>335</sup>.

Nella causa in esame, la Commissione riteneva che la decisione violasse le prerogative della Comunità in materia di cooperazione allo sviluppo e, al contempo, sollevava un'eccezione di invalidità dell'azione comune. Mentre la Corte non ha ritenuto di pronunciarsi su quest'ultima questione, essa ha accolto il ricorso per annullamento del primo atto<sup>336</sup>. In particolare, il Collegio ha rilevato che la decisione constava di due componenti essenziali, l'una di competenza PESC, l'altra rientrante nella politica comunitaria di cooperazione allo sviluppo<sup>337</sup>. Tra le due finalità non sussisteva una chiara graduazione gerarchica, né una di esse esprimeva contenuti ancillari o serventi in favore dell'altra. Si era dunque in presenza di un atto composito, potenzialmente riconducibile a due distinte basi giuridiche interpilastro.

In una simile situazione, anche alla luce dei precedenti sul punto, la Corte ha riscontrato il criterio decisivo per la soluzione del conflitto di fondamento normativo nella formula stessa dell'art. 47 TUE<sup>338</sup>. Il disposto del Trattato, in-

<sup>333</sup> La dottrina ha diffusamente commentato questa pronuncia. Fra i molti contributi v. E. HERLIN-KARNELL, "Light Weapons" and the dynamics of art 47 EU: the EC's armoury of ever expanding competences, in *The Modern Law Review*, 2008, p. 998; D. EISENHUT, *Delimitation of Eu competences under the first and second pillar: a view between ECOWAS and the Treaty of Lisbon*, in *German Law Journal*, 2009, p. 585; E. PISTOIA, *Fino a dove si può spingere il diritto comunitario nell'ambito dell'Unione. Un commento alla sentenza ECOWAS alla luce dei precedenti*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2009, p. 481.

<sup>334</sup> Decisione 2004/833/PESC del Consiglio, del 2 dicembre 2004, in GU L 359, del 4 dicembre 2004. L'atto disponeva le misure volte a garantire la realizzazione degli scopi posti dall'azione comune in tema di utilizzo, produzione ed esportazione di armi leggere, attraverso un concreto sostegno all'azione dell'ECOWAS. In particolare, l'Unione disponeva la nomina di un responsabile del progetto di stanza in Nigeria ed elargiva un contributo finanziario.

<sup>335</sup> Azione comune azione comune 2002/589/PESC del Consiglio, del 12 luglio 2002, che abroga l'azione comune 1999/34/PESC, in GU L 191, del 19 luglio 2002. Attraverso questo atto, l'Unione si impegna a mettere in campo ogni sforzo necessario a garantire l'accumulo di armi leggere da parte degli Stati solo per legittime esigenze di sicurezza ed in quantità commisurata ad esse, nonché a produrre tali beni solo per garantire la sicurezza pubblica e ad esportarli esclusivamente verso Paesi affidabili.

<sup>336</sup> Anche l'analisi della Corte si è in effetti concentrata principalmente sulla decisione in sé. L'azione comune che essa attuava, infatti, consentiva sia di procedere all'adozione di norme comunitarie che del secondo pilastro e non presentava dunque profili diretti di illegittimità.

<sup>337</sup> Giova precisare come la Corte abbia escluso qualsiasi rilevanza del tipo di competenza accordata alla Comunità nella politica comunitaria coinvolta. Ai fini dell'attivazione della giurisdizione ex art. 47 TUE aveva infatti autonoma rilevanza lo sconfinamento dell'atto nelle prerogative del primo pilastro. Cfr. i punti 60-62 della sentenza.

<sup>338</sup> In linea ordinaria, la Corte consente, nei casi eccezionali di multiformi componenti di

fatti, accordando espressa prevalenza alla tutela dell'integrità del pilastro comunitario, le ha consentito di prediligere l'ancoraggio alle norme sulla cooperazione allo sviluppo, in luogo del rimando alle disposizioni PESC. In presenza di simili atti, pertanto, non sarebbe stato necessario ricorrere ai parametri di giudizio avvalorati per la selezione di una fra molteplici basi giuridiche comunitarie.

In ragione della clausola di prevalenza di cui all'art. 47 TUE, la componente intergovernativa, pur formalmente considerata di pari rilevanza, era destinata a soccombere a quella comunitaria. Pertanto, anche in presenza di una sola disposizione idonea ad interessare il primo pilastro, la validità complessiva dell'atto PESC sarebbe stata inficiata in radice: ai fini dell'applicazione dell'art. 47 TUE, gli atti dell'Unione dovevano essere considerati indivisibili e, per così dire, monolitici<sup>339</sup>. Era in ogni caso fatta salva la possibilità di ricorrere alla tecnica del "doppio binario", mediante la contestuale adozione di due atti, ciascuno radicato su un pilastro differente.

Nella pronuncia in esame, inoltre, la Corte di Lussemburgo ha ancora una volta ampliato lo spettro dell'attività di controllo della quale era investita in forza dell'art. 47 TUE. Essa ha infatti precisato che la norma si prefiggeva di mantenere l'integrità dell'*acquis* comunitario nel suo complesso e di svilup-

un atto aventi carattere paritetico, il richiamo a più basi giuridiche. Ciò tuttavia non vale per la dimensione interpilastro. La clausola di prevalenza comportava, sia secondo la Corte che nell'opinione dell'avvocato generale, l'impossibilità di individuare una doppia base giuridica interpilastro per un atto dell'Unione. Cfr. il par. 176 delle conclusioni dell'avvocato generale Mengozzi, posizione accolta dalla Corte. Se ciò appariva coerente con la formula dell'art. 47, tuttavia potevano rilevarsi elementi di discontinuità con l'art. 3, par. 2, TUE, che, nel fissare gli obiettivi generali dell'Unione, stabiliva che essa assicurava la sistematicità dell'azione esterna e delle politiche economiche, di sicurezza e di sviluppo. In effetti, considerata la necessità di adottare contestuali misure comunitarie e del secondo pilastro, a motivo della denunciata impossibilità di unificare in un solo strumento le due distinte anime, l'obiettivo della coerenza risultava radicalmente compromesso. M. LERCH, G. SCHWELLNUS, *Normative by nature? The role of coherence in justifying the EU's external human rights policy*, in *Journal of European Public Policy*, 2006, p. 304; M. CREMONA, *Coherence in foreign policy. The legal dimension*, in P. KOUTRAKOS (a cura di), *European foreign policy: legal and political perspectives*, Cheltenham, 2011, p. 47. Per una analisi approfondita e complessiva del tema della coerenza nell'azione esterna dell'UE v. A. MIGNOLLI, *L'azione esterna dell'Unione europea ed il principio della coerenza*, Napoli, 2009.

<sup>339</sup> È stato peraltro evidenziato come, nel caso di specie, in concreto, una diversa e più chiara formulazione della decisione avrebbe rafforzato la base giuridica PESC, palesandone la priorità e scongiurando la violazione dei confini di competenza del Trattato comunitario. Cfr. A. DASHWOOD, *The law and practice of CFSP joint actions*, in M. CREMONA, B. DE WITTE (a cura di), *EU foreign relations law. Constitutional fundamentals*, Oxford-Portland, 2008, p. 76. V. altresì B. VAN VOOREN, *EU-EC external competences after the small arms judgment*, in *European Foreign Affairs Review*, 2009, p. 8: «The ECJ had to take into account that this judgment would become an interpretation landmark in the development-security policy nexus, defining the breadth of both policy areas and not just the ever expanding scope of EC development policy».

parlo, conformemente agli artt. 5, quinto trattino, e 3, par. 1, TUE<sup>340</sup>. Non si trattava dunque solamente di preservare il primo pilastro da eventuali sconfiamenti, ma di mantenere il livello di integrazione raggiunto in sede comunitaria, contribuendo mediante la vigilanza *ex art. 47 TUE* al suo consolidamento ed alla sua evoluzione.

Forse anche per questa ragione, la Corte ha fissato ad un livello relativamente basso il grado di rilevanza della componente comunitaria dell'atto, ai fini dell'applicazione dell'art. 47 TUE<sup>341</sup>. Essa ha infatti ritenuto sufficiente che l'atto perseguisse, fra l'altro, l'obiettivo di elidere un ostacolo ad una politica della Comunità – segnatamente la cooperazione allo sviluppo – rappresentato dall'eccessiva diffusione di armi di piccolo calibro.

Questa impostazione ha comportato l'erezione di una sorta di “cortina di ferro” fra pilastri<sup>342</sup>, con l'irrigidimento dello standard di giudizio, reso ancora più rigoroso dalla natura della PESC, materia contraddistinta da finalità di

<sup>340</sup> La prima delle due norme fissava, quale obiettivo generale dell'UE, il mantenimento dell'*acquis* e l'impulso alla sua evoluzione. La seconda precisava che per ogni altra finalità perseguita dall'Unione doveva comunque essere garantita la sua intangibilità. V. sul punto L. PALADINI, *I conflitti fra i pilastri dell'Unione europea e le prospettive del Trattato di Lisbona*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2010, pp. 101-102. V. altresì, per una panoramica sulla nozione di *acquis* e sulle sue implicazioni, C. AMALFITANO, *L'acquis comunitario: da esperienza giuridica a fattore di integrazione*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2009, p. 789.

<sup>341</sup> In questo senso v. J. HELISKOSKI, *Small arms and light weapons within the Union's pillar structure: an analysis of Article 47 of the EU Treaty*, in *European Law Review*, 2008, p. 908. Ciò è anche testimoniato da fatto che la Corte menziona una serie di atti delle istituzioni europee a sostegno del fatto «talune misure volte a prevenire la fragilità dei paesi in via di sviluppo, comprese quelle che sono state adottate nell'ambito della lotta contro la proliferazione delle armi leggere e di piccolo calibro, possono contribuire ad eliminare o a ridurre ostacoli allo sviluppo economico e sociale dei detti paesi». Cfr. il punto 68 della sentenza e gli atti richiamati nei punti successivi. Tuttavia, il Collegio aveva in altre occasioni statuito come le istituzioni non possano derogare al Trattato attraverso una mera prassi, né per via di fatto possano vincolare la scelta di una base giuridica. Il riferimento ad atti precedentemente adottati in sede europea appare dunque in questa prospettiva ultroneo e non decisivo ai fini del percorso motivazionale della Corte. Cfr. il parere del 15 novembre 1995, n. 1/94, sulla conclusione dell'accordo dell'Organizzazione Mondiale del Commercio, in *Racc.* p. I-5267, punto 52.

<sup>342</sup> L'idea di un limite fisso è ben espressa dalle argomentazioni espresse dalla Commissione e riportate da A. DASHWOOD, *Oral Evidence before the House of Lords EU Committee*, reperibile in <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200506/ldselect/ldcom/268/268.pdf> (14 aprile 2014): «Article 47 establishes a 'fixed' boundary between Community competence and Union Competence. While, in an area of shared competence, such as development cooperation policy, Member States retain the competence to act by themselves, whether individually or collectively, to the extent that the community has not yet exercised its competence, the same cannot be said for the Union which, under article 47 EU, does not enjoy the same complementary competence but must respect the competence, whether exclusive or not, of the Community, even if that competence has not yet been exercised. Therefore, Community competence is encroached upon whenever the Council adopts a measure in the framework of the CFSP which could legitimately have been adopted on the basis of the EC Treaty».



ampia portata, spesso suscettibili di incidere, anche solo in via indiretta, su ulteriori politiche europee<sup>343</sup>.

*10.4. La nuova formulazione dell'art. 40 TUE e le letture proposte dalla dottrina*

L'entrata in vigore del Trattato di Lisbona ha apportato alcune innovazioni di particolare rilievo per la problematica in esame. La soppressione della struttura a pilastri dell'Unione europea determina infatti l'applicazione di un regime primario generale ed analogo per tutte le politiche dell'Unione, fatte salve talune specificità espressamente accordate dal Trattato. Fra di esse risalta per singolarità la disciplina della Politica estera e di sicurezza comune, che conserva molti dei tratti tradizionali e tipici della cooperazione intergovernativa.

Il mutato contesto pattizio ha avuto ripercussioni evidenti sulla norma un tempo tesa a regolare i conflitti fra i pilastri. All'art. 47 TUE, imperniato sul criterio della prevalenza della Comunità sui settori di matrice intergovernativa, si è infatti sostituito l'art. 40 TUE, che presenta due fondamentali differenze rispetto alla formulazione passata<sup>344</sup>. Anzitutto, grazie alla comunitarizzazione della cooperazione penale, esso si limita a disciplinare la relazione fra la PESC ed il resto delle politiche dell'Unione, ivi compreso dunque lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia. Ne consegue la soluzione ai problemi di base giuridica interpilastro affrontati nelle sentenze *Reati ambientali* ed *Inquinamento navale*, sebbene sussistano, come già ricordato, residui e non secondari elementi suscettibili di riportare in auge il dibattito sulla portata e le implicazioni delle norme del Trattato sulla cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale.

<sup>343</sup> Ciò riguarda tutt'oggi in prima battuta materie come la cooperazione allo sviluppo, l'aiuto umanitario o gli ulteriori ambiti di intervento dell'UE rispetto a paesi terzi. In questo senso, la sentenza *Armi leggere* rappresenta una chiara conferma delle riflessioni proposte dalla dottrina a seguito della pronuncia sui *Visti aeroportuali*: «*The original fears of a subordination of Community policies to CFSP decision-making, and resulting infection of the acquis communautaire seem unjustified [...] It is rather the CFSP which is under the siege of the Community's expanding external competence*». Cfr. P. EECKHOUT, *External relations of the European Union: legal and constitutional foundations*, Oxford, 2004, p. 165.

<sup>344</sup> Cfr. il testo dell'art. 40 TUE, che corrisponde *in toto* alla formulazione dell'art. III-308 del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa: «L'attuazione della politica estera e di sicurezza comune lascia impregiudicata l'applicazione delle procedure e la rispettiva portata delle attribuzioni delle istituzioni previste dai trattati per l'esercizio delle competenze dell'Unione di cui agli articoli da 3 a 6 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea.

L'attuazione delle politiche previste in tali articoli lascia parimenti impregiudicata l'applicazione delle procedure e la rispettiva portata delle attribuzioni delle istituzioni previste dai trattati per l'esercizio delle competenze dell'Unione a titolo del presente capo».

In secondo luogo, la formula dell'art. 40 TUE rende evidente un radicale cambiamento di prospettiva nell'approccio ai conflitti di base giuridica: viene infatti abbandonata la presunzione di prevalenza delle norme comunitarie, in favore dell'espressa attribuzione di pari dignità alla PESC ed alle altre politiche dell'Unione<sup>345</sup>. Ne deriva una clausola di compatibilità reciproca<sup>346</sup> tra la politica estera e gli ulteriori settori di intervento dell'UE: in una dinamica speculare, da un lato l'attuazione della politica estera non può pregiudicare le altre competenze delle istituzioni europee, e, dall'altro lato, le specificità della PESC non possono costituire un ostacolo allo sviluppo delle restanti politiche sopranazionali<sup>347</sup>.

La norma è dunque finalizzata a scongiurare reciproche interferenze tra le competenze in questione, sia ove si tratti di misure PESC che coinvolgono obiettivi di altri settori di intervento dell'Unione, sia qualora profili di politica estera vengano presi in considerazione da atti fondati su altre politiche<sup>348</sup>. In rapporto alla giurisprudenza *Armi leggere*, pertanto, la differenza è insita nella duplice direzione del vaglio giurisdizionale del quale è investita la Corte<sup>349</sup>. In ossequio a tale precedente, inoltre, l'art. 40 TUE pone un chiaro ostacolo ad eventuali atti dotati di plurima base giuridica, obbligando di fatto il legislatore europeo ad eleggere in via esclusiva una delle opzioni astrattamente praticabili<sup>350</sup>, anche alla luce delle radicalmente differenti procedure decisionali che caratterizzano questi settori<sup>351</sup>.

<sup>345</sup> V. U. VILLANI, *Gli sviluppi del Trattato di Lisbona in materia di politica estera e di sicurezza comune*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2011, p. 9. L'equivalenza delle politiche europee fa eco al riconoscimento del pari valore giuridico dei due Trattati, a norma dell'art. 1 TUE.

<sup>346</sup> In questo senso M.G. GARBAGNATI KETVEL, *Articolo 40*, in C. CURTI GIALDINO (a cura di), *Codice dell'Unione europea operativo*, Napoli, 2012, p. 368.

<sup>347</sup> Cfr. P. VAN ELSUWEGE, *EU external action after the collapse of the pillar structure. In search of a new balance between delimitation and consistency*, in *Common Market Law Review*, 2010, p. 987.

<sup>348</sup> In dottrina, allo scopo di descrivere l'art. III-308 del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, è stato fatto ricorso all'efficace immagine di una "muraglia cinese" eretta a protezione di entrambe le parti. In questo senso v. M. CREMONA, *A constitutional basis for effective external action?*, *EUI Law Working Papers*, n. 2006/30, p. 21, in <http://cadmus.eui.eu/handle/1814/6293> (10 aprile 2014).

<sup>349</sup> È importante precisare che, alla luce delle limitazioni poste dall'art. 275 TFUE alla giurisdizione della Corte in tema di Politica estera e di sicurezza comune, come avvenuto in passato, il sindacato della Corte è diretto rispetto agli atti fondati sul TFUE e indiretto, in quanto veicolato attraverso la specifica competenza attribuita dall'art. 40 TUE, per i provvedimenti PESC. Fanno espresa eccezione le misure restrittive individuali finalizzate al contrasto al terrorismo.

<sup>350</sup> In questa prospettiva, l'art. 40 TUE fissa un "*non-affection standard*" che evoca la prassi del diritto pubblico internazionale nei rapporti fra i trattati. Basti pensare, a titolo esemplificativo, all'art. 20 della Convenzione UNESCO sulla tutela e la promozione della diversità delle espressioni culturali, rubricato *Relationship to other treaties: mutual supportiveness, comple-*

Sebbene la *ratio* sottesa alla norma abbia un elevato potenziale ordinatore del sistema, occorre tuttavia affrontare il problema del criterio risolvente di eventuali contrasti di base giuridica, che possono interessare anche la cooperazione penale. Infatti, come già evidenziato, la PESC si contraddistingue per obiettivi di ampia portata, fisiologicamente suscettibili di sovrapporsi a profili rilevanti di differenti ambiti di intervento delle istituzioni europee. Il contenzioso sulla base giuridica appare dunque destinato a conservare la propria attualità ed importanza decisiva nella definizione degli equilibri istituzionali anche se il generale tentativo di uniformazione e semplificazione delle procedure decisionali potrà esercitare gli effetti di razionalizzazione auspicati<sup>352</sup>. Il riferimento elettivo, a questo proposito, è al fatto che il TFUE prevede ora, all'art. 218, una procedura sostanzialmente unitaria per la negoziazione e conclusione di accordi internazionali da parte dell'UE, che presenta talune varianti ove l'atto rientri nel contesto della PESC, ma che resta pur sempre disciplinata dalla medesima norma.

Al contempo, la previsione di futuri margini per conflitti di base giuridica trova conferma nell'ampio dibattito avviato in dottrina sull'art. 40 TUE sin dal progetto di Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa. Rispetto all'interpretazione del nuovo disposto del Trattato, infatti, sussistono ad oggi diverse visioni, che possono essere riassunte in cinque categorie.

Secondo un primo approccio, atti che perseguano più finalità e siano in parte incardinati nella PESC potrebbero avere fondamento su una duplice base giuridica<sup>353</sup>. Sebbene infatti la Corte abbia sostanzialmente escluso questa possibilità in relazione al precedente regime, la riforma dell'art. 40 TUE parrebbe motivare un mutamento di prospettiva. Come già precisato, peraltro, la presenza di procedure istituzionali alquanto diverse renderebbe difficilmente praticabile questa impostazione, nell'ottica della semplificazione del sistema sottesa alla riforma di Lisbona.

In senso opposto, una seconda linea di pensiero ritiene che, a dispetto del nuovo testo della norma, dovrebbe trovare applicazione il regime costruito sul

*mentarity and non-subordination*. Cfr. B. VAN VOOREN, *The small arms judgement in an age of constitutional turmoil*, in *European Foreign Affairs Review*, 2009, p. 231.

<sup>351</sup> Cfr. A. LANG, *Art. 40*, in F. POCAR, M.C. BARUFFI (a cura di), *Commentario breve ai Trattati dell'Unione europea*, 2014, Padova, p. 124.

<sup>352</sup> V. in questo senso M. KLAMERT, *Conflicts of legal basis: no legality and no basis but a bright future under the Lisbon Treaty?*, in *European Law Review*, 2010, p. 500. Anche altri autori evidenziano la difficoltà di scindere in concreto la portata operativa delle competenze in tema di cooperazione allo sviluppo dalle problematiche legate alla sicurezza. Cfr. V. RANDAZZO, *Il rapporto tra cooperazione allo sviluppo e questioni relative alla sicurezza ad un primo esame della Corte di giustizia*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2008, p. 34.

<sup>353</sup> In questo senso v. ad esempio L.S. ROSSI, *From EU Pillar to Area: the impact of the Lisbon Treaty on the external dimension of freedom, security and justice*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2011, p. 1012.

previgente art. 47 TUE<sup>354</sup>. Viene sostenuto, in particolare, che, pur in assenza di una manifesta consacrazione nel diritto primario, l'analisi sistematica delle disposizioni dei Trattati permette di rilevare in concreto la prevalenza delle disposizioni del Trattato sul Funzionamento sull'azione esterna dell'UE rispetto a quelle che il Trattato sull'Unione europea riserva alla Politica estera e di sicurezza comune.

Nell'ottica della maggiore coerenza ed uniformità nell'esercizio delle competenze esterne dell'Unione sollecitata dal Trattato di Lisbona, infatti, la portata operativa delle disposizioni della PESC interessa l'insieme dei settori della politica estera. Depono a sostegno di questa circostanza il disposto dell'art. 24, par. 1, TUE, ai sensi del quale «la competenza dell'Unione in materia di politica estera e di sicurezza comune riguarda tutti i settori della politica estera e tutte le questioni relative alla sicurezza dell'Unione». La PESC rappresenterebbe dunque, secondo questa accezione, la base giuridica generale per l'adozione di atti in materia di azione esterna dell'UE, invocabile in tanto in quanto non sia possibile rilevare un ulteriore e più specifico fondamento normativo nel TFUE, ad esempio in tema di politica commerciale comune o di cooperazione allo sviluppo.

Questo rapporto fra norme di pari rango può dunque essere ricondotto al principio espresso dal brocardo latino *lex specialis derogat legi generali*. Nel caso in esame, segnatamente, le norme sulla PESC costituirebbero il riferimento ordinario dell'azione esterna dell'UE, ma risulterebbero soccombenti in presenza di competenze esterne definite da disposizioni *ad hoc* del TFUE in settori peculiari.

L'impostazione ora descritta è di particolare efficacia per la composizione dei conflitti di base giuridica che interessino atti fondati su due componenti di pari rilevanza. In assenza di una manifesta preponderanza di una di esse, infatti, nell'impossibilità di indicare una base giuridica plurima, la Corte non avrebbe a disposizione alcun adeguato criterio risolutore. Il Collegio dovrebbe piuttosto fare affidamento sulle priorità politiche palesate dal legislatore europeo negli scopi dell'atto, attraverso un giudizio su base casistica, esposto a contraddizioni ed alla difficoltà di delineare un orientamento coerente. Grazie al combinato disposto degli artt. 21 e 40 TUE, pertanto, verrebbe garantito l'approccio "*separate but equal*" avvalorato nel nuovo sistema dei Trattati, anche se la ricostruzione proposta dipende in maniera decisiva proprio dall'interpretazione che la Corte di Lussemburgo avvalorerà delle norme in esame. Da questo punto di vista, potrebbe rappresentare un ostacolo all'accoglimento della tesi in parola la macro-struttura dell'Unione forgiata con la ri-

<sup>354</sup> Principale fautrice di questa impostazione è M. CREMONA, *A constitutional basis for effective external action?*, cit., p. 21.

forma del Trattato di Lisbona, che vede, a sua volta, la PESC settore specifico in raffronto alla disciplina primaria generale<sup>355</sup>.

Strettamente collegata a questa impostazione, ma volta a supportare un approdo diametralmente opposto, la terza ricostruzione ermeneutica proposta in dottrina inverte i due fattori in esame: non sarebbero infatti le altre politiche europee ad avere carattere di specialità, ma la PESC, che si configurerebbe dunque come area residuale e, per certi aspetti, eccezionale rispetto agli ulteriori settori di intervento dell'Unione<sup>356</sup>. La motivazione posta alla base di questa lettura trova in via principale motivazione nelle peculiarità istituzionali che caratterizzano la politica estera: poiché in questo ambito il ruolo del Parlamento e della Corte di giustizia è del tutto assente, vi è chi sostiene la necessità di relegare l'opzione per questa base giuridica ad ipotesi il più possibile circoscritte: laddove fosse possibile ricollegare un'azione ad un settore diverso dalla PESC, questa soluzione andrebbe preferita.

Il quarto orientamento sostenuto in dottrina occupa una posizione intermedia, poiché accoglie in parte le argomentazioni sinora presentate, ma vi si discosta in relazione ad alcune tipologie di conflitto di base giuridica<sup>357</sup>. La prima teoria mal si attaglierebbe infatti alle ipotesi in cui uno dei fondamenti normativi prevalga in concreto, in quanto l'ancoraggio alla PESC o ad altre politiche dell'Unione coinvolga solo una parte dell'atto o alcuni profili secondari. In tali contesti, il richiamo alla costante priorità delle politiche europee diverse dalla PESC in forza della clausola inaugurale dell'art. 21 TUE comporterebbe una patente violazione dell'art. 40 TUE e dell'equivalenza da questo accordata alle disposizioni del Trattato. Si assisterebbe infatti al sacrificio delle procedure e delle attribuzioni della componente accessoria. Al contempo, a motivo della riforma del previgente art. 47 TUE, non troverebbe applicazione la giurisprudenza della Corte sui provvedimenti con una base giuridica preponderante.

Nell'opinione dei fautori di questa impostazione, di conseguenza, la soluzione elettiva sarebbe il recupero della prassi di adottare contestualmente atti complementari incardinati su differenti fondamenti normativi. Si tratterebbe, in sostanza, di scindere l'atto in due distinti strumenti giuridici, uno radicato sulle disposizioni PESC, l'altro sulla specifica politica europea interessata<sup>358</sup>.

<sup>355</sup> Un'obiezione simile è sollevata da parte di alcuni autori in dottrina, secondo i quali il Trattato di Lisbona, pur fissando in via generale gli scopi dell'Unione, individua per la Politica estera e di sicurezza comune un ruolo ed uno spazio distinti. Cfr. A. DASHWOOD, *Article 47 TEU*, cit., p. 102.

<sup>356</sup> Cfr. In particolare A. LANG, *Gli atti della PESC*, A. LANG, M.P. MARIANI (a cura di), *La politica estera dell'Unione europea. Inquadramento giuridico e prassi applicativa*, Torino, 2014, p. 49.

<sup>357</sup> Questo orientamento è sostenuto da J. HELIKOSKI, *Small arms and light weapons within the Union's pillar structure*, cit., p. 911.

<sup>358</sup> V. altresì L. PALADINI, *I conflitti fra i pilastri dell'Unione europea*, cit., p. 185.

La ricostruzione in esame non è esente da elementi di criticità. Se si considera la rilevante incidenza della PESC su molte politiche sovranazionali e sugli altri ambiti dell'azione esterna dell'UE, infatti, è ragionevole prevedere crescenti difficoltà di coordinamento e di riconduzione ad uniformità nell'attività del legislatore europeo, in spregio delle istanze di semplificazione delle procedure e della produzione normativa avanzate con la riforma di Lisbona.

La quinta ed ultima opzione ha il proprio nucleo nell'estensione della giurisprudenza consolidata rispetto ai conflitti di base giuridica nell'ambito dell'ex pilastro comunitario<sup>359</sup>. Alla generalizzazione del regime dei Trattati farebbe dunque séguito anche l'uniformazione dell'approccio alla scelta del fondamento normativo di un atto ed all'eventuale sindacato giurisdizionale. Quest'ultimo, in particolare, dovrebbe essere condotto alla luce del *leitmotiv* giurisprudenziale secondo cui la scelta della base giuridica deve essere ispirata a criteri oggettivi e suscettibili di sindacato giurisdizionale, quali il contenuto e lo scopo dell'atto. A questo proposito, merita precisare in via incidentale come parte della dottrina, pur accogliendo questa impostazione di fondo, suggerisca altresì di accordare rilevanza decisionale ai principi di trasparenza e democraticità, che dovrebbero dunque concorrere a guidare l'interprete nell'individuazione del corretto fondamento primario, ad evidente vantaggio delle basi giuridiche "altre" rispetto alla politica estera e di sicurezza<sup>360</sup>. Questa visione può soccorrere nelle ipotesi in cui l'elezione di una sola base giuridica risulti complessa, ma è necessario evidenziare come il richiamo a questi parametri non possa essere utilizzato in via esclusiva, a pena di eludere in concreto il dettame dell'art. 40 TUE e di relegare ad un piano secondario le norme del TUE sulla PESC.

Di conseguenza, il ricorso alla tecnica del "doppio binario" può risultare in concreto la soluzione più praticabile. Allo stesso tempo, ciò non esclude, ove possibile, il richiamo ai criteri valutativi consolidati nella giurisprudenza della Corte, che sembra maggiormente coerente con il riformato disposto dell'art. 40 TUE. Questa lettura infatti non esclude un approccio di fondo che, come suggerito da parte della dottrina, veda nella PESC – o, secondo la visione opposta, le altre politiche europee – un settore di carattere speciale rispetto al complesso degli ambiti di intervento dell'Unione.

D'altra parte, persiste un'ambiguità di fondo dettata dall'equiparazione formale, ad opera dell'art. 40 TUE, della Politica estera e di sicurezza comune e degli ulteriori settori di intervento dell'UE. Alla luce della lettera dell'articolo in esame, invero, gli approdi della giurisprudenza *ECOWAS* sembrano

<sup>359</sup> Cfr. M. KLAMERT, *Conflicts of legal basis*, cit., p. 500; E. BARTOLONI, *Politica estera e azione sterna dell'Unione europea*, Napoli, 2012, p. 284.

<sup>360</sup> Cfr. P. VAN ELSUWEGE, *EU external action after the collapse of the pillar structure*, p. 1007.

posti sotto pressione e meritevoli di una riconsiderazione in favore di un maggiore bilanciamento tra le politiche considerate<sup>361</sup>.

#### 10.5. Le implicazioni dell'interpretazione dell'art. 40 TUE

In definitiva, da un lato la cooperazione in materia penale è stata *in toto* “comunitarizzata”, così da beneficiare dello stesso approccio in passato avvalorato dalla Corte per l'ex primo pilastro; dall'altro lato, eventuali conflitti sul fondamento normativo che interessino la PESC non trovano nell'art. 40 TUE un criterio risolutore, ma solo la consacrazione della reciproca impermeabilità del TFUE e delle disposizioni sulla politica estera. In un caso e nell'altro, pertanto, occorrerebbe valorizzare le motivazioni che la Corte adduce a sostegno di una base giuridica nel contesto del medesimo regime primario<sup>362</sup>.

Una siffatta operazione è tanto più necessaria per fare fronte, nel nuovo contesto normativo, alle frequenti situazioni in cui sussistono più fondamenti normativi possibili, ma reciprocamente incompatibili. Peraltro, sul punto il Collegio di Lussemburgo ha selezionato nel tempo una pluralità di elementi di giudizio, con lo scopo di ancorare al corretto ormeggio tecnico-giuridico le preferenze politiche manifestate dal legislatore europeo nell'adozione di un atto<sup>363</sup>.

Anche in questo contesto, anzitutto, il parametro valutativo ordinario si risolve nell'individuazione del “centro di gravità” dell'atto, manifestato da ogni elemento testuale e teleologico utile e ricostruire la reale volontà del legislatore e il principale oggetto di interesse della disciplina<sup>364</sup>. L'analisi condotta dalla Corte si risolve dunque nel raffronto della rilevanza delle componenti

<sup>361</sup> Questo auspicio è stato da ultimo formulato da J. WOUTERS e T. RAMOPOULOS, *Revisiting the Lisbon Treaty's constitutional design of EU external relations*, Leuven Center for global governance studies, Working Paper n. 119, settembre 2013, p. 11.

<sup>362</sup> Cfr. S.M. CARBONE, *Base giuridica e criteri interpretativi delle norme comunitarie sullo spazio giudiziario europeo*, in *Contratto e impresa. Europa*, 2003, p. 183.

<sup>363</sup> D'altra parte, è pur vero che anche la giurisprudenza sinora menzionata evidenzia una discrasia tra l'intenzione di valutare il corretto inquadramento di un atto sulla scorta di dati oggettivi e, in concreto, la forte incidenza che le formule prettamente politico-programmatiche inserite nel preambolo esercitano nella formazione del convincimento della Corte, quale espressione dello scopo di una misura. Di affidamento della Corte sulle formulazioni inserite nei considerando degli atti trattava alcuni anni or sono già N. EMILOU, *Opening Pandora's box: the legal basis of Community measures before the Court of justice*, in *European Law Review*, 1994, p. 488.

<sup>364</sup> Cfr. ad es. le sentenze 11 giugno 1991, causa 300/89, *Commissione c. Consiglio (Biossido di titanio)*, in *Racc. p. I-2867*; 17 marzo 1993, causa C-155/91, *Commissione c. Consiglio*, in *Racc. p. I-939*; 10 febbraio 2009, causa C-301/06, *Irlanda c. Parlamento europeo e Consiglio*, in *Racc. p. I-593*. In dottrina v. G.M. ROBERTI, *La giurisprudenza della Corte di giustizia sulla base giuridica degli atti comunitari*, in *Il Foro italiano*, 1991, p. 99.

dell'atto e dei suoi scopi, anche grazie al sostrato normativo preesistente ed alle priorità palesate dal legislatore nel corso dell'*iter* decisionale<sup>365</sup>.

Sono stati inoltre valorizzati alcuni principi generali dell'ordinamento europeo, come l'equilibrio istituzionale, il dovere di leale cooperazione, la sussidiarietà, il principio di attribuzione ed il principio di democrazia. In questo senso un primo profilo, di carattere generale, riguarda la costante attenzione della Corte per il rispetto delle reciproche attribuzioni da parte delle istituzioni europee. Sebbene questo criterio interessi in prima battuta il riparto delle competenze, esso nondimeno esprime la necessità di individuare correttamente gli spazi di intervento di ciascuna istituzione, assicurando l'applicazione delle procedure previste dal Trattato ed il rispetto dell'equilibrio dei poteri fissato nel diritto primario<sup>366</sup>.

A ciò si collega la giurisprudenza che ha posto alla base dell'*iter* argomen-

<sup>365</sup> Cfr. la sentenza 30 maggio 2006, cause riunite C-317/04 e C-318/04, *Parlamento europeo c. Consiglio* (Passengers' name record), in *Racc.* p. I-4721, emessa a séguito di un ricorso per annullamento del primo accordo UE-USA sulla registrazione dei dati delle prenotazioni per i viaggi aerei. Il Parlamento europeo in veste di ricorrente, lamentava la violazione dei principi posti dalla direttiva 95/46/CE sulla tutela della *privacy* e rilevava altresì la violazione dei diritti fondamentali dell'individuo, con particolare riferimento alla protezione della sfera privata. La Corte ha in realtà fondato il proprio ragionamento sulla erronea riconduzione dell'accordo alla base giuridica degli artt. 95 e 300 TCE, rispettivamente in tema di armonizzazione delle normative nazionali e di competenza esterna della Comunità. Il Collegio ha infatti precisato che il trasferimento ed il trattamento di tali dati aveva ad oggetto la pubblica sicurezza e le attività dello Stato in materia di diritto penale e doveva pertanto essere fondato sulle disposizioni del terzo pilastro. Ne è conseguito l'annullamento della decisione del Consiglio con la quale veniva autorizzata la conclusione dell'accordo. La pronuncia è stata diffusamente commentata in dottrina. Cfr. ad esempio E. PEDILARCO, *Protezione dei dati personali: la Corte di giustizia annulla l'accordo Unione europea-Stati Uniti sul trasferimento dei dati dei passeggeri aerei*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2006, p. 1225; V. MICHEL, *Case Note*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 2006, p. 549. A séguito della pronuncia, l'accordo è stato nuovamente negoziato. Per una descrizione della disciplina riformata v. A. TERRASI, *Trasmissione dei dati personali e tutela della riservatezza: l'Accordo tra Unione europea e Stati Uniti del 2007*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2008, p. 375.

<sup>366</sup> Cfr. il parere della Corte del 6 dicembre 2001, n. 2/00 circa la compatibilità del Protocollo di Cartagena sulla circolazione degli organismi OGM, in *Racc.* p. I-9713, punto 5: «A tale riguardo occorre rilevare che la scelta della base giuridica adeguata riveste un'importanza di natura costituzionale. Infatti, la Comunità, disponendo soltanto di competenze di attribuzione, deve ricondurre il protocollo ad una disposizione del Trattato che l'abiliti ad approvare un simile atto. Il ricorso ad una base giuridica errata può quindi invalidare l'atto di stipulazione stesso e, conseguentemente, inficiare il consenso della Comunità ad essere vincolata dall'accordo da essa sottoscritto. Ciò si verifica in particolare quando il Trattato non attribuisce alla Comunità una competenza sufficiente per ratificare l'accordo nel suo complesso, il che equivale ad esaminare la ripartizione delle competenze tra la Comunità e gli Stati membri a stipulare l'accordo progettato con i paesi terzi, oppure ancora quando la base giuridica adeguata del detto atto di stipulazione prevede una procedura legislativa diversa da quella che è stata effettivamente seguita dalle istituzioni comunitarie».



tativo la necessità di prediligere la base giuridica che accordasse maggiori prerogative al Parlamento europeo, in ossequio al principio di democrazia<sup>367</sup>. Nel contesto del Trattato di Lisbona, pertanto, almeno in presenza di più basi giuridiche di pari importanza, appare opportuno riconoscere in via generale la prevalenza delle disposizioni che prevedano l'applicazione della procedura legislativa ordinaria o, quanto meno, un ruolo attivo del Parlamento europeo. In tutta evidenza, nondimeno, tale criterio opererebbe ad esclusivo detrimento della PESC e, ove applicato estensivamente, potrebbe costituire un forte disincentivo in capo agli Stati ad alimentare il processo di integrazione in questo settore. Peraltro, come è stato talora evidenziato, tale univoca soluzione potrebbe comportare un *vulnus* all'equilibrio istituzionale, che non può essere interpretato come istanza a tutela delle sole prerogative parlamentari<sup>368</sup>.

In altre occasioni, la Corte ha avuto peculiare riguardo per la tipologia di competenza conferita all'Unione, prediligendo ove possibile la base giuridica che garantisse maggiori prerogative alle istituzioni europee<sup>369</sup>. È stato rimarcato, segnatamente, che l'opzione elettiva per un fondamento normativo contraddistinto da competenza esclusiva potrebbe rappresentare un criterio strategico nel contesto dell'azione esterna dell'UE, al fine di assicurarne la massima coerenza<sup>370</sup>. Anche in questo caso, di conseguenza, nei limiti dei principi regolatori del sistema delle competenze, il criterio di giudizio proposto decreterebbe in molte ipotesi l'automatica soccombenza del fondamento PESC.

Indipendentemente dal criterio discrezionale che si intenda richiamare, la soluzione proposta sembra alquanto mitigare la portata operativa dell'art. 40 TUE. Qualora questa impostazione fosse accolta, infatti, la capacità della norma di orientare in maniera decisiva il convincimento della Corte sarebbe in concreto neutralizzata. In assenza di una espressa o implicita preferenza

<sup>367</sup> Cfr. la sentenza 6 novembre 2008, causa C-155/07, *Parlamento europeo c. Consiglio (Banca europea degli investimenti)*, in *Racc.* p. I-8103.

<sup>368</sup> In questo senso v. anche le conclusioni dell'avvocato generale Kokott nella causa *Banca europea degli investimenti*, cit. *supra*, punti 89-90.

<sup>369</sup> L'argomentazione, come già ricordato, non è stata proposta nelle controversie interparlamentari, nelle quali la Corte ha dimostrato a più riprese di non considerare un criterio utile il differente grado di competenza riconosciuto all'Unione dai Trattati.

<sup>370</sup> Cfr. la sentenza 10 gennaio 2006, causa C-178/03, *Commissione c. Parlamento europeo e Consiglio*, in *Racc.* p. I-107. La rilevanza della categoria di competenza è stata peraltro sconsigliata in altre pronunce della Corte. V. al proposito il parere 15 novembre 1994, n. 1/94, sull'Organizzazione Mondiale del Commercio, in *Racc.* p. I-5267. In tale sede, la Corte ha escluso che un conflitto di base giuridica possa essere risolto attraverso il parametro della competenza, che attiene ad un piano differente ed esprime una preferenza politica. In dottrina v. M. CREMONA, *Defending Community interest: the duties of cooperation and compliance*, in M. CREMONA, B. DE WITTE (a cura di), *EU foreign relations law*, cit., p. 157. L'autrice, a sostegno del criterio in parola, richiama anche il principio di leale cooperazione, in forza del quale anche le istituzioni sovranazionali devono gestire i propri rapporti reciproci in buona fede.

per il TFUE, l'art. 40 TUE avrebbe la sola funzione di rimarcare l'urgenza di scongiurare interferenze fra la PESC e le altre politiche dell'Unione, senza contribuire positivamente alla composizione di eventuali discrasie.

In questo senso, la riforma del disposto del Trattato risulterebbe coerente con la previsione di un regime primario unitario e generale, teso a salvaguardare talune specificità in singoli àmbiti di intervento. Allo stesso tempo, tuttavia, una simile accezione limiterebbe fortemente la portata operativa e l'effetto utile della norma, ridotta in massima parte ad una docile consacrazione di un corollario di principi generali dell'ordinamento dell'Unione. L'unico effettivo apporto dell'art. 40 TUE, in particolare, sarebbe limitato alla preclusione delle basi giuridiche multiple in materia di politica estera. Consacrando la reciproca impermeabilità della Politica estera e di sicurezza comune e delle altre politiche dell'Unione, infatti, il disposto in parola osta alla giurisprudenza della Corte che, pur in casi eccezionali, ammette la possibilità di configurare un fondamento normativo composito agli atti dell'Unione.

Allo stato del dibattito, occorre dunque attendere segnali più precisi da parte delle istituzioni europee e della giurisprudenza in particolare: la problematica in esame è stata infatti talora sollevata dinnanzi al Giudice dell'Unione, *sub specie* di motivo di doglianza avverso atti PESC, ma non si registrano ad oggi specifiche risposte al riguardo<sup>371</sup>.

#### 10.6. *La dimensione esterna della cooperazione penale ed i conflitti sulla scelta della base giuridica*

Giunti a questo punto dell'analisi, occorre considerare se sussistano possibili ripercussioni residue sulla cooperazione in materia penale. Nel tempo, infatti, l'Unione ha adottato un numero crescente di accordi internazionali *cross-pillar* o incentrati su materie del terzo pilastro<sup>372</sup>.

<sup>371</sup> Basti pensare a due ricorsi per annullamento promossi da istituzioni bancarie ed assicurative iraniane avverso decisioni PESC del Consiglio che dispongono nei loro confronti misure restrittive di carattere patrimoniale, nell'àmbito della lotta al terrorismo internazionale. Tra le argomentazioni sollevate dai ricorrenti, infatti, viene altresì lamentato il vizio di violazione di forme sostanziali, *sub specie* di inesatta individuazione della base giuridica, in spregio dell'art. 40 TUE. I ricorsi sono stati tuttavia in entrambi i casi rigettati, senza motivazione puntuale su questo motivo. Cfr. le sentenze del 6 settembre 2013, causa T-12/11, *Iran Insurance c. Consiglio* e causa T-13/11, *Post Bank Iran c. Consiglio*, non ancora pubblicate.

<sup>372</sup> La volontà di alimentare l'azione esterna dell'UE nel settore della cooperazione penale era espressamente prevista al punto 7 del Programma di Stoccolma. Peraltro, prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, la capacità dell'Unione di concludere autonomamente accordi internazionali era tematica di acceso e controverso confronto dottrinale. L'Unione infatti era carente di personalità giuridica e, sebbene gli artt. 24 e 38 TUE autorizzassero l'adozione di tali strumenti sia nel secondo che nel terzo pilastro, pur tuttavia alcuni autori ritenevano che il Consiglio potesse solo limitarsi a negoziare in nome degli Stati membri. L'incertezza interpretativa derivava dal testo stesso del Trattato, poiché l'art. 24, par. 5, TUE

Nel primo caso, si è spesso trattato di strumenti fondati contestualmente su una duplice base giuridica, poiché volti al perseguimento di scopi rientranti nel secondo e nel terzo pilastro. Si segnalano fra gli altri, per numero e importanza, gli strumenti destinati ad incentivare lo scambio di informazioni fra l'Unione europea e Stati terzi<sup>373</sup>.

La legittimazione alla conclusione di questi accordi è stata individuata negli artt. 24 e 38 TUE, che nel previgente sistema dei Trattati prevedevano la possibilità di agire a livello internazionale per il conseguimento degli scopi fissati dal TUE. In particolare, l'analisi del contenuto palesa come la componente penale sia in sé circoscritta a ristretti profili di cooperazione tecnico-informativa fra autorità giudiziarie e di polizia, profilo che nell'attuale sistematica dei Trattati potrebbe ricadere nell'art. 87 TFUE. Peraltro, lo scopo ad essi sotteso appare maggiormente ambizioso e di più ampio respiro, poiché le misure ivi cristallizzate – anche non di natura penale – mirano in via principale al rafforzamento della sicurezza interna ed esterna degli Stati membri<sup>374</sup>.

stabiliva che i trattati conclusi non avrebbero vincolato gli Stati che avessero dichiarato che esso doveva conformarsi alle procedure costituzionali interne. Inoltre, la Dichiarazione n. 4 allegata al Trattato di Amsterdam prevedeva che l'art. 24 TUE non comportava alcun trasferimento di competenze dagli Stati membri all'UE. D'altra parte, gli emendamenti introdotti all'art. 24 TUE dal Trattato di Nizza deponevano per l'autonoma investitura internazionale dell'Unione. Basti pensare all'inserimento di un sesto paragrafo, ai sensi del quale i trattati conclusi dall'Unione vincolavano le istituzioni europee. Per approfondimenti di carattere generale v. N. NEUWAHL, *Legal personality of the European Union. International and institutional aspects*, in V. KRONEMBERGER (a cura di), *The European Union and the international legal order: discord or harmony?*, L'Aia, 2001, p. 3. Sulle posizioni dei commentatori v., ad es., nel primo senso A. DASHWOOD, *External relations provisions of the Amsterdam Treaty*, in D. O'KEEFE, P. TWOMEY (a cura di), *Legal issues of the Amsterdam Treaty*, Oxford, 1999, p. 219 e P. EECKHOUT, *External relations of the European Union. Legal and constitutional foundations*, Oxford, 2004, p. 155; per l'opposta visione cfr. R.A. WESSELS, *Revisiting the international legal status of the EU*, in *European Foreign Affairs Review*, 2000, p. 507; E. DENZA, *The intergovernmental pillars of the European Union*, Oxford, 2002, p. 174. V., a seguito della riforma di Lisbona, P.J. KUIJPER, *The law of EU external relations: cases, materials and commentary on the EU as an international legal actor*, Oxford, 2013.

<sup>373</sup> Basti pensare, a titolo esemplificativo, agli accordi sullo scambio di informazioni classificate conclusi con Romania, Bulgaria Croazia – prima del loro ingresso nell'UE – Bosnia, Norvegia, Macedonia e Islanda, rispettivamente GU L 324, del 27 ottobre 2004; GU L 362, del 2 dicembre 2004; GU L 118, del 5 maggio 2005; GU L 172, del 5 luglio 2005; GU L 116, del 29 aprile 2006; GU L 184, del 6 luglio 2006. La disciplina di questi accordi è sostanzialmente identica e riguarda lo scambio di informazioni classificate. Con tale espressione, ai sensi dell'art. 2 degli accordi in esame, si indica qualunque informazione – ossia conoscenze che possono essere comunicate in qualunque forma – o qualsiasi materiale destinato ad essere protetto dalla divulgazione non autorizzata e che è stato designato a tal fine con una classificazione di sicurezza.

<sup>374</sup> Deve essere altresì menzionato l'analogo accordo concluso con la NATO, invero il primo sottoscritto dall'Unione in questa materia e, soprattutto, il primo nel quale l'Unione era parte con un'altra organizzazione internazionale, in GU L 80, del 27 marzo 2003.

In altre ipotesi, all'interno di questa tipologia di atti, la dottrina ha evidenziato la natura per così dire intermedia di alcuni provvedimenti, in concreto aventi dimensione interpilastro, ma formalmente fondati su una sola base giuridica, segnatamente l'art. 24 TUE. Il primo esempio in questo senso è stato individuato nello Scambio di lettere tra l'Unione ed il Libano sulla lotta al terrorismo attraverso misure di politica estera e di cooperazione penale, approvato con decisione del Consiglio del 17 giugno 2002<sup>375</sup>. A questo ha fatto seguito la prassi di ampliare le finalità sottese ad alcuni atti PESC, ed in particolare agli atti destinati a dare avvio a missioni internazionali dell'Unione. Come evidenziato in dottrina, infatti, le relative decisioni o azioni comuni del Consiglio spesso rivelano elementi non secondari riguardanti la cooperazione in materia di diritto penale sostanziale e processuale fra l'Unione ed i Paesi terzi coinvolti<sup>376</sup>. Infatti, il rafforzamento dei sistemi giudiziari interni e l'avvio di crescenti forme di collaborazione ed assistenza – soprattutto nel caso di Stati terzi limitrofi all'UE o che abbiano con essa rapporti significativi – viene considerata una componente di particolare rilevanza nell'ambito della missione europea<sup>377</sup>.

L'analisi degli atti rientranti nella seconda categoria rivela, a dispetto dell'inquadramento nel terzo pilastro, la tendenza a richiamare contestualmente gli artt. 24 e 38 TUE. È questo il caso di alcuni accordi in tema di assistenza giudiziaria tra UE e Stati terzi, sostanzialmente incentrati su istituti di diritto processuale penale, ma formalmente incardinati su un duplice fondamento primario<sup>378</sup>.

<sup>375</sup> Sul punto v. B. BONAFÉ, *Il nuovo accordo interpilastri concluso dall'Unione europea con il Libano*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2003, p. 407, che condivide il ricorso al solo art. 24 TUE, pur nel contesto di un accordo internazionale espressamente destinato ad interessare molteplici profili intergovernativi.

<sup>376</sup> Cfr. G. FOURNIER, *Coopération judiciaire de l'Union européenne en matière pénale: quelle contributions à un universalisme pénal?*, in C. FLAESCH-MOUGIN, L.S. ROSSI (a cura di), *La dimension extérieure de l'espace de liberté, sécurité et justice de l'Union européenne après le Traité de Lisbonne*, Bruxelles, 2013, p. 457.

<sup>377</sup> In quest'ultimo caso, il riferimento è all'azione comune 2008/124/PESC del Consiglio, del 4 febbraio 2008, relativa alla missione dell'Unione europea EULEX Kosovo, in GU L 42, del 16 febbraio 2008, p. 2, che ha nella cooperazione con le autorità giudiziarie, di polizia e doganali del Kosovo uno degli elementi essenziali verso la creazione di uno Stato di diritto. L'azione comune prevede altresì l'avvio di sforzi comuni per il contrasto alla criminalità organizzata. Peraltro, la base giuridica di questa azione comune è l'art. 25 TUE.

<sup>378</sup> Ne è esempio elettivo il recente accordo tra l'Unione europea ed il Giappone sull'assistenza giudiziaria reciproca in materia penale, sulla cui conclusione v. la decisione del Consiglio 2010/616/UE, del 7 ottobre 2010, in GU L 271, del 15 ottobre 2010, p. 3. V. anche l'accordo tra l'Unione europea e la Repubblica di Islanda ed il Regno di Norvegia relativo alla procedura di consegna tra gli Stati membri dell'Unione europea, l'Islanda e la Norvegia, concluso con decisione del Consiglio 2006/697/CE, del 27 giugno 2006, in GU L 292, del 21 ottobre 2006, p. 1. V. altresì la decisione 2003/516/CE del Consiglio, del 6 giugno 2003, relativa

Risulta evidente da questi pur sintetici richiami che le istituzioni europee, nella prassi, hanno tradizionalmente optato per la coesistenza di diversi profili a fondamento degli accordi internazionali in materia di cooperazione penale<sup>379</sup>. Un'impostazione che, a ben vedere, è stata accolta anche rispetto alla conclusione di convenzioni multilaterali incentrate sul contrasto al crimine sovranazionale, ma capaci di interessare multiformi aree di competenza<sup>380</sup>. È questo ad esempio il caso della Convenzione ONU di Palermo sul crimine organizzato, in ordine alla quale la Comunità ha indicato in una analitica dichiarazione di competenza le disposizioni limitatamente alle quali godeva di competenza a negoziare<sup>381</sup>.

Nel sistema inaugurato dal Trattato di Lisbona, nonostante l'espressa volontà di razionalizzare e semplificare il dettame primario e pur a fronte della previsione di una base giuridica unitaria per la conclusione di accordi internazionali, ovverosia l'art. 218 TFUE, si assiste a residue frammentazioni delle norme del Trattato capaci di legittimare il perfezionamento, ad opera dell'Unione, di accordi rilevanti per il settore penale.

Limitando l'analisi ad alcuni brevi richiami normativi, soccorrono, in primo luogo, le norme del TUE sulla PESC, che, tuttavia, come visto, ai sensi dell'art. 40 TUE, non possono coabitare con disposizioni del TFUE. Si annoverano poi le disposizioni del TFUE espressamente dedicate alla cooperazione penale, fra le quali, peraltro, l'art. 83, par. 2, espressamente prevede uno stretto e necessario legame con ulteriori politiche UE, delle quali sia necessario garantire la piena efficacia. A queste si aggiungono l'art. 75 TFUE sulle misure restrittive destinate al contrasto del terrorismo e le disposizioni sul

alla firma degli accordi tra l'Unione europea e gli Stati Uniti d'America sull'estradizione e sulla mutua assistenza giudiziaria in materia penale, in GU L 181, del 19 luglio 2003, p. 25.

<sup>379</sup> Per approfondimenti sul punto v. R.A. WESSELS, L. MARIN, C. MATERA, *The external dimension of the EU's Area of Freedom, Security and Justice*, in C. ECKES, T. KONSTATINIDES (a cura di), *Crime within the Area of Freedom, Security and Justice*, Cambridge, 2010, p. 272.

<sup>380</sup> Peraltro, non sempre la conclusione di accordi internazionali rilevanti per la materia penale ha coinvolto la dimensione interpilastro. Ad esempio, la convenzione ONU sulla corruzione del 31 ottobre 2003, cd. convenzione di Merida, è stata adottata con decisione del Consiglio 2008/801/CE, del 25 settembre 2008, in GU L 287, del 29 ottobre 2008, p. 1, fondata esclusivamente su plurime basi giuridiche comunitarie.

<sup>381</sup> Cfr. la Convenzione ONU ed i Protocolli contro il crimine organizzato transnazionale, adottati dall'Assemblea generale il 15 novembre 2000 ed il 31 maggio 2001, cd. Convenzione di Palermo. V. inoltre la posizione comune del Consiglio del 29 marzo 1999, definita in base all'art. K.3 del Trattato sull'Unione europea, sulla proposta di convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata, in GU L 87 del 31 marzo 1999, p. 1. In dottrina v., per un commento alla Convenzione, D. MCLEAN, *Transnational organized crime: a commentary on the UN Convention and its Protocols*, Oxford, 2007. La Convenzione è stata ratificata dall'Italia con Legge 16 marzo 2006, n. 146, in GU n. 85, dell'11 aprile 2006, suppl. ord. n. 91. Sul punto v. A. DI MARTINO, *Criminalità organizzata e reato transnazionale, diritto penale nazionale: l'attuazione in Italia della cd. Convenzione di Palermo*, in *Diritto penale e processo*, 2006, p. 15.

trattamento dei dati personali. Proprio la gestione dei dati personali, spesso sotto molti profili oggetto di accordi poiché strumento decisivo nella cooperazione penale in sede europea ed internazionale, introduce un ulteriore elemento di complicazione. Sussistono infatti sul punto sia l'art. 16 TFUE che l'art. 87 TFUE e l'art. 39 TUE, norme complementari che disciplinano la competenza delle istituzioni europee a adottare atti su questa materia sia nel contesto della PESC che nell'ambito delle altre politiche dell'Unione, con procedure differenti e sotto la comune supervisione di autorità di controllo<sup>382</sup>.

Non bisogna scordare, infine, le potenzialità operative degli artt. 87 ed 88 TFUE, che disciplinano le attribuzioni del legislatore sovranazionale rispetto alle prerogative dell'Ufficio Europol, a sostegno della cooperazione di polizia in materia penale. Proprio i due capoversi delle norme in parola, infatti, hanno costituito la base giuridica per la conclusione di un accordo con gli Stati Uniti sul trattamento ed il trasferimento dei dati sui flussi finanziari a scopo di contrasto al terrorismo<sup>383</sup>. L'atto in questione è invero un esempio paradigmatico della intricata rete di basi giuridiche predisposta dal nuovo sistema dei Trattati, poiché riguarda il trattamento di dati – e potenzialmente anche di informazioni sensibili – ed il contrasto internazionale al terrorismo, ma non ricade in alcuno dei fondamenti predisposti *ad hoc* dai redattori dei Trattati per questi due settori.

A fronte dunque delle problematiche interpretative poste dall'art. 40 TUE e dell'assenza di un generale ed espresso criterio risolutore dei conflitti di base giuridica che coinvolgano la PESC, la cristallizzazione delle possibili basi giuridiche rilevanti, ciascuna di esse contraddistinta da finalità e procedure *ad hoc*, incrementa il rischio di contrasti istituzionali. Un rischio che appare ancora più evidente se si considera che, alla luce dell'esperienza sinora maturata, gli accordi conclusi dall'Unione hanno nella maggior parte dei casi interessato ambiti differenti, tanto da mostrare di fatto una radice primaria interpilastro.

<sup>382</sup> Cfr. H. HIJMANS, A. SCIROCCO, *Shortcomings in EU data protection in the third and the second pillars. Can the Lisbon Treaty be expected to help?*, in *Common Market Law Review*, 2009, p. 1485. Gli autori affrontano analiticamente il mutamento di disciplina cui si è assistito con la riforma dei Trattati, anche alla luce della necessità di rafforzare in materia la tutela dei singoli e di valorizzare appieno le garanzie accordate dall'art. 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE. In questo senso, il rispetto delle tutele individuali transita anche attraverso l'applicazione delle procedure consacrate nel Trattato e, di riflesso, mediante la corretta individuazione della base giuridica degli atti adottati in materia. Gli autori richiamano inoltre la giurisprudenza sull'effetto diretto delle norme del Trattato per suggerire che l'art. 16 TFUE disvela le caratteristiche necessarie al riconoscimento di tale natura. Per una panoramica sugli sviluppi giurisprudenziali nella tutela dei dati personali dinnanzi alle Corti di Lussemburgo e Strasburgo v. G. TIBERI, *Il diritto alla protezione dei dati personali nella carte e nelle corti sovranazionali*, in *Cassazione penale*, 2010, p. 355.

<sup>383</sup> Cfr. la decisione 2010/414/UE del Consiglio del 13 luglio 2010, in GU L 195, del 27 luglio 2010, p. 3.

Ne deriva che, anche in prospettiva futura, la Corte di giustizia, indipendentemente dalla soluzione ermeneutica avvalorata per l'art. 40 TUE, dovrà continuare ad esercitare il proprio ruolo di guardiana sulla corretta applicazione delle disposizioni dei Trattati, con particolare riguardo per la distinzione tra i settori riservato alla Politica estera e di sicurezza comune e le ulteriori attribuzioni dell'Unione.

*10.7. Cooperazione in materia penale ed altre politiche UE: margini per futuri conflitti alla luce delle finalità delle competenze attribuite all'Unione?*

La complessità ora riconosciuta nel rapporto fra PESC ed altre politiche europee – cooperazione in materia penale *in primis* – si riflette, come già preannunciato, anche in relazione alla corretta delimitazione dello spazio operativo delle basi giuridiche di cui al capo 5 del Titolo V TFUE. È dunque in ultima analisi opportuno ricordare come alle problematiche ora affrontate si aggiungano possibili difficoltà di coordinamento “orizzontale” fra le norme del TFUE. Tali criticità applicative si prospettano lungo due linee direttrici: da un lato, discrasie interne al Titolo V TFUE e, dall'altro lato, fra basi giuridiche della cooperazione penale e politiche europee “terze”.

Dal primo punto di vista, come già evidenziato in sede di approfondimento del contenuto delle riformate disposizioni del Trattato in tema di cooperazione penale<sup>384</sup>, le nuove norme primarie si contraddistinguono per una formulazione piuttosto articolata, che apre la strada ad interferenze applicative.

In particolare, in sintesi, i primi due paragrafi dell'art 82 sono avvinti da un legame di specialità bilaterale, così da risultare reciprocamente incompatibili. La formulazione inaugurale dell'articolo attiene infatti in via generale l'adozione di norme sul reciproco riconoscimento, mentre la seconda disposizione concerne principalmente il ravvicinamento della regolamentazione nazionale di istituti processuali, inteso però quale veicolo di obiettivi di più ampio respiro, tra i quali può figurare anche la facilitazione del reciproco riconoscimento delle decisioni giurisdizionali. Inoltre, come ricordato, solo il secondo paragrafo subordina l'esercizio del potere legislativo a talune condizioni – quali il carattere transnazionale dell'istituto disciplinato ed il riguardo per gli ordinamenti interni – e beneficia della possibilità di attivare il cd. *emergency break* disciplinato al paragrafo terzo<sup>385</sup>.

<sup>384</sup> Sebbene la comunitarizzazione della materia abbia risolto in massima parte l'annoso problema della base giuridica degli atti contenenti norme penali, la scelta dei redattori del Trattato è maturata solo attraverso complessi e prolungati negoziati, all'esito dei quali, come contropartita all'abbandono del modello intergovernativo, le norme rilevanti sono state arricchite di specificazioni e rappresentano il frutto di articolate garanzie e prudenti bilanciamenti accordati agli Stati.

<sup>385</sup> Secondo alcuni commentatori, si pone altresì il problema della clausola residuale di cui al par. 2, lett. d), che consente di estendere il novero delle materie oggetto di intervento legi-

Analoghe riflessioni ben si attagliano all'art. 83 TFUE: i primi due paragrafi appaiono difatti *leges speciales* l'uno rispetto all'altro, sebbene ad entrambi possa trovare applicazione la procedura di emergenza di cui al par. 3.

Se dunque la "comunitarizzazione" della materia penale ha consentito di risolvere in massima parte i problemi di base giuridica interpilastro, pur tuttavia la formulazione delle norme in esame non permette di ritenere del tutto superate le problematiche connesse all'individuazione del corretto inquadramento degli atti di diritto derivato. Ciò anche in ragione del fatto che, trattandosi nella maggior parte dei casi di atti di ravvicinamento degli ordinamenti interni o di strumenti volti ad incentivare il reciproco riconoscimento, essi coprono spesso un vasto spettro tematico e si caratterizzano non di rado per norme di ampio respiro, con la conseguente possibilità di coinvolgere in un unico contesto multiformi profili di diritto penale sostanziale e processuale.

Parimenti, la natura stessa della materia penale presuppone una forte interrelazione fra diritto sostanziale e processuale, anche in ragione del fatto che molti istituti vengono declinati in maniera differente nel frammentato panorama normativo statale.

Ad oggi, la prassi normativa evidenzia una certa flessibilità, con la tendenza a richiamare più basi per uno stesso atto. La direttiva 2011/36/UE sulla repressione della tratta di esseri umani riporta ad esempio gli artt. 82, par. 2, ed 83, par. 1, TFUE, rendendo dunque conto della contestuale componente sostanziale e processuale che anima l'atto<sup>386</sup>. Lo stesso si dica per la direttiva relativa al sequestro ed alla confisca dei proventi di reato, che la Commissione, in sede di proposta, con scelta conservata dal legislatore europeo, ha incardinato contestualmente sull'art. 82, par. 2, e sull'art. 83, par. 1, TFUE<sup>387</sup>. Sebbene in entrambi i casi il richiamo alla base giuridica processuale appaia giustificato solo rispetto a profili secondari degli atti in questione, la duplice indicazione non presenta significative problematiche, in quanto le disposizioni menzionate si caratterizzano per un regime analogo, non solo rispetto alla

slativo dell'Unione ed il ricorso alla quale prevede una previa decisione assunta dal Consiglio all'unanimità, con mera approvazione parlamentare. Si potrebbe infatti presentare il rischio che, attraverso una sorta di "procedural shopping", venga sostenuta nella prassi una preferenza per questo *iter* decisionale, che assicura maggiore ruolo agli Stati membri, con indebiti sconfinamenti in situazioni che andrebbero regolate dal primo paragrafo.

<sup>386</sup> Cfr. la direttiva 2011/36/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 aprile 2011, concernente la prevenzione e la repressione della tratta di essere umani e la protezione delle vittime, e che sostituisce la decisione quadro del Consiglio 2002/629/GAI, in GU L 101, del 15 aprile 2011, p. 1.

<sup>387</sup> Cfr. la direttiva 2014/42/UE, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 3 aprile 2014, relativa alla confisca ed al congelamento dei beni strumentali e dei proventi da reato nell'Unione europea, in GU L 127, del 29 aprile 2014, p. 39. Per un commento alla proposta di direttive, secondo il testo originariamente formulato dalla Commissione europea, v. A.M. MAUGERI, *Proposta di direttiva in materia di congelamento e confisca dei proventi di reati. Prime riflessioni*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it) del 18 giugno 2012 (10 giugno 2014).



procedura legislativa, ma anche in relazione alla possibilità di attivare il freno d'emergenza.

Quanto invece alle possibili difficoltà operative fra basi giuridiche del Titolo V, Capo 5, TFUE ed ulteriori politiche UE, occorrerà anzitutto verificare l'assestamento della prassi istituzionale rispetto all'art. 83, par. 2, che presuppone, secondo modalità ad oggi non compiutamente sperimentate, l'adozione di norme di armonizzazione nelle politiche delle quali si intenda assicurare l'effettività mediante l'approvazione di misure penali.

A questo proposito, alcune utili notazioni giungono dalla sentenza *Commissione c. Parlamento e Consiglio* del 2014<sup>388</sup>, originata da una delle prime controversie sulle basi giuridiche riguardanti la cooperazione in materia penale successive all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona.

Nella causa in questione, la Commissione contestava la base giuridica scelta dal legislatore UE per l'adozione della direttiva 2011/82/UE sullo scambio di informazioni sulle infrazioni in tema di sicurezza stradale<sup>389</sup>. L'elaborazione di tale atto era tesa ad incrementare il livello di sicurezza stradale, in particolare attraverso il rafforzamento del sistema di scambio di informazioni in presenza di infrazioni commesse con un veicolo immatricolato in un altro Stato membro<sup>390</sup>. In particolare, sin dalle prima fase della procedura legislativa, erano state individuate alcune specifiche condotte di guida, alle quali avrebbe trovato applicazione il meccanismo di condivisione delle informazioni fra autorità nazionali, indipendentemente dalla qualificazione penale o amministrativa dell'illecito occorso in ciascun ordinamento statale<sup>391</sup>. In queste situazioni, la facilitazione dello scambio dei dati di immatricolazione avrebbe agevolato l'identificazione dei responsabili, accrescendo l'effetto deterrente delle sanzioni e, in ultima analisi, incentivando la prudenza dei conducenti.

In sede di proposta, il fondamento dell'atto era stato individuato nell'art. 91 TFUE, riguardante la politica dei trasporti. In particolare, in ossequio alle finalità prospettate dalla direttiva stessa, la Commissione aveva optato per l'odierno disposto del par. 1, lett. c), che investe il Consiglio ed il Parlamento

<sup>388</sup> Cfr. le conclusioni del 10 settembre 2013, causa C-43/12, *Commissione c. Parlamento e Consiglio*, non ancora pubblicate.

<sup>389</sup> Cfr. la direttiva 2011/82/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2011, intesa ad agevolare lo scambio transfrontaliero di informazioni sulle infrazioni in materia di sicurezza stradale, in GU L 288, del 5 novembre 2011, p. 1.

<sup>390</sup> Cfr. in particolare l'art. 1 della direttiva ed i considerando n. 1, 6 e 7.

<sup>391</sup> A norma dell'art. 2, il sistema di scambio delle informazioni avrebbe trovato applicazione in relazione a casi di eccesso di velocità, mancato uso della cintura di sicurezza, mancato arresto davanti a un semaforo rosso, guida in stato di ebbrezza, guida sotto l'influsso di sostanze stupefacenti, mancato uso del casco protettivo, circolazione su una corsia vietata, uso indebito di telefono cellulare o di altri dispositivi di comunicazione durante la guida. Il richiamo alla guida in stato di ebbrezza comportava in tutta evidenza maggiori problemi in ordine alla classificazione della condotta a livello nazionale, qualificata ora come reato penale, ora come sanzione amministrativa.

europeo del compito di adottare norme volte a migliorare la sicurezza dei trasporti.

Tuttavia, all'esito dei negoziati, le istituzioni legislative avevano preferito fare riferimento all'art. 87 TFUE, par. 2, lett. a), che, nel contesto della cooperazione di polizia e delle misure destinate ad assicurarne la crescente efficacia, nell'ottica della prevenzione del crimine o dello svolgimento di attività di indagine, disciplina l'adozione di norme sovranazionali sulla «raccolta, l'archiviazione, il trattamento, l'analisi e lo scambio delle pertinenti informazioni». Tanto l'art. 91, par. 1, quanto l'art. 87, par. 2, TFUE prevedono un regime analogo, caratterizzato dal ricorso alla procedura legislativa ordinaria, e si differenziano dunque per il settore di competenza interessato, nonché per gli obiettivi ai quali rispettivamente tendono.

A questo riguardo, la Commissione lamentava che il campo operativo dell'art. 87 TFUE dovesse essere circoscritto ai soli scambi di informazioni strettamente funzionali all'avvio ed alla conduzione di attività di cooperazione fra autorità di polizia. Esso dovrebbe dunque trovare applicazione solo rispetto ad iniziative delle competenti autorità statali finalizzate a prevenire o contrastare condotte penalmente rilevanti. La propedeuticità dello scambio di informazioni all'individuazione dei responsabili di infrazioni stradali ed all'irrogazione delle relative sanzioni non poteva dunque attrarre automaticamente la sicurezza stradale nell'alveo della «materia penale» sulla quale è strettamente focalizzato il Titolo V TFUE.

Prendendo le mosse da questa linea di pensiero, la Corte ha supportato la tesi della Commissione europea, dichiarando la nullità della direttiva oggetto di doglianza. Il Collegio ha in particolare ritenuto, sulla scorta dell'ordinario *iter* argomentativo in tema di basi giuridiche, che lo scopo preponderante dell'atto fosse la garanzia di una maggior sicurezza stradale, obiettivo in via principale consacrato dalle norme del Trattato sulla politica dei trasporti<sup>392</sup>. Ciò che è più rilevante, però, è che la Corte ha altresì evidenziato la necessità di interpretare le norme sulla cooperazione penale alla luce delle disposizioni generali del Titolo V TFUE, ed in particolare dell'art. 67, il quale ricollega

<sup>392</sup> La possibilità di ricondurre la disciplina di questa direttiva alla materia penale appariva a prima vista negata da un precedente riguardante il corretto incasellamento della direttiva 2006/24/CE, sulla conservazione di dati generati o trattati nell'ambito della fornitura di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico o di reti pubbliche di comunicazione. L'Irlanda riteneva infatti che tale atto dovesse essere incardinato nel terzo pilastro, ma la Corte ha rigettato tale doglianza, evidenziando come la direttiva non provvedesse ad armonizzare profili connaturati alla cooperazione di polizia, come l'accesso alle informazioni e lo scambio. Cfr. la sentenza 10 febbraio 2009, causa C-301/06, *Irlanda c. Parlamento europeo e Consiglio*, in *Racc.* p. I-593. È pur vero, tuttavia, che la direttiva 2011/82/UE, stabiliva un meccanismo complessivo per lo scambio di informazioni, con le relative procedure istituzionali e garanzie. Sui criteri per considerare un atto UE come rientrante nella cooperazione penale v. altresì la sentenza 26 ottobre 2010, causa C-482/08, *Regno Unito c. Consiglio*, in *Racc.* p. I-10413.

espressamente l'impegno a garantire la sicurezza nello spazio giudiziario europeo al contrasto alla criminalità. Inoltre, il Giudice dell'Unione ha sottolineato la necessità di interpretare in maniera rigorosa la portata delle disposizioni sulla cooperazione di polizia: benché la riforma di Lisbona ne abbia esteso lo spettro operativo, esse rimangono ancorate ai soli servizi ed alle autorità incaricati dell'applicazione della legge nel settore della prevenzione, dell'investigazione e dell'individuazione dei reati<sup>393</sup>.

Sebbene l'approdo cui perviene la Corte nel caso di specie appaia condivisibile, soprattutto per il richiamo ad una lettura rigorosa dei limiti delle basi giuridiche sulla cooperazione penale, la sentenza lascia ancora campo libero ad alcune sollecitazioni elaborate sia in dottrina, sia dall'avvocato generale Bot, nelle conclusioni presentate nella causa in esame.

Il discusso inquadramento dell'obiettivo dell'aumento della sicurezza stradale evoca infatti l'orientamento dottrinale secondo cui, anche mediante l'adozione di norme penali, l'Unione possa in verità perseguire obiettivi economici, sociali o esigenze di tutela di più ampio respiro, che trascendono il dato strettamente penalistico<sup>394</sup>. È stato infatti evidenziato come il richiamo alla «libertà» nella locuzione spazio di libertà, sicurezza e giustizia investa senz'altro le libertà fondamentali del mercato interno, ma non sia ad esse limitato: esso infatti coinvolge ogni profilo delle politiche UE ed interessa tutti i possibili rischi di negazione, limitazione o abuso delle libertà ad esse collegate<sup>395</sup>.

Nel caso di specie, in questa ottica, secondo l'avvocato generale il tema delle infrazioni alle regole sulla circolazione stradale costituiva una mera *occasione* attraverso la quale il legislatore europeo avrebbe inteso perseguire il più ampio fine di un elevato livello di sicurezza, proprio in virtù del menzionato all'art. 67 TFUE<sup>396</sup>. La direttiva in esame, dunque, avrebbe rappresentato la specificazione, nel peculiare settore delle infrazioni stradali, dell'esigenza complessiva di facilitare la cooperazione tra autorità nazionali nel contrasto ad attività che attentano alla sicurezza dei cittadini europei.

Nell'ottica dell'avvocato generale, pertanto, non esisterebbe una «separazione ermetica»<sup>397</sup> tra le basi giuridiche in materia di cooperazione penale e le altre politiche europee: anzi, la riforma di Lisbona avrebbe accordato al Capo 5 del Titolo V un'importanza centrale nel garantire l'efficacia dell'azione UE, come testimoniato ad esempio dall'art. 83, par. 2, TFUE e dalle norme di di-

<sup>393</sup> V. in particolare il punto 47 della sentenza in esame.

<sup>394</sup> A. DASHWOOD, *47 TEU and the relationship between first and second pillar competences*, cit., p.102.

<sup>395</sup> Cfr. H. LABAYLE, *Espace de liberté, sécurité et justice. Cadre général*, in *Jurisclasseur Europe*, 2012, p. 9.

<sup>396</sup> Cfr. il punto 20 delle conclusioni.

<sup>397</sup> Cfr. il punto 22 delle conclusioni.

ritto derivato sull'attuazione del reciproco riconoscimento. In termini sistematici, ne deriverebbe che «la cooperazione giudiziaria [e di polizia] in materia penale, quale concepita dal Trattato di Lisbona, possa perseguire obiettivi di interesse generale ricompresi nell'ambito delle politiche settoriali»<sup>398</sup>.

Il fatto poi che non in tutti gli Stati membri determinate infrazioni stradali siano qualificate come reati e che dunque le autorità interne coinvolte non siano deputate all'applicazione del diritto penale non costituirebbe in sé un elemento ostativo all'inquadramento dell'atto nel Titolo V TFUE. Occorrerebbe infatti, ancora una volta, adottare un approccio funzionale rispetto all'obiettivo generale del mantenimento dell'ordine pubblico e della sicurezza, peraltro garantendo al contempo l'effetto utile delle norme sulla cooperazione penale<sup>399</sup>.

Le suggestioni che promanano dalla dottrina e dalle argomentazioni dell'avvocato generale colgono nel segno del forte valore propulsivo che gli obiettivi dell'Unione possono esercitare sulla demarcazione dei settori di competenza dell'Unione, sia rispetto alle sfere di intervento degli Stati che, in senso orizzontale, in relazione alle ulteriori basi giuridiche previste dai Trattati. Se da quest'ultimo punto di vista la Corte ha usualmente circoscritto ad ipotesi eccezionali la possibilità di basi giuridiche plurime<sup>400</sup>, prediligendo il richiamo ai fattori oggettivi che indichino il baricentro elettivo di un atto, è pur vero che gli obiettivi dell'Unione e la loro graduazione di priorità, come rilevato in dottrina, sono per natura soggetti a costante evoluzione<sup>401</sup>. L'art. 3 TUE stabilisce in via generale che l'Unione persegue i propri obiettivi nei

<sup>398</sup> Cfr. il punto 24 delle conclusioni. V. altresì i punti 21 e 22: «La cooperazione di polizia nell'ambito dell'articolo 87 TFUE, consentendo una più efficace repressione di una categoria di infrazioni, può ben riguardare un obiettivo di interesse generale parimenti perseguito nel quadro di una politica settoriale quale la politica dei trasporti. [...] L'esistenza di un fondamento normativo atto a consentire l'armonizzazione del diritto penale degli Stati membri laddove essa risulti necessaria per conseguire gli obiettivi perseguiti nell'ambito delle politiche settoriali dimostra che non esiste una separazione ermetica tra, da un lato, i fondamenti normativi delle politiche settoriali e, dall'altro, quelli che consentono di istituire una cooperazione di polizia o giudiziaria nel quadro del titolo V della terza parte del Trattato FUE. Pertanto, una normativa dell'Unione che fosse diretta a stabilire norme minime per la definizione dei reati e delle sanzioni in materia di circolazione stradale perseguirebbe certamente l'obiettivo di migliorare la sicurezza stradale, ma rientrerebbe ciononostante nell'ambito di applicazione dell'articolo 83, paragrafo 2, TFUE».

<sup>399</sup> Occorre peraltro evidenziare come all'inquadramento della direttiva nel settore penale avrebbe conseguito l'applicazione di garanzie rafforzate in favore degli individui coinvolti, con particolare riferimento per la decisione quadro 2008/977/GAI del Consiglio, del 27 novembre 2008, sulla protezione dei dati personali trattati nell'ambito della cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale.

<sup>400</sup> Nel linguaggio della Corte, deve trattarsi di aspetti «indissociabili»: v. la sentenza *British American Tobacco*, cit., punti 93 e 94.

<sup>401</sup> L. POTVIN-SOLIS, *Compétences partagées et objectifs matériels*, in E. NEHFRAMI (a cura di), *Objectifs et compétences dans l'Union européenne*, Bruxelles, 2013, p. 30.

modi opportuni ed in funzione delle competenze attribuite, ma è proprio la diversa modulazione delle priorità europee a poter orientare in maniera differente il citato baricentro delle norme di diritto derivato che tendono alla loro realizzazione.

A fronte della crescente centralità del principio di attribuzione, pertanto, il rapporto tra competenze e finalità ad esse sottese – *a fortiori* nel campo dei settori di competenza concorrente – può determinare in prospettiva la crescente magmaticità dei confini tra differenti ambiti di intervento<sup>402</sup>. In questo senso, il carattere fortemente trasversale della nozione di sicurezza e delle iniziative che, attraverso l'intervento delle autorità statali deputate all'applicazione del diritto penale, ne presidiano la realizzazione, concorrono a delineare simili difficoltà nel campo della cooperazione penale.

A ciò si aggiunga altresì l'insistenza – centrale tanto nel ragionamento della dottrina quanto nell'iter espositivo dell'avvocato generale – dei principi di efficacia ed uniformità del diritto UE, ai quali pare affiancarsi in maniera dirompente un nuovo fattore evolutivo: l'interesse generale dell'Unione<sup>403</sup>.

Ciascuno di questi elementi, quanto meno nel caso in esame, preme con forza alle pareti dell'art. 87 TFUE e delle altre basi giuridiche in materia di cooperazione penale, per estenderne la portata al conseguimento di quelle esigenze di sicurezza dello spazio europeo che numerose politiche settoriali UE parimenti perseguono. In particolare, si tratta di riflettere sugli eventuali margini di sviluppo del concetto di “materia penale”, che sinora ha rappresentato il fattore di collegamento elettivo della produzione normativa europea con le basi giuridiche rilevanti del Titolo V TFUE. Da un lato, la Commissione e la Corte hanno mantenuto una lettura formale e restrittiva, strettamente connessa al sistema delle competenze UE e dunque di natura autonoma, ad esempio rispetto alla qualificazione giuridica delle infrazioni stradali in sede nazionale. Dall'altro lato, si profila altresì una lettura funzionale e maggiormente flessibile, che nell'opinione dell'avvocato generale appare maggiormente coerente con le esigenze di rafforzamento della cooperazione giudiziaria e con l'esigenza di assicurare effettività ed uniformità del diritto UE.

Questa contrapposizione si è posta *incidenter tantum* anche in occasione della causa *Balaz*<sup>404</sup>, con riferimento alla definizione di «autorità giudiziaria competente, in particolare in materia penale», di cui l'articolo 1, lett. a), punto iii), della decisione quadro 2005/214/GAI sull'attuazione del reciproco ri-

<sup>402</sup> E. NEFRAMI, *Objectifs et compétences dans l'Union européenne*, Bruxelles, 2012, p. 24.

<sup>403</sup> Sulle prospettive legate alla centralità dell'interesse generale dell'Unione nel contesto della giurisprudenza della Corte e dell'attività delle istituzioni europee in generale, anche in rapporto al più tradizionale principio di effettività, v. O. PORCHIA, *L'effettività del diritto dell'Unione tra tutela del singolo e salvaguardia dell'ordinamento*, in AA. VV., *Scritti in onore di Giuseppe Tesauro*, vol. III, Napoli, 2014, p. 2311.

<sup>404</sup> Cfr. la sentenza del 14 novembre 2013, causa C-60/12, *Balaz*, non ancora pubblicata.

conoscimento alle decisioni che irrogano sanzioni pecuniarie<sup>405</sup>. In tale sede, la Commissione ha sostenuto che tale espressione si riferisca ad un'autorità giudiziaria competente in una materia formalmente qualificata come penale nello Stato che ha emesso la decisione della quale si richieda il riconoscimento. Al contrario, l'avvocato generale Sharpston<sup>406</sup>, questa volta con successo, ha suggerito alla Corte di supportare una visione più flessibile, che riconduca alla formula in esame anche gli organi nazionali i quali, pur non qualificati come autorità penali, rispettino le garanzie fondamentali proprie del processo penale, come il principio di legalità, il contraddittorio fra le parti, il divieto di doppia risposta sanzionatoria<sup>407</sup>.

Ad ulteriore conferma della difficoltà di inquadrare a livello sistematico il concetto di materia penale, occorre segnalare come anche in questa pronuncia la Corte abbia sostenuto l'esistenza di una nozione autonoma di diritto UE, svincolata dalla declinazione delle funzioni del singolo organo giudiziario in sede nazionale o dalla natura delle infrazioni sulle quali esso sia chiamato a statuire. Inoltre, la decisione quadro in esame richiama espressamente la nozione di «autorità giudiziaria competente, in particolare in materia penale» anche in relazione all'emissione di sanzioni pecuniarie destinate a punire infrazioni stradali.

Da un lato, pertanto, allo scopo di conservare intatto il riparto di competenze orizzontale fra diverse basi giuridiche primarie, il Giudice dell'Unione ha supportato l'accezione formale del concetto di materia penale; dall'altro lato, sulla scorta della necessità di valorizzare appieno la cooperazione giudiziaria e la portata della decisione quadro 2005/214/GAI, senza incidere negativamente sui diritti processuali fondamentali, la Corte ha prediletto la portata materiale della stessa formula, più ampia e flessibile<sup>408</sup>.

La vicenda in esame, in definitiva, conferma che l'attuale sistematica dei Trattati, sotto la pressione di un'accresciuta attenzione della Commissione e del legislatore UE per la cooperazione penale, sollecita attraverso rinnovate spinte evolutive la definizione dei limiti operativi delle rilevanti norme del Trattato. Una delimitazione che, a seconda della natura delle norme prese in considerazione, spazia da un opportuno contenimento della sfera di criminalizzazione ad un approccio funzionale e sostanziale all'esigenza di alimentare i meccanismi di cooperazione tra le autorità nazionali che intervengono nella

<sup>405</sup> Decisione quadro 2005/214/GAI, del Consiglio, del 24 febbraio 2005, relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sanzioni pecuniarie, in GU L 76, del 22 marzo 2005, p. 16.

<sup>406</sup> Cfr. le conclusioni dell'avvocato generale Sharpston del 18 luglio 2013, nella causa *Balaz*, cit., in particolare i punti 52-54.

<sup>407</sup> V. in particolare i punti 29-32 della sentenza.

<sup>408</sup> Un approccio analogo si registra nel caso della qualificazione a livello statale delle sanzioni amministrative e penali, ai fini dell'applicazione del principio del *ne bis in idem*. Sul punto v. più diffusamente *infra*, Cap. IV.

repressione di condotte che attentano alla sicurezza dei cittadini, siano esse deputate in linea ordinaria ad applicare il diritto penale o meno, secondo gli schemi formali degli ordinamenti nazionali.

## CAPITOLO II

### L'ESERCIZIO DELLE COMPETENZE DELL'UNIONE EUROPEA ED I LIMITI DELLA COOPERAZIONE IN MATERIA PENALE

SOMMARIO: 1. L'esercizio delle competenze dell'Unione in materia di cooperazione penale tra fattori di accentramento e ricerca di equilibrio. – 2. La *preemption* nella cooperazione in materia penale. – 2.1. *Note introduttive: la preemption nel diritto dell'Unione europea.* – 2.2. *Le tipologie di effetti della preemption rilevate dalla dottrina e dalla Corte di giustizia.* – 2.3. *La preemption nella cooperazione in materia penale: i fattori normativi.* – 2.4. *La preemption nella cooperazione in materia penale. La giurisprudenza della Corte di giustizia.* – 2.4.1. *La giurisprudenza in tema di tutela delle vittime di reato.* – 2.4.2. *La giurisprudenza riguardante il mandato d'arresto europeo.* – 3. L'esercizio delle competenze dell'Unione europea nella cooperazione in materia penale ed il principio di sussidiarietà. – 3.1. *Il principio di sussidiarietà e la riforma di Lisbona: aspetti introduttivi.* – 3.2. *Principio di sussidiarietà e cooperazione penale all'esito della riforma del Trattato: fra limiti all'esercizio delle competenze dell'Unione e ricorso al diritto penale quale ultima ratio.* – 3.3. *Il controllo politico ex ante sul rispetto del principio di sussidiarietà.* – 3.3.1. *Profili istituzionali e prime evidenze applicative.* – 3.3.2. *La conferma della rilevanza del meccanismo anticipato di controllo politico: la censura della proposta di regolamento sull'istituzione di una procura europea.* – 3.4. *Il sindacato giurisdizionale ex post sul rispetto del principio di sussidiarietà.* – 3.4.1. *L'originario approccio della Corte di giustizia: i dubbi sulla sindacabilità del principio.* – 3.4.2. *La prassi della Corte di giustizia in ordine allo scrutinio sul rispetto del principio di sussidiarietà.* – 3.5. *Sussidiarietà procedurale e sostanziale: l'esigenza di una riconsiderazione della valutazione sul rispetto del principio nel contesto della cooperazione penale.* – 4. I limiti all'efficacia degli atti UE in materia di cooperazione penale. – 4.1. *Il dibattito sull'efficacia diretta degli atti UE in materia penale nel regime precedente all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona.* – 4.2. *La scadenza del regime transitorio e le prospettive future.* – 4.3. *Il primato del diritto UE e le fonti sulla cooperazione in materia penale.* – 5. L'esercizio delle competenze UE nella cooperazione in materia penale ed i limiti connessi alla partecipazione degli Stati membri: gli *opt-out* di Regno Unito, Irlanda e Danimarca. – 5.1. *Il processo di integrazione europea tra uniformità e differenziazione.* – 5.2. *L'opt-out e l'acquis di Schengen.* – 5.3. *L'opt-out nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia: Regno Unito ed Irlanda.* – 5.4. *Il block opt-out del Regno Unito ed il successivo back opt-in.* – 5.5. *La posizione della Danimarca rispetto alla cooperazione in materia penale.* – 6. Il sistema delle competenze dell'Unione ed i tratti di una politica penale UE: limiti e prospettive. – 6.1. *Fra attribuzione ed esercizio delle competenze dell'Unione: una proposta di sintesi e concettualizzazione dei limiti strutturali della cooperazione in materia penale.* – 6.2. *Evidenze e ambizioni di una politica penale europea: la presa di posizione delle istituzioni europee.*



### 1. L'esercizio delle competenze dell'Unione in materia di cooperazione penale tra fattori di accentramento e ricerca di equilibrio.

Il riconoscimento di competenze in materia penale in capo all'Unione europea non determina solo la necessità di comprendere appieno l'estensione e la portata di tali attribuzioni. Sorge infatti l'esigenza di verificare quali possano essere le implicazioni – o quanto meno alcune di esse – dell'esercizio di siffatte competenze, avendo sempre riguardo per il binomio indissolubile sul quale si sta costruendo l'analisi: i limiti ed il loro superamento, tentato, parziale o completo che sia.

Vengono dunque in rilievo molteplici questioni, i cui contorni potranno essere più precisamente definiti, negli anni a venire, alla luce della prassi delle istituzioni europee e degli Stati membri. È tuttavia possibile sin d'ora operare una selezione delle questioni significative, a loro volta suscettibili di inquadramento in due categorie di fattori.

In primo luogo, l'esercizio delle competenze manifesta sotto vari profili i fattori di accentramento che animano l'ordinamento dell'Unione e ne ispirano in ampia misura il funzionamento<sup>409</sup>. Fra di essi, rivestono una centrale importanza l'istituto dell'efficacia diretta ed il principio del primato, essenziali motori dell'effettività del diritto UE, che la dottrina ha in maniera emblematica considerato una risposta al «*vicious circle of International law: weak legal mechanisms with poor compliance*»<sup>410</sup>. Se infatti nel regime previgente all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona questi due principi pativano decisive limitazioni rispetto alle fonti riguardanti la cooperazione in materia penale, l'attuale scenario normativo prospetta la loro crescente centralità per il futuro sviluppo della materia, *in primis* a garanzia di una più efficace ed uniforme applicazione delle norme europee a livello statale.

Inoltre, l'esercizio delle competenze dell'Unione nei settori di attribuzione concorrente genera un effetto di preclusione dell'intervento normativo statale – la cd. *preemption* – le cui implicazioni nella distribuzione della potestà decisionale determinano la progressiva centralità del legislatore europeo, a discapito di quello nazionale.

In secondo luogo, in senso inverso, la consapevolezza della peculiarità della materia in esame e della capacità dell'azione europea di interferire con aspetti centrali dei sistemi penali e processuali interni sollecita la messa in opera di meccanismi che garantiscano equilibrio e ordine sistematici. Fra di essi, si segnala per importanza il principio di sussidiarietà, che le disposizioni generali del Titolo V TFUE pongono al nucleo dell'attività normativa dell'Unione e che offre a più livelli la possibilità per gli Stati membri di contenere le

<sup>409</sup> In questo senso v. T. CORTHAUT, *EU ordre public*, Alphen aan den Rijn, 2012, p. 343. L'autore espressamente tratta di «*centralist strand*» dell'ordinamento dell'Unione europea.

<sup>410</sup> Cfr. K. ALTER, *Establishing the supremacy of European law*, Oxford, 2001, p. 207.

iniziative della Commissione o l'operato del legislatore sovranazionale. Merita infine alcune considerazioni il tema della scelta delle basi giuridiche, con particolare riferimento per la dinamica fra norme del Trattato riguardanti la cooperazione in materia penale ed ulteriori politiche UE. Anche in questo contesto, infatti, la passata frammentazione dell'Unione europea nella struttura a pilastri ha generato un contenzioso che oggi appare senz'altro sfumato, ma non privo di implicazioni pratiche rilevanti per l'evoluzione della materia. Si pone infatti l'esigenza di individuare gli opportuni confini della "materia penale" disciplinata dal Trattato, onde scongiurare che le esigenze securitarie che animano il Titolo V TFUE generino un eccessivo ricorso al paradigma penalistico.

## 2. La *preemption* nella cooperazione in materia penale

### 2.1. Note introduttive: la *preemption* nel diritto dell'Unione europea

Il termine *preemption* è utilizzato, con diverse accezioni, tanto nel diritto internazionale quanto in alcuni ordinamenti statali<sup>411</sup>. La molteplicità dei significati ricollegati a questa parola origina da una comune radice semantica<sup>412</sup>, la quale indica un accadimento od un fenomeno che anticipa ulteriori fatti, generando conseguenze rilevanti sul piano giuridico. Dalla *preemptive self-defence* talora teorizzata a livello internazionale<sup>413</sup> alla *preemption* giusprivatistica dell'ordinamento britannico<sup>414</sup>, ricorre l'idea dell'esercizio in via prioritaria di prerogative o poteri, che si riverbera nei confronti di terzi con effetti *latu sensu* preclusivi.

<sup>411</sup> In termini generali, sulla *preemption*, v. l'esautiva e recente analisi di A. ARENA, *Il principio della preemption in diritto dell'Unione europea. Esercizio delle competenze e ricognizione delle antinomie tra diritto derivato e diritto nazionale*, Napoli, 2013.

<sup>412</sup> La parola affonda le proprie radici nella lingua latina ed è costruita dal prefisso latino *prae* e dal sostantivo *emptio*, letteralmente "acquisto prima".

<sup>413</sup> In séguito agli attentati dell'11 settembre, l'allora Presidente statunitense George Bush supportò una campagna di interventi militari destinata a neutralizzare in via preventiva le possibili ulteriori minacce legate all'attività dell'organizzazione terroristica Al Qaeda. Cfr. la National Security Strategy of the United States of America, settembre 2002, Generalmente, questa pratica non è stata considerata compatibile con i requisiti della legittima difesa, di cui all'art. 51 della Carta delle Nazioni Unite, e, dunque, con il divieto di uso della forza in sede internazionale ivi consacrato. V., in dottrina, E. CANNIZZARO, *La dottrina della guerra preventiva e la disciplina internazionale sull'uso della forza*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2003, p. 171.

<sup>414</sup> In tale contesto, la nozione in esame richiama l'istituto della prelazione. Per approfondimenti sull'utilizzo del termine in alcune tradizioni giuridiche nazionali, con particolare riferimento per l'ordinamento britannico e quello francese, v. A. ARENA, *Il principio della preemption*, cit., pp. 20 ss.

Nell'ambito dell'ordinamento europeo, la nozione in esame si incardina nel sistema delle competenze dell'Unione ed è stata oggetto di una duplice ricostruzione dogmatica. Secondo una visione più risalente<sup>415</sup>, di stampo costituzionale, essa si sostanzia nella preclusione all'esercizio della potestà legislativa statale in presenza di competenze accordate all'Unione, indipendentemente dall'effettivo esercizio di tali attribuzioni<sup>416</sup>. Pertanto, secondo questa impostazione, la mera attribuzione di competenze all'ente sovranazionale, consacrata nel disposto del Trattato<sup>417</sup>, determina conseguenze di particolare incisività per gli Stati membri, che patiscono un'estesa limitazione dei propri poteri sovrani.

A questo approccio si contrappone, nella dottrina più recente, la lettura legislativa dell'istituto<sup>418</sup>, in forza della quale ogni preclusione all'intervento normativo patita dagli Stati deve promanare da un reale esercizio delle competenze attribuite all'Unione. Pertanto, a fronte dell'astratto conferimento di potestà normativa all'UE, l'effetto preventivo opera solo nella misura in cui vengano adottati atti di diritto derivato con effetti giuridici vincolanti<sup>419</sup>. Inoltre, esso è limitato *ratione materiae* al settore precipuamente disciplinato da tali norme secondarie. Di conseguenza, mentre i settori devoluti alla competenza esclusiva dell'Unione non sollevano particolari criticità, la *preemption* opera in via elettiva nel contesto degli ulteriori settori di attribuzione e, in particolare, nel delicato campo delle competenze concorrenti.

A conferma di quest'ultima lettura, a norma dell'art. 2, par. 1, TFUE, gli Stati devono astenersi dal legiferare nei settori tassativamente elencati fra le attribuzioni esclusive dell'Unione europea. Specularmente, ai sensi del par. 2, i legislatori degli Stati membri conservano le rispettive competenze «nella misura in cui l'Unione non ha esercitato la propria», fatto salvo il principio di reversibilità.

Il termine *preemption*, d'altra parte, non è stato mai utilizzato dalla Corte

<sup>415</sup> Cfr. M. WAELBROEK, *The emergent doctrine of Community pre-emption. Consent and redelegation*, in T. SANDALOW, E. STEIN (a cura di), *Courts and free markets: perspectives from the United States and Europe*, New York, 1982, p. 551.

<sup>416</sup> J.H.H. WEILER, *Community, Member States and European integration: is the law relevant?*, in *Journal of Common Market Studies*, 1982, p. 48.

<sup>417</sup> È stato sottolineato in dottrina come questa dinamica possa determinare una attribuzione di competenze esclusive «per natura» all'Unione: A. ARENA, *The doctrine of Union preemption in the EU internal market: between Sein and Sollen*, in *Columbia Journal of European Law*, 2011, p. 483.

<sup>418</sup> Questa accezione è in verità ormai largamente maggioritaria. V., fra gli altri, L. DANIELE, *Diritto dell'Unione europea*, Milano, 2010, p. 366; R. ADAM, A. TIZZANO, *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, 2010, p. 39; P. CRAIG, G. DE BURCA, *EU Law*, Oxford, 2011, p. 84; R. BARATTA, *Le competenze interne dell'Unione tra evoluzione e principio di reversibilità*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2010, p. 517.

<sup>419</sup> Ciò presuppone che gli atti di *soft law*, in quanto inidonei ad esercitare effetti giuridici vincolanti, non possono esercitare effetti preclusivi.

di giustizia nel senso qui accolto<sup>420</sup>. Al contrario, vi hanno in rare occasioni fatto riferimento gli Avvocati generali, per sottolineare la dinamica fra legislatore UE e nazionale in materie di competenza concorrente<sup>421</sup>.

Ciò chiarito, il compiuto inquadramento teorico dell'istituto presuppone il richiamo ad un'ulteriore e più specifica classificazione operata in dottrina, in relazione al rapporto tra la *preemption* ed i principi generali dell'ordinamento UE che presidiano il rapporto tra norme europee e nazionali, primato su tutti. Alcuni autori, infatti, supportano una visione cd. atomistica, alla luce della quale il principio del primato e la *preemption* rappresentano criteri ordinatori del sistema, ma sono reciprocamente alternativi e del tutto privi di punti di contatto<sup>422</sup>. Il primo, infatti, opererebbe nei casi di discrasia fra norme UE ed interne; la seconda, invece, costituirebbe un rimedio alle ipotesi di sovrapposizione di competenze, destinata a precludere l'intervento statale in presenza di competenze esclusive dell'Unione o di competenze concorrenti già esercitate, secondo il paradigma della *preemption* legislativa. In concreto, però, la *preemption* ne risulterebbe fortemente limitata, poiché troverebbe applicazione solo in caso di "invasioni di campo" da parte del legislatore nazionale, senza contribuire in tutte le altre ipotesi alla valutazione sulla compatibilità tra norma interna e sovranazionale<sup>423</sup>.

Si registra poi un'accezione cd. olistica, per la quale primato e *preemption*, sebbene distinti, costituiscono due anelli di una stessa catena: la seconda infatti consente di accertare se via sia un'antinomia fra norme europee e nazionali, mentre il primo pone la regola generale per la risoluzione di tale discrasia, ovverosia la prevalenza del diritto UE<sup>424</sup>. In base alla visione olistica, dun-

<sup>420</sup> Nella giurisprudenza della Corte e del Tribunale, il termine è stato di solito utilizzato nell'accezione giuridica di prelazione od opzione, così come per indicare o descrivere determinate circostanze di fatto, quali l'appropriazione prioritaria di una cosa o la prevenzione di determinati accadimenti. V. ad esempio la sentenza del 23 marzo 2000, causa C-373/97, *Dionysios Diamantis*, in *Racc.* p. I-1705, sul diritto di prelazione di un azionista di minoranza di una società.

<sup>421</sup> V. le conclusioni dell'avvocato generale Jarabo Colomer, nella sopra citata causa *Bud*, riguardante il regolamento 510/2006 sulle indicazioni geografiche alimentari e denominazioni d'origine tutelate in sede europea, nella quale si disquisiva, fra l'altro, sulla possibilità in capo agli Stati membri di prevedere e tutelare ulteriori segni geografici, cosiddetti semplici. V. le conclusioni del 5 febbraio 2009, causa C-478/07, *Budejovky Budvar narodni c. Rudolf Ammer-sin GmbH*, in *Racc.* p. I-7721. V. inoltre le conclusioni dell'avvocato generale Mazak del 28 giugno 2007, causa C-440/05, *Commissione c. Consiglio*, in *Racc.* p. I-9097, nelle quali si precisa che gli Stati sono liberi di disciplinare una materia oggetto di competenza concorrente, nella misura in cui l'Unione non abbia legiferato.

<sup>422</sup> Cfr. J.H.H. WEILER, *Community, Member States and European integration*, cit., p. 47, secondo il quale *preemption* e primato costituiscono due lati della medesima medaglia.

<sup>423</sup> Cfr. N. BERNARD, *The future of European economic law in the light of the principle of subsidiarity*, in *Common Market Law Review*, 1996, p. 660.

<sup>424</sup> Cfr. R. SCHÜTZE, *Supremacy without preemption? The very slow emergent doctrine of Community preemption*, in *Common Market Law Review*, 2006, p. 1040.

que, la *preemption* anticipa e presuppone il principio del primato e ne determina l'ambito di applicazione, poiché essa gode di uno spettro operativo che spazia su tutte le possibili declinazioni del contrasto tra norme interne ed UE. In questa prospettiva, l'istituto in esame acquista una portata dirompente, poiché, precludendo l'intervento del legislatore statale in ogni ipotesi di antinomia, influisce sulla fissazione del confine fra attribuzioni UE e statali, alla luce dell'attività legislativa UE e delle finalità ad essa sottese<sup>425</sup>.

Si pone dunque l'esigenza di comprendere la portata degli effetti preclusivi dell'istituto, che in linea astratta costituisce un importante criterio ordinatore del rapporto tra ordinamenti, ma che nella prassi sollecita l'individuazione di opportuni limiti e correttivi, onde scongiurare il rischio di un'eccessiva compressione delle prerogative nazionali<sup>426</sup>.

## 2.2. Le tipologie di effetti della *preemption* rilevate dalla dottrina e dalla Corte di giustizia

L'ampio spettro operativo della *preemption* arricchisce di sfaccettature gli effetti preclusivi che conseguono all'istituto. Questi possono essere distinti in categorie, a seconda del loro grado di incisività sulla potestà legislativa nazionale.

Il massimo effetto preclusivo viene esercitato dalla cd. *field preemption*, che trova applicazione ogniqualvolta la normativa europea disciplini in maniera esaustiva una determinata materia, tanto da sottrarre *in toto* al legislatore nazionale le competenze in quel settore o da limitarle in misura significativa, ad esempio subordinandone l'esercizio ad una espressa autorizzazione<sup>427</sup>. In molteplici occasioni, infatti, le autorità nazionali conservano margini di intervento, ma patiscono il divieto di adottare misure differenti o più restrittive.

In sintesi, la preclusione di campo, nel contesto del riparto verticale di attribuzioni, esplica effetti analoghi a quelli del conferimento di una competenza esclusiva, rischiando così di frustrare le esigenze di trasparenza e tassatività

<sup>425</sup> V. A. ARENA, *Il principio della preemption in diritto dell'Unione europea*, cit., p. 37.

<sup>426</sup> In questo senso, in dottrina è stato evidenziato come la vera ripartizione delle competenze fra Unione e Stati membri dipenda dall'*acquis* dell'UE, poiché al dettame del Trattato si sovrappone l'esercizio delle competenze europee, con gli effetti preclusivi che ne conseguono. Cfr. L.S. ROSSI, *Does the Lisbon treaty provide a clearer separation of competences between EU and Member States?*, in A. BIONDI, P. EECKHOUT (a cura di), *EU law after Lisbon*, Oxford, 2012, p. 102.

<sup>427</sup> Cfr. R. SCHÜTZE, *Supremacy without preemption?*, cit., p. 1040, secondo il quale questa tipologia di effetto preclusivo consente di scongiurare discrasie normative nelle materie in cui sia richiesto un elevato grado di coerenza. Analoga posizione è supportata da E. CROSS, *Preemption of Member States law in the European Economic Community: a framework for analysis*, in *Common Market Law Review*, 1992, p. 462, per il quale questa soluzione comporta benefici in termini di certezza del diritto e trasparenza.

sottese alla riforma del sistema delle competenze<sup>428</sup>. La preclusione di campo può infatti originare sia dal disposto di atti di diritto derivato, sia dall'interpretazione di norme UE fornita dalla Corte di giustizia, in modo tale che, anche per via indiretta e su impulso di un'istituzione tecnica, si può pervenire ad una sostanziale elusione del principio di attribuzione. In ossequio allo spirito che ha orientato la riforma di Lisbona, pertanto, in dottrina è stato a più riprese auspicato un utilizzo prudente in sede giurisprudenziale di questo paradigma, se non addirittura il radicale divieto di ricorrervi<sup>429</sup>.

Si distingue in séguito l'effetto preclusivo indiretto, che usualmente sorge nell'eventualità in cui una norma nazionale contrasti con gli scopi perseguiti dal diritto UE o ne frustra l'effetto utile<sup>430</sup>. In simili situazioni, dunque, la Corte rileva un'antinomia fra diritto statale ed europeo, composta in favore di quest'ultimo grazie alla valorizzazione dei suoi obiettivi e ad un approccio interpretativo di carattere teleologico<sup>431</sup>. Anche in considerazione di ciò, la *preemption* indiretta sfugge a chiare demarcazioni, poiché la sua operatività dipende dalla ricostruzione ermeneutica di concetti di difficile e multiforme lettura – come l'effetto utile – o dalla decifrazione su base casistica degli scopi di un atto di diritto derivato<sup>432</sup>. Anche questo istituto gode di un esteso campo di applicazione, poiché in molte occasioni la Corte di giustizia, mediante l'uso indiretto del rinvio pregiudiziale, statuisce sulla compatibilità con il diritto UE di norme nazionali che pregiudicano l'efficacia o gli obiettivi di previsioni di diritto secondario<sup>433</sup>.

Una terza categoria di effetti riguarda infine la *preemption* diretta, la cui denominazione evoca le ipotesi di aperto contrasto tra diritto nazionale ed europeo o di indebita deroga a livello statale alle norme UE. Sebbene i confini

<sup>428</sup> Questo effetto sostanziale della preclusione di campo viene sottolineato da molti autori in dottrina, fra cui, ad esempio, R. BARATTA, *Le competenze interne dell'Unione*, cit., p. 527, e A. ARENA, *Il principio della preemption in diritto dell'Unione europea*, cit., p. 56. Quest'ultimo autore cita l'efficace espressione «*jurisdiction stripping*», che ben sintetizza la portata della *field preemption* ed è ripresa da R. COVER, *Forward: nomos, and narrative*, in *Harvard Law Review*, 1983, p. 4. L'autore inoltre evidenzia come gli effetti della *field preemption* siano indiscriminati e dunque colpiscano anche le misure nazionali che in concreto non incidano sulla normativa UE o che ne migliorino la portata.

<sup>429</sup> Cfr. R. SCHÜTZE, *Subsidiarity after Lisbon: reinforcing the safeguards of federalism?*, in *European Law Review*, 2009, p. 534.

<sup>430</sup> Cfr. E. CROSS, *Pre-emption of Member State law*, cit., p. 465; in giurisprudenza v. la sentenza 29 novembre 1978, causa 83/78, *Pigs Marketing Board*, in *Racc.* p. 2347.

<sup>431</sup> Per approfondimenti sul punto e per le implicazioni di questo modello ermeneutico sull'attività della Corte v. G. BECK, *The legal reasoning of the Court of Justice of the EU*, Oxford, 2012, p. 318.

<sup>432</sup> Cfr. S. MAYR, *Putting a leash on the Court of Justice? Preconceptions in national methodology vs. effet utile as a meta-rule*, in *European Journal of Legal Studies*, 2012, p. 8.

<sup>433</sup> Cfr. M. CONDINANZI, R. MASTROIANNI, *Il contenzioso dell'Unione europea*, Torino, 2009, p. 183.

con la preclusione indiretta non siano del tutto nitidi, questa categoria esplica appieno il valore della *preemption* quale criterio ordinatore del sistema ed opera in situazioni maggiormente puntuali, con minori ripercussioni sull'attività del legislatore nazionale<sup>434</sup>.

### 2.3. La *preemption* nella cooperazione in materia penale: i fattori normativi

La pur sintetica presentazione degli effetti della *preemption* solleva non secondarie questioni circa l'applicazione di questo istituto in un contesto peculiare come la cooperazione in materia penale. In tutta evidenza, infatti, si ravvisa il rischio, rilevato in via generale dalla dottrina e dunque *a fortiori* presente nel settore in esame, che un eccessivo affidamento a questo istituto ed alle sue espressioni più incisive possa generare un tendenziale trasferimento *de facto* di attribuzioni dagli Stati all'Unione<sup>435</sup>.

In linea teorica l'adozione di atti di diritto derivato aventi portata esaustiva genera effetti preclusivi svincolati dalla formale ripartizione di attribuzioni, ma comunque assimilabili al conferimento di competenze esclusive<sup>436</sup>. Per di più, anche in assenza di una regolamentazione complessiva ed esauriente da parte del legislatore UE, nelle materie di competenza concorrente può profilarsi un fenomeno analogo alla dinamica fra vasi comunicanti, con il progressivo svuotamento dei campi di intervento delle autorità nazionali, a beneficio

<sup>434</sup> A completamento del quadro, occorre peraltro evidenziare come ciascuno degli effetti preclusivi ora descritti possa esplicarsi anche in assenza di norme dell'Unione, laddove il silenzio del legislatore europeo non si sostanzia in una mera inattività, ma sia frutto della consapevole scelta politica di limitare la regolamentazione di un settore. Si suole fare riferimento, in simili ipotesi, alla *preemption by inaction*, che esercita appunto conseguenze variabili a seconda del contesto. Un caso interessante, a questo proposito, è rappresentato dal regolamento CE 510/2006 del Consiglio, del 20 marzo 2006, relativo alla protezione delle indicazioni geografiche e denominazioni d'origine dei prodotti agricoli e alimentari, in GU L 93, del 31 marzo 2006, p. 12. Questo atto, oggi abrogato a séguito di una riforma della materia, è stato considerato esaustivo dalla Corte di giustizia non solo rispetto a quanto espressamente disposto, ma anche in relazione alle previsioni che il legislatore europeo aveva inteso omettere, in particolare in relazione alla possibilità in capo agli Stati membri di prevedere e tutelare forme o tipologie di denominazioni di tipicità alimentari diverse da quelle espressamente regolamentate, cd. indicazioni semplici. Cfr. le sentenze 8 settembre 2009, causa C-478/07, *BUD II*, in *Racc.* p. I-7721, e 29 marzo 2011, causa C-96/09 P, *Anheuser Busch Inc.*, in *Racc.*, p. I-3555. Per un contributo fortemente critico v. F. CAPELLI, *La Corte di giustizia, in via interpretativa, attribuisce all'Unione europea una competenza esclusiva in materia di riconoscimento delle denominazioni d'origine e delle indicazioni geografiche protette, riferite ai prodotti agroalimentari, mediante la sentenza BUD II motivata in modo affrettato, contraddittorio e per nulla convincente*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2010, p. 401.

<sup>435</sup> V., fra gli altri, P. CRAIG, *Competence: clarity, conferral, containment and consideration*, in *European Law Review*, 2004, p. 334.

<sup>436</sup> V., ad esempio, R. BARATTA, *Le competenze interne dell'Unione*, cit., p. 527, e G. STROZZI, R. MASTROIANNI, *Diritto dell'Unione europea*, Torino, 2013, p. 70.

delle istituzioni europee<sup>437</sup>. Sebbene simili situazioni non siano necessariamente destinate a causare il completo depauperamento delle competenze interne, ciononostante esse possono condurre ad una loro sensibile rimodulazione, che occorre bilanciare opportunamente con gli interessi, le priorità e le preferenze politiche degli Stati membri in settori di forte radicamento interno, come nel caso del diritto penale sostanziale e processuale<sup>438</sup>. Peraltro, una simile dinamica, se non adeguatamente corredata di contrappesi, non può che indebolire la legittimazione dell'opera del legislatore sovranazionale.

Appare a questo fine auspicabile, da un lato, la previsione di meccanismi che possano ancorare al dato normativo positivo il potenziale espansivo sotteso all'operatività della *preemption*<sup>439</sup>. Dall'altro lato, la Corte di giustizia è chiamata a valutare la tipologia di effetti derivanti dalla normativa europea in materia secondo un approccio ispirato ad un prudente *self-restraint*, capace ad esempio di limitare al massimo grado possibile il ricorso al paradigma della preclusione di campo<sup>440</sup>.

Dal primo punto di vista, la disciplina generale del sistema delle competenze ed alcune disposizioni specificamente dedicate al Titolo V TFUE paiono concorrere a questo tentativo di arginamento. Occorre anzitutto sottolineare, anche in questa sede, la valorizzazione del principio di attribuzione, cardine della riforma del sistema delle competenze operata dal Trattato di Lisbona. In attuazione di tale principio, gli artt. 82 ed 83 individuano in maniera puntuale gli ambiti nei quali è possibile prefigurare l'intervento legislativo dell'Unione, ad esempio elencando i settori della procedura penale o le singo-

<sup>437</sup> Cfr., *ex multis*, A. TIZZANO, *Lo sviluppo delle competenze materiali dell'Unione europea*, in *Rivista di diritto europeo*, 1981, p. 139; A. DASHWOOD, *The limits of European Community power*, in *European Law Review*, p. 113, S. WEATHERILL, *Competence creep and competence control*, cit., p. 2004. È stato evidenziato come il fenomeno della *preemption* trovasse piena legittimazione nell'originario contesto dei Trattati, in ragione dell'assenza di una chiara ripartizione di competenze, qualificate e attribuite secondo una definizione funzionale. Parimenti, esso trovava ulteriore linfa nel fatto che molte basi giuridiche imponessero l'unanimità in seno al Consiglio per l'adozione di atti, con la conseguenza che ogni preclusione nei confronti degli Stati costituiva il frutto della loro stessa volontà. Cfr. P. CRAIG, *Competence and Member State autonomy: causality, consequence, and legitimacy*, in H. MICKLITZ, B. DE WITTE (a cura di), *The European Court of Justice and the autonomy of the Member States*, Anversa, 2002, p. 11.

<sup>438</sup> S. PEERS, *Finally fit for purpose? The treaty of Lisbon and the end of the Third Pillar legal order*, in *Yearbook of European Law*, 2008, p. 47.

<sup>439</sup> Cfr. A. ARENA, *The doctrine of Union preemption in the EU internal market*, cit., p. 526. L'autore evidenzia come molteplici fattori normative manifestino l'intento, da parte dei redattori del Trattato di Lisbona, di limitare quanto meno l'operato della preclusione di campo, nei settori di competenza concorrente.

<sup>440</sup> Questa preoccupazione è già stata espressa in passato da parte della dottrina, v. ad esempio A. GOUCHA SOARES, *Pre-emption, conflicts of powers and subsidiarity*, in *European Law Review*, 1998, p. 140. Più recentemente, ha espresso analogo auspicio, rilevando come alla Corte di giustizia dovrebbe essere preclusa la possibilità di rifarsi alla *field preemption*, R. SCHÜTZE, *Subsidiarity after Lisbon: reinforcing the safeguards of federalism?*, cit., p. 534.



le fattispecie incriminatrici che rientrano fra le attribuzioni sovranazionali. Inoltre, come visto nel precedente Capitolo, ogni residuo margine di flessibilità è subordinato a rigorose condizioni istituzionali, nonché presidiato dall'istituto del freno d'emergenza.

Un altro rimedio normativo è senz'altro rappresentato dall'inserimento *ex novo* della categoria delle competenze del cd. terzo tipo, ovvero sia delle misure di sostegno, coordinamento e completamento. A questo modello, pur in assenza di un conforto giurisprudenziale sul punto, pare conformarsi una parte non secondaria delle competenze europee nel settore penale, quali il sostegno alla formazione dei magistrati e degli operatori giudiziari, la facilitazione della cooperazione tra autorità giudiziarie in relazione all'esercizio dell'azione penale, l'adozione di misure *ex art.* 84 TFUE volte a supportare gli Stati nel contrasto alla criminalità.

Un ulteriore fattore sistematico di particolare rilievo è la centralità accordata al principio di sussidiarietà, che orienta l'esercizio delle competenze non esclusive<sup>441</sup>. A conferma della sua rilevanza per la cooperazione in materia penale, l'art. 69 TFUE, fra le disposizioni generali sullo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, ribadisce con formula sostanzialmente pleonastica il ruolo dei parlamenti nazionali nella verifica politica *ex ante* sulle proposte di atti legislativi in materia di cooperazione giudiziaria.

Ad esso si aggiunge altresì il dovere in capo all'Unione, disciplinato in via generale dall'art. 4, par. 2, TUE, di rispettare l'identità nazionale, le funzioni essenziali e la struttura fondamentale degli Stati, riservando loro in particolare le responsabilità inerenti il mantenimento dell'ordine pubblico e della sicurezza interna<sup>442</sup>. Quest'ultimo richiamo, ancora una volta, viene riproposto *ad hoc* fra le previsioni generali del Titolo V, in particolar modo al Titolo V TFUE. Esso è peraltro corredato di ulteriori disposizioni, riscontrabili ad esempio agli artt. 67, par. 1, e 82, par. 2, TFUE, che sollecitano il legislatore europeo a rispettare le tradizioni giuridiche degli Stati membri ed i principi basilari dei sistemi penali nazionali.

Parimenti, utili notazioni orientative possono pervenire dal Protocollo n. 25 sull'esercizio delle competenze concorrenti<sup>443</sup>, a mente del quale, in ossequio al disposto dell'art. 2, par. 2, TFUE, «quando l'Unione agisce in un determinato settore, il campo di applicazione di questo esercizio di competenza

<sup>441</sup> La portata del principio di sussidiarietà all'esito della riforma di Lisbona, con peculiare riferimento per la materia penale, è oggetto del paragrafo che segue.

<sup>442</sup> Il tema in esame solleva considerevoli interrogativi circa i limiti della cooperazione penale. Pertanto, esso viene più ampiamente sviluppato al Capitolo V. Sin d'ora, per una trattazione esaustiva delle problematiche in questione, v. B. GUASTAFERRO, *Legalità sovranazionale e legalità costituzionale. Tensioni costitutive e giunture ordinamentali*, Torino, 2013.

<sup>443</sup> Sul Protocollo v. le notazioni di J. ZILLER, *Diritto delle politiche e delle istituzioni dell'Unione europea*, Bologna, 2013, p. 135.

copre unicamente gli elementi disciplinati dall'atto dell'Unione in questione e non copre pertanto l'intero settore».

Da ultimo, occorre evidenziare come i redattori del Trattato abbiano espressamente optato, nella maggior parte delle basi giuridiche interessate, con la principale eccezione dell'art. 82, par. 1, TFUE, per il rafforzamento della cooperazione penale mediante «norme minime», che consentano di ravvicinare gli ordinamenti nazionali pur senza comprimere in misura eccessiva la discrezionalità delle autorità interne nell'attuazione del diritto UE. Anche questa scelta si indirizza verso la delimitazione degli effetti preclusivi a discapito dei legislatori statali e pare idonea, quanto meno, a circoscrivere l'eventuale operatività della preclusione di campo. Al contempo, in forza di una formula contenuta all'art. 82, par. 2, TFUE e dedicata ai diritti processuali<sup>444</sup>, gli Stati rimangono liberi di adottare misure di protezione rafforzata, tutelando in maniera più incisiva i diritti delle persone coinvolte a vario titolo nel processo penale<sup>445</sup>.

In conclusione, una visione di insieme sui Trattati e sul Titolo V TFUE consente di evidenziare numerose «cautele normative», indirizzate, fra l'altro, ad ispirare l'attività interpretativa della Corte, orientandola verso le tipologie di effetti preclusivi meno pregiudizievoli per le sfere di competenza nazionale.

Occorre peraltro evidenziare, in prospettiva critica, come una circoscritta operatività dell'effetto preclusivo in favore della legislazione europea possa costituire un impulso alla crescente coerenza delle norme nazionali con gli atti UE in tema di cooperazione penale. L'assenza di meccanismi di verifica cogenti sull'operato degli Stati e la formulazione spesso ampia delle norme europee ha generato diffuse preoccupazioni sulla qualità dell'attività di recepimento e adattamento degli Stati membri. Orbene, è stato rilevato in dottrina che la *preemption*, limitando l'autonomia degli Stati membri, può scongiurare il rischio di derive centrifughe e di elusione degli obblighi imposti a livello europeo<sup>446</sup>. A ciò si aggiunga che, in un contesto fortemente frammentato come quello penale, la previsione di norme minime comuni può alimentare sia la

<sup>444</sup> L'articolo 82, par. 2, in particolare dispone che «L'adozione delle norme minime di cui al presente paragrafo non impedisce agli Stati membri di mantenere o introdurre un livello più elevato di tutela delle persone».

<sup>445</sup> Una formula simile si ritrova anche in altri contesti del Trattato. Ad esempio, l'art. 193 TFUE prevede che gli Stati possano mantenere un livello di tutela ambientale superiore rispetto a quello assicurato dalle norme UE, purchè eventuali misure di tale portata siano preventivamente notificate alla Commissione, ai fini di una valutazione circa la loro compatibilità col diritto dell'Unione.

<sup>446</sup> In questo senso v. A. ARENA, *Il principio della preemption*, cit., p. 67. In particolare, riprendendo alcuni studi sul modello del processo di integrazione, l'autore evidenzia come la *preemption* possa ovviare al rischio di *agency slack*, ovvero al pericolo che l'ente periferico sfrutti il margine di discrezionalità accordatogli per eludere i dettami dell'ente centrale. Cfr. M. POLLACK, *The engines of European integration: delegation, agency and agenda setting in the EU*, Oxford, 2005.

certezza del diritto, sia scongiurare una “corsa verso il basso” nell’applicazione del diritto derivato<sup>447</sup>.

#### 2.4. La *preemption* nella cooperazione in materia penale. La giurisprudenza della Corte di giustizia

##### 2.4.1. La giurisprudenza in tema di tutela delle vittime di reato

Dal canto suo, il Giudice dell’Unione ha già avuto occasione di fornire alcune indicazioni in ordine alla portata della *preemption* nella cooperazione penale<sup>448</sup>.

Alcuni chiarimenti, in particolare, sono giunti dall’interpretazione delle disposizioni della decisione quadro 2001/220, riguardante la posizione della vittima nel procedimento penale<sup>449</sup>.

In via preliminare, occorre rammentare la celebre pronuncia *Pupino*<sup>450</sup>, nella quale la Corte, estendendo per la prima volta al terzo pilastro l’obbligo da parte dei giudici nazionali di interpretare il diritto nazionale in senso conforme alla normativa UE, ha così avviato all’applicazione dell’effetto preclusivo di carattere indiretto. Nel caso di specie, infatti, da un lato alcune disposizioni della decisione quadro perseguivano l’obiettivo di tutelare le vittime «particolarmente vulnerabili», sollecitando gli Stati a prevedere soluzioni processuali idonee a preservarne la dignità ed a consentire loro di offrire un contributo probatorio secondo modalità rispettose della loro peculiare situazione. Dall’altro lato, tuttavia, la normativa processuale italiana mal si atteggiava al procedimento in corso, avviato sulla base di capi di imputazione per asseriti maltrattamenti nei confronti di una serie di vittime minorenni. Infatti,

<sup>447</sup> S. WEATHERILL, *Beyond preemption?*, cit., p. 18.

<sup>448</sup> Ad oggi, peraltro, il contributo della Corte in materia è limitato ad alcuni rinvii pregiudiziali di interpretazione, aventi ad oggetto esclusivamente disposizioni di decisioni quadro adottate prima dell’entrata in vigore del nuovo regime primario. Non si registrano dunque ancora pronunce di rilievo in relazione al nuovo contesto normativo.

<sup>449</sup> Decisione quadro del Consiglio 2001/220/GAI, del 15 marzo 2001, relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale, in GU L 82, del 22 marzo 2001, p. 1.

<sup>450</sup> Cfr. la sentenza 16 giugno 2005, causa C-105/03, *Pupino*, in *Racc.* p. I-5285. In dottrina, fra i molti contributi e commenti, cfr. M. FLETCHER, *Extending indirect effect to the Third Pillar: the significance of Pupino*, in *European Law Review*, 2005, p. 862; V. BAZZOCCHI, *Il caso Pupino e il principio di interpretazione conforme delle decisioni-quadro*, in *Quaderni costituzionali*, 2006, p. 884; M. MARCHIGIANI, *L’obbligo di interpretazione conforme alle decisioni quadro: considerazioni in margine alla sentenza Pupino*, in *Il diritto dell’Unione europea*, 2006, p. 563; F. CHERUBINI, *L’obbligo di interpretazione conforme “sconfina” nel terzo pilastro: note a margine della sentenza Pupino*, in *Studi sull’integrazione europea*, 2006, p. 157; S. PEERS, *Salvation outside the church*, cit., p. 883; A. WEYEMBERGH, P. DE HERT, *L’effectivité du troisième pilier de l’Union européenne et l’exigence de l’interprétation conforme: l’arrêt Pupino du 16 juin 2005 de la Cour de Justice des Communautés européennes*, in A. WEYEMBERGH, S. BRAUM (a cura di), *Le contrôle juridictionnel*, cit., p. 45.

la disciplina in tema di incidente probatorio, istituto deputato all'assunzione anticipata della prova in ipotesi di non dilazionabilità in sede dibattimentale, non includeva espressamente questa ipotesi fra i casi tassativi di applicazione di tale regime derogatorio<sup>451</sup>. Ne derivava, formalmente, la necessità di procedere secondo l'*iter* ordinario, con l'assunzione di informazioni dai minori durante le indagini preliminari e la conseguente ripetizione dell'audizione in udienza pubblica, nel corso del dibattimento.

In tale occasione, la Corte ha posto l'accento sugli scopi sottesi alla decisione quadro in esame<sup>452</sup>, giungendo a ritenere che il contesto normativo nazionale avrebbe dovuto essere orientato, per via interpretativa, ad una maggiore tutela della posizione delle persone offese minorenni, con la conseguente estensione dell'incidente probatorio anche a vicende analoghe a quelle sottoposte al giudice *a quo*. In questo contesto, la Corte ha potuto evitare qualsivoglia argomentazione circa eventuali effetti preclusivi in danno del legislatore nazionale. La ragione principale, al riguardo, riposa nel testo della decisione quadro stessa, considerato particolarmente generico, privo di puntualizzazioni definitorie e capace di assicurare notevole spazio discrezionale quanto alle misure per la sua attuazione in sede nazionale<sup>453</sup>.

La genericità delle previsioni della decisione quadro 2001/220 e la speculare ampia potestà discrezionale in capo ai legislatori nazionali in ordine alla scelta delle misure di recepimento hanno rappresentato la premessa di partenza di ulteriori pronunce. Viene in particolare in rilievo la sentenza *Gueye e Sanchez*<sup>454</sup>, originata da un automatismo sanzionatorio previsto dall'ordina-

<sup>451</sup> Cfr. l'art. 392 del codice di procedura penale, oggetto di successive riforme che hanno condotto all'espressa previsione del caso prospettato nella vicenda in esame fra le ipotesi in cui è possibile applicare questo istituto. Sul punto, da una prospettiva processualpenalistica italiana, v. E. APRILE, *I rapporti tra diritto processuale penale e diritto dell'Unione europea dopo la sentenza della Corte di giustizia sul "caso Pupino" in materia di incidente probatorio*, in *Cassazione penale*, 2006, p. 1165; A. BALSAMO, S. RECCHIONE, *La protezione della persona offesa tra Corte europea, Corte di giustizia della Comunità europea e carenze del nostro ordinamento*, in A. BALSAMO, R. KOSTORIS (a cura di), *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, Torino, 2008, p. 309.

<sup>452</sup> Cfr. il punto 56 della sentenza. L'approccio teleologico costituisce uno dei parametri elettivi dell'attività interpretativa della Corte. Essa ha in particolar modo sottolineato che i punti di riferimento sono «lo spirito, il contesto generale e la lettera» dei testi giuridici. V. in questo senso già la sentenza 5 febbraio 1963, causa 62/26, *Van Gend en Loos*, in *Racc.* p. 1, punto 5. In termini generali, sui criteri interpretativi della Corte, v. M. POIARES MADURO, *Interpreting European law: judicial adjudication in a context of constitutional pluralism*, in *European Journal of Legal Sciences*, 2007, p. 2.

<sup>453</sup> Punti 53 e 54 della pronuncia.

<sup>454</sup> Cfr. la sentenza del 15 settembre 2011, cause riunite C-483/09 e C-1/10, *Gueye e Sanchez*, in *Racc.* p. I-8263. Per alcuni commenti alla sentenza v. C. MAURO, *Protection des victimes d'infractions et droit européen*, in *Revue des affaires européennes*, 2011, p. 631; R. MCQUIGG, *Domestic violence and the ECJ: Joined Cases C-483/09 and C-1/10 Magatte Gueye and Valentin Salmeron Sanchez*, in *European Public Law*, 2012, p. 645.

mento spagnolo per i casi di violenza domestica. Le norme iberiche, infatti, in caso di condanna per simili fatti criminosi prevedono l'obbligatoria irrogazione della pena accessoria dell'allontanamento del reo dalla vittima, finanche nell'ipotesi in cui quest'ultima si opponga, come nel caso di specie, a tale misura sanzionatoria ancillare.

A questo riguardo, il Giudice dell'Unione ha precisato che la decisione quadro era finalizzata essenzialmente a tutelare la posizione della vittima rispetto all'esperienza processuale, anche in relazione a possibili minacce proferte dall'imputato. Al contrario, l'atto europeo non implicava un obbligo da parte degli Stati di proteggere le vittime in relazione ad eventuali effetti indiretti e futuri delle pene comminate: esso dunque non limitava in alcun modo la discrezionalità del legislatore nazionale quanto alla definizione del regime sanzionatorio ricollegato ai reati in questione<sup>455</sup>.

Si segnala altresì la pronuncia *Giovanardi*<sup>456</sup>, particolarmente attesa ed importante per le conseguenze dirompenti che avrebbe potuto esercitare sull'assetto della responsabilità da reato degli enti nell'ordinamento italiano. Il giudice della causa principale, invero, aveva di fatto interrogato la Corte di giustizia circa la compatibilità con la decisione quadro delle norme del D.Lgs. 231/2001 che escludono la responsabilità penale *tout court* degli enti, precludendo così, secondo la lettura che ne viene data dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione<sup>457</sup>, l'ammissibilità della costituzione di parte civile nei confronti dell'ente ad opera dei danneggiati.

Il quesito pregiudiziale, dunque, presentava considerevoli implicazioni sistematiche e trovava fondamento nella sostanziale frustrazione delle aspettative risarcitorie in favore della vittima o dei prossimi congiunti, pretese che possono trovare soddisfazione solo in un separato giudizio civile, inficiato da un esito aleatorio e, soprattutto, dall'estrema lunghezza del relativo procedimento.

Benché dal punto di vista sostanziale la problematica evidenziata fosse particolarmente delicata, la Corte di giustizia ha recisamente distinto i campi di indagine: da un lato, il baricentro della decisione quadro, vale a dire la tutela in sede processuale della vittima; dall'altro lato, la qualificazione della responsabilità da reato degli enti, ritenuta avulsa dall'ambito di applicazione delle norme UE. Di conseguenza, in base ad un approccio ermeneutico letterale, la decisione quadro non faceva sorgere in capo agli Stati membri alcun

<sup>455</sup> V. i punti 67 e 68 della sentenza.

<sup>456</sup> Sentenza 12 luglio 2012, causa C-79/11, *Giovanardi*, non ancora pubblicata. Cfr. il commento di A. VALSECCHI, F. VIGANÒ, *Secondo la Corte di giustizia UE, l'inammissibilità della costituzione di parte civile contro l'ente imputato ex D.Lgs. 231/01 non è in contrasto col diritto dell'Unione*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it) 12 settembre 2012 (27 marzo 2014).

<sup>457</sup> V. in particolare la sentenza della Sezione VI, 5 ottobre 2010, n. 2251.

obbligo di disciplinare la responsabilità da reato degli enti, né, tantomeno, di qualificarla come responsabilità penale<sup>458</sup>.

È bene precisare, da ultimo, come un simile approccio sia stato seguito dalla Corte anche nella sentenza *Eredics*<sup>459</sup>, nella quale si controverteva sulla possibilità di estendere la qualificazione di vittima di reato anche alle persone giuridiche. La decisione quadro 2001/220, tuttavia, prevedeva espressamente il richiamo alle sole persone fisiche: in assenza di dati normativi contrari, pertanto, secondo la Corte, essa consentiva agli Stati di conservare margini di scelta negli ambiti non interessati dalla legislazione sopranazionale. Di conseguenza, la normativa europea non avrebbe impedito né obbligato gli Stati membri ad applicare le disposizioni da essa previste anche alle persone giuridiche, il cui coinvolgimento era peraltro escluso in forza dell'interpretazione letterale del testo della decisione quadro.

In tutte le pronunce brevemente esaminate, in definitiva, il Giudice di Lussemburgo, valorizzando la formulazione ampia delle norme decisione quadro 2001/220 e, quasi paradossalmente, sottolineando la specificità dell'obiettivo da questa perseguito, ha valutato la coerenza delle norme nazionali con l'atto UE alla luce dei paradigmi di preclusione meno incisivi, così assicurando ai legislatori statali gli estesi spazi operativi a più riprese auspicati.

#### 2.4.2. *La giurisprudenza riguardante il mandato d'arresto europeo*

Non sembra possibile sostenere analoghe conclusioni anche per la giurisprudenza in tema di mandato d'arresto europeo, di cui alla decisione quadro 2002/584<sup>460</sup>, atto che si prefigge di disciplinare un sistema uniforme di consegna di imputati e condannati fra autorità giudiziarie, sostituendo *in toto* fra gli Stati coinvolti il modello, meno incisivo, dell'extradizione<sup>461</sup>. La decisione quadro, inoltre, persegue l'obiettivo di rafforzare il reciproco riconoscimento dei provvedimenti giurisdizionali nazionali, uno dei principi basilari sui quali poggia lo sviluppo del processo di integrazione nel contesto della cooperazione penale<sup>462</sup>. Nell'ottica della Corte, pertanto, proprio la realizzazione di questo principio, attraverso la piena ed effettiva applicazione delle disposizioni della decisione quadro, costituisce una priorità ineludibile<sup>463</sup>.

<sup>458</sup> Cfr. il punto 45 della sentenza.

<sup>459</sup> V. la sentenza 21 ottobre 2010, causa C-205/09, *Eredics*, in *Racc.* p. I-10231.

<sup>460</sup> Decisione quadro del Consiglio 2002/584/GAI, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo ed alle procedure di consegna tra Stati membri, in GU L 190, del 18 giugno 2002, p. 1.

<sup>461</sup> Cfr. il considerando n. 1 della decisione quadro.

<sup>462</sup> V. i considerando nn. 2 e 6 della decisione quadro, nei quali viene altresì precisato che questo atto costituisce la prima concretizzazione di questo principio nel settore penale.

<sup>463</sup> In questo senso v. ad esempio la sentenza 1° dicembre 2008, causa C-388/08 PPU, *Leymann e Pustovarov*, in *Racc.* p. I-8993. La centralità del reciproco riconoscimento e la sua priorità è peraltro l'assunto di partenza di tutte le sentenze della Corte in materia, per le quali

Invero il Giudice dell'Unione, nel motivare le proprie pronunce in materia, prende sempre le mosse dal presupposto per cui, di regola, le richieste di consegna avanzate dall'autorità giudiziaria di uno Stato membro devono essere accolte ed eseguite dalle autorità omologhe di un altro Stato membro. Specularmente, è possibile opporre un diniego ad una richiesta di esecuzione di un mandato d'arresto solo in presenza delle specifiche ipotesi di rifiuto – obbligatorie o di natura facoltativa – disciplinate dalla decisione quadro, agli artt. 3, 4 e 4 *bis*.

Proprio i motivi di rifiuto, il loro novero e la loro interpretazione hanno rappresentato il principale profilo di frizione, tanto che l'attenzione della Corte è stata attratta da questo aspetto in quasi tutte le pronunce emesse in materia di mandato d'arresto europeo<sup>464</sup>. La mancanza di meccanismi di verifica sull'operato degli Stati, infatti, ha generato un'attività di recepimento in sede nazionale alquanto eterogenea e, in molte occasioni, scarsamente coerente con il dettame della decisione quadro. In alcuni casi gli Stati membri hanno previsto nella legislazione interna ipotesi di rifiuto di consegna aggiuntive rispetto a quelle enumerate dall'atto UE; allo stesso tempo, in senso inverso, si è assistito – anche nell'ordinamento italiano – a norme di recepimento consapevolmente silenti su una ragione di diniego disciplinata a livello UE, ma ritenuta particolarmente delicata per gli Stati: la facoltà di non consegnare cittadini di altri Paesi, che però risiedano o dimorino sul territorio nazionale<sup>465</sup>.

v. le note che seguono. In dottrina v., fra i molti contributi sul punto, C. FIJNAUT, J. OUWERKERK (a cura di), *The future of police and judicial cooperation in the European Union*, Leiden, 2010; M. BORGERS, *Mutual recognition and the European Court of Justice: the meaning of consistent interpretation and autonomous and uniform interpretation of Union law for the development of the principle of mutual recognition in criminal matters*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2010, p. 99, in particolare, per quanto riguarda il mandato d'arresto europeo e la relativa giurisprudenza, da p. 107.

<sup>464</sup> Cfr. E. HERLIN-KARNELL, *From mutual trust to full effectiveness of EU law: ten years of the European arrest warrant*, in *European Law Review*, 2013, p. 82.

<sup>465</sup> In entrambi i casi, ne è esempio la legge 22 aprile 2005, n. 69, in GU n. 98 del 29 aprile 2005, recante le norme di attuazione della decisione quadro nell'ordinamento italiano. Da un lato, la legge ha nucleato in maniera molto puntuale molte cause di rifiuto indirettamente desumibili dal disposto della decisione quadro; dall'altro lato, però, in origine non prevedeva la possibilità di rifiuto di consegna nel caso di cittadini stranieri dimoranti o residenti nel territorio nazionale e qualificati da comprovati legami personali e sociali in Italia. Con sentenza 24 giugno 2010, n. 227, la Corte costituzionale ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 18 della legge italiana, nella parte in cui non prevedeva la possibilità di diniego di esecuzione del mandato d'arresto in simili ipotesi. Per un commento sulla pronuncia sia permesso rinviare a S. MONTALDO, *Mandato d'arresto europeo, Corte costituzionale e rifiuto di consegna di non cittadini*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2010, p. 678. Per un'analisi complessiva sull'attuazione della decisione quadro negli Stati membri v. V. MITSILEGAS, *General Report on the Area of freedom, security and justice from Amsterdam to Lisbon. Challenges of implementation, constitutionality and fundamental rights*, FIDE Congress 2012, in [http://www.fide2012.eu/index.php?doc\\_id=90](http://www.fide2012.eu/index.php?doc_id=90) (24 marzo 2014).

In questo frammentato contesto, il Giudice dell'Unione è giunto a censurare entrambe le situazioni. Da un lato, come sostenuto nelle pronunce *Mantello*<sup>466</sup>, *Radu*<sup>467</sup> e *Melloni*<sup>468</sup>, la previsione di motivi di diniego addizionali può frustrare il dato testuale dell'atto UE e le esigenze sottese al reciproco riconoscimento ed all'effettività del diritto UE, anche nel caso in cui tale scelta normativa sia tesa ad offrire garanzie rafforzate in favore dei soggetti coinvolti. Dall'altro lato, nei casi *Kozlowsky*<sup>469</sup>, *Leymann e Pustovarov*<sup>470</sup>, *Wolzenburg*<sup>471</sup> e *Lopes*<sup>472</sup>, il Collegio ha precisato che al legislatore nazionale è preclusa la possibilità di espungere dalle norme nazionali di recepimento un motivo facoltativo di rifiuto, poiché la decisione sull'esecuzione spetta all'autorità giudiziaria, che deve poter valutare tutte le ipotesi prospettate nella decisione quadro. Al contempo, però, gli Stati possono circoscrivere la portata operativa di tali motivi – ad esempio prevedendo un regime differente per cittadini, residenti e dimoranti – purché tale scelta sia rispettosa dei principi generali dell'ordinamento UE e non violi il divieto di discriminazione<sup>473</sup>.

La Corte, in conclusione, ha rilevato come la materia dei motivi di diniego di consegna, alla luce del tenore letterale e dello scopo della decisione quadro, sia disciplinata in modo esaustivo dall'atto UE. Tale circostanza, secondo gli schemi della *field preemption*, preclude ulteriori interventi normativi nazionali ed impone una puntuale attuazione del disposto degli artt. 3 e 4 della decisione quadro.

A conferma della particolare sensibilità della materia in esame, si segnala

<sup>466</sup> V. la sentenza 16 novembre 2010, causa C-261/09, *Mantello*, in *Racc.* p. I-11477. Per un commento, J. OUWERKERK, *Case C-261/09, criminal proceedings against Gaetano Mantello*, in *Common Market Law Review*, 2011, p. 1687.

<sup>467</sup> Sentenza 29 gennaio 2013, causa C-396/11, *Radu*, non ancora pubblicata, sulla quale v. A. TINSLEY, *The Reference in Case C-396/11 Radu: When does the Protection of Fundamental Rights Require Non-execution of a European Arrest Warrant?*, in *European Criminal Law Review*, 2012, p. 338; C. AMALFITANO, *Mandato d'arresto europeo: reciproco riconoscimento vs diritti fondamentali? Note a margine delle sentenze Radu e Melloni della Corte di giustizia*, in R. MASTROIANNI, D. SAVY (a cura di), *L'integrazione europea attraverso il diritto processuale penale*, Napoli, 2014, p. 39.

<sup>468</sup> Sentenza 26 febbraio 2013, causa C-399/11, *Melloni*, non ancora pubblicata, sulla quale v. N. DE BOER, *Case C-399/11, Stefano Melloni v. Ministero Fiscal, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 26 February 2013*, in *Common Market Law Review*, 2013, p. 1083.

<sup>469</sup> Sentenza 17 luglio 2008, causa C-66/08, *Kozlowsky*, in *Racc.* p. I-6041.

<sup>470</sup> Sentenza 1° dicembre 2008, causa C-388/08 PPU, cit.

<sup>471</sup> Sentenza 6 ottobre 2009, causa C-123/08, *Wolzenburg*, in *Racc.* p. I-9621.

<sup>472</sup> Sentenza 5 settembre 2012, causa C-42/11, *Lopes da Silva Jorge*, non ancora pubblicata, sulla quale v. S. MONTALDO, *Mandato d'arresto europeo, principio del reciproco riconoscimento e diritti del condannato*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2013, p. 226.

<sup>473</sup> Per ulteriori approfondimenti, V. GLERUM, K. ROZEMOND, *Surrender of nationals*, in N. KEIJZER, E. VAN SLIEDREGT (a cura di), *The European arrest warrant*, L'Aia, 2009, p. 83.



da ultimo la sentenza *Jeremy*<sup>474</sup>, scaturita dal primo rinvio pregiudiziale del Conseil Constitutionnel francese<sup>475</sup>. Nel caso in questione, la Corte è stata chiamata ad interpretare gli artt. 27 e 28 della decisione quadro 2002/584, allo scopo di considerare la compatibilità col disposto UE di una norma nazionale che prevede un ricorso con effetto sospensivo avverso la decisione di esecuzione del mandato d'arresto, la decisione di assenso alla sua estensione o la decisione che dispone la cd. consegna successiva. Sebbene il regime nazionale di fatto introduca un ostacolo all'esecuzione del mandato e, di riflesso, al conseguimento degli obiettivi della decisione quadro, la Corte ha ritenuto di rispettare in maniera rigorosa la dinamica del riparto di competenze concorrenti delineata dai Trattati. Nell'opinione della Corte, infatti, il legislatore interno conserva margini di intervento, giacché la decisione quadro non annovera disposizioni specifiche sul punto, né espressamente preclude agli Stati la possibilità di garantire agli individui questo ulteriore rimedio giurisdizionale<sup>476</sup>. L'esercizio della potestà normativa nazionale, nondimeno, deve essere bilanciato con le esigenze di accelerazione e rafforzamento della cooperazione giudiziaria, di talché lo Stato deve premurarsi che il ricorso sospensivo si concluda entro i termini previsti dalla decisione quadro per l'adozione di una decisione definitiva sulla richiesta di consegna.

### 3. L'esercizio delle competenze dell'Unione europea nella cooperazione in materia penale ed il principio di sussidiarietà

#### 3.1. Il principio di sussidiarietà e la riforma di Lisbona: aspetti introduttivi

Il Trattato di Lisbona, oltre a dare nuova linfa al principio di attribuzione, ha evidenziato la rilevanza dei principi che presidiano l'esercizio delle competenze dell'Unione, con particolare riferimento per il principio di sussidiarietà<sup>477</sup>. Consacrata all'art. 5, par. 3, TUE, la necessità di un prudente bilanciamento fra tendenza all'accentramento decisionale e coinvolgimento attivo dei singoli

<sup>474</sup> Sentenza 30 maggio 2013, causa C-168/13 PPU, *Jeremy F.* non ancora pubblicata. F.-X. MILLET, *How much lenience for how much cooperation? On the first preliminary reference of the french constitutional council to the Court of Justice*, in *Common Market Law Review*, 2014, p. 195.

<sup>475</sup> Cfr. H. LABAYLE, R. MEHDI, *Le droit au juge et le mandat d'arrêt européen: lectures convergentes de la Cour de justice de l'Union européenne et du Conseil constitutionnel*, in *Revue française de droit administratif*, 2013, p. 691.

<sup>476</sup> V. i punti 53 e seguenti della sentenza.

<sup>477</sup> Per un'analisi esaustiva della riforma del sistema delle competenze apportata dal Trattato di Lisbona, dall'angolo di visuale del principio di sussidiarietà, v. O. PORCHIA, *Sussidiarietà attraverso il riordino delle competenze?*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2010, p. 631.

Stati membri è infatti «endemica» in tutte le politiche europee non esclusive, che interessino dunque più livelli di governo<sup>478</sup>.

Il principio è di fatto enucleato anche all'art. 1 TUE, a mente del quale, nel contesto dell'Unione, le decisioni devono essere prese al livello più prossimo possibile al cittadino<sup>479</sup>. In quest'ultima accezione di regola sistematica che impone la tendenziale prossimità ai governati delle scelte regolatorie, il principio in esame si connota per una inevitabile carica politica e per un certo grado di indeterminatezza, tutti fattori che hanno spesso attratto considerazioni fortemente critiche in dottrina<sup>480</sup>. A più riprese è stato infatti evidenziato come la vaghezza della nozione di sussidiarietà imponga di relegare l'istituto ad un piano prettamente atecnico<sup>481</sup>, o, quanto meno, di considerarlo un profilo secondario ed ancillare rispetto al principio di proporzionalità<sup>482</sup> ed alle ulteriori regole che strutturano il sistema delle competenze.

<sup>478</sup> La definizione è stata fornita da P. CRAIG, *Subsidiarity: a political and legal analysis*, in *Journal of Common Market Studies*, 2012, p. 73.

<sup>479</sup> Questa indicazione coglie nella sostanza la portata del principio, con consapevole semplificazione. Cfr. M. MACCORMICK, *Questioning Sovereignty*, Oxford, 1999, p. 135: «*The doctrine of subsidiarity requires decisionmaking to be distributed to the most appropriate level. In that context, the best democracy – and the best interpretation of popular sovereignty – is one that insists on levels of democracy appropriate to levels of decision-making*». In dottrina, taluni evidenziano la maggiore complessità della sussidiarietà rispetto al principio di prossimità, considerato concettualmente complementare, ma distinto: cfr. U. DRAETTA, *Le competenze dell'Unione europea nel Trattato di Lisbona*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2008, p. 245.

<sup>480</sup> È stato evidenziato come il principio in esame sia «*one of the most debated, analyzed, criticized, despised and, in very few cases, loved concepts of EU law*». Cfr. A. BIONDI, *Subsidiarity in the Courtroom*, in A. BIONDI, P. ECKOUT, S. RIPLEY (a cura di), *EU law after Lisbon*, Oxford, 2012, p. 211. Per un sguardo complessivo sulle criticità sollevate dalla sussidiarietà v. A. ESTELLA, *The EU principle of subsidiarity and its critique*, Oxford, 2002.

<sup>481</sup> D. WYATT, *Subsidiarity. Is it too vague to be effective as a legal principle?*, in K. NICOLAIDIS, S. WEATHERILL (a cura di), *Whose Europe? National models and the Constitution of the European Union*, European Studies at Oxford, 2003, p. 86, e dottrina ivi citata. Il testo è reperibile altresì all'indirizzo <http://www.law.ox.ac.uk/themes/iecl/pdfs/whoseeurope.pdf> (2 aprile 2014). Ritiene il principio intrinsecamente politico, ma non per questo privo di implicazioni giuridiche, B. BERTRAND, *Un principe politique saisi par le droit. La justiciabilité du principe de subsidiarité en droit de l'Union européenne*, in *Revue trimestrielle du droit européen*, 2012, p. 329.

<sup>482</sup> G. BERMANN, *Proportionality and Subsidiarity*, in C. BARNARD, J. SCOTT (a cura di), *The law of the single European market*, Oxford, 2002, p. 75, per il quale «*this chapter is concerned with proportionality ad very subsidiarily about subsidiarity*». Cfr. altresì G. DAVIES, *Subsidiarity: the wrong idea, in the wrong place, at the wrong time*, in *Common Market Law Review*, 2006, p. 63: per l'autore il principio di sussidiarietà è radicalmente mal fondato e ben potrebbe essere fuso nel principio di proporzionalità. Da ultimo, secondo altra parte della dottrina il principio di sussidiarietà dovrebbe essere meglio qualificato come «*federal proportionality*»: cfr. R. SCHÜTZE, *Subsidiarity after Lisbon: reinforcing the safeguards of federalism?*, cit., p. 525.

Di conseguenza, sin dalla sua codificazione e dalla successiva introduzione, con il Trattato di Amsterdam, di un Protocollo che disciplinava procedure e meccanismi istituzionali per la verifica del suo rispetto<sup>483</sup>, la sussidiarietà ha costituito nell'opinione di molti un oggetto concettualmente misterioso e pressoché futile nella prassi delle istituzioni europee<sup>484</sup>. Da quest'ultimo punto di vista, in particolare, la denunciata vaghezza ha imposto alle istituzioni europee, Corte di giustizia dell'Unione europea in testa, di maneggiare con cura il principio, spesso con esiti ritenuti non soddisfacenti rispetto alla *ratio* ad esso sottesa<sup>485</sup>.

Queste criticità hanno fortemente influito sull'impostazione della riforma del sistema delle competenze in occasione del Trattato di Lisbona, i cui redattori hanno inteso rafforzare la portata del principio, sia sotto il profilo della portata politica, sia per quanto riguarda gli strumenti ed i rimedi posti a garanzia della sua corretta applicazione. L'accelerazione impressa appare in special modo evidente nel campo della cooperazione penale, nel quale la delicatezza delle scelte sulla repressione dei fenomeni criminosi ha determinato più che altrove il sostanziale svuotamento del contenuto tecnico-giuridico del principio, in favore dei suoi connotati politici.

<sup>483</sup> Il protocollo in questione ha consentito di cristallizzare un accordo interistituzionale sul rispetto del principio di sussidiarietà del 1993 e le linee guida sulla portata del principio approvate dal Consiglio europeo di Edimburgo del 1992. Per approfondimenti v. G. DE BURCA, *Reappraising subsidiarity's significance after Amsterdam*, Jean Monnet Working Paper 7/1999, reperibile all'indirizzo internet <http://www.jeanmonnetprogram.org/archive/papers/99/990701.html> (14 ottobre 2014).

<sup>484</sup> In dottrina, è stato evidenziato come il principio in questione alimentasse il dibattito sui confini delle competenze UE, invece di contribuire a risolverlo: S. WEATHERILL, *Better competence monitoring*, in *European Law Review*, 2005, p. 23. Altri hanno sottolineato come di fatto l'ambiguità del concetto in esame consentisse di utilizzare la sussidiarietà sia per estendere le attribuzioni UE che per circoscriverle. V. in questo senso R. DEHOUSSE, *The European Court of Justice*, Londra, 1998, p. 1861. In realtà, analoga opinione era stata espressa dalla Commissione, nella comunicazione COM(1993) 545 def., in séguito all'entrata in vigore del Trattato di Maastricht, quando le aspettative sulle potenzialità operative del principio erano accentuate: «*Far from having the effect of freezing Community action, the dynamic of the subsidiarity principle should make it possible to expand it if required, or limit or even abandon it when action at Community level is no longer warranted*».

<sup>485</sup> Sono emblematiche a questo proposito le conclusioni dell'avvocato generale Geelhoed alla causa *BAT*, nelle quali veniva suggerito alla Corte che «La questione inerente alla sussidiarietà mi sembra di facile soluzione [...] la Corte può constatare senza una motivazione troppo estesa che il relativo principio non è stato violato»: cfr le conclusioni del 10 settembre 2002, causa C-491/01, *BAT e Imperial Tobacco*, in *Racc.* p. I-11543, punto 285. Al contrario, è interessante rilevare come la Corte costituzionale tedesca, sin dal 1992, in occasione della sua nota sentenza sul Trattato di Maastricht, si sia dimostrata piuttosto ottimista circa l'evoluzione del principio di sussidiarietà nell'ordinamento UE e la sua importanza per la tutela delle identità nazionali e la conservazione dei settori di competenza degli Stati: v. la sentenza 12 ottobre 1993, BverfGE89, par. 255.

A conferma di ciò, vi è chi in dottrina, nel recente passato, ha sollevato l'interrogativo circa l'effettiva esistenza ed operatività del principio nel terzo pilastro<sup>486</sup>. La sua importanza secondaria nella cooperazione in materia penale era in effetti desumibile dalla originaria e frequente carenza di riferimenti ad esso nelle proposte di decisione quadro, così come, specularmente, dai documenti della Commissione sull'applicazione dei principi di proporzionalità e sussidiarietà, che non facevano menzione alcuna della loro incidenza nel contesto del terzo pilastro<sup>487</sup>.

### 3.2. Principio di sussidiarietà e cooperazione penale all'esito della riforma del Trattato: fra limiti all'esercizio delle competenze dell'Unione e ricorso al diritto penale quale ultima ratio

La descritta originaria "accezione debole" del principio di sussidiarietà nella materia penale trovava in via principale spiegazione nella natura dell'istituto e nei meccanismi istituzionali attraverso i quali si esprimeva la cooperazione fra Stati membri nel quadro intergovernativo, fortemente ancorato alla manifestazione di volontà degli Stati membri<sup>488</sup>.

Grazie all'eliminazione della ripartizione in pilastri, la riforma del Trattato di Lisbona segna dunque un significativo cambiamento di prospettiva, che consegue alla comunitarizzazione della materia ed alla definizione di ambiziosi obiettivi di politica criminale sovranazionale. A conferma della volontà di riconoscere crescenti spazi operativi all'istituto in esame, l'art. 69 TFUE, tra le disposizioni generali in tema di spazio di libertà, sicurezza e giustizia, reitera per il solo Titolo V la necessità che le proposte di atto legislativo siano redatte in ossequio al principio di sussidiarietà, sul quale potranno esercitare un puntuale controllo i parlamenti nazionali<sup>489</sup>. In ossequio a questa rinnovata

<sup>486</sup> Cfr. E. HERLIN-KARNELL, *Subsidiarity in the Area of EU justice and home affairs law. A lost cause?*, in *European Law Journal*, 2009, p. 351. L'autrice evidenzia in particolare l'esistenza di un frattura tra il dato positivo del Trattato, caratterizzato da richiami al principio negli allora artt. 1, 2 e 5 TUE, e la prassi, che evidenzia la sua natura anonima ed impalpabile. Un'efficace descrizione del problema è fornita in S. WEATHERILL, *Competence creep and competence control*, cit., p. 23, secondo cui «*subsidiarity appears to serve as an ineffective antidote to the toxin of the insufficiently restrained or, at least, questioned centralisation*».

<sup>487</sup> V. ad es. La comunicazione *Legiferare meglio*, COM(2007) 286 def. del 6 giugno 2007. V. sul punto i rilievi sollevati dallo European Union House of Lords Committee, *Strengthening National parliamentary scrutiny of the EU: the Constitution's subsidiarity early warning mechanism*, Report n. 14, Session 2004-2005, in <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200405/ldselect/ldecom/101/101.pdf> (7 aprile 2014).

<sup>488</sup> Ricollega questa «*much softer form of cooperation*» allo statuto del principio di sussidiarietà G. DE BURCA, *Reappraising Subsidiarity's significance*, cit.

<sup>489</sup> Occorre altresì rammentare l'insistenza del Trattato sulla tutela degli elementi essenziali degli ordinamenti interni e sulla conservazione, da parte delle autorità nazionali, delle responsabilità riguardanti la tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza interna.

attenzione, anche le istituzioni dell'Unione – segnatamente il Consiglio, il Parlamento europeo e la Commissione – nei loro documenti sulla futura politica penale dell'Unione hanno operato un rimando al principio, sottolineandone la rilevanza<sup>490</sup>.

Allo stesso tempo, però, esse si sono soffermate su un piano strettamente dichiarativo, senza tentare di definire con maggiore precisione il contenuto e la portata del principio o i criteri di valutazione utili a garantirne il rispetto. A fronte dunque del sensibile incremento delle competenze europee in materia penale e della definizione di obiettivi di sempre maggiore respiro e lungimiranza, si ripropone il problema della denunciata incertezza concettuale dell'istituto, che in questo campo appare anzi ulteriormente accentuata dalle caratteristiche della politica in esame.

Operando uno sforzo di astrazione sistematica, la riscoperta centralità della sussidiarietà nel riformato contesto primario comporta per la cooperazione penale due principali implicazioni: da un lato, la volontà di limitare l'incisività e l'estensione dell'azione normativa dell'UE; dall'altro lato, l'affermazione anche in sede europea di un principio radicato negli ordinamenti nazionali, in forza del quale la repressione per mezzo del diritto penale costituisce l'*extrema ratio*, alla quale fare ricorso solo ove soluzioni di minore incisività si dimostrino inefficaci<sup>491</sup>.

Nel primo senso, il potenziamento della sussidiarietà diviene anche nella cooperazione penale un elemento ineludibile di garanzia per gli Stati membri e sollecita un approfondito scrutinio su entrambi i parametri valutativi sottesi al principio: la sufficienza dell'azione statale e, contestualmente, la migliore efficacia dell'intervento legislativo UE<sup>492</sup>.

Il secondo profilo orienta invece il principio di effettività del diritto UE, ad esempio espresso all'art. 83, par. 2, TFUE, indirizzandolo ad una tendenziale preferenza per scelte regolatorie che non implicino l'adozione di norme

<sup>490</sup> Sui documenti in questione v. *infra*, nel presente Capitolo, par. 6.2.

<sup>491</sup> La dottrina evidenzia peraltro come, nella prassi quotidiana, le esigenze dell'attività politica portino a considerare utile ed opportuno il ricorso frequente ad opzioni di criminalizzazione, non di rado connesso a situazioni di carattere emergenziale o all'asserita volontà di imporre "giri di vite" a fenomeni di particolare rilevanza agli occhi della collettività: v. in questo senso M. DONINI, *Il diritto penale di fronte al nemico*, in *Cassazione penale*, 2006, p. 772.

<sup>492</sup> Per riprendere una formula suggerita in dottrina, il principio di sussidiarietà costituirebbe «one way of preserving the political functions of national borders in criminal law». Cfr. P. DE HERT, *Division of Competences between national and European levels with regards to Justice and Home Affairs*, in J. AAP (a cura di), *EU Justice and Home Affairs*, Amsterdam, 2004, p. 156. A monte, è stato osservato come anche la più netta classificazione delle competenze, unitamente alla creazione della categoria di attribuzioni cd. del terzo tipo, costituisca un'espressione di sussidiarietà "all'origine", rilevante peraltro anche nella materia penale, se si considera l'articolazione e complessità interna della basi giuridiche previste dai Trattati e poc'anzi descritte. V. in questo senso V. CONSTANTINESCO, *Les compétences et le principe de subsidiarité*, in *Revue trimestrielle de droit de l'Union européenne*, 2005, p. 305.

penali<sup>493</sup>. Da questo punto di vista occorre ricordare come proprio l'efficienza – usualmente tradotta in termini di costi e benefici economici e di coerenza ed effettività dell'ordinamento UE – abbia tradizionalmente costituito il principale criterio del giudizio comparativo operato dalla Commissione europea in materia, spesso capace di orientare l'esito di tale valutazione in favore del riconoscimento di competenza in capo al legislatore europeo. Allo stesso modo, come si avrà modo di considerare, il sindacato giurisdizionale sul rispetto della sussidiarietà è stato spesso relegato ad eccezionali ipotesi di errore manifesto o sviamento di potere, così temperando in maniera sensibile la portata del principio.

Sorge dunque l'esigenza di verificare se la tradizionale declinazione del principio di sussidiarietà ed i criteri sinora avvalorati in sede politica e giurisprudenziale per sindacarne il rispetto ben si attagliano alla cooperazione in materia penale, alla luce della rinnovata disciplina dei Trattati. Se infatti le norme rilevanti suggeriscono una crescente valorizzazione del principio, la prassi futura risulterà decisiva per confermare questa tendenza o per smorzare i toni.

A questo riguardo, si intende in primo luogo focalizzare l'analisi sulle due principali forme di valutazione dell'esercizio delle competenze non esclusive dell'Unione: il controllo politico *ex ante* definito dal Protocollo n. 2 allegato ai Trattati ed il sindacato giurisdizionale *ex post* ad opera della Corte di giustizia. In secondo luogo, verranno proposte alcune riflessioni sulla specificità del contenuto e dei parametri di valutazione della sussidiarietà nel contesto della cooperazione in materia penale.

### 3.3. Il controllo politico *ex ante* sul rispetto del principio di sussidiarietà

#### 3.3.1. Profili istituzionali e prime evidenze applicative

Il Protocollo n. 2 sull'applicazione dei principi di proporzionalità e sussidiarietà fissa le procedure per la supervisione da parte delle autorità nazionali – segnatamente i parlamenti – sull'esercizio delle competenze dell'Unione europea<sup>494</sup>. Esso delinea un controllo di carattere politico e preventivo, che

<sup>493</sup> È interessante rilevare come la Commissione, nella relazione sulla sussidiarietà e la proporzionalità pubblicata con la comunicazione COM(2010) 547 def., abbia evidenziato come la cooperazione in materia penale si focalizzerà essenzialmente sugli strumenti volti all'affermazione del reciproco riconoscimento. Al contrario, l'adozione di norme minime comuni di diritto penale sostanziale verrà tendenzialmente circoscritta ad alcuni settori specifici. Peraltro, il documento appare stridere con le indicazioni pervenute dalla stessa istituzione in ordine ai futuri sviluppi della politica penale UE, sulla quale v. *infra*, par. 6.2.

<sup>494</sup> Il Protocollo in esame coglie anzitutto l'eredità dell'accordo interistituzionale tra Parlamento europeo, Commissione e Consiglio del 25-26 ottobre 1993 e del documento approvato dal Consiglio europeo di Edimburgo del 12 dicembre 1992 sull'impostazione generale dell'applicazione da parte del Consiglio del principio di sussidiarietà e dell'art. 3B del Trattato

dunque interviene nel corso dell'*iter* decisionale, anticipando la formale adozione dell'atto legislativo e la sua entrata in vigore<sup>495</sup>.

La prima forma di vigilanza è disciplinata dall'art. 2, ai sensi del quale la Commissione, ogniqualvolta intenda formulare una proposta di atto legislativo<sup>496</sup>, è chiamata a procedere ad ampie consultazioni, che le consentano di tenere conto della dimensione regionale e locale dell'azione intrapresa. Quest'obbligo ha portata generale e può essere derogato solo ove sussistano comprovate esigenze di urgenza, che devono essere espressamente indicate nelle motivazioni a sostegno dell'iniziativa normativa<sup>497</sup>.

L'adempimento inaugurale della procedura è l'invio di ogni progetto di atto legislativo ai parlamenti nazionali<sup>498</sup>. Questa operazione anticipa l'avvio

sull'Unione europea. Con la riforma di Amsterdam è stata inoltre inaugurata una disciplina *ad hoc* in un apposito Protocollo, che ha costituito la base per la proposta di riforma in occasione del Trattato costituzionale e l'incisiva revisione portata a termine col Trattato di Lisbona. In dottrina v., per una presentazione esaustiva dell'evoluzione del principio e della disciplina ad esso correlata, F. DELPERÉE, *Le principe de subsidiarité*, Bruxelles, 2002. Con riferimento alla Costituzione europea v. L.M. HINOJOSA MARTINEZ, *La regulación del principio de subsidiariedad en el Tratado Constitucional: espejismos y realidades*, in *Revista de Derecho Comunitario y Europeo*, 2004, p. 787. Il tema della sussidiarietà, nell'ambito dei lavori della Convenzione sul futuro dell'Unione, era stato oggetto di un gruppo di lavori ad hoc, il Gruppo I, i cui lavori possono essere consultati in A. TIZZANO (a cura di), *Una Costituzione per l'Europa*, Bologna, 2004. Il Protocollo in esame è oggetto di espressa citazione all'odierno art. 5, par. 3, TUE.

<sup>495</sup> Anche il Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa recava allegato un Protocollo dedicato ai principi di sussidiarietà e proporzionalità. In quel contesto veniva parimenti attribuito un centrale ruolo di vigilanza ai parlamenti nazionali. Cfr. N.W. BARBER, *Subsidiarity in the draft Constitution*, in *European Public Law*, 2005, p. 197. In termini generali, sull'attuale Protocollo n. 2, v., fra gli altri, P. KIJVER, *The Treaty of Lisbon: the national parliaments and the principle of subsidiarity*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2008, p. 77; M. GENNERT, *Les parlements nationaux dans le Traité de Lisbonne: évolution ou révolution?*, in *Cahiers de droit européen*, 2010, p. 46; O. PORCHIA, *Le competenze dell'Unione, il Protocollo sul principio di sussidiarietà ed il potenziamento del ruolo delle assemblee legislative*, Universitat de Barcelona, Institut de Dret Public, Working paper 2/2011.

<sup>496</sup> Occorre puntualizzare come, da questa prospettiva, il Protocollo n. 2 abbia un ambito di applicazione più circoscritto rispetto al principio di sussidiarietà: se il primo è limitato ai soli atti legislativi ed alle proposte *ex art.* 352 TFUE, analoga previsione non caratterizza invece il principio nel suo complesso, che la giurisprudenza ha tradizionalmente applicato anche ad esempio agli atti esecutivi: cfr. la sentenza del Tribunale del 7 novembre 2007, causa T-374/04, *Germania c. Commissione*, in *Racc.* p. II-4431. Il Protocollo, pertanto, come sottolineato in dottrina, non trova applicazione in relazione alle categorie di atti più corpose: O. PORCHIA, *Le competenze dell'Unione*, cit., p. 17.

<sup>497</sup> L'art. 1, invece, esordisce con una clausola di portata generale, precisando che ogni istituzione è chiamata a svolgere, per quanto le compete, il controllo sul rispetto del principio di sussidiarietà e sulla proporzionalità delle misure europee.

<sup>498</sup> Ai sensi dell'art. 3 del Protocollo, la nozione di progetto di atto legislativo ha ampia portata, poiché comprende le proposte della Commissione, le iniziative promosse da un gruppo di Stati membri, l'iniziativa sollecitata dal Parlamento europeo, le richieste della Corte di giustizia, la raccomandazione della Banca centrale europea e le richieste della Banca europea

effettivo dell'*iter* decisionale e compete, a seconda dell'origine dell'iniziativa, alla Commissione, al Parlamento europeo o al Consiglio<sup>499</sup>. Quest'ultimo, in particolare, è chiamato a trasmettere i progetti di atti legislativi presentati da un gruppo di Stati membri, dalla Corte di giustizia, dalla Banca centrale europea o dalla Banca europea per gli investimenti<sup>500</sup>.

La documentazione destinata alle autorità nazionali è provvista di ogni elemento utile a valutare l'incidenza dell'atto, poiché ciascuna proposta deve essere corredata di una scheda analitica sul rispetto dei principi che orientano l'esercizio delle competenze dell'Unione, con specifico riferimento per le conseguenze finanziarie e – nell'ipotesi di direttive – per l'incidenza sulla normativa interna<sup>501</sup>. Questo obbligo di motivazione – cd. *impact assessment* – è cruciale per il corretto svolgimento della procedura, poiché mira ad assicurare l'effettività del controllo sul rispetto del principio, grazie alla condivisione di ogni informazione funzionale ad un più circostanziato vaglio ad opera dei parlamenti degli Stati membri<sup>502</sup>.

per gli investimenti, intese all'adozione di un atto legislativo. Benché non espressamente indicata, deve altresì essere considerata l'ipotesi dell'iniziativa popolare, poiché le proposte che da questa promanano vengono sottoposte all'attenzione della Commissione, ai fini della predisposizione di un progetto di atto.

<sup>499</sup> È opportuno precisare che, nell'operato della Commissione, la prassi di trasmettere i progetti di atti derivati ai parlamenti nazionali è invalsa dal 2006. Sulle prime esperienze di coinvolgimento dei parlamenti nazionali v. I. COOPER, *The watchdogs of subsidiarity: national parliaments and the logic of arguing in the EU*, in *Journal of Common Market Studies*, 2006, p. 281.

<sup>500</sup> Ai sensi dell'ultimo paragrafo dell'art. 4, qualora la "navetta" della prima lettura dell'atto sia già iniziata, devono essere altresì comunicate le risoluzioni legislative del Parlamento europeo e le posizioni del Consiglio.

<sup>501</sup> Quanto all'aspetto finanziario, l'art. 5 del Protocollo stabilisce che gli oneri – economici e non solo – che derivano dal progetto ad ogni livello amministrativo, ivi compreso quello regionale o locale, siano quanto più possibile lievi e commisurati agli obiettivi da perseguire.

<sup>502</sup> Nell'ambito della elaborazione delle proposte di atto legislativo, in effetti, la fase della redazione della valutazione di impatto appare la più indicata per un circostanziato controllo sui principi di sussidiarietà e proporzionalità. L'operato della Commissione si dipana infatti attraverso una fase precedente, rappresentata dalla pubblicazione dei programmi di lavoro e delle tabelle di marcia – che esprimono le priorità politiche ed operative dell'istituzione – rispetto alla quale è nella maggior parte dei casi prematuro condurre analisi specifiche sul rispetto dei livelli decisionali statali. Allo stesso modo, la fase successiva della formale presentazione del progetto non consente in sé ai parlamenti nazionali di ottenere informazioni complete ed esaustive, poiché la motivazione sul principio di sussidiarietà è spesso sintetizzata in brevi considerazioni inaugurali, che possono essere oggetto di sindacato *ex post* della Corte ove l'atto sia entrato in vigore. La valutazione di impatto ha dunque acquisito nel tempo un'importanza strategica per la completezza del vaglio dei parlamenti nazionali e costituisce dunque un obbligo cui la Commissione deve ottemperare con particolare puntualità in caso di atti di accentuata rilevanza politica. Ciò è altresì espressione dell'impegno verso una *better regulation*, sulla quale v. Sul fenomeno della *better regulation* v. la comunicazione COM(2002) 275, *Governance europea: Legiferare meglio*, e la comunicazione COM(2002) 276 sulla valutazione di impatto. In relazione a questi aspetti è stato siglato dal Parlamento europeo, dal Con-



In questa prospettiva, a differenza di quanto avveniva nella versione precedente del Protocollo, non si registra un'elencazione esemplificativa di criteri o informazioni atti a fondare la motivazione di un atto: piuttosto, l'art. 5 prevede in termini generali che le istituzioni europee debbano fornire ogni elemento quantitativo e, preferibilmente, qualitativo, per dare dimostrazione che il progetto di atto è coerente con il principio.

L'importanza di questo adempimento deriva altresì dal ristretto lasso di tempo del quale le assemblee nazionali beneficiano per portare a termine l'analisi del progetto: entro otto settimane dalla data di trasmissione, infatti, deve essere inviato al presidente dell'istituzione competente un parere che elenchi le motivazioni alla base dell'eventuale giudizio negativo formulato dal parlamento *in toto* o da una sua camera.

Infatti, a ciascun parlamento sono attribuiti due voti, che nel caso di assemblee bicamerali vengono suddivisi fra i rami dell'istituzione. Se i pareri contrari al progetto equivalgono ad un terzo dei voti complessivamente attribuiti, allora la proposta deve essere riesaminata. Questa eventualità, cd. del "cartellino giallo", evidenzia una regola peculiare in presenza di misure fondate sui capi 4 e 5 del Titolo V TFUE, concernenti dunque la cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale. Tale particolarità consiste nel fatto che, così come ai sensi dell'art. 76 TFUE l'iniziativa legislativa in questo settore può essere esercitata dalla Commissione o da un quarto degli Stati membri, il medesimo *quorum* di voti dei parlamenti nazionali può sancire la bocciatura del progetto per violazione del principio di sussidiarietà. In ragione della natura della materia in questione, pertanto, viene prevista una soglia di pareri contrari più bassa<sup>503</sup>, con l'obiettivo di rafforzare ed estendere i margini di controllo riconosciuti agli Stati<sup>504</sup>.

siglio e dalla Commissione l'Accordo Interistituzionale «Legiferare meglio», in GU C 321, del 31 dicembre 2003, p. 1. Secondo la relazione sull'attuazione dell'art. 5 TUE relativa all'anno 2012, il comitato per le valutazioni di impatto ha vagliato 97 documenti, formulando 144 pareri, il 33% dei quali contenenti specifiche argomentazioni sul principio di sussidiarietà. Cfr. la relazione della Commissione sulla sussidiarietà e la proporzionalità – 20<sup>a</sup> relazione "legiferare meglio", anno 2012, COM(2013) 566 def., del 30 luglio 2013, punto 3.1.

<sup>503</sup> D'altra parte, se da un lato la bocciatura comporta l'obbligo di riesaminare il progetto, dall'altro lato l'autore della proposta non è vincolato a modificarla. Motivando opportunamente la propria decisione, infatti, il promotore può mantenere il testo e l'impostazione originali. Allo stesso modo, deve essere dettagliatamente giustificata la decisione di modificare il progetto o di ritirarlo. L'istituzione o il gruppo di Stati che ha avanzato la proposta possono dunque optare per la conferma, il ritiro o la riforma del testo presentato in principio. A monte di questa ampia possibilità di scelta vi è comunque l'obbligo di tenere conto dei pareri negativi provenienti dai parlamenti nazionali, sancito dall'art. 7, par. 1, del Protocollo.

<sup>504</sup> Nel Protocollo allegato al Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa era accordato ai parlamenti nazionali un più breve termine di sei settimane per formulare un parere motivato di non conformità di un progetto di atto con il principio. A differenza dell'attuale impostazione, il Protocollo originario prevedeva solo l'allerta del cd. "cartellino giallo", con

Con riferimento agli atti per i quali sia disposta la procedura legislativa ordinaria è inoltre prevista la possibilità di attivare un rimedio ulteriore, definito “cartellino arancione”. Se infatti il numero dei pareri negativi trasmessi corrisponde almeno alla maggioranza semplice dei voti parlamentari, la Commissione deve riesaminare la proposta, potendo decidere se mantenerla, emendarla o ritirarla<sup>505</sup>. Qualora la Commissione eserciti la prima opzione, l'atto viene sottoposto al vaglio del legislatore europeo, che, entro la fase della prima lettura, può deliberare in via definitiva sul prosieguo dell'*iter* normativo. Difatti, nel momento in cui il 55% dei membri del Consiglio o la maggioranza dei voti espressi dal Parlamento europeo manifesti la convinzione che il principio di sussidiarietà è violato, il progetto dovrebbe essere abbandonato, per non venire più discusso o esaminato ulteriormente<sup>506</sup>.

Ad ulteriore garanzia dell'attuazione di questi meccanismi, la Commissione è chiamata a predisporre una relazione annuale sull'applicazione dell'art. 5 TUE. Al fine di garantire un'ampia condivisione dei temi affrontati nella relazione, che assume usualmente la veste formale di una comunicazione, questa deve essere trasmessa al Consiglio europeo, al Consiglio, al Parlamento europeo ed ai parlamenti nazionali<sup>507</sup>. Ciò consente in particolare al Parlamento di

l'obbligo di riesaminare la proposta in presenza di un terzo di voti contrari. Anche allora, inoltre, era stabilito un quorum più accessibile per le proposte sorte nell'ambito dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia. Sul controllo sul principio di sussidiarietà nella Costituzione europea v. per tutti J.M. PEREZ DE NANCLARES, *La Constitución europea y el control del principio de subsidiariedad*, in C. CLOSA MONTERO, N. FERNANDEZ SOLA (a cura di), *La Constitución de la Unión europea*, Madrid, 2005, p. 76.

<sup>505</sup> Non si può ritenere che l'eventuale decisione della Commissione di non modificare il progetto di atto legislativo censurato dai parlamenti nazionali possa legittimare l'attivazione di un ricorso in carenza. Bisogna infatti ricordare come, alla luce della giurisprudenza di Lussemburgo, esso non possa essere esperito per contestare l'adozione di un atto diverso da quello auspicato o per censurare decisioni già formalizzate. Cfr. ad esempio la sentenza 1° aprile 1993, *Pesqueras Echebaster SA c. Commissione*, in *Racc.* p. I-1719. Allo stesso modo non può essere lamentato il mancato séguito ad una richiesta di revoca di un atto, poiché in questa ipotesi si aprirebbe la strada ad un ricorso sostanzialmente analogo all'azione di annullamento, ma svincolato dai presupposti per la sua introduzione. V. la sentenza 10 dicembre 1969, cause riunite 10/68 e 18/68, *Eridania Zuccherifici Nazionali*, in *Racc.* p. 459.

<sup>506</sup> È importante sottolineare come le due condizioni ora indicate non siano cumulative, ma, secondo il dato positivo del Trattato, ciascuna di esse sia da sola sufficiente a determinare l'interruzione della procedura ed il definitivo abbandono del progetto di atto legislativo.

<sup>507</sup> La comunicazione in questione si inserisce nel più ampio novero di documenti ed analisi che la Commissione e le altre istituzioni europee predispongono per assicurare una *better regulation* nell'ambito dell'Unione. La piena attuazione dei principi di sussidiarietà e proporzionalità è dunque considerata un elemento di qualità della legiferazione sovranazionale, in quanto frutto – per riprendere le finalità delle azioni legate alla *better regulation* – di proficuo dialogo politico anche multilivello e di una più stretta collaborazione con gli Stati membri. Il miglioramento della qualità della produzione normativa risponde altresì alla logica di prevenire future controversie giudiziarie, un aspetto che anche per il principio di sussidiarietà ha acquisito nel tempo notevole rilevanza, come testimoniato dal paragrafo che segue. Sul punto v.

esercitare appieno la sua funzione di controllo politico sull'operato della Commissione e, in termini generali, assicura che le istituzioni politiche dell'Unione siano costantemente aggiornate sull'attuazione del principio di sussidiarietà e sulle eventuali criticità.

Non va infine dimenticato che il documento viene inviato anche al Comitato economico e sociale ed al Comitato delle Regioni. Il coinvolgimento di quest'ultimo è strategico, se rapportato al suo crescente ruolo di vigilanza del rispetto della sussidiarietà, che può tradursi nella presentazione di un ricorso di annullamento dinnanzi alla Corte di giustizia, secondo le condizioni poste dall'art. 263 TFUE per i ricorrenti semi-privilegiati<sup>508</sup>. Il Trattato di Lisbona segna dunque, sotto il profilo istituzionale, un ulteriore rafforzamento della procedimentalizzazione dei controlli sul rispetto della sussidiarietà, a maggiore garanzia dei livelli decisionali nazionali e substatali<sup>509</sup>, nonché dei cittadini degli Stati membri.

L'affinamento dei meccanismi ora descritti può essere ricondotto a due linee direttrici principali. Anzitutto, si assiste alla ricerca di un attento equilibrio istituzionale a livello europeo, grazie al coinvolgimento di tutte le istituzioni politiche dell'Unione ed alla previsione di opportuni controlli reciproci sul loro operato. Inoltre, il Protocollo n. 2 mira all'ambizioso obiettivo di intessere una rete di costante dialogo multilivello sulle principali scelte normati-

L. CARBONE, G. TIBERI, *La better regulation in ambito comunitario*, in *Quaderni costituzionali*, 2001, p. 699; O. PORCHIA, *Principi dell'ordinamento comunitario. La cooperazione pluridirezionale*, Bologna, 2008, pp. 128 e ss. La relazione annuale, inizialmente predisposta per dimostrare la necessità dell'intervento normativo dell'Unione, ha nel tempo conseguito anche rilevanza statistica, poiché riassume l'attività svolta nell'anno in materia di sussidiarietà: cfr. F. IPPOLITO, *Fondamento, attuazione e controllo del principio di sussidiarietà nel diritto della Comunità e dell'Unione europea*, Milano, 2007, p. 202.

<sup>508</sup> A partire dal 2010, inoltre, ogni parere espresso dal Comitato delle Regioni in ordine all'attività normativa dell'Unione contiene un paragrafo dedicato al principio di sussidiarietà. Il Comitato procede a consultazioni mediante i propri membri, ma anche attraverso il contatto diretto con le realtà regionali, grazie ad una rete telematica interna a ciò appositamente dedicata, creata nel 2005 ed ulteriormente potenziata a partire dal 2009. In dottrina il coinvolgimento del Comitato delle regioni è stato descritto come avente funzione compensativa rispetto alla partecipazione all'*iter* deliberativo europeo degli enti sub statali: L. CAPPUCCIO, *Leale cooperazione e sussidiarietà: affermazione di un modello di diritto interno e comunitario*, in M. SCUDIERO (a cura di), *Il diritto costituzionale comune europeo. Principi e diritti fondamentali*, Napoli, 2002, p. 329.

<sup>509</sup> Occorre segnalare come, a differenza delle precedenti versioni dei Trattati, l'art. 5, par. 3, TUE faccia espresso richiamo non solo al livello nazionale, ma anche alla dimensione regionale e locale, nella consapevolezza della varietà dell'organizzazione amministrativa degli Stati membri e del frequente coinvolgimento degli enti sub-statali in veste di legislatori in taluni settori di competenza. Fa eco a questa previsione l'art. 6 del Protocollo n. 2, in forza del quale, all'occorrenza, nello svolgimento delle loro funzioni di controllo sulla sussidiarietà, i parlamenti nazionali possono consultare le assemblee regionali dotate di poteri legislativi.

ve dell'Unione<sup>510</sup>, così da incrementare la legittimazione delle opzioni politiche sovranazionali e prevenire possibili fonti di contenzioso<sup>511</sup>.

In questo contesto, l'efficienza delle procedure fissate dal Protocollo n. 2 dipende fortemente anche dalla capacità dei parlamenti nazionali di adottare al loro interno soluzioni organizzative che assicurino risorse sufficienti a completare lo studio dei progetti di atti legislativi entro il breve termine di otto settimane.<sup>512</sup> I dati ad oggi a disposizione, in effetti, evidenziano come il meccanismo in esame abbia sinora rappresentato una preziosa fonte di dialogo politico<sup>513</sup>, idonea ad assicurare un miglior bilanciamento degli interessi in

<sup>510</sup> Come prospettato in dottrina, invece, è stata evitata la predisposizione di meccanismi di verifica in sede consultiva *ex ante* da parte degli organi giurisdizionali dell'Unione, ritenuta scarsamente praticabile. Pur potendosi in linea teorica ammettere il coinvolgimento del Collegio da parte della Commissione a séguito dell'adozione di un testo normativo, tale operazione avrebbe condotto ad un eccessivo appesantimento dell'*iter* decisionale e ad una inopportuna quanto non bilanciata influenza dei Giudici sulle scelte normative delle istituzioni politiche. Cfr. V. CONSTANTINESCO, *La subsidiarité comme principe constitutionnel de l'intégration européenne*, in *Aussenwirtschaft*, 1991, p. 444.

<sup>511</sup> In questo senso v. E. CANNIZZARO, *Il ruolo dei parlamenti nazionali nel processo di integrazione europea: in margine ad uno scritto inedito di Leopoldo Elia*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2009, p. 457. L'autore in particolare sottolinea come il coinvolgimento dei parlamenti nazionali non comporti solo una maggiore legittimazione esterna dell'attività normativa dell'Unione, ma anche la sua elevata autorevolezza interna. L'intervento dei parlamenti nazionali diviene infatti uno dei fattori di opportuno e più attento bilanciamento delle scelte politiche europee, a beneficio della piena applicazione del diritto dell'UE.

<sup>512</sup> Allo scopo di assicurare che i parlamenti nazionali fossero pronti ad affrontare i compiti loro affidati dalla riforma di Lisbona, dal 2007 la COSAC – Conferenza delle commissioni per gli affari europei dei Parlamenti dell'Unione europea – ha condotto alcune simulazioni di gestione del meccanismo di controllo di cui al Protocollo n. 2, segnatamente rispetto ai progetti di atto legislativo in materia di diritto all'interpretazione traduzione nei processi penali, qualità e sicurezza degli organi umani destinati ai trapianti e atti pubblici in materia successiva. Le esercitazioni hanno complessivamente palesato valutazioni positive delle assemblee nazionali, con un numero di pareri negativi circoscritto a poche unità. Nel 2009, il numero di censure parlamentari è stato pari a 25, essenzialmente volte a rilevare l'esiguità della motivazione elaborata dalla Commissione a fondamento delle sue iniziative legislative. In quello stesso anno, secondo i dati della Commissione, le camere più attive sono state il Bundesrat austriaco e quello tedesco, il Senato francese, l'assemblea portoghese e quella greca. Cfr. la comunicazione COM(2010) 547 def., punto 3.2. Con l'entrata a regime del nuovo modello, il numero dei pareri negativi è progressivamente incrementato. Nel 2010 si sono registrati 32 pareri negativi, incentrati a loro volta su 12 progetti di atto legislativo. La proposta maggiormente avversata è risultata quella relativa alla direttiva sulla circolazione ed il soggiorno di cittadini di Stati terzi ai fini di impiego stagionale, COM(2010) 379 def., che ha ricevuto 6 bocciature, più due giunte dopo la scadenza del termine di otto settimane. Si è poi passati dai pareri 64 del 2011 ai 70 del 2012. Nel 2012, il Riksdag svedese, il Sénat francese ed il Bundesrat tedesco hanno da soli trasmesso il 50% dei pareri negativi ricevuti dalla Commissione.

<sup>513</sup> Ogni anno, in effetti, il crescente novero dei pareri *ex* Protocollo n. 2 ha di fatto costituito, senza oscillazioni rilevanti, circa il 10% del complessivo dialogo politico intessuto dalla Commissione con i parlamenti nazionali. Questo dato testimonia in maniera evidente il fatto

gioco e la trasformazione del carattere unidirezionale dell'attività normativa delle istituzioni sopranazionali in un sempre più articolato "concerto legislativo europeo"<sup>514</sup>.

Prima ancora di esercitare l'annunciata funzione di contrasto rispetto alle eventuali discrasie del processo decisionale europeo, il coinvolgimento delle assemblee parlamentari nazionali è parso in molte occasioni destinato a garantire loro una tempestiva informazione sulle embrionali iniziative normative UE, consentendo la formulazione di osservazioni utili all'esercizio della potestà legislativa sopranazionale<sup>515</sup>, in un'ottica di accresciuta democraticità dell'*iter* decisionale<sup>516</sup>.

che il coinvolgimento delle assemblee nazionali ed il dialogo politico fra di esse e la Commissione sono cresciuti nel complesso e non soltanto nel contesto del controllo sulla sussidiarietà. V. in questo senso la comunicazione COM(2013) 566, cit., punto 2.2. Difatti, a fronte di un elevato numero di pareri trasmessi dalle assemblee nazionali, un ristretto novero risulta incentrato sulla violazione del principio di sussidiarietà, mentre nel complesso si registra la tendenza a suggerire al legislatore europeo soluzioni normative politicamente più condivise. Confermano questa tendenza i pareri formulati da molti parlamenti nazionali sulla prima versione della proposta di regolamento sull'iniziativa normativa dei cittadini europei, fondata sull'art. 11, par. 4, TFUE: regolamento 211/2011, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 febbraio 2011 riguardante l'iniziativa dei cittadini, in GU L 65, dell'11 marzo 2011, p. 1. Le assemblee nazionali – peraltro in uno con il Parlamento europeo – hanno infatti valorizzato la possibilità di intervento loro accordata per evidenziare l'urgenza di scongiurare che le norme attuative del disposto primario ne limitassero oltremodo la portata, imponendo condizioni eccessivamente rigorose per l'avvio dell'*iter* legislativo su sollecitazione popolare. Basti pensare, per quanto attiene al Parlamento italiano, alla risoluzione della 1<sup>a</sup> Commissione, Affari costituzionali, del Senato, approvata il 28 aprile 2010, doc. XVIII, n. 27, che sollecitava la riduzione del numero minimo di Stati di provenienza dei cittadini firmatari dell'iniziativa da un terzo (ossia 9) ad un quarto (7). Si è altresì espressa la Camera dei Deputati, con il documento finale approvato dalla XIV Commissione, Politiche dell'Unione europea, il 9 giugno 2010, che proponeva di unificare il momento dell'autorizzazione alla registrazione della proposta da parte della Commissione europea con il vaglio di ammissibilità posto in essere dalla stessa, riducendo così il numero di verifiche a cui deve essere sottoposta l'iniziativa. In sede di prima lettura, il Parlamento europeo ha fatto proprie molte delle osservazioni pervenute dalle assemblee nazionali: cfr. la risoluzione legislativa del 15 dicembre 2010, A7-0350/2010. I rilievi in ordine al numero di Stati coinvolti sono stati in effetti accolti nel testo finale del regolamento. Con riferimento all'attività del parlamento italiano v. D.A. CAPUANO, *Il Senato e l'attuazione del trattato di Lisbona, tra controllo di sussidiarietà e dialogo politico con la Commissione europea*, in [http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/wp-content/uploads/2011/01/Capuno\\_Senato-e-Trattato-Lisbona.pdf](http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/wp-content/uploads/2011/01/Capuno_Senato-e-Trattato-Lisbona.pdf) (5 ottobre 2014).

<sup>514</sup> Di concerto regolamentare europeo si parla con riferimento al fenomeno di moltiplicazione degli enti e degli istituti capaci di sollecitare ed accrescere in articolazione e complessità la struttura amministrativa europea e la cooperazione multilivello fra autorità locali, regionali, nazionali ed europee.

<sup>515</sup> In dottrina ha prospettato la possibilità che il controllo parlamentare trascendesse la sua funzione elettiva per acquistare il rango di un importante strumento di confronto politico I. COOPER, *The Watchdogs of subsidiarity*, cit., p. 281.

<sup>516</sup> È stato evidenziato come il coinvolgimento dei parlamenti nazionali possa costituire una «forma di legittimazione democratica esterna del sistema»: R. MASTROIANNI, *Le compe-*

3.3.2. *La conferma della rilevanza del meccanismo anticipato di controllo politico: la censura della proposta di regolamento sull'istituzione di una procura europea*

La procedura prevista al Protocollo n. 2 si è rivelata sin dalle prime esperienze applicative uno strumento promettente, che, come visto poc'anzi, ha conosciuto in breve tempo un rapido e crescente successo. L'analisi delle relazioni annuali della Commissione sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e proporzionalità consente di rilevare come, con vicende alterne e gradi di coinvolgimento talora differenti, tutte le assemblee nazionali abbiano interloquuto con la Commissione, peraltro in relazione a proposte di atti legislativi che abbracciano senza preclusioni molte politiche europee.

In questo contesto, la procedura del "cartellino giallo" è stata per la prima volta azionata nel 2012, in relazione alla proposta di regolamento sull'esercizio del diritto di promuovere azioni collettive nel quadro della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi, cd. Monti II<sup>517</sup>. A séguito dei pareri motivati trasmessi dai parlamenti nazionali, la Commissione ha ritenuto di ritirare l'iniziativa, così dimostrando la potenziale incisività dello strumento.

Anche nel campo della cooperazione penale, il forte radicamento nazionale della materia e la previsione di basi giuridiche che in massima parte dispongono il ricorso ad una procedura legislativa concorrono ad alimentare la rilevanza del meccanismo di controllo in esame. A riprova di ciò, si è registrata proprio in relazione ad una attesa iniziativa legislativa della Commissione la prima applicazione della procedura del "cartellino arancione", ex art. 7 del Protocollo. Oltre un quarto delle assemblee parlamentari statali, infatti, ha trasmesso alla Commissione un parere negativo in ordine alla proposta di regolamento istitutivo della Procura europea<sup>518</sup>, iniziativa fondata sull'art. 86 TFUE<sup>519</sup>, che espressamente legittima la creazione di tale organo, allo scopo di assicurare in maggior grado la tutela degli interessi finanziari dell'UE.

*tenze dell'Unione*, in G. MORBIDELLI, F. DONATI (a cura di), *Una Costituzione per l'Unione europea*, Torino, 2006, p. 147.

<sup>517</sup> Cfr. la comunicazione della Commissione COM(2012) 130 def., del 21 marzo 2012.

<sup>518</sup> La procedura di *early warning* si è conclusa il 28 ottobre 2013 ed il raggiungimento del *quorum* necessario è stato formalizzato dalla Commissione il 6 novembre 2013. Si sono espressi in senso contrario alla proposta il Senato ceco, il Senato francese, l'Assemblea nazionale ungherese, la Camera dei Rappresentanti maltese, la Camera dei Deputati rumena, l'Assemblea nazionale slovena, i Parlamenti monocamerale cipriota e svedese ed entrambe le camere del Parlamento irlandese, del Parlamento olandese e del Parlamento del Regno Unito. Per la consultazione delle singole schede di valutazione recanti parere negativo v. il sito della Platform for EU Interparliamentary Exchange: <http://www.ipex.eu/IPEXL-WEB/result/simple.do?text=prosecutor&start> (20 ottobre 2014).

<sup>519</sup> Cfr. la comunicazione COM(2013) 534, del 17 luglio 2013, recante una proposta di regolamento che istituisce la Procura europea. Per approfondimenti in dottrina v., *ex multis*, S.

L'iniziativa della Commissione ha generato considerevole dibattito a livello nazionale, riportando sia riscontri positivi<sup>520</sup>, sia accese criticità sotto più punti di vista<sup>521</sup>, primo fra tutti il rispetto del principio di sussidiarietà.

A quest'ultimo proposito, dai pareri motivati si riscontra un ricorrente addebito di fondo, ovvero sia il diffuso e radicato convincimento che l'attività investigativa e l'esercizio dell'azione penale da parte delle autorità interne – anche con l'ausilio di organi già esistenti come Eurojust, Europol ed OLAF, deputati ad agevolare la cooperazione giudiziaria e di polizia in caso di fattispecie di portata transfrontaliera – siano idonee a contrastare in maniera sufficiente i reati che ledono gli interessi finanziari dell'UE. La critica alla proposta di regolamento investe dunque in radice il nucleo della valutazione sul rispetto del principio di sussidiarietà, poiché, nell'opinione dei parlamenti intervenuti, gli obiettivi posti dal Trattato potrebbero essere conseguiti in maniera sufficiente senza ulteriori ed incisivi interventi normativi europei<sup>522</sup>.

Eventuali iniziative legislative sovranazionali, pertanto, non integrerebbero quel «valore aggiunto» al quale la Commissione ha a più riprese ricollegato l'intervento normativo UE in sede penale<sup>523</sup>, così circoscritto alle sole ipotesi in cui all'azione delle autorità interne sia necessario affiancare un *quid pluris* capace di garantire in misura più efficace la repressione dei fenomeni criminali interessati.

Allo stesso tempo, alcune camere hanno evidenziato come l'adozione di norme comuni per i delitti che ledono gli interessi finanziari dell'UE neutralizzi di fatto le specificità nazionali, sia in termini di organizzazione gerarchica

ALLEGREZZA, *Verso una procura europea per tutelare gli interessi finanziari dell'Unione. Idee di ieri, ciance di oggi, prospettive di domani*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it) (20 ottobre 2014).

<sup>520</sup> Alcuni parlamenti hanno espresso pareri positivi, giudicando la proposta della Commissione coerente con l'intento di armonizzare l'azione penale per fenomeni criminali transfrontalieri, e conforme all'interesse nazionale, sostenendo che «una maggiore efficacia delle azioni di perseguimento delle frodi ai danni dell'Unione europea ha riflessi diretti anche sugli interessi dei cittadini». V. In questo senso il Senato della Repubblica italiana, che ha trasmesso in data 10 ottobre 2013 una valutazione positiva, con la scheda di valutazione n. 59/2013. Altre valutazioni positive sono state formulate dal Senat rumeno, dal Bundesrat tedesco, dal Senat polacco e dalla Assembleia da Republica portoghese.

<sup>521</sup> Fra le altre, sono state sollevate obiezioni su molteplici profili di rilievo, quali la violazione del principio di proporzionalità, il rischio di violazione dei diritti fondamentali da parte della Procura europea, il rischio che l'organo indebolisca l'efficacia dell'azione di contrasto alla criminalità da parte delle autorità nazionali.

<sup>522</sup> In questa prospettiva, la Commissione mista istituita dal Parlamento irlandese ha supportato una posizione che, a ben vedere, va addirittura oltre la portata del principio di sussidiarietà: il diritto penale sarebbe infatti eminentemente di competenza degli Stati membri, e, pertanto, spetterebbe principalmente alle autorità nazionali indagare e perseguire tutti i reati connessi alle frodi, tra cui quelli che ledono gli interessi finanziari dell'Unione.

<sup>523</sup> Cfr. la comunicazione della Commissione COM(2011) 573, del 20 settembre 2011, verso una politica penale dell'Unione europea: garantire l'efficace attuazione delle politiche dell'Unione attraverso il diritto penale.

e territoriale del sistema giudiziario<sup>524</sup>, sia dal punto di vista funzionale, nelle ipotesi in cui, ad esempio, le autorità interne siano solite pianificare la propria attività sulla base del grado di priorità delle cause da trattare.

Dal punto di vista operativo, è stata altresì oggetto di rilievi la scelta della Commissione di avviare l'iniziativa legislativa in commento in pendenza dell'*iter* per l'adozione della direttiva sul contrasto alle frodi che ledono gli interessi finanziari dell'Unione<sup>525</sup>. Questa circostanza, invero, getterebbe ombre sull'effettiva estensione delle prerogative dell'organo europeo, rese ancora più scure dalla previsione ambigua di cui all'art. 12 della proposta, in base alla quale rientrano fra le competenze della Procura europea tutti i reati «indissolubilmente collegati» alle fattispecie lesive delle finanze UE<sup>526</sup>. Peraltro, secondo i timori di talune assemblee, le prerogative dell'organo porterebbero ad una violazione dei diritti processuali degli indagati, unitamente all'imposizione di strumenti di investigazione non previsti in tutti gli Stati membri.

Il meccanismo di cui al Protocollo n. 2 ha consentito dunque a numerosi parlamenti nazionali di sollevare molteplici e non secondarie perplessità sulla portata della proposta di regolamento, così imponendo alla Commissione di procedere al riesame dell'iniziativa. Nondimeno, a conferma della centralità dell'istituzione della Procura europea nella definizione dello spazio giudiziario europeo, la Commissione stessa, nel novembre del 2013, ha deciso di non apportare modifiche al testo proposto, rispondendo punto su punto alle criticità evidenziate<sup>527</sup>.

<sup>524</sup> Il Parlamento ungherese ha criticato la natura gerarchica della Procura europea, cui è attribuito il potere esclusivo di esercitare il potere di istruzione nei confronti dei procuratori delegati. Il Senat francese ha proposto, in alternativa, di prevedere a capo della struttura un organo collegiale, composto da un rappresentante per Stato membro e chiamato ad eleggere al proprio interno un presidente. Questa soluzione organizzativa sarebbe la più adatta a far sì che la Procura europea progressivamente si affermi nei sistemi nazionali e venga accettata dagli operatori degli Stati membri.

<sup>525</sup> Cfr. la comunicazione della Commissione COM(2012) 363 def., dell'11 luglio 2012.

<sup>526</sup> L'art. 12 definisce l'ambito di competenza della Procura europea, operando un rinvio alla proposta di direttiva sulla protezione penale degli interessi finanziari (cd. direttiva PIF), quale attuata dal diritto nazionale e, quindi, facendo riferimento alla normativa nazionale di attuazione. Dovrà tuttavia essere maggiormente definita la nozione di connessione, che può di per sé essere declinata dal punto di vista tecnico-processuale o storico-fattuale. L'indeterminatezza del dettato normativo cresce ulteriormente allorché si specifica che i reati di cui all'art. 12 debbano essere "prevalenti" rispetto agli altri reati, ossia quelli attivanti la competenza accessoria, e che si basino su "fatti identici". Per approfondimenti critici v. R. SICURELLA, *Il diritto penale applicabile dalla Procura europea: diritto penale sovranazionale o diritto nazionale 'armonizzato'? Le questioni in gioco*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it) del 17 dicembre 2013 (7 ottobre 2014).

<sup>527</sup> Cfr. la comunicazione della Commissione COM(2013) 851 def., del 27 novembre 2013, sul riesame della proposta di regolamento che istituisce la Procura europea per quanto riguarda il principio di sussidiarietà, a norma del Protocollo n. 2.



Fra le argomentazioni dell'istituzione di Bruxelles merita ricordare che, nell'ottica sovranazionale, Procura europea e ravvicinamento delle legislazioni penali nazionali costituiscono due lati della stessa medaglia, entrambi necessari per meglio affrontare la sfida dei reati che violano gli interessi patrimoniali dell'UE. La Commissione precisa dunque che la maggior parte delle argomentazioni sollevate dalle assemblee nazionali non riguarda in sé il principio di sussidiarietà, bensì problematiche tecniche che avrebbero dovuto essere più opportunamente affrontate nel contesto dell'ordinario dialogo politico fra Commissione e parlamenti nazionali, se non addirittura nel corso dell'*iter* decisionale dinnanzi a Parlamento europeo e Consiglio.

La verifica sul rispetto del principio di sussidiarietà, pertanto, dovrebbe essere più precisamente focalizzata sulla duplice valutazione circa la sufficienza dell'azione nazionale e la migliore capacità, da parte dell'Unione, di pervenire agli obiettivi posti dai Trattati. Ogni questione ulteriore riguarderebbe un piano differente, eminentemente tecnico ed in quanto tale meritevole di trattazione in sede di confronto "ordinario" fra l'Unione e gli Stati membri. Proprio questi ultimi, invero – evidenzia la Commissione – nel redigere la riforma di Lisbona hanno deciso di introdurre una competenza *ad hoc* per l'istituzione di un organo inquirente comune europeo, nella consapevolezza dell'esigenza di contrastare su basi comuni e con strumenti condivisi talune attività criminose.

### 3.4. Il sindacato giurisdizionale ex post sul rispetto del principio di sussidiarietà

#### 3.4.1. L'originario approccio della Corte di giustizia: i dubbi sulla sindacabilità del principio

Come in parte già sottolineato poc'anzi, l'essenza politica, prima ancora che giuridica, del principio di sussidiarietà ha in passato interrogato la giurisprudenza e la dottrina in ordine alla sua effettiva idoneità ad essere oggetto di sindacato giurisdizionale<sup>528</sup>. Fra i commentatori più scettici veniva in particolare modo evidenziata la difficoltà di ricondurre il principio a criteri oggettivi ed applicabili su base uniforme, in ragione delle preferenze politiche ad esso connaturate<sup>529</sup>.

Anche per questa ragione, con approccio ottimistico, si riteneva non op-

<sup>528</sup> La Commissione stessa aveva qualificato l'istituto in esame come principalmente e prima di tutto politico: cfr. la comunicazione COM(1993) 545, cit.

<sup>529</sup> «[I]n divided-power systems, the most effective defenses against centralizing pressures are to be found in the political process rather than the judiciary. If this is true for federal systems, should it not be so a fortiori for the Community system, where Member States enjoy more powers? Defining at what level a task is better accomplished is primarily a political problem: it should be therefore left to the political process»: cfr. R. DEHOUSSE, *Does subsidiarity really matter?*, EUI working paper n. 92/93.

portuno vincolare l'azione del legislatore ad un vaglio giudiziale, stante la possibilità di risolvere in sede di dibattito istituzionale e politico ogni criticità in materia<sup>530</sup>. Invero, sin dalla sua consacrazione, la sussidiarietà ha rappresentato per molti un mero principio di regolazione<sup>531</sup>, che la Commissione ha valorizzato nel processo di *better lawmaking* a fondamento di una più accorta motivazione degli atti UE, di maggiori ed estese consultazioni propedeutiche all'esercizio del potere di iniziativa, della crescente trasparenza sull'impatto delle norme europee sugli ordinamenti interni<sup>532</sup>. Un principio dunque funzionale all'esercizio dell'attività legislativa, ma avulso dalle sale d'udienza.

Altri autori, pur riconoscendo le peculiarità dell'istituto in parola, hanno invece sostenuto la sua giustiziabilità, a tutela delle sfere di attribuzione degli Stati, ma anche del principio di democrazia<sup>533</sup>.

Il confronto in esame investiva anche i pilastri intergovernativi dell'Unione. Se per gli atti PESC l'art. 46 TUE, escludendo qualsivoglia ruolo della Corte di giustizia nella politica estera, risolveva in radice la questione<sup>534</sup>, ana-

<sup>530</sup> Cfr. L. MACKENZIE-STUART, *Assessment of the views expressed and introduction to a panel discussion*, in K. GRETSCHMANN (a cura di), *Subsidiarity: the challenge of change. Proceedings of the Jacques Delors Colloquium*, EIPA, Maastricht, 1991. Lo stesso autore, peraltro, è successivamente tornato sul tema, per manifestare un radicale cambiamento di orientamento. Cfr. L. MACKENZIE-STUART, *Subsidiarity. A busted flush?*, in D. CURTIN, D. O'KEEFE (a cura di), *Constitutional adjudication in European Community and constitutional law*, Dublino, 1992, p. 19. Lo stesso originario scetticismo è stato condiviso in sede giudiziale dall'allora Tribunale di primo grado, in una controversia nella quale era stato chiamato a giudicare sulla sindacabilità del principio in esame rispetto ad un atto adottato prima dell'entrata in vigore dell'art. 3 B del Trattato CE, la prima base giuridica a suo sostegno. Cfr. la sentenza 21 febbraio 1995, causa T-29/92, *V. S. P. O. B. e altri c. Commissione*, in *Racc.* p. II-289.

<sup>531</sup> Così A. BIONDI, *Subsidiarity in the Courtroom*, cit., p. 213.

<sup>532</sup> Vi è anche chi ha letto il principio di sussidiarietà come un criterio di efficienza economica, destinato ad orientare l'attività delle istituzioni europee verso l'abbattimento dei costi di transazione connessi alla loro attività ed alla costante ricerca di un equilibrio con i legislatori nazionali. In questi termini, si sosteneva, la sussidiarietà avrebbe trovato solido appoggio su dati e criteri oggettivi, suscettibili dunque di più puntuale verifica, quanto meno politica. V. T. PADOA SCHIOPPA, *Economic federalism and the European Union*, in K. KNOP, S. OSTRY, R. SIMEON, K. SWINTON (a cura di), *Rethinking federalism: citizens, markets and governments in a changing world*, New York, 1995, p. 154.

<sup>533</sup> Hanno sostenuto questa visione, fra gli altri, J.P. JACQUÉ, J.H.H. WEILER, *On the road to the European Union. A new judicial architecture*, in *Common Market Law Review*, 1991, pp. 204-205; G. STROZZI, *Le principe de subsidiarité dans la perspective de l'intégration européenne: un énigme et beaucoup d'attentes*, in *Revue trimestrielle de droit de l'Union européenne*, 1994, p. 378; A.G. TOTH, *Is subsidiarity justiciable?*, in *European Law Review*, 1994, p. 268.

<sup>534</sup> Come noto e come in parte già considerato nel corso del lavoro, la Corte di giustizia, in costanza del previdente regime dei Trattati, ha confermato la propria incompetenza a giudicare nel merito gli atti adottati nel contesto del secondo pilastro, riservandosi residui spazi operativi ove si trattasse, a norma dell'art. 47 TUE, di demarcare i confini tra ambito comunitario e materie intergovernative. Cfr. ad es. la sentenza 14 gennaio 1997, causa C-124/95, *Centro COM*, in *Racc.* p. I-81, punto 25.

loga soluzione non poteva *de plano* applicarsi al terzo pilastro. Benché infatti in tale contesto la giurisdizione della Corte risultasse significativamente limitata, restava controverso che essa si estendesse alla valutazione del rispetto del principio di sussidiarietà. Da un lato, l'allora art. 2 TUE, omologo dell'art. 5 TCE, era inserito in un Titolo del Trattato le cui disposizioni erano espressamente escluse dall'ambito applicativo delle norme sulla competenza della Corte di giustizia. Dall'altro lato, nondimeno, l'art. 29, par. 2, TUE operava un richiamo seppur indiretto al principio<sup>535</sup>, tanto da suggerire la possibilità di un intervento del Giudice dell'Unione, sebbene con le limitazioni poste in via generale dall'art. 35 TUE.

Il dubbio circa il "*locus standi*" del principio dinnanzi agli organi giurisdizionali dell'Unione è stato risolto affermativamente a partire dall'inizio degli anni '90, anche grazie al fatto che la Corte, in alcune occasioni, vi ha fatto ricorso a livello interpretativo, valorizzandolo come utile argomento per supportare l'*iter* argomentativo delle proprie pronunce<sup>536</sup>. Inoltre, sebbene il novero delle sentenze rilevanti sia piuttosto circoscritto, il Giudice dell'Unione ha altresì ritenuto di poter sindacare in sede di ricorso per annullamento o di rinvio pregiudiziale di validità il rispetto del principio di sussidiarietà da parte delle istituzioni europee, specialmente in relazione all'esercizio del potere legislativo<sup>537</sup>.

Una volta riconosciuta la sindacabilità del principio, si è posta l'esigenza di definire l'intensità di tale scrutinio giurisdizionale. La risposta all'ulteriore quesito è risultata, nella prima metà degli anni '90, piuttosto prudente: analogamente a quanto avvenuto per il principio di proporzionalità<sup>538</sup>, la Corte ha conservato un elevato *self-restraint*, sollevando censure nelle sole ipotesi di er-

<sup>535</sup> La disposizione in esame conferiva alle istituzioni dell'Unione competenza a adottare norme per «il ravvicinamento, ove necessario, delle normative degli Stati membri in materia penale, a norma dell'articolo 31, lettera e)».

<sup>536</sup> V. ad esempio la sentenza 11 settembre 2003, causa C-114/01, *Avesta Polarit Chrome*, in *Racc.* p. I-8725.

<sup>537</sup> In effetti, nella comunicazione del 20 dicembre 1990 alla conferenza intergovernativa convocata in vista della riforma dei Trattati, la Corte di giustizia ebbe modo di prospettare un atteggiamento attivista quanto al controllo sulla sussidiarietà. Sebbene si trattasse di un principio introdotto *ex novo* nel panorama europeo, inoltre, la Corte precisò di non ritenere tale circostanza problematica, poiché la valutazione in questione si sarebbe affiancata al già rodato giudizio sulla proporzionalità dell'azione UE. Cfr. in dottrina P. KAPTEYN, *Community law and the principle of subsidiarity*, in *Revue des affaires européennes*, 1991, p. 35.

<sup>538</sup> Sin dalla giurisprudenza più risalente, la Corte ha circoscritto la propria competenza a sindacare l'esercizio della discrezionalità normativa ad opera della Commissione e del Consiglio ai soli casi in cui «la valutazione dell'autorità competente contenga un errore manifesto o costituisca uno sviamento di potere». Cfr. le sentenze 13 luglio 1966, cause riunite 56/64 e 58/64, *Costen-Grundig*, in *Racc.* p. 429; 14 marzo 1973, causa 57/72, *Westzucker*, in *Racc.* p. 321; 25 maggio 1978, causa 83/78, *Bayerische HNL*, in *Racc.* p. 1206. Cfr. J. TEMPLE LANG, *What powers should the European Community have?*, Hull, 1993, p. 1.

rore manifesto o sviamento di potere<sup>539</sup>. Il Giudice UE, seguendo un approccio che è stato definito minimalista<sup>540</sup>, ha dunque confinato la propria valutazione ad una formale verifica della motivazione dell'atto e della sua adeguatezza, senza intaccare la sostanza dell'esercizio della potestà discrezionale del legislatore sovranazionale<sup>541</sup>, come invece la *ratio* del principio avrebbe richiesto.

Eppure, il dato normativo del Trattato non rifletteva analoghe limitazioni, lasciando aperta la possibilità di un approfondito controllo giurisdizionale sull'intervento normativo europeo. L'analisi della Corte, infatti, avrebbe potuto essere ancorata ad un oggettivo apprezzamento degli effetti e della portata dell'atto, in rapporto alla capacità dello Stato di raggiungere in maniera sufficiente gli obiettivi posti dal Trattato, secondo quanto suggerito dal disposto primario.

In ossequio a questi rilievi, in una seconda stagione giurisprudenziale, che la dottrina usualmente colloca a partire dai primi anni del nuovo millennio<sup>542</sup>, la Corte, almeno nelle dichiarazioni di intenti, ha optato per un approccio maggiormente analitico, cercando di condurre una più puntuale verifica sul duplice parametro della sufficienza dell'azione statale e della migliore efficacia dell'intervento europeo<sup>543</sup>. Anche in questo rinnovato contesto, tuttavia,

<sup>539</sup> In termini generali, sulla valutazione sui principi di proporzionalità e sussidiarietà, v. T. TRIDIMAS, *The general principles of EU law*, Oxford, 2006, p. 184.

<sup>540</sup> Cfr. J. RIDEAU, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Parigi, 2010, p. 677; v. altresì A. BIONDI, *Subsidiarity in the Courtroom*, cit., p. 215.

<sup>541</sup> Nella maggior parte dei casi, l'attribuzione di competenza pur non esclusiva all'Unione risultava sufficiente, agli occhi della Corte, per ritenere il legislatore UE nelle condizioni migliori per legiferare in maniera puntuale ed efficiente. La Corte è giunta persino a ritenere sufficiente la motivazione implicita di un atto sul rispetto del principio di sussidiarietà: sentenza 13 maggio 1997, causa C-233/94, *Germania c. Parlamento europeo e Consiglio*, in *Racc.* p. I-2405. Più di recente v. la sentenza 9 ottobre 2001, paesi Bassi c. *Parlamento europeo e Consiglio (Invenzioni biotecnologiche)*, in *Racc.* p. I-7079, nella quale, al punto 33, la Corte ha statuito che «per quanto concerne la giustificazione dell'osservanza della sussidiarietà, essa è implicitamente ma incontestabilmente fornita nei 'considerando' quinto, sesto e settimo della direttiva, i quali rilevano che, in mancanza di un intervento comunitario, lo sviluppo delle legislazioni e delle prassi nazionali osta al buon funzionamento del mercato interno. La direttiva appare pertanto sufficientemente motivata su tale punto». In dottrina è stato evidenziato come la Corte «paraît alors peu disposé à se livrer à des appréciations d'ordre publique ou économique qui l'amèneraient à s'immiscer dans l'exercice concret du pouvoir législatif»: cfr. C. BLUMANN, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Parigi, 2010, p. 457. V. altresì N. EMILLOU, *Subsidiarity: panacea or fig leaf?*, in D. O'KEEFE, P.M. TWOMEY (a cura di), *Legal issues of the Maastricht Treaty*, Londra, 1994, pp. 80-81; J.P. PUISOCHET, *Due osservazioni sul ruolo della Corte di giustizia*, in *Sussidiarietà e pubbliche amministrazioni*, Quaderni della SPISA, Bologna, 1997, p. 427.

<sup>542</sup> V. in questo senso B. BERTRAND, *Un principe politique saisi par le droit*, cit., pp. 333-334.

<sup>543</sup> Cfr. in particolare le sentenze 10 dicembre 2002, causa C-491/01, *British American Tobacco*, in *Racc.* p. I-11453, e 12 luglio 2005, cause riunite C-154/04 e C-155/04, *Natural Health e Nutri-Link*, in *Racc.* p. I-6451.

non sono mancate considerazioni critiche, volte a denunciare la persistenza di un giudizio non sempre approfondito e rigoroso da parte del Giudice dell'Unione. Occorre dunque soffermarsi su questo profilo, allo scopo di approfondire l'architettura dell'argomentazione della Corte sul punto ed i riflessi sulla cooperazione penale.

### 3.4.2. *La prassi della Corte di giustizia in ordine allo scrutinio sul rispetto del principio di sussidiarietà*

Lo scrutinio giurisdizionale sul rispetto della sussidiarietà ha ad oggi avuto le sue principali manifestazioni nel ricorso per annullamento e nel rinvio pregiudiziale di validità. La natura stessa del principio e le problematiche che esso solleva, in effetti, mal si attagliano alle ulteriori tipologie di ricorso<sup>544</sup>, tanto che parte della dottrina ha definito meramente parziale la sua giustiziabilità<sup>545</sup>.

<sup>544</sup> Anzitutto, il ricorso in carenza, la procedura di infrazione e l'azione per responsabilità extracontrattuale dell'UE appaiono intrinsecamente incompatibili con eventuali doglianze in ordine alla violazione del. Cfr. F. IPPOLITO, *Fondamento, attuazione e controllo del principio di sussidiarietà*, cit. Nel primo caso, l'azione è destinata a censurare la mancata adozione di un atto, in spregio ad un obbligo incombente alle istituzioni sovranazionali. La violazione del principio, di contro, presuppone un indebito intervento in danno delle sfere decisionali degli Stati membri. Quanto al ricorso per inadempimento, è sufficiente limitarsi a precisare che, alla luce dell'orientamento della Corte, tradizionalmente severa nell'accogliere le motivazioni addotte dalle autorità nazionali a sostegno di eventuali infrazioni, gli Stati membri non possono invocare il principio di sussidiarietà per giustificare un inadempimento o sottrarsi ad un obbligo loro incombente. Cfr. la sentenza 12 settembre 1996, causa C-11/95, *Commissione c. Belgio*, in *Racc. p. I-4307*, punto 53, nonché la pronuncia 22 maggio 2003, causa C-103/01, *Commissione c. Germania*, in *Racc. p. I-5369*. Al contempo, il principio non può valere a salvaguardare disposizioni nazionali consolidate, a fronte di un nuovo e diverso orientamento della legislazione sovranazionale. V. ad esempio la sentenza 9 marzo 2010, causa C-518/07, *Commissione c. Germania*, in *Racc. p. I-1257*, punti 52 e ss., in cui la Germania ha invocato il principio di sussidiarietà ed il relativo Protocollo n. 2 al fine di motivare la conservazione di regole peculiari sulla vigilanza sull'autorità amministrativa nazionale deputata al controllo ed alla tutela dei dati personali.

<sup>545</sup> Così J. RIDEAU, *Droit institutionnel de l'Union*, cit., p. 679. Maggiori spazi di operatività si potrebbero astrattamente profilare nel caso dell'azione di danni rispetto all'attività del legislatore UE. Sul punto, la giurisprudenza di Lussemburgo tradizionalmente subordina l'accoglimento del ricorso alla presenza di «una violazione sufficientemente caratterizzata di una regola superiore preordinata alla tutela del singolo». Cfr. la sentenza 2 dicembre 1971, causa 5/71, *Zuckerfabrik*, in *Racc. p. 975*. La gravità della violazione deve dunque essere parametrata al grado di discrezionalità di cui beneficia il titolare della potestà legislativa, purché sia interessata una norma deputata a conferire diritti ai singoli. La giurisprudenza riconosce che i principi generali dell'ordinamento UE, così come le norme del Trattato, costituiscono in linea teorica fonti rilevanti per l'insorgere della responsabilità dell'Unione, non essendo decisiva a tal fine l'esplicazione di effetti diretti. V. ad es. le sentenze del Tribunale 6 dicembre 2001, causa T-196/99, *Area Cova e a. c. Consiglio e Commissione*, in *Racc. p. II-3597* e 4 ottobre 2006, causa T-193/04, *Tillak c. Commissione*, in *Racc. p. II-3995*, punti 127 e ss. Nondimeno, occorre sussistano le condizioni previste in via generale per rilevare la responsabilità dell'UE, circostanza che la Corte ha recisamente escluso nel caso di violazione del riparto di

Sebbene dunque ad oggi non si riscontrino casi di atti annullati per violazione del principio di sussidiarietà, il ricorso *ex art. 263 TFUE* ed il rinvio pregiudiziale di invalidità<sup>546</sup> rappresentano la principale sede di elaborazione concettuale in materia da parte della Corte di giustizia<sup>547</sup>.

competenze e dei principi che ne regolano l'esercizio: non si tratta infatti di norme deputate a proteggere i singoli, bensì di previsioni volte a tutelare gli Stati e le loro articolazioni amministrative da ingerenze eccessive ad opera delle istituzioni europee. Cfr. da ultimo la sentenza 19 aprile 2012, causa C-221/10 P, *Artegodañ c. Commissione e Germania*, non ancora pubblicata, punti 80-82. Sul punto, parte della dottrina sottolinea che l'istituto, consacrando la preferenza per il livello di governo più prossimo al cittadino, abbia in realtà riflessi diretti sugli interessi individuali, poiché capace di assicurare una risposta migliore alle istanze dei singoli. In questo senso F. IPPOLITO, *Fondamento, attuazione e controllo del principio di sussidiarietà*, cit., p. 233 e ulteriore dottrina ivi in nota. Considerato in tale accezione, il principio potrebbe dunque essere invocato in giudizio a sostegno del ricorso in esame, eventualmente anche in controversie che attengano alla produzione normativa dell'Unione nel settore penale. In questo ambito, infatti, l'attività del legislatore dell'Unione coinvolge in maniera significativa le situazioni giuridiche soggettive ed una violazione del principio di sussidiarietà potrebbe essere declinata come espressione a livello europeo di scelte di criminalizzazione in realtà spettanti alle autorità nazionali. Peraltro, in assenza di riscontri giurisprudenziali specifici, appare ad una visione di insieme molto gravoso, nel campo penale, l'onere di provare il nesso causale tra violazione del principio di sussidiarietà ed il danno patito. Oltre al fatto che, in ogni caso, occorrerebbe superare lo scoglio del margine di discrezionalità accordato al legislatore dell'Unione. Sotto questo profilo, nondimeno, deve rilevarsi come la potestà normativa in capo al legislatore europeo si traduca in via pressoché esclusiva, nell'ambito del titolo V TFUE, nell'adozione di direttive di ravvicinamento o volte ad incentivare l'affermazione del principio del reciproco riconoscimento. Si tratta dunque di fonti che presuppongono, affinché l'evento pregiudizievole abbia luogo, l'attivazione da parte degli Stati membri, in ossequio al dovere di attuare in maniera tempestiva e puntuale le norme dell'Unione.

<sup>546</sup> Merita sottolineare incidentalmente che il principio di sussidiarietà è stato oggetto di approfondimento anche in alcuni rinvii pregiudiziali di interpretazione. In particolare, esso è stato talora invocato dagli Stati quale limite all'azione delle istituzioni europee, a contenimento dell'espansione della normativa dell'Unione. Si segnala ad esempio il caso *Bosman*, nel quale, in risposta ad una osservazione del governo tedesco, la Corte ha precisato che il principio non può valere a garantire a federazioni sportive la possibilità di mantenere regole che limitino la piena applicazione delle libertà fondamentali del mercato unico. Cfr. la sentenza del 15 dicembre 1995, causa C-415/93, *Bosman*, in *Racc.* p. I-4921, punto 8. Allo stesso modo, il richiamo al principio in termini di limite e garanzia in favore della dimensione nazionale non ha impedito alla Corte di interpretare in senso estensivo le disposizioni del Trattato sulla cittadinanza europea e di rafforzare le proprie prerogative nella tutela dei diritti fondamentali. V. rispettivamente le sentenze 17 settembre 2002, causa C-413/99, *Baumbast*, in *Racc.* p. I-7091 e 12 settembre 2003, causa C-112/00, *Schmidberger*, in *Racc.* p. I-5559.

<sup>547</sup> In questo contesto, un significativo fattore di rafforzamento del percorso argomentativo del Giudice dell'Unione è stato rappresentato dalla tipologia di vizio dedotto dalle parti in causa. In un primo momento, la violazione del principio di sussidiarietà è stata ricondotta ad una lacuna nella motivazione dell'atto, mentre in una fase successiva è stata qualificata come vizio autonomo, rientrando nella più vasta categoria della violazione dei Trattati. Il visio di violazione dei Trattati non presuppone infatti un errore manifesto o il patente superamento dei limiti posati all'azione del legislatore europeo. La Corte, sul punto, ha da tempo confermato la

Ha particolare rilevanza, a questo proposito, il noto caso *British American Tobacco*<sup>548</sup>, incentrato sulla direttiva 2001/37/CE, in tema di ravvicinamento delle norme nazionali sulla lavorazione, presentazione e vendita dei prodotti derivati dal tabacco<sup>549</sup>. Nell'ambito del procedimento sorto dinnanzi al giudice interno, l'omonima società eccepiva molteplici profili di illegittimità dell'atto sovranazionale, fra i quali era altresì indicata la violazione del principio di sussidiarietà<sup>550</sup>. Segnatamente, la società lamentava come già sussistessero norme di armonizzazione per tale settore di mercato e come, pertanto, non si presentasse la necessità di un ulteriore intervento del legislatore europeo. In ogni caso, secondo il ricorrente, le istituzioni europee non avevano fornito alcuna evidenza dell'impossibilità per gli Stati membri di adottare misure idonee e sufficienti a tutelare la salute umana e della conseguente opportunità dell'adozione di norme sovranazionali.

Nel rigettare la questione di invalidità, la Corte ha in prima battuta operato un test sulla maggiore efficacia delle misure europee, per poi affrontare solo in un secondo momento il giudizio circa l'insufficienza di eventuali iniziative intraprese in sede nazionale rispetto all'obiettivo prefissato. Essa ha in particolare evidenziato come i due elementi dell'*iter* argomentativo non fossero rigidamente complementari, ma presupponessero un differente parametro di apprezzamento: si tratta infatti, da un lato, di dimostrare la maggiore efficacia dell'intervento normativo europeo rispetto a quello nazionale; dall'altro lato, la potestà normativa deve essere allocata al livello nazionale ove l'azione delle

possibilità di ricondurre l'infrazione di un principio generale dell'ordinamento UE a questa tipologia di vizio. V. ad esempio la sentenza 3 maggio 1978, causa 112/77, *Topfer*, in *Racc.* p. 1019

<sup>548</sup> Cfr. la sentenza 29 aprile 2004, causa C-222/01, *British American Tobacco*, in *Racc.* p. I-4683. V., in dottrina, a commento della sentenza, A. ALEMANNI, *In margine alla sentenza British American Tabacco: continua la saga "Unión de Pequeños Agricultores – Jégo Quéré"?*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2004, p. 183; F. IPPOLITO, *Sussidiarietà e armonizzazione: il caso British American Tobacco*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2004, p. 633; L. VANONI, *Fra Stato e Unione europea: il principio di sussidiarietà sotto esame della Corte costituzionale e della Corte di giustizia*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2004, p. 1457.

<sup>549</sup> Direttiva 2001/37/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 giugno 2001, sul ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri relative alla lavorazione, alla presentazione e alla vendita dei prodotti del tabacco, in *GU L* 194, del 18 luglio 2001, p. 25.

<sup>550</sup> È interessante rilevare come la sentenza in esame rappresenti la prima occasione nella quale l'iniziativa giudiziaria di un privato ha condotto ad una statuizione della Corte di Lussemburgo in ordine al principio di sussidiarietà. Già in precedenza, nel caso *Imperial Tobacco*, un'impresa aveva addotto analoghe argomentazioni, ma la Corte non si era pronunciata sul punto, poiché era venuto meno l'oggetto del contendere. La direttiva sulla quale verteva il rinvio era infatti stata annullata dalla Corte in un'altra sentenza, emessa nella medesima data. V., rispettivamente, le sentenze del 5 ottobre 2000, causa C-74/99, *Imperial Tobacco*, in *Racc.* p. I-8599 e causa C-376/98, *Germania c. Parlamento e Consiglio*, in *Racc.* p. I-8419.

autorità interne si dimostri anche solo sufficiente al conseguimento degli scopi prefissati<sup>551</sup>.

In realtà, la dottrina ha diffusamente criticato l'impostazione avvalorata dalla Corte, sulla base di due principali osservazioni. Anzitutto, il Collegio ha proceduto in prima battuta a valutare la maggiore efficacia dell'atto CE, a dispetto del fatto che la sufficienza dell'azione statale sia il criterio prioritario indicato dal Trattato. Inoltre, è stata eccepita l'inadeguatezza dell'analisi sulle potenzialità dell'adozione di norme a livello nazionale: al Giudice dell'UE si è infatti limitato a rilevare l'eccessiva frammentazione degli ordinamenti degli Stati membri, dalla quale avrebbe potuto derivare un ostacolo al funzionamento del mercato interno<sup>552</sup>. Questa sola considerazione ha condotto il Collegio a confermare l'opportunità dell'intervento legislativo europeo, stante la necessità di sopperire alla asserita inadeguatezza ed efficacia delle singole discipline nazionali.

Pur avendo chiarito in linea teorica la struttura del proprio edificio argomentativo, pertanto, la Corte ha in concreto privilegiato in via pressoché esclusiva l'analisi delle caratteristiche della direttiva<sup>553</sup>, omettendo di soffermarsi in misura adeguata sulla dimensione interna e sulle ricadute dell'atto europeo negli ordinamenti nazionali<sup>554</sup>.

<sup>551</sup> Questo duplice vaglio comporterebbe infine una valutazione comparativa dell'intensità delle disposizioni europee e nazionali. La Corte, nel caso di specie, ha tuttavia relegato in secondo piano l'apprezzamento della portata dell'atto. Nell'opinione della dottrina, questo passaggio rappresenta un implicito giudizio di proporzionalità in concreto inglobato nell'apprezzamento del rispetto del principio di sussidiarietà e che comporta un'accorta ricostruzione dell'intensità della misura. Si tratta del cd. terzo elemento della proporzionalità o "true proportionality", quale ulteriore e sottinteso indicatore della sussidiarietà. V. in questo senso G. DE BURCA, *The principle of proportionality and its application in EC law*, in *Yearbook of European Law*, 1993, p. 105; T. TRIDIMAS, *Proportionality in Community law: searching for the appropriate standard of scrutiny*, in E. ELLIS (a cura di), *The principle of proportionality in the laws of Europe*, Oxford, 1999.

<sup>552</sup> L'automatica equivalenza fra divergenze normative e insufficienza dell'azione statale è stata ad esempio criticata da P. MENGOZZI, *Il principio di sussidiarietà nel sistema giuridico delle Comunità europee*, relazione al Convegno *Dove va l'Europa? Cultura, popoli, istituzioni*, V Simposio europeo dei docenti universitari, 2006, in <http://www.lumsa.it/Lumsa/Portals/File/ConvegnoDocentiSett06/Mengozzi.pdf> (28 ottobre 2014); F. IPPOLITO, *Fondamento, attuazione e controllo del principio di sussidiarietà*, cit., p. 259.

<sup>553</sup> Né d'altra parte sono state colte le sollecitazioni, pervenute dalla dottrina, ad incentivare mediante nuove soluzioni processuali la maggior severità del sindacato della Corte. Era stata infatti evidenziata l'opportunità di introdurre un onere probatorio *ad hoc* in capo agli Stati, così da assicurare alla Corte la possibilità di raccogliere più incisivi elementi a supporto della valutazione della compatibilità dell'atto sovranazionale con il principio di sussidiarietà. V. in questo senso G. DE BURCA, *The principle of subsidiarity and the Court of Justice as an institutional actor*, in *Journal of Common Market Studies*, 1998, p. 224.

<sup>554</sup> Parte della dottrina sotto questo profilo critica il ragionamento della Corte, sulla base di una considerazione parzialmente diversa. Viene infatti sottolineato come il Giudice dell'Unione riassume i due poli del processo valutativo ed argomentativo in uno solo, senza



Allo stesso tempo, in una sorta di corto circuito argomentativo, il Collegio ha a tratti tentato di supportare il proprio convincimento ricorrendo a considerazioni scarsamente coerenti con la struttura del principio di sussidiarietà. La Corte si è infatti soffermata sull'intensità ed incisività dell'attività normativa europea, evidenziando come essa fosse limitata a quanto strettamente necessario per conseguire gli obiettivi posti dal Trattato<sup>555</sup>. Un simile argomento, però, in tutta evidenza, trascende i confini del sindacato sulla sussidiarietà ed abbraccia quello – diverso per intensità, contenuto e metodo – sulla proporzionalità.

Il giudizio sull'insufficienza dell'azione interna è stato relegato a margine del percorso argomentativo della Corte anche nella successiva sentenza *Natural Health*, riguardante la compatibilità con il Trattato della direttiva 2002/46/CE sul ravvicinamento delle legislazioni nazionali in tema di integratori alimentari<sup>556</sup>. Il giudice rimettente, unitamente ad ulteriori questioni pregiudiziali, poneva un problema di validità dell'atto comunitario, che disciplinava un settore di particolare delicatezza per gli Stati, nel quale si innestavano importanti scelte di politica sanitaria, sociale ed economica.

Nel dichiarare destituita di fondamento la questione pregiudiziale, la Corte ha ritenuto che l'obiettivo primario della direttiva fosse l'eliminazione degli ostacoli alla commercializzazione di tale tipologia di merce nel mercato unico, resa difficoltosa dall'eccessiva frammentazione delle normative degli Stati membri. In assenza di una disciplina comune a livello europeo, il fenomeno di diversificazione delle regolamentazioni del mercato si sarebbe inevitabilmente acuito, motivando dunque l'urgente necessità di un intervento da parte del legislatore comunitario, sotto questo profilo considerata ineludibile e maggiormente efficace. Ancòra una volta, dunque, la tensione verso l'effettività del diritto UE ha condotto la Corte a rilevare un valore aggiunto nell'adozione di norme a livello sovranazionale, soprattutto in termini di efficienza verso l'obiettivo posto dai Trattati e senza che, al contempo, si procedesse ad una reale pesatura dei possibili esiti dell'intervento nazionale.

La medesima problematica è stata successivamente sollevata nella pronuncia *Vodafone Ltd*, con riferimento alle disposizioni del regolamento CE 717/2007 che fissavano tariffe massime per il *roaming* intracomunitario di telefonia mobile all'ingrosso ed al dettaglio<sup>557</sup>. La Corte, anche in questa circo-

differenziare il proprio sforzo di motivazione per, rispettivamente, l'analisi sulla sufficienza delle norme nazionali ed il giudizio sull'efficacia dell'intervento UE. V. ad esempio B. BERTRAND, *Un principe politique saisi par le droit*, cit., p. 334.

<sup>555</sup> V. in particolare il punto 184 della sentenza.

<sup>556</sup> Cfr. la sentenza 12 luglio 2005, cause riunite C-154/04 e C-155/04, *Natural Health*, in *Racc.* p. I-6451; v. inoltre la direttiva 2002/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 10 giugno 2002, relativa al ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri concernente gli integratori alimentari, in *GU L* 183, del 12 luglio 2002, p. 51.

<sup>557</sup> Cfr. la sentenza 8 giugno 2010, causa C-58/08, *Vodafone Ltd*, in *Racc.* p. I-3771. Se per

stanza, non ha sottoscritto i rilievi propugnati dalle parti dinnanzi al giudice *a quo*. Essa in particolare ha sottolineato come la stretta connessione tra tariffe all'ingrosso e al dettaglio nel settore delle comunicazioni mobili imponesse di fatto un intervento a livello sovranazionale, in ragione della necessità di tutelare il consumatore dall'innalzamento dei costi dei servizi telefonici in situazioni transfrontaliere.

È nondimeno interessante soffermare brevemente l'analisi sulle riflessioni suggerite dall'avvocato generale Poiares Maduro nelle proprie conclusioni<sup>558</sup>. Sollecitando implicitamente una correzione di rotta nel procedimento valutativo della Corte, egli ha rilevato come il giudizio sul rispetto del principio di sussidiarietà non possa essere incentrato in maniera decisiva sulle finalità sottese alle misure europee, né possa in queste esaurirsi. Un apprezzamento compiuto «deve fondarsi su qualcosa di più che la semplice evidenziazione dei possibili benefici derivanti dall'azione comunitaria, implicando parimenti l'individuazione dei possibili problemi o costi che deriverebbero dall'affidamento della soluzione agli Stati membri»<sup>559</sup>. Parimenti, secondo l'avvocato generale<sup>560</sup>, l'affidamento elettivo ad un approccio teleologico rischia di svuotare la portata della sussidiarietà, per la cui verifica il mero richiamo agli obiettivi delle norme europee ed alla volontà del legislatore dell'Unione costituisce in sostanza una profezia autoavverantesi in favore del livello sovranazionale<sup>561</sup>.

Nell'opinione di Poiares Maduro, peraltro, approfondendo il sindacato sul rispetto del principio, la Corte non sostituirebbe le proprie valutazioni a quelle del legislatore europeo, bensì imporrebbe semplicemente alla Commissione, al Parlamento europeo ed al Consiglio «di prendere il principio di sussidiarietà in seria considerazione» nell'esercizio delle rispettive funzioni.

la commercializzazione all'ingrosso l'intervento della normativa comunitaria poteva essere agevolmente giustificato, il punto nodale della questione era la fissazione di tariffe massime per il *roaming* al dettaglio. Cfr. il regolamento CE 717/2007, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 giugno 2007, relativo al *roaming* sulle reti pubbliche di comunicazioni mobili all'interno della Comunità, in GU L 171, del 29 giugno 2007, p. 32.

<sup>558</sup> Cfr. le conclusioni dell'avvocato generale Poiares Maduro, del 1° ottobre 2009, punti 27 e ss.

<sup>559</sup> Cfr. le conclusioni dell'avvocato generale Poiares Maduro, punto 30.

<sup>560</sup> V. il punto 30 delle conclusioni.

<sup>561</sup> A questo riguardo, peraltro, è stato evidenziato in dottrina come talora la Corte abbia preferito ricorrere al paradigma dell'effetto preclusivo, in luogo di affrontare più impegnative verifiche sul rispetto del principio di sussidiarietà. V. in questo senso J. LOUIS, *Quelques remarques sur l'avenir du contrôle du principe de subsidiarité*, in A. DE WALSCHE (a cura di), *Promenades au sein du droit européenne. Mélanges en hommage à G. Vandersanden*, Bruxelles, 2009, p. 283.

3.5. *Sussidiarietà procedurale e sostanziale: l'esigenza di una riconsiderazione della valutazione sul rispetto del principio nel contesto della cooperazione penale*

Quest'ultima esortazione dell'avvocato generale Poiares Maduro, unita alle criticità sinora rilevate nella giurisprudenza di Lussemburgo, costituisce la premessa per alcune riflessioni sulle future prospettive del principio di sussidiarietà nell'attività della Corte, anche e soprattutto nel contesto della cooperazione penale.

I rilievi contenuti nelle conclusioni al caso *Vodafone Ltd* evidenziano anzitutto, in sede preliminare, come il principio di sussidiarietà sia stato ad oggi declinato, in via pressoché esclusiva, nell'accezione che i commentatori hanno definito procedimentale o strumentale<sup>562</sup>. Si tratta di una lettura dell'istituto che è funzionale al pieno raggiungimento delle finalità dell'UE, poiché pone al cuore di ogni sistema complesso le autorità centrali, legittimate a selezionare gli obiettivi ai quali debbono tendere le iniziative normative, per poi in un secondo momento individuare il livello di governo più idoneo al raggiungimento di tali scopi<sup>563</sup>. Secondo questo approccio, la verifica della corretta allocazione della competenza a legiferare dipende da una valutazione *lato sensu* tecnica o empirica, poiché essa è fondata sul criterio dell'efficacia comparativa delle soluzioni normative praticabili, con l'ausilio di ogni parametro – fattuale, economico o di altro genere – utile ad orientare l'operato delle istituzioni a vario titolo interessate.

Questo tipo di valutazione, a sua volta, presuppone che le autorità che concorrono a livello centrale a formulare i testi normativi adempiano in maniera puntuale ed esaustiva all'obbligo loro incombente di giustificare la compatibilità con il principio in esame delle azioni intraprese. In breve, si impone che l'efficienza della normativa europea non si esaurisca nella evocata profezia autoavverante o in *circulum inextricabilis* tra proposizione e motivazione; al contrario, è necessario che sia essa stessa oggetto di dimostrazione e motivazione sulla base di quelli che il Protocollo n. 2 definisce fattori quantitativi o qualitativi. La portata transfrontaliera della materia disciplinata, l'esigenza di effettività ed uniformità dell'ordinamento dell'Unione o, appun-

<sup>562</sup> Cfr. E. ESTRELLA, *The EU principle of subsidiarity and its critique*, Oxford, 2002; con riferimento alla declinazione di questa suddivisione nella cooperazione penale v. P. DE HERT, I. WIECZOREK, *Testing the principle of subsidiarity in EU criminal policy. The omitted exercise in the recent EU documents on principles for substantive European Criminal Law*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2013, p. 293.

<sup>563</sup> Cfr. D. HALBERSTAM, *Comparative Federalism and the Judiciary*, in *Law and Politics*, 2008, p. 153, per il quale l'art. 65, par. 3, TFUE «presupposes that the central government has the authority to determine the objectives of the proposed action and then asks who can best achieve the centrally specified goal of governance».

to, il criterio dell'efficacia non possono dunque costituire le sole basi a fondamento di un'iniziativa legislativa.

Questa esigenza era già stata colta ed espressa in passato dall'avvocato generale Léger<sup>564</sup> e costituisce il punto di partenza insostituibile per la compiuta messa a regime dei rimedi – giurisdizionali così come politici – posti a presidio della sussidiarietà. Al riguardo, il Protocollo n. 2 cristallizza queste preoccupazioni rispetto all'operato della Commissione e del legislatore europeo: secondo il tipico paradigma della dimensione procedurale della sussidiarietà, esso indirizza l'operato di queste istituzioni verso la specifica indicazione dei motivi per i quali sia ritenuto migliore e più efficiente l'intervento normativo sovranazionale.

Tale previsione appare particolarmente rilevante nella cooperazione in materia penale, poiché alcune delle basi giuridiche consacrate nei Trattati presuppongono, da parte delle istituzioni europee, una compiuta giustificazione delle ragioni per le quali esse ritengano di avviare iniziative normative in sede sovranazionale<sup>565</sup>.

Basti pensare alla prima parte dell'art. 83, par. 1, TFUE, che legittima l'Unione a legiferare rispetto ad un'elencazione di fattispecie accomunate dal carattere transfrontaliero e dalla particolare gravità: ogni iniziativa della Commissione in relazione a tali ipotesi delittuose deve essere accompagnata da adeguati elementi che giustifichino l'allocatione di tali norme a livello europeo, sulla scorta del menzionato giudizio di efficacia comparativa. Lo stesso si dica per l'art. 83, par. 2, TFUE, il cui ambito operativo, come già visto, presuppone una previa valutazione sulla necessità dell'intervento penale UE per garantire la piena effettività di altre politiche previste dai Trattati e già oggetto di disciplina di armonizzazione. In questo caso, peraltro, appare necessario uno sforzo motivazionale aggiuntivo ed un conseguente controllo rafforzato o, quanto meno, duplicato, giacché la base giuridica implica una prima valutazione sull'esigenza di adottare norme di armonizzazione ed una seconda verifica connessa alla maggiore efficienza delle norme penali comuni in luogo di quelle nazionali.

A questa opportuna – e, secondo alcuni, eccessiva o troppo rigida<sup>566</sup> –

<sup>564</sup> Cfr. le conclusioni del alla causa C-233/94, *Germania c. Parlamento europeo e Consiglio*, cit., punto 87, nelle quali l'avvocato generale ha precisato che, ai fini della piena applicazione del principio, il dovere di motivazione degli atti UE avrebbe dovuto essere «*enforced with particular rigor whenever the Community legislature takes action to lay down new rules*».

<sup>565</sup> In questa prospettiva, il principio di sussidiarietà diviene altresì strumento di «*good governance*» dello spazio giudiziario europeo: P. ASP, *The importance of the principle of subsidiarity and coherence in the development of EU criminal law*, in *European Criminal Law Review*, 2011, p. 43.

<sup>566</sup> A. BIONDI, *Subsidiarity in the Courtroom*, cit., p. 221: l'autore, velatamente, suggerisce che la procedimentalizzazione del principio sia addirittura eccessiva rispetto agli scopi perseguiti.

procedimentalizzazione dell'obbligo di motivazione in capo alle istituzioni politiche si affianca il descritto approccio minimalistico tutt'oggi di fatto seguito dalla Corte, che rischia di vanificare il tentativo di valorizzazione della sussidiarietà, neutralizzandone la portata garantistica. Si può in effetti ritenere che, a fronte del rafforzamento procedurale della verifica politica, il Giudice dell'Unione si sia di fatto mosso in una direzione diametralmente opposta<sup>567</sup>, spesso non cogliendo nel segno della complessità sottesa allo scrutinio sul rispetto del principio. Eppure, la Corte stessa, in altri contesti, ha precisato di essere legittimata a verificare che la Commissione interpreti e adoperi correttamente elementi di prova, dati economici o ulteriori aspetti di fatto che l'istituzione, nell'ambito del suo potere discrezionale, ponga alla base della sua azione, eventualmente giungendo a censurarne la ricostruzione o l'idoneità allo scopo per il quale sono utilizzati<sup>568</sup>.

L'esigenza di un sindacato giurisdizionale si evidenzia a maggior ragione nella cooperazione penale, sia per i radicati interessi nazionali che la materia investe, sia per la frammentazione degli ordinamenti nazionali. Quest'ultimo aspetto, invero, è stato posto alla base di alcuni dei pareri negativi formulati dai parlamenti nazionali avverso la proposta di regolamento che istituisce la Procura europea, quale fattore capace di orientare in favore degli Stati il giudizio di efficacia comparativa connesso al principio di sussidiarietà.

Parimenti, questa considerazione è ritenuta da alcuni commentatori un elemento di non secondario rilievo per tutte le materie che si rivelino più sensibili per i legislatori interni o che riguardino settori in cui la varietà delle soluzioni normative nazionali sia molto elevata.

Viene infatti suggerito da alcuni un controllo "esterno" sulla maggiore efficacia dell'intervento UE, condotto attraverso una concreta comparazione tra l'atto sovranazionale ed esempi di norme nazionali sulla medesima materia. In questa ipotesi, sovvertendo le argomentazioni talora sostenute dalla Corte in presenza di ordinamenti nazionali molto eterogenei – circostanza che, come visto, ha tradizionalmente portato a preferire l'adozione di norme comuni a beneficio dell'effettività del diritto UE – ad una accentuata frammentazione

<sup>567</sup> A. COOPER, *The watchdogs of subsidiarity*, cit., p. 281.

<sup>568</sup> V. ad esempio la sentenza 15 febbraio 2005, causa C-12/03 P, *Commissione c. Tetra Laval*, in *Racc.* p. I-987, punto 39: «Sebbene la Corte riconosca alla Commissione un potere discrezionale in materia economica, ciò non implica che il giudice comunitario debba astenersi dal controllare l'interpretazione, da parte della Commissione, di dati di natura economica. Infatti, detto giudice è tenuto in particolare a verificare non solo l'esattezza materiale degli elementi di prova adottati, la loro attendibilità e la loro coerenza, ma altresì ad accertare se tali elementi costituiscano l'insieme dei dati rilevanti che devono essere presi in considerazione per valutare una situazione complessa e se siano di natura tale da corroborare le conclusioni che se ne traggono. Tale controllo è ancor più necessario in quanto si tratta di un'analisi prospettica imposta dall'esame di un progetto di concentrazione atto a produrre un effetto di conglomerato».

dei sistemi penali nazionali potrà conseguire una più estesa possibilità di attrarre verso il basso l'allocazione della potestà legislativa<sup>569</sup>.

Al di là di questi approdi teorici, che appaiono non del tutto meritevoli di condivisione per la potenziale parcellizzazione che possono generare, si segnala un'ulteriore e non molto distante tendenza a leggere il principio di sussidiarietà in uno con l'articolo 4, par. 2, TUE, disposizione che prevede l'obbligo in capo all'UE di rispettare, fra l'altro, le identità nazionali e le funzioni essenziali degli Stati membri. Alcuni autori evidenziano infatti come la sussidiarietà e l'affermazione del rispetto per le identità nazionali siano due anime di un «*more mature multilevel constitutionalism*»<sup>570</sup> che, lungi dall'avallare derive capaci di minare alle basi l'uniformità del diritto UE e la sua effettività, consentono tuttavia di inserire nell'ordinamento europeo un'attenzione privilegiata per il diritto nazionale, in special modo negli ambiti di più accentuata sensibilità<sup>571</sup>. Parte della dottrina rileva infatti come, a fronte di un originario orientamento della Corte volto a negare recisamente al cospetto di obblighi sorgenti dal diritto UE la rilevanza di norme, prassi argomentazioni degli Stati fondate su previsioni costituzionali, l'attuale panorama giurisprudenziale abbia subito talune incrinature a vantaggio delle identità nazionali e della tutela di interessi fondamentali degli ordinamenti interni<sup>572</sup>.

Queste ricostruzioni dogmatiche solo in parte colgono l'aspetto che più appare rilevante e promettente per un'inversione di tendenza nell'approccio della Corte, nella direzione auspicata, ossia il legame sistematico e funzionale

<sup>569</sup> Cfr. B. BERTRAND, *Un principe politique saisi par le droit*, cit., p. 350: «*De surcroît, il faut aussi avoir con science de la disparité des situations nationales. Un objectif peut très bien être suffisamment réalisé dans certains Etats membres et pas dans d'autres; on peut donc se demander combien de situations nationales il faut comparer pour en déduire une insuffisance au niveau étatique*». Queste esigenze, invero, devono fronteggiare l'emersione di un diritto penale complesso e plurale, capace di abbracciare la tutela di beni giuridici di rango sopranazionale e di generare, di conseguenza, duplici antinomie, sia fra diversi interessi ritenuti meritevoli di tutela che fra mezzi predisposti per presidiarli. V. in questo senso A. BARLETTA, *La legalità penale tra diritto dell'Unione europea e Costituzione*, Napoli, 2011, p. 132.

<sup>570</sup> Cfr. G. DAVIES, *Subsidiarity: the wrong idea*, cit., p. 63.

<sup>571</sup> Cfr. V.-J. LOUIS, *Quelques remarques sur l'avenir du contrôle du principe de subsidiarité*, cit., p. 305.

<sup>572</sup> Ricollega al principio di sussidiarietà questo profilo A. BIONDI, *Subsidiarity in the Courtroom*, cit., p. 221. L'autore evidenzia come la Corte di giustizia sia stata tradizionalmente severa nel valutare le argomentazioni delle autorità nazionali volte a giustificare un inadempimento al diritto UE o una deroga, sebbene fondate su problematiche di diritto costituzionale nazionale o su profili attinenti gli interessi fondamentali degli Stati. Questa impostazione sarebbe tuttavia posta sotto stress dal nuovo regime primario, che registra una pur limitata inversione di rotta della Corte, testimoniata ad esempio dalla casistica riguardante i diritti fondamentali – caso *Omega* in testa – o il rispetto delle identità nazionali, con l'esempio del caso *Sayn Wittgenstein*. V. le sentenze della Corte 14 ottobre 2004, causa C-36/02, *Omega Spielhafen*, in *Racc.* p. I-9609; 22 dicembre 2010, causa C-208/09, *Ilonka Sayn-Wittgenstein*, in *Racc.* p. I-13693.

fra il rimedio politico *ex ante* e la verifica giurisdizionale *ex post*. Un legame altresì testimoniato dall'art. 8 del Protocollo n. 2, che prevede la possibilità di chiedere l'annullamento di un atto adottato in violazione del principio di sussidiarietà, secondo le forme e procedure di cui all'art. 263 TFUE.

Ebbene, l'entrata a regime della procedura di cui al Protocollo n. 2 potrà consentire alla Corte di accedere ad un patrimonio di argomentazioni, informazioni e critiche sollevate dai parlamenti nazionali che difficilmente potranno essere del tutto disattese. Sotto il profilo della sollecitazione ad una maggiore articolazione della motivazione alla base del convincimento del Giudice dell'Unione, pertanto, sia che il cartellino giallo o arancione siano stati azionati, sia che il *quorum* richiesto non sia stato raggiunto, il Protocollo n. 2 appare destinato a sortire effetti benefici.

È stato inoltre evidenziato, pur in relazione a differenti aspetti dell'ordinamento UE, come la previsione di forme di coinvolgimento delle autorità nazionali nelle procedure decisionali europee possa concorrere, in uno con la prossimità temporale fra l'adozione dell'atto e la formulazione di doglianze di invalidità, ad un più agevole accesso ai rimedi giurisdizionali e ad una minor complessità del sindacato sulle norme adottate<sup>573</sup>.

In una prospettiva ulteriore, peraltro, si pone il problema di verificare se una valutazione secondo il paradigma della sussidiarietà procedurale o strumentale possa risultare pienamente efficace, a garanzia degli ordinamenti nazionali, in un contesto peculiare come la cooperazione in materia penale. Come anticipato poc'anzi, infatti, la dottrina classifica affianco alla sussidiarietà procedurale altresì la cd. sussidiarietà sostanziale<sup>574</sup>.

Questa peculiare declinazione dell'istituto coinvolge valutazioni *latu sensu* politiche, poiché interroga l'interprete su quale sia il livello di governo legittimato a disciplinare una materia, sulla base di fattori quali l'opportunità, l'investitura democratica, la sensibilità e rilevanza dell'interesse coinvolto, l'esigenza di prossimità al cittadino. In luogo dunque di un apprezzamento imperniato sul criterio dell'efficienza, ispirato a parametri oggettivi e, ove possibile, misurabili, l'accezione sostanziale della sussidiarietà presuppone necessariamente la valutazione del contenuto delle norme che si intendono adottare, in rapporto alle possibili scelte regolatorie ed ai diversi livelli di governo potenzialmente chiamati in causa<sup>575</sup>.

<sup>573</sup> Cfr. H. HOFFMAN, A. TURK, *Legal challenges in EU administrative law by the move to an integrated administration*, in H. HOFFMAN, A. TURK (a cura di), *Legal challenges in EU administrative law*, Londra, 2009, p. 374.

<sup>574</sup> Occorre rilevare come, proprio in relazione a questa *summa divisio* nella lettura del principio, autorevole dottrina abbia espresso il convincimento che «*subsidiarity has greater potential as a procedural ground than as a ground of substance*». V. in questo senso T. TRIDIMAS, *The general principles*, cit., p. 185.

<sup>575</sup> Cfr. D. HALBERSTAM, *Comparative Federalism and the Judiciary*, cit., p. 154.

Ci si muove dunque su un piano più delicato e magmatico, che tuttavia non rappresenta una mera astrazione concettuale, ma trova fondamento ed una possibile giustificazione in alcune basi giuridiche del Titolo V TFUE. Ne è esempio elettivo l'art. 83, par. 1, seconda parte, TFUE, che consente al Consiglio, con decisione unanime e previa approvazione parlamentare, di elencare nuove fattispecie meritevoli di intervento penale a livello europeo, oltre a quelle già enumerate nella prima parte della medesima disposizione. In un simile contesto, il legislatore dell'Unione non solo dovrebbe giustificare la maggiore efficacia dell'azione UE in raffronto a quella nazionale, ma dovrebbe altresì motivare, alla luce della sussidiarietà sostanziale, la ragione per la quale occorre legittimare l'Unione a legiferare in un ambito in origine non espressamente indicato<sup>576</sup>. Lo stesso si dica per l'art. 83, par. 2, TFUE, che, pur presupponendo una valutazione sulla necessità di assicurare l'effettiva attuazione di politiche UE, implica anche un giudizio di valore sui motivi che, a monte, inducono a ritenere opportuna l'adozione di norme di natura penale.

D'altra parte, a ben vedere, anche le formule «sfere di criminalità particolarmente grave», «dimensione transnazionale» dei reati e «indispensabile per garantire l'efficace attuazione di una politica dell'Unione», di cui ai parr. 1 e 2 dell'art. 83 TFUE, investono scelte politiche di fondo sul ricorso all'azione penale dell'UE – con le conseguenze che ciò comporta, ad esempio, in termini di ravvicinamento degli ordinamenti nazionali – e conservano un potenziale espansivo delle competenze europee in questa materia. Le sollecitazioni che promanano da una visione maggiormente “politica” della sussidiarietà non sono dunque prive di implicazioni tecniche e, soprattutto, appaiono capaci di riverberarsi in maniera alquanto significativa sullo scrutinio sul rispetto del principio.

L'importanza di un approccio di maggior respiro ha inoltre non secondarie implicazioni sistematiche. Come evidenziato in dottrina, ad esempio<sup>577</sup>, la sussidiarietà strumentale è essenziale ma non sufficiente ad assicurare appieno che la coerenza dei sistemi penali nazionali non sia posta sotto pressione dall'attività normativa europea. Il diritto penale è infatti intrinsecamente portatore ed espressione di scelte di valore, di priorità e principi che ne ispirano l'adozione e l'applicazione e che potrebbero essere scardinati laddove il sindacato fosse condotto sulla base del solo criterio tecnico dell'efficienza comparativa.

Allo stesso modo, una simile visione appare maggiormente orientata al principio per il quale l'adozione di norme penali deve costituire l'*ultima ratio*, tanto a livello nazionale quanto in sede europea. Le scelte sull'*an* e sul *quan-*

<sup>576</sup> P. DE HERT, I. WIECZOREK, *Testing the principle of subsidiarity in EU criminal policy*, cit., p. 402.

<sup>577</sup> P. DE HERT, I. WIECZOREK, *Testing the principle of subsidiarity in EU criminal policy*, cit., pp. 405 ss.



*tum* di criminalizzazione di determinate condotte sollecitano i legislatori nazionali, ma costituiscono anche il fulcro di quel «valore aggiunto» che la Commissione ha posto alla base della sua politica penale e che può tradursi, come evidenziato dalla vastità dei settori nei quali l'istituzione di Bruxelles ha prospettato la possibilità di adottare norme penali *ex art.* 83, par. 2, TFUE, nell'incremento delle norme repressive a livello interno.

Il principio di sussidiarietà acquista in definitiva nella cooperazione penale una dimensione del tutto peculiare, che sollecita una riconsiderazione degli schemi valutativi ed argomentativi sino ad oggi seguiti a livello normativo e giurisprudenziale. Nell'ottica della messa in opera di un sistema complessivo di verifica sul rispetto del principio, che ha origine nella valutazione politica *ex ante* e si chiude nel possibile scrutinio giurisdizionale *ex post*, appare opportuno che tutti gli attori coinvolti adottino un approccio maggiormente rigoroso, che possa includere in ogni passaggio valutativo anche i profili legati alla sussidiarietà sostanziale. Questo cambio di rotta è infatti essenziale per una più accorta individuazione dei confini delle competenze penali dell'Unione e, come evidenziato in anni recenti dal Comitato delle regioni, può risultare decisivo per alimentare la fiducia degli Stati e dei cittadini nel processo di integrazione europea<sup>578</sup>.

#### 4. I limiti all'efficacia degli atti UE in materia di cooperazione penale.

##### 4.1. Il dibattito sull'efficacia diretta degli atti UE in materia penale nel regime precedente all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona

Nel contesto del terzo pilastro, l'art. 34, par. 2, TUE espressamente escludeva che le decisioni e le decisioni quadro potessero produrre effetti diretti. Questa preclusione mitigava in misura sensibile la portata dell'attività normativa europea, in via principale finalizzata al ravvicinamento degli ordinamenti interni mediante l'adozione di norme minime comuni.

La dottrina, pertanto, ha cercato di individuare palliativi al dettame del Trattato, indagando sull'esistenza di eventuali spazi residui per la maggiore efficacia di tali fonti ed una più efficace tutela dei singoli, in caso di mancato recepimento nell'ordinamento interno. In particolare, ci si è chiesto se queste fonti potessero quantomeno realizzare il cd. effetto di esclusione od opposizione, così da impedire l'applicazione di norme interne con esse contrastanti<sup>579</sup>.

<sup>578</sup> «*Developing a culture of subsidiarity could make a decisive contribution to strengthening public confidence in European cooperation*»: parere 115/08 del Comitato delle regioni sulle linee guida per l'applicazione ed il controllo dei principi di sussidiarietà e proporzionalità, par. 1.4.

<sup>579</sup> Per una approfondita analisi sulla nozione di effetto di esclusione nella materia penale,

La ricostruzione teorica dell'effetto di esclusione, peraltro, concentra su di sé una perdurante diatriba dottrinale<sup>580</sup>. Per alcuni autori, si tratterebbe di un concetto dotato di distinta dignità, dissociato rispetto alla categoria dell'efficacia diretta delle direttive e capace di conservare un autonomo spazio operativo, anche alla luce del principio del primato<sup>581</sup>. Vi è inoltre chi prende le mosse dal significato di efficacia diretta, distinguendo un'impostazione estensiva ed un approccio più rigoroso: nel primo caso, la fonte giuridica sarebbe idonea ad incidere sulla sfera degli individui, mentre l'effetto di esclusione postulerebbe la sola possibilità di invocare l'atto dinanzi al giudice nazionale, per ovviare all'applicazione di norme interne non conformi<sup>582</sup>. Un ultimo orientamento, più sensibile ai segnali suggeriti dall'evoluzione giurisprudenziale in materia, percepisce l'effetto di invocabilità dell'esclusione come negativo fotografico dell'efficacia diretta, poiché opererebbe proprio nelle ipotesi in cui questa è esclusa, in modo da completare il quadro dei rimedi previsti in caso di inadempimento dello Stato<sup>583</sup>.

Dal canto suo, la giurisprudenza ha fatto richiamo all'effetto di esclusione sin dagli anni '70, senza tuttavia mai pervenire alla generale ed ultimativa affermazione della sua autonomia concettuale e della formale scissione fra questa nozione e la categoria dell'efficacia diretta<sup>584</sup>. Nelle sue prime pronunce sul punto, peraltro, il Giudice dell'Unione ha inquadrato l'effetto di esclusione od opposizione senza ricondurlo espressamente all'efficacia diretta<sup>585</sup>. Anzi, le direttive prese in considerazione erano accomunate da una particolarità decisiva: l'assenza dei requisiti di precisione, chiarezza e incondizionatezza cumulativamente necessari ai fini del riconoscimento dell'efficacia diretta<sup>586</sup>.

in rapporto alle decisioni quadro, v. E. PISTOIA, *Cooperazione penale nei rapporti fra diritto dell'Unione europea e diritto statale*, Napoli, 2008, in particolare da p. 63.

<sup>580</sup> Per una complessiva presentazione del panorama dottrinale v. S. PRECHAL, *Directives in EC law*, Oxford, 2005, p. 231.

<sup>581</sup> Cfr. E. PISTOIA, *Cooperazione penale*, cit.

<sup>582</sup> M. LENZ, D.S. TYNES, L. YOUNG, *Horizontal what? Back to basics*, in *European Law Review*, 2000, p. 509.

<sup>583</sup> M. DOUGAN, *The "disguised" vertical effect of directives*, in *Cambridge Law Journal*, 2000, p. 586.

<sup>584</sup> V., in questo senso, le conclusioni dell'avvocato generale Bot presentate il 7 luglio 2009 nella causa C-555/07, *Kücükdeveci*, in *Racc.* p. I-365, punto 64. Per una esaustiva presentazione delle differenze tra effetto diretto di sostituzione ed effetto di invocabilità di esclusione v. le conclusioni dell'avvocato generale Léger l'11 gennaio 2000 nella causa C-287/98, *Linster*, in *Racc.* p. I-6917, punti 24-90.

<sup>585</sup> Cfr. le sentenze della Corte 1° febbraio 1977, causa 51/76, *VNO*, in *Racc.* p. I-113; 23 novembre 1977, causa 38/77, *Enka*, in *Racc.*, 1977, p. 2203; 29 novembre 1978, causa 21/78, *Delkvist*, in *Racc.* p. I-2327.

<sup>586</sup> Il sindacato operato dalla Corte, pertanto, si era concentrato sull'esercizio dell'obbligo di risultato posto dalla direttiva in capo al legislatore interno. Ricorrendo all'invocabilità di esclusione, in particolare, la Corte intendeva verificare se lo Stato membro fosse restato nei limiti del margine di discrezionalità accordatogli ai fini della trasposizione della direttiva. Il

In più recenti approdi, inoltre, la Corte di giustizia ha fatto ricorso all'effetto di invocabilità di esclusione anche in casi in cui veniva contestato al legislatore nazionale di aver trasceso i confini della pur ampia potestà discrezionale accordata ai fini della trasposizione di alcune direttive<sup>587</sup>. L'orientamento sostenuto dal Giudice dell'Unione in relazione alle direttive ha dunque dimostrato che l'effetto di esclusione può intervenire anche laddove non sussistano i crismi dell'efficacia diretta ed il contenuto dell'atto europeo, ben lungi dall'essere *self-executing*, riservi alle autorità nazionali un ampio potere decisionale in sede di recepimento.

In simili situazioni, l'attribuzione di un autonomo effetto di opposizione riposa sulla necessità di salvaguardare per quanto possibile l'effetto utile di una fonte UE, sebbene con una limitata incidenza sull'ordinamento interno, in particolare circoscritta alla disapplicazione delle norme nazionali incompatibili.

In linea teorica pertanto il dettame del TUE non costituiva una barriera invalicabile al riconoscimento di questa categoria di effetti alle decisioni quadro, sebbene la limitata e frammentaria competenza giurisdizionale della Corte di giustizia avrebbe di fatto limitato in misura sensibile la possibilità di invocarli.

Si è d'altra parte sostenuto, al contempo, che la pur parziale competenza della Corte a statuire sulla validità o interpretazione delle decisioni quadro avrebbe logicamente implicato la possibilità di far valere tali atti al cospetto del giudice interno, a pena dell'impossibilità di formulare rinvii pregiudiziali<sup>588</sup>. A sostegno dell'estensione alle decisioni quadro dell'effetto di opposizione è stata inoltre addotta l'unicità della previsione dell'art. 34, par. 2, TUE, che, nell'escludere l'efficacia diretta delle direttive, integrava un'eccezione rispetto al regime ordinario sull'efficacia delle fonti UE, così come plasmato

rispetto del margine di discrezionalità accordato al legislatore interno è una preoccupazione centrale nell'analisi della dottrina sugli effetti delle direttive, a maggior ragione nelle ipotesi in cui il loro effetto diretto viene escluso: «se la Corte non attribuisce effetto diretto a talune disposizioni del diritto comunitario, è semplicemente perché tali disposizioni *non possono* essere applicate dai giudici nazionali senza obbligarli ad oltrepassare il loro compito giurisdizionale ed a sostituirsi al legislatore nazionale, il quale dispone all'occorrenza di un margine di discrezionalità che non può essere usato da un giudice senza violare i principi fondamentali della separazione dei poteri». Cfr. D. SIMON, *Synthèse générale*, in *Les principes communs d'une justice des États de l'Union européenne, Actes du colloque des 4 et 5 décembre 2000*, Parigi, 2001, p. 332.

<sup>587</sup> Si registra una serie di sentenze sulla direttiva 85/337/CEE sulla valutazione di impatto ambientale di progetti pubblici e privati. Cfr. le sentenze della Corte 24 ottobre 1996, causa C-72/95, *Kraaijeveld BV*, in *Racc.* p. I-5403; 16 settembre 1999, causa C-435/97, *World Wildlife Fund (WWF)*, in *Racc.* p. I-5613; 19 settembre 2000, causa C-287/98, *Linster*, in *Racc.* p. I-6917.

<sup>588</sup> K. LENAERTS, P. VAN NUFFEL, *Constitutional law of the European Union*, London, 2005, p. 807.

dalla Corte di giustizia, in quanto tale considerata meritevole di interpretazione restrittiva<sup>589</sup>.

Nonostante l'approfondita elaborazione dottrinale, le sollecitazioni pervenute alla Corte ed ai giudici nazionali sono state in larga parte relegate ad un piano meramente teorico, senza trovare dunque effettivo riscontro nella prassi giurisprudenziale. Tuttavia, l'esigenza di arginare il rischio di applicazione difforme ed incoerente delle decisioni quadro in sede nazionale e di garantire entro un certo grado l'esplicazione di taluni effetti nonostante il mancato od erroneo recepimento da parte dei legislatori interni ha determinato la Corte ad affermare l'operatività dell'obbligo di interpretazione conforme anche in relazione a questa tipologia di atti. Nella nota sentenza *Pupino*<sup>590</sup>, il Giudice dell'Unione ha evidenziato come il principio di leale cooperazione, anche nel contesto del terzo pilastro, imponesse ai giudici ed alle autorità nazionali di orientare l'interpretazione ed applicazione dell'ordinamento interno al dettame delle fonti europee, con particolare riferimento per le decisioni quadro e nel rispetto dei limiti previsti in via generale per tale obbligo<sup>591</sup>.

#### 4.2. *La scadenza del regime transitorio e le prospettive future*

La riforma dei Trattati ha in larga parte risolto la diatriba ora accennata – peraltro per molti aspetti rimasta confinata ad un piano teorico – grazie all'abrogazione della struttura a pilastri ed alla conseguente applicazione alla cooperazione in materia penale del regime previsto per le altre politiche UE. Eppure, alcune delle riflessioni proposte mantengono viva la propria attualità.

Ai sensi dell'art. 9 del Protocollo n. 36, in materia di regime transitorio, infatti, gli effetti giuridici degli atti UE adottati prima della riforma di Lisbona rimangono inalterati «finché tali atti non saranno stati abrogati, annullati o modificati»<sup>592</sup>. Al riguardo, con la dichiarazione n. 50 allegata ai Trattati la

<sup>589</sup> V. sul punto M. CLAES, *The national courts' mandate in the European Constitution*, Oxford, 2006, p. 96.

<sup>590</sup> Cfr. la sentenza della Corte del 16 giugno 2005, *Pupino*, cit., punto 43: «[...] il principio di interpretazione conforme si impone riguardo alle decisioni quadro adottate nell'ambito del titolo VI del Trattato sull'Unione europea. Applicando il diritto nazionale, il giudice del rinvio chiamato ad interpretare quest'ultimo è tenuto a farlo per quanto possibile alla luce della lettera e dello scopo della decisione quadro al fine di conseguire il risultato perseguito da questa e di conformarsi così all'art. 34, n. 2, lett. b), UE».

<sup>591</sup> L'analogia con il percorso giurisprudenziale svolto in ambito comunitario ha portato a ritenere che l'obbligo di interpretazione conforme subisse le stesse limitazioni individuate dalla Corte in relazione agli atti del primo pilastro, quali il divieto di avvalorare soluzioni ermeneutiche *contra legem* e la necessità di rispettare la certezza del diritto ed il principio di legalità. V. la sentenza 4 luglio 2006, causa C-212/04, *Adeneler*, in *Racc.* p. I-6057.

<sup>592</sup> A ciò si aggiunga che l'art. 10 ha conservato inalterate le funzioni della Corte di giustizia e della Commissione per un periodo di cinque anni a decorrere dall'entrata in vigore del

Conferenza intergovernativa aveva sollecitato il Parlamento europeo, il Consiglio e la Commissione «ad adoperarsi per adottare, nei casi opportuni e per quanto possibile entro il termine di cinque anni di cui all'articolo 10 [...], atti giuridici che [modificassero] o [sostituissero]» gli atti dell'ex terzo pilastro. La *ratio* della dichiarazione in esame aveva fondamento nell'art. 10, par. 2, del Protocollo n. 36, a mente del quale il regime transitorio applicato alla Cote di giustizia ed alla Commissione avrebbe subito una cesura, con il conseguente ed immediato riconoscimento delle ordinarie funzioni delle istituzioni UE, in caso di adozione di atti di riforma di norme preesistenti. La dottrina aveva positivamente salutato questa previsione, evidenziando come essa potesse costituire un efficace strumento per anticipare la piena entrata a regime della nuova disciplina e come la mancanza di una regola *de minimis* rendesse sufficienti a questo scopo anche limitati emendamenti agli atti del terzo pilastro<sup>593</sup>.

Sul punto, al netto dei possibili limiti alla partecipazione di taluni Stati derivanti in forza delle scelte di *opt-out*, il legislatore dell'Unione ha preso in seria considerazione tanto il dettame del Protocollo quanto l'esortazione della Conferenza intergovernativa, avviando un'intensa stagione normativa, che ha in massima parte condotto alla sostituzione di strumenti previgenti e, in un novero meno significativo di casi, alla loro parziale modifica<sup>594</sup>.

Dal primo punto di vista, si è assistito all'abrogazione di molte decisioni quadro in tema di diritto penale sostanziale o diritti processuali, sostituite da direttive, come nel caso dei diritti delle vittime di reato e delle fattispecie delittuose legate alla tratta di esseri umani, alla contraffazione dell'euro e delle altre monete, allo sfruttamento sessuale minorile<sup>595</sup>. Nella seconda prospetti-

Trattato di Lisbona. Questo periodo transitorio, sul quale v. più diffusamente *infra* il Cap. III, par. 2.2., è terminato il 1° dicembre 2014.

<sup>593</sup> Per un'analisi sulla possibile esistenza di una regola *de minimis* in ordine agli interventi riformatori idonei a far scattare il nuovo regime primario v. S. PEERS, *Finally fit for purpose? The treaty of Lisbon and the end of the Third Pillar legal order*, in *Yearbook of European Law*, 2008, p. 47.

<sup>594</sup> Allo scopo di assicurare maggiore chiarezza sul punto, il Consiglio ha adottato il documento 9930/14, del 19 maggio 2014, che riporta una «*updated list of "lisbonized" ex-third pillar acquis*».

<sup>595</sup> V. rispettivamente la direttiva 2012/29/UE, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2012, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato, in GU L 315, del 14 novembre 2012, p. 57, che ha sostituito la decisione quadro 2001/220/GAI; la direttiva 2011/36/UE, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 aprile 2011, relativa alla prevenzione ed al contrasto della tratta di essere umani ed alla protezione delle vittime, che ha sostituito la decisione quadro 2002/629/GAI, in GU L 101, del 15 aprile 2011, p. 1; la direttiva 2014/62/UE, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, sulla protezione mediante il diritto penale dell'euro e di altre monete contro la falsificazione e che sostituisce la decisione quadro 2000/383/GAI del Consiglio, in GU L 151, del 21 maggio 2014, p. 1; la direttiva 2011/93/UE, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011, sul contrasto allo sfruttamento sessuale ed alla pornografia minorile, che ha sostituito la decisione quadro 2004/68/GAI, in GU L 335, del 17 dicembre 2011, p. 1.

va, le uniche ipotesi in cui il legislatore europeo si è limitato all'apposizione di emendamenti alla disciplina del terzo pilastro riguardano le norme in tema di congelamento e confisca dei beni strumentali e dei proventi di reato ed alcuni profili della cooperazione di polizia, ovverosia la disciplina dello European Police College e la lista degli Stati terzi ed organizzazioni con i quali Europol può concludere accordi<sup>596</sup>.

Sebbene dunque la maggior parte delle disposizioni del Protocollo n. 36 abbiano perso di rilevanza a partire dal 1° dicembre 2014, la scadenza del periodo transitorio non ha interessato l'art. 9, che mantiene i tradizionali e non secondari limiti all'efficacia degli atti dell'Unione adottati nel contesto dell'ex terzo pilastro e non ancora oggetto di riforma o abrogazione. Ad oggi, tale limitazione interessa numerose e non secondarie fonti riguardanti la cooperazione in materia penale, con particolare riferimento per la normativa sul rafforzamento e l'attuazione del principio del reciproco riconoscimento. L'opera innovatrice del legislatore europeo si è infatti in via principale concentrata sugli strumenti di diritto penale sostanziale, mentre per gli atti che incentivano la circolazione dei provvedimenti giurisdizionali nello spazio giudiziario europeo perdura l'impossibilità di esercitare effetti diretti.

Per quanto attiene gli atti adottati *ex novo*, invece, il Trattato prevede nella quasi totalità dei casi la forma di direttive, fatte salve alcune basi giuridiche che consentono il ricorso ai regolamenti<sup>597</sup> ed ulteriori disposizioni che dispongono l'adozione di «misure», lasciando così un residuo margine di scelta al legislatore europeo. Con riferimento a queste ultime, si segnala l'art. 82, par. 1, che consente l'adozione secondo gli schemi della procedura legislativa

In dottrina sono state rilevate alcune criticità rispetto al regime da applicarsi in costanza del termine di trasposizione della direttiva, che almeno formalmente provvede espressamente alla subitanea sostituzione del regime previgente: per approfondimenti v. D. SAVY, *La successione degli atti della cooperazione penale europea e gli effetti nell'ordinamento nazionale: le decisioni quadro tra successione e ultrattività*, in R. MASTROIANNI, D. SAVY (a cura di), *L'integrazione europea attraverso il diritto processuale penale*, Napoli, 2014, p. 113. V. inoltre A. ARENA, *Le fonti della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale e la loro efficacia negli ordinamenti nazionali prima e dopo il Trattato di Lisbona*, in P. DE PASQUALE, F. FERRARO (a cura di), *Il terzo pilastro nell'Unione europea*, Napoli, 2009, p. 13.

<sup>596</sup> Cfr. la direttiva 2014/42/UE, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 3 aprile 2014, relativa al congelamento ed alla confisca dei beni strumentali e dei proventi di reato nell'Unione europea, che ha sostituito vari atti e modificato la decisione quadro 2001/500/GAI, in GU L 127, del 29 aprile 2014, p. 39; il regolamento (UE) 543/2014, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, che modifica la decisione 2005/681/GAI del Consiglio, che istituisce l'Accademia europea di polizia (CEPOL), in GU L 163, del 29 maggio 2014, p. 5; la decisione di esecuzione 2014/269/UE, del Consiglio, del 6 maggio 2014, che modifica la decisione 2009/935/GAI per quanto riguarda l'elenco dei paesi e delle organizzazioni terzi con cui Europol stipula accordi, in GU L 138, del 13 maggio 2014, p. 104.

<sup>597</sup> Si tratta in particolare delle basi giuridiche riguardanti gli organi attivi nel campo della cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale. V. l'art. 85, in relazione alla disciplina di Eurojust; l'art. 86, in ordine alla Procura europea, e l'art. 88, sull'Europol.

ordinaria di misure volte al ravvicinamento degli ordinamenti nazionali, a beneficio del principio del reciproco riconoscimento. Merita inoltre precisare che una formulazione analoga si ritrova all'art. 325 TFUE, in relazione alle iniziative normative europee destinate ad assicurare la prevenzione ed il contrasto alle frodi che ledono gli interessi dell'UE. La prassi sino ad oggi registrata è alquanto circoscritta, ma manifesta in relazione ad entrambe le basi giuridiche la tendenza a prediligere lo strumento della direttiva<sup>598</sup>.

In ogni caso, l'attuale disposto del TFUE non reitera le passate resistenze all'eventuale riconoscimento di efficacia diretta alle direttive adottate nell'ambito della cooperazione in materia penale. Come noto, infatti, la formulazione dell'art. 34, par. 2, TUE non è stata riproposta dal Trattato di Lisbona, che dunque generalizza ed uniforma il regime delle direttive. Ciò comporta che l'attribuzione di effetti diretti a questi atti è in ogni caso subordinata all'accertamento dei criteri individuati dalla giurisprudenza sin dal caso *Van Duyn*: il decorso infruttuoso del termine di recepimento, la chiarezza, precisione e incondizionatezza dell'atto o di singole disposizioni<sup>599</sup>. L'efficacia diretta è inoltre subordinata ai medesimi limiti in origine prospettati nel pilastro comunitario, *in primis* l'operatività esclusivamente verticale-monodirezionale. Sul punto, si evidenzia come la particolare natura della materia in esame preannunci la significativa importanza del principio, in ragione del fatto che la maggior parte delle norme adottate nel settore penale riguardano due principali problematiche: l'esercizio del potere statale di perseguire e punire le condotte criminose ed il rafforzamento dei diritti dell'indagato, dell'imputato e delle vittime. Questi ultimi, in particolare, per l'elevata tecnicità del loro contenuto, per i diritti che mirano a tutelare e la minore incidenza sulle scelte di politica criminale degli Stati membri, potrebbero con più facilità integrare i requisiti richiesti per la produzione di effetti diretti. Al riguardo, in effetti, si registrano due tendenze opposte, che concorrono a creare un terreno fertile per l'istituto dell'efficacia diretta: da un lato, gli Stati – Italia in testa<sup>600</sup> – si sono spesso resi protagonisti di croniche situazioni di inadem-

<sup>598</sup> V., con riferimento all'art. 82, par. 1, TFUE, la direttiva 2014/41/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, relativa all'ordine europeo di indagine penale, in GU L 130, del 1° maggio 2014, p. 1. Con riferimento ai profili penalistici sottesi all'art. 325 TFUE, v. la direttiva 2014/57/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 aprile 2014, relativa alle sanzioni penali in caso di abusi di mercato, in GU L 173, del 12 giugno 2014, p. 179.

<sup>599</sup> Cfr. la sentenza della Corte del 4 dicembre 1974, causa 41/74, *Van Duyn*, in *Racc.* p. 1337. Tradizionalmente, la giurisprudenza della Corte riconduce la possibilità che la norma di una direttiva espliciti effetti diretti anche alle ipotesi di obbligo di non fare, che imponga dunque agli Stati di astenersi dal porre in essere un determinato comportamento. Nel campo della cooperazione penale, tuttavia, questa tipologia di norme appare di difficile configurazione.

<sup>600</sup> Per una panoramica critica sulla prassi italiana del recente passato v. R. MASTROIANNI, *Diritto dell'Unione europea e processo penale*, in S.M. CARBONE (a cura di), *L'Unione europea a vent'anni da Maastricht. Verso nuove regole. Atti del XVII Congresso SIDI*, Napoli, 2013, p. 415.

pienza; dall'altro lato, il legislatore europeo, su impulso della Commissione, ha dato avvio ad una stagione normativa incentrata fra l'altro sull'affermazione di norme minime comuni in tema di diritti del giusto processo<sup>601</sup>.

Si profilano così rilevanti prospettive in relazione alle direttive e, al termine del periodo transitorio, alle decisioni quadro dalle cui disposizioni non recepite siano desumibili prerogative in favore del singolo, esercitabili nei confronti dello Stato. Basti pensare alla normativa in tema di confisca<sup>602</sup> o alla direttiva che disciplina i diritti delle vittime di procedimenti penali, che ha sostituito una decisione quadro del 2001 diffusamente negletta a livello nazionale<sup>603</sup>. Lo stesso non può dirsi, nella maggior parte dei casi, per le norme che incentivano il reciproco riconoscimento e che interessano direttamente la sfera individuale, rafforzando le potenzialità dell'apparato coercitivo nazionale al cospetto di condotte criminose, ad esempio in termini di celerità delle procedure di consegna o di circolazione delle sentenze di condanna ed agevolazione della loro esecuzione<sup>604</sup>. Al contrario, le decisioni quadro in materia di riconoscimento delle misure alternative alla detenzione o dei provvedimenti di *probation* potrebbero produrre effetti diretti, nel momento in cui il mancato recepimento precluda al soggetto coinvolto la possibilità di beneficiare di un trattamento sanzionatorio o di un regime di esecuzione di maggior favore<sup>605</sup>.

A questo riguardo, inoltre, occorre ricordare come la Corte di giustizia abbia chiaramente espresso la convinzione che le norme UE in materia procedurale, se in senso stretto focalizzate sullo svolgimento dell'attività processuale, come nel caso delle disposizioni sull'attività di indagine ed acquisizione delle prove, non sono idonee ad incidere direttamente sulla responsabilità pe-

<sup>601</sup> Fra i molti contributi sul punto v. C. AMALFITANO, *Le prime direttive europee sul ravvicinamento "processuale": il diritto all'interpretazione, alla traduzione ed all'informazione nei procedimenti penali*, in R. DEL COCO, E. PISTOIA (a cura di), *Stranieri e giustizia penale. Problemi di perseguibilità e di garanzie nella normativa nazionale ed europea*, Bari, 2014, p. 1.

<sup>602</sup> V. la direttiva 2014/42/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 3 aprile 2014, relativa al congelamento ed alla confisca dei beni strumentali e dei proventi da reato nell'Unione europea, in GU L 127, del 29 aprile 2014, p. 39.

<sup>603</sup> Cfr. la direttiva 2012/29/UE, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2012, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/202/GAI, in GU L 315, del 14 novembre 2012, p. 57.

<sup>604</sup> Su questi strumenti normativi v. più diffusamente il Capitolo V.

<sup>605</sup> V. ad esempio la decisione quadro 2009/829/GAI, del Consiglio, del 23 ottobre 2009, sull'applicazione tra gli Stati membri dell'Unione europea del principio del reciproco riconoscimento alle decisioni sulle misure alternative alla detenzione cautelare, in GU L 294, dell'11 novembre 2009, p. 20; decisione quadro 2008/947/GAI, del Consiglio, del 27 novembre 2008, relativa all'applicazione del reciproco riconoscimento alle sentenze e alle decisioni di sospensione condizionale in vista della sorveglianza delle misure di sospensione condizionale e delle sanzioni sostitutive, in GU L 337, del 16 dicembre 2008, p. 102.



nale del reo<sup>606</sup>. Ne consegue che, astrattamente, esse potrebbero produrre effetti diretti, oppure – prospettiva più verosimile – possono dare origine all’obbligo di interpretazione conforme, senza tema di sfociare in una lettura *in malam partem* del regime processuale. Un caso emblematico a questo riguardo è rappresentato dalle norme sui diritti processuali delle vittime di reato, che, per la speculare posizione delle parti coinvolte, possono determinare contestualmente un vantaggio in favore della persona offesa ed un aggravio della situazione del soggetto attivo. Sul punto, in occasione della causa *Giovanardi*<sup>607</sup>, originata da un rinvio pregiudiziale del Tribunale di Firenze ed avente ad oggetto l’interpretazione delle norme della decisione quadro 2001/220/GAI che limitavano la portata dell’atto alle persone fisiche, l’avvocato generale Sharpston ha avuto modo di precisare che l’eventuale estensione dell’obbligo risarcitorio derivante dalla condotta criminosa alle persone giuridiche non comporterebbe in sé un’applicazione *in malam partem* del diritto penale italiano, poiché non inciderebbe sul *quantum* risarcitorio e non introdurrebbe un regime deteriore rispetto ad un’eventuale azione civile<sup>608</sup>. Né l’efficacia diretta né l’interpretazione conforme sarebbero dunque pregiudicate.

Questo tema peraltro richiama un ulteriore elemento di rilievo, desumibile dalla giurisprudenza della Corte. In molte occasioni, infatti, un limite alla portata delle fonti europee è stato individuato non tanto negli effetti delle relative disposizioni, quanto nel loro rapporto con il quadro normativo e teleologico generale nel quale esse sono inserite. L’incisività del disposto delle decisioni quadro o delle direttive viene dunque talora smorzata non tanto da loro limiti intrinseci, quanto dal grado di approfondimento del processo di integrazione e dallo stadio al quale esso è pervenuto. Ciò vale *a fortiori* nel contesto della cooperazione in materia penale, poiché la Corte usualmente delimita il campo di operatività di una fonte UE in ossequio ai confini del processo di integrazione soprattutto laddove un istituto giuridico di peculiare rilevanza per i sistemi penali degli Stati membri sia disciplinato in maniera multiforme e frammentata a livello nazionale, in ragione delle diverse sensibilità dei legislatori interni.

Così, ad esempio, nell’interpretare le disposizioni della decisione quadro 2001/220/GAI, la Corte richiama la protezione della vittima quale specifica espressione dei diritti processuali condivisi dagli Stati membri, ma si limita a rilevare che, allo stadio attuale del processo di integrazione, il legislatore na-

<sup>606</sup> Cfr. il punto 46 della sentenza *Pupino*, cit.

<sup>607</sup> Sentenza del 12 luglio 2012, causa C-79/11, *Giovanardi*, pubblicata nella Raccolta digitale ECLI:EU:C:2012:448.

<sup>608</sup> V. le conclusioni dell’avvocato generale Sharpston, del 15 maggio 2012 nella causa C-79/11, *Giovanardi*, cit., punto 65.

zionale gode sul punto di un significativo margine discrezionale<sup>609</sup>. Come confermato ad esempio nella citata pronuncia *Eredics*<sup>610</sup>, la decisione quadro non determina un'armonizzazione completa del settore in esame e consente pertanto agli Stati, in assenza di dati normativi contrari, di conservare le proprie scelte negli ambiti non espressamente interessati dalla legislazione sovranazionale o rispetto ai quali l'avanzamento del processo di integrazione sollecita l'Unione a rispettare la diversità normativa presente in sede statale.

Diversa riflessione deve invece essere proposta per le direttive in materia di diritto penale sostanziale, rispetto alle quali occorre considerare con prudenza le conseguenze sulla sfera giuridica individuale. Giurisprudenza consolidata della Corte precisa infatti che una direttiva, in sé considerata ed in mancanza di coerenti misure interne di recepimento, non può incidere negativamente sulla situazione dei singoli, in particolare determinando o aggravando profili di responsabilità penale per la violazione delle disposizioni in essa contenute<sup>611</sup>. Da un lato, ciò discende dal principio di legalità; dall'altro lato, questa impostazione risponde altresì alla necessità di ovviare a situazioni in cui le autorità nazionali – sebbene inadempienti all'obbligo di recepire tempestivamente e puntualmente – si avvalgano di una direttiva non trasposta nei confronti di un privato<sup>612</sup>.

Al contempo, tuttavia, in taluni casi la Corte ha fatto ricorso all'effetto di invocabilità dell'esclusione per invitare alla disapplicazione della norma interna a favore di una disposizione in vigore al momento dei fatti dedotti dinnanzi al giudice *a quo*, così da ristabilire una responsabilità penale ormai neutralizzata<sup>613</sup>. Tale orientamento è stato giustificato con la considerazione della peculiare struttura di questa tipologia di effetti: in seguito alla disapplicazione

<sup>609</sup> Merita inoltre considerazione la sentenza 15 settembre 2011, cause riunite C-483/09 e C-1/10, *Gueye e Sánchez*, in *Racc.* p. I-8263.

<sup>610</sup> V. la sentenza *Eredics*, cit., punti 29 e 30. Nell'opinione della Corte, peraltro, l'esclusione delle persone fisiche dall'ambito applicativo della decisione quadro non costituisce una discriminazione, bensì la legittima previsione di un regime differenziato per situazioni giuridiche oggettivamente diverse.

<sup>611</sup> V. le sentenze della Corte dell'8 ottobre 1987, causa 80/86, *Kolpinghuis Nijmegen*, in *Racc.* p. 3969, punto 13; 7 gennaio 2004, causa 60/02, *X*, in *Racc.* p. I-651, punto 61; 3 maggio 2005, cause riunite C-387/02, C-391/02, C-403/02, *Berlusconi e a.*, in *Racc.* p. I-3565, punto 74. Nel caso *Berlusconi e a.*, peraltro, l'avvocato generale Kokott e una parte significativa della dottrina avevano sollecitato una diversa impostazione, prediligendo la disapplicazione della norma statale incompatibile con la direttiva a favore di un'altra disciplina nazionale previgente e di maggior portata repressiva della fattispecie di falso in bilancio. Per approfondimenti sulla materia v. O. PORCHIA, *Gli effetti delle direttive e l'interpretazione delle norme penali nazionali: il caso Procura c. X*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 1997, p. 473.

<sup>612</sup> V. la sentenza 5 aprile 1979, causa 148/78, *Ratti*, in *Racc.* p. 1629.

<sup>613</sup> Cfr. le sentenze della Corte 25 giugno 1997, cause riunite C-304/94, C-330/94, C-342/94 e C-224/95, *Tombesi e a.*, in *Racc.* p. I-3561; 11 novembre 2004, causa C-457/02, *Antonio Niselli*, in *Racc.* p. I-10853.

della normativa nazionale contrastante con la direttiva, infatti, le condotte per le quali si procede trovano disciplina in un'altra norma interna e non nella direttiva stessa. Viene così scongiurato, quanto meno dal punto di vista formale, l'esercizio di effetti in *malam partem* ad opera dell'atto UE<sup>614</sup>.

#### 4.3. Il primato del diritto UE e le fonti sulla cooperazione in materia penale

Un ulteriore aspetto sul quale la dottrina si è a lungo confrontata riguarda l'eventuale riconoscimento del primato degli atti del terzo pilastro sul diritto degli Stati membri. Anche in questo contesto, infatti, il campo operativo del principio appariva almeno formalmente circoscritto alle fonti comunitarie, in ragione delle peculiarità istituzionali della cooperazione in materia penale.

Oltre alle già ricordate caratteristiche degli atti di diritto derivato previste nel pilastro intergovernativo in esame, infatti, il sistema di tutela giurisdizionale pativa forti limitazioni. Se nella sentenza *Costa c. Enel* la Corte aveva posto l'accento sulla necessità di applicazione uniforme e coerente del diritto dell'Unione negli ordinamenti nazionali, onde evitare ostacoli al raggiungimento degli obiettivi posti dal Trattato, questa priorità che mal si combinava con gli strumenti di cui il Giudice dell'Unione era dotato nella cooperazione penale. Il diritto dell'Unione avrebbe infatti inciso in maniera significativa sulla sfera giuridica degli individui in assenza di adeguata contropartita in termini di tutela giurisdizionale<sup>615</sup>.

In effetti, le norme comunitarie dotate di supremazia sulle fonti interne potevano essere sottoposte a scrutini in tutto o in parte preclusi nella cooperazione in materia penale, quali il ricorso per annullamento su iniziativa dei ricorrenti privati, l'azione di danni o il rinvio pregiudiziale di interpretazione e validità<sup>616</sup>. L'assenza di un obbligo di rinvio analogo a quello individuato

<sup>614</sup> Cfr. le conclusioni dell'avvocato generale Kokott, presentate il 10 giugno 2004 nella causa *Antonio Niselli*, cit., punto 58: «Il principio di legalità della pena è irrilevante, dal momento che l'applicazione diretta della direttiva 75/442 nella causa principale non avrebbe l'effetto di determinare la responsabilità penale già di per sé e indipendentemente da una legge interna di uno Stato membro adottata per la sua attuazione. Disapplicando il decreto legge n. 138/02, emanato solo successivamente al reato, la responsabilità penale si fonderebbe sul diritto nazionale vigente al momento del fatto, vale a dire sulla disposizione generale nuovamente applicabile, che attua la direttiva 75/442. La direttiva porterebbe unicamente alla disapplicazione di una disposizione emanata successivamente al reato, che esclude la responsabilità penale».

<sup>615</sup> Cfr. le coeve sentenze del 22 febbraio 2007, causa C-355/04 P, *Segi e a. c. Consiglio*, in *Racc. p.* I-1657, e causa C-354/04 P, *Gestoras pro Amnistia e a. c. Consiglio*, in *Racc. p.* I-1579.

<sup>616</sup> In una inversa prospettiva, mancavano altresì gli strumenti per sanzionare la violazione del diritto dell'Unione, come la procedura di infrazione. Questa lacuna avrebbe svuotato ulteriormente di contenuto il principio del primato nell'ambito del terzo pilastro. Come si avrà modo di considerare più diffusamente, peraltro, gli Stati membri avevano la possibilità di non

dalla giurisprudenza *Foto-Frost* determinava la necessità da parte del giudice nazionale di valutare egli stesso la legittimità delle regole sovranazionali, allo scopo di assicurare tutela giurisdizionale, ma con grave *vulnus* per l'armonia del sistema<sup>617</sup>.

D'altra parte si sarebbe potuto sostenere che, anche senza attribuire primato alle fonti dell'Unione, la mancanza di stringenti controlli sull'attività legislativa degli Stati avrebbe comunque comportato non secondari margini di incoerenza. Si sarebbe dunque trattato di un gioco a somma zero, nel quale l'estensione del principio del primato nulla avrebbe tolto o aggiunto alle problematiche e criticità già esistenti. Inoltre, in caso di sua compiuta affermazione, la *primauté* avrebbe comportato, quantomeno, una preclusione all'applicazione di norme interne incompatibili col disposto sovranazionale, con la conseguente possibilità di un aggravio della posizione dei singoli in presenza di un regime nazionale di maggior favore. In simili circostanze, il rischio di un certo grado di incoerenza sistematica avrebbe potuto risultare preferibile rispetto alla prevalenza del diritto UE, in assenza di strumenti istituzionali e tutele giurisdizionali adeguati<sup>618</sup>.

Occorre d'altra parte evidenziare come, in dottrina, alcuni autori abbiano sollecitato la piena estensione del principio alla cooperazione in materia penale<sup>619</sup>, mentre altri commentatori abbiano suggerito di accordare prevalenza sul diritto nazionale almeno ai principi generali ed ai diritti fondamentali<sup>620</sup>. Analoghe sollecitazioni sono talora pervenute dagli avvocati generali: l'avvocato generale Bot, ad esempio, nella presa di posizione adottata nella causa *Kozłowski*, ha evidenziato come il primato potesse estendersi anche alle

accettare la competenza pregiudiziale della Corte di giustizia o di conferire ai soli giudici di ultima istanza la mera facoltà di formulare un rinvio pregiudiziale. V. *infra*, Cap. III, par. 1.

<sup>617</sup> Nelle sue conclusioni al caso *Segi*, l'avvocato generale Mengozzi ebbe modo di sostenere, più precisamente, come l'estensione della giurisprudenza *Foto-Frost* al terzo pilastro dovesse essere scongiurata, poiché la frammentarietà dei rimedi giudiziali imponeva di porre su un piano prioritario la garanzia di una più efficace tutela giurisdizionale, attraverso il coinvolgimento delle autorità interne nell'apprezzamento della legittimità delle norme europee. Tale giudizio avrebbe dovuto essere condotto alla stregua di parametri di validità criteri valutativi di rango europeo e non nazionale, onde evitare il rischio di ulteriori momenti di conflitto tra le soluzioni avvalorate negli Stati membri. V. la sentenza della Corte del 22 ottobre 1987, causa 314/85, *Foto-Frost*, in *Racc.* p. 4199.

<sup>618</sup> Si potrebbe d'altra parte argomentare che la Corte avesse già superato questa obiezione, avvalorando l'obbligo di interpretazione conforme rispetto alle decisioni quadro, dovere dal quale discende la pur indiretta efficacia delle norme dell'Unione nei confronti dei singoli. Sussiste però una differenza evidente, poiché in questo caso tali effetti si esercitano solo perché e nella misura in cui l'atto interno consente di orientare l'attività dell'interprete.

<sup>619</sup> Cfr. K. LENAERTS, T. CONHAURT, *Of birds and hedges: the role of primacy in invoking norms of EU law*, in *European Law Review*, 2006, p. 287.

<sup>620</sup> E. SPAVENTA, *Remembrance of principle lost: on fundamental rights, the third pillar and the scope of Union law*, in *Yearbook of European Law*, 2006, p. 153.

decisioni quadro, poiché gli Stati membri hanno acconsentito ad una cessione di sovranità e sono tenuti a rispettarle, al pari delle direttive<sup>621</sup>. Lo stesso avvocato generale, da un lato, evidenziava l'assenza di strumenti giurisdizionali capaci di assicurare il rispetto di tale principio e di sindacare la correttezza dell'operato dello Stato membro, ma, dall'altro lato precisava come «il giudice nazionale non [fosse] peraltro privo di qualsiasi strumento d'azione al fine di far prevalere il loro contenuto e garantirne così il primato»<sup>622</sup>.

Se infatti la Corte di giustizia non ha chiaramente optato per la piena estensione dell'istituto in esame al terzo pilastro, è pur vero che essa è giunta a riconoscere in concreto ed entro certi limiti la prevalenza delle fonti in tema di cooperazione penale sul diritto nazionale, affermando l'obbligo di interpretare il diritto nazionale conformemente a tali norme europee<sup>623</sup>. Il Giudice dell'Unione ha dunque statuito che, in caso di conflitto tra una decisione quadro e una disposizione di diritto interno, il giudice nazionale fosse vincolato dal principio di interpretazione conforme, il quale implica che l'autorità giudiziaria chiamata ad interpretare le norme statali è tenuta per quanto possibile a condurre tale operazione alla luce della lettera e dello scopo della decisione quadro, al fine di conseguire il risultato perseguito da quest'ultima e di conformarsi così al previgente art. 34, n. 2, lett. b), TUE.

Il Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa avrebbe risolto in radice le problematiche ora sintetizzate, consacrando espressamente il principio del primato<sup>624</sup>. Come noto, questa scelta, oggetto di acceso confronto in sede di negoziati, non è stata tuttavia riproposta nel Trattato di Lisbona, poiché i redattori hanno preferito confinare il riferimento al principio nella Dichiarazione n. 17 allegata ai Trattati<sup>625</sup>. L'abolizione della struttura a pilastri dell'UE ha nondimeno sortito l'effetto di elidere le precedenti limitazioni formali ed

<sup>621</sup> V. la presa di posizione dell'avvocato generale Bot del 28 aprile 2008, causa C-66/08, *Kozłowski*, in *Racc.* p. I-6041, punti 115-119. Secondo l'avvocato generale, «una decisione quadro, come qualunque atto di diritto comunitario vincolante, è idonea a prevalere su qualsiasi disposizione di diritto interno, anche di natura costituzionale o appartenente ad una legge fondamentale».

<sup>622</sup> V. la presa di posizione dell'avvocato generale Bot nella causa *Kozłowski*, cit., punto 119.

<sup>623</sup> V. la sentenza del 16 giugno 2005, causa C-105/03, *Pupino*, in *Racc.* p. I-5285.

<sup>624</sup> Cfr. l'art. I-6 del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, che recitava: «La Costituzione e il diritto adottato dalle istituzioni dell'Unione nell'esercizio delle competenze a questa attribuite prevalgono sul diritto degli Stati membri».

<sup>625</sup> «La conferenza ricorda che, per giurisprudenza costante della Corte di giustizia dell'Unione europea, i Trattati e il diritto adottato dall'Unione sulla base dei Trattati prevalgono sul diritto degli Stati membri alle condizioni stabilite dalla summenzionata giurisprudenza». Alla Dichiarazione n. 17 è inoltre allegato il parere del servizio giuridico del Consiglio del 22 giugno 2007, che qualifica il primato come principio generale dell'ordinamento dell'Unione, precisando che la sua mancata cristallizzazione nel testo del Trattato non inficia i consolidati assunti giurisprudenziali avvalorati sin dal 1964, con la sentenza *Costa c. Enel*.

istituzionali al riconoscimento del principio del primato in rapporto alle norme sovranazionali adottate nel campo della cooperazione in materia penale e capaci di produrre effetti diretti.

Occorre d'altra parte segnalare come, anche in assenza di effetti diretti e laddove non sia intervenuto il recepimento o esso risulti insoddisfacente, le previsioni delle decisioni quadro e direttive in materia di cooperazione penale possano in via mediata incidere sugli ordinamenti nazionali. Prima ancora dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, infatti, quanto meno nell'ordinamento italiano, in aggiunta al richiamato obbligo di interpretazione conforme la Corte costituzionale ha di fatto riconosciuto la prevalenza delle norme europee sul diritto nazionale, inaugurando la prassi di valutare la legittimità costituzionale delle norme interne contrastanti con disposizioni UE prive di effetti diretti, a causa della mancata od erronea attività di recepimento. Questo rimedio, che costituisce una *extrema ratio* al cospetto di ipotesi in cui all'inadempimento dello Stato si affianchi l'impossibilità di rilevare l'esplorazione di effetti diretti, poggia sull'utilizzo degli artt. 11 e 117, comma 1, della Costituzione e sull'elezione a parametro interposto di costituzionalità dell'atto UE interessato<sup>626</sup>.

La soluzione in questione ha in effetti già trovato applicazione nel campo della cooperazione penale, soprattutto in relazione alla decisione quadro sul mandato d'arresto europeo ed ai motivi di rifiuto dell'esecuzione. In una prima occasione, infatti, la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 18, comma 1, lett. r), della legge 22 aprile 2005, n. 69, secondo la cui originaria formulazione il rifiuto facoltativo dell'esecuzione previsto in favore dei cittadini italiani non avrebbe potuto estendersi anche ai cittadini di altri Stati europei aventi residenza o domicilio nel territorio italiano<sup>627</sup>. Nell'ordinanza n. 109 del 2008, invece, la Corte costituzionale ha optato per il paradigma dell'interpretazione conforme, scongiurando così una declaratoria di incostituzionalità. Essa ha infatti sostanzialmente neutralizzato il disposto dell'art. 18, comma 1, lett. e) della legge di recepimento, a mente del quale l'esecuzione del mandato avrebbe potuto essere rifiutata nel caso in cui l'ordinamento dello Stato richiedente non prevedesse termini massimi di carcerazione preventiva. Tale causa di rigetto non è infatti enumerata dalla decisione quadro e la Consulta, seppur forzando la lettera della legge interna<sup>628</sup>, ha ritenuto il contrasto sanabile per via interpretativa.

<sup>626</sup> La prima sentenza in cui la Corte costituzionale ha fondato l'illegittimità di una norma interna – nel caso di specie di una legge della regione Abruzzo in materia di profilassi obbligatoria per una malattia degli ovini – all'esito di un ricorso in via principale sulla base dell'art. 117, primo comma, Cost. è la n. 406 del 24 ottobre 2005.

<sup>627</sup> V. la sentenza n. 227 del 21 giugno 2010, per un commento alla quale sia consentito rimandare a S. MONTALDO, *Mandato d'arresto europeo: è incostituzionale la norma italiana che limita il rifiuto della consegna ai soli cittadini*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2010, p. 689.

<sup>628</sup> La Corte costituzionale in tale occasione ha dovuto fare fronte alla circostanza che il di-

## 5. L'esercizio delle competenze UE nella cooperazione in materia penale ed i limiti connessi alla partecipazione degli Stati membri: gli *opt-out* di Regno Unito, Irlanda e Danimarca

### 5.1. Il processo di integrazione europea tra uniformità e differenziazione

L'analisi dei limiti derivanti dall'esercizio delle competenze dell'Unione nel campo della cooperazione in materia penale impone alcune riflessioni sull'ambito di applicazione geografico del diritto UE. Il settore in esame, invero, costituisce un esempio elettivo dell'Europa a più velocità prospettata con l'incedere del processo di integrazione in materie sempre più rilevanti e sensibili per gli Stati membri. L'allargamento geografico dell'Unione europea e l'approfondimento del processo di integrazione hanno determinato nel tempo un duplice e contestuale fenomeno: da un lato, la necessità di crescente coerenza ed uniformità nella conduzione delle politiche dell'Unione e nella loro attuazione a livello interno; dall'altro lato, l'urgenza di ovviare a radicati scetticismi e contrarietà di alcuni Stati membri, individuando forme di flessibilità nella partecipazione dei medesimi a singoli profili del progetto europeo<sup>629</sup>.

sposito della legge di recepimento replicava letteralmente l'art. 13 della Costituzione. Appariva dunque ardua una pronuncia di incostituzionalità. Sulla medesima vicenda, peraltro, era già intervenuta la Corte di Cassazione, che in un primo tempo aveva negato la possibilità di procedere ad interpretazione conforme e, di fatto sollevando un contro limite al diritto UE, aveva prediletto un'interpretazione della norma di trasposizione coerente con il disposto della Costituzione, confermando così il diniego della richiesta di consegna rispetto ad un motivo non previsto nella decisione quadro 2002/584/GAI. Sul punto sono successivamente intervenute le Sezioni unite penali della Corte di Cassazione, che, in ossequio all'orientamento avvalorato anche da molte Corti d'appello, hanno sostenuto al contrario l'esigenza di interpretare l'art. 18, comma 1, lett. e), della legge n. 69 del 2005 conformemente alla *ratio* della decisione quadro sul mandato d'arresto europeo. Proprio quest'ultima statuizione ha in concreto orientato l'apprezzamento della Consulta, la quale, come visto, ha dichiarato manifestamente inammissibile la questione di costituzionalità sollevata dalla Corte d'appello di Venezia, ritenendo di poter risolvere la discrasia fra diritto nazionale e diritto UE mediante il paradigma dell'interpretazione conforme. V. rispettivamente Cass. Pen., Sez. IV, sentenza del 8 maggio 2006, n. 16542, e Cass. Pen., SS. UU., sentenza del 30 gennaio 2007, n. 4614.

<sup>629</sup> Come è stato rimarcato in dottrina, la differenziazione è «*inherent in a situation of a gradually enlarged and broadened Union of states, each of them having its own political and cultural past that it cannot and does not wish to abandon in one strike, if ever*». Cfr. W. VAN GERVEN, *The Economic Union: a policy of States and peoples*, Oxford, 2005, pp. 31-32. V. inoltre, con riferimento al Trattato di Lisbona, C. CHEVALLIER-GOVERS, *Le Traité de Lisbonne et la différenciation dans l'espace de liberté, de sécurité et de justice*, in E. BROSSET (a cura di), *Le Traité de Lisbonne: reconfiguration ou déconstitutionnalisation de l'Union européenne?*, Bruxelles, 2010, p. 263; G. DENNEWALD, *L'espace judiciaire européen au lendemain du Traité de Lisbonne: état des lieux et perspectives de l'intégration différenciée*, in *ERA-Forum*, 2010, p. 169. Con riguardo al regime precedente al Trattato di riforma v. G. GAJA, *How flexible is flexibility under the Treaty of Amsterdam?*, in *Common Market Law Review*, 1998, p. 855; A.

Tale esigenza si è tradotta in varie manifestazioni<sup>630</sup>, quali deroghe ai Trattati, talora previste nel diritto primario; il ricorso alla tecnica normativa del ravvicinamento degli ordinamenti mediante direttive di contenuto minimo, capaci di assicurare maggiore discrezionalità in capo al legislatore nazionale; l'avvio di esperienze di collaborazione fra gli Stati eccedenti l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione; la possibilità di optare per nuove e più flessibili forme di *soft governance*<sup>631</sup>.

I Trattati stessi, inoltre, prevedono specifici meccanismi ed istituti volti a garantire margini di flessibilità<sup>632</sup>. Esempi di sicuro interesse riguardano le clausole di salvaguardia che talora gli Stati pongono a tutela di sfere sensibili della sovranità nazionale, gli accordi transitori raggiunti tra Stati membri e Paesi candidati nell'ambito dei Trattati di adesione ed i Protocolli che consentono agli Stati di esercitare un *opt-out* in relazione a determinate politiche. Un ultimo strumento è costituito dalla cooperazione rafforzata<sup>633</sup>, che, a norma

STUBB, *Negotiating flexible integration in the Amsterdam Treaty*, in K. NEUNREITHER, A. WIENER (a cura di), *European integration after Amsterdam: institutional dynamics and prospects for democracy*, Oxford, 2000, p. 153; H. BRIBOSIA, *Differentiation et avant-gardes au sein de l'Union européenne: bilan et perspectives du Traité d'Amsterdam*, in *Cahiers de droit européen*, 2000, p. 57.

<sup>630</sup> Per un'analisi esaustiva degli strumenti di differenziazione del processo di integrazione, v. B. DE WITTE, D. HANF, E. VOS (a cura di), *The many faces of differentiation in EU law*, Cambridge, 2003.

<sup>631</sup> Nel primo caso si può richiamare l'art. 350 TFUE – già art. 306 TCE – ai sensi del quale «Le disposizioni dei trattati non ostano all'esistenza e al perfezionamento delle unioni regionali tra il Belgio e il Lussemburgo, come pure tra il Belgio, il Lussemburgo e i Paesi Bassi, nella misura in cui gli obiettivi di tali unioni regionali non sono raggiunti in applicazione dei trattati». Quanto alla *soft governance*, un esempio di particolare interesse è la possibilità di ricorrere al metodo aperto di coordinamento in alcune specifiche politiche dell'Unione. In dottrina v. O. PORCHIA, *Principi dell'ordinamento*, cit., p. 98 e dottrina ivi citata.

<sup>632</sup> Per alcune riflessioni critiche sulla contestuale ricerca di uniformità e di flessibilità nella disciplina primaria cfr. A. LAZOWSKY, *Flexibility and homogeneity: two uneasy bedfellows*, in S. BLOCKMANS (a cura di), *Differentiated integration in the EU: from the inside looking out*, Center for European Policy Studies, Bruxelles, 2014, p. 32.

<sup>633</sup> V., con riferimento allo sviluppo ed alle caratteristiche di questo istituto, *ex multis*, W. WESSELS, *Flexibilité, différenciation et coopération renforcée: le traité de Amsterdam à la lumière du rapport Tindemans*, in M. WESTLAKE (a cura di), *L'Union européenne au delà de Amsterdam*, Bruxelles, 1998, p. 133; E. PHILIPPART, G. EDWARDS, *The provisions on closer cooperation in the Treaty of Amsterdam: the politics of flexibility in the European Union*, in *Journal of Common Market Studies*, 1999, p. 87; E. PISTOIA, *Il ruolo della cooperazione rafforzata nell'Unione europea: meccanismo di propulsione dell'integrazione o elemento di divario tra Stati membri?*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2002, p. 1885; C. CANTORE, *We're One But We're Not the Same: Enhanced Cooperation and the Tension Between Unity and Asymmetry in the EU*, in *Perspectives on Federalism*, 2011/3. Sul regime inaugurato dal Trattato di Lisbona v. S. PEERS, *Divorce European style: the first authorization of enhanced cooperation*, in *European Constitutional Law Review*, 2010, p. 339; F. FABBRINI, *The enhanced cooperation procedure: a study in multispeed integration*, Centro Studi sul Federalismo research paper, Ottobre



dell'art. 20 TUE e degli artt. 326 e seguenti TFUE, consente ad almeno nove Stati membri di avviare forme di più stretta integrazione in specifici settori, adottando norme ad essi comuni previa autorizzazione del Consiglio e nel rispetto del diritto dell'Unione<sup>634</sup>.

Nella recente storia dell'integrazione europea si è poi assistito ad iniziative sorte all'esterno del contesto comunitario, ma successivamente a questo ricondotto o, comunque, progettate *ab origine* per una loro futura incorporazione nell'*acquis* della Comunità. Caso elettivo, come noto, è l'Accordo di Schengen, che è stato comunitarizzato con il Trattato di Amsterdam e che ha rappresentato un precedente di ispirazione per la più recente firma del Trattato di Prüm sul contrasto al crimine internazionale ed all'immigrazione illegale, ad opera di sette Stati membri<sup>635</sup>, nel 2005. In effetti, pur con le criticità che una simile soluzione pone<sup>636</sup>, questo Trattato è stato concluso con

2012. Ad oggi, si registrano tre cooperazioni rafforzate: con il regolamento (UE) 1259/2010 del Consiglio, del 20 dicembre 2010, in GU L 343, del 29 dicembre 2010, p. 10, è stata attuata una prima cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio ed alla separazione personale; mediante il regolamento (UE) 1257/2012, del 17 dicembre 2012, ed il coevo regolamento (UE) 1260/2012, entrambi in GU L 361, del 31 dicembre 2012, rispettivamente pp. 1 ed 89, il Consiglio ed il Parlamento hanno attuato la cooperazione rafforzata in tema di tutela brevettuale unitaria europea; infine, il Consiglio, con la decisione 2013/52/UE, del 22 gennaio 2013, ha autorizzato una cooperazione rafforzata riguardante l'imposta sulle transazioni finanziarie, cd. Tobin tax. Nelle due ultime ipotesi, l'autorizzazione del Consiglio è stata oggetto di ricorsi per annullamento, rispettivamente su iniziativa di Spagna ed Italia e del Regno Unito, conclusi con la conferma della validità degli atti impugnati: v. la sentenza del 16 aprile 2013, cause riunite C-274/11 e C-295/11, *Spagna e Italia c. Consiglio*, non ancora pubblicata, e la sentenza 30 aprile 2014, causa C-209/13, *Regno Unito c. Consiglio*, non ancora pubblicata. Va inoltre rammentato che la Spagna ha altresì proposto un ricorso per annullamento avverso i due regolamenti attuativi della cooperazione rafforzata sulla tutela brevettuale unitaria: il procedimento è attualmente pendente, ma l'avvocato generale Bot ha suggerito alla Corte di respingere ogni doglianza: v. le conclusioni dell'avvocato generale Bot del 18 novembre 2014, nelle cause riunite C-146/13 e C-147/13, *Spagna c. Parlamento e Consiglio*, non ancora pubblicate.

<sup>634</sup> L'istituto della cooperazione rafforzata, con il Trattato di Lisbona, ha acquisito una rilevanza decisiva per garantire il rafforzamento della cooperazione giudiziaria civile e penale nel territorio dell'Unione. Nel secondo caso, infatti, laddove sia attivato il meccanismo del freno d'emergenza, di cui agli artt. 82 ed 83 TFUE, ed il Consiglio europeo non riesca a mediare tra le differenti posizioni in campo, gli Stati membri favorevoli all'adozione dell'atto contestato potranno avviare fra loro una cooperazione rafforzata. V. *infra*, Cap. III, par. 4.2.

<sup>635</sup> Il trattato in oggetto è stato in origine firmato da Belgio, Germania, Spagna, Francia, Lussemburgo, Paesi Bassi ed Austria, ai quali si sono aggiunti successivamente altri Stati. Dal canto suo, l'Italia ha aderito al Trattato con la legge 30 giugno 2009, n. 85, in GU 13 luglio 2009, n. 160. Per approfondimenti, v. F. CASASOLE, *La conservazione dei campioni biologici e di profili del DNA nella legge italiana, alla luce del dibattito europeo*, in *Cassazione penale*, 2009, p. 4435.

<sup>636</sup> Cfr. F. PERONI, M. GIALUZ (a cura di), *Cooperazione informativa e giustizia penale nell'Unione europea*, Trieste, 2009; R. BELLANOVA, *The "Prüm Process": the way forward for EU police cooperation and data exchange?*, in E. GUILD, F. GEYER (a cura di), *Security versus*

l'espressa intenzione di inglobare le sue previsioni nella disciplina dell'Unione europea, circostanza avvenuta gradualmente, a partire dal 2008, con l'adozione di una serie di atti da parte del Consiglio<sup>637</sup>.

La varietà di questi strumenti di diversificazione e flessibilità è espressione dell'approccio pragmatico dell'Unione alla difficoltà di conservare l'uniformità del processo di integrazione, al cospetto di conquiste sempre più significative, in settori viepiù delicati<sup>638</sup>.

Proprio la mutevole natura di questi istituti ha peraltro determinato l'esigenza di ricondurre ogni possibile asimmetria a principi comuni ed a limiti definiti, allo scopo di evitare che, da risorse preziose, essi possano volgersi in forze centrifughe incontrollate e nocive al processo di integrazione. La dottrina ha così fatto menzione dei principi di solidarietà, di leale collaborazione e di certezza del diritto, quali criteri paradigmatici ed orientativi, attraverso i quali coniugare le esperienze di flessibilità nell'applicazione del diritto dell'Unione<sup>639</sup>. Allo stesso tempo, come si avrà modo di considerare nel paragrafo che segue, la Corte di giustizia, soprattutto nel contesto dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, ha chiarito che tali margini di flessibilità, *a fortiori* laddove più intense sono le loro conseguenze, non hanno portata assoluta.

### 5.2. L'opt-out e l'acquis di Schengen

L'urgenza di gestire opportunamente il fenomeno è tanto più pressante quanto maggiore è la flessibilità richiesta. In questo senso è senz'altro significativo il tema dell'*opting-out*, istituito in forza del quale uno o più Stati benefi-

*justice?*, cit., p. 203; L.G. DI CARLO, *Brevi cenni sulle recenti evoluzioni del sistema Schengen e sul Trattato di Prüm*, in *Rivista della cooperazione giuridica internazionale*, 2008, p. 221.

<sup>637</sup> L'incorporazione del Trattato di Prüm nell'ordinamento UE è stata avviata con la decisione 2008/615/GAI del Consiglio, del 23 giugno 2008, sul potenziamento della cooperazione transfrontaliera, soprattutto nella lotta al terrorismo ed alla criminalità transfrontaliera, in GU L 210, del 6 agosto 2008, p. 1. Lo stesso giorno è intervenuta la decisione del Consiglio 2008/616/GAI, attuativa della decisione 2008/615/GAI, in GU L 210, del 6 agosto 2008, p. 12. Infine, è stata adottata la decisione quadro 2009/905/GAI del Consiglio, del 30 novembre 2009, sull'accreditamento dei fornitori di servizi forensi che effettuano analisi di laboratorio, in GU L 322, del 9 dicembre 2009, p. 14. In dottrina v. M. FLETCHER, *Schengen, the European Court of Justice and flexibility under the Lisbon Treaty: balancing the United Kingdom "ins" and "outs"*, in *European Constitutional Law Review*, 2009, p. 75.

<sup>638</sup> Parte della dottrina non pone l'accento sull'approccio pragmatico dell'UE, quanto piuttosto sulla crescente e persistente difficoltà di conservare l'unitarietà del processo di integrazione mediante i vari istituti attraverso i quali si declina l'integrazione differenziata: L.S. ROSSI, *L'Unione europea e il paradosso di Zenone. Riflessioni sulla necessità di una revisione del Trattato di Lisbona*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2013, p. 749.

<sup>639</sup> Cfr. M. ROSS, *Solidarity: a new constitutional paradigm for the EU?*, in M. ROSS, Y. BORGMANN-PREBIL (a cura di), *Promoting solidarity in the European Union*, Oxford, 2010, p. 23; A. SANGIOVANNI, *Solidarity in the European Union*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2013, p. 1.

ciano della possibilità di non partecipare alle iniziative dell'Unione in un determinato settore e di non essere vincolati agli atti adottati in tale contesto. La prassi dell'*opting-out* ha avuto origine con la riforma di Maastricht del 1992, in particolar modo a fronte delle obiezioni del governo britannico ad alcune scelte in tema di politica sociale e cooperazione monetaria<sup>640</sup>, ed è stata formalizzata mediante l'inserimento di Protocolli *ad hoc* allegati ai Trattati. I Trattati di Amsterdam e Nizza hanno confermato e consolidato la tendenza, giungendo all'estensione dei settori interessati da questo strumento di flessibilità, secondo uno schema che anche la riforma di Lisbona ha in massima parte fatto proprio.

Invero, il nuovo scenario normativo ripropone al Protocollo n. 15 disposizioni specifiche per il Regno Unito in materia di politica monetaria<sup>641</sup>, mentre in forza del Protocollo n. 20 il medesimo Stato e l'Irlanda, a dispetto delle norme sul mercato unico e sulle libertà fondamentali, sono legittimati a mantenere controlli sulle persone che attraversano le proprie frontiere<sup>642</sup>.

Inoltre, il Protocollo n. 19 esprime la particolare posizione di Regno Unito ed Irlanda rispetto all'*acquis* di Schengen, comunitarizzato a decorrere dal Trattato di Amsterdam. In effetti, i due Stati in origine non erano parte dell'Accordo di Schengen e della Convenzione di applicazione, né erano intenzionati a mutare in futuro la propria posizione. Fu dunque necessario, sin dal 1997, individuare un regime specifico<sup>643</sup>, incentrato sull'esclusione da qualsiasi vincolo derivante da tali atti, ma aperto alla possibilità di partecipazione a singole misure o provvedimenti. A norma dell'art. 4 del Protocollo in esame, tale adesione può essere perfezionata in forza di una scelta unilaterale effettuata *ex post* e su base casistica, che deve tuttavia essere previamente autorizzata dal Consiglio, chiamato a decidere all'unanimità, senza partecipa-

<sup>640</sup> V., per approfondimenti, E. WHITEFORD, *European social policy after Maastricht*, in *European Law Review*, 1993, p. 202. Sull'integrazione differenziata nell'Unione economica e monetaria v. F. SNYDER, *EMU. Integration and differentiation: metaphor for the European Union*, in P. CRAIG, G. DE BURCA (a cura di), *The evolution of EU law*, Oxford, 2011, p. 687.

<sup>641</sup> Il panorama è peraltro reso ancor più complesso dai Protocolli nn. 16 e 17 relativi alla Danimarca, che beneficia di un'esenzione rispetto alle norme sul Sistema europeo delle Banche centrali, e dal Protocollo n. 18, in forza del quale la Francia mantiene il privilegio dell'emissione monetaria in alcuni territori d'oltreoceano: Nuova Caledonia, Polinesia francese e Wallis e Futuna.

<sup>642</sup> Cfr., per approfondimenti, M. SION-TZIDKIYOHU, *Opt-out in the Lisbon Treaty: what direction for Europe à la carte?*, in *European Journal of Law Reform*, 2008, p. 10.

<sup>643</sup> Per approfondimenti sulle istanze sollevate dall'Irlanda nel corso dei negoziati del Trattato di Lisbona v. L. PECH, *Le référendum en Irlande pour ratifier les traités européens: obligatoire ou coutumier?*, in *Questions Europe n. 115*, Fondation Robert Schuman, 28 ottobre 2008; G. BARRETT, *Building a Swiss chalet in an Irish landscape? Referendums on the European Union Treaties in Ireland and the impact of the Supreme Court jurisprudence*, in *European Constitutional Law Review*, 2009, p. 32.

zione dello Stato interessato alla relativa votazione<sup>644</sup>. In alternativa, l'art. 5 del Protocollo prevede un meccanismo *ex ante*, in forza del quale, ove uno dei due Stati abbia notificato con adeguato anticipo al Consiglio la propria intenzione di aderire ad un atto in fase di elaborazione, ciò sarebbe sufficiente per vincolarlo<sup>645</sup>.

Nell'ottica, poc'anzi richiamata, di modellare opportunamente i confini degli *opt-out* garantiti dai Trattati, la Corte di giustizia, investita di una serie di controversie sorte tra il Regno Unito ed il Consiglio, ha chiarito la dinamica fra gli artt. 4 e 5 del Protocollo in questione<sup>646</sup>. Essa, in particolare, ha posto il principio in base al quale, per scongiurare incongruenze sistematiche ed un incondizionato "*cherry-pick approach*" da parte degli Stati membri coinvolti<sup>647</sup>, l'accettazione di singoli atti mediante il meccanismo di cui all'art. 5 del Protocollo presuppone la previa adesione all'*acquis* Schengen sul quale detta misura trovava fondamento<sup>648</sup>. In prospettiva diacronica, pertanto, l'esercizio della

<sup>644</sup> Cfr. l'art. 4 dell'originario Protocollo. La richiesta di Regno Unito ed Irlanda avrebbe dunque dovuto trovare il consenso unanime del Consiglio, chiamato a adottare una decisione con cui autorizzare espressamente lo Stato interessato ed a indicare le misure coinvolte. Il Consiglio ha approvato due decisioni di questo tenore, una per ciascuno Stato: la decisione 2000/365/CE, del 29 maggio 2000, relativa al Regno Unito, in GUCE L 131, del 1° giugno 2000, p. 43, e la decisione 2002/192/CE, del 28 febbraio 2002, concernente la partecipazione dell'Irlanda a talune misure dell'*acquis* di Schengen, in GU L 64, del 7 marzo 2002, p. 20. È opportuno precisare che la dichiarazione sull'art. 4 allegata al Trattato di Amsterdam sollecitava il Consiglio a consultare preventivamente la Commissione e, in ogni caso, a porre in essere ogni sforzo per incentivare Regno Unito e Gran Bretagna all'utilizzo del meccanismo di adesione.

<sup>645</sup> In assenza di tale espressione di volontà, gli altri Stati beneficiavano di una automatica autorizzazione a procedere con l'adozione dell'atto, attraverso il meccanismo della cooperazione rafforzata.

<sup>646</sup> V. le sentenze del 18 dicembre 2007, causa C-137/05, *Regno Unito c. Consiglio*, in *Racc.*, p. I-11593; causa C-77/05, *Regno Unito c. Consiglio*, in *Racc.* p. I-11459; 26 ottobre 2010, causa C-482/08, *Regno Unito c. Consiglio*, in *Racc.* p. I-10413. Le pronunce avevano ad oggetto, rispettivamente, la validità di due regolamenti ed una decisione adottati sulla base del Titolo IV TCE, ai quali il Regno Unito aveva fatto richiesta di adesione, ottenendo un diniego da parte del Consiglio.

<sup>647</sup> Basti pensare alla posizione espressa dalla House of Lords britannica, secondo la quale i Protocolli allegati al Trattato consentirebbero «*quite a large degree of freedom for opting in or opting out*». Cfr. House of Lords Select Committee on the European Communities, Relazione n. 31, Sessione 1997-1998, 28 luglio 1998, par. 85, rinvenibile al sito internet <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld199798/ldselect/ldcom/139/8072801.htm> (4 novembre 2014).

<sup>648</sup> Cfr. la sentenza 26 ottobre 2010, *Regno Unito c. Consiglio*, cit., punto 47 della sentenza del 2010: «Il sistema della cooperazione rafforzata a titolo dell'*acquis* di Schengen si applica solo ad una parte degli Stati membri e comporta che qualsiasi proposta o iniziativa basata su tale *acquis*, ai sensi dell'art. 5, n. 1, primo comma, del protocollo di Schengen deve essere conforme alle disposizioni cui dà attuazione o di cui costituisce uno sviluppo, motivo per cui essa presuppone l'accettazione tanto di tali disposizioni quanto dei principi che ne costituiscono il fondamento». La Corte pone a fondamento della propria statuizione i principi di coerenza e

facoltà di *opt-in* ed *opt-out* non costituisce una *carte blanche* a favore degli Stati che ne beneficiano.

Questa ricostruzione ermeneutica appare orientata a superare la riluttanza di Regno Unito ed Irlanda a fare proprio l'*acquis* Schengen e ad incentivare tali Paesi ad un più frequente ricorso alla procedura di cui all'art. 4 del Protocollo. Questa norma, invero, rispondeva e risponde tutt'oggi all'obiettivo decisivo di garantire la massima partecipazione possibile degli Stati alle iniziative avviate nel settore in questione: nell'opinione della Corte, l'intero sistema degli *opt-out* sarebbe risultato privo di effettività se gli artt. 4 e 5 fossero stati interpretati disgiuntamente, consentendo così l'adesione a singole misure svincolate dal più ampio contesto normativo ed applicativo<sup>649</sup>. L'effetto utile dell'art. 4 e l'integrità e la coerenza del meccanismo di *opt-in* ed *opt-out* possono dunque essere considerate le principali ragioni a sostegno del convincimento del Collegio, nella prospettiva di sollecitare gli Stati ad un graduale allineamento ai progressi già sperimentati da altri membri dell'Unione. Sebbene la pronuncia sia stata oggetto di taluni rilievi critici da parte della dottrina<sup>650</sup>, essa rappresenta un importante punto di riferimento nell'analisi generale dell'estensione dei margini di flessibilità dei quali beneficiano gli Stati.

Sulla scorta di tale giurisprudenza, la riforma di Lisbona ha apportato alcuni emendamenti all'art. 5 dell'attuale Protocollo n. 19, con l'obiettivo di disincentivare futuri *opt-out*<sup>651</sup> dettati da eventuali *revirement* della posizione degli Stati interessati. Il paragrafo 2, infatti, prevede che Regno Unito ed Irlanda possano dichiarare di non aderire a singole misure di nuova adozione e

praticabilità. Nella lettura offerta dal Giudice dell'Unione essi non costituiscono limiti stringenti alla partecipazione degli Stati, bensì presidiano l'uniformità del sistema e incentivano il più ampio coinvolgimento possibile dei Paesi membri. Questi principi sono infatti oggetto di interpretazione restrittiva e si inseriscono in un contesto nel quale le istituzioni UE sono investite, ai sensi del Protocollo n. 36, dell'impegno a «ristabilire la più ampia partecipazione possibile del Regno Unito all'*acquis* dell'Unione». Ciò anche alla luce delle indicazioni provenienti dal TFUE, che ribadisce e conferma questo approccio agli artt. 328 e 331, in tema di cooperazione rafforzata. Nel primo caso, il par. 1, secondo periodo, dell'art. 328 TFUE precisa che gli Stati membri e la Commissione devono adoperarsi per promuovere la partecipazione del maggior numero possibile di Paesi; dalla formulazione dell'art. 331 TFUE si desume invece che la Commissione deve consentire agli Stati di aderire *in itinere* a misure oggetto di cooperazione rafforzata, ove tutte le condizioni per tale partecipazione siano integrate.

<sup>649</sup> Cfr. J.J. RIJPMAN, *Case C-77/05 United Kingdom v Council, judgment of the Grand Chamber of 18 December 2007, not yet reported, and Case C-137/05 United Kingdom v Council, Judgment of the Grand Chamber 18 December 2007, not yet reported*, in *Common Market Law Review*, 2008, p. 835.

<sup>650</sup> V. soprattutto S. PEERS, *Justice and Home Affairs Law*, cit., p. 58. L'Autore ritiene che la Corte, nel perseguire lo scopo di sollecitare la più ampia partecipazione possibile degli Stati, forzi in realtà l'interpretazione degli artt. 4 e 5, sfumando eccessivamente le differenze contestuali fra le due norme ed i rispettivi campi di applicazione.

<sup>651</sup> Cfr. S. PEERS, *In a world of their own? Justice and home affaire opt-outs and Treaty of Lisbon*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2007-2008, p. 383.

basate sull'*acquis* di Schengen, ma a condizioni rigorose. L'opzione può infatti essere esercitata solo entro tre mesi dalla proposta di atto. Inoltre, nell'ipotesi in cui tale possibilità venga invocata, il Consiglio è legittimato ad indicare i provvedimenti rispetto ai quali sia già intervenuto un eventuale *opt-in* che cesseranno di trovare applicazione nei confronti dello Stato, avendo peraltro cura di mantenere la sua più ampia partecipazione possibile al sistema e di non inficiare l'attuazione complessiva della politica coinvolta. Il Consiglio, pertanto, deve operare un bilanciamento fra la necessità di coinvolgere nella misura massima tutti gli Stati e l'esigenza di garantire la coerenza ed efficienza del sistema.

Si profila dunque un vero e proprio «*expulsion mechanism*»<sup>652</sup>, che il Consiglio manovra con deliberazione a maggioranza qualificata. In assenza di decisioni definitive entro quattro mesi, la questione può essere deferita al Consiglio europeo, che è chiamato ad intervenire nella sua veste di massima istituzione politica, operando un tentativo di mediazione tra le posizioni in campo, previa proposta della Commissione<sup>653</sup>.

### 5.3. L'*opt-out* nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia: Regno Unito ed Irlanda

Gli obiettivi ed i limiti sottesi alla flessibilità accordata nell'ambito dell'*acquis* Schengen costituiscono a loro volta un utile parametro di lettura del Protocollo n. 21 sulla posizione di Regno Unito ed Irlanda<sup>654</sup> rispetto allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia e del Protocollo n. 22, che interessa il regime applicato alla Danimarca nel medesimo settore.

In effetti, le disposizioni del Protocollo n. 21 sono in massima parte improntate allo schema descritto per il sistema Schengen. L'art. 2 dispone che, in linea di principio, nessuna norma o sentenza che coinvolga una materia del

<sup>652</sup> Questa formula viene utilizzata da M. DOUGAN, *The Treaty of Lisbon 2007: winning minds, not hearts*, cit., p. 684. V. altresì J. MONAR, *Justice and Home Affairs in a wider Europe: the dynamics of inclusion and exclusion*, ESRC, One Europe or Several?, Programme Working Paper 07/00, in <http://www.oneeurope.ac.uk/pdf/monarW7.PDF> (4 novembre 2014).

<sup>653</sup> Per alcune riflessioni sulle implicazioni degli *opt-out* in materia di spazio di libertà, sicurezza e giustizia a livello internazionale ed in relazione agli accordi conclusi dall'Unione con Stati terzi v. J. SANTOS VARA, E. FAHEY, *Transatlantic relations and the operation of AFSJ flexibility*, in S. BLOCKMANS (a cura di), *Differentiated integration*, cit., p. 103.

<sup>654</sup> Peraltro, l'art. 8 prevede la possibilità, per la sola Irlanda, di denunciare il Protocollo n. 21, ottenendo dunque che il regime ordinario del Titolo V trovi piena applicazione nei suoi confronti. Questa facoltà ad oggi non è stata esercitata, sebbene lo Stato membro in questione, nella dichiarazione n. 56 allegata all'atto finale della Conferenza intergovernativa che ha adottato il Trattato di Lisbona, abbia espressamente menzionato l'art. 8 e si sia impegnata a rivederne in funzionamento entro tre anni dall'entrata in vigore del Trattato.

Titolo V TFUE possa vincolare i due Stati<sup>655</sup>. È concesso a questi ultimi, tuttavia, ai sensi dell'art. 3, di notificare *ex ante* l'intenzione di partecipare all'adozione ed applicazione di singole misure<sup>656</sup>, purché tale richiesta intervenga entro tre mesi dalla proposta e non determini un'eccessiva dilazione dell'*iter* decisionale. In questa ipotesi, infatti, sulla scorta del principio consacrato dall'art. 2, gli Stati possono giungere all'approvazione del provvedimento senza Regno Unito ed Irlanda<sup>657</sup>. È altresì prevista, all'art. 4, una procedura di adesione *ex post*, che verte sulla notifica alla Commissione ed al Consiglio della volontà di partecipare ad iniziative già avviate<sup>658</sup>.

Un aspetto di particolare interesse, che pare non cogliere nel segno della giurisprudenza della Corte, attiene poi al regime applicato in relazione alle misure proposte o adottate allo scopo di emendare provvedimenti sui quali si sia già registrato l'*opt-in* di uno dei due Stati. All'art. 4 *bis* viene infatti previsto che la loro adesione debba essere confermata espressamente, mediante i

<sup>655</sup> Il disposto dell'art. 2, immutato rispetto alla formulazione previgente, è particolarmente indicativo della considerevole flessibilità accordata a questi Stati: «In conseguenza dell'articolo 1 e fatti salvi gli articoli 3, 4 e 6, nessuna disposizione della parte terza, titolo V del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, nessuna misura adottata a norma di detto titolo, nessuna disposizione di accordi internazionali conclusi dall'Unione a norma di detto titolo e nessuna decisione della Corte di giustizia dell'Unione europea sull'interpretazione di tali disposizioni o misure è vincolante o applicabile nel Regno Unito o in Irlanda; nessuna di tali disposizioni, misure o decisioni pregiudica in alcun modo le competenze, i diritti e gli obblighi di tali Stati; e nessuna di tali disposizioni, misure o decisioni pregiudica in alcun modo l'*acquis* comunitario e dell'Unione né costituisce parte del diritto dell'Unione, quali applicabili al Regno Unito o all'Irlanda».

<sup>656</sup> In relazione all'art. 3, mediante la sopra citata

<sup>657</sup> La previsione in parola è particolarmente rilevante, se si tiene conto del fatto che il *quorum* ordinario per l'adozione di atti nel contesto del Titolo V TFUE è costituito dalla maggioranza qualificata: Regno Unito ed Irlanda, nell'ipotesi di adesione *ex ante* ad una determinata proposta di atto, potrebbero dunque trovarsi nella situazione di sostenere una posizione minoritaria, eventualmente concorrendo a costituire una minoranza di blocco. In caso di *empasse*, il Consiglio potrebbe dunque affrontare ulteriori negoziati, per accogliere le istanze di Regno Unito e Irlanda, oppure invocare il Protocollo n. 21 ed escludere questi Stati dall'iniziativa in corso. Questa procedura ad oggi non ha trovato applicazione, ma il suo avvio è stato prospettato in occasione dell'*iter* di adozione della direttiva sull'ordine di protezione europeo, rispetto alla quale il Regno Unito aveva inizialmente deciso di partecipare, manifestando in un secondo momento ripetute perplessità sulla proposta elaborata dalla Commissione. Cfr. la direttiva 2011/99/UE, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011, sull'ordine di protezione europeo, in GU L 338, del 21 dicembre 2011, p. 2.

<sup>658</sup> Basti pensare, fra i casi più recenti, con riferimento al Regno Unito, alla direttiva 2011/36/UE, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 aprile 2011, concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime, e che sostituisce la decisione quadro 2002/629/GAI del Consiglio, in GU L 101, del 15 aprile 2011, p. 1. Lo Stato membro, con scelta fortemente criticata anche da parte dell'opinione pubblica nazionale, aveva in origine deciso di non partecipare a questo atto, salvo poi decidere di esercitare la facoltà di *opt-in ex post* in data 22 marzo 2011.

meccanismi di cui agli artt. 3 e 4 del Protocollo, fatta salva la possibilità per il Consiglio di esortare ad effettuare celermente la necessaria notifica, nell'ipotesi di misure rispetto alle quali la mancata partecipazione di Irlanda e Regno Unito possa determinare l'impossibilità per tutti gli Stati di assicurarne l'applicazione<sup>659</sup>.

Qualora tale manifestazione di volontà non pervenga, l'atto nel suo complesso non trova più applicazione nei confronti dei due Stati ed il Consiglio può deliberare a maggioranza qualificata che questi si facciano carico delle conseguenze finanziarie derivanti dalla cessazione della loro partecipazione. Ne deriva che, in caso di riforme anche secondarie o parziali di atti che già vedano coinvolti Regno Unito ed Irlanda – si pensi, per richiamare un esempio emblematico per importanza, alla decisione quadro sul mandato d'arresto europeo – un eventuale disaccordo rispetto ad un emendamento potrebbe determinare l'esclusione *in toto* dei due Stati dall'ambito operativo del provvedimento<sup>660</sup>.

È bene precisare, peraltro, come la Corte di giustizia abbia chiaramente circoscritto la portata operativa del Protocollo n. 21 alle sole iniziative che, pur incardinate nel Titolo V TFUE, non si inseriscano nello sviluppo dell'*acquis* di Schengen<sup>661</sup>. Allo stesso tempo, nondimeno, Regno Unito ed Irlanda hanno ottenuto di inserire nel Protocollo l'espressa estensione dalla sua sfera operativa alle iniziative UE in materia di protezione dei dati personali. Questa impostazione ha importanti conseguenze pratiche, poiché ha consentito ai due Stati in esame di non prendere parte alla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio concernente la tutela delle persone fisiche in relazione al trattamento dei dati personali a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali<sup>662</sup>.

La delimitazione della facoltà di *opt-out* al solo Titolo V TFUE rileva anche in ragione del fatto che l'Unione è legittimata a adottare norme penali so-

<sup>659</sup> Sul punto, l'art. 4 *bis* ricorre all'espressione «impraticabile per gli altri Stati membri o per l'Unione». Sebbene ad oggi la procedura in questione non abbia ancora trovato applicazione e non vi sia dunque il conforto della prassi, la *ratio* sottesa al Protocollo, in una lettura orientata alla giurisprudenza della Corte di giustizia, suggerisce una ricostruzione rigorosa della sua portata. Appare infatti opportuno interpretare la nozione di impraticabilità come sinonimo di oggettiva impossibilità di dare applicazione ad un atto, onde scongiurare l'eccessivo ampliamento della sfera operativa di questa previsione del Protocollo n. 21. Sostiene questa visione S. PEERS, *In a world of their own?*, cit., p. 383.

<sup>660</sup> Questa riflessione trova ulteriore riscontro nel fatto che, secondo quanto precisato nella Dichiarazione n. 50 allegata al Trattato, il Parlamento europeo, il Consiglio e la Commissione sono invitati ad approvare entro il termine di cinque anni emendamenti o atti sostitutivi delle misure in materia penale precedenti al Trattato di Lisbona.

<sup>661</sup> Cfr. in questo senso la sentenza 18 dicembre 2007, *Regno Unito c. Consiglio*, cit.

<sup>662</sup> Cfr. la comunicazione della Commissione COM(2012) 10, del 25 gennaio 2012. La proposta, fondata sull'art. 16, par. 2, TUE, è attualmente in discussione in seno al Consiglio, dopo l'approvazione in prima lettura ad opera del Parlamento, con alcuni emendamenti.



stanziali anche – quanto meno<sup>663</sup> – alla luce del disposto dell’art. 325 TFUE, base giuridica che legittima il Parlamento ed il Consiglio a porre in essere ogni misura necessaria a contrastare e perseguire le condotte che ledono gli interessi finanziari europei. Né il Regno Unito né l’Irlanda possono di conseguenza invocare il Protocollo n. 21 in relazione a misure che si fondano su una base giuridica esterna al Titolo V TFUE, ma che di fatto costituiscono un rilevante esercizio delle competenze penali dell’Unione europea. Il riferimento elettivo, al riguardo, è alla proposta di direttiva sulla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell’Unione europea. La Commissione europea, in effetti, ha suggerito di fondare tale iniziativa sull’art. 325 TFUE<sup>664</sup>, ma il confronto avviato in corpo al Consiglio ha evidenziato la volontà di alcuni Stati membri di ricondurre la proposta all’art. 83 TFUE, dunque ad una base giuridica che ricade nel Titolo V TFUE<sup>665</sup>.

A fronte dunque dei tentativi politici e giurisprudenziali di “governare” le forme di flessibilità riconosciute agli Stati, alcune previsioni del Protocollo n. 21 sembrano aprire a possibili scenari in conflitto con l’esigenza di assicurare la coerenza del sistema e la crescente partecipazione di tutti gli Stati membri. Al riguardo, d’altra parte, occorre differenziare la posizione del Regno Unito e dell’Irlanda. Quest’ultima, infatti, mediante la Dichiarazione n. 56 allegata ai Trattati, ha espresso «ferma intenzione di esercitare il diritto [...] di partecipare, per quanto possibile, all’adozione di misure a norma del Titolo V della parte terza del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea». L’approccio irlandese riguarda in particolare le iniziative inerenti la cooperazione di polizia, in ordine alle quali lo Stato membro ha prospettato la disponibilità ad una tendenziale adesione *ex ante*, secondo la procedura di cui all’art. 3 del Protocollo n. 21.

La possibilità di invocare l’*opt-out* è invece presa in seria considerazione dal Regno Unito, che ha manifestato l’intenzione di partecipare alle sole misure che rispondano ad un effettivo interesse nazionale e che, per di più, non comportino significative riforme della normativa penale nazionale. Così, da un lato, lo Stato in questione ha manifestato la volontà di partecipare ad alcuni atti che presuppongono la possibilità di conservare inalterate le caratteristiche del sistema penale e processuale interno<sup>666</sup>; lo stesso si dica – pur non

<sup>663</sup> Sulla possibilità di individuare, nella sistematica dei Trattati, basi giuridiche ulteriori rispetto all’art. 83 TFUE ai fini dell’adozione di norme penali sostanziali v. *infra*, Cap. III, par. 4

<sup>664</sup> V. la comunicazione della Commissione COM(2012) 363 def., dell’11 luglio 2012, attualmente in fase di prima lettura della procedura legislativa ordinaria.

<sup>665</sup> Sessione n. 3244 del Consiglio Giustizia e Affari interni, del 6 giugno 2013.

<sup>666</sup> Questa caratteristica è solitamente propria degli atti in materia di rafforzamento del principio del reciproco riconoscimento. Non a caso in passato il Regno Unito ha tradizionalmente aderito a queste iniziative. Nel periodo successivo all’entrata in vigore del Trattato di Lisbona si registra la direttiva 2014/41/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 3 aprile 2014, relativa all’ordine europeo di indagine penale, in GU L 130, del 1° maggio 2014, p. 1.

senza eccezioni<sup>667</sup> – per le iniziative in materia di diritti processuali<sup>668</sup>. Dall'altro lato, il Regno Unito ha scelto di non vincolarsi a rilevanti atti in materia di diritto penale sostanziale, come nel caso della direttiva 2014/42/UE in tema di confisca o della direttiva 2014/57/UE sulle sanzioni penali per gli abusi di mercato<sup>669</sup>.

#### 5.4. *Il block opt-out del Regno Unito ed il successivo back opt-in*

Oltre ai margini di flessibilità già considerati, all'art. 10, parr. 4 e 5, del Protocollo n. 36 è stato inserito nel sistema un grimaldello capace di scardinare l'uniformità del processo di integrazione in materia penale o, quanto meno, di accentuare oltremodo il già elevato grado di flessibilità e differenziazione che caratterizza questo settore, quanto al coinvolgimento degli Stati membri<sup>670</sup>. Le disposizioni del par. 4, invero, consentono al Regno Unito di notifi-

Questo documento, in effetti, ha molti elementi di affinità con l'impostazione delle norme sul reciproco riconoscimento, poiché muove dal presupposto che la richiesta transfrontaliera di svolgimento di attività di indagine sia evasa secondo le regole procedure previste in sede nazionale.

<sup>667</sup> Cfr. la direttiva 2013/48/UE, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 ottobre 2013, relativa al diritto di avvalersi di un difensore nel procedimento penale e nel procedimento di esecuzione del mandato d'arresto europeo, al diritto di informare un terzo al momento della privazione della libertà personale e al diritto delle persone private della libertà personale di comunicare con terzi e con le autorità consolari, in GU L 294, del 6 novembre 2013, p. 1.

<sup>668</sup> Il Regno Unito partecipa alla direttiva 2010/64/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 ottobre 2010, sul diritto all'interpretazione ed alla traduzione nei procedimenti penali, in GU L 280, del 26 ottobre 2010, p. 1; alla direttiva 2011/99/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011, sull'ordine di protezione europeo, in GU L 338, del 21 dicembre 2011, p. 2; alla direttiva 2012/13/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 maggio 2012, sul diritto all'informazione nei procedimenti penali, in GU L 142, del 1° giugno 2012, p. 1; alla direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2012, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI del Consiglio, in GU L 315, del 14 novembre 2012, p. 57.

<sup>669</sup> V. le direttive 2014/42/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 3 aprile 2014, relativa al sequestro ed alla confisca dei beni strumentali e dei proventi di reato nell'Unione europea, in GU L 127, del 29 aprile 2014, p. 39; 2014/57/UE, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 aprile 2014, relativa alle sanzioni penali in caso di abusi di mercato (cd. direttiva abusi di mercato), in GU L 173, del 12 giugno 2014, p. 179; 2014/62/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, sulla protezione mediante il diritto penale dell'euro e di altre monete contro la falsificazione e che sostituisce la decisione quadro 2000/383/GAI del Consiglio, in GU L 151, del 21 maggio 2014, p. 1. Il Regno Unito ha invece aderito, ad esempio, alla direttiva 2013/40/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 agosto 2013, relativa agli attacchi contro i sistemi di informazione e che sostituisce la decisione quadro 2005/222/GAI del Consiglio, in GU L 218, del 14 agosto 2013, p. 8.

<sup>670</sup> In termini generali, sul contenuto e la portata delle previsioni dell'art. 10, par. 4 e 5, del Protocollo n. 36, v. S. PEERS, *The UK's planned 'block opt-out' from EU justice and policing*

care al Consiglio l'intenzione di non approvare le nuove attribuzioni della Commissione e della Corte in relazione agli atti del terzo pilastro che non siano stati oggetto di modifiche o riforme dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona<sup>671</sup>. All'esito di un acceso e controverso dibattito – condotto a livello politico prima ancora che su un piano giuridico – il Regno Unito ha deciso di avvalersi della possibilità consentita dal Protocollo n. 36, invocando dunque la clausola di *opt-out en masse*.

Al riguardo, il 15 ottobre del 2012 il governo britannico ha per la prima volta annunciato ufficialmente, in un *oral statement* alla House of Commons<sup>672</sup>, l'intenzione di avvalersi tale opportunità di *block opt-out*<sup>673</sup>. In tale occasione, in particolare, è stato evidenziato come molti degli oltre 130 atti rilevanti non rispondessero ad un effettivo interesse del Regno Unito, mentre altri risultassero di fatto non applicati a livello nazionale sin dal momento della loro adozione. La prospettata invocazione della clausola di cui all'art. 10, par. 4, del Protocollo n. 36 venne dunque giustificata dalla necessità di razionalizzare gli obblighi derivanti in capo al Regno Unito dal complesso panorama normativo consolidatosi nel tempo nell'ambito della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale<sup>674</sup>.

*measures in 2014*, in <http://www.statewatch.org/analyses/no-199-uk-opt-out.pdf> (8 marzo 2014) e A. HINAREJOS, S. PEERS, J.R. SPENCER, *Opting out of EU criminal law: what is actually involved?*, University of Cambridge Center for European Legal Studies Working Paper 1/2012.

<sup>671</sup> La formulazione dell'art. 10, unitamente alle ulteriori forme di flessibilità accordate al Regno Unito e ad altri Stati, hanno sollecitato la riflessioni di alcuni autori circa il rapporto tra questi istituti, l'evoluzione del processo di integrazione e la facoltà, prevista dall'art. 50 TUE, di recedere dall'Unione europea. Al riguardo, v. A. LAZOWSKY, *Withdrawal from the European Union and alternatives to membership*, in *European Law Review*, 2012, p. 523. V. altresì P. NICOLAIDES, *Withdrawal from the European Union: a typology of effects*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2013, p. 209, spec. pp. 217 ss., che, nel delineare i possibili effetti del recesso di uno Stato membro dall'Unione, approfondisce in particolare il caso-studio dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, alla luce del regime applicato al Regno Unito.

<sup>672</sup> Per il testo dell'*oral statement* v. <https://www.gov.uk/government/speeches/european-justice-and-home-affairs-powers-home-secretarys-oral-statement> (3 dicembre 2014).

<sup>673</sup> Per un approfondimento sulla vicenda politica connessa al *block opt-out*, sulle misure interessate e sull'impatto sull'ordinamento britannico v. House of Commons European Scrutiny Committee, *The UK's block opt-out of pre-Lisbon criminal law and policing measures. XXI Report of Session 2013-2014*, reperibile all'indirizzo internet <http://www.publications.parliament.uk/pa/cm201314/cmselect/cmeuleg/683/683.pdf> (3 dicembre 2014).

<sup>674</sup> La dichiarazione in esame venne in principio accolta con scetticismo diffuso, circostanza che non ha mancato di sorprendere, in considerazione dell'approccio fortemente critico del Regno Unito alla materia e del montante euroscetticismo manifestato dall'ascesa dello United Kingdom Independence Party. Innanzitutto, venne rimarcata la mancata previa concertazione con il governo scozzese e l'esecutivo nordirlandese; inoltre, il partito liberaldemocratico – anima minoritaria del governo britannico stesso – denunciò la futilità del protocollo n. 36, qualificato come «*toxic legacy*» della precedente amministrazione nazionale ed espressamente rinnegato anche da Charles Clarke, Home Secretary al tempo dell'inclusione di questo testo in

Il governo, il 9 luglio 2013, ha ufficializzato i propri annunci mediante la pubblicazione del *Command Paper* n. 8671 – *Decision pursuant to Article 10 of Protocol 36 to the TFEU*<sup>675</sup>, sulla base del quale il Primo Ministro David Cameron, il 24 luglio 2013, con considerevole anticipo rispetto al termine ultimo di sei mesi dalla fine del regime transitorio previsto all'art. 10, par. 4, del Protocollo n. 36, ha notificato formalmente al Consiglio la volontà del Regno Unito di avvalersi del *block opt-out*<sup>676</sup>.

In base al Protocollo in esame, a séguito della decisione del governo britannico, a decorrere dal 1° dicembre 2014, data in cui il periodo transitorio quinquennale successivo all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona è compiutamente decorso, gli atti interessati dall'esercizio della facoltà di *opt-out en masse* hanno cessato di avere applicazione nei confronti del Regno Unito, determinando così l'esenzione di questo Stato membro dalle misure riguardanti l'ex terzo pilastro.

Allo stesso tempo, specularmente, il par. 5 dell'art. 10 prevede che il Regno Unito possa in qualsiasi momento comunicare al Consiglio l'intenzione di vincolarsi nuovamente ad uno o più specifici atti, sulla base delle procedure di cui ai poc'anzi descritti Protocolli nn. 19 e 21, a seconda che si tratti di norme rientranti nell'*acquis* di Schengen o meno.

Sotto questo profilo, in effetti, sin dall'*oral statement* dell'ottobre 2012, il governo dello Stato membro in esame ha prospettato la volontà di negoziare con la Commissione le condizioni per un limitato *back opt-in*, circoscritto alle sole «*individual measures that it is in our National interest to rejoin*»<sup>677</sup>. Inol-

allegato ai trattati; da ultimo, la Camera dei Lord, pur supportando formalmente l'iniziativa, lamentò a più riprese l'assenza di un adeguato confronto politico sulle condizioni alle quali invocare la clausola di *block opt-out*. Cfr. J. CHALMERS, *Opting out of EU police and criminal justice measures: the United Kingdom's 2014 decision*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2013, p. 215.

<sup>675</sup> La decisione è consultabile all'indirizzo <https://www.gov.uk/government/publications/decision-pursuant-to-article-10-of-protocol-36-to-the-treaty-on-the-functioning-of-the-european-union> (2 dicembre 2014).

<sup>676</sup> Documento del Consiglio Giustizia e Affari interni n. 12750/13, del 26 luglio 2013, in <http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=EN&f=ST%2012750%202013%20INIT> (3 dicembre 2014). In un *Volume of Evidence* elaborato dallo European Union Select Committee della House of Lords, peraltro, il ramo del Parlamento ha sottolineato l'assenza di chiare indicazioni da parte del governo su ragioni ed obiettivi dell'iniziativa, nonché una limitata e frammentata consultazione parlamentare. Cfr. il documento *UK's 2014 opt-out decision ('Protocol 36'): follow-up evidence*, consultabile all'indirizzo <http://www.parliament.uk/documents/lords-committees/eu-sub-com-f/Protocol36OptOut/p36followup/p36followupevidence281013.pdf> (2 dicembre 2014).

<sup>677</sup> Cfr. il testo dell'*oral statement* della Home Secretary Teresa May, del 15 ottobre 2012, cit. Quasi paradossalmente, la scelta manifestata dal governo britannico viene imputata al testo del Protocollo n. 36, reo di precludere al Regno Unito un *pick and choose approach* mirato alle sole fonti rispetto alle quali vi è la volontà di cessare la partecipazione dello Stato: «*The government is clear that we do not need to remain bound by all of the pre-Lisbon measures. Op-*

tre, nel menzionato *Command Paper* n. 8671, è stata per la prima volta proposta una lista di 35 strumenti in relazione ai quali si sarebbe potuta prospettare la conferma della partecipazione del Regno Unito<sup>678</sup>.

Entrambe le Camere del Parlamento britannico hanno sollecitato il governo ad un approfondito confronto sui termini del *back opt-in*: in particolare, in primo luogo, l'esecutivo è stato chiamato a presentare una valutazione dell'impatto sull'ordinamento nazionale degli atti UE potenzialmente oggetto di tale opzione; in secondo luogo, è stata rimarcata l'esigenza di una preventiva approvazione parlamentare della decisione definitiva sulla lista delle misure alle quali aderire nuovamente. In ossequio a tali richieste ed a conclusione dei negoziati avviati sin dalla fine del 2013 con la Commissione ed il Consiglio sull'*an* e sul *quomodo* del ricorso alla clausola di *back opt-in*<sup>679</sup>, il governo britannico, il 3 luglio 2014, ha pubblicato il nuovo *Command Paper* n. 8897 – *Decision pursuant to Article 10(5) of Protocol 10 to the TFEU*<sup>680</sup>, recante la lista aggiornata delle 35 misure oggetto di nuova adesione e la valutazione d'impatto. Il 19 novembre 2014, non senza iniziali turbolenze legate all'originaria esclusione della decisione quadro sul mandato d'arresto europeo, il Parlamento ha approvato a larghissima maggioranza la posizione del governo in ordine al *back opt-in*<sup>681</sup>.

*erational experience shows that some of the pre-Lisbon measures are useful, some less so; and some are now, in fact, entirely defunct. But under the terms of the treaty, the UK cannot pick and choose the measures from which we wish to opt out. We can only opt out en masse and then seek to rejoin individual measures. So I can announce today that the government's current thinking is that we will opt out of all pre-Lisbon police and criminal justice measures and then negotiate with the commission and other member states to opt back into those individual measures which it is in our national interest to rejoin».* Per considerazioni critiche sull'approccio del Regno Unito, v. C. MCCARTNEY, *Opting In and Opting Out: Doing the Hokey Cokey with EU Policing and Judicial Cooperation*, in *The Journal of Criminal Law*, 2013, p. 543.

<sup>678</sup> Inoltre, la portata del *block opt-out* è in sé parzialmente mitigata dalla circostanza che alcuni degli strumenti adottati prima della riforma di Lisbona sono stati modificati o sostituiti dal legislatore dell'Unione, mentre altre fonti hanno perso *in itinere* la loro efficacia. A quest'ultimo riguardo v. la decisione 2007/126/GAI del Consiglio, del 12 febbraio 2007, che istituisce per il periodo 2007-2013 il programma specifico «Giustizia penale», quale parte del programma generale su diritti fondamentali e giustizia, in GU L 58, del 24 febbraio 2007, p. 13. Per una presentazione sintetica di tutte le misure antecedenti al Trattato di Lisbona ed il loro *status* v. S. PEERS, *UK's planned 'block opt-out'*, cit., pp. 17 ss.

<sup>679</sup> Sui negoziati con la Commissione ed il Consiglio v. <http://www.statewatch.org/news/2014/jul/eu-council-Prot36-9-art10-com-10168-14.pdf> e <http://www.statewatch.org/analyses/no-250-uk-opt-in.pdf> (4 dicembre 2014).

<sup>680</sup> Per il testo della decisione di *back opt-in* poi sottoposta al Parlamento v. [https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/326698/41670\\_Cm\\_8897\\_Accessible.pdf](https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/326698/41670_Cm_8897_Accessible.pdf) (4 dicembre 2014).

<sup>681</sup> Cfr. <http://www.publications.parliament.uk/pa/cm201415/cmhansrd/cm141119/debtext/141119-0004.htm> (4 dicembre 2014). V. MILLER, *In brief: the 2014 block opt-out and selective opt-back-ins*, Standard Note SN/IA/6684 della House of Commons del 215 luglio 2013, reperibile in [www.parliament.uk/briefing-papers/SN06684.pdf](http://www.parliament.uk/briefing-papers/SN06684.pdf) (8 ottobre 2014).

L'elenco delle 35 misure interessate da questa scelta, a più riprese rimangiato sino all'accordo con la Commissione ed il Consiglio, consente anche a prima vista di evidenziare alcuni tratti distintivi<sup>682</sup>. Anzitutto, è agevole rilevare l'assenza di qualsivoglia decisione quadro in tema di diritto penale sostanziale, riguardante cioè la definizione di norme minime comuni su talune fattispecie di reato e sulle relative risposte sanzionatorie.

Inoltre, il *back opt-in* coinvolge in ampia misura gli strumenti normativi volti a rafforzare il reciproco riconoscimento delle decisioni giurisdizionali penali. L'applicazione di tale principio alla cooperazione giudiziaria in materia penale, invero, affonda le radici in una proposta britannica formulata in occasione del Consiglio europeo di Cardiff del 15 e 16 giugno 1998. In tale contesto, l'esigenza di incentivare la cooperazione tra autorità statali a fronte del rafforzamento della criminalità su scala sovranazionale appariva frustrata dalla frammentazione degli ordinamenti nazionali e dalle resistenze statali all'adozione di norme penali a livello europeo. Allo scopo di superare l'*impasse*, il governo britannico propose l'estensione del principio del mutuo riconoscimento al terzo pilastro: alimentata dalla fiducia reciproca fra gli Stati, la cooperazione in materia penale ne avrebbe tratto nuova linfa "a costo zero", ovvero sia in assenza di incisive riforme dei sistemi penali e processuali nazionali, che avrebbero così potuto conservare le rispettive peculiarità e differenze.

Il *back opt-in* ha dunque interessato i principali strumenti in materia, fra i quali si annoverano, in particolare, le decisioni quadro sul riconoscimento dei provvedimenti di confisca, delle decisioni che irrogano sanzioni pecuniarie, delle sentenze penali che irrogano pene detentive o misure privative della libertà personale, dei provvedimenti che dispongono misure cautelari, nonché le decisioni quadro sulla considerazione delle decisioni di condanna fra Stati membri e sulle decisioni pronunciate *in absentia*<sup>683</sup>.

<sup>682</sup> Nel caso delle misure rientranti nell'*acquis* di Schengen, come si avrà modo di considerare a breve, il *back opt-in* è stato esercitato secondo le procedure previste al Protocollo n. 19; per gli altri strumenti, invece, è stato applicato il regime di adesione *ex post* di cui al Protocollo n. 21. In un primo momento, onde scongiurare discrasie quanto alla sfera operativa di questi atti, il Consiglio ha adottato la decisione 2014/836/GAI, del 27 novembre 2014, in GU L 343, del 28 novembre 2014, p. 11, con la quale l'efficacia di tali strumenti nei confronti del Regno Unito è stata per sicurezza dilazionata al 7 dicembre 2014. Peraltro, la Commissione ha tempestivamente concluso la procedura prevista dal Protocollo n. 21, mediante l'adozione della decisione 2014/858/UE, del 1° dicembre 2014, concernente la comunicazione, da parte del Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord, della volontà di partecipare ad atti dell'Unione nel settore della cooperazione di polizia e della cooperazione giudiziaria in materia penale adottati prima dell'entrata in vigore del trattato di Lisbona e che non fanno parte dell'*acquis* di Schengen, in GU L 345, del 1° dicembre 2014, p. 6.

<sup>683</sup> V. rispettivamente la decisione quadro del Consiglio 2006/783/GAI, del 6 ottobre 2006, relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni di confisca, in GU L 328, del 24 novembre 2006, p. 59; decisione quadro del Consiglio

Una vicenda peculiare ha poi interessato la decisione quadro 2002/584/GAI sul mandato d'arresto europeo<sup>684</sup>, in origine esclusa sulla base di una scelta riconsiderata *in extremis*, solo all'esito di un approfondito confronto parlamentare e di ripetute sollecitazioni da parte di operatori del diritto ed accademici<sup>685</sup>. È parimenti singolare l'approccio del Regno Unito alla decisione quadro 2008/947/GAI, che riguarda l'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sentenze ed alle decisioni di sospensione condizionale<sup>686</sup>: lo Stato membro non ha al momento manifestato l'intenzione di parteciparvi, ma ha al contempo prospettato la disponibilità a riconsiderare questa scelta, all'esito di una valutazione sul potenziale impatto di tali norme sull'ordinamento britannico, sia sotto il profilo normativo che in termini operativi.

La seconda categoria di atti interessata dal *back opt-in* è costituita da strumenti riguardanti lo scambio di informazioni fra autorità nazionali, a testimonianza della predilezione del governo britannico per le sole iniziative che implicino un'utilità immediata e pratica per l'attività di contrasto ai fenomeni criminali aventi implicazioni transfrontaliere. Vengono in particolare elencate, fra le altre, la decisione quadro 2006/960/GAI relativa alla semplifi-

2005/214/GAI, del 24 febbraio 2005, relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sanzioni pecuniarie, in GU L 76, del 22 marzo 2005, p. 16; decisione quadro del Consiglio 2008/909/GAI, del 27 novembre 2008, relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sentenze penali che irrogano pene detentive o misure privative della libertà personale, ai fini della loro esecuzione nell'Unione europea, in GU L 327, del 5 dicembre 2008, p. 27; decisione quadro del Consiglio 2009/829/GAI, del 23 ottobre 2009, relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle decisioni sulle misure alternative alla detenzione cautelare, in GU L 294, dell'11 novembre 2009, p. 20; decisione quadro del Consiglio 2008/675/GAI, del 24 luglio 2008, relativa alla considerazione delle decisioni di condanna tra Stati membri dell'Unione europea in occasione di un nuovo procedimento penale, in GU L 220, del 15 agosto 2008, p. 32; decisione quadro del Consiglio 2009/299/GAI, del 27 novembre 2009, relativa alla promozione dell'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle decisioni pronunciate in assenza dell'interessato al processo, in GU L 81, del 27 marzo 2009, p. 24.

<sup>684</sup> Decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo ed alle procedure di consegna tra gli Stati membri, in GU L 190, del 18 luglio 2002, p. 1.

<sup>685</sup> Il *Command Paper* n. 8897 del governo, invero, non prevedeva in origine l'inserimento di questa decisione quadro, scelta dettata dalla volontà di sottrarsi ad uno strumento che, sebbene di grande successo operativo, il Regno Unito ha in più occasioni manifestato la volontà di riformare. L'inclusione della decisione quadro in esame è avvenuta solo nelle ultime battute del confronto tra governo e parlamento, proprio grazie alle sollecitazioni di quest'ultimo ed alla riflessione avviata da giuristi ed operatori del diritto: <http://eulawanalysis.blogspot.it/2014/11/the-european-arrest-warrant-case-for-uk.html> (3 dicembre 2014).

<sup>686</sup> Decisione quadro del Consiglio 2008/947/GAI, del 27 novembre 2008, relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sentenze e alle decisioni di sospensione condizionale in vista della sorveglianza delle misure di sospensione condizionale e delle sanzioni sostitutive, in GU L 337, del 16 dicembre 2008, p. 102.

cazione dello scambio di informazioni e *intelligence* tra le autorità degli Stati membri, le decisioni 2009/315/GAI e 2009/316/GAI sul sistema europeo di informazione sui casellari giudiziari (ECRIS) e la decisione quadro 2008/977/GAI sulla protezione dei dati personali trattati nell'ambito della cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale<sup>687</sup>.

Un terzo *genus* di misure riguarda la dimensione istituzionale ed operativa della cooperazione giudiziaria e di polizia, poiché interessa gli atti istitutivi di Europol<sup>688</sup> ed Eurojust<sup>689</sup> ed ulteriori strumenti che ne disciplinano attribuzioni e funzioni, nonché la decisione quadro 2002/465/GAI, riguardante le squadre investigative comuni<sup>690</sup>.

Occorre infine menzionare la scelta di aderire ad alcuni strumenti dell'*acquis* di Schengen, sei in tutto, tra i quali si segnalano in special modo la convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen – limitatamente ad al-

<sup>687</sup> V. rispettivamente decisione quadro del Consiglio 2006/960/GAI, del 18 dicembre 2006, in GU L 386, del 29 dicembre 2006, p. 89; decisione del Consiglio 2009/315/GAI, del 26 febbraio 2009, in GU L 93, del 7 aprile 2009, p. 23; decisione del Consiglio 2009/316/GAI, del 26 febbraio 2009, in GU L 93, del 7 aprile 2009, p. 33; decisione quadro del Consiglio 2008/977/GAI, del 27 novembre 2008, in GU L 350, del 30 dicembre 2008, p. 60. Occorre altresì ricordare la decisione del Consiglio 2000/642/GAI, del 17 ottobre 2000, concernente le modalità di cooperazione tra le unità di informazione finanziaria degli Stati membri per quanto riguarda lo scambio di informazioni, in GU L 271, del 24 ottobre 2000, p. 4, e la decisione del Consiglio 2009/917/GAI, del 30 novembre 2009, sull'uso dell'informatica nel settore delle dogane, in GU L 323, del 20 dicembre 2009, p. 20.

<sup>688</sup> V. la decisione 2009/371/GAI del Consiglio, del 6 aprile 2009, che istituisce l'Ufficio europeo di polizia (Europol), in GU L 121, del 15 maggio 2009, p. 37; la decisione 2009/934/GAI del Consiglio, del 30 novembre 2009, che adotta le norme di attuazione relative alle relazioni di Europol con i partner, incluso lo scambio di dati personali e informazioni classificate, in GU L 325, dell'11 dicembre 2009, p. 6; la decisione 2009/936/GAI del Consiglio, del 30 novembre 2009, che adotta le norme di attuazione degli archivi di lavoro per fini di analisi di Europol, in GU L 325, dell'11 dicembre 2009, p. 14; la decisione 2009/968/GAI del Consiglio, del 30 novembre 2009, che adotta le norme sulla protezione del segreto delle informazioni di Europol, in GU L 332, del 17 dicembre 2009, p. 17. Occorre evidenziare come l'adesione del Regno Unito a questi atti sia coerente con la scelta dello Stato membro di confermare *ex ante* la propria partecipazione al regolamento di riforma dell'Ufficio di polizia: v. la comunicazione della Commissione COM(2013) 173, del 27 marzo 2013, recante proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce l'Agenzia dell'Unione europea per la cooperazione e la formazione delle autorità di contrasto (Europol) e abroga le decisioni 2009/371/GAI del Consiglio e 2005/681/GAI del Consiglio.

<sup>689</sup> V. la decisione 2002/187/GAI del Consiglio, del 28 febbraio 2002, che istituisce l'Eurojust per rafforzare la lotta contro le forme gravi di criminalità, in GU L 63, del 6 marzo 2002, p. 1; la decisione di riforma 2003/659/GAI del Consiglio, del 18 giugno 2003, in GU L 245, del 29 settembre 2003, p. 44; decisione 2009/426/GAI del Consiglio, del 16 dicembre 2008, relativa al rafforzamento dell'Eurojust e che modifica la decisione 2002/187/GAI, in GU L 138, del 4 giugno 2009, p. 14.

<sup>690</sup> Decisione quadro 2002/465/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa alle squadre investigative comuni, in GU L 162, del 20 giugno 2002, p. 1.



cuni articoli<sup>691</sup> – e le decisioni 2007/171/CE e 2007/533/GAI, relative al sistema di informazione Schengen II (SIS II)<sup>692</sup>. In relazione a questi atti, la manifestazione di volontà di partecipare è avvenuta sulla base dell'*iter* previsto dal Protocollo n. 19<sup>693</sup>: ciò comporta che questo *opt-in* è soggetto al descritto regime di cui all'art. 5, par. 2, del Protocollo in questione, che disincentiva fortemente un futuro *revirement* della posizione espressa dal Regno Unito.

Questa considerazione suggerisce che, sebbene il *back opt-in* sia stato ispirato dalla volontà di razionalizzare gli obblighi assunti in questa materia dal Regno Unito, permangono in prospettiva diacronica alcuni elementi di incertezza, unitamente a residue possibilità di modifica dell'attuale scenario.

In effetti, alcune delle scelte operate devono essere rapportate al regime del quale beneficia il Regno Unito per gli atti adottati successivamente all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona. Da un lato, infatti, vi sono casi isolati di misure non enumerate nella lista ora richiamata, ma la cui disciplina sarà in sostanza applicata dallo Stato membro in questione. L'esempio elettivo è costituito dalla convenzione del 2000 relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri<sup>694</sup>, che è stata in parte riformata dalla direttiva 2014/41/UE in materia di ordine di indagine penale<sup>695</sup>, alla quale il governo britannico ha inteso aderire sulla base della procedura di cui al protocollo n. 21, vincolandosi così agli aspetti più rilevanti ed aggiornati della disciplina

<sup>691</sup> La citata decisione del Consiglio 2014/836/GAI, del 27 novembre 2014, nell'enumerare gli atti per i quali è esercitato il *back opt-in*, elenca a questo proposito gli artt. 39, 40, 42 e 43 (nella misura in cui riguardano l'art. 40), 44, 46, 47 (eccettuato il par. 2, lett. c), e il par. 4), da 54 a 59, da 61 a 69, 71, 72, da 126 a 130 (nella misura in cui riguardano le disposizioni della convenzione di Schengen cui partecipa il Regno Unito) e la Dichiarazione n. 3 relativa all'art. 71, par. 2.

<sup>692</sup> V. la decisione della Commissione 2007/171/CE, del 16 marzo 2007, che stabilisce i requisiti di rete per il sistema di informazione Schengen II, in GU L 79, del 20 marzo 2007, p. 29, e la decisione del Consiglio 2007/533/GAI, del 12 giugno 2007, sull'istituzione, l'esercizio e l'uso del sistema d'informazione di seconda generazione Schengen (SIS II), in GU L 205, del 7 agosto 2007, p. 63.

<sup>693</sup> La procedura si è conclusa con l'adozione della decisione del Consiglio 2014/857/CE, del 1° dicembre 2014, entrata in vigore nella stessa data, relativa alla notifica da parte del Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord che desidera partecipare ad alcune disposizioni dell'*acquis* di Schengen contenute in atti dell'Unione nel settore della cooperazione di polizia e della cooperazione giudiziaria in materia penale e che modifica le decisioni 2000/365/CE e 2004/926/CE, in GU L 345, del 1° dicembre 2014, p. 1. Con questa decisione sono state apportate le modifiche necessarie ad estendere al Regno Unito l'applicazione delle norme coinvolte.

<sup>694</sup> Cfr. l'atto del Consiglio 2000/C 197/01, del 29 maggio 2000, che stabilisce, conformemente all'art. 34 TUE, la convenzione relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'UE, in GUCE C 197, del 12 luglio 2000, p. 1.

<sup>695</sup> Direttiva 2014/41/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 3 aprile 2014, relativa all'ordine europeo di indagine penale, in GU L 130, del 1° maggio 2014, p. 1.

di questo specifico settore. Dall'altro lato, talune opzioni dettate dalla volontà di non partecipare ad atti che impongano pur circoscritte riforme del diritto nazionale hanno generato esiti frammentari ed hanno alimentato un certo grado di incoerenza sistematica. Basti pensare all'avvenuta adesione alla citata decisione quadro 2006/783/GAI, sull'applicazione del principio del reciproco riconoscimento ai provvedimenti di confisca, ed alla decisione 2007/845/GAI, concernente la cooperazione per il recupero dei beni nel settore del reperimento e dell'identificazione dei proventi di reato o altri beni connessi<sup>696</sup>, opzione alla quale non è seguita la partecipazione alla direttiva 2014/42/UE, la quale stabilisce norme minime comuni sul congelamento e la confisca dei beni strumentali e dei proventi da reato<sup>697</sup>.

Un ultimo profilo peculiare riguarda tre atti connessi all'integrazione del trattato di Prüm nell'ordinamento dell'Unione europea, segnatamente la decisione 2008/615/GAI, la decisione 2008/616/GAI e la decisione quadro 2009/905/GAI<sup>698</sup>. Al riguardo, il 27 novembre 2014 il Consiglio, con la richiamata decisione 2014/836/UE, ha concesso allo Stato membro di posticipare l'eventuale adesione a questi atti entro il termine perentorio del 31 dicembre 2015. *In itinere*, il Regno Unito si è impegnato ad applicare in via parziale e sperimentale le relative norme, così da poter valutare la presenza di effettivi e tangibili benefici idonei a motivare un *opt-in*<sup>699</sup>.

<sup>696</sup> Cfr. la decisione del Consiglio 2007/845/GAI, del 6 dicembre 2007, in GU L 332, del 18 dicembre 2007, p. 103.

<sup>697</sup> V. la direttiva 2014/42/UE, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 3 aprile 2014, relativa al congelamento ed alla confisca dei beni strumentali e dei proventi di reato nell'Unione europea, in GU L 127, del 29 aprile 2014, p. 39.

<sup>698</sup> V. la decisione 2008/615/GAI del Consiglio, del 23 giugno 2008, sul potenziamento della cooperazione transfrontaliera, soprattutto nella lotta al terrorismo e alla criminalità transfrontaliera, in GU L 210, del 6 agosto 2008, p. 1; la decisione 2008/616/GAI del Consiglio, del 23 giugno 2008, relativa all'attuazione della decisione 2008/615/GAI sul potenziamento della cooperazione transfrontaliera, soprattutto nella lotta al terrorismo e alla criminalità transfrontaliera, in GU L 210, del 6 agosto 2008, p. 12; la decisione quadro 2009/905/GAI del Consiglio, del 30 novembre 2009, sull'accreditamento dei fornitori di servizi forensi che effettuano attività di laboratorio, in GU L 322, del 9 dicembre 2009, p. 14.

<sup>699</sup> In particolare, tale sperimentazione riguarderà, fra l'altro, lo svolgimento di verifiche su dati biometrici e genetici in relazione a più di 100.000 crimini per i quali non è stato individuato alcun responsabile. Laddove il Regno Unito decida infine di non aderire a queste decisioni o non rispetti il termine per la manifestazione di tale volontà, il Consiglio, sulla base della decisione 2014/837/UE, del 27 novembre 2014, che determina talune conseguenze finanziarie dirette derivanti dalla cessazione della partecipazione del Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord a taluni atti dell'Unione nel settore della cooperazione di polizia e della cooperazione giudiziaria in materia penale adottati prima dell'entrata in vigore del trattato di Lisbona, in GU L 343, del 28 novembre 2014, p. 17, imporrà allo Stato membro di sopportare le conseguenze finanziarie del proprio *opt-out*. In questa eventualità, in che particolare, il Regno Unito dovrà restituire i fondi ottenuti dal *Prevention and Fight against Crime Programme (ISEC)* della Commissione europea per la messa in opera dell'attività sperimentale.

In termini complessivi, in conclusione, il *block opt-out* e le scelte di *back opt-in*, se valutati in uno con l'approccio del Regno Unito all'attività normativa europea nel settore in esame dopo l'entrata in vigore del trattato di Lisbona, riflettono l'approccio tradizionale di questo Stato membro alla cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale, usualmente caratterizzato dalla volontà di aderire su base casistica alle sole misure che, lungi dall'imporre l'adattamento del diritto nazionale a standard normativi europei, si rivelino di concreta utilità nella conduzione dei meccanismi di cooperazione. Si registra pertanto un approccio fortemente pragmatico, palesato dall'intenzione di aderire nuovamente ai soli strumenti idonei ad alimentare il contrasto fattivo a forme radicate e pericolose di criminalità transnazionale, scongiurando per il resto l'adesione del Regno Unito ad atti che incidano in misura significativa sul sistema giudiziario nazionale, ritenuti prodromici all'istituzione di un denegato sistema giudiziario penale europeo<sup>700</sup>. Nel solco già tracciato dalla prassi britannica legata agli atti successivi alla riforma di Lisbona, il *back opt-in* conferma in definitiva un limite geografico – o quanto meno, una variabilità – stringente all'esplicazione di effetti delle norme europee in materia di cooperazione di polizia e giudiziaria penale.

Al contempo, nondimeno, le vicende connesse al Protocollo n. 36 appaiono meritevoli di una lettura "in positivo". In primo luogo, le iniziative del Regno Unito, benché del tutto deficitarie sul fronte del ravvicinamento dei sistemi penali nazionali e dell'adozione di norme minime comuni su talune fattispecie di reato gravi, appare in linea generale ispirato a due principali obiettivi: l'adesione – seppur talora non troppo convinta – ai principali strumenti che assicurano il funzionamento dei meccanismi di collaborazione tra autorità nazionali, nel rispetto delle peculiarità normative interne, e la partecipazione agli atti tesi a rafforzare i diritti processuali dell'individuo.

#### 5.5. La posizione della Danimarca rispetto alla cooperazione in materia penale

Viene infine in rilievo la posizione della Danimarca, alla quale è dedicato il Protocollo n. 22<sup>701</sup>. Sin dal Trattato di Amsterdam, questo Stato non ha par-

<sup>700</sup> In un *oral statement* dinnanzi al Justice Committee della House of Commons, in data 16 ottobre 2013, il rappresentante del governo britannico ha precisato: «*It is never an exact science, but, broadly speaking, what we have done in that list of 35 is to identify measures that it is obviously in the national interest to be part of as part of the strategy of fighting serious and organized crime. But we do not want to be part of measures, for example, that set minimum standards for sentencing and take us down the road towards the creation of a European justice system*».

<sup>701</sup> In termini generali v. R. ADLER-NISSEN, T. GAMMELTOFT-HANSEN, *Straitjacket or sovereignty shield? The Danish opt-out on Justice and Home Affairs and the prospects after the Treaty of Lisbon*, in *Danish Foreign Policy Yearbook*, 2009, p. 137.

tecipato alla comunitarizzazione della cooperazione giudiziaria in materia civile e della disciplina sull'abolizione delle frontiere, sui visti, l'asilo e l'immigrazione<sup>702</sup>. Tale *opt-out* è stato confermato a séguito del Trattato di Lisbona ed è stato esteso a tutte le materie di cui al Titolo V TFUE, ivi compresa dunque la cooperazione giudiziaria e di polizia nel settore penale<sup>703</sup>.

Similmente a Regno Unito ed Irlanda, pertanto, in via generale, la Danimarca non è vincolata ad alcuna disposizione del Titolo V TFUE<sup>704</sup>, né a singoli atti o sentenze che intervengano nelle materie in esso comprese, fatti salvi gli obblighi contratti in passato nell'ambito del terzo pilastro dell'UE<sup>705</sup>. Questi invero si qualificano come obblighi di diritto internazionale, che la Danimarca è tenuta a rispettare nella loro veste originaria, finanche in caso di riforme o emendamenti degli atti UE interessati.

In concreto, larga parte di tali obblighi riguarda la cooperazione di polizia, sebbene l'attivo coinvolgimento della Danimarca in una serie di strumenti di cooperazione scandinava nel settore penale abbia di fatto parzialmente ov-

<sup>702</sup> È opportuno rammentare come, in occasione dell'approvazione del Trattato di Maastricht, la Danimarca avesse manifestato l'intenzione di partecipare alle iniziative intraprese dall'Unione nel contesto dell'originario terzo pilastro. La sezione D del cd. Accordo di Edimburgo, raggiunto dal Consiglio europeo nel dicembre 1992 e volto ad accordare alcune concessioni o a fissare talune precisazioni in assenza delle quali la Danimarca non avrebbe ratificato la riforma del Trattato, recitava: «La Danimarca parteciperà appieno alla cooperazione nei settori della giustizia e degli affari interni in base alle disposizioni del titolo VI del trattato sull'Unione europea». Il fattore che ha motivato la rigorosa posizione ancora oggi mantenuta da questo Paese membro non è stata dunque la netta contrarietà alla cooperazione nel settore Giustizia e Affari interni, ma piuttosto la conduzione di tali iniziative attraverso il metodo comunitario. Una ragione che, alla luce del trattato di Lisbona e della conseguente elisione del pilastri intergovernativi, appare oggi conseguire nuova linfa. Sul regime applicato alla Danimarca e sulle conseguenze per lo Stato agli occhi degli altri membri UE v. l'analisi di I. MANNERS, *The 2012 Danish Presidency of the Council of the European Union: Bridging Exclusion*, in *Journal of Common Market Studies*, 2013, p. 70.

<sup>703</sup> Per considerazioni generali sulla portata del Protocollo in esame v. R. ADLER-NISSEN, *Straightjacket or sovereignty shield? The Danish opt-out on justice and home affairs and prospects after the Treaty of Lisbon*, in N. HVIDT, H. MOURTIZEN (a cura di), *Danish foreign policy yearbook*, Copenhagen, 2010, p. 137; E. HERLIN-KARNELL, *Denmark and the European Area of freedom, security and justice: a Scandinavian arrangement*, in *Amsterdam Law Forum*, 2013, p. 95.

<sup>704</sup> A norma dell'art. 2 *bis* del Protocollo, similmente a quanto visto per il protocollo n. 21, l'*opt-out* si estende altresì a tutte le misure fondate sull'art. 16 TFUE che riguardino il trattamento di dati personali da parte delle autorità nazionali nell'esercizio delle funzioni connesse alla cooperazione di polizia e della cooperazione giudiziaria in materia penale. Inoltre, a norma dell'art. 5, la Danimarca è parimenti esentata dal prendere parte all'elaborazione ed attuazione di decisioni ed azioni dell'UE che siano fondate sulle norme del TUE in tema di politica europea di difesa.

<sup>705</sup> Per quanto concerne, invece, le misure che sviluppano l'*acquis* di Schengen e che ricadano nell'ambito operativo del Titolo V TFUE, la Danimarca è stata chiamata a rinnovare espressamente la propria adesione alle misure preesistenti.

viato all'*opt-out*. Un esempio elettivo è costituito dalle norme sul mandato d'arresto europeo, uno degli strumenti più diffusi nella prassi della cooperazione fra autorità giudiziarie penali degli Stati membri. Al riguardo, la Danimarca ha adottato, con Finlandia, Svezia, Norvegia e Islanda, norme comuni in tema di procedure di consegna, che regolamentano il cd. *Nordic Arrest Warrant*<sup>706</sup>: la portata di tale disciplina è più incisiva ed ambiziosa rispetto alle implicazioni della decisione quadro UE sul mandato d'arresto, di talché i tre Stati membri interessati hanno allegato alla decisione quadro del 2002 una dichiarazione nella quale, con il supporto della Commissione e considerato lo stadio maggiormente progredito della legislazione fra loro in vigore, annunciano di voler partecipare in concreto all'iniziativa comune, senza però essere tenuti a dare séguito all'obbligo di recepimento<sup>707</sup>.

L'art. 4 del Protocollo n. 22 prevede una limitata facoltà di *opt-in*, che è circoscritta alle sole misure volte a sviluppare l'*acquis* di Schengen; inoltre, a differenza di quanto disciplinato dal Protocollo n. 21, essa può essere esercitata esclusivamente *ex post*: lo Stato membro in questione può invero comunicare la propria volontà di partecipare esclusivamente alle misure già adottate, entro sei mesi dalla loro approvazione. La Danimarca non può dunque manifestare *ex ante* o *in itinere* la volontà di aderire ad una proposta di atto UE e, in ogni caso, il suo *opt-in* determina l'insorgere di un obbligo di natura internazionale con gli altri Stati membri vincolati dalla misura. Allo stesso tempo, potrebbe trovare ulteriore séguito la prassi, talora registrata in passato ma non formalizzata nel Protocollo n. 22, di pervenire alla conclusione di accordi internazionali fra Danimarca e Comunità europea, prima dell'adozione di norme europee in specifici settori rilevanti per lo spazio Schengen ed ai quali lo Stato membro in questione voglia essere vincolato<sup>708</sup>.

<sup>706</sup> G. MATHISEN, *Nordic cooperation and the European arrest warrant. Intra-Nordic extradition, the Nordic arrest warrant and beyond*, in *Nordic Journal of International Law*, 2010, p. 1

<sup>707</sup> Cfr. la dichiarazione *ex art.* 31, par. 2, della decisione quadro 2002/584/GAI, del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri, in GU L 246, del 29 settembre 2003, p. 1. Per approfondimenti v. M. FICHERA, *The implementation of the European Arrest Warrant in the European Union law, policy and practice*, Anversa, 2011.

<sup>708</sup> Le esperienze passate hanno principalmente riguardato la cooperazione in materia civile e la disciplina delle procedure relative alle richieste di asilo politico. Dal primo punto di vista v. ad esempio l'accordo tra la Comunità europea e il Regno di Danimarca del 19 ottobre 2005, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, concluso dalla Comunità con decisione del Consiglio 2006/325/CE, del 27 aprile 2006, in GU L 120, del 5 maggio 2006, p. 22. Quanto alle procedure per l'attribuzione dello *status* di rifugiato, v. la decisione del Consiglio 2006/188/CE, del 21 febbraio 2006, relativa alla conclusione dell'accordo tra la Comunità europea e il Regno di Danimarca, che estende alla Danimarca le disposizioni del regolamento (CE) n. 343/2003 del Consiglio che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda d'asilo presentata in uno degli Stati membri da un cittadino

In raffronto al regime applicato all'Irlanda ed al Regno Unito, pertanto, la disciplina della quale beneficia la Danimarca rispetto alla cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale è alquanto rigoroso. A fronte dell'*opt-out* generale circa gli strumenti fondati sul Titolo V TFUE, perentoriamente disciplinato dall'art. 2<sup>709</sup>, non è prevista alcuna possibilità espressa di partecipare a singole misure, se non agli atti che sviluppano l'*acquis* di Schengen e fatti salvi gli obblighi contrattati – anche in materia penale – prima della riforma di Lisbona<sup>710</sup>.

Specularmente, tuttavia, l'art. 7 del Protocollo n. 22 prospetta la possibilità di una scelta che, in dottrina, è stata efficacemente descritta con l'espressione «*all or nothings*»<sup>711</sup>: la Danimarca è infatti legittimata in ogni momento, secondo le proprie norme e procedure costituzionali, ad informare gli altri Stati membri di non volersi più avvalere – in tutto o in parte – delle previsioni del Protocollo. In questa ipotesi, si registrerebbe di fatto un *block opt-in*, poiché l'art. 7, pur garantendo allo Stato membro di mantenere in vigore una parte del Protocollo, non permetterebbe di modulare su base casistica la partecipazione ai settori interessati, come invece previsto per Regno Unito e Irlanda<sup>712</sup>.

Nell'ottica di incentivare nella misura maggiore possibile la partecipazione della Danimarca, il Protocollo n. 22 prevede un'ulteriore possibile forma di coinvolgimento dello Stato membro, destinata a mitigare il rigore del regime attualmente in vigore: l'art. 8 dispone infatti che, in qualsiasi momento e senza precludere la successiva possibilità di invocare l'art. 7, i primi quattro articoli del Protocollo, sui quali si radica l'odierna disciplina dell'*opt-out* danese,

di un paese terzo e del regolamento (CE) n. 2725/2000 del Consiglio che istituisce l'«Eurodac» per il confronto delle impronte digitali per l'efficace applicazione della convenzione di Dublino, in GU L 66, dell'8 marzo 2006, p. 37.

<sup>709</sup> Il disposto dell'art. 2 è a questo proposito alquanto significativo: «Nessuna disposizione della parte terza, titolo V del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, nessuna misura adottata a norma di tale titolo, nessuna disposizione di alcun accordo internazionale concluso dall'Unione a norma di tale titolo e nessuna decisione della Corte di giustizia dell'Unione europea sull'interpretazione di tali disposizioni o misure o di misure modificate o modificabili a norma di tale titolo è vincolante o applicabile in Danimarca; nessuna di tali disposizioni, misure o decisioni pregiudica in alcun modo le competenze, i diritti e gli obblighi della Danimarca; nessuna di tali disposizioni, misure o decisioni pregiudica in alcun modo l'*acquis* comunitario e dell'Unione né costituisce parte del diritto dell'Unione, quali applicabili alla Danimarca».

<sup>710</sup> Ai sensi dell'art. 2, ultimo periodo, «gli atti dell'Unione nel settore della cooperazione di polizia e della cooperazione giudiziaria in materia penale, adottati prima dell'entrata in vigore del trattato di Lisbona, che sono modificati, continuano ad essere vincolanti e applicabili alla Danimarca senza modifiche».

<sup>711</sup> Cfr. A. ROSAS, L. ARMATI, *EU constitutional law. An introduction*, Oxford e Portland, 2012, p. 1936.

<sup>712</sup> A. SUOMINEN, *EU criminal law cooperation before and after the Lisbon Treaty – aspects and comments especially in relation to the Norwegian position*, in *JFT*, 2012, p. 573.

siano sostituiti da nuove norme, già contenute in allegato al Protocollo stesso, in concreto ricalcate sul regime previsto per l'adesione di Regno Unito ed Irlanda agli strumenti che non rientrino nell'*acquis* Schengen, a norma del Protocollo n. 21<sup>713</sup>.

A questo proposito, sebbene formalmente lo Stato membro non abbia ad oggi scelto di avvalersi delle possibilità di modifica del proprio *status*, il governo danese ha annunciato la volontà di riconsiderare questa scelta, prospettando l'indizione di un referendum incentrato sulla rinuncia all'*opt-out* in tema di cooperazione di polizia e giudiziaria penale. Sebbene l'esito di questa proposta sia legato a numerosi fattori politici – uno su tutti l'esito delle prossime elezioni al Parlamento danese, previste per la metà di settembre del 2015<sup>714</sup> – è interessante considerare le ragioni che hanno condotto il governo a maturarla. In costanza del regime precedente alla riforma di Lisbona, invero, la Danimarca aveva preso parte attiva a molte misure sulla cooperazione di polizia, con particolare riferimento per gli atti riguardanti l'attività di Europol. Analogamente a quanto visto per il Regno Unito, pertanto, questo Stato membro aveva prediletto un approccio pragmatico, focalizzato sulla partecipazione alle misure operative volte al contrasto alla criminalità avente implicazioni transnazionali. Stando all'attuale scenario delineato dal Protocollo n. 22, tuttavia, a fronte di un'avviata stagione di riforme di Eurojust e della disciplina dell'Ufficio europeo di polizia e delle sue capacità e funzioni<sup>715</sup>, la posizione della Danimarca rimarrebbe congelata agli obblighi contratti prima della modifica dei Trattati e la partecipazione ai nuovi atti sarebbe *in toto* preclusa<sup>716</sup>, con conseguenti difficoltà ad assicurare la piena effettività delle

<sup>713</sup> In questa eventualità, entro sei mesi dall'assunzione di tale decisione secondo le norme costituzionali interne, tutti gli atti relativi all'*acquis* di Schengen troverebbero applicazione nei confronti della Danimarca in quanto diritto UE, senza qualificarsi ulteriormente come obblighi di diritto internazionale.

<sup>714</sup> Allo stesso tempo, organi di stampa hanno riportato la notizia che anche i partiti di opposizione hanno concordato sull'esigenza di procedere con speditezza all'indizione del referendum, per evitare gli effetti collaterali a catena del Protocollo n. 22: <http://euobserver.com/political/121082> (5 dicembre 2014).

<sup>715</sup> V., per quanto riguarda Eurojust, la comunicazione della Commissione COM(2013) 535, del 17 luglio 2013, recante proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, che istituisce l'Agenzia dell'Unione europea per la cooperazione giudiziaria penale (Eurojust). In relazione ad Europol v. invece la comunicazione della Commissione COM(2013) 173, del 27 marzo 2013, recante proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce l'Agenzia dell'Unione europea per la cooperazione e la formazione delle autorità di contrasto (Europol) e abroga le decisioni 2009/371/GAI del Consiglio e 2005/681/GAI del Consiglio. A fine 2014, la proposta riguardante Eurojust è stata inviata al Parlamento europeo ed al Consiglio ed è già intervenuto il parere del Comitato delle regioni. La proposta sulla riforma di Europol si trova ad uno stadio più avanzato: essa ha superato la prima lettura parlamentare ed è in discussione in seno al Consiglio, con la possibilità dunque di una positiva conclusione dell'*iter* di adozione entro la metà del 2015.

<sup>716</sup> La dottrina sul punto ha evidenziato come la Danimarca si trovi dinnanzi alla medesi-

iniziative di repressione di fenomeni delittuosi particolarmente gravi e diffusi<sup>717</sup>.

## 6. Il sistema delle competenze dell'Unione ed i tratti di una politica penale UE: limiti e prospettive

### 6.1. *Fra attribuzione ed esercizio delle competenze dell'Unione: una proposta di sintesi e concettualizzazione dei limiti strutturali della cooperazione in materia penale*

Il quadro sinora delineato ha consentito di sintetizzare alcune delle peculiarità concettuali e sistematiche della cooperazione in materia penale, evidenziando in particolare come, sin dalle sue origini, il progetto di una politica comune nel settore in esame si sia dipanato su una sottile linea di separazione tra incedere del processo di integrazione e difese della sovranità statale. Sepur sopita dall'accelerazione impressa dal Trattato di Lisbona, questa tensione persiste tutt'oggi e permea di sé le fondamenta sulle quali gli Stati e le istituzioni europee stanno elevando l'edificio della cooperazione in materia penale.

Numerose disposizioni del Titolo V TFUE testimoniano una conseguenza naturale ed inevitabile della riforma del 2009, ossia la necessità di individuare nuovi equilibri – ad oggi fragili e magmatici – fra i molteplici interessi in gioco, alla luce del rinnovato contesto normativo e delle conseguenti aspettative degli attori coinvolti.

Nel settore oggetto di analisi, in effetti, l'evoluzione delle competenze e della struttura istituzionale dell'Unione ha generato sempre più frequenti ed incisive occasioni di intersezione e sovrapposizione tra ordinamento europeo e sistemi penali nazionali.

Questo assunto, generalmente condiviso<sup>718</sup>, ha talora condotto parte della dottrina a interrogarsi sulla possibilità che il proteiforme spazio penale euro-

ma situazione che, con l'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam, l'aveva portata ad essere esclusa in blocco dalle iniziative in tema di cooperazione giudiziaria civile e di asilo ed immigrazione. Cfr. R. ADLER-NISSEN, *Justice and home affairs. Denmark as an active differential European*, in L. MILES, A. WIVEL (a cura di), *Denmark and the European Union*, Londra, 2012, p. 65. L'Autrice, muovendo dal punto di vista danese, sostiene che l'*opt-out* successivo al Trattato di Amsterdam e, di riflesso, il suo rafforzamento con il Trattato di Lisbona, siano stati in maniera decisiva causati dalla scelta degli Stati membri di rafforzare le prerogative dell'Unione in materie molto sensibili per gli Stati membri.

<sup>717</sup> Per approfondimenti ulteriori: <http://www.theguardian.com/world/2014/oct/07/denmark-referendum-europe-optouts> (5 dicembre 2014).

<sup>718</sup> L'esperienza europea si innesta peraltro in un più ampio contesto di internazionalizzazione del diritto, un processo che investe anche gli ambiti più strettamente connessi al para-



peo forgiato dalla riforma di Lisbona abbia consegnato alla scena continentale un vero e proprio sistema penale dell'Unione, in quanto tale dotato di valori, principi ed interessi di tutela distinti e di autonoma dignità in rapporto agli ordinamenti interni<sup>719</sup>. Alcuni autori, spingendo oltre l'approdo dell'indagine, hanno sostenuto che le riforme apportate dal Trattato di Lisbona abbiano consacrato evidenze dell'emersione di un embrionale ordinamento penale europeo, dotato di un apparato istituzionale deputato al contrasto ed alla repressione del crimine<sup>720</sup>.

Indipendentemente dalla chiave di lettura che si intenda sostenere, il quesito sollevato coglie appieno nel segno della riflessione sui limiti della cooperazione in materia penale nell'UE e sul suo inquadramento dogmatico. L'essenza concettuale di questa politica europea manifesta infatti alcune particolarità che la distinguono dai tradizionali settori di cooperazione economica e che in larga parte promanano da un contesto storico-giuridico profondamente innervato dall'egemonia della sovranità nazionale<sup>721</sup>.

Nell'esperienza giuridica europea, infatti, l'esercizio della pubblica autorità in ambito penale è tradizionalmente veicolato attraverso un sistema di giustizia penale *in loco*, sulla base dei valori e delle esigenze di tutela espressi da

digma della sovranità nazionale. In termini generali v. E. NIJMAN, A. NOLLKAEMPER, *New perspectives on the divide between National and International law*, Oxford, 2007. In materia contrasto alla criminalità, rileva altresì lo sviluppo della giustizia penale internazionale, sul quale, con riferimento al rapporto con la dimensione nazionale, v., fra gli altri, B. BROOMHALL, *International justice and the international criminal court: between sovereignty and the rule of law*, Oxford, 2003; R. CRYER, *International criminal law vs. State sovereignty: another round?*, in *The European Journal of International Law*, 2006, p. 979.

<sup>719</sup> C. SOTIS, *Il diritto senza codice. Studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano, 2007.

<sup>720</sup> Questa posizione è sostenuta, ad esempio, da A. KLIP, *European criminal law. An integrative approach*, Oxford, 2009. Altri autori evidenziano che l'analisi del percorso verso un sistema penale europeo non può omettere un dovuto richiamo al contributo del Consiglio d'Europa, in una logica internazionale-integrazionista: v. J. PRADEL, G. CORSTENS, *Droit pénal européen*, Paris, 2009; E. HERLIN-KARNELL, *Waiting for Lisbon. Constitutional reflections on the embryonic general part of EU criminal law*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2009, p. 231. V. altresì L. GRÖNING, *A criminal justice system or a system in deficit? Notes on the system structure of the EU criminal law*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2010, p. 122. L'autrice sottolinea come, quantomeno dal punto di vista teorico-strutturale, l'integrazione europea abbia condotto ad un progressivo ravvicinamento del sistema penale europeo a quello degli Stati membri. I due livelli condividono, in particolare, analoghe categorie organizzative ed architettoniche del sistema, che manifestano tuttavia in concreto declinazioni specifiche.

<sup>721</sup> L'accezione tradizionale evoca la riflessione di Carl Schmitt sulla centralità della dimensione territoriale e della sua appropriazione per lo sviluppo dei sistemi sociali e giuridici. V. su questo punto C. SCHMITT, *Land und Meer*, Leipzig, 1942; *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum*, Colonia, 1950. Per una analisi complessiva dell'opera di Schmitt in questa prospettiva v. S. LEGG, *Spatiality, sovereignty and Carl Schmitt*, New York, 2011.

una determinata comunità di consociati<sup>722</sup>. In effetti, la dimensione elettiva dell'amministrazione della giustizia penale è usualmente allocata a livello nazionale, giacché le scelte di incriminazione e lo *ius puniendi* costituiscono di norma prerogative del potere sovrano dello Stato, a ciò legittimato dalla collettività nazionale sulla cui sensibilità e sulle cui priorità valoriali il sistema penale è improntato<sup>723</sup>. Si può anzi sostenere che proprio il diritto nazionale sia in linea ordinaria percepito come unico paradigma di regolamentazione ed amministrazione della giustizia penale, essendo ad esso subordinate o da questo dipendenti eventuali norme sovranazionali<sup>724</sup>.

In questa prospettiva, la riforma di Lisbona, che sotto alcuni profili ha accolto gli orientamenti già palesati nella prassi o supportati dalla Corte di giustizia<sup>725</sup>, ha sollevato rinnovati interrogativi circa le peculiarità della politica europea nel settore della cooperazione penale, sia rispetto alle altre sfere di

<sup>722</sup> Il punto che qui si intende sottolineare riguarda proprio la progressiva scissione tra diritto e territorio, spesso amplificata dalle fonti sovranazionali, in molteplici settori. A questo proposito, uno degli effetti più rilevanti di questo fenomeno di de-territorializzazione del diritto è lo scardinamento dei tradizionali legami tra un'area, la comunità che la popola e l'esercizio del potere sovrano. È stato invero osservato che «*in recent years there are increasing signs that the traditional and rather categorical symbiosis between territory and power may no longer lay a legitimate claim for exclusivity*»: cfr. D.E. KAHN, *Territory and boundaries*, in B. FASSBENDER, A. PETERS (a cura di), *The Oxford handbook of the history of international law*, Oxford, 2012, p. 225.

<sup>723</sup> Peraltro, anche nell'attuale contesto, come ha sottolineato la dottrina, si assiste ad una scissione fra legittimazione a fissare norme incriminatrici e potere di comminare sanzioni, quest'ultimo ancora riservato agli Stati, pur in relazione a beni giuridici ritenuti meritevoli di tutela in sede europea. Cfr. C. SOTIS, *Criminaliser sans punir. Réflexions sur le pouvoir d'incrimination (directe et indirecte) de l'Union européenne prévu par le Traité de Lisbonne*, in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2010, p. 773. Le istituzioni europee, sin dagli anni settanta, hanno sollecitato gli Stati membri a dare attuazione agli atti comunitari con tutti i mezzi necessari, ed in particolare mediante l'introduzione, negli ordinamenti interni, di sanzioni proporzionate, effettive e dissuasive, finanche di natura penale. Sul punto v. più diffusamente ante, Capitolo I, par. 2, e, *ex multis*, C. HARDING, *Member State enforcement of European Community measures: the chimera of effective enforcement*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 1997, p. 5; M. DOUGAN, *From the velvet glove to the iron fist: criminal sanctions for the enforcement of Union law*, in M. CREMONA (a cura di), *Compliance and the enforcement of EU law*, Oxford, 2012, p. 74.

<sup>724</sup> La definizione classica di sistema penale pone in stretta relazione la triade territorio-popolo-autorità: «*A territory, a people and a political class exercising monopoly over the legitimate use of violence*». Cfr. M. WEBER, *Economy and Society*, Berkeley, 1978. V. altresì, per un approfondimento sulla vision tradizionale e sui fattori di crisi, H. JUNG, *L'Etat c'est moi: some reflections on the relationship between the criminal law and the State*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 1998, p. 208.

<sup>725</sup> Basti pensare al tema delle competenze penali indirette o ancillari dell'Unione, oggetto di acceso dibattito in giurisprudenza e dottrina e giurisprudenza sin dall'inizio del nuovo millennio ed oggi consacrate all'art. 83, par. 2, TFUE. In termini generali, anche sulla prassi normativa dell'Unione, v. P. ASP, *The substantive criminal competence of the EU*, Stoccolma, 2013.

intervento dell'Unione che in relazione agli ordinamenti nazionali ed all'eredità di valori e norme dei quali essi sono portatori.

Lo sviluppo dello spazio giudiziario penale europeo appare in prima battuta ancorato a principi ed istituti cardine dell'ordinamento dell'Unione, come la leale cooperazione, il reciproco riconoscimento, la sussidiarietà<sup>726</sup>; allo stesso tempo, nondimeno, esso trae altresì ispirazione da principi essenziali ed obiettivi condivisi con i modelli nazionali<sup>727</sup>, anche in ragione del fatto che le radici più profonde della cooperazione penale europea affondano nelle tradizioni giuridiche degli Stati membri<sup>728</sup>.

Specularmente, il progresso delle politiche europee in questo settore determina un'influenza di primario rilievo sulla configurazione dei sistemi statali, anche solo in considerazione del fatto che un novero crescente di disposizioni di diritto interno trova fondamento nella produzione normativa sovranazionale<sup>729</sup>. Agli aspetti istituzionali e normativi si affianca inoltre in misura

<sup>726</sup> Ciascuno di questi principi verrà approfondito nel prosieguo del lavoro. Per una esaustiva analisi della progressiva permeazione dei cardini dell'ordinamento comunitario nella normativa penale di matrice intergovernativa – fenomeno riconducibile in via elettiva al contributo propulsivo della Corte di giustizia – v. A. WEYEMERGH, V. RICCI, *Le Traité de Lisbonne et le contrôle juridictionnel sur le droit pénal de l'Union européenne*, in S. BRAUM, A. WEYEMBERGH (a cura di), *Le contrôle juridictionnel dans l'espace pénal européen*, Bruxelles, 2009, p. 227.

<sup>727</sup> Molti autori in dottrina evidenziano come la cooperazione penale nell'UE, proprio grazie ai principi cardine sui quali si fonda, abbia raggiunto una dimensione costituzionale. V. ad esempio l'approfondita analisi di E. HERLIN-KARNELL, *The constitutional dimension of European criminal law*, Oxford, 2012, che individua nel concetto di effettività il principale motore dello sviluppo della politica europea in materia. È interessante peraltro evidenziare, come suggerito dall'autrice, in particolare a pagina 3, il moto ondoso della storia: a partire dal '700, proprio i movimenti culturali europei e gli ideali illuministici influenzarono positivamente i sistemi penali nazionali, al tempo scarsamente strutturati e garantisti. Ora, in una inversa prospettiva, taluni evidenziano il rischio di un'eccessiva focalizzazione della legislazione europea sull'obiettivo della repressione: v. ad esempio la vicenda del contrasto al terrorismo internazionale, in M. O'NEILL, *The evolving EU counter-terrorism legal framework*, New York, 2012. Per l'approfondimento storico cfr. H. JUNG, *Criminal justice. A European perspective*, in *Criminal Law Review*, 1993, p. 237.

<sup>728</sup> È particolarmente dibattuto, da questo punto di vista, il principio di legalità, che può essere eletto ad esempio dell'influenza delle tradizioni giuridiche nazionali sull'ordinamento europeo nella materia penale. Al riguardo v., fra gli altri, in due differenti contesti cronologici, F. SGUBBI, *Principio di legalità e singole incriminazioni*, in L. PICOTTI (a cura di), *Possibilità e limiti di un diritto penale dell'Unione europea*, Milano, 1999, p. 152; N. PARISI, *Principio di legalità e tutela dei diritti della persona nello "spazio di libertà, sicurezza e giustizia"*, in L. DANIELE (a cura di), *La dimensione internazionale ed europea del diritto nell'esperienza della Corte costituzionale*, Napoli, 2006, p. 367. Nella giurisprudenza della Corte di giustizia, v., a titolo esemplificativo, la sentenza del 3 maggio 2005, cause riunite C-387/02, C-391/02 e C-403/02, *Berlusconi e altri*, in *Racc.* p. I-3565, con nota di commento di A. BIONDI, R. MASTROIANNI, *Case note*, in *Common Market Law Review*, 2006, p. 550.

<sup>729</sup> Al riguardo, v. l'interessante analisi di C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale. La di-*

crescente la definizione di beni giuridici ed esigenze di tutela penale di rango europeo, sia rispetto a fattispecie che ledono direttamente gli interessi dell'Unione<sup>730</sup>, sia in relazione a realtà criminali diffuse, la cui repressione viene annoverata tra le finalità delle istituzioni europee<sup>731</sup>.

La materia in esame si connota dunque per la costante tensione fra l'obiettivo di realizzare uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, fondato su scelte politiche, principi e norme condivisi e le istanze che promanano dall'esigenza di rispettare le sfere di sovranità nazionale<sup>732</sup>. L'approfondimento della cooperazione fra gli Stati membri mantiene dunque inevitabilmente schemi peculiari e l'idea di una giustizia penale comune fronteggia, secondo le ricostruzioni dogmatiche offerte in dottrina, alcune significative criticità strutturali, che affondano le radici nella natura stessa del processo di integrazione europea e che possono essere sintetizzate in questioni di legittimazione, instabilità ed asimmetria<sup>733</sup>.

Il problema della legittimazione ha fondamento nel fatto che le origini ed il successivo sviluppo dell'integrazione europea si sono dipanati sulla base del metodo funzionalista ideato da Jean Monnet<sup>734</sup>. Questo metodo ha il suo tratto distintivo nell'intento di perseguire alti obiettivi politici – pace, solidarietà, giustizia sociale, sicurezza – attraverso «piccoli passi» in specifici settori di azione, che siano capaci di approfondire l'integrazione orizzontale fra gli Stati membri<sup>735</sup>. L'Unione si fonda dunque su un processo di integrazione gradua-

*screszionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, Pisa, 2010; v. inoltre F. VIGANÒ, *Les interactions en droit pénal de fond: la perturbation des hiérarchies internes*, in G. GIUDICELLI-DELAGE, S. MANACORDA (a cura di), *Cour de Justice et justice pénale en Europe*, Parigi, 2010, p. 271.

<sup>730</sup> La tutela degli interessi finanziari dell'Unione europea è, da questo punto di vista, un caso emblematico. In termini generali, per approfondimenti in materia, v. ad esempio D. RINOLDI, *Principi in materia di politica legislativa penale dell'Unione europea e tutela degli interessi finanziari dell'Unione da condotte di frode*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2013, p. 1049.

<sup>731</sup> Anche la Corte di giustizia indica talora le condotte che l'Unione europea si impegna a reprimere, alla luce degli impegni assunti a livello internazionale, delle disposizioni del Trattato o dell'attività delle istituzioni europee. Ad esempio, con riferimento al contrasto al traffico ed al consumo di sostanze stupefacenti, v. la sentenza della Corte del 16 dicembre 2010, causa C-137/09, *Josemans*, in *Racc.* p. I-13019, punto 68.

<sup>732</sup> Su questi profili generali v. E. GUILD, *Crime and the EU's constitutional future in an Area of Freedom, Security and Justice*, in *European Law Journal*, 2004, p. 232.

<sup>733</sup> La prima e la terza categoria sono individuate da S. BRAUM, *Deficiencies in the development of European criminal law*, in *European Law Journal*, 1999, p. 302. La seconda, con approccio politologico, è invece rilevata da J. RIFKIN, nel suo saggio *Il sogno europeo. Come l'Europa ha creato una nuova visione del futuro che sta lentamente eclissando il sogno americano*, Milano, 2004. Per alcune riflessioni aggiuntive sul modello di sistema penale europeo e sui suoi fondamenti v. C. SOTIS, *Il diritto senza codice*, cit.

<sup>734</sup> B. ROSAMOND, *Theories of European Integration*, Londra, 2000.

<sup>735</sup> V. G. MAMMARELLA, P. CACACE, *Storia e politica dell'Unione europea*, Bari, 2003, p. 70.

le, che, secondo le riflessioni di molti studiosi di scienza politica, trova nuova linfa nella costante prospettazione di sfide sempre più ambiziose ed innovative, anche a dispetto dei livelli decisionali più prossimi ai cittadini o in assenza di un compiuto vaglio democratico<sup>736</sup>.

Un corollario di questa impostazione è rappresentato dalla frequente funzione propulsiva esercitata dalle decisioni tecnico-giuridiche su quelle politiche<sup>737</sup>. L'approccio funzionalista determina infatti che, per la complessità dei processi decisionali ed una legittimazione democratica diretta sfumata, il *deficit* di consenso sociale all'attività delle istituzioni europee venga colmato mediante la ricerca di assenso tecnico, scientifico o giuridico<sup>738</sup>. Ne sia prova la

<sup>736</sup> V. ad esempio M. FALLON, *Le droit communautaire. Un espace en expansion continue*, in P. GERARD, F. OST, M. VAN DE KERCHOVE (a cura di), *L'accélération du temps juridique*, Bruxelles, 1999, p. 301. L'autore sostiene l'opinione che ogni riforma istituzionale nell'ambito dell'Unione sia di affidare all'Europa questioni sempre più grandi di sé, così da sollecitare l'adeguamento del "contenitore" alle sfide future. Sul punto è peraltro emblematico il richiamo ad una celebre similitudine di Jacques Delors, per il quale «la Comunità europea è come una bicicletta, per stare in piedi deve sempre muoversi, ad andare piano si fa più fatica e si è instabili, bisogna pedalare forte». Ciò si riflette anche nell'ambito delle competenze dell'Unione. Sebbene sul punto il Trattato di Lisbona, fissando in una elencazione esaustiva le attribuzioni esclusive, abbia mitigato il fenomeno, il metodo funzionalista dell'integrazione ha condotto ad un costante allargamento ed approfondimento delle competenze sovranazionali. Tale circostanza si manifesta ancora oggi nell'ambito delle competenze non esclusive, rispetto alle quali gli Stati possono intervenire nella misura in cui l'Unione non abbia ancora legiferato. Ne sono espressione altresì la teoria dei poteri impliciti e l'obbligo di rispetto dell'*acquis* comunitario. Sul primo aspetto v. R. BARATTA, *Le competenze interne dell'Unione tra evoluzione e principio di reversibilità*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2010, p. 517. Con riferimento al ruolo dell'*acquis* comunitario v. C. AMALFITANO, *L'acquis comunitario: da esperienza giuridica a fattore di integrazione*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2009, p. 789.

<sup>737</sup> Invero, più che come corollario, questa conseguenza del metodo funzionalista è stata spesso presentata quale vero e proprio limite intrinseco del processo di integrazione europea. V. in questi termini A. SPINELLI, *Europa terza forza. Scritti 1947-1954*, Bologna, 2000, p. 201; P.C. SCHMITTER, *Come democratizzare l'Unione europea e perché*, Bologna, 2000. Al di là degli aspetti definitivi, è tuttavia importante inquadrare il problema quale tradizionale peculiarità dell'ordinamento europeo, seppur in tema di *deficit* democratico il Trattato di Lisbona abbia sul punto innovato in maniera rilevante, accrescendo in larga misura il ruolo del Parlamento europeo.

<sup>738</sup> Cfr. R. MÜNCH, *Constructing a European society by jurisdiction*, in *European Law Journal*, 2008, p. 519. L'autore, concentrandosi sul ruolo della Corte di giustizia, evidenzia come il suo operato costituisca uno dei fattori elettivi di edificazione della società europea, «(1) *establishing formal legitimate power of European jurisdiction in order to complement and form the driving force of International labour division: preliminary reference, supremacy and direct effect of European law*; (2) *establishing a substantial conception of control in the field of legal discourse: free movement and non-discrimination*; (3) *enforcing a genuinely European legal order against national varieties of law by establishing a dominant European legal community*; (4) *making transnational sense of legal change by legitimating Europeanised law in terms of advancing justice as equality of opportunity across and within nations, as opposed to equality of results within nations accompanied by inequality of opportunity across nations*». Propone una visione

storia del processo di integrazione, che, soprattutto fra gli anni '60 ed '80 del secolo scorso, si è contraddistinto per una relativa stasi politica ed essenziali progressi giuridici<sup>739</sup>. Una situazione che è tornata a manifestarsi appieno nella fase di transizione tra il fallimento del progetto costituzionale e la riforma di Lisbona<sup>740</sup> e che, in parte, secondo molti commentatori, ha caratterizzato altresì il contrasto alla grave crisi economica che ha attraversato il continente<sup>741</sup>.

positiva J. NEYER, *Justice, not democracy: legitimacy in the European Union*, in *Journal of Common Market Studies*, 2010, p. 903, secondo il quale l'assenza di effettiva legittimazione democratica è in concreto adeguatamente bilanciata dal contributo che l'integrazione europea e la giurisprudenza di Lussemburgo hanno offerto nel rafforzare la giustizia sostanziale trans-nazionale in molti settori del diritto. V. inoltre C.E. PALIERO, *La fabbrica del Golem. Progettualità e metodologia per la "Parte generale" di un codice penale dell'Unione europea*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2000, p. 485. Nella letteratura penalistica il ruolo preponderante delle decisioni tecniche in sede europea è stato tradotto, con la parafrasi delle parole di Karl Binding, nell'impossibilità per la Corte di giustizia e la Commissione europea di «*agire con mano pigra: ad essi non è richiesto di raccogliere, ma di seminare*». Cfr. C. SOTIS, *Il diritto senza codice*, cit., p. 9.

<sup>739</sup> La riflessione viene proposta in questi termini da Joseph Weiler. L'autore sottolinea come, pur a fronte di una sostanziale stasi politica, a quel periodo risalgano molteplici pronunce giurisdizionali sulle quali poggia il sistema giuridico europeo, ad esempio in tema di primato, efficacia diretta, diritti fondamentali, competenze. A fronte delle difficoltà di avanzamento sul piano politico, il processo di integrazione «fu guidato dagli organi giudiziari, e dunque aveva assunto quella legittimità profonda che deriva dalla mitica imparzialità ed autorità quasi sacrale che solitamente si attribuisce alle corti supreme» Cfr. J.H.H. WEILER, *La trasformazione dell'Europa*, in *Idem* (a cura di), *La Costituzione dell'Europa*, Bologna, 2003, p. 73. V. altresì, in relazione alle alterne vicende della ratifica del trattato di Maastricht, P. TAYLOR, *The European Union in the 1990s*, Oxford, 1996.

<sup>740</sup> In questo senso v. A. TIZZANO, *Qualche riflessione sul contributo della Corte di giustizia*, cit., p. 142. Ne deriva l'accentuata autoreferenzialità delle scelte politiche, organizzative e normative delle istituzioni europee, che gli studiosi della teoria degli ordinamenti riassumono nel concetto di autopoiesi. V. in particolare lo studio di Jiri Priban, che muove da differenti approcci teorici per giungere alla conclusione condivisa della sostanziale autoreferenzialità di molte opzioni politiche e tecnico-giuridiche avvalorate dalle istituzioni europee. L'autore sostiene che, nel contesto istituzionale europeo, vengono a mancare due dei tre elementi che Abraham Lincoln pone alla base di un governo democratico: il governo «*of the peoples and by the peoples*». Sussiste invece la terza caratteristica, vale a dire il «*government for the peoples*», che deve tuttavia essere declinata nella specifica dimensione del «*government for the peoples of the EU*». Cfr. J. PRIBAN, *The self-referential European polity, its legal context and systematic differentiation: theoretical reflections on the emergence of the EU's political and legal autopoiesis*, in *European Law Journal*, 2009, p. 442. Per riflessioni di portata generale sul fenomeno dell'autopoiesi giuridica in rapporto con la legittimazione sociale v. N. LUHMANN, *Procedimenti giuridici e legittimazione sociale*, Milano, 1995.

<sup>741</sup> V. M. POIARES MADURO, B. DE WITTE, M. KUMM, *The Euro crisis and the democratic governance of the Euro: legal and political issues*, Policy Report, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, maggio 2012; A. REGAN, *Political tensions in Euro-varieties of capitalism: the crisis and the democratic State in Europe*, EUI Working Papers, Max Weber Programme 2013/24; nella prospettiva della partecipazione del Parlamento europeo v. C. FASONE, *The*

Il problema di legittimazione sorge inoltre dalla considerazione che, muovendo da una prospettiva tradizionale, il funzionamento del sistema è sottratto alla gestione diretta degli Stati<sup>742</sup>. Sebbene la riforma dei Trattati abbia posto efficaci soluzioni ad alcune delle criticità connesse alla carenza di legittimazione dell'azione UE nel settore penale<sup>743</sup>, la questione non può tuttavia essere relegata al passato<sup>744</sup>. Si richiede anzi una visione più lungimirante del problema, poiché l'espressa attribuzione di competenza in capo al legislatore europeo impone l'accorta selezione degli interessi ritenuti meritevoli di tutela e frequenti bilanciamenti fra contrastanti interessi in gioco<sup>745</sup>.

Un secondo profilo critico riguarda l'instabilità dell'attività normativa eu-

*struggle of the European Parliament to participate in the new economic governance*, EUI Working Papers, RSCAS European Union Democracy Observatory 2012/45.

<sup>742</sup> Non va tuttavia dimenticato che parte significativa della dottrina, prima del Trattato di Lisbona, riteneva al contrario che gli Stati esercitassero una influenza eccessiva sull'azione dell'Unione in materia penale, che era descritta come *in toto* dipendente dal livello nazionale. V. ad es. T. HARTLEY, *Constitutional problems of the European Union*, Oxford, 1999.

<sup>743</sup> Si ricorda con peculiare evidenza l'accresciuto ruolo del Parlamento europeo, cui si affianca il rafforzamento delle funzioni della Commissione e della Corte di giustizia. Per ulteriori approfondimenti v. il Capitolo II ed il Capitolo III.

<sup>744</sup> Cfr. il dibattito scaturito dalla nota sentenza del Tribunale costituzionale tedesco del 30 giugno 2009, relativa alla ratifica del Trattato di Lisbona da parte della Germania. La Corte tedesca, infatti, in tale pronuncia, ha annoverato anche il diritto penale sostanziale e processuale fra le materie più esposte al rischio di decisioni sovranazionali non rispettose del principio di democrazia. Cfr., fra gli altri, D. DOUKAS, *The verdict of the German Constitutional Court on the Lisbon Treaty: not guilty, but don't do it again!*, in *European Law Review*, 2009, p. 873.

<sup>745</sup> Molti autori sottolineano, ad esempio, un eccessivo disequilibrio tra la dimensione verticale ed orizzontale della produzione normativa penale europea, che i commentatori ritengono in via pressoché esclusiva focalizzata sull'efficiente controllo e repressione dei fenomeni criminali e non sul sindacato sull'esercizio dei poteri connessi all'autorità penale. È possibile, ad esempio, ricorrere al caso del mandato d'arresto europeo, uno strumento di comprovata efficienza ed elevato successo, che ha tuttavia sollevato molteplici questioni di compatibilità con le garanzie processuali dell'individuo. I contributi sul punto sono alquanto numerosi, si segnalano in questa sede, per un approccio generale e riassuntivo, D. LECZYKIEWICZ, *Constitutional conflicts and the third pillar*, in *European Law Review*, 2008, p. 230; Z. DEEN-RACSMÁNY, *The European arrest warrant and the surrender of nationals revisited: the lessons of constitutional challenges*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2006, p. 271. La dottrina penalistica utilizza inoltre la categoria concettuale del "diritto penale di lotta", che ben esprime la critica mossa alla qualità ed alla direzione teleologica della normativa europea. Cfr. M. DONINI, *Diritto penale di lotta vs. diritto penale del nemico*, in R. ORLANDI, R.E. KOSTORIS, *Contrasto al terrorismo interno ed internazionale*, Torino, 2006, p. 19. Si assiste inoltre con sempre maggiore frequenza all'esigenza di contemperare il funzionamento del sistema con la tutela dei diritti fondamentali. La dottrina ha in molteplici occasioni affrontato questa tematica, che sarà peraltro oggetto di più puntuale analisi, nei suoi ultimi e discussi approdi, *infra*, Capitolo V, par. 3. In dottrina v. fra gli altri, in termini generali, E. GUILD, F. GEYER (a cura di), *Security versus Justice? Police and judicial cooperation in the European Union*, Londra, 2008.

ropea, connaturata alla prospettiva funzionalista dei piccoli passi, che implica la tensione verso sempre nuove esigenze di tutela, verso obiettivi ulteriori e relative realizzazioni concrete. Questa caratteristica trova due essenziali spiegazioni, una di estrazione prettamente istituzionale, l'altra legata al sistema delle fonti dell'Unione. Nel primo senso, è stato osservato come il modello istituzionale a rete verticale ed orizzontale dell'Unione, il quale coinvolge dunque il livello europeo e nazionale ed una molteplicità di organismi in sede sovranazionale, comporti la rottura del tradizionale schema bilaterale governo-governati ed inneschi un meccanismo di costante ricerca e necessità di nuove azioni o interventi normativi<sup>746</sup>.

La seconda giustificazione riguarda la tipologia di fonti che l'Unione europea è legittimata a adottare e che, nell'ambito penale, si risolve in due essenziali e indissolubili elementi: l'assenza di un *corpus* codicistico ed il conseguente significativo peso specifico decisivo dei principi generali dell'ordinamento o delle scelte discrezionali degli Stati membri nell'attuazione delle direttive<sup>747</sup>. L'assenza dello strumento codicistico determina infatti una mag-

<sup>746</sup> E.B. HAAS, *The uniting of Europe: political, social and economic forces*, Stanford, 1968; G. SCHNEIDER, M. ASPINWALL (a cura di), *The rules of integration: institutionalist approaches to the study of Europe*, Manchester, 2001. Per una visione complessiva sulla teoria del processo di integrazione europea, sugli approcci funzionalista, neofunzionalista ed istituzionalista, v. M. MASCIA, *Il sistema dell'Unione europea. Appunti su teorie, attori, processi nella prospettiva di una Costituzione per l'Europa*, Padova, 2005. È interessante sottolineare come il costante movimento dell'azione delle istituzioni europee sia stato analizzato anche da un punto di vista antropologico. Con riferimento all'operato della Commissione, ad esempio, uno studio di "osservazione partecipata" ha portato a evidenziare come essa agisca sospinta da una «cultura dell'esigenza aleatoria», che comporta ritmi di lavoro e di efficienza superiori agli standard di altre istituzioni e che si massimizzano quando vengono posti obiettivi di breve termine. Cfr. M. ABÉLÈS, *Une atteinte d'Europe*, Parigi, 1996. L'autore, non senza ironia, arriva a sostenere che, qualora gli obiettivi siano stati conseguiti e non se ne prospettino di nuovi, «l'atmosfera si fa cupa, si osserva in seno alla Commissione un'incertezza e un'angoscia», p. 50. Altri evidenziano che l'instabilità decisionale è stata tradizionalmente legata al metodo di turnazione semestrale della Presidenza del Consiglio, sul quale il Trattato di Lisbona è intervenuto con una riforma positiva, ma non risolutiva. V. L. SALAZAR, *La cooperazione giudiziaria in materia penale*, in N. PARISI, D. RINOLDI, *Giustizia e affari interni nell'Unione europea*, Torino, 1996, p. 144. Con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, alcuni autori hanno evidenziato un epocale passaggio dalla mera dimensione della cooperazione penale allo stadio dell'integrazione in materia penale. J. MONAR, *What kind of EU policy regarding criminal matters? The question of the balance between cooperation and integration*, in G. GRASSO, R. SICURELLA (a cura di), *Per un rilancio del progetto europeo*, cit., p. 531.

<sup>747</sup> La questione della codificazione di settori del diritto dell'Unione – ed in particolar modo del diritto privato – è ormai da alcuni anni oggetto di acceso confronto dottrinale. Un dibattito che qui rimane sullo sfondo, ma sul quale si rimanda a quattro fondamentali opinioni: la tesi di chi sostiene l'opportunità di una simile evoluzione nell'attività normativa europea; l'opposta visione di chi recide risolutamente ogni simile prospettiva; la critica all'idea tradizionale di codice, con l'apertura a forme di più flessibile razionalizzazione della produzione normativa, anche alla luce delle diverse fonti di produzione del diritto; il convincimento di chi



giore permeabilità e flessibilità della produzione normativa europea<sup>748</sup>, che trova nei principi fondamentali dei fattori propulsivi e, al contempo, dei limiti essenziali all'operato delle istituzioni europee e delle autorità nazionali<sup>749</sup>. Ciò *a fortiori* in quella che è stata efficacemente definita, per i suoi tratti distintivi, «*a principled subject*»<sup>750</sup>. L'effettiva portata di queste norme generali, a sua volta, è strettamente connessa all'attività interpretativa degli organi giurisdizionali ed alla capacità, da parte di questi ultimi, di elaborare significati omogenei e fissare standard di tutela coerenti<sup>751</sup>.

A ciò si aggiunga, quale ulteriore fattore di instabilità nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto dell'UE, l'ampio margine di discrezionalità del quale beneficiano gli Stati nel recepimento degli atti adottati dall'Unione in questo settore, nella maggior parte dei casi rappresentati da direttive di contenuto minimo<sup>752</sup>. Infatti, l'obiettivo di assicurare il reciproco riconoscimento

ritiene che anche i tentativi di codificazione promossi in sede europea non integrino una vera esperienza codicistica, perché frutto di opzioni tecnico-normative e non di un reale momento costituente all'interno dell'ordinamento dell'Unione. V. rispettivamente U. MATTEI, *Hard minimal code now. A critique of softness and a plea for responsibility in the European debate over codification*, in S. GRUNDMANN, J. STUYCK, *An academic green paper on European contract law*, New York – Londra, 2002, p. 215; P. GROSSI, *Codici: qualche riflessione tra un millennio e l'altro*, in P. CAPPELLINI, B. SORDI, *Codici. Una riflessione di fine millennio. Atti dell'incontro di studio (Firenze, 26-28 ottobre 2000)*, Milano, 2002.

<sup>748</sup> In verità, nel corso degli anni '90, il Parlamento europeo e la Commissione avevano sollecitato alcuni gruppi di esperti a valutare la possibilità di elaborare un complesso di norme omogeneo volto ad armonizzare la disciplina posta a tutela degli interessi finanziari della Comunità europea. Nel 1997 venne dunque pubblicato il cd. *Corpus Juris*, oggetto di successiva revisione nel 2000, sulla base di approfonditi studi comparatistici condotti tra gli ordinamenti degli Stati membri. Cfr. J.A.E. VERVAELE, M. DELMAS-MARTY, *L'attuazione del Corpus Juris negli Stati membri*, Anversa, 2000. In dottrina v. G. GRASSO, R. SICURELLA (a cura di), *Il Corpus Juris 2000. Un modello di tutela penale dei beni giuridici comunitari*, Milano 2003.

<sup>749</sup> Cfr. K. LENAERTS, J. GUTIÉRREZ-FONS, *The constitutional allocation of powers and general principles of EU law*, in *Common Market Law Review*, 2010, p. 1629.

<sup>750</sup> Cfr. L. GRÖNING, *A criminal justice system or a system in deficit?*, cit., p. 126.

<sup>751</sup> Cfr., fra i molti contribute sul punto, C. SABEL, O. GESTENBERG, *Constitutionalising and overlapping consensus: the ECJ and the emergence of a coordinate constitutional order*, in *European Law Journal*, 2010, p. 511; M. BORGERS, *Mutual recognition and the European Court of Justice: the meaning of consistent interpretation and of autonomous and uniform interpretation of Union law for the development of the principle of mutual recognition in criminal matters*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2010, p. 199.

<sup>752</sup> A questo proposito, vi è chi enuncia fra le caratteristiche del diritto penale dell'Unione l'esemplarità, intesa nel doppio senso del legislatore europeo quale modello per l'attività normativa degli Stati e riferimento per i cittadini tutti, nonché di simbolica espressione di un nucleo di valori comuni arricchiti dai diritti fondamentali e dai principi che promanano dalle tradizioni costituzionali interne. L'esemplarità diverrebbe dunque un elemento essenziale di un diritto finalizzato alla creazione di un effettivo spazio di libertà, sicurezza e giustizia. V. D. FLORE, *Droit pénal européen. Les enjeux d'une justice pénale européenne*, Bruxelles, 2010, p. 17.

delle decisioni giurisdizionali o di ravvicinare gli ordinamenti degli Stati membri sulla scorta di norme minime comuni è spesso condotto attraverso formule normative di ampio respiro, capaci di riservare significativi margini discrezionali per l'attività di trasposizione, in ossequio alle differenti caratteristiche dei sistemi penali nazionali<sup>753</sup>.

L'asimmetria si ricollega infine a quest'ultimo aspetto ed attiene al rapporto fra normativa europea e ordinamenti nazionali, poiché l'attuazione del diritto dell'Unione dipende in maniera elettiva dalle autorità interne, che si trovano però ad operare in contesti giuridici alquanto variegati. Il nodo problematico è dunque se situazioni differenziate possano comunque – ed in quale misura – assicurare l'efficace applicazione del diritto penale ed un contestuale controllo sull'esercizio del potere pubblico. La scissione fra legislatore sovranazionale, legislatore statale e organi deputati all'amministrazione della giustizia può comportare che norme comuni non siano recepite in maniera coerente dagli Stati membri o trovino multiforme applicazione in sede nazionale, con differenti livelli di tutela o forme di repressione penale<sup>754</sup>. Questo elemento di criticità è ulteriormente alimentato dalle caratteristiche dell'attuale *corpus* normativo europeo, che, sebbene ormai copioso, si connota per estrema diversificazione materiale<sup>755</sup> e, come poc'anzi accennato, per formulazioni tali da consentire varie soluzioni interpretative ed applicative<sup>756</sup> e da sollevare ta-

<sup>753</sup> Cfr. A. WEYEMBERGH, *L'harmonisation des législations: conditions de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, Bruxelles, 2005.

<sup>754</sup> Le possibili problematiche connesse all'applicazione decentrata del diritto penale dell'Unione possono essere così sintetizzate: «*How can the individual who is entitled to enjoy a right of free movement in a single area of freedom, security and justice be protected in respect of violence when the rules on violence vary with the borders of the member States?*». Cfr. E. GUILD, *Crime and the EU's constitutional future in the Area of freedom, security and justice*, in *European Law Journal*, 2004, p. 224.

<sup>755</sup> A questo proposito, è stato sottolineato come la produzione normativa europea abbia seguito, sino al Trattato di Lisbona, un "ordine sparso", in quanto non sorretta da idoneo slancio programmatico e da un sufficiente legame con i principi generali del diritto penale. V. in questo senso M. KAIIFA-GBANDI, *The importance of core principles of substantive criminal law for a European criminal policy respecting fundamental rights and the rule of law*, in *European Criminal Law Review*, 2011, p. 7.

<sup>756</sup> Emblematico è il caso in cui gli Stati optino per diverse soluzioni in tema di responsabilità penale e conseguente risposta sanzionatoria, con effetti deleteri in termini di uguaglianza di trattamento fra uno Stato e l'altro. Sottolineano il problema, in particolare, M. FLETCHER, M. LÖÖF, B. GILMORE, *EU criminal law and justice*, Cheltenham, 2008, p. 203. D'altra parte, è stato posto sotto luce critica il tradizionale assunto per il quale l'intervento legislativo dell'Unione in materia penale avrebbe effetti di rafforzamento della componente strettamente repressiva dei fenomeni criminali, anche in termini di innalzamento della risposta sanzionatoria. Cfr. T. ELHOLM, *Does EU criminal cooperation necessarily mean increase repression?*, in *Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2010, p. 191.

lora perplessità in ordine alla sua reale idoneità ad alimentare il ravvicinamento delle legislazioni nazionali<sup>757</sup>.

I fattori sinteticamente delineati denunciano dunque alcuni dei possibili limiti strutturali connaturati all'approfondimento del processo di integrazione nella cooperazione in materia penale e si riflettono nei molteplici istituti e meccanismi riguardanti l'attribuzione e l'esercizio delle competenze dell'UE in questo campo.

### 6.2. Evidenze e ambizioni di una politica penale europea: la presa di posizione delle istituzioni europee

Indipendentemente dalle ricostruzioni dogmatiche proposte in dottrina e dalle relative criticità sistematiche evidenziate, la riforma del Titolo V TFUE ha di fatto sollevato considerevoli interrogativi circa l'approccio delle istituzioni europee al nuovo assetto di competenze in materia penale. Le effettive ricadute del nuovo regime e le risposte alle lacune del modello previgente dipendono infatti in ampia misura dalle scelte operate in via sistematica dalle istituzioni dell'Unione<sup>758</sup>, capaci di definire con maggiore puntualità contorni ed orientamenti della politica penale europea<sup>759</sup>. A riprova della delicatezza della materia e della sua rilevanza per il futuro del processo di integrazione nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, le tre istituzioni politiche interessate in via principale dalla riforma del Titolo V TFUE si sono affrettate a manifestare le rispettive posizioni al riguardo, pubblicando quelli che sono stati emblematicamente definiti «*European criminal policy documents*»<sup>760</sup>.

<sup>757</sup> È particolarmente esplicita a questo proposito, la posizione di Daniel Flore, che ha coniato le espressioni «*approximation en trompe-l'œil*» ed «*approximation de façade*». V., rispettivamente, D. FLORE, *Une justice pénale européenne après Amsterdam*, in *Journal des Tribunaux*, 1999, p. 122; *Droit pénal matériel et Union européenne*, in G. DE KERCHOVE, A. WEYEMBERGH (a cura di), *Quelles réformes pour l'espace pénal européen?*, Bruxelles, 2003, p. 73.

<sup>758</sup> Come è stato sottolineato in dottrina, la chiarezza circa l'approccio delle istituzioni europee è un elemento decisivo per conferire reale legittimazione all'Unione, non essendo di per sé sufficiente il mero dato normativo dell'attribuzione di competenze in materia: «*It would be erroneous to assume that the EU possesses a self-evident intrinsically legitimised power to intervene in the field of criminal law simply because the Union's primary law recognizes such a competence*». Cfr. M. KAIKAFI GBANDI, *Approximation of substantive criminal law provisions in the EU and fundamental principles of criminal law*, in F. GALLI, A. WEYEMBERGH (a cura di), *Approximation of EU substantive criminal law in the EU. The way forward*, Bruxelles, 2013, p. 88.

<sup>759</sup> Sin dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, con una formula in sé ambiziosa, si è in effetti iniziato a discutere di una complessiva politica penale dell'UE. Per alcune considerazioni critiche v. A. KLIP, *Editorial: European criminal policy*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2012, p. 3.

<sup>760</sup> In questo senso v. P. DE HERT, I. WIECZOREK, *Testing the principle of subsidiarity*, cit., p. 394.

Il primo intervento, in ordine di tempo, è rappresentato dalle conclusioni del Consiglio Giustizia e Affari interni del 30 novembre 2009, riguardanti «*model provisions guiding the Council's criminal law deliberations*»<sup>761</sup>. Il riferimento cronologico del documento è piuttosto interessante e costituisce un importante elemento indicativo circa le intenzioni che ne hanno ispirato la pubblicazione: in quella fase, infatti, doveva ancora essere celebrato il secondo referendum irlandese sulla ratifica del Trattato di Lisbona e, dunque, benché probabile, l'entrata in vigore della riforma era un dato incerto. Questa circostanza converge in una lettura difensiva delle conclusioni del Consiglio, che la dottrina ha generalmente accolto come espressione della volontà, in capo agli Stati membri, di proteggere la potestà decisionale nazionale in materia penale dal rinnovato ruolo della Commissione europea, così come dalle prerogative legislative del Parlamento europeo<sup>762</sup>.

A conferma di ciò, la Commissione ha celermente provveduto ad arginare la ritenuta invasione di campo del Consiglio, qualificando come «prematura» e unilaterale tale presa di posizione, in quanto capace di ledere il potere di iniziativa dell'istituzione guardiana dei Trattati e di avvalorare un'interpretazione eccessivamente restrittiva dell'art. 83 TFUE<sup>763</sup>. La Commissione ha inoltre elaborato e diffuso, nel 2011, la richiamata comunicazione volta a chiarire il proprio orientamento sulle principali questioni sollevate dalle nuove norme primarie in materia di cooperazione penale<sup>764</sup>, con particolare rife-

<sup>761</sup> Il testo delle conclusioni può essere consultato sul sito internet del Consiglio: [http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms\\_data/docs/pressdata/en/jha/111543.pdf](http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/jha/111543.pdf) (8 ottobre 2014).

<sup>762</sup> Cfr. A. WEYEMBERGH, *Approximation of substantive criminal law: the new institutional and decision-making framework and new types of interaction between EU actors*, in F. GALLI, A. WEYEMBERGH (a cura di), *Approximation of substantive criminal law in the EU*, cit., pp. 23-25. Per una presentazione generale delle conclusioni del Consiglio cfr. S. MIETTINEN, *Criminal law and policy in the European Union*, Abingdon, 2013, p. 142.

<sup>763</sup> Questa visione critica è stata espressa dalla Commissione in una dichiarazione indirizzata al Consiglio e relativa alle menzionate conclusioni del 30 novembre 2009: «*The Commission fully shares the objective to ensure consistency in European Union legislation relating to criminal law. However, the Commission considers the Guidelines and model provisions contained in the Council's Conclusions are premature and restrict the interpretation of Article 83 of the Treaty on the Functioning of the EU (TFEU). By issuing such guidelines and model provisions the Council unilaterally establishes a framework for future legislation to which neither the Commission nor the European Parliament agreed. The Commission therefore declares that these guidelines and model provisions are without prejudice to its right of initiative in accordance with the TFEU. The Commission also declares that it will exercise this right with due care and based on an impact assessment following appropriate consultations*». Il testo è reperibile solo in lingua inglese, in un documento del 18 gennaio 2010, n. 5474/10, riassuntivo dell'attività del Consiglio per il mese di novembre 2009. Cfr. <http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=EN&t=PDF&gc=true&sc=false&f=ST%205474%202010%20INIT> (9 ottobre 2014). V. in particolare p. 49 del documento.

<sup>764</sup> Comunicazione della Commissione europea al Parlamento europeo, al Consiglio, al

rimento per la competenza penale cd. accessoria di cui all'art. 83, par. 2, TFUE<sup>765</sup>.

Infine, il 22 maggio del 2012, il Parlamento europeo ha a sua volta approvato, pressoché all'unanimità, una risoluzione dedicata all'approccio dell'Unione al diritto penale<sup>766</sup>, documento che ha chiuso il cerchio di questo confronto inter-istituzionale a distanza.

L'analisi delle prese di posizione richiamate permette di selezionare e tracciare alcune linee direttrici comuni tra gli attori intervenuti, in questa sede affrontate in via sistematica, prima di considerarne la puntuale portata nel prosieguo del lavoro.

Anzitutto, vengono in rilievo alcune contrapposizioni, che costituiscono la tessitura sulla quale dovranno essere ordite le forme della futura politica penale europea. Dal punto di vista teleologico, l'azione dell'Unione in materia penale appare per massima approssimazione incardinata su una duplice anima: una dimensione *lato sensu* esterna, connessa al contrasto a fenomeni criminali gravi e di spettro transfrontaliero, ed una dimensione interna, che attinge all'esigenza di assicurare la piena effettività del diritto UE negli ordinamenti nazionali<sup>767</sup>.

Comitato economico e sociale ed al Comitato delle regioni COM(2011) 573, del 20 settembre 2011, verso una politica penale dell'Unione europea: garantire l'efficace attuazione delle politiche dell'Unione attraverso il diritto penale. Per un commento al contenuto della comunicazione v. C. HARDING, J.B. BANACH-GUTIERREZ, *The emergent EU criminal policy: identifying the species*, in *European Law Review*, 2012, p. 758.

<sup>765</sup> La comunicazione enumera molteplici ambiti diversi dalla operazione penale nei quali potrà profilarsi, in futuro, un eventuale intervento normativo dell'Unione mediante l'adozione di norme incriminatrici. È interessante rilevare sin d'ora, a riprova dei timori di scarsa legittimazione a supporto del sistema penale dell'Unione, come sotto questo profilo la comunicazione della Commissione sia stata accolta con scetticismo. In particolare, gli organi di stampa britannici, non senza una visione atecnica e non del tutto coerente del problema, hanno lanciato l'allarme per un «*massive power grab which would allow Brussels to dictate laws to Britain and decide punishments in our courts. [...] The European Commission has drawn up a document suggesting new 'Euro-crimes' are needed covering everything from road safety and fishing to environmental offences and financial regulation*»: cfr. Daily Mail, *Now EU wants power to set 'Euro-crimes' punishments in our courts*, 26 gennaio 2012, un approccio critico derivante anche dalle risultanze di un dibattito tenuto sulla medesima materia alla House of Commons, il giorno precedente.

<sup>766</sup> Risoluzione del Parlamento europeo del 22 maggio 2012, su un approccio dell'UE in materia di diritto penale, 2010/2310/INI, adottata con 537 voti a favore, 38 contrari e 57 astensioni. Cfr. C. DE JONG, *The European Parliament resolution of 22 May 2012 on a EU approach to criminal law*, in F. GALLI, A. WEYEMBERGH (a cura di), *Approximation of substantive criminal law in the EU*, cit., p. 37. Per il testo della risoluzione v. <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2012-0208+0+DOC+XML+V0//IT> (9 ottobre 2014).

<sup>767</sup> Già in passato, la dottrina aveva in alcune occasioni evidenziato questo binomio, sottolineando come l'adozione di norme penali o processuali penali da parte delle istituzioni europee mirasse sia al contrasto a minacce di portata internazionale, quali il terrorismo o il crimine

Allo stesso tempo, si rileva una costante tensione, che promette di riverberarsi ad ogni passo dell'attività europea in materia, tra scelte di criminalizzazione e alternative di minore incisività. Un braccio di ferro che ripropone ed attualizza il delicato bilanciamento tra sicurezza e posizioni giuridiche soggettive, verso l'obiettivo ultimo della giustizia<sup>768</sup>.

Infine, si denotano robuste forze centrifughe multilivello. Da un lato, sorge la tensione tra la protezione di valori condivisi o ritenuti di comune importanza europea ed il variegato patrimonio di beni giuridici e valori che caratterizza le specificità nazionali, che il Trattato parimenti protegge<sup>769</sup>. Dall'altro lato, questa fonte di possibili discrasie coinvolge anche il piano normativo e pone in discussione il rapporto tra il ravvicinamento degli ordinamenti nazionali e le tradizioni giuridiche degli Stati membri, particolarmente radicate nel settore penale.

Ciascuna di queste discrasie – reali, potenziali o ipotetiche che siano ritenute – ruota attorno ad un nucleo comune, che pulsa con particolare intensità ed interroga circa i criteri e principi che devono orientare la composizione, tanto a livello europeo quanto in sede nazionale, delle tensioni sinteticamente descritte. In breve: quali sono i limiti che l'UE deve rispettare ed oltre ai quali è opportuno – se non doveroso – che non si spinga<sup>770</sup>?

Il quesito di fondo si innesta in un sostrato istituzionale rinnovato, che, come si è avuto modo di considerare, in parte è espressione queste tensioni ed in parte ne rappresenta il presupposto concettuale ineludibile. Infatti, solo una volta chiariti i limiti che caratterizzano la cornice operativa ed il bagaglio funzionale degli attori coinvolti è possibile condurre oltre l'analisi ed interrogarsi sui confini che, in concreto, demarcano l'azione dell'Unione nel settore della cooperazione penale.

In relazione a questo ulteriore quesito di fondo, i documenti programmatici menzionati abbozzano alcune possibili risposte, nel tentativo di individuare il paradigma ispiratore della politica penale europea. In questo senso, la

organizzato, sia alla tutela rafforzata di interessi e beni giuridici considerati a livello europeo meritevoli di particolare protezione. Cfr. V. MITSILEGAS, *The third wave of third pillar law: which direction for EU criminal justice?*, in *European Law Review*, 2009, p. 523.

<sup>768</sup> Cfr. C. RIJKEN, *Re-balancing security and justice: protection of fundamental rights in police and judicial cooperation in criminal matters*, in *Common Market Law Review*, 2010, p. 1455. Più recentemente, con interessanti approfondimenti sulla ricerca della sicurezza come preoccupazione – o valore? – fondante dei recenti sviluppi nell'ordinamento europeo, v. i saggi contenuti nel volume M. FICHERA, J. KREMER, *Law and security in Europe: reconsidering the security constitution*, Londra, 2013.

<sup>769</sup> V. ad es. gli artt. 3 TUE e 4, par. 2, TFUE.

<sup>770</sup> Da una prospettiva criminologica, l'interrogativo riguarda nel suo complesso la *governance* del sistema penale, con la valutazione delle scelte di criminalizzazione, delle implicazioni e dei costi sociali ed istituzionali che esse comportano. Per un'analisi puntuale al riguardo, v. E. BAKER, *Governing through crime: the case of the European Union*, in *European Journal of Criminology*, 2010, p. 187.

giustificazione teorica per l'esercizio delle competenze penali dell'Unione risiede nel valore aggiunto dell'intervento europeo rispetto al panorama normativo sovranazionale esistente e, soprattutto, rispetto agli ordinamenti nazionali. Il concetto di «*add value*», in particolare ricorrente nella comunicazione della Commissione, è peraltro a sua volta suscettibile di multiformi ricostruzioni e richiama l'esigenza di una valutazione *ad hoc*, da operarsi ogniqualvolta si profili l'opportunità di adottare un atto UE in materia penale o processuale penale.

Parametri discretivi per questa valutazione possono senz'altro essere, in una prospettiva "in positivo", le finalità principali sottese all'azione europea nel settore penale, ovverosia il contrasto a forme particolarmente allarmanti e pervasive di criminalità transnazionale, il supporto alla fiducia reciproca tra le autorità nazionali nello spazio giudiziario comune, l'effettività del diritto dell'Unione<sup>771</sup>.

Allo stesso tempo, la nozione di valore aggiunto ha una intrinseca componente negativa, capace di circoscrivere fortemente la sfera di azione delle istituzioni europee. Essa infatti impone, così come peraltro avviene anche in sede nazionale, che l'adozione di norme penali sia subordinata alla sussistenza di uno specifico e rilevante interesse, considerato meritevole di protezione. Secondo le ricostruzioni proposte in dottrina<sup>772</sup>, in particolare, dovrebbe trattarsi di un bene giuridico desumibile dal diritto primario, esposto al rischio di gravi violazioni a causa delle condotte criminose oggetto dell'intervento normativo<sup>773</sup>.

<sup>771</sup> Al riguardo, Klip ritiene che solo il contrasto a forme di grave criminalità transnazionale che avversino gli interessi dell'Unione o ostacolino l'attuazione delle politiche europee. Cfr. A. KLIP, *Editorial: European criminal policy*, cit., p. 20. Nondimeno, una simile visione appare eccessivamente limitativa e non coglie nel segno delle molteplici sfaccettature che, in concreto, al di là dell'obiettivo ultimo della effettività delle politiche UE, l'azione europea in materia penale può riservare.

<sup>772</sup> Il riferimento elettivo, in questo caso, è al Manifesto sulla politica penale europea elaborato da una rete di accademici europei nel 2009 e seguito nel 2011 da un analogo documento riguardante il diritto processuale penale. Il Manifesto evidenzia la necessità di supportare la politica penale europea attraverso lo scrupoloso rispetto di alcuni principi fondamentali della materia e l'esigenza di ancorare qualsiasi iniziativa del legislatore europeo ad un legittimo scopo di tutela, opportunamente ponderato e divulgato: «Il legislatore europeo deve indicare in maniera dettagliata nella motivazione, in accordo con il principio della *good governance*, di quali interessi si tratti ed il fatto che attraverso i comportamenti incriminati tali interessi vengano offesi in maniera non irrilevante. Il mero rafforzamento dell'attuazione di politiche dell'Unione non può legittimare di per sé l'impiego del diritto penale». Il testo del Manifesto del 2009, redatto in sette lingue, può essere consultato sul sito del network universitario in parola, la European Criminal Law Initiative: [www.crimpol.eu](http://www.crimpol.eu) (9 ottobre 2014).

<sup>773</sup> La dottrina enumera il cd. *harm principle* tra i presupposti fondamentali per l'adozione di norme penali da parte dell'Unione. Sul punto, in generale ed in una prospettiva comparatistica focalizzata sul continente europeo, v. N. PERSAK, *Criminalising harmful conduct: the harm principle, its limits and continental counterparts*, New York, 2007; per riflessioni più puntual-

Declinato secondo gli schemi giuridici propri dell'ordinamento europeo, il concetto di valore aggiunto reca dunque con sé una puntuale valutazione sul rispetto di alcuni principi cardine del diritto dell'Unione – oltre che, per alcuni di essi, del diritto penale in generale –: necessità e proporzionalità, sussidiarietà, legalità, tutela dei diritti fondamentali, delle identità nazionali e delle norme fondative dei sistemi penali interni.

Ciascuno di questi principi assume una propria peculiare configurazione nel settore della cooperazione penale e contribuisce a definire i confini entro i quali è legittimato ad intervenire il legislatore dell'Unione. Chiarito dunque il quadro dei limiti sistematici e degli elementi di frammentazione istituzionali entro il quale si articola la cooperazione penale, occorre approfondire l'analisi di questi principi, considerati nel presente lavoro come fattori di equilibrio del sistema e di composizione delle tensioni che naturalmente attraversano l'avanzamento del processo di integrazione europea nel campo della cooperazione in materia penale.





## CAPITOLO III

### I LIMITI DEL SISTEMA GIURISDIZIONALE DELL'UNIONE EUROPEA NELLA COOPERAZIONE IN MATERIA PENALE

SOMMARIO: 1. L'evoluzione del ruolo della Corte di giustizia nella cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale: i limiti storici ed i riflessi sull'attuale disciplina della competenza giurisdizionale. – 1.1. *I limiti alla giurisdizione della Corte di giustizia nell'ambito della cooperazione in materia penale nel Trattato di Maastricht* – 1.2. *Il Trattato di Amsterdam e l'evoluzione della giurisdizione della Corte di giustizia*. – 1.3. *(segue) L'impossibilità di avviare procedure di infrazione e le alternative di carattere politico*. – 1.4. *I limiti al ricorso per annullamento avverso gli atti del terzo pilastro*. – 1.4.1. *I limiti istituzionali*. – 1.4.2. ... ed il loro parziale superamento, attraverso l'approccio sostanzialistico della Corte di giustizia. – 2. *Il Trattato di Lisbona: una nuova veste su misura per la Corte di giustizia e le sue implicazioni nella cooperazione in materia penale*. – 2.1. *Profili introduttivi: gli elementi cardine della riforma delle funzioni della Corte di giustizia*. – 2.2. *L'esaurimento del periodo transitorio quinquennale previsto dal Protocollo n. 36*. – 2.3. *La competenza pregiudiziale* – 2.4. *Il controllo sull'operato degli Stati*. – 2.5. *Il controllo sugli atti dell'Unione*. – 3. *Limiti e rafforzamento della cooperazione in materia penale nell'attività interpretativa della Corte di giustizia*. – 3.1. *L'attività interpretativa della Corte alla luce delle peculiarità della cooperazione in materia penale*. – 3.2. *L'individuazione dei limiti della cooperazione in materia penale mediante il criterio dell'interpretazione letterale*. – 3.3. *Attività interpretativa e superamento dei limiti della cooperazione in materia penale: i metodi sistematico e teleologico*. – 3.4. *Il metodo comparatistico: un criterio interpretativo accessorio... di primaria importanza nell'ambito della cooperazione in materia penale*. – 4. *I limiti residui alla giurisdizione della Corte di giustizia*. – 4.1. *I limiti interni: l'opt-out di alcuni Stati membri, il Protocollo n. 30 sulla Carta dei diritti fondamentali e l'art. 276 TFUE* – 4.2. *Un limite esterno formalmente superato? Cenni al rapporto fra Corte di giustizia e Corte europea dei diritti dell'uomo nella prospettiva della negata adesione dell'Unione europea alla CEDU*. – 5. *Il ruolo propulsivo della Corte ed i suoi limiti nella cooperazione in materia penale*.

#### **1. L'evoluzione del ruolo della Corte di giustizia nella cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale: i limiti storici ed i riflessi sull'attuale disciplina della competenza giurisdizionale.**

*1.1. I limiti alla giurisdizione della Corte di giustizia nell'ambito della cooperazione in materia penale nel Trattato di Maastricht*

Le prime iniziative sviluppate nell'ambito della cooperazione in materia penale, realizzate dagli Stati ed essenzialmente relegate ad un piano politico o

condotte secondo il tradizionale paradigma dell'assistenza giudiziaria internazionale, soffrivano della totale assenza di vaglio da parte della Corte di Lussemburgo.

Queste criticità conobbero un significativo sviluppo all'inizio degli anni '90, in occasione della riforma dei Trattati. In particolare, durante i negoziati sul testo del Trattato di Maastricht, alcune delegazioni nazionali evidenziarono la necessità di limitare l'incisività del ruolo della Corte di giustizia nelle materie rientranti nel settore Giustizia e Affari interni, in ragione della natura intergovernativa della cooperazione intrapresa<sup>774</sup>. Questo intento rispondeva fra l'altro allo scopo di evitare che, mediante l'approccio ermeneutico evolutivo di cui già in passato essa si era resa protagonista, la Corte di Lussemburgo potesse estendere a questo ambito i principi cardine del processo di integrazione comunitaria, facendosi promotrice di un approfondimento indiretto e mediato del grado di interazione fra gli Stati<sup>775</sup>.

In risposta a tali istanze, l'articolo L TUE sottrasse al sindacato giurisdizionale la normativa adottata in materia di Giustizia e Affari interni, salvo specifica investitura in favore del Giudice dell'Unione. Vennero in particolare conferite alla Corte di giustizia, da un lato, la giurisdizione in materia di controversie tra Stati membri – nonché fra questi ultimi e la Commissione<sup>776</sup> –

<sup>774</sup> Il riferimento è, in particolare, alla delegazione britannica ed a quella danese. V. sul punto l'approccio critico di B. FORSTER, *Britain and the negotiation of the Maastricht Treaty: a critique of liberal intergovernmentalism*, in *Journal of Common Market Studies*, 1998, p. 347, e E. DENZA, *The intergovernmental pillars of the European Union*, Oxford, 2001, p. 317.

<sup>775</sup> Le obiezioni mosse, d'altra parte, non resistono ad un'analisi più approfondita del ruolo della Corte e della natura delle fonti giuridiche interessate. Il conferimento di competenza giurisdizionale alla Corte in relazione alle convenzioni, infatti, non avrebbe mutato la loro essenza di strumenti di diritto internazionale pubblico, chiaramente distinti rispetto alle fonti comunitarie, privi delle loro peculiarità e idonei a creare diritti ed obblighi solo in capo alle Parti contraenti. Questa idea era tra l'altro condivisa dal Select Committee on the European Communities della House of Lords, a giudizio del quale, in relazione all'atto istitutivo di Europol, «*the European Court is perfectly capable of applying this Convention as an inter-State Agreement outside the Community pillar*», in House of Lords European Communities Committee, *Report on Europol*, sessione 1994-1995, Report n. 10, Paper 51, par. 123.

<sup>776</sup> La prima ipotesi era di norma espressamente regolata nelle convenzioni, pur con talune rilevanti eccezioni, come nel caso della convenzione sull'estradizione semplificata fra gli Stati membri. V. la convenzione adottata il 10 maggio 1995, in GU C 78, del 30 maggio 1995, p. 2. In particolare, la convenzione sull'uso dell'informatica nel settore doganale (SID) e la convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità (PIF) facevano esplicito riferimento alla Corte, attribuendole una giurisdizione facoltativa, come si desume dalla formula «*può essere adita da una delle parti*» di cui, rispettivamente, agli artt. 27 e 8. V. le Convenzioni del 26 luglio 1995, in GU C 316, del 27 novembre 1995, rispettivamente p. 33 e p. 48. Cfr. N. NEUWAHL, *Problems with judicial control in the Third Pillar: the example of the Europol convention*, in R. BIEBER, A.C. LYON, J. MONAR (a cura di), *Justice et Affaires intérieures. L'Union européenne et la Suisse*, Berna, 1997, p. 35.

circa l'interpretazione ed applicazione delle convenzioni<sup>777</sup> e, dall'altro lato, la competenza sulle questioni ermeneutiche sollevate in via pregiudiziale dai giudici nazionali. Ciascuna di queste funzioni veniva esercitata su base casistica, ovverosia alle luce delle condizioni e dei limiti previsti da ciascuna convenzione<sup>778</sup>.

A questo riguardo, con riferimento alla competenza pregiudiziale, l'art. 2 del Protocollo sull'interpretazione della Convenzione Europol inaugurò un modello "orizzontale"<sup>779</sup>, così definito in quanto esportato anche per gli accordi perfezionati successivamente ed a più riprese riproposto nel terzo pilastro. Il sistema era, infatti, incentrato sulla possibilità per gli Stati membri di accettare, mediante una dichiarazione presentata all'atto della firma della convenzione o in qualsiasi altro momento successivo, la giurisdizione della Corte e di restringere la facoltà di rinvio ai soli giudici di ultima istanza<sup>780</sup>.

<sup>777</sup> In particolare, la competenza giurisdizionale era così delimitata dall'art. K.3, par. 2, lett. c) TUE, ultimo periodo, secondo un'impostazione su base casistica. L'intervento della Corte era inoltre contenuto alla sola interpretazione ed applicazione delle convenzioni formalmente intese, essendo invece escluse le eventuali controversie sorte dalle norme attuative. Sul punto v. M. CONDINANZI, *La (fantomatica) competenza della Corte di giustizia delle Comunità europee nelle Convenzioni concluse dagli Stati membri ai sensi dell'articolo K3, lett. c) del Trattato sull'Unione*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 1996, p. 579.

<sup>778</sup> Per ulteriori contributi di carattere generale sul punto v. N. NEUWAHL, *Judicial control in matters of Justice and Home Affairs: what role for the Court of Justice?*, in R. BIEBER, J. MONAR (a cura di), *Justice and Home Affairs in the European Union. The development of the Third Pillar*, Bruxelles, 1995, pp. 301-320; D.M. CURTIN, J.F.M. POUW, *La coopération dans le domaine de la justice et des affaires intérieures au sein de l'Union européenne: une nostalgie d'avant Maastricht?*, in *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, 1995, p. 13.

<sup>779</sup> La convenzione Europol non conteneva alcuna menzione esplicita della Corte. Solo mediante una dichiarazione ex art. 40, par. 2, della convenzione medesima gli Stati membri, eccetto il Regno Unito, affermarono la volontà di adire sistematicamente la Corte di giustizia. L'articolo 39 della Convenzione stabiliva invece che la competenza relativa alla responsabilità extracontrattuale di Europol venisse devoluta ai giudici nazionali, individuati ai sensi dei criteri di competenza previsti dalla Convenzione di Bruxelles del 1968 sul riconoscimento delle sentenze e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale. Quanto alle controversie in materia di privilegi ed immunità di Europol e dei suoi funzionari, il relativo protocollo, adottato il 1° giugno 1997, in GU C 221, del 19 luglio 1997, p. 1, all'art. 13 prevedeva che le cause concernenti il rifiuto di sospendere un'immunità fossero discusse dal Consiglio per giungere ad una composizione stragiudiziale e, qualora non venissero risolte, il Consiglio decidesse all'unanimità in merito alle strategie per affrontare la questione.

<sup>780</sup> In dottrina, v. M. CONDINANZI, *La (fantomatica) competenza*, cit., p. 579. L'autore ha sottolineato come il ricorso a questa formula accentuasse ulteriormente la frammentazione e l'assenza di coerenza nel sistema giurisdizionale europeo. Cfr. altresì L. SALAZAR *Gli sviluppi nel campo della cooperazione giudiziaria nel quadro del terzo pilastro del trattato sull'Unione europea*, in *Documenti Giustizia*, 1995, p. 1511. Cfr. inoltre S. PEERS, *Who's judging the watchmen? The judicial system on the Area of Freedom, Security and Justice*, in *Yearbook of European Law*, 1998, p. 344, che ha proposto invece un'analisi *ex post*, evidenziando come in realtà, per otto delle dieci convenzioni adottate dopo il Trattato di Amsterdam, gli Stati avessero in concreto riconosciuto la competenza pregiudiziale della Corte. Questo schema di tute-

La scelta della clausola di accettazione rifletteva l'influenza di analoghe soluzioni mutate da altri organi di giustizia internazionale, in particolare l'art. 36 dello Statuto della Corte internazionale di giustizia. Questo modello consentiva dunque agli Stati di conservare un controllo significativo sugli spazi operativi riconosciuti alla Corte di giustizia, assicurando l'attivazione del sistema di tutela giurisdizionale nelle sole eventualità in cui ciò fosse manifestamente consentito.

La centralità degli Stati membri venne ulteriormente confermata nelle convenzioni adottate prima dell'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam, che avrebbe a breve tempo impresso un'accelerazione significativa al processo di integrazione europea, anche nelle materie interessate dalla cooperazione di matrice intergovernativa. Si segnala quale esempio elettivo della perdurante tendenza la convenzione di Dublino sull'estradizione fra gli Stati membri, del 27 settembre 1996, che, pur regolando un istituto capace di incidere profondamente sulla libertà personale, non prevedeva alcun rimedio giurisdizionale<sup>781</sup>.

Per ovviare a questo modello, in occasione dei negoziati per l'adozione delle convenzioni vennero talora propugnatte alcune opzioni alternative. Una prima proposta suggeriva l'istituzione di un comitato tecnico o politico, chiamato a vigilare sulla corretta attuazione dell'atto. Ulteriori soluzioni propendevano invece per l'esplicito riconoscimento di competenza pregiudiziale sull'interpretazione delle convenzioni ora ad una rete di autorità giurisdizionali nazionali, ora alla Corte europea dei diritti dell'uomo, ad una sezione specializzata dell'allora Tribunale di primo grado o ad un tribunale internazionale *ad hoc*. Si trattava, nondimeno, di opzioni in aperto contrasto con il principio di coerenza e unicità del quadro istituzionale europeo, consacrato all'art. C TUE. Esse avrebbero inoltre futilmente complicato il sistema giurisdizionale europeo, senza apportare un rimedio ultimativo al rischio di divergenti interpretazioni delle convenzioni<sup>782</sup>.

Secondo il disposto del TUE, la Corte era altresì chiamata a giudicare sulla corretta individuazione delle basi giuridiche nelle fattispecie interpilastro, in relazione agli atti di diritto derivato che presentassero profili riconducibili al contempo a materie di matrice comunitaria ed intergovernativa. La Corte era dunque legittimata a sindacare la validità degli atti comunitari adottati *ultra vires*, in quanto erroneamente radicati su una base giuridica del primo pi-

la giurisdizionale sarebbe inoltre stato inteso come modello e banco di prova per future riforme dei Trattati.

<sup>781</sup> A parziale correttivo, un anno dopo l'entrata in vigore dell'accordo venne ad esso allegata una dichiarazione con la quale il Consiglio si impegnava ad esaminare l'eventuale attribuzione di competenze alla Corte di giustizia. V. la dichiarazione del Consiglio relativa al seguito della convenzione, in GU C 313, del 23 ottobre 1996, p. 12.

<sup>782</sup> Per approfondimenti sul punto v. A. BLAIR, *Dealing with Europe. Britain and the negotiation of the Maastricht Treaty*, Aldershot, 1999.

lastro<sup>783</sup>; in una prospettiva inversa, in forza dell'art. M del Trattato, essa avrebbe potuto dichiarare l'invalidità di atti del terzo pilastro che dovessero in realtà avere fondamento su una norma del TCE<sup>784</sup>.

Infine, quale ulteriore espressione *in nuce* dei futuri sviluppi della potestà giurisdizionale della Corte, ai sensi dell'art. K.8, par. 1, TUE<sup>785</sup>, era altresì attribuito il potere di statuire sull'operato del Consiglio o di altre istituzioni europee che non avessero dato corretto séguito alla decisione 93/731/CE<sup>786</sup>, in tema di accesso ai documenti delle istituzioni europee<sup>787</sup>.

Al di fuori di queste circoscritte ipotesi, si preferì optare per il coinvolgimento dei giudici nazionali, ai quali si intese dunque devolvere in via elettiva l'interpretazione degli atti GAI esclusi dalla giurisdizione della Corte di Lussemburgo<sup>788</sup>. La produzione normativa del terzo pilastro, pertanto, sfuggiva in

<sup>783</sup> Questa competenza venne applicata in una controversia sorta fra Portogallo e Consiglio, in merito ad un accordo di cooperazione tra la Comunità europea e l'India, finalizzato ad incentivare le relazioni fra le parti contraenti nei settori dell'energia, del turismo, della cultura, della lotta contro l'abuso di stupefacenti e della tutela della proprietà intellettuale. La Corte respinse i rilievi del Portogallo, che aveva eccepito come il contrasto al traffico di stupefacenti rientrasse fra gli obiettivi del terzo pilastro. Secondo la Corte, «*la formazione, l'istruzione, la cura e la disintossicazione dei tossicomani, al pari delle azioni volte a sviluppare la creazione di attività economiche alternative [...] possono collegarsi agli obiettivi socio-economici perseguiti dalla cooperazione allo sviluppo*». V. la sentenza del 3 dicembre 1996, causa C-268/94, *Portogallo c. Consiglio*, in *Racc.* p. I-6177, punto 63.

<sup>784</sup> Cfr. la sentenza della Corte del 12 maggio 1998, causa C-170/96, *Commissione c. Consiglio*, in *Racc.* p. I-2763, nella quale la Corte ha respinto il ricorso per annullamento dell'azione comune 96/197/GAI, del 4 marzo 1996, adottata dal Consiglio sulla base dell'art. K.3 del Trattato sull'Unione europea, riguardante il regime di transito aeroportuale, in GU L 63, del 13 marzo 1996, p. 8. V. sul punto C. NOVI, *La competenza della Corte in materia di atti contemplati dal Titolo VI del Trattato UE*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1998, p. 399.

<sup>785</sup> Il testo di questa norma, peraltro, non sembrava *prima facie* disporre alcuna attribuzione in capo alla Corte. Essa, tuttavia, ha ritenuto di applicare anche a questa disposizione il principio secondo il quale, in presenza di norme del TUE che facessero espresso richiamo ad articoli del TCE, la giurisdizione piena della Corte si estendeva per osmosi.

<sup>786</sup> Decisione del Consiglio 93/731/CE, del 20 dicembre 1993, in GU L 340, del 31 dicembre 1993, p. 43.

<sup>787</sup> V. la sentenza del Tribunale del 17 giugno 1998, causa T-174/95, *Svenska Journalistförbundet c. Consiglio*, in *Racc.* p. II-2289, con cui il Tribunale ha annullato la decisione del Consiglio che rigettava la richiesta del ricorrente di accedere ad alcuni atti di Europol. V. sul punto D. CURTIN, H. MEIJERS, *Access to European Union information: an element of citizenship and a neglected constitutional right*, in A. NEUWAHL (a cura di), *The European Union and human rights*, L'Aia, p. 77. A commento della giurisprudenza del Tribunale, accolta con favore, v. P. PALLARO, *Nuove conquiste per il diritto di accesso ai documenti delle istituzioni comunitarie*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1999, p.695, nonché I. ÖSTERDAHL, *T-174/96 case note*, in *Common Market Law Review*, 1999, p. 1059.

<sup>788</sup> V. l'interrogazione scritta della parlamentare europea Claudia Groth alla Commissione, del 9 novembre 1995, n. E-2971/95, sulla trasposizione dell'azione comune in materia di agevolazioni per i viaggi compiuti da scolari di Paesi terzi residenti in uno Stato membro, e la re-

larga parte ad un controllo giurisdizionale a livello europeo, a danno della sua uniforme interpretazione<sup>789</sup>. Il ruolo riservato alla Corte di giustizia appariva in definitiva ancillare e si inseriva in un modello di tutela e controllo giurisdizionale *à la carte*<sup>790</sup>, privo di coerenza sistematica. Questa impostazione suscitò perplessità diffuse in dottrina, poiché ritenuta frutto «*d'une diplomatie à l'ancienne, dépourvue de contraintes et de sanctions*» e percepita in evidente contrasto con la necessità di accordare adeguate garanzie in un ambito di peculiare sensibilità per gli interessi degli Stati membri e per la tutela dei diritti dell'individuo<sup>791</sup>. Tali profili critici vennero altresì espressi dalla Corte, che, sottolineando in special modo l'esigenza di maggiore coerenza interpretativa fra atti comunitari e fonti del terzo pilastro, li pose all'attenzione del Gruppo di riflessione istituito dal Consiglio europeo ed incaricato di preparare i lavori della Conferenza intergovernativa per una nuova riforma dei Trattati<sup>792</sup>.

lativa risposta del 17 gennaio 1996, in GU C 161, del 05/06/1996, p. 5. La Commissione precisò come «*poiché l'azione comune è stata adottata sotto il titolo VI del Trattato sull'Unione europea, soltanto i tribunali degli Stati membri possono, quando aditi, dare la propria interpretazione per garantirne l'applicazione*», in <http://www.europarl.europa.eu/sides/getAllAnswers.do?reference=E-1995-2971&language=IT> (9 settembre 2014).

<sup>789</sup> C. CURTI GIALDINO, *Schengen e il terzo pilastro: il controllo giurisdizionale secondo il Trattato di Amsterdam*, in *Rivista di diritto europeo*, 1998, p. 245. L'Autore ritiene che tale sistema costituisca un vero e proprio paradosso. V. altresì la critica di M. SPENCER, *States of injustice: a guide to human rights and civil liberties in the European Union*, Londra, 1995, che rileva il forte divario tra la dimensione dei proclami politici sui benefici derivanti dall'abbattimento delle frontiere interne e la sostanziale carenza di tutela dei diritti fondamentali.

<sup>790</sup> Questa impostazione del sistema giurisdizionale è stata criticamente accostata, in dottrina, all'immagine della "coperta di arlecchino", v. L. SALAZAR, *Il controverso ruolo della Corte di giustizia nel "terzo pilastro": prime applicazioni dell'articolo K. 3 del Trattato sull'Unione europea*, in *Studi in onore di G.F. Mancini. Diritto dell'Unione europea*, vol. II, Milano 1998, p. 926.

<sup>791</sup> In questi termini H. LABAYLE, *La coopération dans les domaines de la justice et des affaires intérieures*, in P. MANIN (a cura di), *La révision du Traité sur l'Union européenne. Perspectives et réalités*, Groupe français d'études pour la Conférence intergouvernementale, Parigi 1996, p. 137. Ha proposto invece un approccio meno critico S. PEERS, *Who's judging the watchmen?*, cit., p. 343, che, pur non pronunciandosi specificamente sulle attribuzioni della Corte nel terzo pilastro, ritiene un «*Euro-myth*» che essa fosse sprovvista di effettive attribuzioni, almeno sotto il profilo quantitativo.

<sup>792</sup> Cfr. la Relazione su taluni aspetti dell'applicazione del Trattato sull'Unione europea, Lussemburgo, maggio 1995: «La tutela giurisdizionale dei singoli rispetto alle [...] attività [...] della cooperazione nei settori della giustizia e degli affari interni andrebbe garantita e organizzata in modo tale che il diritto comunitario, da un lato, e le misure emanate nell'ambito di tale cooperazione dall'altro, siano interpretate e applicate coerentemente». A commento di questa relazione, P. CRAIG, *The road to the 1996 Intergovernmental Conference. The contribution of the European Court of Justice and the Court of first instance*, in *Public Law*, 1996, p. 13; J.L. DA CRUZ VILAÇA, *La nouvelle architecture judiciaire européenne et la conférence intergouvernementale*, in *Cahiers de droit européen*, 1996, p. 3.

### 1.2. *Il Trattato di Amsterdam e l'evoluzione della giurisdizione della Corte di giustizia*

L'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam segnò il passaggio ad una nuova fase del ruolo della Corte di giustizia rispetto agli atti del terzo pilastro<sup>793</sup>. In proposito, l'art. 46 TUE stabiliva che l'ambito applicativo delle disposizioni sulle competenze della Corte si estendesse anche alla cooperazione in materia penale, alle condizioni fissate dall'art. 35 TUE.

Questa norma legittimava a sua volta la Corte a statuire sull'interpretazione e la validità delle decisioni quadro e delle decisioni, nonché sull'interpretazione delle convenzioni adottate a norma dell'art. 34, par. 2, lett. d) TUE e sull'interpretazione e la validità delle relative misure di applicazione. Ancora una volta, peraltro, l'esercizio di tali prerogative era subordinato all'esplicito riconoscimento da parte degli Stati membri della giurisdizione della Corte. Inoltre, ciascuno Stato poteva indicare se la facoltà di rivolgersi alla Corte in sede pregiudiziale fosse ristretta ai soli organi giurisdizionali supremi, ovvero estesa ad ogni autorità giurisdizionale interna<sup>794</sup>.

Le soluzioni sperimentate con la riforma del 1997 perpetuarono dunque lacune e forti limitazioni all'intervento della Corte. Questo frammentato panorama rimase inalterato anche a seguito del Trattato di Nizza, che apportò alcune modifiche di carattere generale all'architettura istituzionale e giudiziaria dell'Unione europea<sup>795</sup>, senza tuttavia affrontare nel merito le istanze di rafforzamento del modello di protezione giurisdizionale.

<sup>793</sup> V., in generale, sul ruolo della Corte all'esito del Trattato di Amsterdam, N. FENNELLY, *Preserving the legal coherence within the new treaty: the European Court of Justice after the Treaty of Amsterdam*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 1998, p. 185; A. ALBORS-LLORENS, *Changes in the jurisdiction of the European Court of Justice under the Treaty of Amsterdam*, in *Common Market Law Review*, 1998, p. 1273.

<sup>794</sup> Sul punto, così come sulle analoghe limitazioni all'esperibilità del rinvio pregiudiziale a norma dell'art. 68 TCE, la dottrina ha levato un coro pressoché unanime di perplessità. Si distingue dall'orientamento generale v. S. LANGRISH, *The Treaty of Amsterdam: selected highlights*, in *European Law Review*, 1998, p. 3, per il quale «cutting off access to all lower courts only slightly modifies Article 234». Ha proposto invece una critica risoluta A. ALBORS-LLORENS, *Changes in the jurisdiction*, cit., p. 1288, secondo la quale il Trattato di Amsterdam «destroy[s] the unity of ECJ jurisdiction and seriously undermin[es] the judicial protection available to private parties». Peers ha evidenziato peraltro come l'assenza, nel Titolo IV TCE, di clausole volte a limitare le competenze della Corte anche rispetto a ulteriori rimedi giurisdizionali imponesse di ritenere piene le sue funzioni al di fuori del ruolo esercitato in via pregiudiziale. L'Autore ha ricavato il proprio convincimento dai criteri interpretativi dei Trattati e dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, che portano a ritenere che solo in presenza di espresse esclusioni il ruolo della Corte potrebbe trovare ostacoli. V. S. PEERS, *Who's judging the watchmen?*, cit., p. 352 e giurisprudenza ivi citata in nota.

<sup>795</sup> Il Trattato di Nizza, in particolare, ha istituito la Grande Camera. È stato inoltre reso facoltativo l'intervento degli avvocati generali, in modo da assicurare il loro contributo in relazione alle questioni giuridiche di effettivo interesse o di maggiore complessità. Il Trattato del



1.3. (Segue) *L'impossibilità di avviare procedure di infrazione e le alternative di carattere politico*

Il progressivo rafforzamento ed ampliamento degli interventi normativi europei in tema di cooperazione di polizia e giudiziaria penale, peraltro, accrebbe le preoccupazioni in ordine, da un lato, alla puntualità ed alla qualità dell'adempimento ad opera degli Stati membri e, dall'altro lato, alla circoscritta possibilità di sottoporre a sindacato di validità gli atti dell'Unione.

Quanto al primo profilo, il limite istituzionale appariva particolarmente evidente in relazione agli obblighi derivanti dalle decisioni quadro, la cui trasposizione ha a più riprese evidenziato ritardi, resistenze o l'adozione di misure interne inadeguate da parte degli Stati membri<sup>796</sup>. Il contesto normativo primario, tuttavia, precludeva alla Commissione il compiuto esercizio del proprio ruolo di custode della legalità dei Trattati, con grave pregiudizio per l'applicazione uniforme ed effettiva delle fonti dell'Unione<sup>797</sup>.

D'altra parte, il *deficit* di controllo sull'operato degli Stati non poteva essere colmato mediante un'interpretazione estensiva delle prerogative ricono-

2001 ha poi dato avvio ad un percorso di semplificazione procedurale, finalizzato ad evitare l'arretrato e ad accelerare la trattazione di alcune cause. Ad esempio, è stata introdotta la procedura semplificata, che legittima la Corte di giustizia a statuire con ordinanza nelle ipotesi in cui una questione pregiudiziale sia identica ad altro quesito che abbia già dato luogo ad una pronuncia o nei casi in cui la sua soluzione sia agevolmente ricavabile da consolidata giurisprudenza. Sul punto v. D. JARABO COLOMER, *La réforme de la Cour de justice opérée par le Traité de Nice et sa mise en œuvre future*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 2001, p. 705.

<sup>796</sup> Ciò risulta evidente dalle numerose comunicazioni emesse dalla Commissione in forza dell'investitura a svolgere un'attività di *follow up* sul livello – quantitativo e qualitativo – di trasposizione di tali atti da parte degli Stati membri. Si segnala, a titolo esemplificativo, la relazione della Commissione ai sensi dell'art. 22 della decisione quadro 2006/783/GAI del Consiglio, del 6 ottobre 2006, relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni di confisca, COM(2010) 428 def., del 23 agosto 2010, nella quale vengono evidenziate la mancata attivazione da parte di molti Stati e l'estrema eterogeneità delle soluzioni avvalorate negli ordinamenti nazionali, ritenute sotto molti profili ampiamente insoddisfacenti. Ancora più emblematico è l'esito dell'attività di controllo sulla trasposizione della decisione quadro in materia di mandato d'arresto europeo, sostanziatasi, ad esempio, nelle relazioni COM(2005) 63 def., del 23 febbraio 2005, COM(2006) 8 def., del 24 gennaio 2006, e COM(2011) 175, dell'11 aprile 2011. Per una valutazione complessiva sul grado di adempimento alle norme dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia v. J. LAFFRANQUE, *The Area of freedom, security and justice, including information society issues. Reports of the XXV FIDE Congress*, Tallinn, 2012.

<sup>797</sup> Anche in dottrina, peraltro, era stata evidenziata la scarsa praticabilità della procedura di infrazione nel settore penale, proprio in ragione delle frequenti resistenze degli Stati nel dare piena attuazione agli obblighi derivanti dalla cooperazione in materia penale e, in special modo, dall'adozione di decisioni quadro. V. sul punto L. SALAZAR, *Presente e futuro nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia: dal Piano d'azione dell'Aia alla «visione» della Commissione europea*, in A. GRASSO, R. SICURELLA (a cura di), *Per un rilancio del progetto europeo. Esigenze di tutela degli interessi comunitari e nuove strategie di integrazione penale*, Milano, 2009, p. 625.

sciute alla Corte di giustizia dal TUE, operando, come pur suggerito da parte della dottrina<sup>798</sup>, un accostamento *de facto* dell'art. 35 TUE alla disciplina della procedura di infrazione di cui agli artt. 226-228 TCE. Allo stesso modo, non poteva valere a colmare in concreto questa lacuna la prassi – a più riprese criticata poiché motivo di scarsa coerenza sistematica ed in quanto ritenuta capace di attentare ai principi di legalità e certezza del diritto, sebbene talora in auge ancora oggi<sup>799</sup> – del cd. doppio binario, in base alla quale il legislatore europeo, al fine di disciplinare nel complesso una stessa materia, perveniva alla contestuale adozione di un atto del primo pilastro e di una decisione quadro<sup>800</sup>. In simili situazioni, in caso di procedura di infrazione connessa al mancato adempimento ad un obbligo previsto dalla fonte comunitaria, il nesso di funzionalità e complementarità fra i due atti avrebbe potuto consentire di estendere in via indiretta il sindacato della Corte alle misure adottate a livello interno per conseguire gli obiettivi consacrati nella decisione quadro<sup>801</sup>. Seppur suggestiva, questa soluzione non ha mai trovato effettivo seguito nella prassi. In ogni caso, essa avrebbe imposto alla Corte di operare un delicato e non agevole bilanciamento fra le competenze attribuitele dal Trattato comunitario e l'assenza di una analoga base giuridica nell'ambito del Terzo pilastro.

<sup>798</sup> Questa possibilità è stata paventata, ad esempio, da P. EECKHOUT, *The European Court of Justice and the "Area of Freedom, Security and Justice": challenges and problems*, in D. O'KEEFE (a cura di), *Judicial review in European Union law. Liber Amicorum in honour of Lord Slynn of Hadley*, Londra, 2000, p. 162.

<sup>799</sup> Come si avrà modo di considerare con maggiore attenzione, la prassi di completare la disciplina di una materia mediante la contestuale adozione di un atto fondato sulla competenza penale dell'Unione e di una fonte radicata in un'altra politica europea non è del tutto venuta meno neppure con il Trattato di Lisbona. Si pensi ad esempio al regolamento (UE) 596/2014, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 aprile 2014, relativo agli abusi di mercato, ed alla direttiva 2014/57/UE, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 aprile 2014, relativa alle sanzioni penali in casi di abusi di mercato, entrambe in GU L 173, del 12 giugno 2014, rispettivamente a p. 1 e p. 179.

<sup>800</sup> V., fra i vari esempi possibili, la direttiva 2002/90/CE del Consiglio, del 28 novembre 2002, sulla definizione di favoreggiamento, ingresso, transito e soggiorno illegali, completata con la coeva decisione quadro 2002/946/GAI, atta a rafforzare il contrasto a tali condotte, in GU L 328, del 5 dicembre 2012, rispettivamente a p. 17 e p. 1. Cfr. altresì la direttiva 2001/97/CE, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 4 dicembre 2001, recante modifica della direttiva 1991/308/CEE del Consiglio relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività illecite, accompagnata dalla decisione quadro del Consiglio 2001/500/GAI, del 26 giugno 2001, sul riciclaggio di denaro, l'individuazione, il rintracciamento, il congelamento o sequestro e la confisca degli strumenti e dei proventi di reato, rispettivamente in GU L 344, del 28 dicembre 2001, p. 76 ed in GU L 182, del 5 luglio 2001, p. 1. In dottrina v. C. HONORATI, *La comunitarizzazione della tutela penale ed il principio di legalità nell'ordinamento comunitario*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2006, p. 941.

<sup>801</sup> Ha prospettato in particolare questa possibilità A. TIZZANO, *Il ruolo della Corte di giustizia nella prospettiva dell'Unione europea*, in *Rivista di diritto Internazionale*, 1994, p. 926.

All'assenza di specifiche funzioni di vigilanza in capo alla Commissione e di un potere di controllo giurisdizionale esaustivo sull'operato degli Stati faceva eco, quale parziale correttivo, la previsione di meccanismi di verifica politica sulla trasposizione delle decisioni quadro<sup>802</sup>. In molti casi, le singole decisioni quadro annoveravano disposizioni volte ad imporre agli Stati membri di comunicare al Segretariato del Consiglio e alla Commissione le misure che erano intenzionati a adottare ai fini del tempestivo e corretto recepimento<sup>803</sup>. Si trattava nondimeno di procedure di natura essenzialmente politica, che comportavano una notevole varietà di metodologie, nonché differenti livelli ed intensità della valutazione, ancora una volta a discapito dell'uniformità sistematica e di un controllo efficace sulla condotta degli Stati membri<sup>804</sup>.

#### 1.4. I limiti al ricorso per annullamento avverso gli atti del terzo pilastro

##### 1.4.1. I limiti istituzionali

In relazione alla possibilità di formulare un ricorso per annullamento, invece, il previgente l'art. 35, par. 6, TUE disegnava un rimedio per molti aspetti affine a quello in opera nel pilastro comunitario ed ivi disciplinato all'art. 230 TCE. Identici erano invero i vizi di legittimità degli atti e, dal punto di vi-

<sup>802</sup> Questa prassi si può riscontrare anche in alcune fonti adottate prima dell'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam. V. ad es. l'azione comune n. 96/750/GAI, del 17 dicembre 1996, relativa al ravvicinamento delle legislazioni e delle prassi degli Stati membri dell'Unione europea ai fini della lotta contro la tossicodipendenza e della prevenzione e lotta contro il traffico illecito di droga, in GU, n. L 342, del 31 dicembre 1996, p. 6.

<sup>803</sup> Sulla scorta di tali informazioni, secondo una clausola riportata in un numero significativo di testi, la Commissione redige una o più relazioni, che costituiscono la base per una valutazione da parte del Consiglio e che rendono conto delle diverse soluzioni applicative avvalorate a livello interno, anche sotto il profilo terminologico e tecnico.

<sup>804</sup> Al riguardo, ad esempio, la dottrina ha evidenziato come gli strumenti normativi finalizzati ad attuare il principio del reciproco riconoscimento abbiano patito un sindacato maggiormente stringente, in raffronto agli atti di armonizzazione o ravvicinamento. È stato inoltre precisato come, a fronte di un'attività di controllo particolarmente stringente nei confronti degli Stati candidati o di nuova adesione, il vaglio sull'operato degli altri Stati membri costituisca una "rete a maglie larghe". Cfr. S. DE BIOLLEY, A. WEYEMBERGH (a cura di), *Comment évaluer le droit pénal européen?*, Bruxelles, 2007, p. 78. Cfr. altresì M. BORGERS, *Implementing framework decisions*, in *Common Market Law Review*, 2007, p. 1361, il quale, rispondendo a questa criticità e muovendo dalla consapevolezza che molti dei risultati prospettati dalle istituzioni europee hanno attecchito con fatica negli ordinamenti nazionali, ha suggerito un cambio di mentalità nella conduzione dell'attività di controllo sul recepimento degli atti del terzo pilastro, ad esempio individuando forme differenti in base alla natura delle disposizioni inserite in ciascuna decisione quadro. L'Autore, ripercorrendo la giurisprudenza della Corte in materia di procedure di infrazione, dalla quale la Commissione stessa desume i criteri discretivi per l'analisi sull'operato degli Stati, ha sottolineato la necessità di apportare opportuni distinguo in caso di giudizio sull'applicazione di una decisione quadro.

sta procedurale, era imposto lo stesso termine rigoroso di due mesi dalla pubblicazione dell'atto per il tempestivo esperimento del ricorso<sup>805</sup>.

Nondimeno, il carattere intergovernativo della cooperazione nell'ambito del terzo pilastro si rifletteva sulla portata operativa del rimedio, che presentava significative limitazioni sotto il profilo oggettivo e soggettivo. Nel primo senso, solo le decisioni e le decisioni quadro potevano essere oggetto di sindacato di legittimità, con esclusione dunque delle posizioni comuni e fatti salvi gli eventuali rimedi espressamente previsti dalle convenzioni. Ancor più gravose erano poi le condizioni per il riconoscimento della legittimazione attiva, che spettava solo agli Stati, al Consiglio ed alla Commissione, mentre né il Parlamento europeo né i privati beneficiavano di tale prerogativa.

Per quanto riguarda il Parlamento europeo, la limitazione era coerente con il ruolo secondario ad esso riconosciuto nel terzo pilastro, che si riverberava in misura decisiva sul controllo sull'operato del Consiglio. Nondimeno, l'esclusione dell'istituzione rappresentativa dei cittadini appariva in tutta evidenza una censurabile discrasia rispetto al percorso maturato nell'ambito dell'integrazione comunitaria. In tale sede, infatti, pur in assenza di un dato espresso del Trattato, la Corte di giustizia, facendo leva sulle peculiarità dell'ordinamento europeo ed elevandolo a «comunità di diritto» nella quale gli atti delle istituzioni sono sottoposti a controllo di legittimità<sup>806</sup>, aveva sin dagli anni '80 rafforzato il sistema di tutela giurisdizionale del primo pilastro, attribuendo al Parlamento la qualifica di legittimato attivo<sup>807</sup>.

Quanto alle persone fisiche e giuridiche, l'impossibilità di promuovere il ricorso in esame trovava ragione, in via principale, nella natura stessa delle fonti del terzo pilastro, prive di effetti diretti negli ordinamenti nazionali<sup>808</sup>. A prima vista, pertanto, la mitigazione del sindacato della Corte in rapporto agli individui poneva il problema del rispetto del diritto ad un rimedio giurisdi-

<sup>805</sup> A differenza di quanto disciplinato all'art. 231 TCE, nulla peraltro era previsto in ordine agli effetti della sentenza di annullamento di atti del terzo pilastro, anche se la sostanziale analogia fra decisioni quadro e direttive poteva far ragionevolmente supporre l'affinità tra sentenze che le invalidassero. In dottrina, A. ROTTOLA, *La Corte di giustizia è competente ma... non lo è*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2001, p. 559.

<sup>806</sup> Cfr. il parere della Corte del 14 dicembre 1991, 1/91, sul progetto di accordo fra la Comunità europea ed i Paesi dell'Associazione europea di libero scambio, relativo alla creazione dello spazio economico europeo (SEE), in *Racc.* p. I-6079. Analogo concetto è stato espresso dalla Corte con riferimento all'UE, ad esempio, nella sentenza del 29 giugno 2010, cause riunite C-55/09 e C-55/09, *E & F*, in *Racc.* p. I-9187, punto 44.

<sup>807</sup> Cfr. la nota sentenza del 23 aprile 1986, causa 294/83, *Partie écologiste Les Verts c. Parlamento europeo*, in *Racc.* p. 1139.

<sup>808</sup> Questo aspetto è stato in realtà oggetto di approfondito e critico dibattito in dottrina. Per una breve panoramica delle problematiche connesse alla questione, E. PISTOIA, *La questione del carattere self-executing delle norme in materia di diritto penale adottate nel quadro del terzo pilastro*, in L. PICCHIO, G. PALMISANO (a cura di), *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, Napoli, 2004, p. 593.

zionale effettivo, consacrato all'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ed agli artt. 6 e 13 della CEDU<sup>809</sup>.

Al riguardo, con riferimento al pilastro comunitario, la Corte di giustizia ha tradizionalmente posto l'accento sul carattere unitario e completo del sistema di tutela giurisdizionale disciplinato dal Trattato<sup>810</sup>. Un sistema che, in ragione dell'applicazione decentrata del diritto dell'Unione e sulla base del principio di leale cooperazione di cui all'art. 10 TCE, oggi art. 4 TUE, affianca ai rimedi predisposti a livello sovranazionale l'intervento delle autorità giudiziarie degli Stati membri, attive garanti della piena efficacia delle norme europee e della protezione delle situazioni giuridiche soggettive da queste investite<sup>811</sup>. Nell'ottica del complesso di rimedi unitario, esaustivo e multilivello configurato dalla giurisprudenza di Lussemburgo, i privati avrebbero dunque potuto beneficiare di tutela in sede nazionale, avverso i provvedimenti interni di recepimento degli atti UE, oppure a livello europeo, nell'ipotesi in cui le norme di attuazione fossero state adottate in sede comunitaria<sup>812</sup>.

<sup>809</sup> Diritto cui la Corte di giustizia ha con giurisprudenza costante e consolidata riconosciuto tutela nell'ordinamento europeo, poiché «costituisce espressione di un principio giuridico generale su cui sono basate le tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri». V. sentenza 15 maggio 1986, causa C-222/84, *Johnston c. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, in *Racc.* p. 1651, punto 18; nonché 3 dicembre 1992, causa C-97/91, *Oleifici Borelli SpA c. Commissione*, in *Racc.* p. I-6313, punto 14; 25 luglio 2002, causa C-50/00 P, *Unión de Pequeños Agricultores c. Consiglio*, in *Racc.* p. I- 6677, punto 39; 3 settembre 2008, cause riunite C-402/05 P e C-415/05 P, *Kadi ed Al Barakaat International Foundation c. Consiglio e Commissione*, in *Racc.* p. I-6351.

<sup>810</sup> La giurisprudenza sul punto è oltremodo copiosa, v. per tutte, la sentenza della Corte del 23 aprile 1986, *Parti Ecologiste Les Verts c. Parlamento*, cit., punto 23; cfr. altresì le sentenze 15 maggio 1986, causa 222/84, *Johnston*, in *Racc.* p. 1651, punto 18; 22 ottobre 1987, causa 314/85, *Foto-Frost c. Hauptzollamt Lübeck-Ost*, in *Racc.* p. 4199, punto 16; 23 marzo 1993, causa C-314/91, *Weber c. Parlamento*, in *Racc.* p. I-1093, punto 8; 27 novembre 2001, causa C-424/99, *Commissione c. Austria*, in *Racc.* p. I-9285, punto 45; 22 dicembre 2010, causa C-279/09, *DEB*, in *Racc.* p. I-13489.

<sup>811</sup> La Corte, prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, ha riservato queste riflessioni per il pilastro comunitario. È stato tuttavia evidenziato come, anche nel regime preventivo, le esigenze di tutela non potessero non coinvolgere l'ordinamento europeo *in toto*, anche in ragione del fatto che l'art. 6 TUE ha sin dalla sua originaria formulazione richiamato l'Unione nel suo complesso, nelle sue tre articolazioni in pilastri. Così R. MASTROIANNI, *La tutela dei diritti nell'ordinamento comunitario: alcune osservazioni critiche*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2008, p. 855.

<sup>812</sup> V., sul punto, la sentenza del Tribunale di primo grado 12 dicembre 2006, causa T-228/02, *OMPI*, in *Racc.* p. II-4665, punti 52-56. Il Tribunale ha affermato la propria competenza a pronunciarsi su un ricorso di annullamento diretto contro una posizione comune adottata ai sensi degli artt. 15 UE, che rientra nel titolo V del Trattato UE, relativo alla politica estera e di sicurezza comune (PESC), e 34 UE, che rientra nel titolo VI del Trattato UE, sulla cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale (GAI), esclusivamente qualora sia fatta valere, a sostegno di un siffatto ricorso, una violazione delle competenze della Comunità. Il Collegio ha infatti precisato che, nella sua formulazione riformata nel 1997, il Trattato sull'U-

D'altra parte, nonostante il dettame dell'art. 34, par. 2, TUE, non si poteva escludere *in toto* che alcuni atti fossero comunque capaci di produrre effetti pregiudizievoli nella sfera giuridica dei singoli, anche a prescindere da norme di trasposizione<sup>813</sup>. A conferma di ciò, la prassi del Consiglio ha evidenziato nel tempo la crescente tendenza a ricorrere a provvedimenti suscettibili di incidere in misura rilevante sulle posizioni giuridiche soggettive, come nelle ipotesi di misure ablativo *in rem*. In simili situazioni, l'assenza di legittimazione attiva in capo ai privati ai fini dell'annullamento dell'atto comportava una sostanziale carenza di rimedi giurisdizionali, in spregio della tutela processuale dell'individuo<sup>814</sup>.

1.4.2. ... ed il loro parziale superamento, attraverso l'approccio sostanzialistico della Corte di giustizia

La problematica in questione si è posta con allarme crescente dal 2001, a séguito del nuovo corso dell'attività delle istituzioni europee nel contrasto al terrorismo internazionale<sup>815</sup>. In particolare, l'occasione per un approfondito dibattito sul punto è stata offerta dalla posizione comune 931/2001/PESC, del 27 dicembre 2001<sup>816</sup>, in allegato alla quale era riportato un elenco di per-

nione europea non prevedeva l'impugnabilità delle posizioni comuni e, tantomeno, consentiva di accogliere i ricorsi promossi da soggetti privati. Ciò anche alla luce del fatto che l'elencazione delle competenze della Corte di giustizia di cui all'art. 46 TUE doveva essere considerata tassativa. Nello stesso senso v., ad esempio, la sentenza della Corte del 16 novembre 2011, causa C-548/09, *Melli Bank c. Consiglio*, in *Racc.* p. I-11381. Cfr. in dottrina G. GARBAGNATI KETVEL, *La giurisprudenza della Corte comunitaria in materia penale: verso un ravvicinamento tra i «pilastrini» dell'Unione europea?*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2007, p. 395.

<sup>813</sup> In questo senso S. DOUGLAS-SCOTT, *Rule of law in the EU. Putting security in the Area of Freedom, Security and Justice*, in *European Law Review*, 2004, p. 219; E. SPAVENTA, *Remembrance of principles lost. Fundamental rights, the Third Pillar and the scope of Union law*, in *Yearbook of European Law*, 2007, p. 153.

<sup>814</sup> In alternativa, in caso di adozione delle norme di attuazione di tali provvedimenti, gli individui avevano la possibilità di sollecitare la formulazione di un rinvio pregiudiziale di validità ad opera del giudice interno. Tuttavia, tale procedura soffriva a sua volta di significative limitazioni operative e, in ogni caso, sarebbe intervenuta *ex post*, essendo preclusa la possibilità di sindacare l'atto direttamente. Nell'ipotesi di misure attuative a livello comunitario, queste avrebbero potuto essere oggetto di ricorso per annullamento *ex art.* 230 TCE, oppure l'individuo avrebbe potuto esercitare l'azione di danni di cui al combinato disposto degli artt. 235 e 288, par. 2, TCE. Anche in questa situazione, tuttavia, si sarebbe trattato di palliativi di natura indiretta, inidonei a scalfire l'atto originario.

<sup>815</sup> V. sul punto, fra i numerosi contributi dottrinali, E. BRIBOSIA, A. WEYEMBERGH (a cura di), *Lutte contre le terrorisme et droits fondamentaux*, Bruxelles, 2002; J. MONAR, *Anti-terrorism law and policy: the case of the European Union*, in V.V. RAMRAJ, M. HOR, K. ROACH (a cura di), *Global anti-terrorism law and policy*, Cambridge, 2005, p. 175; E. GUILD, A. BALDACCINI (a cura di), *Terrorism and the foreigner: a decade of tension around the rule of law in Europe*, Leiden, 2007; C. MURPHY, *EU anti-terrorism law*, Oxford, 2012.

<sup>816</sup> Posizione comune del Consiglio, del 27 dicembre 2001, relativa all'applicazione di misure specifiche per la lotta al terrorismo, in *GU L 344*, del 28 dicembre 2001, p. 93.

sone, gruppi ed entità «coinvolti in atti terroristici», nei cui confronti erano previsti il cd. congelamento dei beni ed il rafforzamento delle iniziative di cooperazione giudiziaria e di polizia. Queste ultime misure, in particolare, erano disciplinate dall'art. 2, il cui tenore rendeva non necessaria l'adozione di specifiche disposizioni attuative nazionali o comunitarie, mentre l'art. 4 invocava la piena collaborazione degli Stati nella realizzazione degli obiettivi posti dalla normativa europea rispetto a tali soggetti. La sfera giuridica dei destinatari era dunque direttamente interessata dall'atto, pur in mancanza delle condizioni per attivare un rimedio giurisdizionale nell'ambito del terzo pilastro.

Ne è conseguito un rilevante contenzioso, nell'ambito del quale si segnalano le sentenze *Segi* e *Gestoras pro Amnistia*<sup>817</sup>, già oggetto di approfondito dibattito dottrinale<sup>818</sup>, che qui si richiamano al precipuo scopo di sottolineare, ancora una volta, la costante tensione tra limiti sistematici connaturati alla previgente architettura della cooperazione in materia penale ed i tentativi – in questo caso operati dalla Corte di giustizia – di un loro superamento.

Le pronunce sono scaturite da un ricorso presentato da due associazioni attive nel sostegno alle istanze basche, inserite nella lista di cui alla sopra menzionata posizione comune<sup>819</sup>. A séguito dell'impugnazione dell'ordinanza

<sup>817</sup> Cfr. le sentenze della Corte del 27 febbraio 2007, causa C-355/04 P, *Segi e a. c. Consiglio*, in *Racc.* p. I-1657, e causa C-354/04 P, *Gestoras pro Amnistia e a. c. Consiglio*, in *Racc.* p. I-1579.

<sup>818</sup> Cfr., fra gli altri, S. PEERS, *Salvation outside the church*, cit., p. 883; D. SANTAMARIA, I. ANA, *Las sentencias Segi y Gestoras del TJCE: ¿un sermón sin mayores consecuencias o un primer toque de atención?*, in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2007, p. 313; A. JOHNSTON, *The European Union, the ongoing search for terrorists' assets and a satisfactory legal framework: getting warmer or colder?*, in *The Cambridge Law Journal*, 2007, p. 523; B. DAVIES, *Segi and the future of judicial rights protection in the Third Pillar of the EU*, in *European Public Law*, 2008, p. 311; E. BARTOLONI, *Articolazione delle competenze e tutela dei diritti fondamentali nelle misure UE contro il terrorismo*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2009, p. 47; C. DI STASIO, *La lotta multilivello al terrorismo internazionale: garanzia di sicurezza versus tutela dei diritti fondamentali*, Milano, 2010.

<sup>819</sup> Le due associazioni, peraltro, si erano già in precedenza rivolte alla Corte europea dei Diritti dell'Uomo, che aveva dichiarato l'inammissibilità dei ricorsi, non rilevando profili di contrasto fra l'inserimento nella *black-list* e le tutele approntate dalla CEDU. Le norme della posizione comune, infatti, avendo carattere generale ed essendo prive di effetti diretti negli ordinamenti nazionali, non erano idonee a cagionare una violazione «violazione concreta ed attuale» della Convenzione. Cfr. l'ordinanza del 23 maggio 2002, ricorsi 6422/02 e 9916/02, *Segi e a. e Gestoras pro Amnistia e a. c. i quindici Stati membri dell'Unione europea*, in *Rec.* 2002-V n. 20583. In dottrina si è peraltro evidenziato come, anche nell'ipotesi di una valutazione nel merito da parte della Corte, il ricorso sarebbe stato con ogni probabilità respinto. La giurisprudenza di Strasburgo, infatti, avvalorata la presunzione secondo la quale, nell'attuazione degli obblighi derivanti dalla partecipazione ad un'organizzazione internazionale cui abbia devoluto sovranità, la condotta di uno Stato non può essere ritenuta contraria al dettame della CEDU. Ciò presuppone tuttavia che il livello di tutela dei diritti fondamentali garantito in tale organizzazione internazionale sia quantomeno equivalente a quello assicurato nel sistema del Consiglio d'Europa. Al riguardo, la Corte di Strasburgo ha rilevato questo requisito rispetto all'ordinamento comunitario: v. la sentenza 30 giugno 2005, ricorso n. 45036/98, *Bosphorus c. Irlanda*, in *Rec.* 2005-VI, punti 153-165. In questo

reiettiva di un'azione di danni per responsabilità extracontrattuale della Comunità pronunciata dal Tribunale di primo grado<sup>820</sup>, l'avvocato generale Mengozzi suggerì alla Corte di statuire nel senso che, in realtà, le associazioni in parola non fossero del tutto prive di tutela: in forza del citato principio di leale cooperazione, infatti, sarebbe spettato allo Stato di appartenenza approntare idonei rimedi giudiziali avverso i provvedimenti ablativi. L'avvocato generale, in particolare, riteneva che l'assenza di un'elencazione cogente dei diritti fondamentali tutelati dall'Unione europea ostasse, a quello stadio di evoluzione del processo di integrazione, ad opzioni ermeneutiche volte ad anteponere il principio generale della tutela giurisdizionale effettiva al principio delle competenze di attribuzione<sup>821</sup>.

La Corte, pur muovendo da analoghi presupposti, ovverosia l'inammissibilità dell'azione di danni nell'ambito del terzo pilastro e la maggior completezza del sistema di tutela giurisdizionale comunitario, ha tuttavia statuito diversamente, focalizzando il proprio apprezzamento sugli effetti dell'atto e sulla necessità di "smascherare" la sua reale natura. Il contenuto della posizione comune, infatti, proprio per l'incidenza sulla situazione giuridica dei singoli, eccedeva la portata riconosciuta dal Trattato, tanto da potersi qualificare, in sostanza, come una decisione avente una pluralità di destinatari<sup>822</sup>. Di conseguenza, proprio alla stregua di una decisione, esso poteva essere oggetto di sindacato di validità, pur sempre secondo le forme e le condizioni previste dall'art. 35, par. 6, TUE, vale a dire mediante rinvio pregiudiziale del giudice interno o ricorso per annullamento proposto dalla Commissione o da uno Stato membro<sup>823</sup>.

senso v. J.P. JACQUE, *L'arrêt Bosphorus, une jurisprudence Solange II de la Cour EDH?*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 2005, p. 756. Solleva invece alcuni dubbi Garbagnati Ketvel, secondo cui, se l'equivalenza poteva interessare il primo pilastro, maggiori dubbi potevano essere avanzati per il sistema del terzo pilastro, come suggerito altresì dall'avvocato generale Mengozzi, al par. 86 delle proprie conclusioni. V. G. GARBAGNATI KETVEL, *La giurisprudenza della Corte comunitaria in materia penale*, cit., pp. 409-410.

<sup>820</sup> Cfr. le ordinanze del 7 giugno 2004, causa T-338/02, *Segi e a. c. Consiglio*, in *Racc.* p. II-1647 e causa T-333/02, *Gestoras pro Amnistia e a. c. Consiglio*, non pubblicata. Il Tribunale, pur rilevando il deficit di tutela e ritenendolo in violazione di un diritto fondamentale, aveva precisato di non aver titolo a pronunciarsi. Nell'ambito di un sistema giuridico fondato sul principio delle competenze di attribuzione, l'interpretazione letterale dell'art. 46, lett. d), TUE circoscriveva l'intervento degli organi giudiziari europei in merito al rispetto dell'art. 6 TUE alle sole ipotesi già espressamente riconosciute dai Trattati. Né, sulla base della giurisprudenza maturata in materia di ricorso per annullamento nel primo pilastro, l'asserita assenza di rimedi giurisdizionali in sede europea poteva valere a scardinare tale principio. V. sentenza della Corte 25 luglio 2002, *Unión de Pequeños Agricultores c. Consiglio*, cit., punti 44-45.

<sup>821</sup> Cfr. le conclusioni presentate dall'avvocato generale Mengozzi il 26 ottobre 2006, nella causa C-355/04 P, cit., punto 173. Tale valutazione estensiva avrebbe comportato un apprezzamento *contra legem* del combinato disposto degli artt. 35 e 46, lett. d), TUE.

<sup>822</sup> Cfr. punti 53-55 della sentenza *Segi*.

<sup>823</sup> La Corte, peraltro, conferma ancora una volta il ruolo decisivo dell'autorità giurisdizionale.



Le sentenze *prima facie* seguono la linea argomentativa tradizionale che individua nella sostanza dell'atto, e non nella sua forma, il criterio ultimo per selezionare i rimedi giudiziali attivabili, di modo che l'azione di annullamento possa essere in concreto esperita in presenza di qualsiasi provvedimento idoneo a produrre effetti giuridici vincolanti<sup>824</sup>.

Tuttavia, a ben vedere, la Corte di Lussemburgo nelle cause di specie ha dovuto restringere la portata di questo assunto giurisprudenziale, modellandolo alle peculiarità di un settore di cooperazione di matrice intergovernativa. Come riconosciuto dal Collegio stesso, le posizioni comuni sono atti idonei ad esercitare taluni effetti cogenti<sup>825</sup>, rispetto ai quali avrebbe in linea teorica potuto estendersi appieno il complesso dei rimedi giurisdizionali di cui al previgente art. 35 TUE<sup>826</sup>. Una simile impostazione, tuttavia, avrebbe determinato la forzatura del dettame primario, che non annoverava queste fonti fra i provvedimenti impugnabili<sup>827</sup>.

zionale nazionale, che è chiamata ad interpretare le norme processuali interne in modo da assicurare alle persone fisiche e giuridiche la possibilità di contestare la legittimità di ogni provvedimento statale che attui il diritto dell'Unione europea (punto 56 della sentenza). Se dunque dinnanzi alla Corte di giustizia i singoli non hanno *locus standi* e possono beneficiare di una tutela meramente indiretta, in sede nazionale la tutela accordata è piena. In questo senso, la Corte supera l'impostazione a più riprese avvalorata dal Tribunale di primo grado, secondo la quale alcun rimedio poteva essere vantato dai privati, anche dinnanzi alle autorità interne, rispetto ad una posizione comune. Questa impostazione restrittiva era stata talora avvalorata anche da autorità giurisdizionali interne, come nel caso del Conseil Constitutionnel francese, nella sentenza dell'11 dicembre 2006, causa *Dispans c. Ministre de l'Intérieur*, AJDA, 2007, p. 421, con nota in dottrina di D. SIMON, in *Europe. Commentaire*, 2006, p. 23.

<sup>824</sup> La giurisprudenza sul punto è copiosa. V. ad es. le sentenze 31 marzo 1971, causa 22/70, *Commissione c. Consiglio (AETS)*, in *Racc.* p. 263, punto 42; 11 novembre 1981, causa 60/81, *IBM*, in *Racc.* p. 2639; 22 maggio 1990, causa C-70/88, *Parlamento c. Consiglio (Chernobyl)*, in *Racc.* p. I-2041 e le ordinanze 2 marzo 1994, causa C-316/91, *Parlamento c. Consiglio*, in *Racc.* p. I-625; 24 novembre 2005, cause riunite C-138/03, C-324/03, C-431/03, *Italia c. Commissione*, in *Racc.* p. I-10043.

<sup>825</sup> V. il punto 52 della sentenza *Segi*.

<sup>826</sup> A sostegno dell'estensione dell'orientamento della Corte circa l'impugnabilità degli atti produttivi di effetti giuridici vincolanti in capo a terzi v. le conclusioni dell'avvocato generale Poiares Maduro presentate il 16 dicembre 2004, nella causa C-160/03, *Regno di Spagna c. Eurojust*, in *Racc.* p. I-2077, punto 21: «Questa Corte ha già riconosciuto, nell'ambito del sistema del Trattato CE, che un ricorso di annullamento può essere diretto contro tutti gli atti che producono effetti giuridici, qualunque sia la loro natura, la loro forma o il loro autore. Tali principi giurisprudenziali devono manifestamente valere nell'ambito dell'Unione. L'art. 35 UE deve essere interpretato nel senso che concede a taluni ricorrenti la possibilità di chiedere l'annullamento di qualsiasi provvedimento adottato nell'ambito del Titolo Vi produttivo di effetti giuridici nei confronti di terzi. A mio parere, l'idea stessa di legalità, quale principio cardine nel sistema di una Unione di diritto, impone tale conclusione».

<sup>827</sup> La necessità di rispettare il dettame del Trattato in ordine al sistema dei ricorsi era già stata evidenziata dalla Corte nella causa C-160/03, *Regno di Spagna c. Eurojust*, cit., punti 36-38, riguardante la possibilità di esperire un ricorso di annullamento ai sensi dell'art. 230 CE avverso

Nell'intento di conciliare la garanzia di un livello minimo di protezione giurisdizionale con l'esigenza di non alterare il sistema di ricorsi architettato dal Trattato, pertanto, la Corte ha giustificato tale esclusione sulla base del fatto che, in linea ordinaria, gli effetti delle posizioni comuni non operano nei confronti dei singoli. Proprio il coinvolgimento della sfera giuridica individuale – e non, in senso più estensivo, la produzione di effetti giuridici vincolanti – è risultato quindi l'elemento discrezionale per il rafforzamento della tutela giudiziale, con uno scarto evidente rispetto al principio elaborato nell'ambito del primo pilastro<sup>828</sup>.

## **2. Il Trattato di Lisbona e la nuova veste su misura per la Corte di giustizia: le implicazioni nella cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale**

### *2.1. Profili introduttivi: gli elementi cardine della riforma della giurisdizione della Corte di giustizia*

Per quanto riguarda, più in dettaglio, le criticità evidenziate dai limiti all'operato della Corte di giustizia nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia e nella cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale, solo i lavori della Convenzione sull'avvenire dell'Europa proposero soluzioni fattive, suggerendo riforme ampiamente accolte sia nel Trattato costituzionale che nel Trat-

un invito a presentare candidature per posti di agente temporaneo emesso dall'Eurojust. Secondo la Corte, tale invito non rientrava nell'elenco degli atti su cui essa esercita il controllo di legittimità, né l'art. 41 TUE prevedeva che l'art. 230 TCE potesse applicarsi alle disposizioni relative alla cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale, poiché la competenza della Corte in questa materia era precisata all'art. 35 TUE, cui rinvia l'art. 46, lett. b), TUE.

<sup>828</sup> Vi è chi, in dottrina, ha criticato la scarsa coerenza del sistema di rimedi delineato a seguito della sentenza in esame, ritenendo irragionevole condizionare l'esperibilità del ricorso per annullamento da parte dello Stato o della Commissione alla circostanza che la posizione comune incida su posizioni giuridiche individuali. La legittimazione processuale di tali soggetti, infatti, preesiste al coinvolgimento dei singoli e non è a rigore finalizzata alla loro tutela. È stata inoltre criticata l'asserita equivalenza fra i rimedi indiretti prefigurati dalla Corte e la possibilità di agire direttamente in giudizio per ottenere una pronuncia di invalidità dell'atto. Al riguardo v. E. CANNIZZARO, E. BARTOLONI, *La costituzionalizzazione del terzo pilastro dell'Unione europea*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2007, p. 479. La posizione di questi autori è in merito più cauta rispetto a quella espressa da altri commentatori, che invece hanno ritenuto il principio espresso nella pronuncia suscettibile di estensione a tutti gli atti del terzo pilastro capaci di esercitare effetti giuridici vincolanti, indipendentemente dal coinvolgimento di individui. In particolare, V. HATZOPOULOS, *With or without you... Judging politically in the Area of Freedom, Security and Justice*, in *European Law Review*, 2008, p. 44. L'autore, ritenendo i pilastri intergovernativi settori nei quali la produzione normativa travalicava nella sostanza i limiti operativi posti dal Trattato, ha qualificato la scelta della Corte come «*rule of law approach*», capace di mettere ordine in un sistema a rischio di deriva.

tato di Lisbona, rivolte in massima parte all'estensione ed all'approfondimento della giurisdizione della Corte<sup>829</sup>. Il principale fattore di questo cambiamento deve ascriversi alla menzionata soppressione della struttura a pilastri dell'Unione europea, con il conseguente trasferimento della disciplina complessiva dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia nel Titolo V TFUE.

Questa operazione, in linea generale, ha consentito l'estensione delle competenze della Corte e la soppressione delle più rilevanti restrizioni al loro esercizio, pur registrandosi talune residue barriere. Da ciò derivano altresì l'applicazione alla materia penale delle innovazioni introdotte dal Trattato del 2007 sulle singole tipologie di ricorso dinnanzi alla Corte, nonché la possibilità di estendere a questo settore di principi essenziali dell'ordinamento comunitario, come il primato e l'efficacia diretta<sup>830</sup>.

Come è stato osservato in dottrina<sup>831</sup>, la veste su misura intessuta per la Corte nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia mostra tre principali caratteri distintivi: l'ampliamento delle possibilità di accesso alla Corte; l'accelerazione delle procedure; l'incremento dei soggetti sottoposti al controllo giurisdizionale. Queste caratteristiche affiorano in ciascuna delle espressioni della competenza giudiziale e pregiudiziale della Corte, con alcuni tratti particolarmente incisivi ed evidenti.

## 2.2. *L'esaurimento del periodo transitorio quinquennale previsto dal Protocollo n. 36*

Prima di considerare l'odierno ruolo della Corte di giustizia nella cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale, occorre in sintesi rammentare come la piena applicazione del regime previsto dal Trattato di Lisbona sia stata procrastinata dalla disciplina transitoria di cui al Protocollo n. 36. Questo Protocollo dedica invero un'attenzione peculiare al settore in esame e, a dispetto della limitata operatività temporale delle sue disposizioni, appare

<sup>829</sup> V., in termini generali, C. LADEMBURGER, S. VERWILGHEN, *Policies relating to the Area of Freedom, Security and Justice*, in G. AMATO, H. BRIBOSIA, B. DE WITTE (a cura di), *Genèse et destinée de la Constitution européenne – Genesis and destiny of the European Constitution*, Bruxelles, 2007, p. 743; G. DE KERCHOVE, A. WEYEMBERGH, *Quelle Europe pénale dans le traité constitutionnel?*, in M. DONY, E. BRIBOSIA (a cura di), *Commentaire de la Constitution européenne*, Bruxelles, 2005, p. 321; A. TIZZANO, *La Costituzione europea e il sistema giurisdizionale*, cit., p. 455; R. MASTROIANNI, *Il controllo della Corte di giustizia in relazione agli atti del I e del III pilastro dell'UE, alla luce delle novità previste dalla Costituzione per l'Europa*, Relazione al CSM, 2004, in <http://appinter.csm.it/incontri/relaz/10627.pdf> (17 marzo 2014).

<sup>830</sup> In termini generali, la maggiore incisività della tutela giurisdizionale appare altresì veicolata da fattori ulteriori, quali l'attribuzione di valore giuridico vincolante alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea o la previsione di una disciplina specifica per il controllo giurisdizionale sui provvedimenti restrittivi antiterrorismo.

<sup>831</sup> Cfr. A. WEYEMBERGH, V. RICCI, *Le Traité de Lisbonne et le contrôle juridictionnel sur le droit pénal de l'Union européenne*, cit., p. 230.

*prima facie* idoneo ad influire in misura significativa sullo sviluppo di lungo periodo della materia.

Da un lato, invero, l'art. 9 del Protocollo incide negativamente sugli effetti degli atti adottati prima dell'entrata in vigore del Trattato di riforma e che non siano stati oggetto di sostituzione o modifica *in itinere*: questi, come visto in precedenza, conservano le loro caratteristiche originarie, *in primis* l'impossibilità di esercitare effetti diretti<sup>832</sup>.

Dall'altro lato, per quanto di interesse in questa sede, il fulcro del Protocollo in esame è costituito dall'art. 10, che consta di due anime piuttosto eterogenee: esso infatti include sia le norme relative al regime applicato in via transitoria alla Corte di giustizia ed alla Commissione, sia la disciplina del *block opt-out* del Regno Unito<sup>833</sup>.

Quanto al primo profilo, sul quale occorre focalizzare maggiormente l'attenzione, le previsioni dell'art. 10 sono elettivamente dedicate ai limiti ed alle condizioni per l'esercizio della competenza giurisdizionale della Corte e delle funzioni della Commissione europea *ex art.* 258 TFUE rispetto al patrimonio di atti del terzo pilastro ereditato dalla nuova sistemica dei Trattati<sup>834</sup>. Sotto questo profilo, il Protocollo n. 36 ha imposto la sostanziale *prorogatio* del sistema di tutela e controllo giurisdizionale delineato dal previgente art. 35 TUE, poc'anzi descritto. In particolare, l'ultrattività delle tradizionali limitazioni all'operato della Corte di Lussemburgo e della Commissione era prevista per un lasso di tempo di cinque anni a decorrere dall'entrata in vigore del Trattato di riforma, a meno che non intervenissero modifiche o la sostituzione di tali atti preesistenti. Il periodo transitorio è di conseguenza compiutamente decorso il 1° dicembre 2014<sup>835</sup>. Da questa data, pertanto, le pre-

<sup>832</sup> Questa norma prevede che «gli effetti giuridici degli atti delle istituzioni, degli organi e degli organismi dell'Unione adottati in base al Trattato sull'Unione europea prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona sono mantenuti finché tali atti non saranno stati abrogati, annullati o modificati, in applicazione dei Trattati. Ciò vale anche per le convenzioni concluse tra Stati membri in base al Trattato sull'Unione europea». V. *ante*, Capitolo II, par. 4. Sui dibattuti effetti degli atti del terzo pilastro v. E. SPAVENTA, *Opening Pandora's box: some reflections on the constitutional effects of the decision in Pupino*, in *European Constitutional Law Review*, 2007, p. 5.

<sup>833</sup> V. il Capitolo II, par. 5.

<sup>834</sup> Né il Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa né la prima bozza di testo del Trattato di Lisbona, licenziata nel luglio del 2007, consideravano direttamente la disciplina della giurisdizione della Corte di giustizia nel corso del regime transitorio. Tale scelta è stata riconsiderata in occasione della versione del Trattato di riforma dell'ottobre del 2007, con l'inserimento dell'art. 10 nel Protocollo n. 36 sulle disposizioni transitorie. Sulla Corte di giustizia ed il periodo transitorio v. S. PEERS, *Finally "fit for purpose"? The Treaty of Lisbon and the end of the Third Pillar legal order*, in *Yearbook of European Law*, 2008, pp. 54-55.

<sup>835</sup> Per una visione di insieme v. C. AMALFITANO, *Scaduto il regime transitorio per gli atti del terzo pilastro. Da oggi in vigore il sistema "ordinario" di tutela giurisdizionale della Corte di giustizia*, in [www.eurojus.it](http://www.eurojus.it), 1° dicembre 2014 (6 dicembre 2014).

rogative ordinarie di entrambe le istituzioni si estendono a tutte le fonti della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale, siano esse precedenti o successive alla riforma di Lisbona, segnando un passaggio decisivo verso quella che le istituzioni europee hanno definito – con un neologismo in verità poco fortunato – «*lisbonisation*» del settore penale<sup>836</sup>.

In definitiva, la conclusione del periodo transitorio ha determinato la definitiva cessazione del un sistema di tutela e di controllo giurisdizionale ispirato al modello di cooperazione intergovernativa del terzo pilastro. Le precedenti preclusioni all'intervento della Corte – e, limitatamente all'avvio della fase precontenziosa della procedura di infrazione, della Commissione – sono dunque in massima parte neutralizzate: permangono le sole limitazioni indirette derivanti dal peculiare regime applicato agli atti del terzo pilastro sinora non modificati dal legislatore europeo. Limitazioni che non interessano la pervasività dello scrutinio giurisdizionale sugli atti dell'Unione e sulla condotta degli Stati, ma che si riflettono essenzialmente ed in maniera mediata sulla impossibilità di valorizzare appieno gli effetti di tali norme, ad esempio invocandone l'efficacia diretta a tutela dell'individuo.

### 2.3. La competenza pregiudiziale

Un esempio elettivo del rafforzamento della giurisdizione della Corte di giustizia è rappresentato dal nuovo regime applicato alla competenza pregiudiziale, esteso in via generale a tutte le materie interessate dal Titolo V TFUE.

Un primo aspetto di rilievo riguarda la legittimazione a formulare il rinvio, non ulteriormente condizionata all'adesione su base volontaria da parte degli Stati, né circoscritta alle sole Corti di ultima istanza. L'elisione del previgente modello *à la carte* comporta un significativo mutamento di prospettiva per il dialogo giurisdizionale multilivello, poiché anche le autorità giurisdizionali degli Stati membri che sino al recente passato non avevano accettato questa competenza del Giudice dell'Unione beneficiano della facoltà – o, se si tratta di organi di ultima istanza, dell'obbligo – di promuovere un rinvio *ex art. 267* TFUE. In concreto, questa circostanza presenta riflessi di non secondario momento, considerato l'elevato novero di Stati che si erano avvalsi dei margini di flessibilità accordati dal Trattati: la Spagna aveva infatti inteso limitare

<sup>836</sup> V. ad esempio il documento del Consiglio 7519/14, del 10 marzo 2014, che elenca una lista di misure dell'ex terzo pilastro "lisbonizzate", in quanto modificate o sostituite in itinere dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona. La lista è stata aggiornata con il documento 9930/14, del 19 maggio 2014. Il termine in questione è stato utilizzato anche in dottrina. V. ad esempio S. CARRERA, N. HERNANZ, J. PARKIN, *The 'lisbonization' of the European Parliament. Assessing progress, shortcomings and challenges for democratic accountability in the Area of freedom, security and justice*, CEPS working paper n. 58/2013, reperibile all'indirizzo internet <http://www.ceps.eu/book/%E2%80%98lisbonisation%E2%80%99-european-parliament-assessing-progress-shortcomings-and-challenges-democratic-a> (6 dicembre 2014).

tale facoltà alle sole corti di ultima istanza, mentre la Polonia, la Bulgaria, il Regno Unito, l'Irlanda, la Slovacchia, l'Estonia, Malta e la Danimarca avevano *in toto* escluso la giurisdizione della Corte di Lussemburgo. La nuova impostazione è tanto più rilevante se si considera che, nella prassi, molti di questi Stati sono risultati fra i principali promotori o destinatari di richieste di cooperazione, *in primis* in relazione all'istituto del mandato d'arresto europeo<sup>837</sup>.

Inoltre, l'art. 267 TFUE, riecheggiando l'impostazione proposta nel Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, amplia il campo di applicazione del rinvio, precisando che possono esserne oggetto tutti gli atti delle istituzioni, degli organi ed organismi dell'Unione<sup>838</sup>. In questo modo, il disposto del Trattato fa propria la consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia sul punto<sup>839</sup> e formalizza ad esempio la possibilità per le autorità nazionali di chiedere un intervento chiarificatore circa l'interpretazione o la validità di atti dell'OLAF, di Europol o di Eurojust<sup>840</sup>.

<sup>837</sup> I dati consentono di rilevare come, nel periodo compreso fra gli anni 2005 e 2011, siano stati emessi 78.758 mandati d'arresto europei, il 31% dei quali hanno avuto origine dalle autorità giudiziarie polacche. Quasi ottomila hanno inoltre interessato la Spagna e la Bulgaria. Sommando i dati relativi agli Stati che avevano in tutto o in parte negato la giurisdizione della Corte in via pregiudiziale, si supera il 50% delle richieste di cooperazione. Quanto agli Stati destinatari dei mandati d'arresto, la Germania ed il Regno Unito rappresentano i principali punti di riferimento, con oltre il 25% raggiunto proprio dal Regno Unito. È infine interessante rilevare come la Spagna ed il Regno Unito siano annoverati anche fra gli Stati che hanno nel maggior numero di casi acconsentito alla consegna del soggetto ricercato, rispettivamente in 5279 e 3775 casi. Per approfondimenti ed ulteriori dati v. S. CARRERA, E. GUILD, N. HERMANZ, *Europe's most wanted? Recalibrating trust in the European arrest warrant system*, CEPS paper in liberty and security in Europe n. 55/2013.

<sup>838</sup> Nel caso del rinvio pregiudiziale di validità, ovviamente, il riferimento è da intendersi ai soli atti che non costituiscano diritto primario e che siano in concreto idonei a produrre effetti giuridici.

<sup>839</sup> In effetti l'art. 234 TCE faceva richiamo ai soli atti delle istituzioni comunitarie, anche se, per via interpretativa, la Corte ne aveva esteso la portata a tutti i provvedimenti degli organi ed organismi dell'Unione. V. ad es. le sentenze 3 febbraio 1977, causa 62/76, *Strebl*, in *Racc.* p. 211; 6 ottobre 1987, causa 152/83, *Demouche*, in *Racc.* p. 3833; 16 dicembre 1992, causa C-237/91, *Kus*, in *Racc.* p. I-6781. La Corte, come noto, ha inoltre dichiarato la propria competenza a pronunciarsi rispetto ad un rinvio di interpretazione anche quando esso abbia ad oggetto non direttamente una norma UE, ma un atto interno su di questo modellato: sentenze 18 ottobre 1990, cause riunite C-298/88 e C-197/89, *Dzodzi*, in *Racc.* p. I-3763; 11 dicembre 2007, causa C-280/06, *ETI e a.*, in *Racc.* p. I-10893. Ciò non vale, tuttavia, nelle ipotesi in cui la legislazione interna riproduca solo parzialmente il disposto europeo: sentenza 28 marzo 1995, causa C-346/93, *Kleinwort Benson*, in *Racc.* p. I-615. In questo caso, l'art. 23 del Protocollo sullo statuto della Corte prevede che il rinvio sia notificato all'organo fautore dell'atto, così da consentire il deposito di osservazioni e memorie. In questo senso, il nuovo disposto ricalca quanto già previsto in occasione del progetto di Costituzione per l'Europa.

<sup>840</sup> In questo modo, viene fortemente mitigato il rischio di discrasie interpretative in sede nazionale, a beneficio della certezza e uniformità del dato normativo e del pieno riconoscimento delle posizioni giuridiche tutelate dagli atti dell'Unione, la cui effettiva incidenza non

La riforma è inoltre intervenuta sul problema dell'eccessiva durata delle procedure pregiudiziali, che le statistiche fissano in media in circa sedici mesi<sup>841</sup>, un lasso di tempo spesso incompatibile con le esigenze di celerità sottese ai procedimenti penali interni, *a fortiori* in ragione del carattere incidentale dei rinvii. Allo scopo di conciliare l'uniforme applicazione del diritto dell'Unione con i diritti della persona e le esigenze di prevenzione generale perseguite dagli Stati, l'ultima disposizione dell'art. 267 TFUE stabilisce che i rinvii che coinvolgono persone detenute vengano trattati nel più breve tempo possibile<sup>842</sup>.

Questa previsione, peraltro, fa sorgere alcune incertezze interpretative, poiché si inserisce – senza tuttavia farvi riferimento, né adottare la relativa terminologia tecnica – in un più ampio panorama di misure e soluzioni procedurali volte ad assicurare la crescente speditezza dell'*iter* in esame, in modo tale da garantire la rapida definizione di cause nazionali che coinvolgano diritti e beni giuridici di particolare rilievo.

Un primo strumento è rappresentato dal procedimento accelerato, di cui all'art. 105 del riformato regolamento di procedura della Corte<sup>843</sup>. Esso trova applicazione su richiesta del giudice *a quo*, o, in via eccezionale, su decisione *ex officio* del Presidente, ove la natura della causa nazionale richieda la sua rapida definizione<sup>844</sup>. La modulazione dell'esigenza di rapidità, peraltro, appare meno stringente rispetto all'originaria formulazione del regolamento, il

può che dipendere dalle modalità procedurali impiegate per esigerne il rispetto. Si segnala in particolare il rafforzamento della tutela dei singoli, sia grazie al rimedio indiretto del rinvio pregiudiziale di interpretazione, sia attraverso la possibilità di sollecitare il giudice interno alla formulazione di un rinvio di validità, senza il vincolo dei più rigidi termini dettati per il ricorso per annullamento.

<sup>841</sup> La durata di un procedimento pregiudiziale è in media di 16,3 mesi, dato in peggioramento rispetto al 2012, nel corso del quale era stata rilevata una media di 15,6 mesi. Una delle ragioni di questa tendenza è l'incremento costante – pari ad un aumento del 10% annuo circa – delle cause presentate alla Corte. Cfr. la relazione annuale 2013 sull'attività della Corte di giustizia dell'Unione europea, in <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2014-06/qdag14001itc.pdf>, p. 10 (8 dicembre 2014).

<sup>842</sup> Il nuovo disposto del Trattato ricalca sul punto l'art. III-369 del Trattato costituzionale.

<sup>843</sup> Cfr. il regolamento di procedura della Corte di giustizia del 25 settembre 2012, in GU L 265, del 29 settembre 2012, p. 1. Per approfondimenti v. M. CONDINANZI, R. MASTROIANNI, *Il contenzioso dell'Unione europea*, Torino, 2009, p. 432; M. BROBERG, N. FENGER, *Preliminary reference*, cit., p. 384; B. WAGENBAUR (a cura di), *Court of Justice of the EU. Commentary on Statute and Rules of Procedure*, Oxford, 2013.

<sup>844</sup> L'art. 105 del regolamento di procedura, analogamente al previgente art. 104 *bis*, prevede espressamente, all'ultimo paragrafo, che la deliberazione intervenga dopo che l'avvocato generale sia stato sentito. La presa di posizione dell'avvocato generale, pertanto, non è oggetto di presentazione pubblica nel corso della fase orale e non è di conseguenza oggetto di contraddittorio in giudizio. È peraltro possibile conoscerne il contenuto, poiché per maggiore trasparenza il testo completo viene pubblicato sul sito della Corte di giustizia.

cui previgente art. 104 *bis* subordinava l'avvio di questa procedura alla sussistenza di «un'urgenza straordinaria di statuire sulla questione proposta in via pregiudiziale». Ne deriva, *pro futuro*, la forte responsabilizzazione del giudice nazionale, investito in via ordinaria della decisione di chiedere l'attivazione dell'*iter* speciale, unitamente alla sensibile estensione della sfera applicativa dell'istituto, non più confinato ad ipotesi di natura eccezionale o emergenziale<sup>845</sup>.

Più radicale, tanto da configurarsi come un vero e proprio *iter* procedimentale autonomo, è la seconda deroga alla disciplina processuale ordinaria, che attiene in via peculiare alle materie comprese nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia ed è disciplinata a partire dall'art. 107 del regolamento di procedura<sup>846</sup>. Si tratta del procedimento pregiudiziale d'urgenza<sup>847</sup>, che, per dato espresso dell'art. 107 stesso, trova applicazione ai soli rinvii pregiudiziali che sollevino una o più questioni rientranti nei settori di cui al Titolo V

<sup>845</sup> In concreto, la semplificazione assicurata dalla procedura comporta l'immediata fissazione dell'udienza, durante la quale il Presidente può sollecitare le parti a concentrare le proprie memorie ed osservazioni sulle sole problematiche giuridiche essenziali per la deliberazione del Collegio.

<sup>846</sup> L'esigenza di riformare il regolamento di procedura in relazione alle materie dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia è stata rilevata dalla Corte stessa, che, nel settembre del 2006, ha presentato al Consiglio un documento di riflessione al riguardo. La Corte, in particolare, ha sollecitato due possibili rimedi, uno incentrato sulla forte limitazione all'intervento delle parti nella causa e l'altro sul solo sbarramento all'accesso alla fase orale, fatta salva la possibilità anche per tutti gli Stati di presentare memorie scritte. Con decisione 2008/79/CE, del 20 dicembre 2007, in GU L 24, del 29 gennaio 2008, p. 42, il Consiglio ha accolto quest'ultima opzione, riformando il Protocollo n. 3 sullo Statuto della Corte di giustizia, integrato con l'art. 23 *bis*. Su questa base, il Consiglio ha adottato una coeva decisione di riforma del regolamento di procedura, in GU n. 24, del 29 gennaio 2008, p. 39, nel quale è stato inserito l'art. 104 *ter*, oggi art. 107, a séguito della menzionata riforma del regolamento interno stesso.

<sup>847</sup> Al riguardo v. C. HONORATI, *Il nuovo procedimento pregiudiziale d'urgenza per i rinvii relativi allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2008, p. 625; L. PASCULLI, S. ZANCANI, *La nuova procedura d'urgenza per lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, in *Diritto penale e processo*, 2008, p. 798; S. VAN DER JEUGHT, I. KOLOWCA, *La nouvelle procédure préjudicielle d'urgence devant la Cour de justice des Communautés européennes*, in *Journal de droit européen*, 2008, p. 175; B. CHEVALIER, *Les nouveaux développements de la procédure préjudicielle dans le domaine de l'espace judiciaire européen: la procédure préjudicielle d'urgence et les réformes principales prévues par le traité de Lisbonne*, in *ERA-Forum*, 2008, p. 591; C. BARNARD, *Is it worth the candle? An early assessment*, in *European Law Review*, 2009, p. 281; A. TIZZANO, B. GENCARELLI, *La procédure préjudicielle d'urgence devant la Cour de justice de l'Union européenne – Il procedimento pregiudiziale d'urgenza davanti alla Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2009, p. 923; M. BORRACCETTI, *Il procedimento pregiudiziale d'urgenza: esigenza di celerità e diritti fondamentali delle persone*, in *La funzione giurisdizionale nell'ordinamento internazionale e nell'ordinamento comunitario – Atti dell'incontro di studio tra giovani cultori delle materie internazionalistiche – VII edizione, Torino, 9-10 ottobre 2009*, Torino, 2010, p. 99.



TFUE<sup>848</sup>. Tale limite materiale deve essere interpretato rigorosamente e deve dunque riflettere la nozione europea di cooperazione in materia civile o penale: non rilevano dunque le più ampie categorie in auge in sede nazionale od il mero fatto che un rinvio focalizzato su una politica europea differente incida sul diritto civile o penale nazionale.

È possibile instaurare questo peculiare rito, che implica una trattazione di durata media pari o poco più di due mesi<sup>849</sup>, solo in presenza di effettive ed attuali esigenze d'urgenza, che devono essere opportunamente motivate in fatto e in diritto dal giudice rimettente<sup>850</sup>. Anche questo requisito, nondimeno, è a prima vista vago e di complessa ricostruzione ermeneutica. Al fine di orientare l'interprete nell'apprezzamento di tale parametro, la Corte, nelle menzionate raccomandazioni ai giudici nazionali sulla formulazione dei rinvii pregiudiziali, ha specificato che deve trattarsi di situazioni nelle quali sia «assolutamente necessario» che il giudice dell'Unione si pronunci «nel più breve tempo possibile»<sup>851</sup>. Secondo le indicazioni fornite dal Collegio, pertanto, l'*iter* processuale in commento rappresenta l'*extrema ratio* e gode di uno spettro operativo ancora più limitato rispetto alla procedura accelerata. Ciò in ragione del fatto che i sacrifici processuali imposti alle parti in causa ed agli eventuali terzi intervenienti sono in questo contesto particolarmente onerosi, poiché la fase scritta può essere omessa, i termini procedurali sono maggiormente stringenti e solo gli Stati direttamente coinvolti possono presentare osservazioni scritte od orali<sup>852</sup>.

<sup>848</sup> L'urgenza dei procedimenti è ben esemplificata dall'art. 11, par. 3, del regolamento CE 2201/2003 del Consiglio, del 27 novembre 2003, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, in GU L 338, del 23 dicembre 2003, p. 1. La norma prevede che un'autorità giurisdizionale cui sia rivolta una domanda per ottenere il ritorno di un minore statuisca entro sei settimane dall'introduzione del giudizio, utilizzando le procedure più rapide previste in sede nazionale e fatte salve eventuali circostanze eccezionali ostative.

<sup>849</sup> Cfr. la relazione sull'attività del 2013 della Corte di giustizia dell'Unione europea, cit., p. 10.

<sup>850</sup> Anche l'attivazione della procedura d'urgenza impone una richiesta espressa da parte dell'autorità giurisdizionale *a quo*, fatta salva la possibilità per il Presidente, nelle sole ipotesi in cui ciò appaia «indispensabile», di invitare la camera competente a valutare la possibilità di procedere in tale senso. Il requisito dell'indispensabilità è stato esplicitato dalla Corte nelle raccomandazioni riguardanti le domande di pronuncia pregiudiziale da parte dei giudici nazionali, doc. 2012/C 338/01 del 6 novembre 2012, in GU C 338, del 6 novembre 2012, p. 1, punto 39.

<sup>851</sup> Cfr. il punto 39, ultimo periodo, delle raccomandazioni della Corte ai giudici nazionali.

<sup>852</sup> Sulle criticità sollevate dalla procedura d'urgenza dal punto di vista procedurale v., in particolare, M. BORRACCETTI, *Il procedimento pregiudiziale d'urgenza*, cit., p. 106. Inoltre, viene evidenziata l'importanza di pubblicare la presa di posizione dell'avvocato generale, onde consentire alle parti di analizzare e commentare ogni documento idoneo ad influenzare il convincimento della Corte, in ossequio al diritto ad un giusto processo, *sub specie* di una piena esplicazione del diritto al contraddittorio.

L'apprezzamento oggettivo delle ragioni di urgenza si arricchisce inoltre della valutazione dei motivi soggettivi che concorrono ad alimentare l'esigenza di una rapida definizione della controversia. Nelle proprie raccomandazioni ai giudici nazionali, invero, la Corte, a titolo esemplificativo e senza pretese di esaustività, ha puntualizzato che i motivi idonei a giustificare la procedura d'urgenza possono derivare dalle conseguenze della causa sulla situazione giuridica dei soggetti coinvolti, in presenza di controversie circa la potestà genitoriale o la custodia di figli minori, così come dallo stato di detenzione o privazione della libertà personale di una delle parti coinvolte<sup>853</sup>.

Nella prassi, l'assenza di ulteriori precisazioni sulle nozioni di detenzione o privazione della libertà personale ha garantito alla Corte un pur circoscritto margine di flessibilità, che ha consentito di modellare questo *iter* processuale alle multiformi situazioni che in concreto possano verificarsi, anche alla luce della frammentazione degli ordinamenti nazionali<sup>854</sup>. Così, ad esempio, il requisito dell'urgenza è stato ritenuto integrato nell'ipotesi di misure cautelari o di soggetti altrimenti ristretti prima della pronuncia di una sentenza definiti-

<sup>853</sup> La Corte, al punto 40 delle raccomandazioni, elenca altresì le cause riguardanti la potestà genitoriale o la custodia di figli minori. La prassi applicativa evidenzia piena adesione agli orientamenti delle istituzioni europee, rivelando una valutazione alquanto rigorosa del parametro dell'urgenza. I casi sinora condotti a norma dell'art. 107 del regolamento di procedura, infatti, possono essere raggruppati nelle due categorie prospettate dalla Corte, ovvero sia controversie in tema di responsabilità genitoriale o che interessino la libertà personale individuale. In piena coerenza con queste indicazioni, la Corte ha rigettato richieste di instaurazione del rito d'urgenza fondate su motivazioni molto solide e rilevanti, ma non riconducibili alle ipotesi suggerite. Ad esempio, nei casi *M.M.* e *H.I.D.* e *B.A.*, la Corte suprema irlandese chiedeva la celebrazione del rito in esame poiché, sebbene i ricorrenti – cittadini di Stati terzi immigrati irregolari – non si trovassero in stato di trattenimento, numerosi giudizi simili pendevano dinnanzi alle autorità irlandesi, la decisione della Corte avrebbe determinato forti conseguenze sul sistema di rimpatrio irlandese, la tenuta finanziaria del meccanismo era in forte rischio e l'elevato numero di soggetti interessati determinava una grave situazione di incertezza giuridica. Il Collegio di Lussemburgo, nondimeno, ha ritenuto che non sussistessero i presupposti per celebrare una procedura pregiudiziale d'urgenza. Cfr. le sentenze del 22 novembre 2012, causa C-277/11, *M.M.*, pubblicata nella Raccolta digitale ECLI:EU:C:2012:744; 31 gennaio 2013, causa C-175/11, *H.I.D.* e *B.A.*, pubblicata nella Raccolta digitale ECLI:EU:C:2013:45, e, da ultimo, 9 ottobre 2014, causa C-376/14 PPU, *C. c. M.*, pubblicata nella Raccolta digitale ECLI:EU:C:2014:2268. In dottrina v. L. CLEMENT-WILZ, *La procédure préjudicielle d'urgence: nouveau théâtre du procès européen?*, in *Cahiers du droit européen*, 2012, p. 135; A. TIZZANO, P. IANNUCELLI, *La procédure préjudicielle d'urgence devant la Cour de justice: premier bilan et nouvelles questions*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2012, p. 107.

<sup>854</sup> La Corte ha avuto modo di precisare che lo stato di detenzione deve riguardare il ricorrente nel giudizio *a quo* e non può dunque riferirsi a soggetti terzi, la cui situazione sia legata o di fatto simile a quella di una delle parti in giudizio. Cfr. la sentenza 6 dicembre 2011, causa C-329/11, *Achughbadian*, in *Racc.* p. I-12695. Peraltro, in presenza di più ricorrenti nel procedimento dinnanzi al giudice nazionale, lo stato di detenzione di uno solo di essi può consentire l'attivazione del rito speciale: sentenza 1° dicembre 2008, causa C-388/08 PPU, *Leymann e Pustovarov*, in *Racc.* p. I-8993.

va<sup>855</sup>. Parimenti, la procedura d'urgenza ha trovato applicazione in un caso in cui, terminata l'esecuzione della pena detentiva disposta con sentenza passata in giudicato, la condizione di restrizione è perdurata a séguito di una richiesta di estradizione in relazione ad un'ulteriore condanna riportata all'estero<sup>856</sup>.

Al contrario, nonostante iniziali incertezze sul punto, la giurisprudenza ha negato la rilevanza di una possibile futura detenzione del soggetto coinvolto, poiché la restrizione della libertà personale deve essere attuale<sup>857</sup>. Infine, in relazione al più dibattuto caso della detenzione amministrativa, la Corte ha inteso seguire un approccio sostanzialistico, optando ancora una volta per l'instaurazione del rito speciale<sup>858</sup>. Quest'ultimo approdo appare particolarmente significativo, se si considera l'attuale disciplina del meccanismo dei rimpatri degli immigrati irregolari<sup>859</sup>, che individua nel trattenimento amministrativo temporaneo presso i centri di identificazione ed espulsione uno strumento di considerevole portata sistematica e frequente applicazione.

Le indicazioni provenienti dalla Corte lasciano nondimeno alcuni margini di incertezza, proprio in relazione alle ipotesi di individui soggetti a limitazione della libertà personale, secondo il disposto dell'art. 267, par. 4, TFUE. Infatti, non tutte le cause che vedano coinvolto un soggetto detenuto o altrimenti ristretto trovano radicamento in una delle materie disciplinate dal Titolo V TFUE. Si assiste anzi a molte situazioni nelle quali, indirettamente, una statuizione in sede interpretativa su una disposizione di diritto UE può incidere sulla portata di fattispecie incriminatrici interne, senza per questo investire profili inerenti alla cooperazione nel settore penale. In simili casi, seguendo un'interpretazione letterale dei testi rilevanti, viene meno la possibilità di ap-

<sup>855</sup> Cfr. ad esempio le sentenze 28 aprile 2011, causa C-61/11 PPU, *El Dridi*, in *Racc.* p. I-3015; 10 aprile 2012, causa C-83/12 PPU, *Minh Khoa Vo*, pubblicata nella Raccolta digitale ECLI:EU:C:2012:202.

<sup>856</sup> V. la sentenza 12 agosto 2008, causa C-296/08 PPU, *Santesteban Goicoechea*, in *Racc.* p. I-6307.

<sup>857</sup> V. ad esempio la sentenza 16 novembre 2010, causa C-261/09, *Mantello*, in *Racc.* p. I-11477. Nell'ipotesi in cui, tuttavia, intervenga *in itinere* una restrizione della libertà personale, la dottrina ha evidenziato come l'esigenza di rapidità sussista e sia dunque necessario convertire la procedura nel modello speciale. Cfr. A. TIZZANO, P. IANNUCELLI, *La procédure préjudicielle d'urgence*, cit., p. 119.

<sup>858</sup> V. ad esempio le sentenze 30 novembre 2009, causa C-357/09 PPU, *Kadzoev*, in *Racc.* p. I-11189; 19 luglio 2012, causa C-278/12 PPU, *Adil*, pubblicata nella Raccolta digitale ECLI:EU:C:2012:508; da ultimo, v. la sentenza 5 giugno 2014, causa C-146/14 PPU, *Bashir Mohamed Ali Mahdi*, pubblicata nella Raccolta digitale ECLI:EU:C:2014:1320.

<sup>859</sup> Cfr. la direttiva 2008/115/CE, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 2008, recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare, in GU L 348, del 24 dicembre 2008, p. 98. Sebbene la Corte, nella sopra menzionata sentenza *El Dridi*, abbia precisato che la ratio della direttiva impone di considerare prioritario il rimpatrio volontario del cittadino di Stato terzo, di fatto il trattenimento presso i centri di identificazione ed espulsione è uno dei cardini del sistema.

plicare la procedura d'urgenza *ratione materiae* e si profila dunque l'opportunità di scegliere, in via residuale, la procedura accelerata di cui all'art. 105 del regolamento di procedura della Corte<sup>860</sup>, con il conseguente rischio di un diverso trattamento processuale per situazioni di fatto analoghe, distinte esclusivamente dalla politica UE che le ha originate<sup>861</sup>. Occorre d'altra parte segnalare come, secondo alcuni autori<sup>862</sup>, il testo dell'art. 267, par. 4, TFUE consacrò in sede di fonte primaria il ricorso alla procedura d'urgenza in tutte le ipotesi di detenzione, di talché il disposto del Trattato consentirebbe di fatto l'estensione della portata del rimedio. L'attuale rigorosa impostazione giurisprudenziale e la mancata riformulazione delle disposizioni rilevanti in occasione della recente riforma del regolamento di procedura appaiono tuttavia elementi idonei a confutare questa tesi ed a confermare il rischio di discrasie fra situazioni analoghe.

<sup>860</sup> Peralto, è bene precisare che, in caso di rigetto di una richiesta di procedura d'urgenza, non si profila in via sussidiaria, necessariamente, l'instaurazione della procedura accelerata. Invero, la Corte ha in molte occasioni disposto la celebrazione del rito ordinario. V. ad esempio le sentenze 22 ottobre 2009, cause riunite C-261/08 e C-348/08, *Zurita Garcia e Choque Cabrera*, in *Racc.* p. I-10143; 6 ottobre 2009, causa C-123/08, *Wolzemburg*, in *Racc.* p. I-9621.

<sup>861</sup> La trattazione delle procedure d'urgenza – sia sotto il profilo dell'ammissibilità delle richieste che della valutazione nel merito – viene affidata ad una sezione della Corte, individuata di anno in anno. Ciò consente maggiore specializzazione nell'attività del Collegio e, soprattutto, permette di approntare le risorse e soluzioni organizzative idonee e fare fronte all'obbligo di pervenire a decisione in tempi molto ristretti. Nondimeno, la priorità accordata ai rinvii d'urgenza non può che ripercuotersi sull'attività ordinaria della sezione e questo dato di fatto ha generato diffusi allarmi sulla tenuta di un sistema che potrebbe divenire, con il progressivo aumento delle cause riguardanti lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, "vittima del suo stesso successo". Appare emblematico, in questo senso, l'ammonimento dell'avvocato generale Jarabo-Colomer, nelle conclusioni del 5 marzo 2009, causa C-14/08, *Roda Golf & Beach Resort SL*, in *Racc.* p. I-5439, nota 16: «Il nuovo procedimento pregiudiziale di urgenza [...] oltre a presentare inevitabili rischi per la coerenza e l'unità della giurisprudenza (per non parlare del venir meno di garanzie procedurali fondamentali come quelle legate alla trasparenza), può inoltre compromettere la capacità operativa di questa Corte, nel caso di future (probabili) valanghe di ricorsi». La Commissione stessa, nel parere SEC(2007) 1540, del 20 novembre 2007, sulla domanda di modifica dello Statuto della Corte ai fini dell'introduzione della procedura pregiudiziale d'urgenza, ha previsto il graduale incremento dell'uso di questo strumento, con la conseguente necessità di accordare particolare attenzione all'equilibrio fra gli interessi in causa. Nella prassi, secondo la dottrina, «*la Cour s'est prononcée dans des délais très courts sur des questions complexes, dans des domaines souvent nouveaux pour le juge communautaire, en rendant des décisions solidement motivés ne se distinguant aucunement à cet égard de sa production ordinaire*». Cfr. A. TIZZANO, B. GENCARELLI, *La procédure préjudicielle d'urgence*, cit., p. 935. In questo, ad oggi, la Corte ha senz'altro tratto giovamento dalla specificità delle materie devolute alla procedura: è dunque opportuno che il parametro dell'urgenza continui ad essere apprezzato in misura prudente e rigorosa.

<sup>862</sup> Cfr. L. CLEMENT-WILZ, *La procédure préjudicielle d'urgence*, cit., p. 162; J. MOLINIER, J. LOTARSKY, *Droit du contentieux de l'Union européenne*, Parigi, 2012, p. 137.

#### 2.4. Il controllo sull'operato degli Stati

Il nuovo contesto primario ha altresì apportato significative innovazioni rispetto al controllo politico e giurisdizionale sull'operato degli Stati. Invero, a fronte della previgente impossibilità di avviare procedure di infrazione, tale ricorso rientra oggi appieno, anche per la cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale, fra gli strumenti esperibili dinnanzi alla Corte<sup>863</sup>, secondo il regime previsto in linea generale dagli artt. 258-260 TFUE<sup>864</sup>. In questo contesto, appaiono meritevoli di notazione tre aspetti principali, riguardanti l'approccio della Commissione, la disciplina della procedura in esame ed il rapporto dell'*iter* giurisdizionale con le valutazioni politiche *ex ante* sull'attività degli Stati nell'adeguamento al diritto UE.

Dal primo punto di vista, occorre rilevare come la Commissione europea abbia preso in seria considerazione il rafforzamento del proprio ruolo di "guardiana dei Trattati" nel campo della cooperazione di polizia e giudiziaria penale, avviando la fase precontenziosa della procedura nei confronti degli Stati membri inadempienti all'obbligo di recepire le direttive adottate in materia dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona. Nel caso dell'Italia, ad esempio, l'istituzione in parola è giunta all'emissione del parere motivato in rapporto al mancato recepimento della direttiva 2011/36/UE, riguardante la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime<sup>865</sup>, ed ha altresì provveduto a notificare la lettera di messa in mora per l'omessa trasposizione della direttiva 2011/93/UE, in tema di lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile<sup>866</sup>. Oc-

<sup>863</sup> L'innovazione sul punto ha tutte le carte in regola per esercitare effetti dirompenti. Al di là di ragionamenti giuridico-tecnici, l'incidenza della riforma dipenderà fortemente dall'approccio della Commissione e dal rigore con il quale intenderà dare seguito al proprio ruolo di custode della legalità dell'Unione europea. In questo senso v. B. STEUNENBERG, *Is big brother watching? Commission oversight of the national implementation of EU directives*, in *European Union Politics*, 2010, p. 359. Sulla rilevanza e l'impatto delle strategie della Commissione v. T.A. BÖRZEL, *Guarding the Treaty: The compliance strategies of the European Commission*, in T.A. BÖRZEL, R.A. CICHOWSKI (a cura di), *The state of the European Union: Law, politics and society (Volume 6)*, Oxford, 2003, p. 197.

<sup>864</sup> Nel Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa la materia era regolata dagli artt. III 360-III 362, che prevedevano una disciplina in tutto analoga a quella approvata con la riforma di Lisbona. Cfr. G. DE KERCHOVE, A WEYEMBERGH, *Quelle Europe pénale*, cit., p. 336.

<sup>865</sup> Il termine per il recepimento di questa direttiva è spirato il 5 aprile 2013, ma l'Italia ha recepito gli obblighi da essa prescritti solo di recente, mediante il d.lgs. 4 marzo 2014, n. 24, in GU n. 60, del 13 marzo 2014. Nonostante l'intervenuto recepimento, la procedura è tutt'oggi *in itinere*, con numero di fascicolo 2013\_228, secondo quanto riportato dal database del Dipartimento delle politiche europee: <http://eurinfra.politichecomunitarie.it/ElencoAreaLibera.aspx> (9 dicembre 2014).

<sup>866</sup> Anche in questo caso, la procedura risulta ancora in corso, con numero dei fascicolo 2014\_134, sebbene l'Italia abbia provveduto all'attuazione della direttiva mediante d.lgs. 4 marzo 2014, n. 39, in GU n. 68, del 22 marzo 2014.

corre altresì ricordare come, a decorrere dal 1° dicembre 2014, la scadenza del periodo transitorio disciplinato al Protocollo n. 36 in relazione agli atti dell'ex terzo pilastro consenta alla Commissione di esercitare analoghe funzioni anche in riferimento a questo significativo patrimonio di fonti.

Quanto al secondo aspetto rilevante, l'art. 260, par. 3, TFUE, tra le altre modifiche apportate dal Trattato di Lisbona, introduce una disciplina *ad hoc* per i casi in cui lo Stato membro ometta di comunicare alla Commissione le misure di attuazione di una direttiva adottata con procedura legislativa. In simili eventualità, infatti, la Commissione può proporre, sin dalla prima procedura di infrazione, l'ammontare della somma forfetaria e della pena pecuniaria che ritenga proporzionate alle circostanze di specie. In questo modo si è inteso rafforzare il carattere precettivo e l'effetto deterrente del rimedio, in particolar modo intervenendo in sede preventiva su situazioni idonee a generare accentuato allarme circa la condotta dello Stato<sup>867</sup>. Proprio questo aspetto appare di peculiare interesse nella materia in esame, in ragione della tradizionale e radicata difficoltà degli Stati a provvedere tempestivamente ed in maniera adeguata all'attuazione degli atti adottati dall'Unione in questo settore<sup>868</sup>. L'incisività dell'opzione offerta dal Trattato – riservata, per dato normativo espresso, alla discrezionalità della Commissione – è confermata dall'approccio che quest'ultima ha indicato di voler sostenere sul punto. Con una comunicazione del 2010<sup>869</sup>, infatti, l'istituzione in esame ha puntualizzato di intendere dare pieno séguito al dettame primario, rispetto ad ogni atto che ricada nell'ambito operativo della norma – *id est* tutte le direttive adottate con procedura legislativa ordinaria o speciale, ossia le fonti sulle quali in via elettiva si incardina la cooperazione in materia penale – poiché «l'importanza di garantire che gli Stati membri rispettino i termini di attuazione vale per tutte le direttive legislative, senza distinzioni *a priori*»<sup>870</sup>.

<sup>867</sup> Merita altresì ricordare un'ulteriore innovazione: nell'ipotesi di mancato rispetto di una pronuncia che accerti un inadempimento, la Commissione può adire la Corte senza formulare il parere motivato, così accelerando in misura significativa la celebrazione di una seconda fase giudiziale dinnanzi alla Corte di giustizia.

<sup>868</sup> La rilevanza di questa previsione è altresì alimentata dal fatto che la maggior parte delle basi giuridiche della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale dispone il ricorso a direttive, secondo gli schemi della procedura legislativa ordinaria o delle procedure legislative speciali. Allo stesso modo, anche laddove il TFUE ricorre alla più vaga nozione di «*misure*» e riserva dunque al legislatore europeo la possibilità di scegliere la fonte, come nel caso degli artt. 82, par. 1 e 325, par. 4, TFUE, la prassi sinora osservata registra la costante predilezione per il ricorso a direttive. Basti pensare alla direttiva 2011/99/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011, relativa all'ordine di protezione europea, in GU L 338, del 21 dicembre 2011, p. 2.

<sup>869</sup> Cfr. la comunicazione della Commissione sull'applicazione dell'articolo 260, par. 3, TFUE dell'11 novembre 2010, SEC(2010) 1371 def., in GU C 12, del 15 gennaio 2011, p. 1.

<sup>870</sup> V. in particolare il par. 17 della comunicazione in esame. Viene inoltre precisato che la

Il terzo ed ultimo profilo di interesse impone di richiamare una delle previsioni generali del Titolo V, l'art. 70 TFUE, il cui dettame formalizza la prassi istituzionale di attivare procedure interistituzionali per la valutazione politica dell'attuazione a livello nazionale delle politiche europee nel settore Giustizia e Affari interni<sup>871</sup>. In occasione dei lavori della Convenzione per il futuro dell'Europa, in effetti, il Gruppo impegnato nel settore libertà, sicurezza e giustizia ebbe ad evidenziare, soprattutto in relazione agli atti del terzo pilastro, la generale tendenza degli Stati membri a adempiere con gravi ritardi o scarsa precisione agli obblighi derivati dalle norme europee<sup>872</sup>. Questa radicata e diffusa situazione, unitamente all'avvenuta sperimentazione di meccanismi di supervisione politica sull'operato degli Stati proprio nel campo della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale, convinse i redattori della proposta di riforma dei Trattati ad includere nella Costituzione europea un richiamo espresso a questo istituto<sup>873</sup>, secondo una formulazione oggi in larga parte accolta nel Trattato di Lisbona, al citato articolo 70 TFUE.

La norma, nel confermare la centralità del reciproco riconoscimento nel Titolo V TFUE, prevede che, per la compiuta realizzazione di questo principio, il Consiglio adotti su proposta della Commissione misure atte a definire le metodologie di tali verifiche. Queste ultime, da un lato, paiono configurarsi come meccanismi di *peer-review* oggettiva ed imparziale<sup>874</sup>, che consentano l'attivo coinvolgimento delle istituzioni europee e delle autorità nazionali interessate. Dall'altro lato, nondimeno, si tratta di iniziative del tutto indipendenti rispetto alla procedura di infrazione, il cui eventuale avvio non può dunque essere in alcun modo precluso: sebbene entrambi gli istituti concorrano al

modalità di calcolo della somma forfetaria e della penalità rispondono ai criteri già individuati con la comunicazione SEC(2005) 1658.

<sup>871</sup> V. in termini generali, A. WEYEMBERGH, V. SANTAMARIA (a cura di), *The evaluation of European criminal law*, Bruxelles, 2009. Per un resoconto degli strumenti adottati in passato e le prospettive poste in materia dal Trattato di Lisbona v. G. VERNIMMEN-VAN TIGGELEN, *Introductory reflection on evaluation and its lacunae*, in F. GALLI, A. WEYEMBERGH (a cura di), *Approximation of substantive criminal law*, cit., p. 139.

<sup>872</sup> Cfr. la relazione finale del Gruppo di lavoro X: libertà, sicurezza e giustizia, CONV 246/02, del 2 dicembre 2002, reperibile all'indirizzo internet <http://register.consilium.europa.eu> (4 dicembre 2014).

<sup>873</sup> A. KLIP, E. VERSLUIS, J. POLAK, *Improving mutual trust amongst European Union Member States in the area of police and judicial cooperation in criminal matters*, in [https://english.wodc.nl/onderzoeksdatabase/1808a-assessing-and-learning-from-the-functioning-of-monitoring.aspx?nav=ra&l=internationale\\_zaken&l=internationale\\_rechtshulp](https://english.wodc.nl/onderzoeksdatabase/1808a-assessing-and-learning-from-the-functioning-of-monitoring.aspx?nav=ra&l=internationale_zaken&l=internationale_rechtshulp) (4 dicembre 2014).

<sup>874</sup> In dottrina è stato rilevato come questi due criteri siano di complessa traduzione in meccanismi operativi. Nondimeno, è stata altresì evidenziata l'importanza di questo approccio, poiché in molti casi le problematiche legate all'attuazione del diritto dell'Unione sorgono rispetto a norme la cui portata è contestata o oggetto di differenti letture. In questo senso v. S. ANDERSEN, *The enforcement of EU law. The role of the European Commission*, Oxford, 2012, p. 217.

medesimo obiettivo di assicurare nel maggior grado possibile la corretta e puntuale applicazione del diritto dell'Unione, l'art. 70 TFUE conferma espressamente le responsabilità della Commissione in ordine allo scrutinio sulla condotta degli Stati membri<sup>875</sup>.

L'investitura del Consiglio ha avuto un primo séguito con l'approvazione, il 7 ottobre 2013, del regolamento (UE) 1053/2013, che riforma la materia e fissa nuove procedure di verifica *in itinere* e di *follow up* sulla condotta degli Stati in rapporto alle misure rientranti nell'*acquis* di Schengen<sup>876</sup>, sia dal punto di vista del corretto e tempestivo adeguamento agli atti dell'UE, sia in relazione ad eventuali problematiche sorte nell'applicazione delle norme nazionali di recepimento. In particolare, in ossequio al dettame del Trattato, la novella segna un approccio differente rispetto al passato: la Commissione ed il Consiglio non sono più l'esclusivo fulcro decisionale e valutativo della procedura, nell'ambito della quale si registra invece una maggiore responsabilizzazione degli Stati. In concreto, infatti, l'attività di controllo viene condotta congiuntamente dagli Stati membri, mediante esperti da loro nominati, e dalla Commissione, sulla base di un piano di valutazione quinquennale definito da quest'ultima o, nell'ipotesi di criticità che impongano un più rapido intervento, di programmi *ad hoc* su base annuale. Inoltre, a conferma del progressivo tentativo di svincolare lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia da logiche prettamente intergovernative, i terminali ultimi dell'*iter* sono il Parlamento europeo ed i parlamenti nazionali, che devono essere debitamente informati circa i contenuti e gli esiti della valutazione<sup>877</sup>.

<sup>875</sup> In questo senso, l'impostazione avvalorata dal Trattato coglie nel segno dei rilievi tradizionalmente formulati in dottrina circa i possibili approdi dei fenomeni di cooperazione amministrativa *sub specie* di reti fra autorità nazionali e Commissione, che non possono comportare «a *devolution from Community to Member States*» di alcuni compiti essenziali. Cfr., in relazione alla verifica sulla condotta degli Stati membri, C. TIMMERMANS, *Judicial protection against Member States*, in D. CURTIN, T. HEUKELS (a cura di), *Institutional dynamics of European integration. Essays in honour of Henry G. Schermers*, Vol. II, Leiden-Boston, 1994, p. 406.

<sup>876</sup> V. il regolamento (UE) 1053/2013 del Consiglio, del 7 ottobre 2013, che istituisce un meccanismo di valutazione e di controllo per verificare l'applicazione dell'*acquis* di Schengen, in GU L 295, del 6 novembre 2013, p. 27. Il regolamento abroga la previgente decisione del Comitato esecutivo SCH/Com-ex (98) def., del 16 settembre 1998, relativa all'istituzione di una Commissione permanente di valutazione e di applicazione della Convenzione di Schengen, in GU L 239, del 22 settembre 2000, p. 138.

<sup>877</sup> A tutela della effettività e della coerente applicazione del diritto dell'Unione in questo ambito, dunque, il Trattato di Lisbona impronta l'attività in esame al principio di leale collaborazione fra Stati ed istituzioni europee, sollecitando altresì un maggiore ed opportuno vaglio democratico, tanto in sede europea quanto a livello nazionale. La chiave di volta di questo mutamento di prospettiva appare il rafforzamento del ruolo della Commissione europea anche nel contesto della cooperazione penale: l'assenza di un incisivo ruolo di controllo in capo ad essa ha costituito, nella previgente sistematica dei Trattati, un considerevole freno alla dimensione dinamica della leale cooperazione, consacrata nell'allora art. 10 TCE, da intendersi quale



### 2.5. Il controllo sugli atti dell'Unione

Il rafforzamento del sistema dei rimedi giurisdizionali e la ricerca di un più elevato grado di coerenza complessiva sono altresì alla base delle innovazioni apportate dal Trattato di Lisbona al ricorso per annullamento, oggi disciplinato all'art. 263 TFUE<sup>878</sup>. La soppressione del terzo pilastro ed alcune modifiche trasversali al rimedio in questione consentono infatti di ritenere in massima parte superate le limitazioni di carattere oggettivo e soggettivo alla sua operatività, solo parzialmente limiate in passato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia.

Sotto il profilo sistematico, la generalizzazione del vaglio della Corte sulla legittimità degli atti vincolanti delle istituzioni e degli organi UE rappresenta un rilevante punto di approdo della rete di controllo sull'operato dell'Unione, a maggiore garanzia del principio delle competenze di attribuzione<sup>879</sup> e dell'equilibrio istituzionale<sup>880</sup>. L'attenzione per questa duplice prospettiva appare decisiva nel nuovo quadro del diritto primario, poiché, nella cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale più che altrove, si assiste al poten-

sforzio cooperativo ed interattivo verso la realizzazione comune degli obiettivi fissati dal Trattato. Cfr. P. DE PASQUALE, *Il terzo pilastro dell'unione europea tra buona fede e leale collaborazione*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2009, p. 431. In termini generali, sul principio di leale cooperazione e sulle sue implicazioni, v. O. PORCHIA, *Principi dell'ordinamento europeo. La cooperazione pluridirezionale*, Bologna, 2008.

<sup>878</sup> Anche in questo caso, le riforme introdotte ricalcano quanto già previsto dal Trattato costituzionale, all'art. III-365. In termini generali sulle novità introdotte da Lisbona in materia di ricorso per annullamento v. F. DE WITTE, *The European judiciary after Lisbon*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2008, p. 48; O. PORCHIA, *I ricorsi davanti alla Corte di giustizia dell'Unione europea: le modifiche previste dal Trattato di Lisbona*, in P. BILANCIA, M. D'AMICO (a cura di), *La nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona*, Milano, 2009, p. 225; G. DONÀ, *Il ricorso di annullamento e le novità introdotte dal Trattato di Lisbona*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2010, p. 567.

<sup>879</sup> V., in relazione al controllo sulle basi giuridiche, Cap. I, par. 10.

<sup>880</sup> In effetti, la Corte ha spesso posto l'accento sulla necessità di assicurare, attraverso il ricorso in esame, un opportuno bilanciamento all'interno del sistema istituzionale europeo. In questa ottica, la ricerca di equilibrio ha tradizionalmente rappresentato, da un lato, un fattore di impulso e rafforzamento delle prerogative di alcuni organi e, dall'altro, un'occasione per fissare limiti e condizioni all'esercizio delle funzioni istituzionali. In senso "positivo", il tema dell'equilibrio istituzionale ha motivato, sin dal 1990, l'estensione della legittimazione attiva in tema di ricorso per annullamento al Parlamento europeo, in origine non menzionato dal Trattato. V. la sentenza 22 maggio 1990, causa C-70/80, *Parlamento c. Consiglio*, in *Racc.* p. I-2041, punto 26. Per una applicazione di questa argomentazione al fine di affermare un limite all'operato delle istituzioni v., più di recente, la sentenza emessa in seduta plenaria il 2 marzo 2004, causa C-233/02, *Francia c. Commissione*, in *Racc.* p. I-2759, punto 40, nella quale la Corte ha rigettato la tesi della Commissione, che riteneva di essere legittimata a adottare orientamenti non vincolanti, pur in assenza di espressa attribuzione da parte del Trattato, in ragione della mancanza di effetti vincolanti di tali fonti atipiche.

ziamento o alla rimodulazione del ruolo di molti organi ed alla previsione di rinnovate basi giuridiche e procedure istituzionali.

In questo contesto, dal punto di vista oggettivo<sup>881</sup>, l'art. 263 TFUE consente di sottoporre a vaglio di validità tutti gli atti legislativi, unitamente agli atti del Consiglio, della Commissione, della Banca centrale europea, del Parlamento europeo, del Consiglio europeo e di ogni organo dell'Unione, purché capaci di sortire effetti giuridici nei confronti di terzi. Vengono dunque a cadere previgenti immunità dal sindacato di legittimità, ormai non facilmente giustificabili<sup>882</sup>. Richiamando con una formula di chiusura tutti gli organi ed organismi dell'Unione, la norma consente inoltre di aggiornare il rimedio in parola all'evoluzione istituzionale ed amministrativa dell'Unione europea, che ha concesso crescente spazio decisionale ad enti tecnici e specializzati, fra i quali si segnalano per importanza le agenzie<sup>883</sup>. Ne consegue la possibilità di

<sup>881</sup> Per quanto riguarda il superamento dei limiti soggettivi all'operatività del rimedio, il nuovo disposto primario amplia il numero dei legittimati attivi, pur mantenendo la distinzione in tre differenti categorie. Fra i ricorrenti privilegiati non si registrano modifiche di sorta, mentre la categoria dei legittimati intermedi viene integrata con il Comitato delle Regioni. La mancata inclusione del Comitato economico e sociale ha suscitato perplessità in dottrina, in considerazione del simile ruolo consultivo e di supporto alla produzione normativa europea riconosciuto ad entrambi gli organi. Così O. PORCHIA, *I ricorsi davanti alla Corte di giustizia*, cit., p. 225. Sulle innovazioni rispetto al ruolo dei privati v. S.M. CARBONE, *Le procedure innanzi alla Corte di giustizia a tutela delle situazioni giuridiche individuali dopo il Trattato di Lisbona*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2008, p. 239; E. FONTANA, *Il ricorso di annullamento dei privati nel Trattato di Lisbona*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2010, p. 70; N. LAZZERINI, *La tutela giurisdizionale degli individui rispetto agli atti PESC nella prospettiva del Trattato di Lisbona*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2010, p. 1086.

<sup>882</sup> Il caso più significativo riguardava il Consiglio europeo, in precedenza non elencato fra i soggetti legittimati passivi. La carenza di legittimazione era stata altresì confermata dalla Corte di giustizia, in forza di un'interpretazione letterale dell'allora art. 173 TCE. V. l'ordinanza del 13 gennaio 1995, causa C-253/94, *Olivier Roujanski*, in *Racc.* p. I-7; nello stesso senso l'ordinanza coeva, causa 264/94 P, *Bonnamy*, in *Racc.* p. I-15. D'altra parte è pur vero che appare improbabile l'adozione di atti vincolanti da parte del Consiglio europeo, se si considera il ruolo di impulso ed orientamento politico generale ad esso attribuito dall'art. 15 TUE, il quale esclude espressamente qualsivoglia competenza normativa in capo all'istituzione.

<sup>883</sup> L'esigenza di aggiornare l'ambito applicativo del ricorso per annullamento era stata evidenziata anche dal Tribunale, che era giunto sostanzialmente ad anticipare l'entrata a regime del nuovo dettato del Trattato. Il Tribunale, in particolare, aveva sottolineato come il mutato contesto degli organismi dell'Unione dotati del potere di adottare provvedimenti capaci di esercitare effetti giuridici nei confronti di terzi imponesse una lettura evolutiva della nota giurisprudenza *Partie écologiste Les Verts*. Se detta sentenza faceva unicamente richiamo alle istituzioni europee, evidenziando l'urgenza di annoverare il Parlamento europeo fra i legittimati attivi e di estendere lo spettro degli atti suscettibili di sindacato, nondimeno si imponeva l'estensione del medesimo percorso argomentativo all'operato degli altri organismi dell'Unione, onde evitare una carenza di tutela inaccettabile in una comunità di diritto, soprattutto qualora a livello nazionale non si prospettasse la possibilità di esperire ulteriori rimedi. Il Tribunale aveva inoltre precisato che la legittimazione passiva delle agenzie sorgeva, prima della riforma dei Trattati, rispetto alle attività non realizzate su espressa e diretta delega della Commissione, ma contraddistinte da un margine di

impugnare gli atti di Europol ed Eurojust, rilievo di particolare interesse se si considera l'incremento delle loro funzioni alla luce della riforma della normativa secondaria a loro dedicata e del novellato Titolo V TFUE<sup>884</sup>.

Ciò comporta un significativo mutamento di prospettiva<sup>885</sup>, poiché, nel sistema precedente al Trattato di Lisbona, la Dichiarazione n. 7 relativa all'art. 30 TUE, allegata all'atto finale della Conferenza intergovernativa riunitasi per la riforma di Amsterdam, precisava che l'attività dell'Ufficio di polizia avrebbe dovuto essere soggetta a idonea supervisione giurisdizionale, ma solo in forza delle norme e dei rimedi previsti a livello nazionale. Questa impostazione sollevava due principali problematiche: in primo luogo, l'operato dell'organismo non era oggetto di un controllo uniforme sul territorio dell'Unione; in secondo luogo, persisteva comunque un'ampia area di esenzione da tale sindacato, poiché il protocollo sull'immunità allegato alla convenzione istitutiva dell'Ufficio esonerava i suoi funzionari da ogni responsabilità per l'eventuale utilizzo non autorizzato o scorretto di dati personali<sup>886</sup>.

autonomia. V. la sentenza dell'8 ottobre 2008, causa T-411/06, *Sogelma c. Agenzia Europea per la Ricostruzione (AER)*, in *Racc.* p. II-2771, con nota di commento di R. ROSSOLINI, *La competenza del giudice comunitario per l'annullamento degli atti delle agenzie europee*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2009, p. 491. Cfr. inoltre la sentenza 2 marzo 2010, causa T-70/05, *Evropaiki Dynamiki c. Agenzia europea per la sicurezza marittima (AESM)*, in *Racc.* p. II-313, punto 66. Sul regime di impugnazione degli atti delle agenzie v. O. PORCHIA, *Principi dell'ordinamento*, cit., p. 179; E. NIETO-GARRIDO, *Judicial protection: Union bodies and agencies*, in E. NIETO-GARRIDO E I. MARTIN DELGADO (a cura di), *European administrative law in the Constitutional Treaty*, Oxford-Portland, 2007, p. 161; M. BUSUIOC, *Accountability, control and independence: the case of European agencies*, in *European Law Journal*, 2009, p. 599. Questi ultimi due autori evidenziano il regime di particolare sfavore riservato ad Europol ed Eurojust, il cui operato poteva eventualmente essere oggetto di doglianza dinanzi a corti nazionali, esclusivamente a fini risarcitori.

<sup>884</sup> Un nuovo processo di riforma è tutt'oggi in corso, per entrambi gli organi, per i quali è prevista l'assunzione della veste formale di agenzie europee. L'articolo 88 TFUE prevede che Europol sia disciplinato mediante regolamento da adottarsi secondo la procedura legislativa ordinaria. In attuazione di tale disposto, la Commissione europea ha pubblicato una proposta di regolamento, tesa ad abrogare l'attuale panorama normativo ed a razionalizzare la disciplina dell'Ufficio. Cfr. la comunicazione della Commissione COM(2013) 173 def., del 27 marzo 2013, recante proposta di regolamento del parlamento europeo e del Consiglio che istituisce l'Agenzia dell'Unione europea per la cooperazione e la formazione delle autorità di contrasto (Europol) e abroga le decisioni 2009/371/GAI del Consiglio e 2005/681/GAI del Consiglio. Quanto ad Eurojust, la Commissione ha pubblicato la comunicazione COM(2013) 535, del 17 luglio 2013, recante proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sull'agenzia europea per la cooperazione giudiziaria penale (Eurojust).

<sup>885</sup> Non a caso, la possibilità di impugnare gli atti di Europol ed Eurojust è espressamente indicata, con formulazione analoga e sotto la rubrica «trasparenza» agli artt. 67 e 60 delle rispettive proposte di regolamento di riforma.

<sup>886</sup> Cfr. il protocollo relativo ai privilegi ed alle immunità di Europol, dei membri dei suoi organi dei suoi vicedirettori e agenti, firmato a Bruxelles il 19 giugno 1997, in GUCE C 221, del 19 luglio 1997, p. 1, artt. 12 e 13. Lo spettro operativo del Protocollo si estendeva ad ogni

In ogni caso, la dottrina ha evidenziato come potrebbero persistere aree di esenzione dal sindacato di legittimità della Corte, derivanti dalle peculiarità istituzionali di Europol ed Eurojust<sup>887</sup>. Il riferimento, in particolare, è agli atti delle Autorità di controllo comuni di cui entrambe le agenzie sono dotate, il cui principale ruolo è di vigilare sul corretto trattamento dei dati personali sensibili da parte dei funzionari. Ciascuna Autorità è deputata a statuire su ricorsi individuali, presentati da coloro che abbiano chiesto di accedere ai dati personali in possesso di Europol o Eurojust e che ritengano la risposta ottenuta non soddisfacente. Nondimeno, gli atti istitutivi dei due Uffici qualificano espressamente le decisioni delle Autorità come provvedimenti definitivi, in quanto tali, secondo la richiamata dottrina, non suscettibili di ulteriore gravame. Questa scelta deriva dalla volontà degli Stati, espressa in sede di lavori preparatori delle norme in esame, di conservare un elevato margine di controllo sulle informazioni elargite da Europol ed Eurojust, pur garantendo la possibilità di un ricorso ad un organo indipendente ed imparziale. È pur vero, peraltro, alcune delle perplessità sollevate potrebbero essere agevolmente superate attraverso il richiamo all'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali ed alla conseguente necessità di assicurare tutela giurisdizionale effettiva ed equivalente alle posizioni giuridiche sorgenti dal diritto UE ed in relazione alle violazioni dei diritti fondamentali derivanti dall'operato di organi europei. Inoltre, nel solco dei rilievi brevemente descritti, la Commissione europea, nelle sopra citate proposte di regolamento di riforma di Europol ed Eurojust, ha suggerito una complessiva riconsiderazione del sistema di protezione dei dati: le comunicazioni della Commissione puntualizzano infatti che, in primo luogo, ogni decisione inerente informazioni sensibili devono poter essere oggetto di reclamo dinnanzi al Garante europeo per la protezione dei dati personali e di successivo scrutinio giurisdizionale<sup>888</sup>; in secondo luogo, in caso di danni derivanti da un trattamento non autorizzato o scorretto di dati personali, viene espressamente prevista la possibilità di invocare la responsabilità extracontrattuale dell'Ufficio coinvolto, ai sensi degli artt. 268 e 340 TFUE<sup>889</sup>.

ipotesi in cui il funzionario avesse agito nell'ambito delle proprie prerogative. Non soltanto, dunque, il sindacato sugli atti dell'Ufficio era devoluto alle autorità interne, ma queste previsioni comportavano una significativa preclusione anche all'attivazione dei rimedi nazionali.

<sup>887</sup> V. in particolare M. BUSUIOC, *European Agencies: law and practices of accountability*, Oxford, 2013, pp. 209 e ss.

<sup>888</sup> Secondo l'art. 40, nella formulazione proposta dalla Commissione europea, Europol è tenuto a trasmettere ad ogni soggetto coinvolto una esaustiva informativa sulla possibilità di formulare un reclamo dinnanzi al Garante europeo e di promuovere ricorso giurisdizionale. Alla luce dell'art. 50, infatti, è sempre possibile impugnare una decisione del Garante europeo per la protezione dei dati personali dinnanzi alla Corte di giustizia dell'Unione europea. Per approfondimenti v. E. DE BUSSER, *Privatization of information and the data protection reform*, in S. GUTWITZ (a cura di), *Reloading Data Protection*, New York, 2014, p. 129.

<sup>889</sup> V. in questo senso l'art. 52 della proposta di regolamento di riforma di Europol e l'art. 37 della proposta di regolamento di riforma di Eurojust.

Sempre in tema di future riforme della materia, merita precisare altresì che problematiche di analoga portata non dovrebbero porsi rispetto all'attività della Procura europea, la cui creazione è prefigurata dall'art. 86 TFUE ed in relazione alla quale la Commissione europea ha formulato una proposta di regolamento istitutivo<sup>890</sup>. Secondo l'impostazione sinora sostenuta dalla Commissione, gli atti di indagine della Procura europea dovrebbero esulare dalla sfera di competenza giurisdizionale della Corte di giustizia dell'UE, giacché essi risulterebbero strettamente collegati all'eventuale esercizio dell'azione penale a livello statale e produrrebbero i loro effetti principalmente negli ordinamenti giuridici degli Stati membri. Per di più, nella maggior parte dei casi, l'attività dell'organo sovranazionale verrebbe in concreto eseguita dalle autorità nazionali, su istruzione della Procura europea. Di conseguenza, ogni eventuale rimedio avverso atti dell'istituenda Procura europea dovrebbe essere indirizzato ad autorità giudiziarie interne, poiché «è necessario considerare la Procura europea un'autorità nazionale ai fini del controllo giurisdizionale dei suoi atti di indagine e relativi all'esercizio dell'azione penale»<sup>891</sup>. Le sole eccezioni a questa regola riguardano i provvedimenti in materia di trattamento dei dati personali sensibili, per i quali potranno profilarsi il reclamo al Garante europeo e l'eventuale successiva impugnazione dinnanzi alle istanze giurisdizionali UE, e la competenza pregiudiziale della Corte di giustizia. Il Giudice dell'Unione potrà infatti essere chiamato a pronunciarsi sull'interpretazione o sulla validità di disposizioni del diritto dell'Unione pertinenti in relazione al controllo giurisdizionale degli atti di indagine e all'esercizio dell'azione penale della Procura europea<sup>892</sup>.

Interessanti notazioni in ordine al rapporto tra organi europei operanti nel contesto della cooperazione penale e le autorità giudiziarie degli Stati membri promanano dalla rigorosa giurisprudenza del Tribunale in materia di sindacabilità degli atti dell'OLAF, l'Ufficio europeo per la lotta antifrode<sup>893</sup>. L'or-

<sup>890</sup> Cfr. la comunicazione della Commissione europea COM(2013) 534 def., del 17 luglio 2013, proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea. V., *ex multis*, K. LIGETY, *Towards a Public Prosecutor for the European Union*, New York, 2013; G. CONWAY, *Holding to account a possible European Public Prosecutor. Supranational governance and accountability across diverse legal traditions*, in *Criminal Law Forum*, 2013, p. 371; R. SICURELLA, *Il diritto penale applicabile dalla Procura europea: diritto penale sovranazionale o diritto nazionale 'armonizzato'? Le questioni in gioco*, in [http://www.penalecontemporaneo.it/upload/1387216257SICURELLA\\_2013.pdf](http://www.penalecontemporaneo.it/upload/1387216257SICURELLA_2013.pdf) (19 novembre 2014) e l'ulteriore dottrina ivi citata.

<sup>891</sup> Cfr. la relazione introduttiva della Commissione, punto 3.3.5. Il tema della tutela giurisdizionale è disciplinato al capo V della proposta di regolamento.

<sup>892</sup> Cfr. A. VENEGONI, *Considerazioni sulla normativa applicabile alle misure investigative intraprese dal pubblico ministero europeo nella proposta di regolamento COM(2013) 534*, in <http://www.penalecontemporaneo.it/upload/1384939644VENEGONI%202013.pdf> (9 novembre 2014).

<sup>893</sup> Sul punto v. J. INGHELRAM, *Judicial review of investigative acts of the European Anti-Fraud Office (OLAF): a search for a balance*, in *Common Market Law Review*, 2012, p. 601.

gano giudiziario dell'Unione infatti ha prudentemente modellato il proprio approccio alla luce delle peculiarità organizzative e funzionali dell'Ufficio, formalmente parte della Commissione europea, sebbene in sostanza chiamato a fornire direttamente ad istituzioni nazionali o europee informazioni necessarie ad accertare in maniera definitiva eventuali violazioni o abusi del diritto dell'Unione ad opera di privati<sup>894</sup>.

Il Tribunale, con orientamento costante, ritiene inammissibili i ricorsi proposti avverso atti investigativi dell'OLAF, spesso caratterizzati da differente contenuto, natura e capacità di incidere sulle situazioni giuridiche soggettive, come nel caso della decisione di avviare o concludere indagini o della trasmissione di informazioni alle autorità nazionali competenti<sup>895</sup>. Questo orientamento trova due principali spiegazioni, che pure hanno sollevato rilievi critici<sup>896</sup>. In primo luogo, l'operato dell'OLAF, ivi compresa la comunicazione di un rapporto conclusivo su una determinata vicenda, non determina automaticamente ed autonomamente l'avvio di un procedimento – sia esso penale, amministrativo o anche disciplinare – nei confronti dei soggetti coinvolti, poiché tale potestà non rientra tra le funzioni attribuite all'Ufficio. In secondo luogo, ogni determinazione in ordine alle iniziative da intraprendere spetta alle autorità nazionali, che, per dato espresso del regolamento istitutivo dell'Ufficio, sono in linea di principio libere di valutare le evidenze raccolte ed inviate dall'OLAF<sup>897</sup>.

Anche l'attività dell'OLAF è stata parzialmente riformata dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, mediante il regolamento (UE) 883/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 settembre 2013, relativo alle indagini svolte dall'Ufficio europeo antifrode (OLAF), in GU L 248, del 18 settembre 2013, p. 1.

<sup>894</sup> Il ricorso, in ragione dell'inquadramento istituzionale dell'OLAF, deve essere presentato avverso la Commissione, poiché l'Ufficio non ha *locus standi* autonomo dinanzi alla Corte. Questa impostazione, peraltro, appare incoerente rispetto alla dottrina *Meroni*, se si considera che, in raffronto ad altre agenzie dell'UE, l'OLAF gode in sostanza di maggiore indipendenza operativa. In una proposta di revisione della disciplina dell'OLAF, la Commissione non ha tuttavia suggerito alcuna modifica significativa circa il suo incardinamento nell'ambito della Commissione, con la conseguenza che le prospettive rispetto al soggetto nei confronti del quale esercitare la tutela giurisdizionale appaiono immutate. V. COM (2011) 135 def.

<sup>895</sup> Allo stesso tempo, peraltro, il Mediatore europeo ha rilevato come l'OLAF debba rendere pubbliche le ragioni per la quali ritenga di non dare séguito ad una segnalazione di frode e, in definitiva, di archiviare l'indagine. In particolare, il Mediatore ha contestato l'argomentazione dell'Ufficio, secondo la quale «*It is not OLAF's policy to explain or give reasons for its decision to close an investigation*». Il Mediatore ha infatti sollecitato l'Ufficio a comunicare le ragioni di tale decisione almeno al promotore della segnalazione. Cfr. il caso 1183/2012 e la relazione conclusiva del 23 giugno 2014, *MMN c. OLAF*.

<sup>896</sup> V. per tutti X. GRUSSOT, Z. POPOV, *What's wrong with OLAF? Accountability, due process and criminal justice in European anti-fraud policy*, in *Common Market Law Review*, 2010, p. 605.

<sup>897</sup> Cfr. il regolamento (CE) n. 1073/1999 del Parlamento e del Consiglio, del 25 maggio 1999, in GU L 136, del 31 maggio 1999, p. 1.

Anche in presenza di attività dell'Ufficio capace di incidere in misura significativa sulla sfera personale dell'indagato, l'orientamento prevalente evidenzia la possibilità di esperire rimedi interni, proprio perché la relazione informativa OLAF, pur decisiva per avviare un procedimento in sede nazionale, è almeno formalmente oggetto di ulteriore e discrezionale valutazione da parte delle autorità statali. Alla luce del principio di leale cooperazione, infatti, le autorità interne devono esaminare accuratamente la relazione trasmessa dall'Ufficio, ma ciò non è sufficiente a considerare questo atto vincolante, poiché la responsabilità ultima delle decisioni sull'accertamento di violazioni ed abusi, nonché sulle relative sanzioni, è in capo agli organi dello Stato membro<sup>898</sup>.

Alle criticità sollevate dall'orientamento giurisprudenziale in esame si aggiunge il fatto che la recente riforma della *governance* dell'Ufficio e delle sue attività di indagine ha determinato un sensibile rafforzamento dei poteri e delle prerogative dell'organo<sup>899</sup>. In particolare, in base al nuovo regime, l'OLAF beneficia di un'accresciuta autonomia in ordine all'avvio di indagini ed alla loro esecuzione, che ricomprende lo svolgimento di verifiche *in loco* e l'audizione di testimoni o dei soggetti nei cui confronti è in corso la verifica<sup>900</sup>. Inoltre, l'Ufficio può chiedere alle autorità nazionali – a loro volta chiamate ad agire in «stretta cooperazione» con l'organo europeo<sup>901</sup> – di irrogare le misure amministrative cautelari necessarie alla tutela degli interessi finanziari dell'Unione<sup>902</sup>. Nel contesto della relazione sulle indagini svolte, infine, l'Ufficio può formulare specifiche raccomandazioni circa la qualificazione giuridica dei fatti occorsi, le conseguenze economiche delle condotte oggetto di verifica e le misure disciplinari, amministrative, finanziarie o giudiziarie che

<sup>898</sup> V. sentenza del 4 ottobre 2006, causa T-193/04, *Tillack c. Commissione*, in *Racc.* p. II-3997; sentenza del 16 luglio 2006, cause riunite T-391/03 e T-70/04, *Franchet e Byc c. Commissione*, in *Racc.* p. II-2023. In una sola occasione si è registrato un orientamento contrario, da parte del Tribunale della Funzione pubblica, in relazione alla mancata audizione di alcuni funzionari dell'Ispra nell'ambito di un'investigazione dell'OLAF a seguito di un anomalo incremento degli incidenti sul lavoro e delle richieste di pensioni di invalidità. I ricorrenti lamentavano la violazione del diritto di difesa, avendo l'Ufficio trasmesso direttamente le risultanze della propria indagine all'autorità giudiziaria italiana. In seguito ad impugnazione della pronuncia da parte della Commissione, tuttavia, il Tribunale ha sovvertito l'esito della controversia, allineandosi al proprio usuale orientamento. V. la sentenza del Tribunale per la Funzione pubblica 28 aprile 2009, cause riunite F-5/05 / F-9/05, *Violetti e altri c. Commissione*, non pubblicata, e la sentenza del Tribunale 20 maggio 2010, causa T-261/09, *Commissione c. Violetti e altri*, non pubblicata.

<sup>899</sup> Cfr. il regolamento (UE) 883/2013, cit.

<sup>900</sup> V. in particolare gli artt. 7 e 9 del regolamento (UE) 883/2013.

<sup>901</sup> Cfr. l'art. 7, parr. 6 e 7, del regolamento in esame.

<sup>902</sup> Il regolamento in esame, così come le ulteriori iniziative normative riguardanti l'OLAF, è in effetti fondato sull'art. 325 TFUE, che riguarda la tutela degli interessi finanziari dell'Unione europea.

si reputino opportune. Nell'ipotesi in cui tale relazione evidenzi fatti dai quali possa scaturire un'azione penale, la documentazione è trasmessa alle autorità competenti dello Stato membro.

A conferma dell'esigenza di un più prudente bilanciamento tra i poteri accordati all'OLAF e i diritti dell'individuo, la Commissione europea, poco dopo l'entrata in vigore della menzionata riforma dell'attività dell'Ufficio, ha proposto l'adozione di un ulteriore regolamento, precipuamente destinato a rafforzare le garanzie procedurali<sup>903</sup>. L'aspetto qualificante di tale proposta è rappresentato dall'istituzione di un controllore per le garanzie procedurali: quest'organo individuale, sul modello del Mediatore europeo o del garante europeo per la protezione dei dati, sarebbe investito del compito di ricevere ed istruire le denunce presentate dai destinatari di indagini dell'OLAF, i quali ritengano violate le garanzie procedurali loro accordate nel contesto di tali attività<sup>904</sup>. All'esito delle proprie valutazioni, il controllore potrebbe formulare raccomandazioni conclusive, alle quali tuttavia il direttore dell'OLAF potrebbe decidere di non conformarsi, motivando la propria decisione. Se confermata nel suo impianto complessivo, la proposta della Commissione raggiungerebbe, in effetti, lo scopo di rafforzare le prerogative dell'individuo rispetto all'attuale scenario di rimedi in sede europea; al contempo, pur a fronte dell'incremento dei poteri dell'Ufficio, l'istituzione di questo organo confermerebbe il ruolo secondario dei rimedi giurisdizionali sovranazionali nel contesto in esame, a conferma dell'attuale impostazione giurisprudenziale. La proposta della Commissione, invero, non sembra mutare i rapporti fra potestà decisionale dell'autorità nazionale e impulso dell'Ufficio in misura tale da motivare il superamento delle obiezioni sino ad oggi valse a rigettare i ricorsi per annullamento avverso atti dell'OLAF<sup>905</sup>.

Un'ultima notazione in merito al ricorso per annullamento, sempre in relazione all'ampliamento della sfera operativa del rimedio in parola, riguarda la nuova formulazione dell'art. 263, par. 4, TFUE, che consente ai privati di im-

<sup>903</sup> Cfr. la comunicazione della Commissione COM(2014) 340 def., dell'11 giugno 2014, recante proposta di regolamento del parlamento europeo e del Consiglio che modifica il regolamento n. 883/2013 per quanto riguarda l'istituzione di un controllore delle garanzie procedurali. La proposta, anch'essa avente base giuridica nell'art. 325 TFUE, comporta, fra l'altro, l'inserimento *ex novo* degli articoli da 9 *bis* a 9 *quater* nel regolamento del 2013 attualmente in vigore.

<sup>904</sup> Il controllore, secondo la proposta della Commissione, è altresì competente ad autorizzare in via preventiva indagini nei confronti di membri delle istituzioni e degli organi dell'Unione. Il controllore viene nominato di comune accordo dal Parlamento europeo, dalla Commissione e dal Consiglio, per un mandato di cinque anni non rinnovabile.

<sup>905</sup> Il ruolo del Giudice dell'Unione potrebbe essere recuperato solo in via indiretta, mediante l'azione di responsabilità extracontrattuale, nell'ipotesi di non adeguato esame della denuncia da parte del controllore, analogamente a quanto avvenuto in passato per il Mediatore europeo: cfr. la sentenza del 23 marzo 2004, causa C-234/02 P, *Mediatore europeo c. Lamberts*, in *Racc.* p. I-2803.



pugnare «atti regolamentari che li riguardino direttamente e che non necessitino di misure di esecuzione a livello nazionale». Questa disposizione coglie parzialmente nel segno delle sollecitazioni a più riprese formulate dalla dottrina e talora paventate in sede giurisprudenziale, che invocavano presupposti meno rigorosi per la legittimazione attiva dei privati rispetto ai regolamenti<sup>906</sup>. Viene infatti eliso, limitatamente alla categoria degli atti regolamentari, il requisito dell'individualità, il quale, per giurisprudenza costante, impone che il ricorrente sia interessato dall'atto in ragione di personali peculiarità o di una situazione di fatto capace di distinguerlo da terzi e tale da equipararlo ad un formale destinatario del provvedimento<sup>907</sup>.

<sup>906</sup> V. le note conclusioni avvocato generale Jacobs del 21 marzo 2002, causa C-50/00, cit., in *Racc.* p. I-6677, punto 103. Le argomentazioni dell'avvocato generale vennero peraltro disattese dalla Corte, che, similmente al percorso argomentativi effettuato nel caso *Segi*, ebbe modo di sottolineare come, in un sistema imperniato sul principio delle competenze di attribuzione, il riconoscimento di maggiori potestà ai privati nell'ambito del ricorso in esame avrebbe comportato una indebita forzatura del Trattato, non giustificata da esigenze inderogabili di tutela del principio della tutela giurisdizionale effettiva. Le riflessioni esplicate da Jacobs vennero peraltro colte dal Tribunale di primo grado, in un caso in cui, data l'assenza di misure interne di esecuzione, sarebbe stato precluso al singolo l'esperimento di un rimedio giurisdizionale nazionale: «Tuttavia, quanto all'azione dinanzi al giudice nazionale con rinvio pregiudiziale dinanzi alla Corte in conformità all'art. 234 CE, deve sottolinearsi che, in un caso come quello in esame, non esistono provvedimenti di esecuzione sulla base dei quali proporre un ricorso dinanzi ai giudici nazionali. Il fatto che un singolo pregiudicato da un provvedimento comunitario possa contestarne la validità dinanzi ai giudici nazionali, violando le disposizioni contenute nel provvedimento stesso ed eccependo l'illegittimità di tali disposizioni in un procedimento giurisdizionale avviato nei suoi confronti, non gli offre una tutela giurisdizionale adeguata. Infatti, non si può chiedere ai singoli di violare la legge per avere accesso alla tutela giurisdizionale». Cfr. la sentenza 3 maggio 2002, causa T-177/01, *Jégo-Quéré e CIE SA c. Commissione*, in *Racc.* p. II-2365, punto 45. Questo orientamento rispondeva peraltro anche alla giurisprudenza della Corte europea dei Diritti dell'Uomo, secondo la quale non si può imporre ad un soggetto la violazione di norme di legge quale unico espediente per ottenere tutela giudiziale. Cfr. la sentenza del 24 settembre 2002, ricorso n. 27824/95, *Posti et Rabko c. Finlandia*.

<sup>907</sup> Cfr., nella costante e copiosa giurisprudenza sulla cd. "formula Plaumann", le sentenze della Corte 15 luglio 1963, causa 25/62, *Plaumann*, in *Racc.* p. 165, punto 220 e 29 aprile 2004, causa 298/00 P, *Italia c. Commissione*, in *Racc.* p. I-4087, punto 36 e giurisprudenza ulteriore ivi citata. La nozione di individualità era stata rapportata dalla giurisprudenza anche ad un gruppo ristretto di soggetti, personalmente coinvolti dall'atto e distinti o distinguibili in base a caratteristiche precipue ed oggettive: sentenze 17 gennaio 1985, causa 11/82, *Piraiki-Patraiki e a c. Commissione*, in *Racc.* p. 207, punto 31; 22 giugno 2006, cause riunite C-182/03 e C-217/03, *Belgio e Forum 187 c. Commissione*, in *Racc.* p. I-5479, punto 60. A temperamento dei limiti posti alla legittimazione attiva dei privati, la Corte ha tradizionalmente prospettato la possibilità di chiedere la censura dell'atto in via incidentale, mediante un'eccezione di illegittimità, o, dinnanzi al giudice nazionale, in via indiretta, sollecitando la formulazione di un rinvio pregiudiziale di validità. Queste precisazioni, secondo la dottrina, trovavano una forte motivazione nella volontà di scongiurare un ulteriore sindacato ad opera della Corte europea dei Diritti dell'Uomo. In questo senso v. D.R. JARABO COLOMER, *La Cour de justice de l'Union européenne après le Traité de Lisbonne*, in *Gazette du Palais*, 2008, nn. 170-171, p. 30.

Sul punto, la Corte, nella causa *Inuit Tapiriit kanatami e a. c. Parlamento e Consiglio*<sup>908</sup>, facendo propria l'impostazione già seguita in primo grado dal Tribunale<sup>909</sup>, ha precisato che la nozione di atti regolamentari esclude in radice gli atti aventi portata individuale e gli atti legislativi: possono dunque rientrare nella sfera operativa dell'art. 263, par. 4, TFUE solo gli atti che abbiano portata generale, ma che non si caratterizzino per natura legislativa<sup>910</sup>. Come ulteriormente chiarito dalla Corte di giustizia stessa, pertanto, in presenza di un ricorso propugnato da una persona fisica o giuridica il Giudice dell'Unione deve in prima battuta verificare se l'oggetto dell'impugnazione possa rientrare nella nozione di atto regolamentare: esclusivamente nell'ipotesi di esito positivo di questa valutazione preliminare, infatti, la ricevibilità del ricorso potrà essere misurata sulla base della sola circostanza che il privato è direttamente investito da quell'atto<sup>911</sup>.

D'altra parte, benché in termini generali alquanto rilevante, la novità in questione dovrebbe esplicitare conseguenze circoscritte nel contesto della cooperazione penale: la maggior parte delle basi giuridiche del Trattato prevede

<sup>908</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 3 ottobre 2013, causa C-583/11 P, *Inuit Tapiriit Kanatami e a. c. Parlamento e Consiglio*, non ancora pubblicata in *Racc.*

<sup>909</sup> V. l'ordinanza del Presidente del Tribunale del 30 aprile 2011, causa T-18/10, *Inuit Tapiriit Kanatami e a. c. Parlamento e Consiglio*, in *Racc.* p. II-5599, punti 32-33. Cfr. L. CALZOLARI, *La nozione di "atti regolamentari" ex art. 263, quarto comma, TFUE nelle prime sentenze del Tribunale dell'Unione europea*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2012, p. 523.

<sup>910</sup> Sul punto, la dottrina ha manifestato due principali ed opposti convincimenti, da un lato focalizzandosi sulla natura dell'atto ed escludendo i provvedimenti di carattere legislativo, dall'altro ponendo l'accento sulla *ratio* sottesa alla norma in esame e sulla conseguente necessità di estenderne la portata a tutti gli atti – legislativi, delegati o esecutivi – capaci di incidere sulla sfera giuridica degli individui senza l'ausilio di misure intermedie. Il primo orientamento è sostenuto, ad esempio, da B. DE WITTE, *The European judiciary*, cit., p. 47; O. PORCHIA, *I ricorsi davanti alla Corte di giustizia*, cit., p. 229; E. FONTANA, *Il ricorso di annullamento*, cit., p. 70. Per quest'ultimo autore, in particolare, si può trattare di atti non legislativi, sia delegati che di esecuzione, che assumano la forma di regolamenti, direttive o, nel secondo caso, anche di decisioni. Supporta questa visione anche A. HINAREJOS, *Judicial control in the European Union. Reforming jurisdiction in the intergovernmental pillars*, Oxford, 2009, pp. 103-104. Essa ritiene che i redattori del Trattato abbiano ragionevolmente voluto riferirsi alla ripartizione fra atti legislativi e non legislativi, come reso evidente dai lavori preparatori della Convenzione per il futuro dell'Unione, dai quali traspare l'uso dell'espressione "regolamentare" quale sinonimo di "non legislativo". Cfr. il documento CONV 572/03, del 10 marzo 2003, in <http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/03/cv00/cv00572.en03.pdf> (13 gennaio 2014). La necessità di dare preminenza alla finalità della norma è invece rimarcata da A. ADINOLFI, *La Corte di giustizia dell'Unione europea*, cit., p. 55. Questa impostazione, in particolare, è ritenuta dall'autore più coerente con la giurisprudenza della Corte, poiché consentirebbe in misura più ampia la possibilità di impugnare atti vincolanti dell'Unione che, in mancanza di provvedimenti in sede nazionale, priverebbero i singoli della possibilità di agire dinanzi al giudice interno.

<sup>911</sup> V. la sentenza del 27 febbraio 2014, cause riunite C-132/12 P e C-133/12 P, *Stiching Woonpunt, Stiching Woonlinie e a. c. Commissione*, non ancora pubblicata.

infatti l'adozione di direttive, secondo un *iter* legislativo; al contempo, laddove sia previsto il ricorso al regolamento, come nel caso degli artt. 86, 87 ed 88 TFUE, è parimenti di regola imposta la conduzione di una procedura decisionale di natura legislativa; infine, gli atti di Europol, Eurojust, dell'OLAF e della Procura europea hanno usualmente intrinseca portata individuale, poiché adottati in relazione a specifiche iniziative di cooperazione giudiziaria o di polizia.

### **3. Limiti e rafforzamento della cooperazione in materia penale nell'attività interpretativa della Corte di giustizia**

#### *3.1. L'attività interpretativa della Corte alla luce delle peculiarità della cooperazione in materia penale*

Ai profili strettamente istituzionali connessi alla competenza giurisdizionale della Corte di giustizia è possibile affiancare alcune notazioni circa l'attività interpretativa del Giudice dell'Unione. Occorre infatti considerare se tale approccio ermeneutico presenti caratteristiche distintive nell'ambito della cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale, peculiarità eventualmente dettate dai limiti che contraddistinguono questa politica UE.

Si intende dunque operare un richiamo al patrimonio di principi ermeneutici e modelli di ragionamento giuridico progressivamente sperimentati dalla Corte, allo scopo di identificarne i tratti peculiari e di selezionare gli aspetti che più direttamente investono il settore in esame e concorrono a delimitarne i confini. In questa prospettiva, l'analisi, priva di pretese di esaustività in ordine alle caratteristiche dello stile ermeneutico ed argomentativo della Corte di giustizia<sup>912</sup>, si sofferma su alcune riflessioni di portata generale, che richiamano istituti di diritto processuale e sostanziale in questa sede solo accennati ed oggetto di maggiore approfondimento nel corso del lavoro.

Nella materia in esame, invero, convergono due speculari manifestazioni della potestà normativa sovranazionale, entrambe accomunate dalla duplice esigenza di assicurare adeguate garanzie in favore dell'individuo e, al contempo, il rispetto delle istanze di sicurezza e protezione dell'ordine pubblico alle quali risponde ogni sistema penale: da un lato, la cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale è strutturata in ossequio a principi generali regolatori del sistema, capaci di ispirare la ricostruzione ermeneutica di ciascun

<sup>912</sup> Recente dottrina ha invero manifestato un più diretto interesse per la materia ed è pervenuta ad una elaborazione analitica dell'attività interpretativa e della struttura dell'argomentazione giuridica del Giudice dell'Unione. Fra i contributi più rilevanti v. G. BECK, *The legal reasoning of the Court of justice of the EU*, Oxford-Portland, 2012; G. CONWAY, *The limits of the legal reasoning of the Court of Justice*, Cambridge, 2014.

istituto; dall'altro lato, il legislatore dell'Unione non di rado ricorre a disposizioni di considerevole precisione e specificità, destinate a fissare i limiti dell'esercizio della potestà coercitiva delle istituzioni europee e delle autorità nazionali, nonché a procedimentalizzare ogni fase dell'attività di repressione del crimine.

A livello europeo, questi fattori distintivi sono affiancati da un'ulteriore e decisiva considerazione, che riguarda l'intreccio multilivello di sistemi giuridici idonei ad incidere sulla materia penale. La cooperazione fra autorità giudiziarie e di polizia degli Stati membri e la viepiù copiosa produzione normativa sovranazionale non possono infatti prescindere dal variegato – se non frammentato – panorama di tradizioni e soluzioni giuridiche degli ordinamenti nazionali<sup>913</sup>, così come dal contributo delle convenzioni concluse nell'ambito del Consiglio d'Europa e dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. Questo intreccio – efficacemente descritto in dottrina con l'immagine del labirinto<sup>914</sup> – implica che la ricostruzione del significato di una disposizione debba tenere in considerazione, seppur con diverse modulazioni a seconda del contesto, il più ampio «reticolo normativo» nel quale essa si inserisce<sup>915</sup>, generando il rischio di possibili discrasie, ma anche l'accresciuta possibilità di circolazione delle soluzioni interpretative<sup>916</sup>.

Il tema dell'interpretazione delle norme in questo complesso scenario giuridico è spesso percepito con maggiore urgenza in relazione all'operato dei giudici nazionali<sup>917</sup>, ma si pone con delicatezza anche rispetto all'attività della Corte di giustizia, *a fortiori* nel campo del diritto penale.

<sup>913</sup> Per quanto riguarda la legislazione penale nazionale, i parametri interpretativi del diritto penale vengono tradizionalmente individuati nei criteri semantico, storico, logico-sistematico e teleologico. Per quanto riguarda il caso italiano v. in particolare A. PAGLIARO, *Testo e interpretazione nel diritto penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2000, p. 433; D. PULITANO, *Sull'interpretazione e gli interpreti della legge penale*, in D. EMILIO, C.E. PALIERO (a cura di), *Scritti in onore di Giorgio Marinucci*, 2006, Milano, vol. I, p. 107.

<sup>914</sup> Cfr. V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012.

<sup>915</sup> Cfr. V. MANES, *Il giudice nel labirinto*, cit., p. 5.

<sup>916</sup> Il problema in esame vale anzitutto per le autorità giudiziarie nazionali, vincolate dagli obblighi sovranazionali e chiamate ad applicare negli ordinamenti statali le norme europee ed internazionali. Il tramonto del dogma della sovranità, in materia penale a ragione definito «il più duro a resistere, il più duro a morire», ha comportato l'esigenza in capo al giudice nazionale di districarsi fra molteplici fonti di differente valore giuridico, ma accomunate da principi condivisi. Cfr. M. GALLO, *Luci ed ombre su un sistema penale europeo*, in S. MOCCIA (a cura di), *Ambito e prospettive di uno spazio giuridico-penale europeo*, Napoli, 2004, p. 353.

<sup>917</sup> Le autorità giurisdizionali nazionali sono al cuore del sistema europeo di tutela giurisdizionale multilivello e su di esse convergono sia le fonti sovranazionali, sia la giurisprudenza delle Corti europee. Oltre alla dottrina già citata v. sul punto altresì V. MANES, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 2011, e F. NIANG, *La fonction européenne du juge national*, Zurigo, 2013.

Ciò deriva anche dal fatto che, come talora evidenziato da alcuni autori, la legislazione dell'Unione assume non di rado – ed *a fortiori* in ambito penale – la forma di un «*incompletely theorised agreement*»: essa cioè costituisce il prodotto di negoziati complessi, caratterizzati da assunti di partenza e preferenze politico-normative divergenti, sia per l'eterogeneità delle posizioni espresse dagli Stati membri in seno al Consiglio, sia per le diverse sensibilità raccolte nel Parlamento europeo. In un simile contesto, l'esito del confronto politico sfocia spesso in un «*agreement not to agree*», ossia in un testo normativo aperto a più soluzioni interpretative ed applicative<sup>918</sup>, che necessariamente richiede un intervento chiarificatore in sede giurisprudenziale. proprio le difficoltà connesse al conseguimento di strategie e soluzioni normative condivise determinano l'attesa che l'opera della Corte di giustizia offra risposte tecniche a problematiche di significativo rilievo politico<sup>919</sup>. Allo stesso tempo, all'ampia portata del dato normativo consegue il considerevole margine di discrezionalità che gli Stati hanno talora inteso conservare nella trasposizione degli atti dell'Unione europea, con l'obiettivo di orientarne la portata, per quanto possibile, alle scelte di politica criminale nazionale. Questi rilievi paiono dunque acuire l'ontologica vocazione del diritto penale quale *principled subject* e determinano la centralità del contributo della Corte di Lussemburgo ai fini della corretta ed uniforme interpretazione ed applicazione degli atti dell'Unione<sup>920</sup>.

Il dato di fondo dell'analisi è dunque rappresentato dal binomio indissolubile “complessità dell'esperienza giuridica europea / sforzo unificatore e razionalizzatore della Corte di giustizia”. L'elevato grado di integrazione raggiunto dall'Unione è stato oggetto di multiforme ricostruzione concettuale da parte della dottrina giuridica e politologica<sup>921</sup>, nell'unanime consapevolezza

<sup>918</sup> La decodificazione di un testo giuridico e la sua applicazione ad una fattispecie risponde, in prima battuta, all'esigenza pratica di individuare correttamente la portata delle norme applicabili ad un caso. Questa visuale tecnico-giuridica, tuttavia, cela ulteriori considerazioni, che vedono il Giudice dell'Unione inserito in un più ampio contesto istituzionale, nel quale istanze politiche esprimono e consacrano nel testo normativo scelte, priorità e preferenze che necessariamente incidono, in verità in misura alquanto variabile, sull'opera della Corte. Cfr. A. RUGGERI, *Sistema integrato di fonti e sistema integrato di interpretazioni, nella prospettiva di un'Europa unita*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2010, p. 869.

<sup>919</sup> In questo senso v. M. SHAPIRO, *The European Court of Justice*, in P. CRAIG, G. DE BURCA (a cura di), *The evolution of EU law*, Oxford, 2009, p. 259.

<sup>920</sup> V. S. PEERS, *Justice and home affairs law*, Oxford, 2011, p. 550.

<sup>921</sup> Fra le molte opinioni espresse, alcuni autori, ad esempio, pongono l'accento sul virtuoso equilibrio fra appartenenze e tendenza al cosmopolitismo comunitario, imperniato sulla comunanza di valori condivisi. Cfr. G. MAJONE, *Regulating Europe*, Londra, 1996; J. HABERMAS, *La costellazione postnazionale*, Milano, 1998; N. WALKER, *Flexibility within a metaconstitutional frame: reflections on the future of legal authority in Europe*, Jean Monnet Working Paper n. 2/99. Per una specifica declinazione del problema dal punto di vista dell'attività giurisdizionale v. D. ORDONEZ-SOLIS, *El cosmopolitismo judicial en una sociedad global: globalización, derecho y jueces*, Navarra, 2008. Altri studiosi, muovendo da una prospettiva ne-

della complessità dell'esperienza giuridica europea e della contestuale esigenza di garantire una *reductio ad unicum* delle antinomie – interpretative e fra interpreti – che essa può generare.

A fronte di una produzione legislativa sovranazionale crescente e della dinamiche multilivello, si pone il problema della mancanza di predeterminati ed univoci criteri di risoluzione dei conflitti fra norme. Antinomie che, peraltro, non risultano facilmente prevedibili o tipizzabili e che possono avere luogo tanto fra disposizioni di origine sovranazionale, tanto nel rapporto fra ordinamento europeo e dimensione nazionale<sup>922</sup>.

In questa direzione si addensano le aspettative verso l'attività della Corte di Lussemburgo, quale arbitro capace di contribuire a sciogliere ed a rendere intellegibile la complessità europea<sup>923</sup>, anche grazie al suo riconosciuto attivismo giudiziale<sup>924</sup> e ad un'opera talora qualificata come costituzionale<sup>925</sup>, poi-

gativa, suggeriscono la formula della tolleranza costituzionale, quale accettazione volontaria di limiti alla sovranità nazionale. V. in particolare J.H.H. WEILER, *La democrazia europea ed il principio di tolleranza costituzionale*, in F. CERUTTI, E. RUDOLPH (a cura di), *Un'anima per l'Europa*, Pisa, 2002, p. 57; F. CERUTTI, *Federalismo e costituzionalismo: il «Sonderweg» europeo*, in G. ZAGREBELSKY (a cura di), *Diritti e Costituzione nell'Unione europea*, Roma-Bari, 2003, p. 22; M. POIARES MADURO, *Contrapunctual law: Europe's constitutional pluralism in action*, in N. WALKER (a cura di), *Sovereignty in transition*, Oxford, 2003, p. 501.

<sup>922</sup> In questo senso v. M. POIARES MADURO, *Interpreting European law: judicial adjudication in a context of constitutional pluralism*, in *European Journal of Legal Sciences*, 2007, pp. 2-3, in [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1134503](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1134503). La crescente complessità degli ordinamenti sovranazionali, sia interna che dovuta all'eterointegrazione ad opera delle più varie fonti normative, è stata altresì sottolineata, ad esempio, prima con visione di insieme sul diritto internazionale pubblico e poi con riferimento al diritto internazionale del commercio, da J. PAUWELIN, *Conflict of norms in public international law. How WTO law relates to other rules of international law*, Cambridge, 2003.

<sup>923</sup> La consapevolezza della pluralità dei fattori rilevanti nella modellazione del ruolo della Corte è ad esempio espressa da M. POIARES MADURO, *Interpreting European law*, cit., p. 3: «*The methods of interpretation used by courts as well as their institutional and value choices reflect (or ought to reflect) a certain systemic understanding of the normative preferences and institutional constraints of the legal order in which those courts operate. Only such an approach is both capable of securing the coherence and integrity of that legal order (by fitting individual decisions into a coherent whole) and judicial accountability (by constraining the power of courts in individual decisions and subjecting them to a normative, and not political, scrutiny with regard to the normative preferences they attribute to their legal order)*».

<sup>924</sup> Sull'attivismo giudiziale della Corte, in generale, v. M. CAPPELLETTI, *Is the European Court of justice running wild?*, in *European Law Review*, 1987, p. 3; G.F. MANCINI, *Attivismo e autocontrollo nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Rivista di diritto europeo*, 1990, p. 229; T. TRIDIMAS, *The European Court of justice and judicial activism*, in *European Law Review*, 1996, p. 199, e, da ultimo, S.K. SCHMIDT, R.D. KEMELEN (a cura di), *The power of the European Court of justice*, New York, 2013, nonché M. DAWSON, B. DE WITTE, E. MUIR (a cura di), *Judicial activism at the European Court of justice*, Cheltenham, 2013.

<sup>925</sup> Fra i primi sostenitori di questa accezione v. J.H.H. WEILER, *Transformations of Europe*, in *Yale Law Journal*, 1991, p. 2403. V., più di recente, le riflessioni critiche offerte sul pun-

ché decisiva nell'emersione del sostrato costituzionale materiale europeo, frutto del virtuoso convergere di princìpi di diritto internazionale, tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri e princìpi generali e diritti fondamentali consacrati dall'ordinamento dell'Unione.

3.2. *L'individuazione dei limiti della cooperazione in materia penale mediante il criterio dell'interpretazione letterale*

Fin dagli anni '60, la Corte di giustizia ha chiaramente individuato i principali criteri ai quali orientare la propria attività interpretativa. Essa ha in particolar modo sottolineato che i punti di riferimento sono «lo spirito, il contesto generale e la lettera» dei testi giuridici<sup>926</sup>. La Corte, peraltro, non si è limitata a delineare la «triade» testo-contesto-*ratio*, pervenendo piuttosto, in senso ulteriore, ad architettare una complessiva cornice nella quale incardinare l'opera ermeneutica, impreziosita dalla centralità dei diritti fondamentali e dei princìpi generali dell'ordinamento UE.

L'approccio interpretativo al diritto europeo – definito da parte della dottrina come «*European pattern*» idoneo ad orientare anche l'attività dei giudici nazionali<sup>927</sup> – può dunque essere schematicamente articolato su tre livelli: la dimensione sistemica, che riflette i caratteri peculiari dell'ordinamento UE<sup>928</sup>; i criteri e metodi ermeneutici di cui la Corte in prima istanza si avvale e che si riassumono nella combinazione testo-contesto-*ratio*; i parametri interpretativi ed argomentativi residuali talora utilizzati in via accessoria nella prassi giurisprudenziale.

Ove elaborata, la valutazione del significato letterale rappresenta usualmente il primo passaggio dell'indagine ed esaurisce lo scrutinio della Corte in

to in M. ADAMS, H. DE WAELE, J. MEEUSEN, G. STRAETMANS (a cura di), *Judging Europe's Judges. The legitimacy of the case-law of the European Court of justice*, Cheltenham, 2013.

<sup>926</sup> Cfr. la sentenza 5 febbraio 1963, causa 62/26, *Van Gend en Loos*, in *Racc.* p. 1, punto 5. Tradizionalmente, il prioritario criterio ermeneutico è individuato, tanto a livello nazionale che internazionale, nel significato letterale delle parole, quale elettiva manifestazione del contenuto precettivo del dato normativo. Hanno dunque valenza integrativa, sussidiaria ed eventualmente accessoria o confermativa ulteriori parametri, come l'approccio teleologico o quello sistematico, il richiamo al dato storico o ai lavori preparatori. Nell'ambito dell'ordinamento dell'Unione, nondimeno, questa gerarchia è plasmata in maniera differente, a discapito della indiscussa centralità del criterio letterale.

<sup>927</sup> Cfr. L. NEVILLE BROWN, F. JACOBS, *The European Court of justice of the European Communities*, Londra, 1983, p. 237.

<sup>928</sup> Come evidenziato dalla Corte nella sentenza *CILFIT*, l'analisi dei metodi e degli strumenti interpretativi valorizzati dalla Corte non può prescindere dalla *consapevolezza* «delle caratteristiche del diritto comunitario e delle particolari difficoltà che la sua interpretazione presenta». Cfr. la sentenza della Corte di giustizia 6 ottobre 1982, causa 283/81, *CILFIT c. Ministero della Salute*, in *Racc.* p. 3415, punto 17.

presenza di una formulazione normativa chiara<sup>929</sup>. Se però il dato letterale non costituisce un appiglio sicuro<sup>930</sup>, l'interprete è chiamato a «cercare altrove» il significato o la sua conferma<sup>931</sup>, integrando, rafforzando o sostituendo questa analisi con l'apprezzamento del contesto normativo di riferimento e dello scopo perseguito dal legislatore sopranazionale<sup>932</sup>. Il criterio letterale è infatti intrinsecamente limitato, poiché la Corte non è legittimata ad assumere le vesti del legislatore ed a forzare la portata di un termine od una espressione oltre il significato loro ordinariamente attribuito<sup>933</sup>.

<sup>929</sup> È stato evidenziato come l'approccio della Corte al dato letterale sia «*conventional*», considerato l'elevato rispetto per il testo delle norme coinvolte: H. RASMUSSEN, *On law and policy in the European Court of justice*, Dordrecht, 1986, p. 36.

<sup>930</sup> Non di rado, peraltro, il ricorso al parametro letterale risulta decisivo ai fini dell'orientamento del Collegio, anche in ambiti di particolare rilievo per l'ordinamento dell'Unione. Basti pensare all'esempio della giurisprudenza in tema di efficacia diretta delle direttive, esclusa nei rapporti orizzontali proprio alla luce del chiaro disposto dell'odierno art. 288 TFUE. Cfr. le sentenze 26 febbraio 1986, causa 152/84, *Marshall I*, in *Racc.* p. 723, e 14 luglio 1994, causa C-91/92, *Faccini Dori*, in *Racc.* p. I-3325, ulteriormente confermate dalla pronuncia 5 ottobre 2004, cause riunite C-397/01 e C-403/01, *Pfeiffer*, in *Racc.* p. I-8835. Nella sentenza *Faccini Dori*, al punto 24, la Corte ha precisato di non poter estendere la giurisprudenza in tema di efficacia diretta delle direttive ai rapporti fra singoli, poiché ciò «significherebbe riconoscere in capo alla Comunità il potere di emanare norme che facciano sorgere con effetto immediato obblighi a carico di questi ultimi, mentre tale competenza le spetta solo laddove le sia attribuito il potere di adottare regolamenti».

<sup>931</sup> Questo principio è stato affermato dalla Corte sin dalle sue prime pronunce: «La Corte tuttavia non può accontentarsi dell'interpretazione letterale e ritiene necessario accertare se essa trovi conferma in base ad altri criteri attinenti, in specie, alla comune volontà delle alte parti contraenti ed alla *ratio legis*». Cfr. la sentenza del 16 dicembre 1960, causa 6/60, *Humblet c. Belgio*, in *Racc.* p. 1125.

<sup>932</sup> In questa prospettiva, è interessante richiamare il primo parere formulato dalla Corte di giustizia, riguardante la compatibilità della proposta di Accordo istitutivo dello Spazio Economico Europeo con il Trattato CE. V. il parere della Corte del 14 dicembre 1991, n. 1/91, sul progetto di accordo tra la Comunità ed i Paesi dell'Associazione europea di libero scambio, relativo alla creazione dello Spazio Economico Europeo, in *Racc.* p. I-6079. Nell'intenzione dei redattori dell'accordo, infatti, il testo avrebbe dovuto essere interpretato allo stesso modo del Trattato comunitario. Al fine di assicurare tale convergenza, molte parole ed espressioni erano state direttamente riprese proprio dal TCE, nella convinzione che l'identità del testo avrebbe comportato l'identità del significato. Nel parere in questione, tuttavia, la Corte manifestò un diverso convincimento, precisando che il tenore letterale delle norme dell'accordo e delle corrispondenti disposizioni comunitarie non implicava che le une e le altre dovessero necessariamente venire interpretate allo stesso modo. Infatti, un trattato internazionale va interpretato non solo in funzione dei termini nei quali è redatto, ma altresì alla luce delle sue finalità, alla luce di quanto previsto all'art. 31 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, del 23 maggio 1969. L'Accordo relativo alla creazione dello Spazio Economico Europeo, in effetti, si limitava a riconoscere diritti in capo alle Parti contraenti, mentre il quadro giuridico delineato dai Trattati si contraddistingueva per finalità più ambiziose, il cui raggiungimento implicava la cessione di sovranità in favore della Comunità ed il riconoscimento dei privati fra i soggetti del diritto comunitario.

<sup>933</sup> V. in questo senso la sentenza del 5 ottobre 2000, causa C-376/98, *Germania c. Parlamento e Consiglio*, in *Racc.* p. I-8419, punto 83.



In questa prospettiva, in dottrina è stato da un lato evidenziato come l'interpretazione letterale debba essere condotta in maniera tale da assicurare l'effettività del diritto UE; dall'altro lato, nondimeno, questo criterio per sua stessa natura non consente l'ampio spettro valutativo che caratterizza il parametro sistematico o quello teleologico e viene pertanto in molte occasioni avvalorato dalla Corte "in negativo", ovvero sia per sottolineare limiti allo spazio operativo del diritto dell'Unione o per circoscrivere la portata di norme o principi<sup>934</sup>.

Questa tendenza può in effetti essere rilevata anche nel settore della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale. In linea generale, la Corte in questo contesto ha fatto ricorso all'interpretazione letterale in un novero limitato di pronunce, in favore di un più frequente ricorso alla valutazione sistematica o finalistica<sup>935</sup>. In particolare, un il parametro in esame ha esercitato un ruolo importante nella formazione dell'orientamento giurisprudenziale in ordine alla nozione di vittima di reato, di cui alla decisione quadro 2001/220/GAI, oggi sostituita dalla direttiva 2012/29/UE<sup>936</sup>.

È stato infatti sollevato dinnanzi alla Corte di giustizia il quesito circa l'applicabilità di tale atto alle persone giuridiche, ove queste avessero subito un pregiudizio diretto da una condotta penalmente rilevante. Con le sentenze *Dell'Orto ed Eredics*<sup>937</sup>, la Corte di Lussemburgo ha escluso tale interpretazione estensiva, sebbene potenzialmente idonea a rafforzare le garanzie a beneficio dei soggetti passivi di reato e nonostante la diffusa presenza negli ordinamenti nazionali di istituti processuali volti al coinvolgimento ed al ristoro delle persone giuridiche lese da una condotta delittuosa. La Corte ha invero

<sup>934</sup> A. ARNULL, *The European Union and its Court of justice*, Oxford, 2006, p. 608. Nel caso *Römer*, ad esempio, la Corte ha statuito che il termine supplementare di tre anni per la trasposizione della direttiva 2000/78/CE sul divieto di discriminazioni riguardava, per dato normativo espresso, solo le discriminazioni fondate sull'età o sull'handicap e non altri fattori. V. la sentenza del 10 maggio 2011, causa C-147/08, *Römer*, in *Racc.* p. I-3591. Nel caso *Tsakouridis* il Giudice dell'Unione ha ribadito come il riconoscimento della protezione rafforzata in uno Stato membro al cittadino dell'Unione ivi soggiornante sia subordinato, ai sensi dell'art. 28, comma 3, della direttiva 2004/38/CE, ad un periodo di soggiorno legale e continuativo non inferiore a dieci anni, non rilevando, prima del compimento di tale termine, il grado di integrazione raggiunto dal soggetto interessato. Cfr. la sentenza del 23 novembre 2010, causa C-145/09, *Tsakouridis*, in *Racc.* p. I-2727, punto 31.

<sup>935</sup> Cfr. la pronuncia del 17 luglio 2008, causa C-66/08, *Kozłowski*, in *Racc.* p. I-6041, punto 40.

<sup>936</sup> V. la decisione quadro 2001/220/GAI del Consiglio, del 15 marzo 2001, relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale, in GU L 82, del 22 marzo 2001, p. 1; direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2012, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato, in GU L 315, del 14 novembre 2011, p. 57.

<sup>937</sup> V. le sentenze del 28 giugno 2007, causa C-467/05, *Dell'Orto*, in *Racc.* p. I-5557, e del 21 ottobre 2010, causa C-205/09, *Eredics*, in *Racc.* p. I-10231.

sottolineato come il dato letterale della citata decisione quadro non consentisse di ampliare la tutela ivi accordata a soggetti diverse dalle persone fisiche.

Nella prima di queste pronunce, in particolare, la Corte ha chiaramente statuito che anche le persone giuridiche costituite parti civili nel procedimento dinnanzi al giudice *a quo* non possono ambire alla qualificazione di vittime, secondo la nozione rilevante ai fini del diritto dell'Unione. L'art. 1, lett. a), della decisione quadro, secondo un'impostazione ripresa altresì dalla direttiva del 2012, circoscriveva infatti il suo ambito operativo alle persone fisiche che avessero patito danni fisici, sofferenze fisiche o un pregiudizio materiale a causa di una condotta criminosa<sup>938</sup>.

Al contempo, come confermato nella pronuncia *Eredics*,<sup>939</sup> la decisione quadro non avrebbe comportato un'armonizzazione completa del settore in esame ed avrebbe pertanto consentito agli Stati, in assenza di dati normativi contrari, di conservare le proprie scelte negli ambiti non espressamente interessati dalla legislazione sopranazionale. Di conseguenza, la normativa europea non avrebbe impedito né obbligato – e, anche a séguito della riforma della materia, non impedirebbe né obbligherebbe – gli Stati membri ad applicare le disposizioni da essa previste anche alle persone giuridiche.

Un ulteriore esempio riguarda la giurisprudenza in tema di motivi di rifiuto dell'esecuzione di un mandato d'arresto europeo, tema oggetto di più approfondita trattazione nel corso del lavoro<sup>940</sup>. Il Giudice dell'Unione, infatti, nell'ottica di privilegiare le esigenze sottese al rafforzamento della cooperazione tra autorità giudiziarie degli Stati membri e nonostante le sollecitazioni della dottrina e degli avvocati generali<sup>941</sup>, ha escluso che motivi di rifiuto non espressamente enumerati nella decisione quadro 2002/584/GAI possano essere invocati allo scopo di negare la consegna di un soggetto. Il richiamo al dato letterale è decisivo anche rispetto a ragioni di diniego che attingano a norme cardine dell'ordinamento europeo, come il principio di proporzionalità o la tutela dei diritti fondamentali<sup>942</sup>.

<sup>938</sup> Anche altri elementi testuali rafforzavano questa conclusione: l'art. 2, n. 1, prevedeva che la vittima dovesse beneficiare di un regime normativo idoneo a garantire il rispetto della sua dignità personale, mentre il n. 2 imponeva un trattamento *ad hoc* per i soggetti particolarmente vulnerabili. L'art. 8, inoltre, sollecitava gli Stati a prevedere strumenti ed istituti idonei ad assicurare anche la protezione dei familiari della vittime e delle persone a questi assimilabili.

<sup>939</sup> V. la sentenza *Eredics*, cit., punti 29 e 30. Nell'opinione della Corte, peraltro, l'esclusione delle persone fisiche dall'ambito applicativo della decisione quadro non costituisce una discriminazione, bensì la legittima previsione di un regime differenziato per situazioni giuridiche oggettivamente diverse.

<sup>940</sup> V. *infra*, Cap. IV.

<sup>941</sup> Cfr. il punto 51 ed il punto 70 delle conclusioni dell'avvocato generale Sharpston del 18 ottobre 2012 causa C-396/11, *Radu*, non ancora pubblicate. V. altresì la sentenza della Corte, pronunciata in data 29 gennaio 2013.

<sup>942</sup> La Corte ha precisato anche che «nell'applicare il diritto nazionale, il giudice nazionale

Merita da ultimo ricordare come la corretta ricostruzione del dato letterale di una disposizione possa essere condizionata ad un raffronto tra le varie versioni linguistiche del testo normativo<sup>943</sup>. La presenza di 24 lingue ufficiali – un *unicum* nel panorama internazionale – implica infatti che, come a più riprese ricordato dalla Corte, tutte le traduzioni di un *atto* facciano fede nella stessa misura e debbano pertanto essere opportunamente comparate ai fini di una puntuale elaborazione ermeneutica<sup>944</sup>. Secondo la costante giurisprudenza di Lussemburgo non è dunque possibile fare affidamento su una sola versione linguistica, soprattutto ove la parola o la sua traduzione sollevino problematiche definitorie e concettuali<sup>945</sup>. La prassi della Corte evidenzia a questo proposito il tentativo di avvalorare, nella misura in cui ciò sia praticabile, soluzioni interpretative compatibili con ciascuna versione o con il numero di traduzioni ufficiali più elevato possibile, in ossequio alla funzione nomofilattica

chiamato ad interpretare quest'ultimo è quindi tenuto a farlo quanto più possibile alla luce della lettera e dello scopo della decisione quadro al fine di conseguire il risultato perseguito da questa». V. la sentenza del 5 settembre 2012, causa C-42/11, *Lopes da Silva*, pubblicata nella Raccolta digitale ECLI:EU:C:2012:517.

<sup>943</sup> La coesistenza di molteplici versioni linguistiche di un testo giuridico rappresenta una caratteristica diffusa nel diritto internazionale. L'art. 33 par. 4 della Convenzione di Vienna sul diritto dei Trattati, in effetti, prevede che ove le varie traduzioni differiscano debba essere eletto il significato che, in relazione all'oggetto ed agli obiettivi del Trattato, consenta di accomunare maggiormente i testi. Sul punto v. in generale U. LINDERFALK, *On the interpretation of treaties. The modern international law as expressed in the 1969 Vienna Convention on the law of the Treaties*, New York, 2007. Peraltro, la maggior parte delle esperienze riscontrabili a livello internazionale o regionale si esaurisce nella composizione di discrasie circoscritte ad una serie limitata di testi, come nel caso delle versioni inglese e francese della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. In questo contesto, la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo tende a conciliare le due formulazioni. Per un'analisi che muove da differenti prospettive sull'approccio interpretativo alla Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo v. A. BERNHARDT, *Evolutive treaty interpretation, Especially of the European Convention on Human Rights*, in *German Yearbook of International Law*, 1999, p. 14 e A. ORAKELASHVILI, *Restrictive interpretation of human rights treaties in the recent jurisprudence of the European Convention of Human Rights*, in *European Journal of International Law*, 2003, p. 529.

<sup>944</sup> Per una analisi delle implicazioni di questa caratteristica dell'ordinamento dell'Unione europea v. G. VAN CALSTER, *The EU's Tower of Babel. The interpretation by the European Court of justice of equally authentic texts drafted in more than one official language*, in *Yearbook of European Law*, 1997, p. 363; E. PAUNIO, *Legal certainty in multilingual EU law: language, discourse and reasoning at the European Court of Justice*, Farnham, 2013.

<sup>945</sup> «A tutte le versioni linguistiche è riconosciuto, in via di principio, lo stesso valore, che non può variare in rapporto al numero dei cittadini degli Stati membri in cui è parlata una certa lingua». Cfr. la sentenza del 2 aprile 1998, causa C-296/95, *EMU Tabac*, in *Racc.* p. I-1605, punto 36. V. altresì, fra le altre pronunce, le sentenze 12 novembre 1969, causa 29/69, *Stauder*, in *Racc.* p. 419, punto 3; 20 novembre 2001, causa C-268/99, *Jany e a.*, *Racc.* p. I-8615, punto 47; 22 ottobre 2009, cause riunite C-261/08 e 348/08, *Zurita Garcia*, in *Racc.* p. I-10143. La Corte ha sempre rigettato le argomentazioni di ricorrenti che intendessero riconoscere un significato peculiare a singole versioni linguistiche, sulla scorta di valutazioni concernenti il singolo Stato membro di origine.

ca attribuita dai Trattati al Giudice dell'Unione ed all'esigenza di garantire l'unità e la coerenza del diritto UE<sup>946</sup>.

Vi sono peraltro casi in cui anche il raffronto tra versioni differenti non consente di pervenire ad un orientamento condiviso, tanto da manifestare lacune o discrasie cui non è possibile porre rimedio attraverso un approccio ermeneutico letterale. In simili situazioni, come già evidenziato, la Corte integra l'apprezzamento oggettivo del significato delle espressioni usate dal Legislatore europeo con la *ratio* da questo perseguita, alla luce del contesto normativo di riferimento<sup>947</sup>.

La recente prassi evidenzia un'interessante evoluzione dell'uso di questo strumento ermeneutico, alla luce della quale il richiamo ad una particolare formulazione linguistica appare funzionale e *lato sensu* rafforzativa della motivazione della sentenza. Esempio elettivo in questo senso è il caso *DEB*, prima occasione in cui la Corte è stata chiamata a fornire l'interpretazione di una norma della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, nella sua nuova veste di atto avente valore giuridico primario<sup>948</sup>. Chiamata a decidere se l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato dovesse essere accordata anche alle persone giuridiche, quale possibile espressione del diritto ad un rimedio giurisdizionale effettivo *ex art. 47* della Carta, la Corte ha sottolineato come, in assenza di chiare precisazioni nella Carta stessa e nelle Spiegazioni ad essa allegate, eventuali sfumature suggerite da singole versioni linguistiche possano offrire all'interprete elementi utili per la decisione. La Corte ha dunque valorizzato il testo tedesco dell'art. 47, in cui l'impiego del termine «*Person*», in luogo di «*Mensch*», parola che a sua volta ricorre in numerose altre disposizioni, quali gli artt. 1, 2, 3, 6, 29, 34 e 35, è risultato indicativo del fatto che le persone giuridiche non sono in linea di principio escluse dall'ambito di applicazione di tale norma<sup>949</sup>.

<sup>946</sup> M. DERLÉN, *The multilingual interpretation of European Union law*, Alphen aan den Rijn, 2009, p. 299.

<sup>947</sup> Un esempio rilevante sotto questo profilo è la sentenza 27 ottobre 1977, causa 30/77, *Regina c. Bouchereau*, in *Racc.* p. 1999, par. 14. L'importanza di questa considerazione è ulteriormente acuita dal fatto che, come già visto per la definizione di vittima di reato, il diritto UE impiega una terminologia che gli è propria, così che una nozione giuridica non esplica necessariamente a livello sovranazionale lo stesso contenuto riconosciuto in sede interna. Il carattere autonomo di una nozione abbraccia talora la determinazione dei confini di una materia nel suo complesso, come nel caso delle espressioni “materia civile e commerciale” o “materia penale”. La Corte ha infatti evidenziato come queste nozioni non possano essere desunte da un mero richiamo agli ordinamenti nazionali. Si tratta piuttosto di nozioni autonome del diritto UE. V. rispettivamente le sentenze del 28 aprile 2009, causa C-420/07, *Apostolides*, in *Racc.* p. I-3571, punto 41; del 26 febbraio 2013, causa C-617/10, *Fransson*, non ancora pubblicata. Sulla nozione di «autorità giudiziaria» ai fini della cooperazione in materia penale v. la sentenza del 14 novembre 2013, causa C-60/12, *Balaz*, non ancora pubblicata.

<sup>948</sup> Cfr. la sentenza 22 dicembre 2010, causa C-279/09, *DEB*, in *Racc.* p. I-13849.

<sup>949</sup> Cfr. punto 39 della sentenza. Questa sentenza integra una evoluzione ed estensione del

Proprio in questa prospettiva si inserisce il – peraltro limitato – riferimento al raffronto di più versioni linguistiche nell'ambito della cooperazione in materia penale. Nella sentenza *Gözütok e Brügger*, ad esempio, in calce al percorso motivazionale della sentenza, il Giudice dell'Unione ha richiamato la sostanziale convergenza di tutte le traduzioni ufficiali nel sostenere l'applicabilità del principio del *ne bis in idem* anche a decisioni definitive che comportino l'estinzione dell'azione penale senza scrutinio giurisdizionale. Analoga impostazione si può rilevare in alcune conclusioni degli avvocati generali, che valorizzano in misura più significativa questo strumento ermeneutico, peraltro senza mai rilevare sensibili discrasie tra i diversi testi ufficiali<sup>950</sup>.

Il dato è piuttosto significativo, poiché, sebbene le pronunce susseguites nel settore in esame siano in numero meno rilevante rispetto ad altri contesti, l'assenza di difficoltà nel ricondurre ad uniformità le varie versioni linguistiche può essere indice, da un lato, dell'omogeneità del dato normativo e, dall'altro, in senso più suggestivo, della possibilità di comporre eventuali antinomie attraverso il soccorso di altri criteri, ed in particolare della prospettiva finalistica o sistematica. Così è in effetti avvenuto nel caso *Kozłowski*, in cui il dubbio sull'autonoma rilevanza della categoria dei dimoranti ai fini di un motivo facoltativo di rifiuto di esecuzione del mandato d'arresto europeo è stato risolto in senso positivo grazie all'esigenza di assicurare un accorto bilanciamento tra il reciproco riconoscimento ed il margine discrezionale accordato agli Stati.

### *3.3. Attività interpretativa e superamento dei limiti della cooperazione in materia penale: i metodi sistematico e teleologico*

L'interpretazione teleologica consente al Giudice dell'Unione di estrapolare da un testo giuridico il significato più rispondente alle esigenze ed agli obiettivi posti dal Trattato, usualmente espressi nei considerando degli atti. Essa appare dunque protesa ad assicurare il costante adeguamento delle norme sia alle scelte politiche a queste sottese, sia all'avanzamento del processo

precedente orientamento giurisprudenziale, poiché questo approccio “rafforzativo” è stato adottato in passato dalla Corte solo in casi in cui il richiamo alle versioni linguistiche fosse idoneo a puntellare un percorso argomentativo compiuto ed imperniato su differenti criteri interpretativi, come quello teleologico o sistematico. V. sul punto la sentenza 15 ottobre 1996, causa C-298/94, *Henke*, in *Racc.* p. I-4989, nonché la sentenza 30 luglio 1996, causa C-84/95, *Bosphorus*, in *Racc.* p. I-3953.

<sup>950</sup> Si pensi ad esempio alle conclusioni dell'avvocato generale Jarabo Colomer l'8 giugno 2006 nella causa C-150/05, *Van Straaten*, circa la condizione posta dall'art. 54 CAAS per l'operatività del principio del *ne bis in idem* in caso di sentenze di condanna, per le quali – e solo per queste – la norma richiede che il divieto di doppio giudizio sia condizionato dall'esecuzione della pena o dalla impossibilità di tale esecuzione. V. il punto 51 delle conclusioni.

di integrazione, che tali fini modella e che segna la ciclica e fisiologica necessità di aggiornamento dei testi giuridici e della loro portata. In questi termini, in effetti, la dottrina sottolinea da tempo la centralità del metodo finalistico quale espressione del dinamismo del diritto dell'Unione, anche alla luce delle peculiarità dell'ordinamento UE e del fatto che «*the Treaties are imbued with teology*»<sup>951</sup>. Questo approccio costituisce pertanto un prezioso strumento di adeguamento del significato di disposizioni spesso scarse o di vago contenuto alla mutata sensibilità giuridica ed all'evolversi del processo di integrazione<sup>952</sup>.

Dal canto suo, invece, il parametro sistematico permette di orientare l'analisi di un testo al complessivo panorama di principi, norme ed istituti che disciplinano ciascuna politica europea<sup>953</sup>. Esso consente dunque di bilanciare la prospettiva teleologica con l'esigenza di assicurare l'uniformità dell'interpretazione e la coerenza complessiva dell'ordinamento dell'Unione.

I due metodi appaiono in definitiva complementari e, spesso, di difficile distinzione nell'argomentare della Corte. Si può in senso ulteriore sostenere, come affermato talora in dottrina<sup>954</sup>, che il *telos* ed il contesto rappresentino due elementi di un *unicum*, capaci di dispiegare crescente potenzialità euristica attraverso la loro combinazione. In questo senso, l'interpretazione teleologica non si limita a indagare lo scopo perseguito da una norma, indirizzandone il significato, bensì è alimentata ed influenzata dal più ampio quadro di principi ed istituti che fondano la specificità dell'esperienza giuridica dell'Unione europea. Il motivo ispiratore dell'argomentazione del Giudice europeo non è dunque solo la ricerca dello scopo di una disposizione, ma si estende agli obiettivi ai quali complessivamente l'ordinamento UE tende. Pertanto, secondo questa lettura, la combinazione dei due parametri conduce la Corte ad una valutazione complessa, che può essere unitariamente definita metateleologica<sup>955</sup> o cumulativa<sup>956</sup>. Siffatto apprezzamento risulta infatti ripartito in

<sup>951</sup> T. TRIDIMAS, *The Court of justice and judicial activism*, in *European Law Review*, 1996, p. 205. A. ARNULL, *The European Union and its Court*, cit., p. 612, evidenzia come «*the Treaties are peppered with articles explaining the purpose of more detailed provisions*»

<sup>952</sup> V. in particolare H. KUTSCHER, *Alcune tesi sui metodi di interpretazione del diritto comunitario dal punto di vista di un giudice (I parte)*, in *Rivista di diritto europeo*, 1976, p. 283. L'autore in particolar modo evidenzia come, pur non caratterizzati per «la veneranda età dei codici nazionali», i Trattati necessitano a più riprese chiarimenti e adeguamenti interpretativi connessi «alla fisiologica incertezza e la naturale non completezza del diritto scritto».

<sup>953</sup> Per una puntuale analisi di questo parametro interpretativo in rapporto alle singole fonti dell'ordinamento UE v. G. BECK, *The legal reasoning*, cit., p. 191.

<sup>954</sup> V. M. POIARES MADURO, *Interpreting EU Law*, cit., p. 8.

<sup>955</sup> In questo senso v. M. LASSER, *Judicial deliberations. A comparative analysis of judicial transparency and legitimacy*, Oxford, 2004, p. 359.

<sup>956</sup> Di «*cumulative approach*» tratta G. BECK, *The legal reasoning*, cit., p. 312. Questo approccio complesso sarebbe avvalorato dalla Corte soprattutto rispetto alle problematiche interpretative che interessano i diritti fondamentali, i principi dell'ordinamento europeo o l'effettività delle politiche UE.

una componente induttiva, che muove dalla singola norma e dallo scopo che essa persegue, e in un approccio deduttivo, volto alla ricerca di un significato specifico attraverso la valutazione dei principi e degli istituti generali che regolano il sistema<sup>957</sup>.

Un simile modello traduce nell'attività giurisprudenziale le istanze di autonomia ed effettività dell'ordinamento europeo. Esso infatti appare rispondere all'esigenza di scongiurare che fattori quali la frammentazione delle opzioni politiche espresse nella negoziazione dei Trattati o nella formazione degli atti di diritto derivato, la genericità di taluni dati normativi, la diversità delle tradizioni giuridiche degli Stati membri o la pluralità di versioni linguistiche possano determinare crescenti conflitti fra norme o fra interpreti, inficiando in ultima analisi la portata delle norme europee e l'effettività delle politiche UE. Seppur inevitabilmente affiancato e rafforzato da ulteriori strumenti ermeneutici, pertanto, il metodo in esame rivela, in misura senz'altro più incisiva rispetto al criterio letterale, una considerevole potenzialità propulsiva rispetto all'effettività del diritto dell'Unione europea, anche in rapporto alla sua applicazione decentrata da parte delle autorità giurisdizionali nazionali<sup>958</sup>.

Nella prassi della Corte, in definitiva, attraverso l'approccio interpretativo e argomentativo meta-teleologico, la valutazione del caso di specie acquista pregnanza sistematica alla luce del richiamo ad istituti o principi come l'effettività del diritto dell'Unione, la certezza, coerenza ed uniformità della sua interpretazione applicazione, il rafforzamento del sistema di tutela dei diritti fondamentali<sup>959</sup>.

La forza propulsiva di questo criterio interpretativo si riscontra con particolare evidenza nel contesto della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale, che ben esemplifica, come già evidenziato, l'esigenza di tutelare prerogative fondamentali dell'individuo, della collettività o dell'ordinamento europeo nel suo complesso. Fra i possibili profili rilevanti, pare opportuno

<sup>957</sup> Attraverso questo modello interpretativo la Corte estrapola la *ratio legis* dal sistema normativo e dagli obiettivi della normativa presa in esame. Cfr. J. MERTENS DE WILMARS, *Réflexions sur les méthodes d'interprétation de la Cour de Justice des Communautés européennes*, in *Cahiers de droit européen*, 1986, p. 1. V. altresì J. BENOÏT, *The legal reasoning of the European Court of justice*, Oxford, 1993, p. 250.

<sup>958</sup> In questo senso v. G. CONWAY, *The limits of the legal reasoning*, cit., p. 22, secondo il quale l'approccio meta-teleologico poggia su una valutazione sistemica degli obiettivi dell'Unione e sollecita dunque lo sviluppo del processo di integrazione. In senso analogo M. LASSER, *Judicial deliberations*, cit., p. 231.

<sup>959</sup> La proficua dinamica fra apprezzamento del caso di specie ed argomentazioni che attingono al complesso dell'ordinamento europeo può essere rilevata in molteplici pronunce fondative di istituti di particolare rilevanza per il diritto dell'UE, come nel caso della giurisprudenza in materia di responsabilità extracontrattuale dello Stato per violazione del diritto UE. Cfr. in particolare la sentenza del 5 marzo 1996, cause riunite C-46 e 48/93, *Brasserie du Pêcheur*, in *Racc.* p. I-1029, punti 20, 31 e 32.

qui accennare a tre elementi che hanno in ampia misura ispirato l'attività ermeneutica della Corte di giustizia e che, ricondotti a questo schema interpretativo, hanno accompagnato e rafforzato i progressi compiuti nel campo della cooperazione penale.

A questo proposito, la casistica pone in primo luogo in risalto il tentativo di ricondurre questa materia ad alcuni principi generali dell'ordinamento UE, operazione nella quale la Corte si è distinta in particolare in relazione alle fonti del terzo pilastro, ad esempio con i noti casi *Pupino* e *Advocaten voor de Wereld*<sup>960</sup>, con riferimento all'obbligo di interpretazione conforme ed al principio di legalità.

È stato in secondo luogo evidenziato in dottrina come, negli ultimi anni ed *a fortiori* a séguito l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, uno dei fili conduttori dell'operato delle istituzioni europee – Corte di giustizia *in primis* – in questo settore sia risultato il principio di effettività del diritto UE<sup>961</sup>. Il Giudice dell'Unione ha infatti modellato in molte occasioni il proprio *iter* argomentativo alla luce di questo principio, a beneficio del rafforzamento della cooperazione tra le autorità degli Stati membri. Come si avrà modo di considerare più diffusamente nel prosieguo dell'analisi, l'effettività del diritto dell'Unione ha dunque costituito una delle principali basi – non necessariamente solide<sup>962</sup> – sulle quali è stata costruita la giurisprudenza di Lussemburgo in tema di mandato d'arresto europeo, sia con riferimento all'elisione del criterio della doppia incriminazione sia rispetto alla portata dei motivi di diniego dell'esecuzione, nell'ottica di scongiurare discrasie interpretative ed applicative da parte dei legislatori o delle autorità giudiziarie nazionali<sup>963</sup>.

Parimenti, questa esigenza di uniformità e coerenza sistematica ha veicolato la reiterata conferma della centralità della fiducia reciproca fra le autorità degli Stati membri, presupposto essenziale per l'avvio di forme di cooperazione in presenza di ordinamenti statali giuridicamente frammentati. Un presupposto che, più ancora della necessità di tutelare i diritti delle persone sot-

<sup>960</sup> V. la sentenza del 16 giugno 2005, causa C-105/03, *Pupino*, in *Racc.* p. I-5285, e la sentenza 3 maggio 2007, causa C-303/05, *Advocaten voor de Wereld*, in *Racc.* p. I-3633. In dottrina v. F. CHERUBINI, *L'obbligo di interpretazione conforme alle decisioni quadro: considerazioni in margine alla sentenza Pupino*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2006, p. 157; L. MARCHEGIANI, *L'obbligo di interpretazione conforme delle decisioni quadro: considerazioni a margine della sentenza Pupino*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2006, p. 563, U. DRAETTA, *Il mandato d'arresto europeo al vaglio della Corte di giustizia*, in *Rivista di diritto italiano privato e processuale*, 2007, vol. IV, p. 998.

<sup>961</sup> E. HERLIN-KARNELL, *From mutual trust to the full effectiveness of EU law: 10 years of the European Arrest Warrant*, in *European Law Review*, 2013, p. 38.

<sup>962</sup> In senso critico v. L. MARIN, *Effective and legitimate? Learning from the lesson of 10 years of practice with the European Arrest Warrant*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2014, p. 327.

<sup>963</sup> V. in particolare la sentenza del 26 febbraio 2013, causa C-399/11, *Melloni*, non ancora pubblicata.



toposte a procedimento penale, ha motivato una lettura ambiziosa del principio del *ne bis in idem*, che ha consentito di alimentare la cooperazione giudiziaria anche in assenza di chiare norme comuni sull'attribuzione di competenza giurisdizionale in caso di fattispecie di reato aventi portata transfrontaliera<sup>964</sup>.

Il metodo meta-teleologico rappresenta dunque uno strumento interpretativo di particolare rilevanza nel contesto della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale ed ha sinora rappresentato un fattore di impulso e rafforzamento mediato di questa politica europea, nell'obiettivo ultimo di pervenire ad una unione sempre più stretta fra i sistemi penali nazionali<sup>965</sup>.

#### *3.4. Il metodo comparatistico: un criterio interpretativo accessorio... di primaria importanza nell'ambito della cooperazione in materia penale*

A fronte dei criteri sinora considerati, la Corte di giustizia ricorre spesso ad ulteriori strumenti interpretativi, per lo più considerati *argomenta ad abundantiam* o di natura accessoria, che talora acquistano tuttavia un'importanza rilevante nell'architettura argomentativa. Si tratta per lo più di parametri eterogenei fra loro, che comportano ora approccio storico, condotto ad esempio mediante l'analisi dei lavori preparatori<sup>966</sup>, ora una lettura analogica o *a contrario* dei testi giuridici.

Fra questi strumenti ermeneutici accessori, la complessità dell'ordinamento dell'Unione europea porta a riconoscere peculiare rilevanza al metodo comparativo<sup>967</sup>, grazie al quale la Corte ha la possibilità di estrapolare utili ar-

<sup>964</sup> B. VAN BOCKEL, *The ne bis in idem principle in the European legal order: from scope to substance*, in *ERA Forum*, 2012, p. 325.

<sup>965</sup> In dottrina è stato evidenziato come spesso la Corte abbia fatto riferimento al tema della «*ever closer Union*» per supportare le proprie argomentazioni, anche in materia penale, astraendo a questo obiettivo comune gli scopi perseguiti dalle singole politiche UE. V. ad esempio la sentenza del 16 giugno 2005, *Pupino*, cit., punti 41-43. Cfr. G. BECK, *The legal reasoning*, cit. p. 319.

<sup>966</sup> L'applicazione di questo criterio, indicato all'art. 32 della Convenzione di Vienna fra i parametri sussidiari di interpretazione, richiede una valutazione distinta per il Trattato e gli atti di diritto derivato. Ad oggi, infatti, la Corte non ha mai valorizzato questo strumento allo scopo di precisare la portata delle norme del Trattato, mentre il richiamo ai lavori preparatori ha maggiore incidenza nell'approccio agli atti di diritto derivato. D'altra parte, la Corte non ha mai riconosciuto a questo criterio autonoma capacità euristica, preferendo farvi ricorso in via ancillare. V. ad es. La sentenza 15 luglio 2010, causa C-256/09, *Purrucker*, in *Racc.* p. I-3452, punto 87.

<sup>967</sup> Talora la Corte ha proposto una giustificazione normativa a sostegno del metodo comparatistico. Una prima base giuridica è stata individuata nelle norme del Trattato che disciplinano le caratteristiche istituzionali e funzionali del Collegio di Lussemburgo: il richiamo ai principi comuni agli Stati membri sarebbe infatti funzionale alla individuazione della soluzione interpretativa più rispondente al dettame del Trattato. Cfr. sentenza 5 marzo 1996, cause riunite C-46/93 e C-48/93, *Brasserie du Pecheur e Factortame*, in *Racc.* p. I- 1029, punto 27.

gomenti o riscontri interpretativi dai principi e dalle previsioni normative in vigore negli Stati membri o a livello internazionale<sup>968</sup>. La giurisprudenza di Lussemburgo opera in effetti non di rado puntuali riferimenti a fonti esterne all'ordinamento dell'Unione, fra le quali si distinguono per importanza le nozioni o le tradizioni giuridiche degli Stati membri, così come la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la relativa giurisprudenza della Corte di Strasburgo<sup>969</sup>. In questo senso, l'*iter* motivazionale del Collegio non è esente dall'influenza delle conclusioni degli avvocati generali<sup>970</sup>, che spesso compiono ampli e ragionati confronti tra diversi dati normativi a supporto delle proprie argomentazioni<sup>971</sup>. Suggestioni comparative possono inoltre giungere dagli Stati e dalle parti della causa, che in molti casi evidenziano profili normativi o tendenze giurisprudenziali nazionali a sostegno della propria posizione processuale<sup>972</sup>. Analogo contributo è da ultimo fornito dalla Commissione,

Parimenti, la Corte ha valorizzato il proprio ruolo di garante del rispetto dei diritti fondamentali, desunti dalle tradizioni costituzionali degli Stati membri. Sin dalla sentenza *Nold*, il Giudice dell'Unione ha in effetti sottolineato l'incisività del vincolo imposto dalle tradizioni costituzionali nazionali, peraltro talora subordinandola ai crescenti richiami al sistema della Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo. Una terza ed ultima base giuridica è stata inoltre riscontrata nell'art. 340 TFUE – ex art. 288 TCE – grazie al quale la materia della responsabilità extracontrattuale dell'Unione è stata modellata secondo i principi e le tradizioni che sul punto accomunano gli Stati membri.

<sup>968</sup> In termini generali in dottrina M. HILF, *The role of comparative law in the jurisprudence of the Court of Justice of the European Communities*, in Y. BLAIS (a cura di), *The limitation of human rights in comparative constitutional law*, Cowansville, 1986, p. 558; J. MERTENS DE WILMARS, *Le droit comparé dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, in *Journal des Tribunaux*, 1991, p. 37; K. LENAERTS, *Interlocking legal orders in the European Union and comparative law*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2003, p. 873.

<sup>969</sup> La Corte, di fatto, adotta un approccio ermeneutico senza definirlo espressamente come tale. In dottrina è stata al riguardo utilizzata l'efficace immagine della punta di un iceberg: P. PESCATORE, *Le recours, dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, a des normes déduites de la comparaison des droits des Etats membres*, in *Revue internationale de droit comparé*, 1980, p. 352.

<sup>970</sup> La stessa natura della Corte, composta da Giudici provenienti da ciascuno Stato membro, concorre a dare rilevanza a questo metodo, così come il fattore del multilinguismo e l'origine interna di molte questioni presentate dinnanzi al Giudice europeo. Su questi aspetti v. T. KOOPMANS, *The birth of European law at the cross road of legal traditions*, in *American Journal of Comparative Law*, 1991, p. 500.

<sup>971</sup> Un esempio emblematico è costituito dalle conclusioni dell'avvocato generale Légér del 10 luglio 2001, causa C-353/99 P, *Consiglio c. Hautala*, in *Racc.* p. I-9565, che presentano un'approfondita analisi dell'approccio normativo degli allora quindici Stati membri al problema dell'accesso ai documenti in possesso della pubblica amministrazione.

<sup>972</sup> Tale operazione risponde usualmente alla volontà di orientare l'apprezzamento dell'interprete a profili peculiari dell'ordinamento interno, presentati come principi o istituti fortemente radicati e condivisi. V. ad es. la sentenza 30 settembre 1982, causa 108/81, *Amylum c Consiglio*, in *Racc.* p. 3107. In alcune occasioni, peraltro, la Corte ha disposto la riapertura della fase orale allo scopo di consentire agli Stati o ad altre parti di intervenire nella causa, conside-

che può essere portavoce del patrimonio di conoscenze acquisito nel monitoraggio sull'applicazione del diritto dell'Unione da parte degli Stati membri<sup>973</sup>.

Il dato comparatistico assume dunque, da un lato, un valore integrativo rispetto agli altri criteri interpretativi, supportando la Corte nell'individuazione della «*better solution for his time and his place*»<sup>974</sup>. Dall'altro lato, nondimeno, esso implica una valutazione metagiuridica che assume un rilievo centrale nell'economia della giurisprudenza di Lussemburgo. Il rimando ai principi ed alle norme nazionali e la loro valorizzazione in termini di argomentazione e motivazione rappresentano infatti un indiretto strumento di legittimazione dell'opera del Giudice dell'Unione, a beneficio della corretta applicazione del diritto UE in sede nazionale. Al contempo, sempre nell'ottica del rapporto con gli Stati membri, l'approccio comparatistico offre alla Corte maggiori strumenti per individuare una opportuna mediazione tra le esigenze del processo di integrazione ed il rispetto degli istituti-cardine e delle peculiarità degli ordinamenti nazionali<sup>975</sup>.

Ad una visione di insieme, questa tendenza si riscontra nelle diverse situazioni in cui la Corte applica il metodo in parola, circostanze che, con uno sforzo di sistematizzazione, appare possibile inquadrare in alcuni schemi ricorrenti.

In una prima categoria di ipotesi, la Corte valorizza il diritto degli Stati membri per statuire su questioni in ordine alle quali non soccorrono specifiche disposizioni sovranazionali. Ciò vale soprattutto ove si registri la totale condivisione o una significativa convergenza fra gli ordinamenti interni sul principio applicato dal Giudice europeo: la presenza di tale comune denominatore sollecita l'adozione dello *standard* di tutela più diffuso o della soluzione normativa dimostratasi più efficace in sede nazionale<sup>976</sup>. La Corte, inoltre,

rando potenzialmente dirimente per la soluzione della controversia. V. ad es. la pronuncia del 18 maggio 1982, causa 155/79, *AM & S*, in *Racc.* p. 1575, punti 19-22. Sul tema cfr. T. KOOPMANS, *Comparative Law and the Courts*, in *International Comparative Law Quarterly*, 1996, p. 547. Bisogna inoltre rammentare come la Corte possa altresì avvalersi di servizi di ricerca e documentazione composti da giuristi di provenienza nazionale, ai quali il Collegio commissiona la predisposizione di approfondimenti giurisprudenziali e dottrinari su date questioni.

<sup>973</sup> Vi sono in effetti ipotesi in cui la Corte, esercitando i propri poteri investigativi, ha chiesto alla Commissione il deposito di una relazione di studio comparatistico, in ordine alle soluzioni normative perseguite negli Stati membri su questioni di particolare rilievo: causa 155/78, *Mv*, in *Racc.* p. 1797.

<sup>974</sup> Per approfondimenti v. C.N. KAKOURIS, *L'utilisation de la méthode comparative par la Cour de Justice des Communautés européennes*, in U. DROBNIG, S. VAN ERP (a cura di), *The use of comparative law by courts*, L'Aia-Londra-Boston, 1999, p. 99.

<sup>975</sup> V. M. KIIKERI, *Comparative legal reasoning and European law*, L'Aia-Londra-Boston, 2001, p. 121.

<sup>976</sup> Un esempio di questo orientamento è costituito dal caso *Dunnett*, in cui il Tribunale ha censurato l'elisione di un beneficio salariale tradizionalmente accordato ai dipendenti della Banca europea per gli Investimenti, poiché il relativo provvedimento era stato adottato senza

ha talora ricavato dal consenso diffuso fra gli Stati membri in ordine ad un principio giuridico un'argomentazione a sostegno dell'affermazione di istituti, diritti o principi inerenti all'ordinamento dell'Unione<sup>977</sup>.

Al contrario, ove il panorama di posizioni ed opzioni normative avvalorate negli Stati membri risulti sensibilmente frammentato, la Corte tradizionalmente si astiene dall'eleggere una determinata impostazione a discapito di altre. Ciò vale *a fortiori* in presenza di problematiche dalle forti ricadute non solo politiche, ma anche etiche e culturali, in ordine alle quali ogni Stato maturo mediante un ampio dibattito interno il proprio orientamento normativo. Un esempio rilevante sotto questo profilo è costituito dalla giurisprudenza in tema di riconoscimento dei diritti delle coppie omosessuali<sup>978</sup>.

Da ultimo, parte della dottrina evidenzia alcuni casi in cui la Corte ha accolto nel sistema giuridico dell'Unione principi o istituti propri di un numero ristretto di ordinamenti nazionali, ma ritenuti preziosi per il raggiungimento degli scopi previsti dal Trattato e per lo sviluppo del processo di integrazione. Alcuni autori, in particolare, richiamano il principio di proporzionalità e la tutela del legittimo affidamento, estrapolati dalla cultura giuridica tedesca fra gli anni '70 ed '80<sup>979</sup>. Altri ritengono che la medesima operazione, definita di "incorporazione" o "inclusione", si sia registrata in relazione a specifiche problematiche, come nel caso del disvalore ricollegato alla diffusione ed al consumo delle sostanze stupefacenti o rispetto alla non brevettabilità di terapie mediche che implicino l'utilizzo di cellule staminali tratte da embrioni umani<sup>980</sup>.

adeguate e preventive consultazioni con i lavoratori, espressione di un principio di diritto del lavoro condiviso da tutti gli ordinamenti degli Stati membri. V. La sentenza del Tribunale del 6 marzo 2001, causa T-192/99, *Dunnett e altri*, in *Racc.* p. II-813.

<sup>977</sup> Un esempio significativo in questo contesto è rappresentato dal caso *Jobnston*, riguardante la decisione delle autorità nordirlandesi di escludere le donne dall'impiego in operazioni di polizia che comportassero l'uso di armi da fuoco, sulla base di ragioni di pubblica sicurezza. Una delle problematiche poste dinanzi alla Corte riguardava l'assenza di effettivi rimedi giurisdizionali, a livello interno, contro misure asseritamente discriminatorie. La Corte ebbe modo di precisare come la predisposizione di rimedi giurisdizionali efficaci sia un principio comune agli Stati membri, radicato nelle tradizioni costituzionali statali e capace di acquisire a livello europeo un rilievo decisivo nella verifica sul rispetto degli obblighi imposti dall'UE. V. la sentenza 15 maggio 1986, causa 222/84, *Jobnston*, in *Racc.* p. 1651, punto 64.

<sup>978</sup> In passato la Corte ha esercitato questo *self-restraint* in relazione al riconoscimento dei diritti delle coppie omosessuali, mentre oggi il dibattito è più specificamente focalizzato sullo specifico aspetto del matrimonio fra persone dello stesso sesso. V. la sentenza 17 febbraio 1998, causa C-249/96, *Grant*, in *Racc.* p. I-621.

<sup>979</sup> V. Le sentenze 17 dicembre 1970, causa 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, in *Racc.* p. 1125; 21 settembre 1983, cause riunite da 205 a 215/82, *Deutsche Milchkontor*, in *Racc.* p. 2633. In dottrina v. F. BELAICH, *La répétition de l'indu en droit communautaire dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, in *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, 2000, p. 113.

<sup>980</sup> Sul tema delle sostanze stupefacenti v. la sentenza del 16 dicembre 2010, causa C-

Nella varie situazioni considerate, in definitiva, il ricorso al criterio interpretativo in esame implica un tentativo di «*reconciliation process*» fra diritto europeo e ordinamento degli Stati membri<sup>981</sup>, con esiti e incisività differenti su entrambi i poli dell'indagine. Tale dinamica assume particolare rilievo nel contesto della cooperazione di polizia e giudiziaria e ben esemplifica il costante alternarsi di limiti ed avanzamenti del processo di integrazione in questa materia. Il diritto penale è infatti un'espressione elettiva della sovranità statale e coglie usualmente nel segno delle priorità valoriali e delle esigenze di tutela espresse da una determinata comunità<sup>982</sup>. Questa caratteristica si traduce non di rado in scelte normative ed orientamenti giurisprudenziali variegati<sup>983</sup>, se non contrapposti, che prospettano talora uno scenario talmente composito da escludere, almeno in apparenza, la possibilità di individuare comuni denominatori fra gli Stati membri<sup>984</sup>. Nelle esperienze di cooperazione sovranazionale in materia penale, di conseguenza, il multiforme panorama dei sistemi penali degli Stati coinvolti può generare il rischio di imporre soluzioni non realmente condivise, oppure di sancire, tanto in sede normativa quanto a livello giurisprudenziale, la prevalenza di un modello giuridico su altri<sup>985</sup>.

137/09, *Josemans*, in *Racc.* p. I-13019. Circa la brevettabilità dell'embrione umano v. la sentenza del 18 ottobre 2011, causa C-34/10, *Oliver Brüstle c. Greenpeace*, in *Racc.* p. I-9821. In dottrina, sul tema dell'inclusione a livello europeo di valori o istituti giuridici nazionali v. F. DE WITTE, *Sex, drugs & EU law: the recognition of moral and ethical diversity in EU law*, in *Common Market Law Review*, 2013, p. 1545.

<sup>981</sup> M. DARMON, *La prise en compte des droits fondamentaux par la Cour de justice des Communautés européennes*, in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1995, p. 29.

<sup>982</sup> Sul punto e sul ruolo della sovranità statale nel contesto della cooperazione penale v. U. SIEBER, *The forces behind harmonization of criminal law*, in M. DELMAS-MARTY, M. PIETH, U. SIEBER (a cura di), *Les chemins de l'harmonisation pénale. Harmonising criminal law*, Parigi, 2008, p. 385. L'autore sottolinea come la sovranità nazionale ed il legame fra diritto penale ed esigenze di tutela di una specifica comunità costituiscano tradizionalmente dei limiti all'armonizzazione del diritto penale. Allo stesso tempo, tuttavia, la diffusione di crimini aventi implicazioni transnazionali e di condotte lesive di valori fondamentali accettati dalla comunità internazionale rappresenta un elemento di considerevole impulso alla cooperazione ed all'apertura dei sistemi penali statali.

<sup>983</sup> Sul punto v. ad esempio le sottolineature proposte dall'avvocato generale Jarabo Colomer l'8 giugno 2006, nella causa C-436/04, *van Straaten*, in *Racc.* p. I-9331.

<sup>984</sup> M. DELMAS-MARTY, *Comparative criminal law as a necessary tool for the application of International criminal law*, in A. CASSESE (a cura di), *The Oxford companion to international criminal justice*, Oxford, 2009, p. 97. L'autrice sottolinea come senza l'individuazione di una «*common grammar*» di base la possibilità di avviare forme di operazione sia del tutto preclusa. Anche alla luce della prassi delle corti e dei tribunali internazionali, ella suggerisce di individuare questo minimo comun denominatore nei principi generali e nei diritti fondamentali maggiormente riconosciuti nella comunità internazionale.

<sup>985</sup> Questa preoccupazione è in via generale espressa in relazione al diritto internazionale penale, ma ben può attagliarsi anche al caso europeo, pur mitigata dai radicati legami storici e culturali che contraddistinguono gli Stati interessati. V. in questo senso C. STEER, *Legal transplants or legal patchworking? The creation of international criminal law as a pluralistic body of*

Nell'esperienza europea a queste forze centrifughe si aggiunge un considerevole fattore centripeto, ovverosia la necessità di perseguire l'obiettivo comune della protezione della libertà, sicurezza e giustizia nello spazio giuridico europeo, attraverso la piena effettività delle norme UE su talune fattispecie gravi e di carattere transfrontaliero, nonché dei meccanismi di cooperazione fra autorità degli Stati membri. L'approccio comparatistico si innesta dunque su un sostrato teleologico che porta in molti casi il legislatore dell'Unione ad incorporare – secondo l'accezione poc'anzi fornita – le preoccupazioni degli Stati per la repressione dei fenomeni criminosi ed a elaborare un complesso normativo orientato a tale esigenza. L'interpretazione di tali disposizioni può risultare coerente con l'impostazione sostenuta a livello nazionale, ma può anche sovrapporsi ad essa, anche rispetto a scelte di peculiare rilevanza. Basti pensare al caso *Fransson*<sup>986</sup>, anch'esso oggetto di più approfondita analisi nel corso del lavoro, nel quale la Corte ha avvalorato una propria lettura del concetto di sanzione di natura penale, evidenziando come la qualificazione formalmente accordata ad una misura in sede nazionale possa essere censurata alla luce dell'esigenza di rispettare il divieto di duplicazione della pena, corollario del principio del *ne bis in idem*. In tale occasione, il Giudice dell'Unione ha di fatto censurato la scelta operata dal legislatore svedese di irrogare contestualmente una sanzione penale ed una misura amministrativa nei confronti dello stesso soggetto e per le medesime condotte di frode fiscale, secondo una prassi che l'avvocato generale aveva invece sollecitato a conservare inalterata, alla luce del suo forte radicamento e della sua notevole diffusione nei sistemi penali degli Stati membri<sup>987</sup>.

Il metodo comparatistico in questo ambito presenta inoltre alcune peculiarità dettate dalla necessità di rafforzare la fiducia reciproca tra le autorità nazionali e, con essa, il reciproco riconoscimento dei provvedimenti giurisdizionali stranieri. Questi due elementi limitano infatti la valorizzazione delle legislazioni vigenti negli Stati membri, raramente elevate al rango di strumenti ermeneutici o di soluzioni suscettibili di incorporazione nell'ordinamento dell'Unione. La giurisprudenza della Corte evidenzia invero l'espreso intento di modellare la portata di determinati istituti in situazioni contraddistinte dall'elemento transfrontaliero. Così, ad esempio, nel caso del principio del *ne bis in idem*, il dato normativo nazionale è apprezzato nella sua oggettività, in relazione agli effetti che in concreto produce e che devono essere opportunamente soppesati per statuire sull'eventuale sussistenza della preclusione di

law, in E. VAN SLIEDREGT, S. VASILIEV (a cura di), *Pluralism and harmonization in international criminal law*, Oxford, 2013, p. 39.

<sup>986</sup> Cfr. la sentenza del 26 febbraio 2013, causa C-617/10, *Fransson*, non ancora pubblicata.

<sup>987</sup> V. le conclusioni dell'avvocato generale Cruz Villalón, del 12 giugno 2012, nella causa *Fransson*, cit.

un nuovo giudizio. Al contrario, il regime statale non viene usualmente valutato sotto il profilo formale nella controversia *a quo*, né in ordine alla diffusione di analoghe impostazioni fra gli Stati membri. La giurisprudenza di Lussemburgo ha infatti chiarito che la piena tutela del *ne bis in idem* impone di applicare il divieto di doppio giudizio anche nell'ipotesi in cui tale preclusione non parrebbe operare alla luce del regime processuale nazionale: l'ampio spettro di istituti processuali in opera nei sistemi penali degli Stati membri non può valere a limitare la portata del diritto dell'Unione, *a fortiori* ove intervenga un principio generale dell'ordinamento UE<sup>988</sup>. In senso ulteriore, la Corte ha altresì puntualizzato che l'autorità giudiziaria nazionale è tenuta ad astenersi dall'avviare un nuovo procedimento laddove sia già stato celebrato un procedimento in un altro Stato membro, sebbene il regime processuale nazionale avrebbe potuto condurre ad un esito differente, ad esempio in forza della previsione di più lunghi termini prescrizionali<sup>989</sup>. Questo approccio investe talora anche la diversa qualificazione giuridica di una condotta negli ordinamenti statali. Da un lato, come confermato nel caso *Krajienbrink*<sup>990</sup> rispetto alla nozione di medesimezza del disegno criminoso nella continuazione fra reati, la circostanza che un istituto di diritto penale sostanziale sia disciplinato in maniera uniforme dagli Stati membri sollecita la Corte ad argomentare sulla maggiore forza propulsiva della propria pronuncia, idonea in concreto a riverberarsi su ciascun ordinamento interno. Dall'altro lato, se la qualificazione giuridica di un fatto diverge fra Stato e Stato, la Corte torna a superare la rilevanza dimostrativa delle scelte normative nazionali, a favore dell'accezione naturalistica degli eventi occorsi e, dunque, della soluzione ermeneutica che in maggior grado assicura la piena operatività del divieto di doppio giudizio.

L'esigenza di assicurare l'efficacia della cooperazione giudiziaria si riscontra peraltro anche nei contesti in cui il rafforzamento del reciproco riconoscimento è veicolato dall'adozione di norme europee, che, attraverso la definizione di *standard* minimi comuni, possano alimentare la fiducia reciproca fra autorità giudiziarie. Anche in queste ipotesi dunque la Corte si rende protagonista di un approccio che dimostra un chiaro *favor integrationis* rispetto alle istanze particolari degli Stati o alle peculiarità dei loro ordinamenti. Un esempio di questa tendenza può essere nuovamente desunto dalla giurisprudenza in tema di motivi di rifiuto facoltativo del mandato d'arresto europeo. Oltre al già citato caso *Melloni*, meritano un richiamo alcune sentenze incentrate sulla possibilità in capo alle autorità giudiziarie destinatarie di una ri-

<sup>988</sup> V. ad esempio la sentenza del 5 giugno 2014, causa C-398/12, *M.*, non ancora pubblicata, nella quale la Corte ha ritenuto operante il divieto di doppio giudizio in presenza di una sentenza di non luogo a procedere che, secondo la normativa processuale italiana, non può formalmente definirsi definitiva.

<sup>989</sup> V. la sentenza del 28 settembre 2006, causa C-467/04, *Gasparini*, in *Racc.* p. I-9199.

<sup>990</sup> V. la sentenza del 18 luglio 2007, causa C-367/05, *Krajienbrink*, in *Racc.* p. I-6619.

chiesta di cooperazione di non procedere alla consegna di un soggetto che risieda o dimori nel territorio nazionale e che abbia manifestato rilevanti legami personali e sociali nello Stato ospitante<sup>991</sup>. Sul punto, il Giudice dell'Unione ha anzitutto chiarito che il carattere opzionale del motivo di rifiuto in questione non si riferisce all'attività del legislatore, bensì all'operato dell'autorità giudiziaria: detto limite all'obbligo di riconoscere ed eseguire il provvedimento straniero deve dunque essere trasposto nel diritto interno ed è compito dell'autorità procedente nel caso di specie decidere se invocarlo. Inoltre, la Corte non ha dato séguito alle sollecitazioni degli avvocati generali<sup>992</sup>, secondo cui la valutazione sull'applicazione di questo motivo di rifiuto dovrebbe essere rapportata al principio – consacrato in alcune costituzioni nazionali e nell'ordinamento penitenziario di molti Stati membri – del fine rieducativo e risocializzante della pena.

Il metodo comparatistico, in definitiva, benché spesso relegato ad un piano accessorio ai fini della formazione del convincimento della Corte, rivela una costante tendenza al superamento del duplice limite intrinseco della cooperazione di polizia e giudiziaria, ossia il tradizionale radicamento locale dei sistemi penali e la frammentazione degli ordinamenti nazionali. In questa prospettiva, parametro ermeneutico in oggetto appare ad oggi utilizzato dal Giudice dell'Unione nella sua accezione al contempo più prudente ed efficace rispetto al rafforzamento del processo di integrazione nel settore in esame: lungi dall'incorporare determinati principi o istituti degli ordinamenti degli Stati membri o dal ricercare e fare proprie soluzioni condivise dai sistemi penali nazionali, la Corte predilige disegnare un autonomo «*European pattern*» e considera la portata e gli effetti delle legislazioni nazionali da un punto di vista “didattico-didascalico”. Analogamente a quanto visto per i criteri teologico e sistematico e secondo un'impostazione radicalmente differente rispetto a quella che caratterizza altre corti sovranazionali<sup>993</sup>, il Giudice di Lussemburgo, allo scopo di superare i limiti che i sistemi penali recano in dote alla cooperazione europea in questa materia, non affronta una dinamica comparazione fra gli ordinamenti statali, bensì circoscrive la propria analisi alla comprensione dei risvolti operativi e delle finalità alla base delle legislazioni interne.

<sup>991</sup> Cfr. l'art. 4 della decisione quadro 2002/584/GAI. V. le sentenze 6 ottobre 2009, causa C-123/08, *Wolzenburg*, in *Racc.* p. 9621, 5 settembre 2012, causa C-42/11, *Lopes da Silva*, pubblicata nella Raccolta elettronica ECLI:EU:C:2012:517.

<sup>992</sup> V. in particolare le conclusioni dell'avvocato generale Mengozzi del 20 marzo 2012, nella causa *Lopes da Silva*, cit.

<sup>993</sup> Per un'analisi sul punto v. M. DELMAS-MARTY, *The contribution of comparative law to a pluralist vision of international criminal law*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2003, p. 13.



#### 4. I limiti residui alla giurisdizione della Corte di giustizia

A fronte delle significative riforme istituzionali segnalate, in massima parte idonee ad approfondire la giurisdizione della Corte di giustizia nel settore della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale, si rilevano anche dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona alcune limitazioni all'operato del Giudice dell'Unione. Sebbene esse non incidano in misura significativa sul rafforzato sistema di tutela e di sindacato giurisdizionale, occorre analizzarne le caratteristiche essenziali. A questo riguardo, si riscontrano due principali tipologie di vincoli. Da un lato, sussistono limiti interni all'ordinamento UE, derivanti dalle previsioni di alcuni Protocolli allegati ai Trattati e dall'esenzione da scrutinio giurisdizionale delle attività connesse all'esercizio delle responsabilità incumbenti in capo agli Stati membri circa il mantenimento dell'ordine pubblico e della salvaguardia della sicurezza nazionale, a norma dell'art. 276 TFUE. Dall'altro lato, si registra un possibile futuro limite esterno, legato all'adesione dell'Unione europea alla CEDU ed alla necessità di coordinare l'eventuale intervento della Corte di Strasburgo con l'autonomia dell'ordinamento europeo e la competenza giurisdizionale della Corte di giustizia. Quanto alla prima categoria, in questa sede ci si intende soffermare su alcuni accenni ai profili generali degli istituti richiamati, che saranno oggetto di più approfondita trattazione nel prosieguo dell'analisi<sup>994</sup>; il problema dell'adesione alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle ricadute sul ruolo della Corte di giustizia sconta invece l'inevitabile aleatorietà di un *iter* ancora in divenire ed oggetto di una significativa battuta d'arresto a causa della posizione espressa dal Giudice dell'Unione.

##### 4.1. I limiti interni: l'*opt-out* di alcuni Stati membri, il Protocollo n. 30 sulla Carta dei diritti fondamentali e l'art. 276 TFUE

La giurisdizione della Corte di giustizia conserva anzitutto alcuni elementi di flessibilità legati al diverso grado di partecipazione degli Stati membri alle politiche europee nel campo della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale. L'approfondimento del processo di integrazione in questo delicato settore, infatti, ha determinato l'esigenza di individuare forme di adesione differenziata in favore di alcuni Stati riluttanti a consentire significative cessioni di sovranità in favore dell'Unione.

In particolare, come già visto, i Protocolli nn. 19 e 21 prevedono un regime *ad hoc* per il Regno Unito e l'Irlanda, in relazione alle misure rientranti nell'*acquis* di Schengen ed alla normativa adottata dall'Unione in tema di spazio di libertà, sicurezza e giustizia. Nel caso del Regno Unito, inoltre, l'art. 10

<sup>994</sup> In relazione all'*opt-out* v. il Cap. II, par. 5; per quanto riguarda l'art. 276 TFUE, cfr. il Cap. V, par. 4.

del Protocollo n. 36 ha permesso a questo Stato, al termine del periodo transitorio quinquennale successivo all'entrata in vigore della riforma di Lisbona, di beneficiare di un'esenzione in blocco dagli atti riconducibili al Titolo V TFUE e della successiva possibilità di aderire *ex novo* ad un insieme rigorosamente selezionato e circoscritto di misure. Il quadro è infine completato dal Protocollo n. 22, che disciplina il regime applicato alla Danimarca: questo Stato membro è in via di principio escluso *in toto* dalle iniziative riguardanti la cooperazione in materia penale, a meno che non decida di partecipare a singoli atti, contraendo a tal fine con gli altri Stati membri un obbligo di diritto internazionale.

Al di là delle specificità che contraddistinguono i singoli Protocolli, la facoltà di esercitare l'*opt-out* si riverbera sul ruolo della Corte di giustizia e sullo spettro operativo del suo sindacato giurisdizionale. Da un lato, il Giudice dell'Unione gode di piena competenza laddove uno di questi Stati decida di partecipare a singole misure, limitatamente alle controversie o ai rinvii pregiudiziali che scaturiscano da tali atti e dalla loro attuazione o applicazione. Dall'altro lato, se non si registra alcun *opt-in*, l'ambito di intervento del Giudice dell'Unione patisce un limite geografico superabile solo nel caso in cui lo Stato membro interessato riveda la propria originaria intenzione.

Peraltro, sussiste la rilevante eccezione del ricorso per annullamento, che gli Stati in questione potrebbero promuovere allo scopo di contestare la scelta della base giuridica di un atto, nell'ipotesi in cui il radicamento di quest'ultimo nel Titolo V TFUE o in altre politiche europee incida sul margine di flessibilità accordato dai Protocolli allegati ai Trattati<sup>995</sup>. Inoltre, Irlanda e Regno Unito potrebbero esperire tale rimedio al fine di lamentare l'illegittimità di decisioni adottate *ex officio* dal Consiglio in forza dei Protocolli nn. 19 e 21, ad esempio per escludere questi Stati da misure alle quali intendano aderire, ma che al contempo presuppongano la partecipazione ad ulteriori atti che non siano stati oggetto di *opt-in*<sup>996</sup>.

Parallelamente al tema dell'*opt-out*, occorre altresì fare richiamo ad un ul-

<sup>995</sup> V. sul punto, da ultimo, la sentenza del 6 maggio 2014, causa C-43/12, *Regno Unito c. Parlamento europeo e Consiglio*, non ancora pubblicata, con la quale la Corte ha accolto il ricorso per annullamento esperito da questo Stato membro avverso la direttiva 2011/82/UE sullo scambio transfrontaliero di informazioni sulle infrazioni stradali, considerata erroneamente basata sull'art. 87 TFUE, in materia di cooperazione di polizia, in luogo delle disposizioni sulla politica dei trasporti. In queste ipotesi, peraltro, le autorità giurisdizionali degli Stati in questione non godrebbero della possibilità di sollevare rinvii pregiudiziali di invalidità, a completamento della tutela ordinariamente assicurata dal sistema giurisdizionale dell'Unione in ordine alla legittimità degli atti delle istituzioni e degli organi UE.

<sup>996</sup> V. gli art. 4 del Protocollo n. 19 e 4 *bis* del Protocollo n. 21. Non si tratta peraltro delle sole decisioni che il Consiglio è legittimato a adottare. Esso ad esempio può imporre agli Stati in questione di farsi carico delle conseguenze finanziarie del loro *opt-out*, oppure escludere l'applicazione di un atto al quale tali Stati abbiano già esercitato l'*opt-in*.

teriore Protocollo, la cui formulazione ha destato considerevole dibattito teorico e opposti orientamenti giurisprudenziali. Il disposto del Protocollo n. 30, infatti, precisa che la Carta dei diritti fondamentali dell'UE non comporta, relativamente al Regno Unito ed alla Polonia, il rafforzamento delle competenze degli organi giurisdizionali europei e nazionali, così che questi ultimi non sarebbero legittimati a sindacare la conformità di norme o prassi interne con i diritti fondamentali da essa consacrati<sup>997</sup>. Tale Protocollo, a prima vista, sembra esentare Regno Unito e Polonia dall'applicazione della Carta o, più precisamente, pare mettere al riparo questi due Stati dai rimedi giurisdizionali che i singoli potrebbero invocare in presenza di violazioni dei diritti ivi sanciti.

La giurisprudenza britannica ha in alcune occasioni chiaramente parteggiato per una severa – e non del tutto corretta – interpretazione letterale di queste previsioni, secondo la quale «*it is absolutely clear that the contracting parties agreed that the Charter did not create one single further justiciable right in our domestic courts*» e, occorrerebbe aggiungere, dinnanzi alle istanze giurisdizionali europee<sup>998</sup>.

In verità, la storia del negoziato di questo Protocollo e le posizioni espresse dai due Stati nel corso della Conferenza intergovernativa evidenziano un approccio radicalmente opposto, che mai è sfociato nella richiesta o nell'imposizione di un vero e proprio *opt-out*. Come sottolineato in dottrina, invero, il disposto in esame appare piuttosto un compromesso tra l'esigenza di non compromettere in maniera evidente la portata della Carta e le preoccupazioni espresse da Polonia e Regno Unito, l'una desiderosa di non vedere inficiate dagli *standard* europei le proprie conquiste in campo sociale<sup>999</sup>, l'altro teso ad arginare il riconoscimento di nuove tutele in materia sociale e del lavoro, specialmente nel campo delle azioni collettive<sup>1000</sup>.

Anche sotto il profilo ermeneutico, la tesi dell'esistenza di un «*general opt-out from the Charter*» non appare corrispondente al contesto ed alla *ratio* delle previsioni del Protocollo n. 30<sup>1001</sup>. A questo riguardo, la Corte di giustizia,

<sup>997</sup> La formulazione del Protocollo è ancora più netta nel par. 2, a mente del quale «[...] per evitare dubbi, nulla nel Titolo IV della Carta crea diritti azionabili dinnanzi ad un organo giurisdizionale applicabili alla Polonia o al Regno Unito, salvo nella misura in cui la Polonia o il Regno Unito abbiano previsto tali diritti nel rispettivo diritto interno». Il Titolo IV della Carta è dedicato alla solidarietà e considera i diritti economici e sociali, come le prerogative dei lavoratori, il tema dell'assistenza sociale, la tutela della vita familiare e professionale.

<sup>998</sup> High Court of England and Wales, R. (*on the application of AB*) v. *Secretary of State for the Home Department*, [2013] 3453, punto 12.

<sup>999</sup> Cfr. le Dichiarazioni nn. 61 e 62 della Polonia, allegate ai Trattati. Analoga preoccupazione è stata altresì espressa dalla Repubblica Ceca, attraverso la Dichiarazione n. 53.

<sup>1000</sup> Per approfondimenti v. S. AMADEO, *Il Protocollo n. 30 sull'applicazione della Carta a Polonia e Regno Unito e la tutela asimmetrica dei diritti fondamentali: molti problemi, qualche soluzione*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2009, p. 720.

<sup>1001</sup> P. KOUTRAKOS, *Does the United Kingdom have a general opt-out from the EU Charter of fundamental rights?*, in *European Law Review*, 2014, p. 1.

in un *obiter dictum* della sentenza *NS e ME* del 2011<sup>1002</sup>, ha confermato che non sussiste un'esenzione in favore dei due Stati coinvolti, nemmeno nel campo dei diritti sociali, principale elemento ispiratore del Protocollo. In particolare, anche alla luce del preambolo del Protocollo stesso, le disposizioni in esame si limiterebbero a ribadire quanto già espresso all'art. 51 della Carta, il quale confina l'ambito di applicazione dei diritti fondamentali alle sole situazioni in cui gli Stati attuino il diritto UE<sup>1003</sup>. Alla luce della centralità dei diritti fondamentali nell'ordinamento dell'Unione, non può dunque essere accolta una limitazione totale o parziale della loro portata.

Specularmente, a ben vedere, non è stata ancora fornita una ricostruzione giurisprudenziale del richiamo al fatto che i diritti sanciti dalla Carta sarebbero invocabili in giudizio nella misura in cui siano riconosciuti altresì nell'ordinamento polacco e britannico. Proprio su questo dettato si addensano i timori di un possibile ed ulteriore contrasto giurisprudenziale, giocato questa volta sul tentativo di *ring-fencing* da parte di Regno Unito e Polonia in rapporto a tutele assicurate dalla Carta ma non condivise a livello nazionale<sup>1004</sup>, con la conseguente prospettiva di invocare il Protocollo n. 30 come scudo e spada a difesa del regime o della prassi interni<sup>1005</sup>.

Per quanto di interesse ai fini della presente analisi<sup>1006</sup>, d'altra parte, la Carta consacra alcune garanzie fondamentali nel campo della giustizia penale<sup>1007</sup>, in larga parte desunte dall'esperienza costituzionale degli Stati membri, come nel caso del principio di legalità o dei diritti di difesa. In termini generali, pertanto, pur nell'attualità e delicatezza del tema, che certo non può dirsi ancora risolto, non sembrano esservi solide premesse perché Regno Unito e Polonia invocino il Protocollo n. 30 rispetto alla tutela giurisdizionale di diritti previsti dalla Carta e riconducibili alla cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale, profilo peraltro non considerato da questi due Stati membri in occasione dei negoziati. Questo rilievo pare rafforzato dalla circostanza che il Regno Unito, in presenza di norme europee suscettibili di incidere in misura significativa sul sistema penale nazionale, ha usualmente preferito

<sup>1002</sup> V. la sentenza del 21 dicembre 2011, cause riunite C-411/10 e C-493/10, *NS e ME*, in *Racc.* p. I-13905, punti 119 e 120.

<sup>1003</sup> Sulla portata di questa formula v. *infra*, Cap. V, par. 3.2.

<sup>1004</sup> In questo senso C. BARNARD, *The Charter, the Court and the crisis*, University of Cambridge, Faculty of Law Research Paper n. 18/2013.

<sup>1005</sup> T. KONSTADINIDES, *Constitutional identity as a shield and as a sword. The European legal order within the framework of national constitutional settlement*, in *Cambridge Yearbook of European Studies*, 2011, p. 195.

<sup>1006</sup> Sulle questioni ancora aperte in ordine al Protocollo n. 30, soprattutto in relazione ai diritti sociali e dei lavoratori, v. A. ARNULL, *The Protocol No 30 on the application of the Charter of fundamental rights of the European Union to Poland and the United Kingdom*, in S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER, A. WARD (a cura di), *The EU Charter of fundamental rights. A commentary*, Oxford, 2014, p. 1595.

<sup>1007</sup> Cfr. il Titolo VI della Carta, dedicato alla giustizia.

esercitare l'*opt-out* garantitole dai Protocolli nn. 19, 21 e 36. Allo stesso modo, i vincoli derivanti in capo agli Stati in parola dalla *membership* del Consiglio d'Europa hanno generato un progressivo allineamento verso *standard* condivisi di protezione dei diritti riguardanti il diritto penale sostanziale e processuale.

Un ultimo limite alle funzioni della Corte di giustizia, oggetto di analisi più approfondita nell'ultimo Capitolo<sup>1008</sup>, deriva dal testo dell'art. 276 TFUE, che esclude lo scrutinio giurisdizionale europeo sulla validità e la proporzionalità di operazioni condotte dalle forze dell'ordine nazionali o sull'esercizio «delle responsabilità incombenti agli Stati membri per il mantenimento dell'ordine pubblico e la salvaguardia della sicurezza interna»<sup>1009</sup>. Come si avrà modo di considerare, la natura e la portata di questa previsione, che deve essere letta unitamente all'art. 72 TFUE, è dibattuta. Essa è stata considerata ora una deroga al diritto dell'Unione, ora una riserva di competenza in favore degli Stati rispetto ad iniziative che attingono a loro fondamentali interessi, ora un mero criterio ordinatore e di divisione dei poteri, alla luce del quale spetta alle autorità nazionali eseguire le misure europee che possano influire sull'ordine pubblico e la sicurezza nazionale<sup>1010</sup>.

Sebbene l'articolo in esame debba essere in ogni caso interpretato in maniera restrittiva, i confini del suo ambito operativo appaiono di difficile predefinizione. Da un lato, infatti, la Corte ha a più riprese precisato come gli indirizzi di politica nazionale in materia di ordine pubblico e pubblica sicurezza interna ed esterna e l'adozione delle relative misure siano di competenza esclusiva degli Stati membri<sup>1011</sup>; dall'altro lato, tuttavia, la mera circostanza che una decisione riguardi la sicurezza dello Stato non può da sola comportare l'inapplicabilità del diritto dell'Unione, se la misura interna rivela un collegamento con norme sovranazionali<sup>1012</sup>. Basti pensare, a titolo esemplificativo,

<sup>1008</sup> V. il Cap. V, par. 4.

<sup>1009</sup> V. F. MUNARI, *Il ruolo della Corte di giustizia dell'Unione europea ed il suo rapporto con gli altri organi dell'Unione*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2012, p. 163. L'autore sottolinea come la norma in esame derive dalla preoccupazione in capo agli Stati membri di un sindacato giurisdizionale europeo troppo pervasivo su queste materie.

<sup>1010</sup> V. rispettivamente A. HINAREJOS, *Judicial control in the Area of Freedom, Security and Justice. Reforming jurisdiction in the intergovernmental pillars*, Oxford, 2010, p. 64; R. CAFARI PANICO, *Art. 276 TFUE*, in F. POCAR, M.C. BARUFFI (a cura di), *Commentario breve ai Trattati dell'Unione europea*, 2014, p. 1370; S. PEERS, *Justice and home affairs law*, Oxford, 2011, p. 45. Secondo quest'ultimo autore, peraltro, nell'accezione proposta la norma non avrebbe una portata assoluta, ma sarebbe suscettibile di deroga in caso di previsione UE che attribuiscono espressamente ad organi dell'Unione compiti in tema di tutela dell'ordine pubblico e salvaguardia della sicurezza degli Stati.

<sup>1011</sup> Sentenze 4 ottobre 1991, causa C-367/89, *Richardt*, in *Racc.* p. I-4621, e 17 ottobre 1995, causa C-83/94, *Leifer*, in *Racc.* p. I-3231, punto 35.

<sup>1012</sup> Cfr. la sentenza 4 giugno 2013, causa C-300/11, *ZZ*, non ancora pubblicata.

al caso *Josemans*<sup>1013</sup>, nel quale di disquisiva, fra l'altro, della politica olandese riguardante il consumo di droghe leggere: sul punto, l'avvocato generale Bot suggerì di ritenere che la materia rientrasse fra le attribuzioni dello Stato membro coinvolto, mentre la Corte decise di ricondurla alla normativa sulla libera prestazione dei servizi, procedendo così alla disamina della compatibilità delle misure nazionali con l'art. 49 TFUE.

Nel tentativo di circoscrivere con maggiore chiarezza la sfera di applicazione di questa norma, il Giudice dell'Unione ha ulteriormente puntualizzato che solo iniziative che attingano a *core functions* degli Stati sono idonee a sfuggire alla rete dello scrutinio alla luce dell'ordinamento europeo, ed in particolare ad una procedura di infrazione ed all'uso mediato del rinvio pregiudiziale<sup>1014</sup>. Peraltro, indipendentemente dalla ricostruzione dogmatica dell'art. 276 TFUE, la giurisprudenza di Lussemburgo conduce a ritenere che, anche in queste ipotesi, l'attività delle autorità statali possa pur sempre essere sottoposta ad un vaglio sul rispetto dei principi generali UE e dei diritti fondamentali previsti dalla Carta<sup>1015</sup>.

#### 4.2. Un limite esterno formalmente superato? Cenni al rapporto fra Corte di giustizia e Corte europea dei diritti dell'uomo nella prospettiva della negata adesione dell'Unione europea alla CEDU

L'entrata in vigore del Trattato di Lisbona ha dato un forte impulso al percorso di adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, grazie all'espressa indicazione di tale obiettivo all'art. 6 TUE<sup>1016</sup>. Questo tema era stato inserito nell'agenda delle istituzioni europee già a partire dagli anni '70, con alterne vicende politiche e senza esito alcuno<sup>1017</sup>, a causa

<sup>1013</sup> V. la sentenza 16 dicembre 2010, causa C-137/09, *Josemans*, in *Racc.* p. I-13019.

<sup>1014</sup> V. la sentenza 4 marzo 2010, causa C-38/06, *Commissione c. Portogallo*, in *Racc.* p. I-1569, punto 62. Sulla portata della nozione di ordine pubblico e pubblica sicurezza v. ancora una volta il Cap. V, par. 4.

<sup>1015</sup> V. ad esempio la sentenza della Corte del 9 dicembre 1997, causa C-265/95, *Commissione c. Francia*, in *Racc.* p. I-6959, punti 33-35 e 56-57.

<sup>1016</sup> Come noto, ai sensi dell'art. 6, par. 2, TUE «L'Unione europea aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali». Questa formulazione riprende in toto il disposto dell'art. I-9, par. 2, del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa. Il tema in questione è particolarmente dibattuto e complesso, per le sue considerevoli implicazioni istituzionali e tecniche. Per un quadro generale sulla storia e sulle attuali sfide v. P. GRAGL, *The accession of the European Union to the European Convention of Human Rights*, Oxford, 2013; J. CALLEWAERT, *The accession of the European Union to the European Convention of Human Rights*, Strasburgo, 2014.

<sup>1017</sup> La prima proposta di adesione dell'UE alla CEDU risale agli anni '70. Nella comunicazione COM(1979) 210, del 4 aprile 1979, la Commissione delle allora Comunità europee si espresse a sostegno di tale scelta come mezzo di rafforzamento della tutela dei diritti fondamentali nell'UE, il cui ordinamento giuridico allora non annoverava fonti in materia. Analoga

di due principali impedimenti: da un lato, l'assenza di una chiara base giuridica che legittimasse le istituzioni europee a sottoporre l'UE agli obblighi scaturiti dalla Convenzione<sup>1018</sup>; dall'altro lato, il disposto originario dell'art. 59 CEDU, che annoverava solo gli Stati fra i possibili membri.

L'entrata in vigore del Trattato di riforma e, per quanto riguarda il Consiglio d'Europa, il compimento del percorso di ratifica del Protocollo n. 14, hanno dunque aperto la strada all'avvio dei negoziati fra la Commissione europea ed il Comitato direttivo per i diritti dell'uomo del Consiglio d'Europa<sup>1019</sup>, inaugurati il 10 maggio 2010 e portati a termine il 10 giugno 2013, con l'adozione di un *Draft Accession Agreement*<sup>1020</sup>. Nonostante il conseguimento dell'obiettivo posto all'art. 6 TUE apparisse più che in passato vicino, la Corte di giustizia, chiamata dalla Commissione europea a formulare un parere preventivo sul punto, ha ritenuto il progetto di accordo di adesione non compatibile con il diritto dell'Unione europea, così segnando la bocciatura del percorso sinora svolto<sup>1021</sup>. Merita tuttavia, ai fini della presente analisi,

proposta venne poco tempo dopo sostenuta dal Parlamento europeo, con una risoluzione del 27 aprile 1979.

<sup>1018</sup> La proposta venne nuovamente avanzata all'inizio degli anni '90, ma la Corte di giustizia, investita del compito di emettere un parere *ex ante* sulla compatibilità dell'adesione con la normativa primaria, negò che nel contesto giuridico del tempo i Trattati consentissero l'assunzione di tali obblighi internazionali. Il principale problema individuato dalla Corte fu invero l'assenza di una chiara base giuridica in materia, circostanza che avrebbe imposto di ricorrere alla clausola di flessibilità di cui all'odierno art. 352 TFUE: al contrario, secondo la Corte, l'adesione avrebbe dovuto trovare fondamento su un chiaro dettame dei Trattati ed avrebbe dunque richiesto una riforma del diritto primario in tale senso. Cfr. il parere della Corte di giustizia del 28 marzo 1996, n. 2/94, in *Racc.* p. I-1763. Fra i molti contributi sul punto v. P. WACHSMANN, *L'avis 2/94 de la Cour de justice relatif à l'adhésion de la Communauté européenne à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 1996, p. 32.

<sup>1019</sup> O. DE SCHUTTER, *L'adhésion de l'Union Européenne à la Convention Européenne des droits de l'homme: feuille de route de la négociation*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2010, p. 535.

<sup>1020</sup> La bozza di accordo e tutti i testi relativi al negoziato possono essere consultati all'indirizzo internet [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/Accession/Working\\_documents\\_en.asp](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/Accession/Working_documents_en.asp) (14 dicembre 2014).

<sup>1021</sup> Cfr. il parere della Corte di giustizia in seduta plenaria del 18 dicembre 2014, n. 2/13, non ancora pubblicato. Nella stessa data è stata resa pubblica la presa di posizione dell'avvocato generale Kokott del 13 giugno 2014, nella quale, previa apposizione di alcuni accorgimenti istituzionali, veniva invece sottolineata la compatibilità del progetto di accordo con l'ordinamento UE. Considerata la recentissima pronuncia del parere rispetto alla conclusione della stesura del presente scritto, è ad oggi possibile reperire un novero limitato di analisi dottrinali, fra cui: L.S. ROSSI, *Il parere 2/13 sull'adesione dell'UE alla CEDU: scontro fra Corti?*, e S. VEZZANI, *"Gl'è tutto sbagliato, gl'è tutto da rifare!": la Corte di giustizia frena l'adesione dell'UE alla CEDU*, entrambi in <http://www.sidi-isil.org/sidiblog/> (29 dicembre 2014); I. ANRÒ, *Il parere 2/13 della Corte di giustizia sul progetto di accordo dell'Unione europea alla CEDU: una bocciatura senza appello?*, in [www.eurojus.it](http://www.eurojus.it) (29 dicembre 2014); S. PEERS, *The CJEU*

considerare quali soluzioni istituzionali si sarebbero prospettate nella definizione del rapporto fra la Corte di Lussemburgo e la Corte di Strasburgo, in caso di compimento del processo di adesione. Questi pur sintetici riferimenti concorrono infatti a delineare la natura e la portata del (mancato) controllo esterno su eventuali violazioni dell'Unione europea in materia di diritti fondamentali ed a focalizzare l'attenzione sulle ricadute sull'operato della Corte di giustizia.

Il progetto di accordo conteneva le soluzioni concordate in relazione a molte delle questioni istituzionali sollevate dall'adesione, sebbene persistessero elementi di incertezza e profili che avrebbero richiesto ulteriore confronto<sup>1022</sup>. Fra questi, rivestivano particolare importanza le problematiche connesse al rapporto fra Corte di giustizia e Corte europea dei diritti dell'uomo, alla luce dell'esigenza di assicurare la piena autonomia dell'ordinamento UE, nel contestuale rispetto del ruolo di entrambe le Corti e delle peculiarità che caratterizzano le loro funzioni giurisdizionali. Si registrava infatti l'esigenza di un opportuno coordinamento fra i due sistemi giurisdizionali, attraverso soluzioni negoziali che garantissero un adeguato controllo esterno della Corte di Strasburgo sulla tutela dei diritti fondamentali da parte dell'Unione.

Sotto questo profilo, una delle questioni più rilevanti ai fini della presente indagine riguardava la necessità di assicurare che la Corte di giustizia, in caso di ricorsi avverso norme UE ritenute contrarie alla Convenzione, godesse della possibilità di pronunciarsi previamente sulla compatibilità di tali previsioni con i diritti fondamentali, allo scopo di operare una revisione interna all'ordinamento europeo prima che intervenisse il sindacato esterno del Giudice di Strasburgo. Questa esigenza, sottolineata con forza anche dai Presidenti delle due Corti<sup>1023</sup>, riguardava in particolare i ricorsi che investissero indirettamente le norme UE, in quanto formalmente esperiti in relazione alle misure adottate da uno Stato membro per adempiere ad un obbligo derivante dall'ordinamento UE<sup>1024</sup>. In simili ipotesi, infatti, alla luce dell'attuale panorama giurisprudenziale, il previo coinvolgimento del Giudice dell'Unione – in particolare mediante rinvio pregiudiziale – non costituisce un passaggio essenziale per integrare il requisito del previo esperimento delle vie di ricorso interne, di cui

*and the EU's accession to the ECHR: a clear and present danger to human rights protection*, in <http://eulawanalysis.blogspot.it/2014/12/the-cjeu-and-eus-accession-to-echr.html> (29 dicembre 2014).

<sup>1022</sup> Sui molti profili dibattuti v. C. MORVIDUCCI, *L'adesione dell'Unione europea alla CEDU: un percorso non ancora concluso*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2013, p. 487.

<sup>1023</sup> V. la Joint Communication from Presidents Costa and Skouris, del 24 gennaio 2011, reperibile all'indirizzo internet [http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2011-02/cedh\\_cjue\\_english.pdf](http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2011-02/cedh_cjue_english.pdf) (15 dicembre 2014).

<sup>1024</sup> La distinzione fra ricorsi diretti – ossia presentati avverso misure UE e che dunque richiedano il previo coinvolgimento del Giudice dell'Unione da parte dei ricorrenti – e ricorsi indiretti è proposta anche da P. GRAGL, *The accession*, cit., p. 222.



all'art. 35, par. 1, CEDU<sup>1025</sup>. Allo stesso tempo, nondimeno, se da un lato la Corte di Lussemburgo ha già riconosciuto, in linea di principio, la possibilità che un accordo internazionale istituisca un sistema giurisdizionale compatibile con l'ordinamento UE ed al quale essa stessa sia assoggettata<sup>1026</sup>, dall'altro lato essa ha altresì precisato che questa circostanza non può in ogni caso comportare una limitazione delle funzioni del Giudice europeo, né la violazione del principio di autonomia dell'ordinamento dell'Unione<sup>1027</sup>. Quest'ultimo comporta infatti che le competenze previste dai Trattati non vengano snaturate e che un organo giurisdizionale esterno non detti alle istituzioni europee un'interpretazione delle norme UE che si imponga anche nell'esercizio delle loro attribuzioni interne<sup>1028</sup>.

Alla luce di queste considerazioni, in dottrina è stato evidenziato come l'accordo di adesione dovesse assicurare la conservazione delle specificità dell'ordinamento dell'Unione, configurando una collaborazione paritaria fra le due Corti e non un rapporto gerarchico: la Corte EDU non avrebbe dunque dovuto statuire in via esclusiva sulla legittimità del diritto UE o sulla sua interpretazione, mentre a sua volta il Giudice dell'Unione sarebbe stato chiamato a riconoscere il ruolo privilegiato della giurisprudenza di Strasburgo<sup>1029</sup>. In questa prospettiva, le Corti avevano evidenziato alla Commissione ed al Comitato direttivo l'opportunità di individuare un meccanismo procedurale che, nel rispetto di entrambi i sistemi giurisdizionali, consentisse alla Corte di

<sup>1025</sup> Cfr. la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 18 ottobre 2000, ricorsi nn. 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 et 33210/96, *Coëme e a. c. Belgio*, punto 114. Il discorso sarebbe diverso per i ricorsi diretti, in relazione ai quali il previo esperimento dei rimedi giurisdizionali previsti in sede europea risulterebbe un presupposto ineludibile. In questo senso v. A. BULTRINI, *La pluralità dei meccanismi di tutela dei diritti dell'uomo in Europa*, Torino, 2004, p. 296.

<sup>1026</sup> V. il parere del 14 dicembre 1991, n. 1/91, relativo al progetto di accordo tra la Comunità ed i Paesi dell'Associazione europea di libero scambio relativo alla creazione dello spazio economico europeo, in *Racc.* p. I-6079, punto 39: «Orbene, qualora un accordo internazionale preveda un sistema giurisdizionale proprio che comprende una Corte competente a dirimere le controversie tra le Parti Contraenti di tale accordo e, di conseguenza, ad interpretare le norme di quest'ultimo, le decisioni di tale Corte vincolano le istituzioni della Comunità, compresa la Corte di giustizia». V. altresì il parere dell'8 marzo 2011, n. 1/09, relativo alla creazione di un sistema unico di risoluzione delle controversie in materia di brevetti, in *Racc.* p. I-1137, punti 74-76.

<sup>1027</sup> V. il parere n. 1/91, cit. punti 61-65.

<sup>1028</sup> V. il parere del 18 aprile 2002, n. 1/00, relativo al progetto di accordo sull'istituzione dello spazio aereo comune europeo tra la Comunità europea e taluni Paesi terzi, in *Racc.* p. I-3493, punti 12 e 13. In dottrina v. T. LOCK, *Walking on a tightrope: the draft ECHR accession agreement and the autonomy of the EU legal order*, in *Common Market Law Review*, 2011, p. 1025.

<sup>1029</sup> In questo senso G. STROZZI, *Il sistema integrato di tutela dei diritti fondamentali dopo Lisbona: attualità e prospettive*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2011, p. 862.

giustizia un sindacato interno *ex ante* rispetto alla statuizione del Giudice di Strasburgo<sup>1030</sup>.

In risposta a queste istanze, il progetto di accordo di adesione, all'art. 3, introduceva anzitutto il meccanismo del convenuto aggiunto o *co-respondent*, in forza del quale l'Unione europea, su base volontaria<sup>1031</sup>, avrebbe potuto chiedere alla Corte europea dei diritti dell'uomo di intervenire nell'*iter* processuale in veste di parte convenuta unitamente allo Stato membro nei confronti del quale fosse stato presentato un ricorso<sup>1032</sup>. La stessa facoltà, a parti invertite, veniva riconosciuta altresì a ciascuno Stato membro<sup>1033</sup>. Il meccanismo in esame era destinato ad ovviare alla difficoltà di individuare il soggetto al quale indirizzare la contestazione della violazione di un diritto fondamentale previsto dalla Convenzione, in presenza di complessi rapporti giuridici fra diritto UE e ordinamento degli Stati membri; in quest'ottica, esso avrebbe comportato principalmente che, in caso di condanna, la violazione occorsa venisse ascritta congiuntamente all'UE ed allo Stato membro, senza alcun ulteriore riparto di responsabilità fra di essi da parte della Corte di Strasburgo, a beneficio dell'autonomia dell'ordinamento dell'Unione<sup>1034</sup>.

<sup>1030</sup> Cfr. la Joint Communication from Presidents Costa and Skouris, cit. V. inoltre il Discussion document of the Court of Justice of the European Union on certain aspects of the accession of the European Union to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, del 5 maggio 2010: «*In order to preserve this characteristic of the Union's system of judicial protection, the possibility must be avoided of the European Court of Human Rights being called on to decide on the conformity of an act of the Union with the Convention without the Court of Justice first having had an opportunity to give a definitive ruling on the point*». In dottrina è stato inoltre evidenziato come siffatto meccanismo non potesse risolversi in un dialogo informale fra le due Corti o in una mera consultazione della Corte di giustizia: J.P. JACQUÉ, *The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms*, in *Common Market Law Review*, 2011, p. 1021.

<sup>1031</sup> Come puntualizzato nel *memorandum* esplicativo del *Draft Accession Agreement*, del 10 giugno 2013, punto 53, poteva trattarsi di una scelta autonoma o adottata a séguito di un invito in tal senso da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo o di una Parte già convenuta.

<sup>1032</sup> In particolare, l'art. 3 prevedeva che venisse modificato l'art. 36 CEDU, che disciplina l'intervento di terzi nel processo e la cui portata sarebbe stata estesa al *co-respondent mechanism*. Il testo dell'art. 3 recitava: «*The European Union or a member State of the European Union may become a co-respondent to proceedings by decision of the Court in the circumstances set out in the Agreement on the Accession of the European Union to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. A co-respondent is a party to the case. The admissibility of an application shall be assessed without regard to the participation of a co-respondent in the proceedings*».

<sup>1033</sup> La richiesta di intervento formulata alla Corte EDU sarebbe stata sottoposta ad un circoscritto controllo, volto a verificare che effettivamente il caso in corso di trattazione potesse un problema connesso con il diritto UE o legato al rapporto fra ordinamento europeo e diritto nazionale.

<sup>1034</sup> T. LOCK, *EU accession to the ECHR. Implications for judicial review in Strasbourg*, in *European Law Review*, 2010, p. 786; P. GRAGL, *Commentary on the Treaty of EU accession to*

Proprio nell'ipotesi in cui l'Unione fosse coinvolta in qualità di convenuto aggiunto, laddove la Corte di giustizia non avesse ancora statuito nel merito delle norme europee oggetto di doglianza<sup>1035</sup>, l'art. 3, par. 6, del *Draft Accession Agreement* stabiliva che la Corte di giustizia dovesse essere coinvolta in via preliminare. A tale scopo, tuttavia, il progetto di accordo non indicava puntualmente attraverso quali modalità o procedure tale previo intervento avrebbe potuto essere realizzato. Esso invero si limitava a indicare la necessità di accordare alla Corte di Lussemburgo un lasso di tempo adeguato a condurre il suo sindacato, che avrebbe dovuto in ogni caso essere strettamente circoscritto ai soli ed eventuali profili di illegittimità dell'atto derivanti dal contratto con uno o più diritti fondamentali: il Giudice dell'Unione non sarebbe dunque stato legittimato a prendere in considerazione la sussistenza degli ulteriori vizi tipizzati all'art. 263 TFUE<sup>1036</sup>.

La mancanza di un'intesa negoziale sul punto ha sollecitato la dottrina a prospettare possibili meccanismi, nel complesso animati dalla preoccupazione di garantire la piena autonomia dell'ordinamento dell'Unione e la compiuta esplicazione della giurisdizione della Corte di Lussemburgo, nonché in linea generale ispirati al modello del rinvio pregiudiziale<sup>1037</sup>. Una prima ipotesi era stata suggerita all'esito di una discussione nell'ambito del Senato francese, tenutasi in occasione dell'avvio dei negoziati per l'adesione, ed implicava in sintesi che la Corte di Strasburgo, in assenza di iniziative in tal senso da parte dei giudici dello Stato membro coinvolto, formulasse un quesito pregiudiziale alla Corte di giustizia<sup>1038</sup>. Altre opzioni, questa volta interne all'ordinamento

*the European Convention of Human Rights*, in S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER, A. WARD (a cura di), *The EU Charter of Fundamental Rights*, cit., p. 1769.

<sup>1035</sup> Non è peraltro del tutto chiaro che cosa si intendesse con questa formula. Secondo la dottrina, questa condizione non sarebbe risultata soddisfatta se il Giudice dell'Unione avesse già dichiarato conforme la disposizione con il diritto fondamentale rivendicato innanzi alla Corte di Strasburgo. V. sul punto e in generale sul previo coinvolgimento della Corte R. BARRATA, *Accession of the EU to the ECHR: the rationale for the ECJ's prior involvement mechanism*, in *Common Market Law Review*, 2013, p. 1315.

<sup>1036</sup> Questa limitazione era stata introdotta su sollecitazione della Commissione europea, desiderosa di non dilatare eccessivamente la durata del procedimento incidentale dinnanzi alla Corte, eventualmente aggravandone in misura eccessiva il carico di lavoro: cfr. il *working document* DS1930/10, del 22 dicembre 2010, *Working document on the previous involvement of the Court of Justice in the context of the accession of the European Union to the European Convention for the protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*.

<sup>1037</sup> Questa indicazione era stata avanzata dalla Commissione europea nel *working document* DS1930/10, del 22 dicembre 2010, citato nella nota precedente.

<sup>1038</sup> R. BADINTER, *Adhésion de l'Union européenne à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme*, 25 mai 2010, in <http://www.senat.fr> (16 novembre 2014). Parte della dottrina riteneva che questo meccanismo concretizzasse con maggiore efficacia e semplicità le esigenze sottese al previo coinvolgimento della Corte di Lussemburgo: J.P. JACQUÉ, *The accession of the European Union*, cit., p. 1021. Altri commentatori hanno invece eccepito come questo meccanismo comportasse il rischio di elevata aleatorietà nella selezione delle questioni da sotto-

UE<sup>1039</sup>, prevedevano che la Commissione assumesse la responsabilità di presentare un ricorso per annullamento riguardante la conformità del diritto dell'Unione con la CEDU, o che la Corte di giustizia presentasse un parere alla Corte EDU, senza però poter in questo caso vincolare l'orientamento di quest'ultima<sup>1040</sup>, o, infine, che venisse avviata dinnanzi al Giudice dell'Unione una procedura accelerata parallela al procedimento instaurato in seno alla Corte di Strasburgo, così da garantire una valutazione *in itinere* sulla compatibilità della norma UE coi diritti fondamentali.

Indipendentemente dalle soluzioni proposte, la Corte di giustizia, nel parere 2/13, limitatamente a quanto di rilievo nella presente sede<sup>1041</sup>, ha eccepito

porre alla Corte di Lussemburgo e presupponesse altresì che la Corte EDU avesse già confermato l'ammissibilità del ricorso. V. in questo senso P. GRAGL, *The accession of the European Union*, cit., p. 238. In ogni caso, questa impostazione avrebbe richiesto una riforma dei Trattati quanto meno in relazione ai legittimati attivi alla presentazione di un rinvio pregiudiziale.

<sup>1039</sup> Si tratta di soluzioni in larga parte dibattute anche in sede di negoziato, v. in particolare il report del 5th working meeting of the CDDH informal working group on the accession of the European Union to the European Convention on Human Rights (CDDH-UE) with the European Commission, CDDH-UE(2011)02, Strasburgo, 17 gennaio 2011. In dottrina v. T. LOCK, *Walking on a tightrope*, cit., p. 1050.

<sup>1040</sup> Sul punto, l'art. 6, par. 3, del *Draft Accession Agreement* introduceva una disposizione volta a tutelare le prerogative della Corte EDU: esso infatti, anche a tutela dell'uguaglianza fra le Parti contraenti, stabiliva che la statuizione della Corte di Lussemburgo all'esito del meccanismo di previo coinvolgimento non potesse vincolare il Giudice di Strasburgo, che avrebbe conservato il proprio pieno potere discrezionale circa la valutazione delle vicende occorse e dell'eventuale sussistenza di una violazione di un diritto fondamentale. Cfr. N. O'MEARA, "A More Secure Europe of Rights?" *The European Court of Human Rights, the Court of Justice of the European Union and EU Accession to the ECHR*, in *German Law Journal*, 2011, p. 1824<sup>1040</sup>. La bozza di accordo ed il relativo memorandum esplicativo, non a caso, utilizzavano in proposito una terminologia ambigua, che spaziava dalle parole «assessment» e «review» al più puntuale «ruling», che parte della dottrina riteneva poter giustificare un certo grado di vincolatività della statuizione del Giudice dell'Unione. D'altra parte la Corte di giustizia, nei menzionati pareri nn. 1/91 e 1/00, aveva negato che i propri giudizi potessero rivestire mera funzione consultiva nel contesto di trattati internazionali conclusi dalla Comunità.

<sup>1041</sup> La Corte ha in effetti rilevato ulteriori profili di incompatibilità, primo dei quali il mancato coordinamento fra l'art. 53 CEDU e l'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali. Mentre il primo qualifica la CEDU come standard minimo di tutela dei diritti dell'individuo ed accorda agli Stati la possibilità di riconoscere garanzie ulteriori o rafforzate, il secondo – così come interpretato dalla Corte di giustizia – non può giustificare regimi nazionali che, pur elevando le tutele individuali, limitino il primato e l'effettività del diritto UE. Alla luce di ciò, «le valutazioni della Corte [di giustizia] relative all'ambito di applicazione sostanziale del diritto dell'Unione, al fine in particolare di stabilire se uno Stato membro sia tenuto a rispettare i diritti fondamentali dell'Unione, non dovrebbero poter essere messe in discussione dalla Corte EDU». Cfr. il parere 2/13, punto 185. La Corte ha poi rilevato che la possibilità di ricorsi interstatali assicurata dal sistema della CEDU potrebbe minare la fiducia reciproca fra gli Stati nelle materie oggetto di competenza dell'UE; sempre in relazione ai ricorsi interstatali di cui all'art. 33 della Convenzione, è stata poi rilevata la violazione dell'art. 344 TFUE, che prevede l'obbligo per gli Stati di non sottoporre una controversia relativa all'interpretazione o all'ap-

che il mancato coordinamento fra il Protocollo n. 16 della CEDU ed il rinvio pregiudiziale avrebbe generato il rischio di *forum shopping* tra i due rimedi, a potenziale discapito del secondo. Essa ha poi radicalmente negato la compatibilità dei meccanismi del convenuto aggiunto e del previo coinvolgimento con l'ordinamento UE. Sotto il primo profilo, anzitutto, l'istituto del *co-respondent* avrebbe potuto determinare la declaratoria di responsabilità di uno Stato membro per la violazione di una norma della CEDU rispetto alla quale esso avesse apposto una riserva; inoltre, questa forma di legittimazione passiva avrebbe potuto incidere indebitamente sul riparto di competenze fra UE e Stati, poiché l'art. 3, par. 7, del progetto di accordo di adesione prevedeva che la Corte EDU, alla luce delle risultanze processuali, fosse legittimata a dichiarare la responsabilità di uno solo dei convenuti.

Quanto al previo coinvolgimento, il meccanismo *per capita* delineato nel *Draft Accession Agreement* appariva inficiato dal fatto che il potere di decidere se il Giudice dell'Unione si fosse già pronunciato o meno su una questione analoga sarebbe stato rimesso alla Corte di Strasburgo, che avrebbe di fatto potuto valutare ed interpretare la giurisprudenza di Lussemburgo<sup>1042</sup>. Inoltre, l'applicazione di questo istituto sarebbe stata esclusa per le questioni attinenti l'interpretazione del diritto derivato UE, in violazione del principio in forza del quale "l'ultima parola" sulla ricostruzione ermeneutica di tali norme spetta alla Corte di giustizia.

Il parere della Corte di giustizia, sotto molteplici profili criticato dai primi commentatori<sup>1043</sup>, appare sospinto dalla immanente premura di conservare le

plicazione dei Trattati ad un modo di composizione diverso da quello previsto da questi ultimi: l'instaurazione di tale procedura in caso di controversie fra Stati membri o fra questi e l'Unione potrebbe sottrarre alla – esclusiva ed obbligatoria – giurisdizione della Corte di Lussemburgo tali situazioni. Allo stesso modo, a causa dell'attuale assenza di rimedi giurisdizionali nel contesto della PESC, l'adesione comporterebbe la totale devoluzione delle controversie eventualmente sorte in materia alla giurisdizione della CEDU, a danno dell'autonomia dell'ordinamento UE.

<sup>1042</sup> Nell'opinione della Corte di giustizia, al contrario, il meccanismo dovrebbe essere progettato «in modo tale che, per ogni causa pendente dinanzi alla Corte EDU, venga trasmessa un'informazione completa e sistematica all'Unione, affinché la competente istituzione di quest'ultima sia messa in condizione di valutare se la Corte si sia già pronunciata sulla questione costituente l'oggetto di tale causa e, in caso negativo, di ottenere l'attivazione di detta procedura»: cfr. il punto 241 del parere 2/13.

<sup>1043</sup> Vi è chi ha evidenziato come alcune delle problematiche rilevate dalla Corte ben potessero essere risolte in via politica e fossero state peraltro oggetto di sostanziale assenso nel documento congiunto dei due Presidenti delle Corti europee: I. ANRÒ, *Il parere 2/13 della Corte di giustizia*, cit. È stato inoltre rilevato come la Corte abbia di fatto superato – senza convincenti ed approfondite argomentazioni giuridiche – la volontà espressa dalla maggioranza degli Stati membri, nonché dal Parlamento europeo, dal Consiglio e dalla Commissione: S. VEZZANI, *"Gl'è tutto sbagliato, gl'è tutto da rifare!"*, cit. In linea generale, i primi commenti intervenuti non prospettano una agevole ripresa del processo di adesione, quanto meno nell'immediato futuro.

specificità dell'ordinamento dell'Unione e le prerogative del Giudice dell'Unione al cospetto di un possibile sindacato giurisdizionale esterno ad opera della Corte europea dei diritti dell'uomo. L'immediato e tangibile effetto dell'orientamento avvalorato dalla Corte di Lussemburgo è proprio l'esclusione di tale controllo esterno, che pure in dottrina era stato annunciato come segno decisivo della "maturità costituzionale" dell'Unione europea e conferma della consolidata tradizione dei sistemi giuridici del continente in materia di tutela dei diritti fondamentali<sup>1044</sup>. Nella prospettiva della presente analisi, pertanto, il rapporto fra le due Corti conserva l'amichevole distanza calibrata nel tempo e formalizzata con la giurisprudenza connessa alla cd. presunzione *Bosphorus*<sup>1045</sup>. Nella prospettiva della giurisprudenza *Melloni e Frasson*, oggetto di più approfondita trattazione nel corso del lavoro<sup>1046</sup>, il Giudice dell'Unione, da un lato, mantiene saldo il proprio ruolo decisivo nell'interpretazione del diritto dell'Unione, ad elettivo beneficio del primato e dell'effettività del diritto UE. Dall'altro lato, esso conferma la priorità della Carta nel sistema di tutela dei diritti fondamentali dell'UE, nella convinzione che lo *status* privilegiato accordato alla CEDU dall'art. 6 TUE non incida sulla sua natura di *standard* minimo non invocabile allo scopo di eludere le peculiarità dell'ordinamento di nuovo genere descritto nella pronuncia *Van Gend en Loos*<sup>1047</sup>.

## 5. Il ruolo propulsivo della Corte ed i suoi limiti nella cooperazione in materia penale

La nuova veste istituzionale e funzionale della Corte di giustizia induce a prospettare un contenzioso crescente nella cooperazione in materia penale, che, similmente a quanto avvenuto in passato per le politiche del primo pilastro, potrà assicurare al Giudice dell'Unione un ruolo di centrale rilevanza nello sviluppo del processo di integrazione.

Questa circostanza non può che essere posta in relazione con il ruolo propulsivo tradizionalmente svolto dalla Corte nel processo di integrazione europea, talora configurato in dottrina come un attivismo giudiziario capace di

<sup>1044</sup> P. GRAGL, *The accession of the European Union*, cit., p. 315. È stato altresì sottolineato come, nell'attuale contesto istituzionale, la Corte dovrà comunque fare fronte alla crescente sensibilità delle corti costituzionali o delle corti supreme degli Stati membri in relazione alla tutela delle peculiarità e tradizioni degli ordinamenti nazionali: «questi controlimiti, enunciati da giudici di diversi ordinamenti, ognuno dei quali riflette le peculiarità dell'ordinamento da cui proviene, non trovano facilmente una sintesi, e costituiscono, per l'ordinamento dell'Unione tanti diversi scogli da aggirare, mentre la Corte Edu può esprimere sui diritti fondamentali una posizione di sintesi»: v. L.S. ROSSI, *Il parere 2/13 della CGUE*, cit.

<sup>1045</sup> V. la sentenza del 30 giugno 2005, ricorso n. 45036/98, *Bosphorus c. Irlanda*.

<sup>1046</sup> V. i Capitoli IV e V.

<sup>1047</sup> V. la sentenza del 5 febbraio 1963, causa 26/62, *Van Gend en Loos*, in *Racc.* p. 7.

trascendere i confini del potere giurisdizionale e di assumere una dimensione quasi-normativa<sup>1048</sup>. L'operato del Giudice dell'Unione ha non di rado catalizzato aspettative di sistematizzazione e maggiore chiarezza del diritto UE, giustificate nel tempo con molteplici argomentazioni che evidenziano alcuni tratti caratteristici dell'ordinamento europeo.

Alcuni autori, al riguardo, hanno evidenziato la natura programmatica di molte disposizioni dei Trattati, caratteristica che ha ad esempio consentito alle norme sul mercato interno di esercitare uno «*spill-over effect*» verso altri settori di intervento, sino ad interessare materie di crescente complessità ed implicazioni multilivello<sup>1049</sup>. A questo panorama, secondo altri commentatori, si è aggiunta la debolezza delle istituzioni politiche dell'Unione: Weiler e Mancini, in particolare, hanno sostenuto che l'incapacità di tali istituzioni di fronteggiare e risolvere le questioni che si frappongono al percorso di integrazione europea ha sollecitato la Corte ad esercitare rispetto ad esse una supplenza non richiesta, mediante l'elettivo strumento del rinvio pregiudiziale<sup>1050</sup>. Le vicende connesse all'adesione dell'Unione alla CEDU, così come recenti reazioni del legislatore europeo o della Commissione a taluni orientamenti giurisprudenziali, manifestano peraltro tendenze ulteriori, seppur con esiti in larga parte analoghi: in luogo di sopperire alle carenze delle istituzioni politiche, invero, la Corte di giustizia ha talora plasmato – o, nel caso del parere 2/13, quasi sovvertito – la volontà manifestata a più livelli ed in numerose occasioni nell'agone politico eu-

<sup>1048</sup> Cfr. E. MUIR, M. DAWSON, B. DE WITTE (a cura di), *Judicial activism at the European Court of Justice*, Cheltenham, 2013.

<sup>1049</sup> Sul punto v. J. SCHWARZE, *Balancing EU integration and National interest in the case-law of the Court of Justice*, in A. ROSAS, E. LEVITS, Y. BOT (a cura di), *The Court of Justice and the construction of Europe: analyses and perspectives on sixty years of case-law*, L'Aia, 2013, p. 257. In questa prospettiva, peraltro, l'attività della Corte di giustizia è stata qualificata come un'opera di stampo costituzionale. V. fra gli altri J.H.H. WEILER, *Transformations of Europe*, in *Yale Law Journal*, 1991, p. 2403. Al di là del dato formale che tale attributo evoca, il punto saliente è qui il riconoscimento del valore della giurisprudenza della Corte nell'emersione del sostrato costituzionale materiale europeo, frutto del virtuoso convergere di principi di diritto internazionale, tradizioni costituzionali degli Stati membri e di principi generali propri ed esclusivi dell'ordinamento dell'Unione.

<sup>1050</sup> Cfr. J.H.H. WEILER, *The Court of Justice on trial*, in *Common Market Law Review*, 1981, p. 555; F. MANCINI, *The making of a Constitution for Europe*, in *Common Market Law Review*, 1989, p. 595. Altri autori evidenziano come questa forma di *creative judicial law making* si sia talora esaurita in un'espressione del *deficit* democratico dell'Unione europea, in quanto capace di orientare molte soluzioni interpretative a scelte inevitabilmente impregnate di considerazioni politiche. Cfr. altresì K. ALTER, *The European Court's political power*, Oxford, 2009, che, a pagina 152, evidenzia il ruolo risolutivo della Corte, negli anni '80, per il superamento dello stallo nella realizzazione del mercato unico. V. ad es. D. KEELING, *In praise of judicial activism, but what does it mean? And has the Court of justice ever practiced it?*, in C. CURTI GIALDINO (a cura di), *Scritti in onore di F. Mancini*, Milano, 1998, p. 510: «*For many provisions of the EC Treaty, a narrow or a broad view of their scope is equally compatible with their wording. The choice between the two can only be governed by policy consideration*».

ropeo, generando crescenti riflessioni sul rapporto fra poteri nel sistema istituzionale UE<sup>1051</sup>. Da ultimo, un ulteriore fattore rilevante è stato individuato nello sbilanciamento tra i limiti delle competenze dell'UE e la portata sempre più significativa della giurisdizione della Corte, *a fortiori* alla luce della centralità del paradigma della coerenza ed effettività del diritto dell'UE: il Collegio di Lussemburgo può incidere in misura significativa su norme nazionali che ostacolano il perseguimento di tali obiettivi, la cui scarsa tassatività non può che alimentare l'importanza del formante giurisprudenziale<sup>1052</sup>.

Il descritto rafforzamento della competenza giurisdizionale della Corte nel settore penale e la graduale elisione dei limiti al suo operato pongono dunque prospettive promettenti per il ruolo del Giudice dell'Unione, se messi in relazione con il contributo propulsivo che esso ha in passato assicurato all'avanzamento del processo di integrazione nel contesto del mercato interno e della cooperazione economica in generale. Nondimeno, occorre chiedersi se un simile ruolo possa o debba essere esercitato dal Giudice dell'Unione anche in un ambito peculiare come la cooperazione in materia penale, che si distingue per esigenze di tutela e principi non necessariamente comparabili con il nucleo originario di politiche sul quale si è misurato l'approfondimento dell'esperienza giuridica europea.

Il processo di integrazione, invero, è stato costruito e si è evoluto sul fondamento del mercato unico e delle libertà fondamentali ad esso correlate; l'avvio di molte politiche in origine non previste nei Trattati – basti pensare alla cooperazione giudiziaria in materia civile – è stato a sua volta motivato dal loro carattere ancillare e funzionale al rafforzamento delle libertà stesse. Al contrario, la sperimentazione di forme di cooperazione penale a livello europeo, come visto in sede introduttiva<sup>1053</sup>, ha tratto in via elettiva origine da

<sup>1051</sup> Si sono verificate non secondarie situazioni in cui il legislatore europeo ha adottato riforme della normativa derivata allo scopo di arginare soluzioni interpretative ritenute non coerenti con la *ratio* del diritto vigente o non corrispondenti alla volontà politica del parlamento europeo o del Consiglio. Un caso emblematico è rappresentato dalla disciplina sulla circolazione dei pazienti in relazione alla prestazione di servizi sanitari, tema sul quale v. diffusamente F. COSTAMAGNA, *I servizi socio-sanitari nel mercato interno europeo. L'applicazione delle norme dell'Unione europea in materia di concorrenza, aiuti di Stato e libera circolazione dei servizi*, Napoli, 2011. Questa complessa dinamica fra giurisprudenza della Corte e ruolo del legislatore sovranazionale è stata affrontata in via generale, con interessanti chiavi di lettura ed ulteriori esempi, da G. DAVIES, *Legislative control of the European Court of Justice*, in *Common Market Law Review*, 2014, p. 1579.

<sup>1052</sup> In questo senso v. M. DAWSON, *The political face of judicial activism: Europe's law-politics imbalance*, in E. MUIR, M. DAWSON, B. DE WITTE (a cura di), *Judicial activism*, cit., p. 13. Questa dinamica, peraltro, secondo l'autore, ben può interessare anche ambiti riservati alla competenza degli Stati membri, come nel caso del diritto all'istruzione ed organizzazione dell'attività scolastica, su cui da ultimo v. la sentenza 13 aprile 2010, causa C-73/08, *Nicolas Bressol e altri c. Gouvernement de la Communauté française*, in *Racc.* p. I-2735.

<sup>1053</sup> V. *ante*, Introduzione, par. 3.



un'esigenza diametralmente opposta<sup>1054</sup>, ovvero sia l'urgenza di correggere gli effetti collaterali derivanti dalla circolazione delle persone e dei fattori di produzione. La natura stessa della materia in esame ha dunque condotto a relegare su un piano secondario l'affermazione delle libertà di circolazione, in favore, secondo una visuale speculare, della definizione di regole per l'esercizio della potestà punitiva dello Stato nonostante le libertà di circolazione e gli ostacoli che queste frappongono alla persecuzione dei reati.

Questa differenza sostanziale si riverbera sulle modalità con le quali evolve ed evolverà l'attività dell'Unione. Nel contesto del mercato unico, infatti, si è a più riprese assistito ad una spinta all'integrazione indiretta, esercitata dalla Corte di giustizia nel silenzio o nello stallo del legislatore. Il Giudice dell'Unione si è fatto promotore, sotto vari profili, di uno «*spill-over effect*» del contesto normativo, estendendo gli obiettivi posti dai Trattati, generando nuove aspettative di tutela dell'individuo, approfondendo il ruolo dell'Unione in settori ulteriori rispetto al mercato unico<sup>1055</sup>. Ne è esempio elettivo l'affermazione del principio del mutuo riconoscimento, che, come si avrà modo di considerare nel Capitolo successivo, in assenza di norme di armonizzazione degli ordinamenti nazionali, ha consentito l'abbattimento di radicate barriere all'integrazione fra i mercati nazionali.

Nel caso della cooperazione penale, il contributo della Corte di giustizia pare invece muovere da presupposti differenti, che possono in parte influenzare la capacità pervasiva e propulsiva della giurisprudenza di Lussemburgo e costituire, in ultima analisi, un limite alla sua tradizionale veste di «*engine of European integration*»<sup>1056</sup>.

Questa considerazione deriva anzitutto dagli obiettivi principali – sebbene non esclusivi – che la cooperazione penale si pone: non l'eliminazione di ostacoli a libertà previste dai Trattati, bensì il contrasto alla criminalità transnazionale, finalità che intrinsecamente presuppone, in via elettiva, un'integrazione positiva, fondata sulla necessaria adozione di norme e dal contenuto di queste limitata<sup>1057</sup>. Inoltre, come evidenziato in dottrina<sup>1058</sup>, anche gli scopi

<sup>1054</sup> Costituisce un'eccezione il principio del *ne bis in idem*, che la Corte ha ricollegato, fra l'altro, all'eliminazione di possibili ostacoli alla circolazione delle persone: v. ad esempio la sentenza 9 marzo 2006, causa C-436/04, *van Esbroek*, in *Racc.* p. I-2333. In dottrina, A. WEYEMBERGH, *La jurisprudence de la CJ relative au principe ne bis in idem: une contribution essentielle à la reconnaissance mutuelle en matière pénale*, in A. ROSAS, E. LEVITS E Y. BOT (a cura di), *The Court of Justice and the Construction of Europe*, cit., p. 539.

<sup>1055</sup> Cfr. E. MUIR, M. DAWSON, B. DE WITTE, *Introduction: the European Court of Justice as a political actor*, in E. MUIR, M. DAWSON, B. DE WITTE (a cura di), *Judicial activism*, cit., p. 2.

<sup>1056</sup> V. in questo senso, fra gli altri, M. POLLACK, *The engines of European integration*, Oxford, 2005.

<sup>1057</sup> Occorre peraltro evidenziare come la riforma di Lisbona abbia in un certo senso agevolato l'integrazione positiva in materia penale, ad esempio ricorrendo al paradigma del voto a maggioranza qualificata e circondando di numerose tutele in favore degli Stati le basi giuridiche rilevanti.

che potrebbero essere in teoria conseguiti attraverso l'integrazione negativa sono in realtà vincolati al dato positivo: l'art. 82 TFUE, ad esempio, consacra la centralità del reciproco riconoscimento, ma ne subordina l'affermazione ad un previo intervento normativo in una serie definita di ambiti della procedura penale, secondo una logica inversa rispetto allo sviluppo del medesimo principio nel mercato interno<sup>1059</sup>. Se in quest'ultimo contesto gli Stati devono giustificare eventuali deroghe al mutuo riconoscimento, nella cooperazione penale è l'affermazione stessa del reciproco riconoscimento a dover richiedere una motivazione ed una specificazione. Da un lato, infatti, l'attuazione di questo istituto comporta conseguenze di rilievo sulla situazione dei soggetti coinvolti, destinatari di provvedimenti giurisdizionali – spesso di segno restrittivo – emessi da autorità di un altro Stato membro<sup>1060</sup>; dall'altro lato, l'obbligo in capo agli Stati di dare séguito all'attività di organi giudiziari stranieri, in ossequio al reciproco riconoscimento, non può derivare direttamente dal disposto dei Trattati, ma richiede una puntuale ed accorta delimitazione per via normativa rispetto alle singole tipologie di provvedimenti giurisdizionali<sup>1061</sup>. Nella materia in esame, infatti, l'attuazione del reciproco riconoscimento, lungi dall'aver natura automatica, presuppone limiti e garanzie in favore dell'individuo, unitamente ad un elevato grado di fiducia reciproca fra le autorità nazionali interessate.

In termini generali, d'altra parte, gli interessi degli Stati membri in questo settore sono particolarmente forti e radicati e giustificano ulteriormente la conservazione di un loro ruolo decisivo nel processo evolutivo della cooperazione penale, quali «*Master of the Treaties*»<sup>1062</sup>. Lo stesso si dica, *a fortiori*, per

<sup>1058</sup> In questi termini v. A. HINAREJOS, *Integration in criminal matters and the role of the Court of Justice*, in *European Law Review*, 2011, p. 420.

<sup>1059</sup> Cfr. M. MÖSTL, *Preconditions and limits of mutual recognition*, in *Common Market Law Review*, 2010, p. 405. Sul principio e sui suoi limiti nella cooperazione penale v. più diffusamente *infra*, Capitolo IV, par. 5. Sulle basi giuridiche riguardanti la cooperazione penale – ed in particolare sugli artt. 82 ed 83 – v. il Capitolo I.

<sup>1060</sup> Cfr. M. MÖSTL, *Preconditions and limits of mutual recognition*, cit. p. 409.

<sup>1061</sup> V. C. JANSSENS, *The principle of mutual recognition in EU law*, Oxford, 2014, p. 168. Cfr. anche A. HINAREJOS, *Integration in criminal matters*, cit., p. 428. L'autrice evidenzia come le norme primarie in tema di libertà fondamentali siano tese ad assicurare diritti e libertà agli individui. Ciò ha fatto sì che, nel corso degli anni, l'opera innovatrice della Corte sia stata in molti casi alimentata proprio dalle controversie sorte a séguito di restrizioni, in sede nazionale, di tali libertà. Al contrario, le basi giuridiche in tema di cooperazione penale non sono apertamente dirette a garantire posizioni giuridiche soggettive e, di conseguenza, anche questo ulteriore fattore propulsivo potrà venire meno. V. altresì S. PEERS, *Mutual recognition and criminal law in the European Union: has the Council got it wrong?*, in *Common Market Law Review*, 2009, p. 5. Il reciproco riconoscimento presuppone una specificazione attraverso il diritto derivato, ma non implica la previa armonizzazione degli ordinamenti nazionali, né dal punto di vista processuale, né dal punto di vista del diritto penale sostanziale. V. la sentenza 3 maggio 2007, causa C-303/05, *Advocaten voor de Wereld*, in *Racc.* p. I-3633.

<sup>1062</sup> Cfr. M. HÖRETH, *The least dangerous branch of European governance? The European*

l'approfondimento della cooperazione sotto il profilo del diritto penale sostanziale e della definizione di norme minime comuni su fattispecie criminose di portata transfrontaliera, materia rigorosamente presidiata dal principio di legalità e dalla conseguente necessità di trovare conforto in una previsione normativa, peraltro di tassativa formulazione e stretta interpretazione.

Pertanto, la cooperazione penale non sembra a prima vista il terreno idoneo per un'esperienza *in toto* analoga a quella del mercato unico, sotto il profilo del decisivo protagonismo del formante giurisprudenziale. Questa conclusione, che in sé può essere letta come un limite al contributo della Corte in questa materia, non esclude peraltro che il Giudice dell'Unione, in sede di interpretazione del diritto derivato, di sindacato sulla sua validità o di accertamento sulla condotta degli Stati possa alimentare il progresso del processo di integrazione. Si tratta in ogni caso di un contributo in tono minore rispetto al «*majoritarian activism*» attribuito in dottrina all'opera del Corte di giustizia per evidenziare l'accelerazione impressa al mercato unico ed alle politiche ad esso connesse<sup>1063</sup>. Detto ruolo si potrebbe piuttosto qualificare come un «*counter-majoritarian activism*», incentrato sulla verifica dell'operato del legislatore e degli Stati, nonché sulla garanzia di un corretto bilanciamento fra gli interessi sottesi alla cooperazione penale e la tutela dei diritti fondamentali dell'individuo.

Proprio quest'ultimo aspetto, invero, ben può costituire la chiave di lettura più rilevante e promettente circa il contributo della giurisprudenza di Lussemburgo. Nonostante lo scetticismo derivante dall'esito negativo del percorso di adesione dell'UE alla CEDU, è giocoforza rilevare come anche a livello normativo, nel campo della cooperazione in materia penale, l'Unione stia accordando crescente importanza all'adozione di atti che rafforzino i diritti dell'indagato, dell'imputato, del condannato o delle vittime. Se dunque appare preclusa alla Corte un'opera fortemente innovatrice analoga a quella svolta in molti settori di cooperazione di carattere economico, il *self-restraint* imposto dalla particolare delicatezza della materia penale – sia per gli individui che per i sistemi giuridici nazionali, con diverse manifestazioni e implicazioni – sembra trovare una dimensione propositiva ed affatto agevole proprio nella ricerca di un adeguato bilanciamento fra le varie esigenze in campo: il conseguimento di un idoneo livello di garanzie dell'individuo, la tutela delle peculiarità degli ordinamenti nazionali, l'impulso verso il rafforzamento della cooperazione giudiziaria e degli obiettivi sui quali riposa la competenza dell'Unione europea in materia penale.

*Court of Justice under the checks and balances doctrine*, in E. MUIR, M. DAWSON, B. DE WITTE (a cura di), *Judicial activism*, cit., p. 48. V. anche V. MITSILEGAS, *Third wave of third pillar law: which direction to EU criminal justice?*, in *European Law Review*, 2009, p. 523.

<sup>1063</sup> In questi termini M. POIARES MADURO, *We the Court*, Oxford, 1998, p. 4.

## CAPITOLO IV

### IL RECIPROCO RICONOSCIMENTO DELLE DECISIONI GIUDIZIARIE PENALI ED I SUOI LIMITI

SOMMARIO: 1. Struttura del Capitolo ed aspetti introduttivi. – 2. Implicazioni e limiti del mutuo riconoscimento nel mercato interno: cenni. – 2.1. *Mutuo riconoscimento: un valore storico, un principio giuridico, un criterio di azione politica.* – 2.2. *Affermazione, implicazioni e ratio del principio del mutuo riconoscimento.* – 2.3. *I limiti del reciproco riconoscimento nel mercato interno.* – 2.3.1. *I limiti normativi.* – 2.3.2. *I limiti giurisprudenziali.* – 3. *Mutuo riconoscimento e reciproco riconoscimento: le specificità dell'istituto nella cooperazione in materia penale.* – 3.1. *L'applicazione del reciproco riconoscimento alla cooperazione in materia penale.* – 3.2. *Mutuo riconoscimento e reciproco riconoscimento nella cooperazione in materia penale: peculiarità e differenze.* – 4. *L'approccio del legislatore europeo e della Corte di giustizia al reciproco riconoscimento in materia penale: la ricerca di automatismo e rapidità, tra fiducia reciproca ed effettività.* – 4.1. *L'impulso al reciproco riconoscimento per via normativa: il ruolo dello Stato emittente e dello Stato di esecuzione.* – 4.2. *(segue) Gli strumenti normativi che incentivano il carattere automatico del riconoscimento e dell'esecuzione dei provvedimenti giurisdizionali stranieri.* – 4.2.1. *L'esempio della decisione quadro 2002/584/GAI sul mandato d'arresto europeo.* – 4.2.2. *La prassi del legislatore europeo negli altri atti volti all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento.* – 4.3. *Fiducia reciproca ed automaticità nella giurisprudenza della Corte di giustizia.* – 4.4. *In particolare: l'interpretazione estensiva della nozione di sentenza definitiva ai fini dell'applicazione del principio del ne bis in idem europeo.* – 5. *I limiti del reciproco riconoscimento nella cooperazione in materia penale.* – 5.1. *I limiti di carattere normativo.* – 5.1.1. *Reciproco riconoscimento e frammentazione degli ordinamenti nazionali. Il criterio dell'equivalenza.* – 5.1.2. *Il valore aggiunto della cooperazione penale: la delimitazione del campo applicativo del reciproco riconoscimento alle sole situazioni di particolare gravità o rilevanza.* – 5.1.3. *Le clausole normative destinate a circoscrivere la portata del reciproco riconoscimento, alla luce della necessità di tutelare peculiarità ed interessi degli ordinamenti nazionali o diritti fondamentali dell'individuo.* – 5.1.4. *I limiti normativi al reciproco riconoscimento e la tutela dell'ordine pubblico.* – 5.1.7. *I limiti normativi al reciproco riconoscimento e la tutela dei diritti fondamentali.* – 5.2. *I limiti derivanti dal margine discrezionale accordato agli Stati membri nell'attuazione ed applicazione delle norme UE.* – 5.2.1. *Margine discrezionale del legislatore nazionale nel recepimento degli atti UE e limiti del reciproco riconoscimento.* – 5.2.2. *Il margine discrezionale dello Stato di esecuzione nell'applicazione delle procedure di cooperazione e dei motivi di rifiuto in particolare.* – 5.2.3. *In particolare: il caso della natura risocializzante della pena e del diritto del reinserimento sociale del reo, alla luce della disciplina sul mandato d'arresto europeo.* – 5.2.4. *Il caso del ne bis in idem.* – 6. *Considerazioni conclusive.*

## 1. Struttura del Capitolo ed aspetti introduttivi

Analizzati i profili istituzionali e sistematici ed approfondite le problematiche connesse all'attribuzione delle competenze ed al loro esercizio, occorre considerare alcuni aspetti sostanziali sui quali si misura l'evoluzione della cooperazione in materia penale. Senza soffermarsi sulla dimensione strettamente operativa, che rimane sullo sfondo dell'indagine, il presente Capitolo intende affrontare da varie angolature il tema della valorizzazione del reciproco riconoscimento nel contesto della cooperazione in materia penale.

Da questo punto di vista, viene in primo luogo analizzata la natura flessibile e dinamica del principio, che ha la sua originaria declinazione nell'ambito del mercato interno. Si propone dunque *in primis* l'approfondimento della portata del mutuo riconoscimento nel contesto delle libertà di circolazione, con particolare attenzione per i limiti che esso patisce, soprattutto in forza dell'elaborazione giurisprudenziale della Corte di giustizia.

L'analisi dell'accezione originaria del mutuo riconoscimento è funzionale allo studio della valorizzazione del principio nel contesto del Titolo V TFUE ed in special modo dell'art. 82 TFUE, che lo pone a cardine dei meccanismi di cooperazione unitamente al ravvicinamento degli ordinamenti nazionali. Similmente a quanto evidenziato per il mercato interno, il reciproco riconoscimento non ha natura assoluta e deve dunque essere temperato con le esigenze che il legislatore europeo, la giurisprudenza UE o gli Stati membri considerino prevalenti.

In questa dinamica, il reciproco riconoscimento si dimostra un metodo di costruzione dello spazio giudiziario europeo, sul quale si concentrano le istanze di bilanciamento tra il rafforzamento della cooperazione penale – e con esso la maggior garanzia della sicurezza nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia – ed interessi spesso contrapposti, quali la tutela dei diritti fondamentali, la conservazione delle specificità dei sistemi penali nazionali, l'esercizio dei poteri coercitivi e repressivi da parte degli Stati membri.

## 2. Implicazioni e limiti del mutuo riconoscimento nel mercato interno: cenni

### 2.1. *Mutuo riconoscimento: un valore storico, un principio giuridico, un criterio di azione politica*

In un'accurata apologia diretta ad avversare il crescente scetticismo sugli approdi della cooperazione comunitaria e sul modello di mercato unico europeo, Alfonso Mattera ha proposto una visione multiprospettica del mutuo riconoscimento, descritto allo stesso tempo come un radicato valore storico, un

principio giuridico fondamentale ed un criterio di azione politica destinato ad assicurare le differenze fra gli Stati ed il rispetto della persona<sup>1064</sup>.

Questa triplice definizione coglie e sintetizza con efficacia la complessità concettuale del principio, unitamente alla sua centralità e forza propulsiva rispetto allo sviluppo delle politiche europee degli ultimi decenni. Il mutuo riconoscimento, invero, raccoglie in sé le radicate istanze per la conduzione del processo di integrazione nel rispetto delle specificità e differenze che sotto molteplici profili contraddistinguono gli Stati membri ed i loro ordinamenti.

Volgendo lo sguardo al passato, dunque, il principio diviene una chiave di lettura della storia moderna dell'Europa<sup>1065</sup>, spesso contesa lungo la sottile linea di confine tra realizzazione di un progetto europeo "a piccoli passi" e protezione di identità sempre più svincolate da un'accezione oppositiva dell'appartenenza nazionale<sup>1066</sup>, sino a prospettare l'afflato verso un comune sentimento europeo<sup>1067</sup>. In una prospettiva giuridica, il mutuo riconoscimento, lungi dall'esaurirsi nei meccanismi tecnici che ne presidiano e veicolano il funzionamento, esprime la complessità dell'ordinamento dell'Unione e chiama ogni sua componente nazionale a svolgere un ruolo primario nel perseguimento degli obiettivi posti dai Trattati, così come nell'individuazione del corretto bilanciamento tra i differenti interessi in gioco.

Le varie sfaccettature del principio si sono tradotte nella molteplicità delle politiche europee nelle quali il principio è stato declinato, con particolare riferimento per il mercato unico, culla originaria della sua elaborazione concettuale. A questo proposito, l'analisi delle basi giuridiche sulla quali ha fondamento la cooperazione in materia penale<sup>1068</sup> ha consentito di evidenziare come anche nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia il principio riveli considerevoli peculiarità ed abbia un'importanza centrale.

In particolare, l'attuale disposto dei Trattati in tema di cooperazione in materia penale appare fortemente debitore della progressiva elaborazione dogmatica del mutuo riconoscimento nell'ambito del mercato interno. Si ritiene perciò necessario anteporre all'analisi del reciproco riconoscimento nel contesto del Titolo V TFUE un approfondimento circa la *ratio* sottesa alla

<sup>1064</sup> Cfr. A. MATTERA, *La reconnaissance mutuelle: une valeur historique ancienne, un principe juridique intégrationniste, l'assise politique d'un modèle de société humaniste*, in *Revue du droit de l'Union européenne*, 2009, p. 385.

<sup>1065</sup> M. T. BITSCH, *Histoire de la construction européenne*, Bruxelles, 2001.

<sup>1066</sup> Di identità oppositiva proiettata da un'accezione escludente di cittadinanza ed appartenenza nell'epoca giuridica moderna tratta F. REMOTTI, *Contro l'identità*, Roma-Bari, 1996.

<sup>1067</sup> Comune identità europea prospettata già nei secoli passati. V, fra gli altri, C.H. DE ROUVROI, A. THIERRY, *De la réorganisation de la société européenne. De la nécessité et des moyens de rassembler les peuples de l'Europe en un seul corps politique, en conservant à chacun son indépendance nationale*, Parigi, edizione 2013. Gli autori, all'inizio dell'800, prospettavano la necessità di una fraternità politica europea, nel rispetto delle identità nazionali.

<sup>1068</sup> V. *ante*, Cap. I.

consacrazione dell'istituto in esame, il cui nucleo originario è strettamente connesso alla circolazione dei fattori di produzione nel mercato interno.

Si intende circoscrivere la trattazione all'origine ed alla portata dell'istituto, nonché ai limiti normativi e giurisprudenziali che esso patisce. Dal primo punto di vista, l'indagine è essenziale allo scopo di preparare il terreno per l'individuazione delle peculiarità che contraddistinguono la declinazione del reciproco riconoscimento nel settore penale. L'approfondimento dei limiti tradizionalmente frapposti al mutuo riconoscimento costituisce invece un presupposto utile a comprendere appieno la portata ed i confini dell'istituto nell'attività di prevenzione e contrasto della criminalità.

## *2.2. Affermazione, implicazioni e ratio del principio del mutuo riconoscimento*

Volgendo l'attenzione al momento fondativo del mutuo riconoscimento, risalta con evidenza come, sin dagli anni '70, le speranze di un rinnovato impulso verso la compiuta realizzazione del mercato interno fossero riposte proprio nella consacrazione giurisprudenziale del principio e nella sua successiva elaborazione da parte della Commissione.

Nel contesto della libera circolazione delle merci, infatti, la normativa europea aveva condotto ad una lettura alquanto estensiva della nozione di restrizione quantitativa, secondo la quale anche misure o regolamentazioni nazionali riguardanti la produzione, composizione o commercializzazione – sebbene indistintamente applicabili a merci nazionali ed importate e non animate da intento protezionistico – potessero generare gli effetti restrittivi che le norme del Trattato intendevano scongiurare<sup>1069</sup>. Nel medesimo solco, la Corte di giustizia, con la nota pronuncia *Dassonville*<sup>1070</sup>, aveva avvalorato un'interpretazione ambiziosa del divieto di misure aventi effetto equivalente, includendovi qualsiasi regola commerciale capace di incidere negativamente,

<sup>1069</sup> Cfr. la direttiva della Commissione 50/70/CEE, del 22 dicembre 1969, relativa alla soppressione delle misure ad effetto equivalente a restrizioni quantitative non contemplate da altre disposizioni prese in virtù del Trattato CEE, in GUCE L 13, del 13 gennaio 1970, p. 29. Con questo atto, la Commissione intendeva ampliare la nozione di misura avente effetto equivalente, sino ad allora circoscritta alle disposizioni legislative e regolamentari. Tale qualifica avrebbe potuto essere ricollegata a qualsiasi condotta della pubblica autorità che, sebbene formalmente priva di effetti giuridici vincolanti, in concreto inducesse ad una scelta di acquisto in favore di prodotti nazionali. La direttiva annoverava altresì le normative sulla commercializzazione dei prodotti, ivi comprese quelle indistintamente applicabili a prodotti nazionali ed esteri. Per approfondimenti v. P. OLIVER (a cura di), *Oliver on free movement of goods in the European Union*, Oxford, 2010, pp. 104 ss.

<sup>1070</sup> Cfr. la sentenza 11 luglio 1974, causa 8/74, *Dassonville*, in *Racc.* p. 837. Anche la sentenza *Dassonville* è considerata precursore del mutuo riconoscimento: C. JANSSENS, *The principle of mutual recognition in EU law*, Oxford, 2013, p. 13.

in maniera diretta o indiretta, in atto o in potenza, gli scambi fra gli Stati membri<sup>1071</sup>.

Questo approccio non poteva che incidere in maniera significativa sul multiforme scenario normativo degli Stati membri, in favore di una crescente uniformazione delle regole riguardanti ogni fase della produzione e commercializzazione delle merci. Infatti, in risposta a tale visione, la Commissione europea aveva prospettato un dispendioso programma di armonizzazione delle relative discipline nazionali, con l'intento di ovviare per via normativa alle possibili discrasie derivanti dalla frammentazione degli ordinamenti interni. Questa soluzione, nondimeno, presentava non secondari problemi di praticabilità e, soprattutto, avrebbe altresì rischiato di neutralizzare preziose specificità normative nazionali.

Le criticità connesse ad una intensa attività armonizzatrice vennero dunque superate grazie all'affermazione del mutuo riconoscimento da parte della Corte di giustizia, con la nota sentenza *Cassis de Dijon*<sup>1072</sup>: ciascuno Stato membro, in assenza di norme comuni europee, è tenuto a riconoscere le altre regolamentazioni nazionali, a meno che non si evidenzi la necessità di assicurare il rispetto di esigenze imperative di interesse generale<sup>1073</sup>, quali, fra le altre, la tutela dei consumatori, l'efficacia dei controlli fiscali, la protezione di radicate peculiarità socio-culturali locali<sup>1074</sup>.

La portata innovatrice della pronuncia in questione fu tale che la Commissione europea, a stretto giro di posta, provvide a pubblicare una comunica-

<sup>1071</sup> V. in particolare i punti 5 e 6 della sentenza. La giurisprudenza di Lussemburgo ha poi ulteriormente preparato la strada alla consacrazione del mutuo riconoscimento, ad esempio dichiarando l'efficacia diretta delle norme del Trattato sulla libera circolazione delle merci. Cfr. le sentenze 22 marzo 1977, causa 74/76, *Iannelli e Volpi*, in *Racc.* p. 557, e 8 novembre 1979, causa 251/78, *Denkavit*, in *Racc.* p. 3369. Il Giudice dell'Unione ha inoltre evidenziato l'esigenza di una cooperazione stretta e leale fra le autorità nazionali interessate. Cfr. la sentenza 20 maggio 1976, causa 104/75, *De Peijper*, in *Racc.* p. 613. Sull'importanza del principio di leale cooperazione in materia, anche rispetto alle istituzioni europee, v. P. OLIVER (a cura di), *Oliver on free movement of goods*, cit., p. 153.

<sup>1072</sup> Cfr. la sentenza 20 febbraio 1979, causa 120/78, *Rewe Zentral (Cassis de Dijon)*, in *Racc.* p. 649.

<sup>1073</sup> V. in particolare il punto 14 della sentenza. Le esigenze imperative di interesse generale – o *mandatory* o *imperative requirements* secondo le diciture inglesi – sono considerate espressione del principio di proporzionalità e mirano a tutelare interessi generali che siano ritenuti meritevoli di prevalenza sulla libertà di circolazione. In questo senso, esse sono state definite «un limite intrinseco» all'applicazione dell'art. 34 TFUE. V. in questo senso G. TESSAURO, *Diritto dell'Unione europea*, Padova, 2012, p. 411. In termini generali v. E. SPAVENTA, *On discrimination and the theory of mandatory requirements*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2002, p. 457.

<sup>1074</sup> V., rispettivamente, fra le altre, le sentenze 5 dicembre 2000, causa C-448/98, *Guimont*, in *Racc.* p. I-10663; 9 ottobre 1980, causa 823/79, *Carciati*, in *Racc.* p. 2773; 23 novembre 1989, causa 145/88, *Torfaen Borough Council*, in *Racc.* p. 3851.



zione interpretativa<sup>1075</sup>, con la quale annunciò un radicale mutamento di prospettiva: in luogo di un'indiscriminata e generalizzata attività di armonizzazione, l'affermazione del mutuo riconoscimento avrebbe consentito di semplificare in misura considerevole l'agenda normativa europea<sup>1076</sup>.

Pochi anni dopo, nel 1985, la Commissione mosse passi ulteriori in questa direzione, promuovendo nel suo libro bianco sul mercato interno un nuovo approccio all'armonizzazione tecnica ed alla standardizzazione<sup>1077</sup>. Il legislatore comunitario avrebbe dovuto limitare il proprio intervento alla definizione delle sole norme comuni strettamente necessarie ad assicurare la tutela di esigenze ineludibili in tema di protezione della salute, della sicurezza e dell'ambiente<sup>1078</sup>. Per il resto, ove possibile, sarebbe stato sufficiente un rimando alle norme tecniche vigenti in sede nazionale.

Occorre peraltro ricordare come all'originaria consacrazione nell'ambito della libera circolazione delle merci sia presto seguita, pur con talune specificità e differenze<sup>1079</sup>, l'estensione del principio alle altre libertà fondamentali<sup>1080</sup>, così che il mutuo riconoscimento è divenuto uno dei cardini delle prin-

<sup>1075</sup> Cfr. la comunicazione della Commissione sulle conseguenze della sentenza emessa dalla Corte di giustizia delle Comunità europee il 20 febbraio 1978 nella causa 120/78 («Cassis de Dijon»), in GUCE C 256, del 3 ottobre 1980, p. 2.

<sup>1076</sup> La Commissione individuava tre principali criteri di selezione dei settori meritevoli di intervento normativo europeo: la presenza di norme nazionali capaci di incidere negativamente sul mercato interno; il coinvolgimento di settori economici prioritari per la realizzazione del mercato unico; eventuali discipline nazionali astrattamente contrarie al dettame delle norme del Trattato, ma giustificate dalla Corte di giustizia per il fatto di perseguire esigenze imperative di interesse generale. Nel complesso, veniva prospettata l'adozione di circa 300 direttive.

<sup>1077</sup> Cfr. la comunicazione della Commissione COM(1985) 310, del 13 giugno 1985, Libro bianco della Commissione per il Consiglio europeo. Il Completamento del mercato interno.

<sup>1078</sup> La dottrina peraltro evidenzia come il mutuo riconoscimento non debba essere considerato una alternativa di minore impegno rispetto all'armonizzazione, considerata la sua intrinseca complessità. V. in questo senso C. BARNARD, *The substantive law*, cit., p. 111.

<sup>1079</sup> Negli anni si è registrato un acceso dibattito in ordine alla possibilità di generalizzare il tema del mutuo riconoscimento e dei suoi limiti, applicando così un regime comune a tutte le libertà fondamentali, alle quali il principio è stato progressivamente esteso. Sebbene in dottrina siano stati evidenziati elementi di continuità e convergenza, quali un'accezione unitaria di restrizione alle libertà fondamentali o l'applicazione di un giudizio di proporzionalità rispetto alle esigenze imperative di interesse generale, la maggior parte dei commentatori sottolinea come le ontologiche differenze tra le singole libertà di circolazione si riverberino anche sulla portata del principio. V., sul punto, J. SNELL, *Goods and services in EC law. A study of the relationship between the freedoms*, Oxford, 2002. Taluni evidenziano ad esempio come di fatto i soggetti interessati dal meccanismo del mutuo riconoscimento siano diversi a seconda della libertà presa in considerazione: il ruolo dei privati è maggiore nella libera prestazione dei servizi, mentre quello dello Stato sarebbe preponderante nella libera circolazione delle merci: M. ANDENAS, W. ROTH, *Services and free movement in EU law*, Oxford, 2002.

<sup>1080</sup> Per quanto riguarda la libera prestazione dei servizi e la libertà di stabilimento, la prima affermazione del reciproco riconoscimento è quasi coeva alla sentenza *Cassis de Dijon* e risale al caso *Choquet*, riguardante una duplicazione di test di guida su strada ai fini del conse-

cipali politiche UE. In questo senso, la sua base giuridica è stata in via elettiva individuata proprio nelle norme primarie sulle libertà fondamentali<sup>1081</sup>, dalle quali si è diramata una puntuale produzione normativa destinata a creare in sempre più ampi settori i presupposti per la sua applicazione, anche in ossequio ai principi di proporzionalità, sussidiarietà, leale cooperazione e fiducia reciproca tra gli Stati membri<sup>1082</sup>.

A fronte dunque della sua originaria affermazione per via giurisprudenziale, il mutuo riconoscimento è stato dunque col tempo declinato nella legislazione derivata, fattore che ha contribuito non solo al suo rafforzamento, ma anche alla sua accresciuta complessità.

### 2.3. I limiti del mutuo riconoscimento nel mercato interno

L'obbligo in capo alle autorità nazionali di riconoscere prodotti o servizi legalmente posti sul mercato in un altro Stato membro non si risolve in un'applicazione automatica ed incondizionata dell'istituto. Nonostante la sua centralità per il funzionamento del mercato interno, il mutuo riconoscimento patisce infatti limiti rilevanti, che in massima parte affondano le radici nella frammentazione degli ordinamenti nazionali, a sua volta sintomo di diverse percezioni, sensibilità o priorità quanto agli interessi ritenuti meritevoli di tutela a livello statale. In questa prospettiva, il mutuo riconoscimento diviene espressione fattiva della formula "uniti nella diversità", che l'Unione ha voluto consacrare quale suo motto: il mutuo riconoscimento infatti, come è stato evidenziato in dottrina, non rappresenta meramente una comoda alternativa all'armonizzazione, ma costituisce una complessa strategia per combinare le

guimento della patente nello Stato membro di stabilimento: v. la sentenza 28 novembre 1978, causa 16/78, *Choquet*, in *Racc.* p. 2293. Nel campo della libera circolazione delle persone, la prima applicazione di rilievo ha riguardato il riconoscimento dei diplomi e titoli di studio o qualificazione professionale: sentenza 15 ottobre 1987, causa 222/86, *Heylens*, in *Racc.* p. 4097. Per ciò che concerne la libera circolazione dei capitali, l'operatività del principio è stata negata per lungo tempo, sino all'avvento del Trattato di Maastricht, a partire dal quale la giurisprudenza si è fatta progressivamente più copiosa: v. ad esempio la pronuncia 14 dicembre 1995, cause riunite C-163/94, C-165/94 e C-250/94, *Sanz de Lera*, in *Racc.* p. I-4821. Per una visione d'insieme v. F.K. PADOA SCHIOPPA (a cura di), *The principle of mutual recognition in the European integration process*, New York, 2005.

<sup>1081</sup> V. ad esempio la sentenza 21 giugno 2001, causa C-30/99, *Commissione c. Irlanda*, in *Racc.* p. I-4619, punto 22. La Corte, tradizionalmente, non rileva la violazione del mutuo riconoscimento in quanto tale, ma delle libertà fondamentali sulle quali il principio riposa.

<sup>1082</sup> Il reciproco riconoscimento è stato non di rado ricondotto anche a questi principi. V. ad esempio la sentenza 23 maggio 1996, causa C-5/94, *Hedley Lomas*, in *Racc.* p. I-2553. In dottrina v., in relazione al principio di proporzionalità, T. TRIDIMAS, *General principles of EU law*, Oxford, 2006, p. 218; sul principio di sussidiarietà in rapporto al reciproco riconoscimento v. A. MATTERA, *Sussidiarietà, reconnaissance mutuelle et hiérarchie des normes européennes*, in *Revue du marché commun européen*, 1991, p. 8.

aspirazioni centrifughe alla frammentazione ed alla uniformazione<sup>1083</sup>. Il multiforme panorama giuridico nazionale, pertanto, sollecita un contemperamento con le esigenze di uniformità e coerenza sottese all'applicazione del diritto dell'Unione: questa ricerca di equilibrio prende la forma di limiti normativi o giurisprudenziali che mitigano la portata dell'obbligo di riconoscere l'altrui legislazione.

### 2.3.1. I limiti normativi

A fronte del radicamento del principio nelle norme del Trattato e del suo carattere immanente all'ordinamento UE, la prassi ha nel tempo dimostrato che specifici obblighi di riconoscimento possono derivare anche dalla normativa secondaria adottata in forza di basi giuridiche primarie, come nel caso elettivo della competenza ad armonizzare gli ordinamenti interni *ex art.* 114 TFUE. In simili eventualità, l'imposizione per via secondaria di un obbligo di riconoscimento presuppone l'adozione di norme europee che, in misura variabile, consentano di fissare standard comuni per la protezione su scala europea degli interessi di rilevanza generale di volta in volta considerati<sup>1084</sup>. Laddove infatti il legislatore europeo assuma la responsabilità di regolamentare determinati aspetti del mercato interno, egli è altresì chiamato a prendere in carico la tutela degli interessi la cui disciplina non spetti più alle autorità nazionali.

Un limite di fondo degli obblighi di mutuo riconoscimento che originano da normativa secondaria è pertanto il previo raggiungimento di un idoneo livello di armonizzazione, che consenta non solo di perseguire in miglior grado gli obiettivi del mercato interno, ma anche di tutelare il contenuto essenziale dei multiformi interessi coinvolti, quali la tutela dell'ambiente o la salute umana ed animale<sup>1085</sup>.

<sup>1083</sup> Cfr. M. MÖSTL, *Preconditions and limits of mutual recognition*, in *Common Market Law Review*, 2010, p. 405, in particolare p. 407.

<sup>1084</sup> In concreto, pertanto, eventuali obblighi di riconoscimento imposti per via normativa non sono mai automatici, ma sono subordinati al conseguimento di un adeguato grado di armonizzazione, che consenta di fissare un nucleo comune di norme condivise.

<sup>1085</sup> In questo senso v. l'esautiva analisi di C. JANSSENS, *The principle of mutual recognition*, cit., p. 70. Come reso evidente dalle vicende legate alla perdurante crisi economica nel continente europeo ed alle risposte politiche e normative prospettate da parte dell'Unione europea, la sola prospettiva economica appare ormai *icto oculi* insoddisfacente rispetto alle ben più ariose ambizioni del processo di integrazione. V. le riflessioni proposte da F. COSTAMAGNA, *The European semester in action: strengthening economic policy coordination while weakening the social dimension?*, Centro Einaudi Working Paper n. 5/2013, reperibile all'indirizzo internet [http://www.centroeinaudi.it/images/abook\\_file/WP-LPF\\_5\\_2013\\_Costamagna.pdf](http://www.centroeinaudi.it/images/abook_file/WP-LPF_5_2013_Costamagna.pdf) (22 giugno 2014). Proprio la realizzazione del mercato unico e, al contempo, la tutela degli interessi di portata generale costituiscono i due obiettivi essenziali del mutuo riconoscimento normativo, di talché le disposizioni che ne delineano i contorni devono essere contestualmente interpretate alla luce di questi due obiettivi.

A questo riguardo, gli sforzi verso la realizzazione del mercato interno sono stati in massima parte condotti attraverso l'adozione di direttive ispirate a due differenti tecniche normative – l'armonizzazione minima e l'armonizzazione piena<sup>1086</sup> – capaci di incidere in maniera alquanto diversa sulla portata del mutuo riconoscimento. L'opzione per l'una o per l'altra impostazione si riverbera sul margine di flessibilità accordato agli Stati e, di conseguenza, sulla possibilità di beneficiare di residui spazi di intervento e di invocare ragioni che giustifichino una deroga al diritto UE<sup>1087</sup>. Se tale margine può sussistere nella prima ipotesi, l'adozione di norme uniformi, come confermato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, preclude invece alle autorità nazionali la possibilità di comprimere l'operatività dell'istituto<sup>1088</sup>.

Anche nell'ipotesi di armonizzazione minima, d'altra parte, il legislatore europeo conserva ampia potestà discrezionale nel delimitare le residue possibilità di intervento degli Stati, poiché in linea astratta egli potrebbe imporre un obbligo automatico di riconoscimento, oppure inserire eventuali clausole normative che lo specificino o sottopongano a limiti e condizioni<sup>1089</sup>.

In questa prospettiva, in effetti, parte della dottrina ha criticamente evidenziato come il legislatore europeo abbia usualmente prediletto un'impostazione rigorosa, volta a comprimere quanto più possibile i margini di flessibilità riconosciuti agli Stati, finanche nell'ipotesi di strumenti di armonizzazione minima<sup>1090</sup>.

Al contrario, in alcuni casi le norme UE consentono espressamente agli Stati membri di ovviare alla portata automatica del mutuo riconoscimento, ad esempio prevedendo la facoltà di attivare forme di controllo su beni o documenti. A questo proposito, costituisce un caso di interesse la direttiva 2006/126/CE, in tema di patenti di guida<sup>1091</sup>. La giurisprudenza, infatti, in-

<sup>1086</sup> Sulla distinzione fra i due modelli v. C. BARNARD, *The substantive law*, cit., p. 626.

<sup>1087</sup> Il legislatore dell'Unione, a questo proposito, beneficia di un ampio margine di valutazione quanto al grado di armonizzazione ed al conseguente spazio residuo riservato alle autorità nazionali, che si riflette a sua volta sulla portata e sull'automaticità dell'obbligo di reciproco riconoscimento. V. la sentenza 8 maggio 2008, causa C-39/07, *Commissione c. Spagna*, in *Racc.* p. I-3435, punti 29 e 31.

<sup>1088</sup> V. la sentenza 5 ottobre 1977, causa 5/77, *Denkavit*, in *Racc.* p. 1555, punto 35. Più recentemente v. ad esempio la sentenza 16 dicembre 2008, causa C-205/07, *Gysbrechts*, in *Racc.* p. I-9947, punto 33.

<sup>1089</sup> È stato peraltro evidenziato come l'ampia discrezionalità del legislatore europeo in materia non trovi adeguato contrappeso nei principi di sussidiarietà e proporzionalità, per la natura della tecnica normativa utilizzata e per la possibilità di giustificare agevolmente un obbligo incondizionato di riconoscimento con i susseguenti vantaggi per il mercato interno. Cfr. Ad esempio M. FALLON, A.C. SIMON, *La directive "services": quelle contribution au marché intérieur*, in *Journal des tribunaux*, 2007, p. 38.

<sup>1090</sup> Cfr. C. JANSSENS, *The principle of mutual recognition*, cit., p. 89.

<sup>1091</sup> Cfr. la direttiva 2006/126/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 dicembre 2006, concernente le patenti di guida, in GU L 403, del 30 dicembre 2006, p. 18.

interpretava le disposizioni della previgente direttiva 91/439/CE<sup>1092</sup> nel senso che ciascuno Stato fosse vincolato a riconoscere senza formalità ed in maniera incondizionata le patenti di guida rilasciate da altri Paesi europei<sup>1093</sup>. Con la riforma del 2006, tuttavia, all'obiettivo di rafforzare il riconoscimento dei documenti di guida si è affiancata l'ulteriore finalità, considerata di pari rango, di garantire la sicurezza stradale: ne consegue che ciascuno Stato è legittimato a verificare la regolarità di una patente emessa altrove, purché sussistano elementi oggettivi idonei a motivare l'avvio di tali controlli e purché detta attività sia condotta in piena collaborazione con lo Stato membro di provenienza<sup>1094</sup>. Ne consegue la natura non automatica dell'obbligo di riconoscimento<sup>1095</sup>, confermata dalla Corte in relazione ad alcune ipotesi nelle quali si è ritenuta prevalente l'esigenza di proteggere l'interesse collettivo alla sicurezza stradale, ad esempio in presenza di addebiti penali in altri Stati nei confronti del richiedente, motivati dalla sua impropria condotta di guida<sup>1096</sup>.

È importante in primo luogo evidenziare come, in linea generale, secondo la giurisprudenza di Lussemburgo, ogni mitigazione del mutuo riconoscimento derivante da verifiche su presunte irregolarità realizzatesi all'estero sia subordinata ad un dovere di cooperazione e reciproca assistenza operativa ed informativa fra gli Stati<sup>1097</sup>. In effetti, solo in rare occasioni la Corte ha accordato alle autorità nazionali il potere di procedere in via autonoma allo svolgimento di tali controlli<sup>1098</sup>.

In secondo luogo, queste iniziative possono essere intraprese esclusivamente laddove i dubbi sull'autenticità del documento abbiano una consisten-

<sup>1092</sup> Cfr. la direttiva 91/439/CEE del Consiglio, del 29 luglio 1991, concernente le patenti di guida, in GU L 237, del 24 agosto 1991, p. 1.

<sup>1093</sup> La Corte in particolare aveva posto in via prioritaria l'accento sull'esigenza di assicurare l'effetto utile del mutuo riconoscimento. V. la sentenza 29 aprile 2004, causa C-476/01, *Kapper*, in *Racc.* p. I-5205, e le ordinanze 6 aprile 2006, causa C-227/05, *Halbritter*, in *Racc.* p. I-49, e 28 settembre 2006, causa C-340/05, *Kremer*, in *Racc.* p. I-98.

<sup>1094</sup> La Corte ha invero avuto modo di puntualizzare che il potere di controllo dello Stato rimane fortemente limitato, giacché le autorità nazionali non sono in linea di principio autorizzate a condurre in via autonoma ed officiosa un'indagine, dovendo piuttosto coinvolgere le autorità omologhe dello Stato che ha emesso il documento, al fine di accertare le eventuali irregolarità. Cfr. la sentenza 26 aprile 2012, causa C-419/10, *Hofmann*, non ancora pubblicata, punto 82. In particolare, l'art. 11, par. 4, della direttiva precisa che «Uno Stato membro rifiuta il rilascio della patente di guida ad un richiedente la cui patente sia limitata, sospesa o ritirata in un altro Stato membro. Uno Stato membro rifiuta di riconoscere ad una persona la cui patente sia limitata, sospesa o ritirata nel territorio di un altro Stato la validità della patente di guida rilasciata da tale Stato membro. Uno Stato membro può inoltre rifiutarsi di rilasciare la patente di guida ad un richiedente la cui patente sia revocata in un altro Stato membro».

<sup>1095</sup> Cfr. l'ordinanza 9 luglio 2009, causa C-445/08, *Wierer*, in *Racc.* p. I-119, punto 52.

<sup>1096</sup> V. la sentenza 19 febbraio 2009, causa C-321/07, *Schwarz*, in *Racc.* p. I-1113.

<sup>1097</sup> Cfr. la sentenza *Hoffmann*, cit.

<sup>1098</sup> V. ad esempio la sentenza 5 giugno 1997, causa C-105/94, *Celestini*, in *Racc.* p. I-2971, punti 34-37.

za significativa e siano idonei a generare il timore di un impatto negativo sugli interessi protetti dal diritto UE. Questo ulteriore criterio ha rivestito un'importanza particolare in alcune ipotesi in cui l'applicazione non ponderata del mutuo riconoscimento avrebbe determinato una compressione delle libertà fondamentali o dei diritti dell'individuo. Ne è esempio efficace il caso *Commissione c. Spagna*<sup>1099</sup>, nel quale allo Stato iberico veniva contestato di aver indebitamente rifiutato l'ingresso sul territorio nazionale di due cittadini di Stati terzi, familiari di un cittadino europeo, in violazione della direttiva 64/221/CEE<sup>1100</sup>, al tempo lo strumento normativo di riferimento. La Spagna aveva adottato la decisione di diniego per ragioni di ordine pubblico, sulla scorta del fatto che i soggetti coinvolti erano Stati inseriti dalle autorità tedesche nel sistema informativo Schengen, come persone alle quali era vietato l'ingresso nella Comunità europea. In sede di procedura di infrazione, la Corte di giustizia censurò la condotta spagnola, evidenziando come le autorità iberiche, in luogo di dare séguito acriticamente alla decisione del governo tedesco, avrebbero dovuto verificare se in concreto la presenza dei due familiari del cittadino europeo sul territorio nazionale avrebbe comportato un rischio reale, attuale e significativo per la tutela dell'ordine pubblico<sup>1101</sup>.

Occorre in terzo luogo ricordare come molto spesso le direttive che provvedono a ravvicinare gli ordinamenti nazionali consentano agli Stati di conservare, in taluni contesti, un regime di maggior rigore. Si pone dunque il quesito circa la possibilità che tali standard di protezione rafforzati, di frequente motivati da esigenze di tutela percepite con peculiare urgenza in uno Stato membro<sup>1102</sup>, possano trovare applicazione anche in situazioni che interessino merci prodotte all'estero, documenti emessi da autorità straniera o servizi o altre attività prestatati da cittadini di Stati europei. In simili contesti, la Corte usualmente rigetta l'idea che il regime nazionale più restrittivo possa esplicare effetti extraterritoriali, così rischiando di arrecare grave *vulnus* al mutuo riconoscimento<sup>1103</sup>.

<sup>1099</sup> V. la sentenza 31 gennaio 2006, causa C-503/03, *Commissione c. Spagna*, in *Racc.* p. I-1097. In dottrina v. S. MARTIN, *Droit communautaire et dispositif Schengen: incompatibilité concernant le traitement du conjoint du ressortissant communautaire*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 2006, p. 568.

<sup>1100</sup> Direttiva 64/221/CEE del Consiglio, del 25 febbraio 1964, in *GUCE* L 56, del 4 aprile 1964, p. 850.

<sup>1101</sup> Su questo aspetto in particolare v. le riflessioni di E. BROUWER, *Case note*, in *Common Market Law Review*, 2008, p. 1251.

<sup>1102</sup> Merita precisare che anche l'art. 82 TFUE, in materia di cooperazione penale, consente agli Stati, al cospetto di norme minime comuni UE, di introdurre un regime di maggior favore a tutela dei diritti processuali, pur nel rispetto del primato del diritto UE.

<sup>1103</sup> È pur vero, tuttavia, che talora la normativa secondaria cristallizza clausole derogatorie di particolare incisività, come la protezione della sicurezza interna ed esterna dello Stato: in questi casi, come si avrà modo di considerare più diffusamente nel prosieguo dell'analisi, in alcune occasioni la Corte non ha espressamente escluso la possibilità che tali clausole abbiano portata extraterritoriale, per la necessità di tutelare diritti fondamentali posti a rischio in Stati terzi.

Da ultimo, un limite di natura indirettamente normativa al mutuo riconoscimento potrebbe originare dalla reazione ad una ritenuta inadempienza da parte delle autorità di uno Stato membro a standard uniformati da norme UE. In simili casi, invero, la violazione del diritto dell'Unione può minare fortemente la fiducia reciproca tra gli Stati, causando al contempo una restrizione alle libertà di circolazione. Basti pensare al caso *Hedley Lomas*<sup>1104</sup>, sorto a séguito del rifiuto da parte delle autorità del Regno Unito di concedere licenze di esportazione di capi di bestiame in Spagna, nella convinzione che quest'ultimo Stato non rispettasse la regolamentazione europea sullo stordimento degli animali prima della macellazione<sup>1105</sup>. Nell'opinione del Giudice dell'Unione, l'obiettivo della realizzazione del mercato unico comporta una presunzione di compatibilità della disciplina e della prassi nazionali con il diritto europeo: in caso contrario, ove cioè, in una logica di reciprocità tipica del diritto internazionale pubblico, ogni Stato potesse unilateralmente adottare contromisure ad una condotta ritenuta non conforme al diritto UE, verrebbe meno una premessa essenziale per rafforzare la fiducia fra autorità interne<sup>1106</sup>. Al contempo, nondimeno, questa presunzione ha carattere relativo e gli Stati possono sollecitare che l'inadempimento venga accertato, purché ciò avvenga attraverso i rimedi previsti dai Trattati, quali il coinvolgimento della Commissione o l'avvio di una procedura di infrazione<sup>1107</sup>. Eventuali reazioni che non ricadano negli schemi prescritti dai Trattati e che non si esauriscano in misure precauzionali temporanee, limitate a quanto strettamente necessario e destinate a tutelare interessi di portata generale, costituiscono indebite limitazioni delle libertà fondamentali e, nello specifico, del mutuo riconoscimento.

### 2.3.2. I limiti giurisprudenziali

La Corte di giustizia ha tradizionalmente avvalorato l'assunto per il quale, in assenza di norme di armonizzazione che proteggano a livello comune obiettivi di interesse generale, spetta in linea di principio agli Stati definire il grado di tutela opportuno<sup>1108</sup>.

<sup>1104</sup> Cfr. la sentenza 23 maggio 1996, *Hedley Lomas*, cit.

<sup>1105</sup> Già ai tempi della sentenza la materia era oggetto di armonizzazione piena a livello europeo. Oggi il benessere animale è espressamente preso in carico dal Trattato ed il tema della macellazione è disciplinato dal regolamento 1099/2009 del Consiglio, del 24 settembre 2009, relativo alla protezione degli animali durante l'abbattimento, in GU L 303, del 18 novembre 2009, p. 1.

<sup>1106</sup> Cfr. i punti 19 e 20 della sentenza, nei quali la Corte evidenzia altresì la rilevanza del principio di leale cooperazione.

<sup>1107</sup> V. altresì la sentenza del 20 ottobre 2005, causa C-111/03, *Commissione c. Svezia*, in *Racc.* p. I-8789, punto 66. L'art. 344 TFUE, inoltre, precisa che gli Stati non possono esperire rimedi esterni all'ordinamento UE o rivolgersi ad istanze terze allo scopo di interpretare i Trattati o comporre le controversie che da essi sorgano.

<sup>1108</sup> V. ad esempio, in tema di sicurezza stradale, la sentenza 10 febbraio 2009, causa C-110/05, *Commissione c. Italia*, in *Racc.* p. I-519.

Al contempo, la potestà riservata agli Stati non deve tradursi nella creazione di ostacoli ingiustificati alle libertà di circolazione. In assenza di norme europee, pertanto, il rispetto del mutuo riconoscimento è posto sotto l'egida dello scrutinio giurisdizionale della Corte di giustizia, nella sua veste di interprete del diritto dell'Unione e di istituzione competente ad accertare le infrazioni commesse dagli Stati.

A questo proposito, a partire dalla sentenza *Cassis de Dijon*<sup>1109</sup> la Corte ha precisato che eventuali ostacoli tecnici derivanti da norme nazionali possono essere tollerati solo se mirano a soddisfare esigenze imperative di interesse generale. Tale categoria ha origine prettamente giurisprudenziale e si caratterizza per confini non tassativamente definiti<sup>1110</sup>, che includono fra l'altro la tutela dei consumatori, la protezione dell'ambiente, la lealtà delle transazioni commerciali, la sicurezza stradale, le condizioni di lavoro, le peculiarità nazionali o locali, la tutela dei diritti fondamentali<sup>1111</sup>.

Come noto, così come avviene per le deroghe ai Trattati, gli Stati possono fruttuosamente invocare esigenze imperative di interesse generale solo a condizione che la limitazione alle libertà di circolazione sia motivata da uno scopo di interesse generale e sia confinata a quanto strettamente necessario per conseguire l'obiettivo di tutela prefissato, in assenza di alternative di minor impatto e di analoga efficacia<sup>1112</sup>.

Secondo la dottrina, inoltre, le singole esigenze imperative rimandano ad un criterio di ragionevolezza, che suggerisce di accordare prevalenza ad attese di protezione preminenti, anche sacrificando l'applicazione del diritto dell'Unione, pur in via eccezionale<sup>1113</sup>. Nella giurisprudenza della Corte ciò si traduce in una approfondita valutazione della proporzionalità delle misure nazionali rispetto all'obiettivo perseguito, il che implica un giudizio sull'adeguatezza del regime interno e sulla sua necessità<sup>1114</sup>.

<sup>1109</sup> Cfr. la sentenza del 20 febbraio 1979, *Rewe-Zentral (Cassis de Dijon)*, cit.

<sup>1110</sup> Il fatto che la Corte di giustizia abbia ritenuto di fissare i principali limiti all'obbligo di riconoscere l'altrui legislazione in una elencazione non scritta e non tassativa di interessi aventi rilevanza pubblica è stato considerato dalla dottrina una prova del rispetto dell'ordinamento dell'Unione per le responsabilità incombenti in capo agli Stati in materia. Cfr. M. MÖSTL, *Pre-conditions and limits*, cit., p. 411. Nel caso in cui, peraltro, si tratti di situazioni meramente interne, l'autonomia regolamentare degli Stati rimane inalterata: cfr. l'ordinanza della Corte di giustizia del 19 giugno 2008, causa C-104/08, *Kurt*, in *Racc.* p. I-97.

<sup>1111</sup> Cfr., fra le altre, le sentenze 20 settembre 1988, causa C-302/86, *Commissione c. Danimarca*, in *Racc.* p. I-4607; 23 novembre 1989, causa 145/88, *Torfaen Borough Council*, in *Racc.* p. 3851. Il catalogo aperto delle esigenze imperative ha via via conosciuto alcune integrazioni, come nel caso del pluralismo dei mezzi di informazione, con la sentenza 26 giugno 1997, causa C-368/95, *Familiapress*, in *Racc.* p. I-3689.

<sup>1112</sup> Cfr. la sentenza 2 dicembre 2010, causa C-108/09, *Ker-Optika*, in *Racc.* p. I-12213.

<sup>1113</sup> Cfr. G. TESAURO, *La ragionevolezza nella giurisprudenza comunitaria*, Napoli, 2012.

<sup>1114</sup> Viene peraltro evidenziato come tale verifica riguardi un limite intrinseco all'art. 34 TFUE ed alla nozione di misura ad effetto equivalente, secondo dunque uno schema differen-



In particolare, una visione di insieme della giurisprudenza di Lussemburgo consente di evidenziare un approccio spesso pragmatico e rigoroso da parte della Corte. Essa infatti costruisce il proprio orientamento tenendo in debita considerazione le peculiarità che contraddistinguono il singolo Stato membro, così come le risultanze derivanti da studi scientifici o dal bilanciamento degli interessi sottoposti al suo apprezzamento<sup>1115</sup>. Ciò vale soprattutto per la tutela della salute, dell'ambiente e dei consumatori, tre fra le esigenze imperative più frequentemente invocate dagli Stati membri.

Quanto alla tutela dei consumatori, ad esempio, il Collegio fa usualmente ricorso al parametro del cittadino medio, che sia ordinariamente informato ed animato da capacità di osservazione e di critica<sup>1116</sup>. Questo modello viene rapportato alle differenze sociali, culturali e linguistiche, così come alle diverse abitudini di consumo, fattori che possono influenzare la percezione di un prodotto o servizio sul mercato. La Corte si è peraltro spesso dimostrata scettica nel valutare il richiamo a questa esigenza imperativa da parte degli Stati, mentre un approccio di maggiore prudenza caratterizza le giustificazioni riguardanti la protezione della salute. Il Giudice dell'Unione ha infatti sottolineato come la tutela della salute e della vita umana rappresentino due cardini dell'impianto dei Trattati<sup>1117</sup>, con la conseguenza che le eventuali istanze di maggior tutela espresse a livello nazionale, se supportate da basi scientifiche e tecniche, possono motivare un più esteso spazio discrezionale in favore degli Stati.

In questo quadro, se la giurisprudenza appare ormai consolidata, quanto meno nei suoi lineamenti complessivi, la varietà e delicatezza delle esigenze imperative e la frammentazione degli ordinamenti nazionali nei settori non interessati da disciplina di armonizzazione interrogano sulla possibilità per gli Stati di negare il riconoscimento di norme straniere che proteggano in misura deteriore un determinato interesse. Sul punto, la Commissione europea ha avuto modo di evidenziare come gli Stati, lungi dall'essere vincolati ad un dovere assoluto, mantengano un pur rigoroso margine di discrezionalità nell'attuazione del mutuo riconoscimento. Tale flessibilità si potrebbe tradurre nella facoltà di richiedere che le norme di un altro Stato membro tutelino in grado equivalente gli interessi perseguiti dall'ordinamento interno, purché quest'ultimo li protegga in maniera ragionevole e soddisfacente<sup>1118</sup>.

te rispetto alle deroghe formalizzate all'art. 36 TFUE. Cfr. G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, cit., p. 411.

<sup>1115</sup> V. in questo senso C. BARNARD, *The substantive law*, cit., p. 123.

<sup>1116</sup> V. ad esempio la sentenza del 6 luglio 1995, causa C-470/93, *Mars*, in *Racc.* p. I-1923. Talvolta, alla luce delle peculiarità del bene considerato, la Corte opta per un giudizio maggiormente rigoroso, incentrato sulla figura del consumatore vulnerabile: sentenza del 16 maggio 1989, causa 382/87, *Buet e Educational Business Services*, in *Racc.* p. 1235.

<sup>1117</sup> Cfr. la sentenza del 19 maggio 2009, cause riunite C-171/07 e C-172/07, *Apothekerkammer des Saarlandes*, in *Racc.* p. I-4171.

<sup>1118</sup> V. ad esempio la comunicazione della Commissione COM(1999) 299 def., del 16 giu-

Questa puntualizzazione ha dato origine ad un acceso confronto sull'opportunità di subordinare il mutuo riconoscimento ad una valutazione circa l'equivalenza dei livelli di protezione assicurati in sede nazionale. Il dibattito non è privo di riflessi pratici, poiché ad un giudizio positivo sulla comparabilità dei regimi nazionali conseguirebbe l'automatica applicazione del principio. L'equivalenza, in questa ottica, rappresenterebbe secondo alcuni una *conditio sine qua non* del reciproco riconoscimento, capace di imporre un limite di fondo all'istituto, che non potrebbe comportare la violazione di una soglia minima della scala di valori sostenuti a livello nazionale<sup>1119</sup>.

A ben vedere, nondimeno, il legislatore dell'Unione in rari casi espressamente utilizza o richiama questa formula, ad esempio nel campo dei presupposti per il riconoscimento dei titoli professionali o di studio. Parimenti, la giurisprudenza non sempre ricollega la portata del principio ad un simile test di comparabilità o, quanto meno, vi ricorre in maniera alquanto flessibile<sup>1120</sup>. In alcune occasioni, invero, la Corte ha negato l'operatività del mutuo riconoscimento nonostante la sostanziale equivalenza delle normative interne considerate<sup>1121</sup> o, specularmente, ha applicato l'istituto in assenza di tale condizione<sup>1122</sup>. Ciò anche alla luce del fatto che l'applicazione *tout court* di un simile criterio determinerebbe il rischio di grave *vulnus* all'uniformità e coerenza del diritto dell'Unione, con derive difficilmente arginabili laddove gli Stati potessero in via autonoma fissare l'asticella del grado di tutela considerato appropriato<sup>1123</sup>.

gno 1999, sul reciproco riconoscimento nel quadro del follow-up del piano d'azione per il mercato interno. V. inoltre la comunicazione della Commissione europea COM(2002) 419, del 23 luglio 2002, recante il secondo rapporto biennale sull'applicazione del mutuo riconoscimento nel mercato interno.

<sup>1119</sup> V. A. MATTERA, *La reconnaissance mutuelle*, cit., pp. 411-412. V. altresì A. BERNEL, *Le principe d'équivalence ou de reconnaissance mutuelle en droit communautaire*, Zurigo, 1996.

<sup>1120</sup> Cfr. A. MATTERA, *Les principes de proportionnalité et de la reconnaissance mutuelle dans la jurisprudence de la Cour en matière de libre circulation des personnes et des services: de l'arrêt Thieffry aux arrêts Vlassopoulou, Mediawet e Dennemeyer*, in *Revue du marché commun européen*, 1992, p. 200.

<sup>1121</sup> Basti pensare al caso *Liga Portuguesa*, in cui la Corte ha ritenuto che la proposta di scommesse sportive *on-line*, sebbene prestata nel rispetto della disciplina di uno Stato membro, non assicura necessariamente adeguata protezione del consumatore di un altro Stati membri da frodi o delitti. Sentenza dell'8 settembre 2009, causa C-42/07, *Liga Portuguesa*, in *Racc.* p. I-7633.

<sup>1122</sup> V., in tema di qualifiche professionali, la sentenza del 25 luglio 1991, causa C-76/90, *Säger*, in *Racc.* p. I-4221. In materia alimentare, una eventuale differenza di valori nutrizionali tra due beni potrebbe costituire un indizio di una differente cura per la tutela della salute, ma non viene considerata idonea ad arrecare effettivo *vulnus* a tale interesse fondamentale, così aprendo la strada al riconoscimento dell'altrui legislazione. V. in questo senso, fra le altre, la sentenza del 2 febbraio 1989, causa 274/87, *Commissione c. Germania*, in *Racc.* p. 229.

<sup>1123</sup> Si riscontra sotto questo profilo una sostanziale coerenza di orientamento giurisprudenziale rispetto al tema dei diversi livelli di protezione dei diritti fondamentali tra UE e Stati membri, di cui alle pronunce *Melloni* e *Fransson*, sulle quali v. *infra* il Cap. V, par. 3.4.

In definitiva, il mutuo riconoscimento nell'ambito del mercato interno non si esaurisce in un mero giudizio di equivalenza: quest'ultimo ne costituisce un aspetto talora importante, ma nel contesto di una valutazione più articolata e complessiva sulla proporzionalità delle misure nazionali che perseguono un'esigenza imperativa di interesse generale.

### 3. Mutuo riconoscimento e reciproco riconoscimento: le specificità dell'istituto nella cooperazione in materia penale

#### 3.1. *L'applicazione del reciproco riconoscimento alla cooperazione in materia penale*

Come in parte avvenuto per il mercato interno, l'applicazione del reciproco riconoscimento alla cooperazione in materia penale trae origine dalle difficoltà incontrate nel conseguire, attraverso l'attività legislativa, gli obiettivi prefissati dai Trattati per il terzo pilastro<sup>1124</sup>. Le peculiarità che caratterizzavano l'originaria conformazione istituzionale di questo settore<sup>1125</sup>, difatti, rappresentavano un freno all'adozione di norme di ravvicinamento, alle quali gli Stati dimostrarono di preferire l'adozione di convenzioni, secondo un modello marcatamente intergovernativo<sup>1126</sup>.

La frammentazione degli ordinamenti nazionali e le forti resistenze all'adozione di norme penali a livello europeo rendevano dunque difficilmente praticabile un percorso legislativo analogo a quello realizzato per il mercato interno. Al contempo, l'esigenza di incentivare la cooperazione fra autorità penali statali imponeva di individuare una soluzione per contrastare il rafforzamento della criminalità su scala sovranazionale. Allo scopo di superare l'*impasse*, il governo britannico, in occasione del Consiglio europeo di Cardiff del 1998, propose l'estensione del tradizionale principio del mutuo riconoscimento al terzo pilastro: alimentata dalla fiducia reciproca fra gli Stati, la cooperazione in materia penale ne avrebbe tratto nuova linfa, senza incidere negativamente sui sistemi nazionali o soffocare le peculiarità e priorità cristallizzate negli ordinamenti interni<sup>1127</sup>.

<sup>1124</sup> Sostiene questa argomentazione anche chi ha in origine analizzato sotto luce critica le prime esperienze normative in materia: S. PEERS, *Mutual recognition and criminal law in the European Union: has the Council got it wrong?*, in *Common Market Law Review*, 2004, p. 18.

<sup>1125</sup> V. *ante*, Cap. I, par. 3.

<sup>1126</sup> Per un'analisi delle varie stagioni normative nel campo della cooperazione penale v. V. MITSILEGAS, *The third wave of third pillar law: which direction for EU criminal justice?*, in *European Law Review*, 2009, p. 523.

<sup>1127</sup> C. VAN DEN WYINGAERT, G. STESENS, *Mutual legal assistance in criminal matters in the European Union*, in C. FIJNAUT (a cura di), *Changes in society, crime and criminal justice in Europe: a challenge for criminological education and research*, Anversa, 1996, p. 137.

La proposta ottenne riscontri considerevoli, tanto che, nel programma quinquennale di Tampere del 1999<sup>1128</sup>, il Consiglio europeo individuò nel reciproco riconoscimento il fulcro della cooperazione giudiziaria civile e penale, assumendo il conseguente impegno di incentivarne l'applicazione. In attuazione di tale piano, nel 2001 il Consiglio prospettò un programma di 24 misure tese a consentire il riconoscimento e l'efficacia dei provvedimenti giurisdizionali stranieri negli ordinamenti di ciascuno Stato membro<sup>1129</sup>.

Ad una visione di insieme, dunque, l'odierna consacrazione del principio all'art. 82 TFUE ha di fatto tradotto in norme primarie l'approccio politico e la prassi normativa seguite negli ultimi decenni dalle istituzioni europee e, a livello operativo, dalle autorità giudiziarie nazionali. Peraltro, lo scarto terminologico tra l'espressione *mutuo riconoscimento*, utilizzata nell'ambito del mercato interno, e la formula *reciproco riconoscimento*, in uso per la cooperazione giudiziaria, dimostra anche a prima vista la sussistenza di talune differenze fra le due declinazioni del principio. Differenze che in massima parte dipendono dalle peculiarità della cooperazione in materia penale rispetto al settore delle libertà fondamentali e che devono essere opportunamente inquadrate, al fine di identificare i limiti del principio nel Titolo V TFUE.

### *3.2. Mutuo riconoscimento e reciproco riconoscimento nella cooperazione in materia penale: peculiarità e differenze*

Il mutuo riconoscimento, nelle due declinazioni in esame, evoca il mito del giano bifronte, figura divina dai due volti, simbolo della sua capacità di custodire il presente ed il passato, l'entrata e l'uscita, l'inizio e la fine. Rivolte in direzioni opposte, le facce del dio latino assicuravano la protezione dei fedeli che gli si affidavano. Similmente, mutuo e reciproco riconoscimento sono accomunati dall'esigenza di tutela ad essi sottesa e dagli obiettivi ai quali tendono. Entrambi infatti sono preposti ad assicurare che le autorità nazionali, pur in ambiti differenti, cooperino in misura crescente, a beneficio dell'ordinamento dell'Unione. Inoltre, entrambi garantiscono una maggiore flessibilità del processo di integrazione e scongiurano un intervento armonizzatore incondizionato da parte del legislatore europeo.

<sup>1128</sup> V. le conclusioni del Consiglio europeo di Tampere del 15 e 16 dicembre 1999, consultabili al sito internet [http://www.europarl.europa.eu/summits/tam\\_it.htm](http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_it.htm) (13 luglio 2014).

<sup>1129</sup> Cfr. il programma di misure per l'attuazione del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni penali, in GU C 12, del 15 gennaio 2001, p. 10. Nella medesima prospettiva, nel successivo programma dell'Aia del 2004 l'istituto fu nuovamente confermato al centro dello sviluppo della cooperazione penale, mentre il più recente programma di Stoccolma del 2009 ha posto l'attenzione su un presupposto essenziale della cooperazione giudiziaria e del reciproco riconoscimento in particolare: il rafforzamento della fiducia fra le autorità interne. V. rispettivamente le conclusioni del Consiglio europeo del 4 e 5 novembre 2004 e le conclusioni del Consiglio europeo del 10 e 11 dicembre 2009.

Eppure, le due sfaccettature dell'istituto si caratterizzano per un'impostazione di fondo almeno in parte differente. Da un lato, il mutuo riconoscimento consente al singolo di beneficiare degli standard tecnici e normativi nazionali, senza dover necessariamente adeguare la propria attività economica ai criteri previsti dalle norme degli altri Stati membri. Pertanto, in sostanza, il mutuo riconoscimento agevola l'esercizio delle libertà fondamentali. Dall'altro lato, il reciproco riconoscimento si inserisce in un contesto nel quale le politiche europee tendono a contrastare gli effetti collaterali delle libertà di circolazione, con particolare riguardo per la mobilità crescente delle realtà criminali. La circolazione dei provvedimenti giurisdizionali diviene dunque in via principale – pur con limitate eccezioni<sup>1130</sup> – non un fattore di impulso alle garanzie dell'individuo, bensì uno strumento funzionale a dare attuazione a misure che non di rado hanno contenuto coercitivo e dunque intendono limitare la libertà individuale, in luogo di alimentarla<sup>1131</sup>.

Da questo divario strutturale derivano alcune conseguenze significative, le quali in via generale rimandano al fatto che, mentre il singolo non è tenuto a giustificare l'esercizio delle libertà riconosciutegli, lo Stato è invece chiamato a circondare di cautele, limiti, motivazioni e condizioni maggiormente rigorose le restrizioni – pur minime – a tali libertà, *a fortiori* laddove esse promanino da decisioni emesse da autorità straniera. Se nel mercato interno sono i limiti al mutuo riconoscimento a dover trovare una puntuale giustificazione, il reciproco riconoscimento sollecita per sua natura l'apposizione di limiti all'azione dello Stato, nonché, in senso positivo, la previsione di adeguate garanzie in favore della persona sottoposta a misure ablativo o restrittive<sup>1132</sup>.

<sup>1130</sup> Il riferimento elettivo è alla direttiva 2011/99/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011, relativa all'ordine di protezione europeo, in GU L 338, del 21 dicembre 2011, p. 2.

<sup>1131</sup> Nel complesso degli atti adottati dal legislatore europeo si segnalano anche strumenti che a prima vista paiono muovere in una direzione opposta a quella indicata. Basti pensare alla decisione quadro 2008/947/GAI del Consiglio, del 27 novembre 2008, relativa all'applicazione del reciproco riconoscimento alle sentenze e alle decisioni di sospensione condizionale in vista della sorveglianza delle misure di sospensione condizionale e delle sanzioni sostitutive, in GU L 337, del 16 dicembre 2008, p. 102. Le norme in questione, finalizzate ad assicurare la circolazione e l'esecuzione di provvedimenti giudiziari volti a scongiurare l'avvio dell'esperienza carceraria in séguito ad una condanna penale, non sono nella presente analisi considerate fattori propulsivi delle garanzie dell'individuo, bensì elementi fisiologici di un sistema coercitivo di repressione del crimine, dotati di misure incisività rispetto ad ulteriori tipologie di misure, ma pur sempre espressione della pretesa punitiva di uno Stato. Ciò vale *a fortiori* per la decisione quadro 2009/829/GAI del Consiglio, del 23 ottobre 2009, sull'applicazione tra gli Stati membri del principio del reciproco riconoscimento alle decisioni sulle misure alternative alla detenzione cautelare, in GU L 294, dell'11 novembre 2009, p. 20.

<sup>1132</sup> Anche in ragione di questo evidente scarto, è stato talora evidenziato in sede giurisprudenziale come non possa essere operata un'equazione tra mutuo e reciproco riconoscimento. V. in questo senso, ad esempio, il punto 28 delle conclusioni dell'avvocato generale Mengozzi, del 20 marzo 2012, nella causa C-42/11, *Lopes da Silva*, punto 28: «Nel settore co-

Ciò si riflette sul rapporto tra attività legislativa e dovere di riconoscimento. Nel caso del mercato unico, il secondo prescinde di regola dalla prima e, anzi, l'assenza di una disciplina di armonizzazione piena è uno dei presupposti per l'applicazione dell'istituto. Ciò deriva anche dal fatto che il principio discende dalle norme del Trattato sulle libertà fondamentali e gode in particolare di effetto diretto, vincolando le autorità interne senza necessità di specificazioni mediante l'adozione di norme derivate. Questa considerazione comporta inoltre che gli eventuali limiti all'istituto non impongono una previa cristallizzazione per via normativa: piuttosto, il bilanciamento tra mutuo riconoscimento ed interessi statali ricondotti alla categoria delle esigenze imperative può essere operato in sede giurisprudenziale.

Nella cooperazione in materia penale, invece, come d'altra parte conferma il disposto dell'art. 82, par. 1, o dell'art. 67, par. 3, TFUE, il diritto primario si limita a prefigurare l'obiettivo di rafforzare il reciproco riconoscimento, senza generare *ex se* obblighi immediati. Ne consegue che, anche in ragione dei suoi effetti extraterritoriali sulla sfera individuale<sup>1133</sup>, l'istituto necessita in molte occasioni di espressa codificazione attraverso atti di diritto secondario, che stabiliscano con maggiore puntualità le sue condizioni operative ed i suoi limiti, unitamente alle garanzie accordate al soggetto coinvolto.

Il paradigma avvalorato in linea generale nel mercato interno appare insufficiente nel campo della cooperazione giudiziaria attiva, laddove cioè ad un'autorità nazionale sia richiesto di dare esecuzione ad un provvedimento giurisdizionale formato all'estero, secondo i canoni normativi dello Stato di emissione e con possibili conseguenze negative per il soggetto interessato. In simili situazioni, l'astratto richiamo alla fiducia reciproca quale motore della cooperazione pone certamente le basi del reciproco riconoscimento<sup>1134</sup>, ma

perto da detta decisione quadro, e più in generale nel settore della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale, non è concepibile applicare il principio del riconoscimento reciproco, che è al centro del meccanismo del mandato d'arresto europeo, alla stessa stregua del riconoscimento di un diploma universitario o della patente di guida rilasciati da un altro Stato membro. Né si può pensare che gli Stati membri contribuiscano alla creazione di uno spazio di libertà, di sicurezza e di giustizia che avrebbe la conseguenza di trascurare i diritti fondamentali delle persone il cui comportamento ha potuto costituire una minaccia per la libertà, la sicurezza o la giustizia».

<sup>1133</sup> La possibilità per provvedimenti giurisdizionali di esercitare di fatto effetti extraterritoriali, così modellando la sovranità penale degli Stati membri, ha condotto la dottrina a prospettare una «*reinvention of paradigms*» della cooperazione giudiziaria e del principio di territorialità nel suo complesso. Cfr. F. TULKENS, *La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales. Enjeux et perspectives*, in G. DE KERCHOVE, A. WEYEMBERGH (a cura di), *La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l'Union européenne*, Bruxelles, 2001, p. 166.

<sup>1134</sup> Sull'insufficienza del paradigma della fiducia reciproca v, fra gli altri, P. ASP, *Mutual recognition and the development of criminal law cooperation within the EU*, in H. STRANDBAKKEN (a cura di), *Harmonization of criminal law in Europe*, Anversa, 2005, p. 23; M. FICHE-

l'adozione di norme derivate appare essenziale al rafforzamento dell'istituto, a pena di trincerarsi entro forme di cooperazione deboli e costellate di eccezioni e limiti<sup>1135</sup>. L'intervento legislativo, invero, permette di orientare l'applicazione del reciproco riconoscimento alle caratteristiche del singolo provvedimento del quale si chiedi l'esecuzione, nonché di circoscrivere l'operato dello Stato, scongiurando eccessive o indebite ingerenze sulla libertà personale o su ulteriori diritti fondamentali.

È pur vero, d'altra parte, che gli Stati membri sono ormai vincolati al rispetto di un numero crescente di garanzie di origine sovranazionale, che, anche alla luce della CEDU e della giurisprudenza che la interpreta ed attualizza, appaiono viepiù idonee a corredare di adeguate tutele l'operato della pubblica autorità. Questo fattore, fra altri, ha talora condotto la Corte di giustizia a rifuggere in linea di principio un chiaro legame tra armonizzazione e reciproco riconoscimento ed a ritenere che la cooperazione giudiziaria possa trovare fondamento sul solo presupposto della fiducia tra le autorità giurisdizionali coinvolte. Detto approccio, tuttavia, come si avrà modo di considerare più diffusamente<sup>1136</sup>, è stato elaborato con successo esclusivamente nell'ambito del *ne bis in idem* sovranazionale, istituto oggi cristallizzato all'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE. L'eccezione in esame, di fatto isolata, trae origine anzitutto dalla circostanza che il principio opera *pro reo*: esso è cioè un aspetto essenziale del patrimonio di garanzie processuali inamovibili dell'imputato e merita dunque il più ampio campo operativo possibile. Inoltre, l'esigenza di individuare la giurisdizione competente a perseguire un determinato reato che evidenzia elementi di collegamento con più Stati, scongiurando così duplici procedimenti o sanzioni nei confronti della medesima persona, comporta un'analisi approfondita delle rispettive norme processuali interne, destinata a ricostruire la loro portata ed a verificare la capacità di esaurire l'esercizio dell'azione penale e pervenire ad una valutazione sulla responsabilità personale. L'approccio logico ed argomentativo che contraddistingue lo scrutinio sul divieto di doppio giudizio è dunque passivo, giacché l'autorità nazionale è chiamata ad astenersi dall'esercitare la propria potestà, nella misura in cui i fatti siano già stati oggetto di vaglio e valutazione giurisdizionale, nel rispetto delle garanzie processuali fondamentali.

RA, *The European arrest warrant and the sovereign State: a marriage of convenience?*, in *European Law Journal*, 2009, p. 264.

<sup>1135</sup> In dottrina è stato evidenziato come, sebbene non manifestamente richiesta dalla Corte ai fini dell'operatività del reciproco riconoscimento, di fatto l'armonizzazione minima degli ordinamenti nazionali appaia decisiva, poiché in caso contrario ogni Stato trarrebbe incentivi e possibilità di subordinare ogni sforzo cooperativo all'equivalenza della normativa straniera con gli standard dell'ordinamento interno. V. in questo senso L. MARIN, *The European arrest warrant and domestic legal orders. Tensions between mutual recognition and fundamental rights: the Italian case*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2008, p. 473.

<sup>1136</sup> V. *infra*, nel presente Capitolo, par. 5.2.4.

Se dunque l'obbligo di riconoscimento che scaturisce dal Trattato fonda la mobilità *tout court* degli standard tecnici nel campo del mercato interno, per la cooperazione in materia penale, con la rilevante eccezione del principio del *ne bis in idem*, la preconditione di un pur circoscritto livello di previa armonizzazione mira ad evitare che il reciproco riconoscimento si risolva in ciò che la dottrina ha definito «*a journey into the unknown*»<sup>1137</sup>.

I differenti beni giuridici che mutuo e reciproco riconoscimento presidiano determinano ulteriori peculiarità. Nel mercato interno, infatti, il riconoscimento delle norme tecniche straniere mira ad incentivare l'efficienza e la flessibilità delle dinamiche economiche e genera altresì concorrenza tra le differenti regolamentazioni nazionali. La cooperazione in materia penale, al contrario, poggia sul necessario presupposto della certezza del diritto e del rispetto del principio di legalità, esigenze prioritarie in rapporto alla fluidità dei meccanismi di collaborazione fra autorità giudiziarie.

Si registra inoltre uno scarto rispetto all'oggetto dell'obbligo di riconoscimento, poiché nel primo caso esso investe norme straniere, mentre nella cooperazione penale interessa provvedimenti giurisdizionali specifici, frutto di un sostrato giuridico positivo che viene pertanto valutato solo indirettamente.

Dal punto di vista operativo, infine, il mutuo riconoscimento non implica di regola lo svolgimento di particolari attività da parte dell'autorità dello Stato di destinazione, mentre le decisioni giurisdizionali penali per le quali si chiede il riconoscimento impongono usualmente che l'autorità nazionale si attivi per eseguirli, a meno che non si rilevino cause ostative. Questa circostanza, unita alla peculiare delicatezza dei provvedimenti in questione e dei loro effetti, comporta la possibilità ed opportunità per lo Stato di esecuzione di operare un controllo più approfondito e puntuale sui fondamenti sostanziali, i crismi formali e le ricadute sull'attività giurisdizionale straniera.

#### **4. L'approccio del legislatore europeo e della Corte di giustizia al reciproco riconoscimento in materia penale: la ricerca di automatismo e rapidità, tra fiducia reciproca ed effettività dei meccanismi di cooperazione**

Sin dalle prime esperienze in materia, l'impulso al rafforzamento della cooperazione giudiziaria è provenuto dalla consapevolezza di dover reagire alla considerevole capacità di diffusione e radicamento transfrontaliero della criminalità. Il contrasto ai fenomeni delittuosi di rilevanza europea, in particolare, richiedeva l'ideazione e la messa in atto di meccanismi di collaborazione ispirati, per quanto possibile, a rapidità, automaticità ed efficacia. La valorizzazione del reciproco riconoscimento, tanto in sede normativa quanto

<sup>1137</sup> Cfr. V. MITSILEGAS, *The constitutional implications of mutual recognition in criminal matters*, in *Common Market Law Review*, 2006, p. 1257.



a livello giurisprudenziale, deve essere letta in questa ottica, in quanto capace di assicurare crescente flessibilità alla cooperazione tra autorità statali.

Quale strumento essenziale al conseguimento degli obiettivi posti dal Titolo V TFUE, il reciproco riconoscimento è stato eretto su due pilastri, entrambi orientati all'esigenza di un celere potenziamento della cooperazione giudiziaria: la fiducia reciproca ed il principio di effettività del diritto dell'Unione europea.

In misura differente e con vicende alterne, questi due pilastri – non di rado strettamente interconnessi – costituiscono la struttura portante sulla quale il reciproco riconoscimento è stato modellato tanto in sede normativa quanto nell'attività interpretativa della Corte di giustizia. Appare dunque opportuno soffermare brevemente l'analisi sull'approccio che il legislatore ed il Giudice dell'Unione hanno seguito rispetto a questi due fattori di impulso ed approfondimento dei meccanismi di cooperazione penale, per poi affrontare in un secondo momento i limiti che le norme UE e la giurisprudenza consentono di evidenziare.

Occorrerà tenere a mente la richiamata *summa divisio* tra il reciproco riconoscimento alimentato per via legislativa, mediante l'adozione di decisioni quadro e direttive di ravvicinamento degli ordinamenti nazionali, in ossequio al disposto dell'art. 82 TFUE, e la lettura prettamente giurisprudenziale del principio, la cui compiuta declinazione riguarda il divieto di doppio giudizio *ex art. 54* della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen ed art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE. In quest'ultimo caso, infatti, l'edificio del reciproco riconoscimento poggia in via pressoché esclusiva sull'assunto della fiducia reciproca, mentre l'effettività del diritto UE ha dimostrato di esercitare un impatto meno significativo, principalmente a causa della centralità del diritto processuale nazionale interessato rispetto alle norme UE<sup>1138</sup>.

#### *4.1. L'impulso al reciproco riconoscimento per via normativa: il ruolo dello Stato emittente e dello Stato di esecuzione*

In linea generale, l'approccio del legislatore europeo al reciproco riconoscimento rivela la volontà di assicurare nella più ampia misura possibile il carattere automatico e la celerità delle procedure di cooperazione tra autorità omologhe, a vantaggio dell'effettività del diritto UE. La portata tendenzialmente automatica del riconoscimento dei provvedimenti giurisdizionali stranieri e delle procedure che conducono a tale esito rappresenta in effetti il principale precipitato normativo della fiducia reciproca tra gli Stati membri, presupposto fondativo della cooperazione giudiziaria nell'UE che il legislatore

<sup>1138</sup> Cfr. sin d'ora B. VAN BOCKEL, *The ne bis in idem principle in EU law*, Amsterdam, 2010.

re sovranazionale usualmente non cristallizza in una norma a contenuto pre-cettivo, ma si limita ad enunciare nelle motivazioni degli atti<sup>1139</sup>.

La tendenziale traduzione della fiducia reciproca in dato positivo e la ricerca di crescente automatismo si riverberano in una serie di opzioni e clausole normative di varia natura e portata, le quali spesso corredano le fonti che applicano il reciproco riconoscimento a singole tipologie di provvedimenti giurisdizionali.

Anzitutto, questo approccio si riflette nel ruolo affidato alle autorità dello Stato emittente e dello Stato di esecuzione. Tutti gli atti UE tesi ad attuare l'istituto in esame nel campo della cooperazione penale ruotano invero attorno ad un perno centrale: il duplice obbligo in capo allo Stato richiesto di riconoscere e successivamente eseguire il provvedimento giurisdizionale emesso dall'autorità di un altro Stato membro<sup>1140</sup>. Tale "clausola aurea" si ritrova nella maggior parte delle fonti UE in materia<sup>1141</sup> e suggerisce la portata fortemente incisiva del dovere del quale è gravato lo Stato cui sia indirizzata una richiesta di cooperazione. In via di principio, in assenza di cause ostative o ragioni che giustificino un diniego dell'esecuzione, le autorità nazionali sono tenute a dare séguito al provvedimento emesso all'estero, in maniera automatica e, soprattutto, senza dover rispettare formalità aggiuntive<sup>1142</sup>. Esse inoltre sono

<sup>1139</sup> V., fra i molti esempi, da ultimo, il considerando n. 19 della direttiva 2014/41/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 3 aprile 2014, relativa all'ordine europeo di indagine penale, in GU L 130, del 1° maggio 2014, p. 1.

<sup>1140</sup> Altro discorso vale per gli atti che solo in maniera indiretta coinvolgono il reciproco riconoscimento. Basti pensare alla decisione quadro del Consiglio 2009/299/GAI, del 26 febbraio 2009, che modifica le decisioni quadro 2002/584/GAI, 2005/214/GAI, 2006/783/GAI, 2008/909/GAI e 2008/947/GAI, rafforzando i diritti processuali delle persone e promuovendo l'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle decisioni pronunciate in assenza dell'interessato al processo, in GU L 81, del 27 marzo 2009, p. 24. Come si evince dal titolo della decisione quadro stessa, l'atto mira a promuovere l'applicazione del reciproco riconoscimento, nello specifico caso dei provvedimenti emessi in assenza del soggetto interessato, ma non prevede di per sé un obbligo stringente di riconoscere ed eseguire il provvedimento straniero, se non nelle indicazioni generali desumibili dal considerando n. 10.

<sup>1141</sup> Una serie limitata di fonti, tuttavia, ricorre ad una formula differente e più sfumata che potrebbe suggerire un certo grado di discrezionalità in favore dell'autorità richiedente dell'esecuzione di una decisione giurisdizionale. Si tratta nondimeno di una scelta stilistica ed espressiva che in nulla mitiga la portata automatica dell'obbligo di cooperazione. Basti pensare all'articolo 12 della decisione quadro del Consiglio 2009/829/GAI, del 23 ottobre 2009, sull'applicazione tra gli Stati membri dell'unione europea del principio del reciproco riconoscimento alle decisioni sulle misure alternative alla detenzione cautelare, in GU L 294, dell'11 novembre 2009, p. 25, che è rubricato «decisione nello Stato di esecuzione». Lo stesso si dica per l'art. 9 della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011, sull'ordine di protezione europeo, in GU L 338, del 21 dicembre 2011, p. 2, il cui titolo recita «misure dello Stato di esecuzione».

<sup>1142</sup> Basti pensare all'art. 9 della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, del 3 aprile 2014, relativa all'ordine europeo di indagine penale, in GU L 130, del 1° maggio 2014, p. 1, a mente del quale lo Stato di esecuzione deve intervenire nel rispetto delle previsioni del-

chiamate a porre in essere tutte le misure e le condotte necessarie a garantire che l'obbligo di cooperazione sia ottemperato con diligenza, efficacia e rapidità.

Questa impostazione implica una forte assunzione di responsabilità da parte dell'autorità emittente, sia sull'opportunità di formulare la richiesta di cooperazione, sia in ordine alla valutazione delle eventuali condizioni che possano ostacolare l'attuazione della decisione giurisdizionale. Invero, una volta trasmesso il provvedimento, lo Stato richiesto, fatte salve le verifiche preliminari sulla sussistenza di eventuali cause di non esecuzione disciplinate nell'atto UE di riferimento, dovrebbe darvi séguito osservandone strettamente il contenuto.

La centralità del ruolo dello Stato emittente è poi rafforzata dal fatto che solo ad esso è consentito un giudizio sull'opportunità sostanziale dell'emissione di una richiesta di cooperazione in una determinata fattispecie. La valutazione sulla rilevanza della questione in relazione alla quale si solleciti il coinvolgimento di un altro Stato membro non è dunque di regola gravata da limiti o condizioni ulteriori.

È d'altra parte opportuno evidenziare come nella prassi recente si sia registrato in alcune occasioni un parziale mutamento di prospettiva, grazie all'introduzione di un obbligo in capo all'autorità emittente di valutare in via preliminare la necessità e proporzionalità della richiesta di cooperazione, onde scongiurare l'attivazione di complessi meccanismi interstatali per questioni di rilevanza bagatellare. Ne costituiva un esempio elettivo la decisione quadro del 2008 sul mandato europeo di ricerca delle prove<sup>1143</sup>, il cui articolo 7, lett. a), subordinava l'emissione del mandato al fatto che «ottenere gli oggetti, i documenti o i dati richiesti [fosse] necessario e proporzionato ai fini dei procedimenti di cui all'articolo 5». Nello stesso solco, la più recente direttiva sull'ordine europeo di indagine penale<sup>1144</sup>, che ha sostituito la citata decisione quadro per gli Stati che ne sono vincolati, prevede all'art. 6, lett. a), che la richiesta di cooperazione debba essere trasmessa solo se «necessaria e proporzionata ai fini del procedimento» e rispettosa dei diritti dell'indagato o imputato. Anche questa clausola normativa, peraltro, è idonea a rinsaldare la preminente posizione dello Stato richiedente, poiché l'autorità di esecuzione potrà difficilmente porre in discussione la valutazione condotta in via preliminare dal proprio omologo straniero<sup>1145</sup>.

la direttiva e senza anteporre all'esecuzione dell'ordine di investigazione alcuna formalità agiuntiva.

<sup>1143</sup> Cfr. la decisione quadro 2008/978/GAI, del Consiglio, del 18 dicembre 2008, relativa al mandato europeo di ricerca delle prove diretto all'acquisizione di oggetti, documenti e dati da utilizzare nei procedimenti penali, in GU L 350, del 30 dicembre 2008, p. 72.

<sup>1144</sup> Cfr. la direttiva 2014/41/UE, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 3 aprile 2014, relativa all'ordine europeo di indagine penale, in GU L 130, del 1° maggio 2014, p. 1.

<sup>1145</sup> D'altra parte, come si avrà modo di considerare, l'autorità dello Stato di esecuzione

Un ulteriore fattore normativo rilevante è rappresentato dalla scelta – molto discussa ed oggetto di accese controversie in sede costituzionale e dinnanzi alla Corte di giustizia – di abolire parzialmente il requisito della doppia incriminazione, tradizionale caposaldo della cooperazione giudiziaria a livello internazionale, in forza del quale eventuali richieste di collaborazione sono accolte solo nella misura in cui gli stessi fatti siano ritenuti penalmente rilevanti anche nell'ordinamento dello Stato di esecuzione<sup>1146</sup>. Questa opzione ha trovato primaria espressione nella decisione quadro sul mandato d'arresto europeo, a conferma del ruolo di rilievo accordato di regola dal legislatore europeo alle autorità dello Stato di emissione.

Un'altra regola aurea dei meccanismi di cooperazione connessi al reciproco riconoscimento comporta che l'attività di esecuzione sia regolata dalle norme dello Stato richiesto<sup>1147</sup>. Questa scelta risponde alla logica esigenza di rispettare la sovranità dello Stato di esecuzione ed il principio di territorialità, ma in tutta evidenza si riflette anche sul più rapido svolgimento delle relative procedure. Ciò si riflette inoltre sul fatto che le autorità richieste godono in via di principio di piena ed esclusiva potestà sia nella conduzione dell'*iter*, sia nella valutazione degli elementi che possano frapporsi al riconoscimento ed all'esecuzione del provvedimento straniero.

L'applicazione del diritto dello Stato di esecuzione comporta peraltro la basilare necessità di adeguare il provvedimento giurisdizionale da eseguire ai canoni dell'ordinamento interno. Ne consegue la possibilità per lo Stato richiesto di adattare detta decisione, nel caso in cui, ad esempio, le misure restrittive irrogate non siano previste nell'ordinamento nazionale o siano ritenute ad esso incompatibili. In simili situazioni, lo Stato di esecuzione è chiamato di regola a modificare per quanto necessario la decisione dell'autorità emittente, ad esempio avendo cura di sostituire l'istituto afflittivo o limitativo della libertà personale con altra misura che le norme interne ricolleghino allo stesso reato<sup>1148</sup>.

conserva margini di valutazione sulla proporzionalità della richiesta di cooperazione, specialmente in rapporto alle eventuali compressioni dei diritti del soggetto coinvolto.

<sup>1146</sup> In termini generali, sui conflitti sorti in materia, v. V. MITSILEGAS, *Constitutional implications*, cit.

<sup>1147</sup> Questa regola si riscontra in tutti gli atti che applicano il reciproco riconoscimento, ora come clausola di portata generale, ora come previsione *ad hoc* rispetto a singole attività delle quali sia investita l'autorità di esecuzione. Nel primo senso v. la decisione quadro sul mandato d'arresto europeo, ad esempio in relazione all'art. 13, in tema di consenso alla consegna, o all'art. 20, sui privilegi e le immunità. Nel secondo caso v. invece l'art. 9, par. 1, della decisione quadro 2005/214/GAI sul riconoscimento delle sanzioni pecuniarie, a mente del quale «Fatti salvi il paragrafo 3 del presente articolo e l'articolo 10, l'esecuzione della decisione è disciplinata dalla legislazione dello Stato di esecuzione analogamente ad una sanzione pecuniaria del medesimo. Le autorità di detto Stato sono le sole competenti per prendere le decisioni concernenti le modalità di esecuzione e per stabilire tutte le misure che ne conseguono, compresi i motivi che pongono fine all'esecuzione».

<sup>1148</sup> L'art. 8 della poc'anzi menzionata decisione quadro sul riconoscimento delle sanzioni

Nondimeno, l'adattamento della decisione giurisdizionale viene spesso orientato verso la scelta di soluzioni il più possibile simili a quelle originariamente decise dall'autorità emittente, la cui volontà dunque influenza l'operato dello Stato di esecuzione<sup>1149</sup>. In senso ulteriore, alcune decisioni quadro impongono altresì che l'autorità emittente manifesti il proprio assenso ad una modifica del provvedimento del quale si richieda il riconoscimento<sup>1150</sup>: una proposta di adattamento che non sia ritenuta accettabile può addirittura legittimare lo Stato di emissione al ritiro del certificato allegato al provvedimento, documento essenziale per il compimento delle procedure nello Stato di esecuzione, o della richiesta di cooperazione *in toto*<sup>1151</sup>. In ogni caso, infine, il principio di legalità impone che tali operazioni non determinino un trattamento peggiore a danno del soggetto coinvolto<sup>1152</sup> e che non vengano violati i limiti edittali previsti nella disciplina nazionale<sup>1153</sup>.

La regola per la quale l'attività di esecuzione segue il regime previsto dall'ordinamento dello Stato richiesto trova peraltro alcune eccezioni non se-

pecuniarie dispone che «Ove risulti che la decisione si riferisce ad atti non compiuti nel territorio dello Stato della decisione, lo Stato di esecuzione può decidere di ridurre l'importo della sanzione inflitta all'importo massimo previsto per atti dello stesso tipo ai sensi della legislazione nazionale dello Stato di esecuzione allorché gli atti rientrano nella competenza di quest'ultimo». Una previsione di analoga natura si ritrova all'art. 13 della decisione quadro 2009/829/GAI sull'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle decisioni sulle misure alternative alla detenzione cautelare, con riferimento alle misure eventualmente non previste nell'ordinamento dello Stato di esecuzione.

<sup>1149</sup> L'art. 9, par. 2, della direttiva 2011/99/UE sull'ordine di protezione europeo invita le autorità di esecuzione a adottare una misura «quanto più possibile» corrispondente a quella disposta nello Stato emittente.

<sup>1150</sup> La citata decisione quadro sul riconoscimento delle sanzioni pecuniarie prevede all'art. 10 che, se risulta in tutto in parte impossibile eseguire la decisione – ad esempio per incapienza del condannato – lo Stato di esecuzione può imporre sanzioni sostitutive, ivi comprese misure privative della libertà, ma solo se previste nell'ordinamento nazionale e se lo Stato di emissione vi consenta.

<sup>1151</sup> Quest'ultimo caso riguarda, ad esempio, la decisione quadro 2008/909/GAI del 27 novembre 2008 sul riconoscimento delle sentenze penali che irrogano pene detentive o misure privative della libertà personale, ai fini della loro esecuzione nell'Unione europea. L'art. 17, par. 3, prevede la possibilità che lo Stato di emissione rinunci alla consegna della persona condannata laddove non condivida l'applicazione delle norme dello Stato di esecuzione sulla liberazione anticipata.

<sup>1152</sup> Cfr. ad esempio l'art. 13, par. 2, della decisione quadro 2009/829/GAI sull'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle decisioni sulle misure alternative alla detenzione cautelare.

<sup>1153</sup> In quest'ultimo caso v. l'art. 8, par. 2, della sopra richiamata decisione quadro 2008/909/GAI: «Se la durata della pena è incompatibile con la legislazione dello Stato di esecuzione, l'autorità competente di quest'ultimo può decidere di adattare la pena soltanto se detta pena è superiore alla pena massima prevista per reati simili nella sua legislazione nazionale. La pena adattata non è inferiore alla pena massima prevista per reati simili dalla legislazione dello Stato di esecuzione».

condarie, che manifestano un chiaro *favor integrationis* in ipotesi in cui, alla luce delle caratteristiche del sistema penale interno, la cooperazione patirebbe altrimenti un limite invalicabile.

L'esempio elettivo in materia è costituito dalla cooperazione in materia di raccolta delle prove: la direttiva sull'ordine di indagine europeo, infatti, pur prevedendo l'applicazione del regime normativo dello Stato di esecuzione, dispone altresì che debbano essere rispettate tutte le formalità e le procedure espressamente indicate dall'autorità di emissione, a meno che esse non contrastino con disposizioni della direttiva stessa o con principi fondamentali dell'ordinamento interno<sup>1154</sup>. L'aspetto interessante di questa previsione, che ricalca quanto già disposto dalla previgente decisione quadro sul mandato europeo di ricerca delle prove<sup>1155</sup>, è la natura di fatto incondizionata di questo obbligo, che risulta mitigato solo in ipotesi di patente contrasto con il diritto dello Stato di esecuzione e che può dunque determinare l'applicazione in sede nazionale di regole sull'assunzione delle prove proprie di un altro ordinamento<sup>1156</sup>.

Da ultimo, la centralità dell'operato dello Stato emittente, nella logica del reciproco riconoscimento, si riscontra nel campo dei rimedi giurisdizionali avverso la decisione oggetto di richiesta di cooperazione. Il presupposto della fiducia reciproca, infatti, impone allo Stato di esecuzione di fare pieno affidamento sulla capacità dello Stato richiedente di assicurare la legittimità del provvedimento e delle conseguenze afflittive per il soggetto interessato, in uno con la tutela dei diritti fondamentali. Come evidenziato dalla Corte di giustizia, infatti, «è proprio nell'ambito dell'ordinamento giuridico dello Stato membro emittente che le persone oggetto di un mandato di arresto europeo possono esperire gli eventuali mezzi di impugnazione che consentono di contestare la legittimità dell'azione penale o dell'esecuzione della pena o della mi-

<sup>1154</sup> Cfr. l'art. 9, par. 1 e 2, della direttiva 2014/41/UE, cit.

<sup>1155</sup> Decisione quadro 2008/978/GAI, del Consiglio, del 18 dicembre 2008, relativa al mandato europeo di ricerca delle prove diretto all'acquisizione di oggetti, documenti e dati da utilizzare nei procedimenti penali, in GU L 350, del 30 dicembre 2008, p. 72.

<sup>1156</sup> In questo senso, si registra un parziale mutamento di prospettiva rispetto all'impostazione seguita nel recente passato in materia probatoria, tesa a delimitare maggiormente l'incisività del ruolo dello Stato emittente. Il riferimento è alla decisione quadro 2003/577/GAI, del Consiglio, del 22 luglio 2003, relativa all'esecuzione nell'Unione europea dei provvedimenti di blocco dei beni o di sequestro probatorio, in GU L 146, del 2 agosto 2003, p. 45. L'articolo 5 di questa decisione quadro, infatti, prevedeva altresì il requisito della necessità, ai fini dell'assunzione della prova, delle formalità ulteriori indicate dall'autorità di emissione: «Ogniquale sia necessario garantire che la prova ottenuta sia valida e sempre che le formalità e le procedure indicate non siano in conflitto con i principi fondamentali del diritto dello Stato di esecuzione, l'autorità giudiziaria dello Stato di esecuzione osserva inoltre le formalità e procedure espressamente indicate dall'autorità giudiziaria competente dello Stato di emissione per l'esecuzione del provvedimento di blocco o di sequestro».

sura di sicurezza privative della libertà oppure del procedimento penale di merito che ha condotto a detta pena o misura»<sup>1157</sup>.

La fiducia reciproca implica pertanto che ogni doglianza sulla sostanza del provvedimento giurisdizionale del quale si solleciti il riconoscimento o sulla portata delle misure che esso irroga debba essere indirizzata allo Stato di emissione, mentre dinnanzi all'autorità di esecuzione possono essere formulati solo rimedi incentrati su profili procedurali legati all'operato dell'autorità stessa<sup>1158</sup>.

#### 4.2. (segue) *Gli strumenti normativi che incentivano il carattere automatico del riconoscimento e dell'esecuzione dei provvedimenti giurisdizionali stranieri*

##### 4.2.1. *L'esempio della decisione quadro 2002/584/GAI sul mandato d'arresto europeo*

La tendenza a prediligere meccanismi di cooperazione di carattere automatico, capaci di assicurare rapidità ed effettività, ben si evidenzia nella decisione quadro che disciplina il mandato d'arresto europeo<sup>1159</sup>, l'atto che ad oggi ha riscontrato il maggior successo operativo ed ha al contempo generato la più imponente mole di contenzioso<sup>1160</sup>. La decisione quadro in questione, in particolare, promuove queste priorità attraverso tre principali soluzioni normative.

In primo luogo, la decisione quadro prevede una rigorosa tabella cronologica, improntata al criterio in base al quale, a norma dell'art. 17, par. 1, «un mandato d'arresto europeo deve essere trattato ed eseguito con la massima urgenza». Più precisamente, l'art. 17 impone che l'adozione della decisione definitiva sull'esecuzione del mandato sia adottata entro il termine massimo di dieci o sessanta giorni, a seconda che il soggetto coinvolto acconsenta alla propria consegna all'autorità straniera o meno. Nel primo caso, il termine decorre da quando l'assenso è stato comunicato allo Stato richiesto, mentre

<sup>1157</sup> Cfr. la sentenza 30 maggio 2013, causa C-168/13 PPU, *Jeremy*, non ancora pubblicata, punto 50. Il principio era già stato espresso dalla Corte nella sentenza 22 dicembre 2010, causa C-491/10 PPU, *Aguirre Zarraga*, in *Racc.* p. I-14247, punti 70 e 71. In quest'ultima occasione, la controversia riguardava l'esperimento di un rimedio giurisdizionale avverso un provvedimento in materia di decisione di ritorno di un minore, nel contesto del regolamento CE 2201/2003 sulla potestà genitoriale.

<sup>1158</sup> V. la giurisprudenza poc'anzi citata e, in dottrina, M. MÖSTL, *Preconditions and limits*, p. 410.

<sup>1159</sup> Decisione quadro 584/2002/GAI, del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto ed alle procedure di consegna tra Stati membri, in GU L 190, del 18 luglio 2002, p. 1.

<sup>1160</sup> Ricorda questa circostanza E. HERLIN-KARNELL, *From mutual trust to the full effectiveness of EU law: 10 years of the European arrest warrant*, in *European Law Review*, 2013, p. 79.

nell'altra ipotesi il *dies a quo* diviene l'arresto del ricercato<sup>1161</sup>. L'autorità giudiziaria può beneficiare di una proroga di trenta giorni, ma solo in situazioni che giustificano tale dilazione e previa comunicazione delle relative ragioni allo Stato membro emittente<sup>1162</sup>.

Questa rigida scansione temporale comporta che il dialogo fra le autorità coinvolte si limiti a quanto strettamente necessario per la compiuta definizione della procedura, sulla base del formulario allegato alla decisione quadro: da un lato, l'autorità emittente è incentivata a trasmettere tutte le informazioni rilevanti e ad omettere quesiti ulteriori; dall'altro lato, il giudice di esecuzione potrà focalizzare il proprio intervento sulle sole verifiche essenziali a statuire sull'accoglimento o sul rigetto della richiesta di cooperazione<sup>1163</sup>.

A riprova della rilevanza di questo aspetto, la Corte di giustizia, recentemente sollecitata sul punto, ha confermato alla base della procedura di consegna il criterio della celerità, presidiato dall'art. 17 della decisione quadro. Nella sentenza *Jeremy*<sup>1164</sup>, infatti, il Giudice dell'Unione ha anzitutto ribadito che la proroga di trenta giorni per l'emissione della decisione definitiva sull'esecuzione del mandato può essere ammessa solo in presenza di situazioni eccezionali. Inoltre, la Corte ha subordinato al rispetto del disposto dell'art. 17 le ulteriori decisioni – ed i relativi termini – che la decisione quadro rimette in capo all'autorità dell'esecuzione. Questa norma rappresenta dunque il riferimento ultimo e inderogabile per l'espletamento della procedura di consegna.

Nel caso di specie, in particolare, venivano in rilievo gli artt. 27 e 28 della decisione quadro, che invitano il giudice dello Stato di esecuzione a manifestare il consenso affinché il soggetto consegnato in virtù di una mandato d'arresto sia sottoposto nello Stato emittente ad altre azioni penali o misure restrittive della libertà, oppure sia a sua volta destinato ad altri Stati che ne abbiano sollecitato l'extradizione o la consegna ai sensi della decisione qua-

<sup>1161</sup> L'importanza dei termini stabiliti da detto articolo 17 risulta espressa non soltanto in quest'ultimo, ma anche in altre norme della decisione quadro, come gli artt. 13, par. 4, 15, par. 2, 20, 21 e 31, par. 2, secondo comma.

<sup>1162</sup> A norma dell'art. 17, par. 7, «Se, in circostanze eccezionali, uno Stato membro non è in grado di rispettare i termini stabiliti dal presente articolo, esso ne informa l'Eurojust, indicando i motivi del ritardo. Inoltre, uno Stato membro che ha subito ritardi ripetuti nell'esecuzione dei mandati d'arresto da parte di un altro Stato membro ne informa il Consiglio affinché sia valutata l'attuazione della presente decisione quadro a livello degli Stati membri».

<sup>1163</sup> La schematicità predefinita del mandato è stata peraltro criticata, poiché ritenuta eccessiva e lesiva delle prerogative decisionali dell'autorità di esecuzione: v. ad esempio I. BAILEY, *Fair or foul? The European arrest warrant 'justice sans frontier': an instrument of use open to abuse*, in [www.corkonlinelawreview.com](http://www.corkonlinelawreview.com), 2012 (14 dicembre 2014).

<sup>1164</sup> V. la sentenza 30 maggio 2013, *Jeremy*, cit., in particolare i punti 64 e 65 della pronuncia. Per un commento v. F.X. MILLET, *How much lenience for how much cooperation? On the first preliminary reference of the French Constitutional Council to the Court of Justice*, in *Common Market Law Review*, 2014, p. 195.



dro. In entrambi i casi, a norma degli articoli in questione, il giudice dell'esecuzione è chiamato a formulare tale assenso entro trenta giorni dalla richiesta.

Orbene, poiché la normativa francese prevede la possibilità per il consegnando di formulare avverso tali decisioni *ex artt.* 27 e 28 un ricorso avente effetto sospensivo dell'esecuzione del mandato d'arresto, si poneva un problema di coordinamento con i termini previsti all'art. 17. Un problema di coordinamento che il Collegio di Lussemburgo ha risolto con netto favore per quest'ultima disposizione, nella convinzione che esso concretizzi la logica sottesa alla decisione quadro, ossia l'accelerazione delle procedure di consegna<sup>1165</sup>. Ne consegue che un eventuale ricorso sospensivo previsto dalla normativa nazionale contro le decisioni indicate agli artt. 27 e 28 deve in ogni caso essere azionato nel rispetto dei termini previsti all'art. 17 ai fini dell'adozione di una decisione definitiva.

In secondo luogo, il legislatore dell'Unione ha valorizzato il carattere tendenzialmente automatico della procedura di consegna elencando una lista di 32 fattispecie per le quali l'autorità di esecuzione è esonerata dalla verifica del rispetto della doppia incriminazione<sup>1166</sup>. Questa scelta ha generato accese controversie giudiziarie, principalmente imperniate sulla lamentata violazione del principio di legalità. Il controllo *ope legis* del principio della doppia incriminazione determina infatti la possibilità che uno Stato debba eseguire un mandato emesso in relazione ad una condotta non considerata penalmente rilevante nell'ordinamento interno, oppure qualificata con un differente *nomen juris*, espressione di un minor disvalore giuridico. Per di più, come è stato eccepito dinnanzi alla Corte di giustizia in occasione della menzionata controversia *Advocaten voor de Wereld*, l'elencazione consacrata nella decisione quadro si riassume in una vaga indicazione del *genus* criminoso, senza ulteriori elementi definitivi e specificazioni di sorta, a discapito della certezza del diritto e della tassatività e determinatezza del diritto penale, anch'esse aspetti correlari del principio di legalità.

Questa scelta, operata rispetto a reati accomunati dal criterio dell'accentuata gravità e dunque in massima parte riconosciuti come tali in tutti gli ordinamenti nazionali, pur con varie differenze, antepone alla potestà discrezionale tradizionalmente riconosciuta allo Stato l'esigenza di un'efficace tutela dell'ordine pubblico nello spazio giudiziario europeo. Al contempo, essa ri-

<sup>1165</sup> Punto 73 della sentenza in esame.

<sup>1166</sup> Nell'ordinamento italiano, l'art. 8 della legge 22 aprile 2005, n. 69, in GU n. 98, del 29 aprile 2005, recepisce con puntualità le condotte per le quali la decisione quadro esclude la doppia incriminazione, specificandone la portata alla luce della descrizione di ciascuna fattispecie e con l'aggiunta di alcune ipotesi delittuose, come nel caso del traffico di beni culturali. La nozione di sabotaggio, in particolare, viene presentata come l'atto di «provocare illegalmente e intenzionalmente danni ingenti a strutture statali, altre strutture pubbliche, sistemi di trasporto pubblico o altre infrastrutture, che comportano o possono comportare una notevole perdita economica».

sponde alla logica del reciproco riconoscimento e non mira pertanto ad armonizzare le norme incriminatrici nazionali: piuttosto, nel rispetto della frammentazione degli ordinamenti interni, la decisione quadro si limita a indicare gli àmbiti nei quali l'operato dell'autorità di esecuzione deve essere ispirato alla piena fiducia nell'attività del proprio omologo straniero, così agevolando la circolazione degli effetti del provvedimento giurisdizionale restrittivo, a beneficio dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia.

In questa prospettiva, merita ricordare come nel testo finale della decisione quadro non sia stata accolta l'idea di una "lista negativa" originariamente prospettata nell'articolato dalla Commissione europea, in sede di iniziativa normativa<sup>1167</sup>: l'articolo 27 della proposta, infatti, prevedeva la possibilità che ogni Stato presentasse una lista esaustiva di condotte qualificate come reato solo in alcuni sistemi penali nazionali, in relazione alle quali l'eventuale esecuzione di un mandato d'arresto avrebbe determinato la violazione dei principi fondamentali dell'ordinamento dello Stato richiesto e avrebbe dunque potuto essere negata. Questa ipotesi avrebbe dunque consentito ampi margini di flessibilità in favore dello Stato di esecuzione, a beneficio del principio di legalità, ma a discapito di un uniforme e coerente sistema di reciproco riconoscimento. Sebbene tale opzione non sia stata formalizzata nella decisione quadro, essa dimostra come le preoccupazioni legate alla frammentazione degli ordinamenti nazionali ed al rispetto dei principi cardine del diritto penale non fossero del tutto estranee alla Commissione ed abbiano inciso anche in sede di procedura decisionale sulla conformazione dell'atto.

Un ultimo fattore normativo di agevolazione del reciproco riconoscimento è costituito dalla previsione di un numero definito e circoscritto di motivi di rifiuto dell'esecuzione del mandato d'arresto: la decisione quadro ne prevede infatti tre di natura obbligatoria<sup>1168</sup> ed ulteriori di portata facoltativa<sup>1169</sup>, anche

<sup>1167</sup> Cfr. la comunicazione della Commissione COM(2001) 522 def., del 19 settembre 2001, recante proposta di decisione quadro del Consiglio relativa al mandato d'arresto europeo ed alle procedure di consegna tra Stati membri, in GU C 332 E, del 27 novembre 2001, p. 305. V. in particolare l'art. 27, rubricato «lista di eccezioni».

<sup>1168</sup> A norma dell'art. 3 della decisione quadro, il rifiuto è obbligatorio se il reato è coperto da amnistia nello Stato di esecuzione e quest'ultimo avrebbe beneficiato di competenza giurisdizionale a perseguirlo; se vi è ragione di credere che sia stato violato il principio del *ne bis in idem* e la pena sia già stata eseguita; se per la legge dello Stato di esecuzione il soggetto attivo non possa essere destinatario di responsabilità penale, a causa della propria età.

<sup>1169</sup> I motivi di non esecuzione facoltativa sono enumerati all'art. 4 della decisione quadro e riguardano, fra le altre, le ipotesi di prescrizione del reato o il caso in cui l'autorità dello Stato di esecuzione abbia deciso di non esercitare o di archiviare l'azione penale per gli stessi fatti. Con l'art. 2, par. 1, della decisione quadro 2009/299/GAI del Consiglio, del 26 febbraio 2009, che rafforza i diritti processuali delle persone e promuove l'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle decisioni pronunciate in assenza dell'interessato al processo, in GU L 81, del 27 marzo 2009, p. 24, inoltre, è stato introdotto l'art. 4 *bis*, che prevede una ulteriore ipotesi di rifiuto facoltativo di una decisione emessa ai fini di esecuzione di una pena

in questo caso forieri di non secondario contenzioso<sup>1170</sup>. Sebbene questo aspetto realizzi un limite alla cooperazione penale – e dunque come tale sarà più diffusamente considerato nel prosieguo del lavoro<sup>1171</sup> – occorre qui sommariamente considerarne le ricadute positive sui meccanismi di consegna. Anche in questo caso, in effetti, l'opzione per la codificazione delimita la sfera di intervento dell'autorità di esecuzione, che ne deriva un vincolo stringente quanto ai controlli che può effettuare ed alle ragioni che è legittimata ad opporre allo Stato di emissione. Va inoltre precisato che il legislatore dell'Unione, proprio sulla scorta della convinzione che gli Stati debbano nutrire reciproca fiducia sull'operato delle rispettive autorità giudiziarie, ha omesso di inserire nella decisione quadro una clausola che espressamente imponga il diniego della richiesta di consegna laddove si registri la violazione di un diritto fondamentale del ricercato. Sebbene tale lacuna sia stata nel tempo superata grazie all'attività di recepimento degli Stati e ad un parziale *revirement* della posizione della Commissione europea, essa palesa con evidenza l'approccio del legislatore europeo, fortemente orientato ad un *favor cooperationis*.

#### 4.2.2. *La prassi del legislatore europeo negli altri atti volti all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento*

Lo schema normativo tripartito ora descritto è stato in generale applicato dal legislatore europeo nelle fonti che hanno seguito l'adozione della decisione quadro sul mandato d'arresto europeo e che, in un'ottica di completamento del sistema inaugurato dall'atto del 2002, abbracciano un ventaglio di provvedimenti giudiziari che intervengono nell'intero corso processuale, sino alla sentenza definitiva.

Ad esempio, per quanto riguarda la fase procedimentale, rileva la decisione quadro 2008/829/GAI, che disciplina il riconoscimento delle decisioni sulle misure alternative alla detenzione cautelare<sup>1172</sup>. A norma dell'art. 2, l'atto in questione comporta la possibilità che una misura alternativa ad un provvedimento cautelare limitativo della libertà personale venga eseguita nello Stato richiesto<sup>1173</sup>, in capo al quale sorge altresì l'obbligo di sorvegliare il rispetto

o di una misura privativa della libertà personale all'esito di un procedimento celebrato in assenza dell'imputato. In tale contesto, tuttavia, il mandato deve essere eseguito qualora esso indichi che l'interessato abbia avuto tempestiva conoscenza del processo o abbia conferito mandato ad un difensore di fiducia.

<sup>1170</sup> Il contenzioso, come so avrà modo di considerare, ha in particolare riguardato l'art. 4, par. 6, a mente del quale l'esecuzione può essere rifiutata se la persona ricercata sia cittadina dello Stato di esecuzione, vi dimori o vi risieda, purché lo Stato stesso si impegni ad eseguire la pena irrogata.

<sup>1171</sup> V. *infra*, nel presente Capitolo, par. 5.1.3.

<sup>1172</sup> Cfr. la decisione quadro 2009/829/GAI, cit.

<sup>1173</sup> La decisione quadro ha applicazione ad un novero definito di tipologie di categorie o misure cautelari alternative, elencate all'art. 8, fra cui l'obbligo di frequentare determinati luo-

delle prescrizioni imposte all'indagato, a pena del suo trasferimento nello Stato di emissione. Rispetto alla procedura di consegna di cui alla disciplina sul mandato d'arresto europeo, lo Stato di esecuzione è tenuto ad onorare l'obbligo addizionale della sorveglianza sul soggetto coinvolto, ma le peculiarità della fase cautelare incidono significativamente sulle relative procedure, che si connotano per maggiore semplicità e speditezza. Il termine per l'adozione della decisione sul riconoscimento è infatti di regola fissato in venti giorni lavorativi, con l'espressa sollecitazione a concludere la procedura «il più presto possibile» ed a provvedere «senza indugio» agli adempimenti necessari ad avviare l'attività di sorveglianza<sup>1174</sup>.

Inoltre, l'art. 13 enumera le fattispecie per le quali il riconoscimento delle misure cautelari non è subordinato alla verifica della doppia incriminazione, ricalcando *in toto* l'impostazione della decisione quadro 2002/584/GAI. Parimenti, la celerità ed il carattere tendenzialmente automatico del riconoscimento sono favoriti dalla previsione di una lista tassativa di motivi di rifiuto, che per di più hanno natura esclusivamente facoltativa<sup>1175</sup>, ad ulteriore agevolazione della cooperazione. Da ultimo, il legislatore ha inteso limitare al massimo grado le informazioni trasmesse dalle autorità coinvolte, così da focalizzare la decisione sui soli profili di stretto interesse per la richiesta di cooperazione. In questa prospettiva, non solo è previsto un formulario comune, ma, in ossequio al principio di leale cooperazione, l'autorità emittente è chiamata a comunicare senza indugio alcuni elementi essenziali, elencati all'art. 8 della decisione quadro<sup>1176</sup>.

ghi, limitazioni alla libertà di spostamento sul territorio nazionale, il divieto di svolgere determinate attività, come la conclusione di contratti o la guida di autoveicoli.

<sup>1174</sup> V. in questo senso il testo dell'art. 12 della decisione quadro, che prevede altresì la possibilità di una proroga non superiore a venti giorni nel caso di impugnazione della decisione con cui la misura cautelare viene riconosciuta. Nelle ipotesi eccezionali in cui l'autorità di esecuzione non possa rispettare detti termini, essa ne deve dare tempestiva informazione allo Stato di emissione, precisando le motivazioni del ritardo.

<sup>1175</sup> A questo riguardo, peraltro, il legislatore europeo sembra aver peccato di indeterminazione. Da un lato, infatti, ha definito le ipotesi di rifiuto come facoltative; dall'altro lato, però, alla lettera *b*) dell'art. 15 ha precisato che la consegna dovrebbe essere rifiutata pur a séguito dell'inosservanza alle misure cautelari nei casi in cui incorra una delle ipotesi di rigetto di cui alla decisione quadro 2002/584/GAI. Si potrebbero dunque verificare casi in cui l'autorità di esecuzione riconosca la misura cautelare emessa all'estero, ma non acconsenta alla consegna dell'interessato allo Stato richiedente, per l'eventuale sussistenza di cause ostative analoghe a quelle che impedirebbero l'esecuzione di un mandato d'arresto europeo, alcune delle quali hanno tuttavia portata obbligatoria. La rilevanza mediata di tale obbligatorietà anche per le situazioni che ricadono nell'ambito di applicazione della decisione quadro in commento è tuttavia dubbia, poiché l'art. 15, lett. *b*), si limita a precisare che l'autorità richiesta «dovrebbe rifiutare di consegnare l'interessato».

<sup>1176</sup> Si tratta delle informazioni essenziali al fine di accertare l'identità del ricercato e di inquadrare i fatti per i quali il mandato viene spiccato.

La stessa impostazione è stata seguita per la decisione quadro 2008/947/GAI<sup>1177</sup>, questa volta riguardante il riconoscimento dei provvedimenti in tema di sospensione condizionale o sanzioni sostitutive, dunque in un contesto successivo alla conclusione dell'esperienza processuale. In questo caso, benché la procedura debba comunque essere condotta «senza indugio», non sussistono specifiche esigenze di rapidità connesse allo svolgimento del processo penale ed è pertanto imposto un termine perentorio di maggior favore per il suo completamento, pari a sessanta giorni. L'elencazione dei motivi di rifiuto è inoltre integrata da alcune ipotesi precipuamente collegate alla natura del provvedimento del quale si richiede il riconoscimento: può infatti essere opposta l'intercorsa prescrizione del reato o la durata troppo breve – *id est* inferiore a sei mesi – della sospensione condizionale o della sanzione sostitutiva, circostanza che renderebbe sproporzionata la messa in opera del meccanismo di cooperazione<sup>1178</sup>.

Da ultimo, la premura per l'automaticità delle procedure di riconoscimento appare sotto certi profili ulteriormente rafforzata nella decisione quadro 2008/909/GAI sul riconoscimento delle sentenze che irrogano pene detentive o altre misure privative della libertà personale, ai fini della loro esecuzione<sup>1179</sup>. Il riferimento elettivo in questo caso è all'eliminazione del consenso della persona condannata alla trasmissione della relativa sentenza, da parte dell'autorità dello Stato emittente, allo Stato di esecuzione<sup>1180</sup>. Sebbene in via generale tale consenso debba essere raccolto, la regola trova eccezione in presenza di un legame del soggetto coinvolto con lo Stato di esecuzione, cioè quando si tratti dello Stato di cittadinanza in cui egli viva, dello Stato membro verso il quale verrà espulso o allontanato, dello Stato membro nel quale sia fuggito o ritornato in séguito all'avvio del processo penale. Questa previsione antepone le esigenze di funzionamento del sistema di esecuzione penale transfrontaliero alla situazione della persona condannata e trova espresso fondamento, secondo quanto desumibile dai considerando della decisione quadro, nel fatto che i

<sup>1177</sup> Cfr. la decisione quadro 2008/947/GAI, del Consiglio, del 27 novembre 2008, relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sentenze ed alle decisioni di sospensione condizionale in vista della sorveglianza delle misure di sospensione e delle sanzioni sostitutive, in GU L 337, del 16 dicembre 2008, p. 102.

<sup>1178</sup> Art. 11, lett. j).

<sup>1179</sup> Cfr. la decisione quadro 2008/909/GAI, del Consiglio, del 27 novembre 2008, relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sentenze penali che irrogano pene detentive o misure privative della libertà personale, ai fini della loro esecuzione nell'Unione europea, in GU L 327, del 5 dicembre 2008, p. 27.

<sup>1180</sup> Il considerando n. 5 della decisione quadro a questo proposito recita: «Ferma restando la necessità di offrire garanzie adeguate alla persona condannata, la partecipazione di quest'ultima al procedimento non dovrebbe più costituire un elemento predominante con la richiesta in tutti i casi del suo consenso alla trasmissione di una sentenza ad un altro Stato membro ai fini del suo riconoscimento e dell'esecuzione della pena irrogata».

rapporti tra gli Stati membri sono «fondati su una particolare fiducia reciproca nei rispettivi ordinamenti giuridici»<sup>1181</sup>.

Occorre nondimeno rilevare, in sede conclusiva, come ancora una volta la natura dei provvedimenti che ricadono nell'ambito di applicazione della decisione quadro abbia influenzato l'operato del Consiglio: se infatti l'art. 7 prevede l'ormai usuale elenco di fattispecie per le quali non si ritiene necessaria la verifica sulla doppia incriminazione, il par. 4 aggiunge che gli Stati possono notificare al Segretariato generale del Consiglio l'intenzione di non applicare tale regola. Infatti, pur a fronte della fiducia nell'operato dell'autorità straniera, potrebbe profilarsi una situazione in cui uno Stato sia tenuto ad eseguire una sentenza che irroga una pena detentiva per una condotta non qualificata come reato nell'ordinamento nazionale o rispetto alla quale non venga comminata una sanzione di segno restrittivo<sup>1182</sup>.

#### 4.3. *Fiducia reciproca ed automaticità nella giurisprudenza della Corte di giustizia*

Il tema della fiducia reciproca costituisce un vero e proprio *leitmotiv* della giurisprudenza di Lussemburgo in materia di reciproco riconoscimento. Se il legislatore europeo confina l'enunciazione del principio nelle motivazioni degli atti, il Giudice dell'Unione usualmente pone la fiducia tra gli Stati membri al cuore del proprio *iter* argomentativo, quale presupposto essenziale per qualsiasi statuizione.

In questa prospettiva, l'elaborazione del concetto e la sua traduzione nel convincimento della Corte è in larga parte debitrice della giurisprudenza consolidatasi negli anni in relazione al *ne bis in idem* transnazionale, di cui all'art. 54 della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen (CAAS). La principale ragione di tale rilevanza deriva dal fatto che la ricostruzione del principio si basa in via pressoché esclusiva nel solo disposto dell'art. 54, che beneficia di un elevato grado di generalità ed astrattezza. Se dunque il riconoscimento dei provvedimenti nazionali interessati da norme comuni di ravvicinamento degli ordinamenti interni è presidiato da un atto di diritto derivato che disciplina la materia in maniera complessiva ed è capace di orientare l'operato delle autorità nazionali, dettando estensione e limiti delle rispettive funzioni, l'affermazione del *ne bis in idem* europeo ha radici normative meno capillari e dettagliate.

Ciò determina dunque la centralità del contributo del formante giurisprudenziale nella piena definizione della natura e della portata del principio.

<sup>1181</sup> Cfr. il considerando n. 5 della decisione quadro.

<sup>1182</sup> L'opzione è stata esercitata da Irlanda ed Austria, ma il panorama dello stato dell'arte del recepimento della decisione quadro è ancora fortemente lacunoso, come testimoniato dalla relazione della Commissione COM(2014) 57 def., del 5 febbraio 2014.

Inoltre, l'assenza di una "rete di sicurezza" di norme minime comuni fa sì che, a livello sovranazionale, la situazione tipica in cui il divieto di doppio giudizio opera sia paragonabile all'equilibrio su una fune tesa a grande altezza tra due sistemi penali che si fronteggiano in quanto tali, senza mediazioni normative o istituzionali. Le autorità giudiziarie di due Stati membri, con i rispettivi bagagli di cultura, norme e prassi giuridiche, si trovano a dover decidere quale delle due debba cedere il passo, alla luce del quadro positivo interno e dell'attività processuale già compiuta in sede nazionale.

In simili situazioni, sembra suggerire la Corte, l'assenza di fiducia equivale ad una certa e rovinosa caduta, con esiti infausti per le autorità giudiziarie, per la persona nei confronti della quale si proceda e, a livello sistematico, per lo spazio giudiziario europeo. Cogliendo nel segno di questa preoccupazione, nella sentenza *Gözütok e Brügger*<sup>1183</sup>, la prima pietra miliare in tema di divieto di doppio giudizio europeo, la Corte di giustizia ha chiaramente statuito che «il principio del *ne bis in idem*, sancito nell'art. 54 della CAAS [...] implica necessariamente che esiste una fiducia reciproca degli Stati membri nei confronti dei loro rispettivi sistemi di giustizia penale e che ciascuno di questi ultimi accetta l'applicazione del diritto penale vigente negli altri Stati membri, anche quando il ricorso al proprio diritto nazionale condurrebbe a soluzioni diverse»<sup>1184</sup>.

La fiducia richiesta attiene a due livelli distinti: l'affidamento sull'operato dell'autorità omologa e sulle informazioni da questa eventualmente trasmesse; la fiducia rispetto al sistema penale straniero nel suo complesso, all'adeguatezza degli istituti processuali che lo caratterizzano, all'idoneità delle sanzioni, alla capacità di tutelare in misura soddisfacente i diritti fondamentali.

Nel contesto del divieto di doppio giudizio, l'affermazione della fiducia reciproca ha rappresentato una potente leva per approdi interpretativi estensivi ed ambiziosi, che hanno consentito al Giudice dell'Unione, come si avrà modo di considerare a breve, di rafforzare in misura significativa la portata del principio. Essa ha dunque costituito un fattore di impulso ed approfondimento della cooperazione fra gli Stati membri.

Al contempo, seppur talora in tono minore, anche le pronunce sul mandato d'arresto hanno palesato l'importanza di questo fattore: il sistema di consegna semplificato disciplinato dalla decisione quadro, infatti, è retto dalla fiducia tra le autorità coinvolte, che sono così legittimate ad omettere formalità o verifiche altrimenti doverose e ad applicare in via pressoché automatica la relativa procedura<sup>1185</sup>.

<sup>1183</sup> V. la sentenza dell'11 febbraio 2003, cause riunite C-187/01 e C-385/01, *Gözütok e Brügger*, in *Racc.* p. I-1345.

<sup>1184</sup> Cfr. il punto 33 della sentenza.

<sup>1185</sup> V. la sentenza del 28 giugno 2012, causa C-192/12 PPU, *Melvin West*, non ancora pubblicata, e la sentenza 29 gennaio 2013, causa C-396/11, *Radu*, non ancora pubblicata.

Occorre d'altra parte rilevare come, a fronte del frequente ricorso a questa formula e del fatto che la fiducia reciproca costituisca in molte occasioni la precondizione essenziale del riconoscimento, la Corte non si sia mai arrischiata a delinearne con maggiore puntualità portata e significato. Quasi paradossalmente, una delle pietre fondative della giurisprudenza della Corte sulla cooperazione giudiziaria soffre in realtà di un'elaborazione concettuale povera, confinata alle dichiarazioni di principio.

La lacuna è stata solo parzialmente ovviata dalle conclusioni degli avvocati generali, che in alcune occasioni hanno tentato una ricostruzione dogmatica della nozione. È possibile in particolare individuare due distinte accezioni, l'una maggiormente formale e non priva di risvolti riduttivi, l'altra dichiaratamente ambiziosa.

Nel primo caso, la fiducia reciproca è stata considerata un sinonimo del principio del reciproco riconoscimento, in quanto tale dotata di una posizione preminente nell'ordinamento UE, ma priva di una propria autonomia concettuale. L'avvocato generale Sharpston, nelle conclusioni alla causa *Gasparini*<sup>1186</sup>, in tema di *ne bis in idem*, ha invero espresso il convincimento che «si tratti di denominazioni diverse dello stesso principio»<sup>1187</sup>. Prospettando tale equazione, l'avvocato generale ha di fatto tirato le somme dalle evidenze desumibili dalla giurisprudenza della Corte, nella quale fiducia e riconoscimento reciproci, se non sinonimi, sono inscindibilmente avvinti da un legame di quasi-automaticità e consequenzialità. Eppure, questa visione non appare del tutto soddisfacente, poiché pone sullo stesso piano l'aspirazione alla quale devono tendere gli Stati e la sua traduzione in obblighi e meccanismi giuridici.

In questo senso, l'avvocato generale Jarabo Colomer ha valorizzato la differenza portata dei due concetti, individuando nel patrimonio di tradizioni culturali e giuridiche che accomuna gli Stati membri l'elemento primigenio della fiducia reciproca, oggi alimentato dai principi e valori che le singole componenti dell'Unione condividono anche al di là del progetto europeo e che l'UE stessa fa in massima parte propri<sup>1188</sup>. Queste radici comuni, nell'opinione dell'avvocato generale, hanno costituito l'impulso verso la creazione del mercato interno e formano il sostrato che supporta – e da cui consegue – il reciproco riconoscimento in materia penale<sup>1189</sup>.

Questa visione di ampio respiro, qui preferita, consente di collocare la fiducia reciproca sul piano dei principi ispiratori del sistema, capace di orientare a livello generale l'operato degli attori coinvolti. Da una simile lettura deri-

<sup>1186</sup> V. le conclusioni del 15 giugno 2006, nella causa C-467/04, *Gasparini*, in *Racc.* p. I-9199.

<sup>1187</sup> Cfr. il punto 107 e la nota 87 delle conclusioni.

<sup>1188</sup> Punto 124 della sentenza *Gözütok e Brügger*.

<sup>1189</sup> V. la sentenza del 28 settembre 2006, causa C-150/05, *van Straaten*, in *Racc.* p. I-9327, punto 61.



va che essa sussiste anche allorquando, in concreto, le autorità degli Stati membri non siano animate da reale fiducia sull'altrui ordinamento o attività. Se infatti tale affidamento fosse valutato in concreto, occorrerebbe prendere coscienza dell'impraticabilità di forme di cooperazione giudiziaria avanzata nello spazio giudiziario europeo, poiché è difficile immaginare che le autorità interne accolgano spontaneamente e senza riserva alcuna l'operato di giudici stranieri o l'applicazione di norme di altri ordinamenti. In una simile eventualità, in luogo di alimentare il reciproco riconoscimento, la fiducia ne diverrebbe il principale ostacolo. Al contrario, nell'interpretazione qui proposta, la fiducia diviene una precondizione del reciproco riconoscimento che non può essere facilmente posta sotto pressione o limitata a discapito della cooperazione giudiziaria: anche laddove le singole autorità coinvolte non ne siano concretamente animate, esse sono comunque chiamate e riconoscere ed eseguire il provvedimento straniero, a meno che non sussistano elementi ostativi specifici e di natura tecnica, espressamente consacrati dalla normativa europea.

A quest'ultimo riguardo, è peraltro necessario evidenziare come la portata generale della fiducia reciproca non la renda esente da pur circoscritti limiti e condizioni: come si avrà modo di considerare nel prosieguo dell'analisi, essa è ben lungi dall'avere valore assoluto.

#### *4.4. In particolare: l'interpretazione estensiva della nozione di sentenza definitiva ai fini dell'applicazione del principio del ne bis in idem europeo*

Le pronunce sull'art. 54 CAAS annoverano espressamente il divieto di doppio giudizio fra gli istituti che contribuiscono alle due linee direttrici seguite dal legislatore europeo ai fini della creazione di uno spazio di libertà sicurezza e giustizia: il ravvicinamento degli ordinamenti penali nazionali ed il reciproco riconoscimento dei provvedimenti giurisdizionali emessi in altri Stati membri. Dal primo punto di vista, il *ne bis in idem* non rappresenta in sé un veicolo di ravvicinamento delle legislazioni interne, ma, nell'opinione della Corte, concorre ad impedire che la parcellizzazione dei sistemi processuali nazionali costituisca un ostacolo decisivo alla cooperazione giudiziaria ed al perseguimento di comuni obiettivi nel contrasto alla criminalità transfrontaliera<sup>1190</sup>. Sotto il secondo profilo, in una prospettiva inversa, il principio in esame implica e rafforza la fiducia reciproca tra le autorità degli Stati membri, a sua volta presupposto essenziale della piena affermazione del reciproco riconoscimento<sup>1191</sup>.

<sup>1190</sup> Cfr., fra le altre, la sentenza *Gözütok e Brügge*, cit.

<sup>1191</sup> V., in dottrina, J.A.E. VERVAELE, *The Transnational ne bis in idem principle in the EU mutual recognition and equivalent protection of human rights*, in *Utrecht Law Review*, 2005, p. 100; A. WEYENBERGH, *Transverse report on judicial control in cooperation in criminal matters*:

La tessitura di un legame fra il *ne bis in idem* di cui all'art. 54 CAAS e i due metodi e strumenti elettivi della cooperazione in materia penale ha sollecitato la Corte di giustizia ad avvalorare orientamenti interpretativi estensivi, che hanno fortemente supportato la portata del principio<sup>1192</sup>.

L'impostazione giurisprudenziale in questione, inoltre, risponde almeno indirettamente al rischio che fra gli Stati abbia luogo una «corsa al processo» in presenza di reati che manifestino un elemento transfrontaliero<sup>1193</sup>. L'avvocato generale Sharpston ha infatti recentemente avuto modo di evidenziare come il divieto di doppio giudizio costituisca di fatto, nell'attuale contesto normativo, l'unico sebbene parziale rimedio all'assenza di una disciplina europea armonizzata in tema di attribuzione della giurisdizione penale. Nonostante gli Stati abbiano inteso vincolarsi ad obblighi di informazione e consultazione reciproca<sup>1194</sup>, allo scopo di evitare discrasie operative e futili dispendi di risorse, la mancanza di criteri ordinatori di portata generale comporta che il coordinamento fra giurisdizioni sia orchestrato in base alla fiducia nell'altrui attività, all'attivismo ed all'attenzione delle singole autorità coinvolte<sup>1195</sup>, agli schemi – solo in parte soddisfacenti – del *ne bis in idem*, la cui lettura estensiva non può dunque che essere positivamente salutata<sup>1196</sup>.

Ai fini della presente trattazione, merita qui rammentare in particolare la giurisprudenza intervenuta a chiarire il richiamo alla sussistenza di una deci-

*the evolution from traditional judicial cooperation to mutual recognition*, in K. LIGETI (a cura di), *The future of prosecution in Europe*, Oxford, 2012, p. 945.

<sup>1192</sup> Viene qui operato un richiamo al solo art. 54 CAAS, poiché è su questa norma che si è in via principale concentrata la giurisprudenza della Corte di giustizia in tema di divieto di doppio giudizio. La materia è tuttavia oggi in via principale disciplinata dall'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali, il cui disposto sarà a più riprese oggetto di approfondita considerazione nel corso del lavoro. Allo stesso modo, l'analisi si sofferma in questa sede su uno degli elementi costitutivi del divieto di doppio giudizio, la cui lettura giurisprudenziale è ritenuta emblematica rispetto al tema dei limiti della fiducia reciproca. Gli ulteriori aspetti che concorrono a fondare il *ne bis in idem* saranno oggetto di più approfondita trattazione nel prosieguo del lavoro.

<sup>1193</sup> V. le conclusioni dell'avvocato generale Sharpston, del 6 febbraio 2014, nella causa C-398/12, *M.*, non ancora pubblicata, punto 51.

<sup>1194</sup> Decisione quadro 2009/948/GAI del Consiglio, del 30 novembre 2009, sulla prevenzione e la risoluzione dei conflitti relativi all'esercizio della giurisdizione nei procedimenti penali, in GU L 328, del 15 dicembre 2009, p. 42.

<sup>1195</sup> I fatti da cui ha avuto origine la causa *M.*, cit., sono in questo senso emblematici, poiché le autorità belghe e quelle italiane hanno condotto in parallelo una lunga istruttoria sui medesimi fatti e nei confronti della medesima persona, pervenendo ad esiti probatori analoghi e senza ottenere i risultati processuali auspicati, anche a causa del mancato coordinamento.

<sup>1196</sup> Con le parole dell'avvocato generale Sharpston, al punto 53 delle sue conclusioni: «Fino a quando la questione dei procedimenti paralleli non sarà stata risolta in modo più globale dagli organi legislativi, sarà necessario far ricorso al principio del *ne bis in idem* di cui all'articolo 54 della CAAS per colmare tale lacuna». In dottrina sul punto v. M. FLETCHER, R. LÖÖF, B. GILMORE, *EU criminal law and justice*, Cheltenham, 2008, pp. 131-133.

sione definitiva, criterio al quale l'art. 54 CAAS e l'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE subordinano espressamente l'operatività del divieto di doppio giudizio<sup>1197</sup>. Questo profilo appare infatti paradigmatico al fine di comprendere appieno la dinamica tra frammentazione degli ordinamenti nazionali, fiducia reciproca e riconoscimento delle decisioni giurisdizionali nello spazio giudiziario europeo.

Nel caso *Mantello*<sup>1198</sup>, riguardante l'interpretazione della decisione quadro sul mandato d'arresto europeo in relazione alla possibilità di negarne l'esecuzione per violazione del divieto di doppio giudizio, il Collegio ha infatti puntualizzato che la nozione di decisione definitiva non dipende – o quantomeno non dipende *in toto* – da categorie di diritto dell'Unione europea: tale parametro deve essere valutato alla luce delle norme processuali interne e delle circostanze del caso di specie. È invero proprio l'applicazione della disciplina processuale e sostanziale di un altro Stato membro che l'autorità interna fronteggia nelle situazioni in cui si pone un problema di *bis in idem*. Il requisito in esame, pertanto, coglie nel segno più profondo della fiducia reciproca e del reciproco riconoscimento, poiché sia la nozione di decisione giudiziaria che la sua portata definitiva implicano necessariamente una valutazione condotta secondo canoni e sensibilità propri dell'ordinamento giuridico nazionale di riferimento.

A questo riguardo, secondo autorevole dottrina<sup>1199</sup>, la Corte avrebbe inteso che, in linea di principio, l'autorità d'esecuzione del mandato è tenuta, alla luce della fiducia reciproca e del principio del reciproco riconoscimento, ad accogliere la valutazione sulla portata della statuizione giurisdizionale e sul rispetto del *ne bis in idem* già operata nello Stato di emissione, sul cui operato occorre nutrire piena fiducia, scongiurando duplici verifiche che ostacolano e rallentano i meccanismi di cooperazione.

Peraltro, la norma in esame denuncia una significativa differenza tra la versione italiana ed ulteriori formulazioni linguistiche: se infatti il testo italiano riporta “sentenza definitiva”, gli altri optano per espressioni di più ampio respiro<sup>1200</sup>, che consentono dunque di ritenere applicabile il divieto di doppio giudizio anche a provvedimenti giurisdizionali di tipo diverso, purché accomunati dal carattere irrevocabile.

<sup>1197</sup> Dal punto di vista definitorio, ai sensi dell'art. 54 CAAS l'efficacia preclusiva è riconosciuta ad una sentenza definitiva allorché, in caso di condanna, la pena sia stata eseguita, sia attualmente in corso di esecuzione o non possa più essere eseguita.

<sup>1198</sup> Sentenza 16 novembre 2010, causa C-261/09, *Mantello*, non ancora in *Racc.* Per un commento alla sentenza v. J. OUWERKERK, *Case Note*, in *Common Market Law Review*, 2011, p. 1687.

<sup>1199</sup> Cfr. A. WEYENBERGH, *La jurisprudence de la CJ*, cit., p. 553.

<sup>1200</sup> La traduzione francese «*définitivement jugée*», inglese «*finally disposed*», tedesca «*rechtskräftig abgeurteilt*», nonché olandese «*onherroepelijk vonnis*», porta a rilevare che non vi è un necessario riferimento a un provvedimento che abbia la forma della sentenza.

L'ampiezza di tale disposto ha dunque sollevato problemi ermeneutici ulteriormente amplificati dall'estrema varietà di soluzioni ed istituti processuali vigenti in sede nazionale e che sono stati in più occasioni sottoposti alla Corte di giustizia mediante lo strumento del rinvio pregiudiziale<sup>1201</sup>. Stante la difficoltà di inquadrare opportunamente la nozione di decisione definitiva, l'opera del Giudice dell'Unione è stata sino ad oggi tesa a individuare i criteri generali ai quali i giudici nazionali possono improntare la propria valutazione rispetto a questo profilo del *ne bis in idem* europeo.

La prima pronuncia sul punto, emessa all'esito delle citate cause riunite *Gözütok e Brügge*<sup>1202</sup>, è emblematica dell'estesa portata del concetto di provvedimento definitivo. Il Giudice dell'Unione è infatti intervenuto rispetto a due particolari procedure deflative di patteggiamento previste dal diritto olandese e tedesco, che consentono la chiusura dell'esperienza processuale con l'archiviazione da parte del pubblico ministero, senza previo approfondito scrutinio ad opera di un giudice. Valutando l'applicabilità dell'art. 54 CAAS a simili riti, attraverso un approccio comparatistico, la Corte ha rilevato come pressoché tutti gli ordinamenti penali nazionali prevedano forme di giustizia negoziata.

Nell'esempio tedesco, il peculiare rito in parola poggia sul principio di opportunità dell'avvio e della prosecuzione dell'azione penale. In forza di tale principio, nelle sole ipotesi tassativamente indicate dal codice di procedura, complessivamente caratterizzate dall'evidente marginalità dell'offesa arrecata, la pubblica accusa può, in presenza di un accordo con l'indagato per il pagamento di una sanzione pecuniaria, avvalersi della facoltà di abbandonare l'esercizio dell'azione penale. In questo ambito il giudice interno opera un controllo di massima sul corretto inquadramento del caso di specie nelle ipotesi perentorie di cui al codice di rito e può dunque accogliere la richiesta di archiviazione presentata dal pubblico ministero. Una volta emessa l'ordinanza di archiviazione, opera un effetto preclusivo parziale, giacché nuovi addebiti possono essere mossi solo nell'evenienza di nuovi elementi di prova o fatti sopravvenuti, che consentano di mutare la descrizione materiale o la qualificazione giuridica delle condotte realizzate.

Con riferimento al sistema olandese, invece, la procedura della *transactie* consente all'indagato di pervenire ad un accordo con la pubblica accusa e,

<sup>1201</sup> Bisogna peraltro precisare come il concetto di definitività si connota in maniera differente nelle tradizioni di *civil law* e *common law*: nel primo caso, essa incorre ove i mezzi ordinari di impugnazione siano stati esauriti o non possano più essere esperiti; nel secondo, il divieto di *double jeopardy* opera dal momento in cui è stato pronunciato il *final verdict*, ossia la sentenza conclusiva del grado. Queste pronunce sono infatti immediatamente esecutive, fatta salva la possibilità di adire istanze giurisdizionali superiori. Cfr. B. DELEUZE, *Il processo penale in Inghilterra*, in M. CHIAVARIO (a cura di), *Procedure penali d'Europa*, Padova, 2001, p. 231.

<sup>1202</sup> Cfr. la sentenza *Gözütok e Brügge*, cit.

una volta adempiuti gli obblighi concordati, beneficia dell'estinzione del reato.

Nell'opinione della Corte di giustizia, queste due procedure sono idonee ad esercitare un effetto preclusivo di un nuovo giudizio a livello europeo, a motivo di una serie di considerazioni sulla loro natura e portata, nonché sulle finalità perseguite. Esse, anzitutto, rappresentano una modalità di amministrazione della giustizia rispettosa delle garanzie dell'individuo ed una peculiare manifestazione dello *ius puniendi* dello Stato, poiché si concludono con l'irrogazione di una sanzione. Inoltre, la pena comminata tende, da un lato, al fine retributivo, ma, dall'altro lato, non è esente da una rilevante componente di prevenzione speciale, grazie alla quale si incentiva l'astensione dal compimento di ulteriori condotte criminose. Se dunque il ruolo del giudice si risolve in una mera ratifica formale dell'accordo, tuttavia tale intervento garantisce la piena volontarietà e consapevolezza dell'adesione dell'indagato.

Il Giudice dell'Unione ha poi condotto l'analisi dell'art. 54 CAAS secondo i modelli ermeneutici sistematico e finalistico, per giungere a sottolineare come, indipendentemente dal dato letterale di alcune versioni linguistiche, la sua portata debba abbracciare anche provvedimenti diversi dalla sentenza<sup>1203</sup>. Un contrario apprezzamento comporterebbe un insanabile contrasto con le finalità garantiste sottese al divieto di doppio giudizio, che ne risulterebbero gravemente frustrate a causa di una eccessiva limitazione dello spettro applicativo del principio.

Parimenti, una lettura restrittiva arrecherebbe grave *vulnus* alla coerenza interna alla Convenzione di Applicazione dell'Accordi di Schengen, con l'art. 58, a mente del quale gli Stati possono prevedere divieti di doppio giudizio più rigorosi in relazione a specifiche «decisioni giudiziarie» genericamente intese. Se dunque le Parti contraenti sono legittimate a rafforzare il *ne bis in idem* rispetto ad ogni provvedimento giurisdizionale, *a fortiori* il principio deve trovare applicazione per tipologie di pronunce diverse dalle sentenze, ma che in concreto definiscano il procedimento nel merito della causa e, come nel caso di specie, addirittura comportino un'estrinsecazione della potestà punitiva dello Stato.

L'interpretazione estensiva si giustifica infine per l'urgenza di evitare che il ricorso a questi riti premiali, invero particolarmente favorevoli per l'indagato in presenza di chiari elementi di colpevolezza, sia fortemente pregiudicato e disincentivato, a causa del possibile avvio di un altro procedimento da parte dell'autorità giudiziaria straniera. Il Collegio di Lussemburgo, valorizzando un approccio pragmatico, ha pertanto accordato priorità all'effetto consumativo dell'azione penale derivante dai riti negoziali, indipendentemente dalla forma del provvedimento che ne cristallizza l'esito.

Per la natura stessa del concetto di irrevocabilità e per l'estrema frammen-

<sup>1203</sup> V. il punto 38 della sentenza.

tazione di istituti in vigore negli ordinamenti nazionali, tuttavia, la Corte non ha potuto intessere una nozione autonoma di decisione definitiva, limitandosi piuttosto ad imbastire i primi criteri generali utili alla corretta lettura ed applicazione di questo profilo.

Un secondo tassello chiarificatore fissato dalla giurisprudenza di Lussemburgo riguarda i provvedimenti che si caratterizzano per una natura meramente ed essenzialmente processuale e rispetto ai quali si esclude la capacità di esercitare qualsivoglia effetto preclusivo. Il principio è stato affermato in prima battuta nella sentenza *Miraglia*<sup>1204</sup>, nella quale la Corte ha statuito su un rinvio pregiudiziale formulato dall'autorità giudiziaria olandese in relazione ad un caso di traffico internazionale di stupefacenti verso l'Italia.

Poiché su tali vicende si erano innestati due procedimenti, rispettivamente nei Paesi Bassi ed in Italia, le autorità del primo Stato avevano disposto l'archiviazione dell'azione penale, eccedendo tuttavia in un secondo momento di non poter nemmeno prestare assistenza giudiziaria ed investigativa agli inquirenti italiani, in base all'art. 54 CAAS, nella convinzione che simile attività avrebbe determinato una violazione del divieto di doppio giudizio.

Il Giudice europeo ha ritenuto di non supportare tale interpretazione, in quanto la soluzione suggerita dalle autorità olandesi avrebbe determinato l'applicazione del *ne bis in idem* in relazione ad una mera decisione del pubblico ministero di non proseguire l'azione penale – peraltro originata da un coordinamento con gli inquirenti italiani e dalla conseguente volontà di non duplicare le indagini in corso – inidonea ad assicurare un effettivo accertamento dei profili di responsabilità in capo all'indagato. Valutando *a contrario* la pronuncia, l'orientamento della Corte consente di selezionare un ulteriore parametro utile a stabilire se un provvedimento intercorso ricada nell'ambito operativo dell'art. 54 CAAS: è infatti necessario considerare se la decisione in esame contenga una pur parziale statuizione sul merito della fattispecie o, in senso ulteriore, un esercizio dello *ius puniendi* statale<sup>1205</sup>.

La Corte ha peraltro affrontato la questione in maniera oltremodo succinta, motivando in sostanza attraverso il solo richiamo al dato teleologico, ed in

<sup>1204</sup> Cfr. la sentenza 10 marzo 2005, causa C-469/03, *Miraglia*, in *Racc.* p. I-2009.

<sup>1205</sup> Sotto questo profilo permangono tutt'oggi zone grigie circa il rapporto fra decisioni di natura amministrativa e decisioni penali aventi ad oggetto gli stessi fatti. Invero, le frequenti differenze di disciplina fra i vari ordinamenti nazionali possono determinare che lo stesso accadimento sia qualificato ora come reato penale, ora come illecito amministrativo, ad esempio nel campo delle infrazioni alle norme sulla circolazione dei veicoli. Sul punto, vi è chi ritiene prevalente il dato sostanziale, ovvero sia la valutazione del disvalore della condotta da parte di differenti autorità, con conseguente duplice procedimento e risposta sanzionatoria, altri invece sostengono l'ontologica differenza delle due tipologie di procedimento e provvedimento, con la conseguente necessità di limitarsi a coordinare il loro svolgimento, ad esempio assicurando il rispetto dell'art. 56 CAAS, a mente del quale, al momento del secondo processo, occorre considerare la frazione di pena già eseguita nell'altro Stato membro.

particolar modo alla incompatibilità di una lettura troppo estensiva del concetto di decisione definitiva rispetto alla finalità di conservare e sviluppare uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia posta dal Trattato. Il rigore argomentativo ha comunque consentito al Collegio di fissare un principio valido per tutte le ipotesi simili, nelle quali la natura procedimentale di un provvedimento dell'autorità statale prevalga del tutto sull'apprezzamento della responsabilità penale.

A conferma di ciò, l'orientamento avvalorato nella sentenza *Miraglia* è stato ribadito ed ulteriormente sviluppato nella successiva pronuncia *Turansky*<sup>1206</sup>, inerente al dibattuto inquadramento di una decisione di sospensione delle indagini da parte delle autorità di polizia slovacche<sup>1207</sup>.

In questo contesto, la Corte ha precisato di poter riconoscere carattere definitivo e conseguente portata preclusiva ad un provvedimento solo nella misura in cui esso sia idoneo ad estinguere in maniera definitiva l'azione penale intrapresa, mediante una decisione che abbia forza di *res judicata* nello Stato di emissione. Ai fini del *ne bis in idem* europeo, questo requisito deve essere ricostruito nella sua dimensione transnazionale, poiché l'art. 54 CAAS implica che uno Stato membro debba accordare efficacia preclusiva ad una pronuncia se nell'ordinamento di origine quello stesso provvedimento è idoneo ad innescare il divieto di doppio giudizio. Se invece tale effetto non opera, allora il secondo giudizio può essere avviato, poiché altrimenti il divieto di *bis in idem* si tradurrebbe in una insuperabile preclusione all'accertamento nel merito delle responsabilità. In assenza di efficacia di giudicato, pertanto, la decisione dell'autorità di un altro Stato membro integra una sospensione dell'accertamento, che può essere superata ad esempio una volta scoperte nuove e più rilevanti prove.

D'altra parte, la prassi processuale evidenzia una considerevole varietà di situazioni, che non sempre l'individuazione di parametri valutativi di ampio respiro può risolvere. Nelle sentenze sinora citate, in effetti, la Corte non ha chiarito se la valutazione sul merito della causa rappresenti in ogni caso una *conditio sine qua non* per l'applicazione del *ne bis in idem*. La questione è stata in via indiretta sollevata nel caso *Gasparini*<sup>1208</sup>, nel quale si prospettava una fondamentale alternativa, suscettibile di rilevanti conseguenze pratiche: subordinare il divieto di doppio giudizio ad un effettivo accertamento nel meri-

<sup>1206</sup> Cfr. la sentenza 22 dicembre 2008, causa C-491/07, *Turansky*, in *Racc.* p. I-11039.

<sup>1207</sup> Un profilo interessante di questa pronuncia riguarda in realtà ciò che la Corte non ha precisato. Bisogna infatti ricordare come il provvedimento che il Giudice dell'Unione ha valutato non definitivo era un atto della polizia giudiziaria e non dell'autorità giurisdizionale. La Corte ha tuttavia escluso l'effetto preclusivo di tale decisione non sulla base della natura dell'organo che lo aveva emesso, ma in ragione della sua oggettiva inidoneità ad estinguere *in toto* l'azione penale. Non è dunque chiaro dalla giurisprudenza della Corte se il divieto di doppio procedimento possa sorgere anche da atti di organi diversi dall'autorità giudiziaria.

<sup>1208</sup> Cfr. la sentenza 28 settembre 2006, causa C-467/04, *Gasparini*, in *Racc.* p. I-9199.

to o ritenere sufficiente a tale fine la dichiarazione di estinzione di un reato per intercorsa prescrizione.

A favore di quest'ultima impostazione deponevano alcune considerazioni. Anzitutto, la *ratio* della prescrizione affonda le radici nell'obiettivo di prevenzione generale sotteso all'irrogazione di una pena, poiché tale istituto interviene nelle ipotesi in cui, per il decorso di un significativo lasso di tempo, l'interesse collettivo alla sanzione sia mitigato se non del tutto neutralizzato. In linea di principio, dunque, la declaratoria di estinzione del reato non presuppone alcuna valutazione sui profili di responsabilità. Inoltre, il secondo orientamento scoraggerebbe indebiti tentativi di *forum shopping* da parte degli indagati, con il fine di beneficiare del regime prescrizionale di maggior favore<sup>1209</sup>.

Ciononostante, la Corte ha optato per la lettura più estensiva dell'art. 54 CAAS, prendendo le mosse da una opposta prospettiva. Essa ha infatti evidenziato come nessuna disposizione del Trattato o della CAAS subordini l'operatività del *ne bis in idem* alla previa armonizzazione dei sistemi penali nazionali, né di conseguenza alla definizione di norme comuni in materia di prescrizione. Ne deriva che le scelte normative esercitate in materia da ciascuno Stato membro non possono costituire un ostacolo alla piena applicazione del divieto di doppio giudizio. Piuttosto, alla luce del principio del reciproco riconoscimento, gli Stati sono tenuti ad accettare le soluzioni alle quali perviene l'applicazione del diritto di altri Stati membri.

Il Giudice dell'Unione ha inoltre valorizzato il dato sistematico, con particolare riguardo per la tendenza ad attribuire rilievo all'istituto della prescrizione nella produzione normativa europea nel settore cooperazione penale: segnatamente, la Corte di Lussemburgo ha sottolineato come anche la decisione quadro sul mandato d'arresto europeo, all'art. 4, par. 1, preveda la possibilità di rifiutare l'esecuzione del mandato nell'ipotesi in cui, in base alle norme dello Stato richiesto, il reato sia prescritto e ricada nella giurisdizione di detto Stato<sup>1210</sup>. Se dunque il decorso del termine di prescrizione giustifica il rifiuto di una richiesta di cooperazione giudiziaria, anche in assenza di una decisione che lo accerti, *a fortiori* ciò deve valere ove l'autorità giudiziaria sia già intervenuta con un provvedimento volto a dichiarare l'estinzione del reato<sup>1211</sup>.

<sup>1209</sup> Questi in effetti, in vista di tale obiettivo, potrebbero decidere di spostarsi in uno Stato membro che offra condizioni di maggior vantaggio, per poi eccepire la sussistenza di una dichiarazione di estinzione del reato nell'ipotesi di nuovo giudizio avviato dalle autorità di un altro Stato.

<sup>1210</sup> Pur trattandosi di una causa di non esecuzione facoltativa, è indicativa della volontà del legislatore europeo di dare rilievo al compimento del termine prescrizionale.

<sup>1211</sup> Bisogna peraltro rilevare un ulteriore dato normativo rilevante dal punto di vista sistematico. Tanto l'art. 15, n. 2, della decisione quadro sul mandato d'arresto europeo quanto l'art. 57 CAAS dispongono infatti che l'autorità giudiziaria di uno Stato membro possa chie-



La Corte ha aggiunto un ulteriore elemento al *corpus* di criteri interpretativi della nozione di decisione definitiva con la citata sentenza *Van Straaten*, originata da una pronuncia assolutoria motivata dall'insufficienza di prove a carico dell'imputato. In un simile caso, in effetti, il carattere decisivo della statuizione del giudice nazionale investe l'impossibilità, allo stato degli atti, di ascrivere una condotta criminosa ad un determinato soggetto. Di regola, una volta intercorso il provvedimento irrevocabile, anche in presenza di nuove evidenze probatorie a carico del soggetto prosciolto, il procedimento non potrebbe più essere riaperto nei suoi confronti<sup>1212</sup>.

Perciò, anche in queste ipotesi può avere applicazione il divieto di doppio giudizio, ancora una volta in ossequio al principio del reciproco riconoscimento ed all'obiettivo di realizzare uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, traguardo che, come efficacemente sostenuto dall'avvocato generale Jarabo Colomer non consente di «dubitare di un'analogia conclusione in un contesto sovranazionale come quello dell'Unione europea, a meno di non adottare una visione gretta e reticente, che ripudi due pilastri di tale spazio comune: la fiducia reciproca, con il mutuo riconoscimento delle decisioni giurisdizionali, ed il rispetto dei diritti fondamentali dei cittadini»<sup>1213</sup>.

La causa *M.*<sup>1214</sup> ha ulteriormente chiarito il dubbio se effetti preclusivi possano derivare da una decisione di non luogo a procedere suscettibile di riconsiderazione in presenza di nuovi fatti o prove sopravvenute a carico dell'imputato. Al riguardo, il Giudice dell'Unione ha confermato l'assunto in base al quale la mera circostanza che un procedimento possa essere in futuro riaperto non è sufficiente a neutralizzare il divieto di doppio giudizio<sup>1215</sup>, né lo è, in assonanza con la giurisprudenza CEDU, la disponibilità di mezzi di impugnazione straordinari<sup>1216</sup>.

La giurisprudenza sinora considerata ha da ultimo il suo naturale completamento nelle sentenze della Corte rispetto ad un'altra condizione operativa del *ne bis in idem* prevista dall'art. 54 CAAS, ossia il fatto che la pena irrogata con la sentenza di condanna sia stata eseguita, sia in corso di esecuzione o non

dere lumi agli organi propri omologhi che in un altro Stato membro hanno adottato la decisione. Oggetto di tali richieste di assistenza ed informazione è proprio la natura definitiva o meno del provvedimento, sulla base del diritto nazionale.

<sup>1212</sup> Cfr. le conclusioni dell'avvocato generale Jarabo Colomer dell'8 giugno 2006 alla causa *van Straaten*, cit.

<sup>1213</sup> Cfr. il punto 67 delle su menzionate conclusioni.

<sup>1214</sup> Sentenza del 5 giugno 2014, causa C-398/12, *M.*, non ancora pubblicata. Nel caso in esame, in particolare, si trattava di una pronuncia motivata dalla mancanza di un impianto probatorio idoneo a sostenere l'accusa in giudizio.

<sup>1215</sup> Sentenza dell'11 dicembre 2008, causa C-297/07, *Bourquain*, in *Racc.* p. I-9425, punto 40.

<sup>1216</sup> Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 10 febbraio 2009, *Zolotoukhin c. Russia*, ricorso n. 14939/03, par. 108.

possa più essere eseguita. Il presupposto in esame ha invero determinato alcune difficoltà ricostruttive in rapporto alla frammentazione degli ordinamenti nazionali, che presentano una notevole varietà di misure alternative alla detenzione e di istituti che consentono di sospendere l'esecuzione delle pene comminate.

Proprio quest'ultimo profilo è stato posto all'attenzione della Corte di giustizia nella causa *Kretzinger*<sup>1217</sup>, nella quale il giudice dell'Unione ha chiarito che la pena condizionalmente sospesa deve essere considerata come in corso di esecuzione e, una volta fruttuosamente decorso il termine di sospensione, può ritenersi eseguita<sup>1218</sup>. Nell'ipotesi in cui le prescrizioni alle quali è vincolata la sospensione siano violate, infatti, il soggetto coinvolto si troverebbe con ogni probabilità a dover scontare la pena applicata; al contrario, il proficuo svolgimento del periodo di "congelamento" dell'esecuzione comporta una valutazione positiva sulla condotta del condannato, che giustifica il venir meno della pretesa punitiva dello Stato, pur a fronte dell'accertata responsabilità penale.

Lo stesso dicasi per le pene che, a motivo della successione di leggi penali nel tempo, non siano più suscettibili di esecuzione, a motivo dell'esigenza di rispettare il principio di legalità. Questa circostanza si è in effetti presentata nel caso *Bourquain*<sup>1219</sup>, nel quale la riforma del codice penale militare francese – e segnatamente l'abolizione della pena capitale – aveva reso ineseguibile la pena di morte comminata all'imputato negli anni '60, in relazione all'omicidio di un commilitone<sup>1220</sup>.

L'approccio estensivo della Corte di giustizia alla nozione di sentenza definitiva è in conclusione paradigmatico dell'impulso che il divieto di doppio giudizio può assicurare al reciproco riconoscimento ed alla fiducia tra le autorità nazionali. Esso in particolare traccia una linea – non certo retta – di demarcazione tra rafforzamento della cooperazione giudiziaria nell'UE e rispetto per le peculiarità degli ordinamenti nazionali, costituendo dunque uno degli approdi più rilevanti ai quali la cooperazione giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri è pervenuta.

L'importanza dell'orientamento della Corte trova conferma in un'analisi

<sup>1217</sup> V. la sentenza 18 luglio 2007, causa C-288/05, *Kretzinger*, in *Racc.* p. I-6441.

<sup>1218</sup> È interessante notare come la Corte sia consapevole delle possibili ripercussioni applicative della propria pronuncia, in quanto essa stessa sottolinea la significativa diffusione negli Stati membri di misure ad effetto sospensivo o alternative alla detenzione. V. il punto 40 della sentenza.

<sup>1219</sup> V. la sentenza 11 dicembre 2008, *Bourquain*, cit.

<sup>1220</sup> Il signor Bourquain si era infatti sempre sottratto all'esecuzione della pena capitale, rifugiandosi in Germania, dove, nel 2002, era stato avviato un nuovo procedimento per quegli stessi fatti delittuosi. Il ricorrente, tuttavia, aveva eccepito che l'omicidio era già stato giudicato dalle autorità penali militari francesi e che la pena non era più suscettibile di esecuzione, invocando di conseguenza il divieto di doppio giudizio.

comparativa del testo dell'art. 54 CAAS con il disposto dell'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, che consacra in questa fonte di valore primario il divieto di doppio giudizio. L'art. 50, infatti, nella versione linguistica italiana, ricorre così come l'art. 54 CAAS all'espressione «sentenza penale definitiva», di modo che un'interpretazione letterale – come visto rigettata dalla Corte a favore di una lettura maggiormente ambiziosa del principio – potrebbe circoscrivere in misura significativa il campo operativo del divieto di doppio giudizio. Occorre inoltre ricordare che l'art. 50 della Carta non riguarda solamente il *ne bis in idem* sovranazionale, ma investe altresì tutte le situazioni che, sebbene limitate entro i confini di uno Stato, presentino un legame con il diritto dell'Unione europea e rivelino il rischio di una violazione del principio<sup>1221</sup>. Ne deriva dunque la possibilità di applicare i criteri ermeneutici elaborati dalla Corte di giustizia anche a questo nuovo *genus* di fattispecie<sup>1222</sup>.

## 5. I limiti del reciproco riconoscimento nella cooperazione in materia penale

L'analisi sinora condotta ha consentito di delineare l'impulso normativo e giurisprudenziale – nonché l'afflato ideale – che eleva il reciproco riconoscimento a cardine dell'ordinamento dell'Unione e della cooperazione giudiziaria in materia penale in particolare. È pur vero, nondimeno, che il reciproco riconoscimento – e con esso la fiducia tra le autorità nazionali – non costituisce un principio giuridico assoluto, come peraltro la Corte di giustizia stessa ha precisato<sup>1223</sup>.

Molteplici fattori di varia natura ed incisività concorrono infatti a mitigarne la portata, imponendo un bilanciamento tra l'avanzamento del processo di integrazione ed ulteriori interessi di pari rilevanza. Da questo punto di vista, nella consapevolezza di dover navigare a vista in una materia oltremodo complessa ed articolata, si intende operare in questa sede uno sforzo di sistematiz-

<sup>1221</sup> Basti pensare all'ipotesi di norme penali nazionali che ricadano nell'ambito di applicazione di una direttiva, come avvenuto nella sentenza del 26 febbraio 2013, causa C-617/13, *Fransson*, non ancora pubblicata, sulla quale v. più diffusamente il Cap. V, par. 3.

<sup>1222</sup> È peraltro doverosa sin d'ora una precisazione che sarà oggetto di maggiore approfondimento nel corso dell'analisi: in relazione alla dimensione statale del *ne bis in idem*, la Corte dovrà altresì valorizzare appieno la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. L'art. 4 del Protocollo n. 7 della CEDU disciplina infatti il divieto di doppio giudizio all'interno di una stessa giurisdizione e l'art. 52 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE impone di interpretare ogni sua previsione in senso coerente con la giurisprudenza di Strasburgo, allo scopo di garantire una tutela almeno equivalente. A conferma di ciò, le spiegazioni dell'art. 50 della Carta prevedono espressamente che «[p]er quanto riguarda le situazioni contemplate dall'articolo 4 del Protocollo 7, vale a dire l'applicazione del principio all'interno di uno Stato membro, il diritto garantito ha lo stesso significato e la stessa portata del corrispondente diritto sancito dalla CEDU». V. *infra*, Cap. V, par. 3.

<sup>1223</sup> Cfr. ad esempio le citate sentenze *Wolzenburg*, *Lopes da Silva e Radu*.

zazione, ripartendo i confini del reciproco riconoscimento in tre distinte categorie.

Vengono anzitutto presi in considerazione i limiti europei di natura normativa, che scaturiscono cioè dalle norme dei Trattati e dagli atti di diritto derivato e che non di rado hanno determinato un considerevole contenzioso a livello nazionale ed europeo. La trattazione si sofferma successivamente sui confini che traggono origine dal rapporto tra diritto dell'Unione ed attività di recepimento in sede nazionale. Essi traggono linfa in via principale dalla spesso ampia potestà discrezionale riservata ai legislatori interni, anche a tutela di interessi essenziali degli Stati membri. Infine, prendendo le mosse dalla dimensione nazionale, si intendono approfondire alcuni dei limiti pratici del reciproco riconoscimento, che derivano cioè dalla messa in opera dei meccanismi di cooperazione da parte delle autorità giudiziarie interne.

Nel condurre questa analisi, priva di pretese di esaustività soprattutto rispetto alla prassi nazionale, le due anime del reciproco riconoscimento sino a questo momento prospettate – l'una derivante dall'impulso giurisprudenziale ed esemplificata dal divieto di doppio giudizio, l'altra rafforzata dall'adozione da parte del legislatore europeo di atti di diritto derivato volti ad agevolare l'attuazione del principio – manifestano ora tratti comuni ora significative differenze e vengono pertanto nella maggior parte dei casi considerate in maniera distinta.

### *5.1. I limiti di carattere normativo*

È interessante rilevare come, a fronte della dichiarata centralità del reciproco riconoscimento nella sistematica della cooperazione penale, il legislatore europeo stesso vi abbia posto dei limiti, consacrati proprio nelle norme derivate destinate ad incentivarne l'attuazione. I principali fattori all'origine di questa scelta derivano dalla peculiare sensibilità della materia penale, che investe interessi nazionali e individuali non di rado meritevoli di protezione anche da parte del legislatore europeo, a discapito dell'avanzamento del processo di integrazione o, in una prospettiva ottimistica, a beneficio del suo più armonico sviluppo.

Non a caso, parte della dottrina opportunamente riconduce in via generale le limitazioni in esame ad un tentativo da parte del legislatore sovranazionale di tradurre nel disposto secondario gli imperativi che promanano dai principi di sussidiarietà e proporzionalità e che assumono una rilevanza decisiva nel contesto del Titolo V TFUE<sup>1224</sup>.

Nella materia in esame, pertanto, i limiti normativi all'operatività del reciproco riconoscimento rispondono in massima parte alla necessità di assicura-

<sup>1224</sup> Cfr. M. FLETCHER, R. LOOF, B. GILMORE, *EU criminal law and justice*, Cheltenham, 2008, p. 194.

re prevalenza a taluni interessi prioritari degli Stati membri o degli individui coinvolti, altrimenti soffocati dalla portata dirompente del principio. La frammentazione degli ordinamenti interni e la tutela dei diritti processuali costituiscono invero due fonti elettive delle barriere alla fiducia tra le autorità nazionali, spesso cristallizzate nell'articolato degli atti di diritto secondario.

Al contempo, anche alla luce del menzionato principio di proporzionalità, si pone l'esigenza di assicurare che i meccanismi di cooperazione vengano azionati dagli Stati in relazione a vicende di una certa gravità ed aventi effettiva portata transfrontaliera, rispetto alle quali dunque il diritto dell'UE possa esercitare appieno quel valore aggiunto prospettato dalla Commissione europea nella comunicazione sulla futura politica penale europea<sup>1225</sup>.

Poste queste premesse, ci si intende interrogare su tre passaggi consecutivi: l'eventuale incisività del giudizio sull'equivalenza delle soluzioni normative nazionali; le clausole normative che concretizzano l'attenzione del Parlamento e del Consiglio per gli ordinamenti nazionali e i diritti fondamentali dell'individuo; l'eventuale sussistenza di una regola *de minimis*, che, espressiva del principio di proporzionalità, consenta di circoscrivere la portata operativa degli atti sul reciproco riconoscimento alla sola casistica di maggiore rilevanza.

#### 5.1.1. Reciproco riconoscimento e frammentazione degli ordinamenti nazionali. Il criterio dell'equivalenza

Il diritto penale sostanziale e processuale è stato spesso rappresentato, con immagini ed espedienti retorici variegati, come lo specchio dei valori che animano una determinata collettività. La scelta sulla qualificazione di una condotta come reato o meno, così come sulla conformazione del rito processuale e dei suoi istituti, riflettono invero la gerarchia degli interessi considerati meritevoli di protezione rafforzata mediante il sistema penale<sup>1226</sup>.

Questa circostanza comporta che, a seconda di fattori sociali, geografici, economici o di altra e varia natura, diverse realtà di consociati generino altrettanto differenti soluzioni normative, foriere di implicazioni e conseguenze anche diametralmente opposte.

Il frutto comune di queste radici locali – *rectius*, di fatto, nazionali – è il significativo grado di frammentazione che contraddistingue i singoli sistemi

<sup>1225</sup> V. *ante*, Cap. II, par. 6.2.

<sup>1226</sup> Per un'analisi sul punto v., in termini generali, G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2012, p. 5. Il tema dei beni giuridici è fortemente debitore della riflessione di Bricola. V. in particolare F. BRICOLA, *Politica criminale e scienza penale*, Bologna, 1997. V. inoltre le riflessioni di M. DONINI, *Dogmatica penale e politica criminale a orientamento costituzionalistico. Conoscenza e controllo critico delle scelte di criminalizzazione*, in *Dei delitti e delle pene*, 1998, p. 37. La dottrina penalistica ha altresì avviato riflessioni sul concetto di bene giuridico e di materia penale a livello europeo. V. ad esempio F. CONSULICH, 'Materia penale' e tutela dei beni giuridici nello spazio unitario europeo, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2006, p. 65.

penali, anche in un'area sotto molti profili omogenea come l'Europa. Nonostante il processo di integrazione europea e la comune appartenenza al sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, anch'esso efficace impulso al ravvicinamento degli ordinamenti nazionali verso un patrimonio comune di principi e regole condivisi<sup>1227</sup>, la materia penale assume più di altre multiformi declinazioni a livello nazionale.

Tale dato di fatto è confermato altresì dalle istituzioni europee<sup>1228</sup>, ma la Corte, soprattutto nella giurisprudenza in materia di divieto di doppio giudizio, ha rigettato l'idea che esso possa incidere negativamente sullo spettro operativo del reciproco riconoscimento: le autorità nazionali sono infatti di regola chiamate ad accogliere l'operato del giudice straniero e a darvi esecuzione, anche nel momento in cui esso conduca ad approdi differenti rispetto alle norme nazionali<sup>1229</sup>.

Occorre inoltre ricordare che, sempre nell'opinione del Giudice dell'Unione, il dovere di riconoscere ed eseguire il provvedimento giurisdizionale straniero non è formalmente subordinato ad una previa attività normativa che consenta il ravvicinamento degli ordinamenti nazionali<sup>1230</sup>.

Queste considerazioni in definitiva apparirebbero *icto oculi* sufficienti a negare la necessità, l'opportunità o la rilevanza di un controllo sull'equivalenza degli effetti della decisione sulla quale verta la richiesta di cooperazione, similmente a quanto visto per lo sviluppo del principio nell'ambito del mercato interno. Anche in assenza di una reale comparabilità tra due sistemi, opererebbe comunque una presunzione di equivalenza in astratto, di portata sistematica.

La conferma di simili premesse si riscontra in particolare nella giurisprudenza intervenuta sull'art. 54 CAAS. Ad esempio, la Corte Lussemburgo ha sostenuto una lettura materiale del requisito dell'*idem factum*, ritenendo applicabile il divieto di doppio giudizio in ogni ipotesi di identità storica dei fatti delittuosi, indipendentemente dalla loro qualificazione giuridica negli ordinamenti nazionali coinvolti<sup>1231</sup>. Optando per tale impostazione, il Collegio ha dunque svincolato l'operatività del principio dalla valutazione dei rispettivi sistemi penali, neutralizzando così – o quanto meno minimizzando<sup>1232</sup> – la verifica sull'equivalenza<sup>1233</sup>.

<sup>1227</sup> Cfr. ad esempio V. ZAGREBELSKY, *I giudici nazionali, la Convenzione e la Corte europea dei diritti umani*, in P. BILANCIA, E. DE MARCO (a cura di), *La tutela multilivello dei diritti, punti di crisi, problemi aperti, momenti di stabilizzazione*, Milano, 2004, p. 101.

<sup>1228</sup> Cfr. i documenti programmatici del Parlamento europeo e della Commissione europea sul futuro della politica penale europea, ampiamente discussi nel Cap. II, par. 6.2.

<sup>1229</sup> Cfr. la sentenza 9 marzo 2006, causa C-436/04, *van Esbroeck*, in *Racc.* p. I-2333, punto 30.

<sup>1230</sup> Sentenza *Gožútok e Brügge*, cit. punti 32-34.

<sup>1231</sup> V. *infra*, par. 5.1.5.

<sup>1232</sup> In fondo, riproponendo già citate argomentazioni dell'avvocato generale Jarabo Co-

Occorre d'altra parte interrogarsi sulla natura della citata presunzione di equivalenza. In effetti, il problema dell'introduzione di un più puntuale giudizio di comparabilità degli esiti processuali e sanzionatori connessi a differenti normative statali è stato indirettamente sollevato dinnanzi alla Corte di giustizia dall'avvocato generale Sharpston, nelle conclusioni presentate nella causa *Gasparini*<sup>1234</sup>, con riferimento allo specifico caso dei provvedimenti dichiarativi della prescrizione del reato. In simili situazioni, infatti, secondo l'avvocato generale, la statuizione del giudice straniero non comporta un accertamento sul merito delle condotte per le quali si è proceduto e non dovrebbe dunque essere considerata idonea a sbarrare il passo ad ulteriori iniziative processuali, che possano giungere ad una valutazione più approfondita e dunque ad un esito differente, per non dire più soddisfacente in termini di giustizia sostanziale.

L'argomentazione così proposta muove dalla consapevolezza che anche nell'ambito del mercato interno il mutuo riconoscimento non è assoluto e patisce limiti derivanti dalle esigenze imperative di interesse generale: analogamente, quanto meno nei casi in cui il sistema penale di uno Stato membro non abbia condotto ad una valutazione effettiva sulla responsabilità penale per sole ragioni legate al decorso di un lasso di tempo considerato eccessivo, si profilerebbe l'opportunità di consentire ad un'altra autorità giurisdizionale, nel rispetto delle norme processuali interne in base alle quali il termine di prescrizione non sia ancora spirato, di pervenire ad un giudizio nel merito.

Un regime almeno parzialmente diverso e maggiormente articolato contraddistingue invece il reciproco riconoscimento normativo, declinato cioè,

l'omer nelle menzionate cause *van Straaten e Gozütok e Brügger*, può evidenziarsi come la cooperazione giudiziaria in materia penale stessa abbia fondamento sulla ritenuta coerenza – e dunque equivalenza – dei principi generali ispiratori degli ordinamenti nazionali e dei sistemi penali in special modo. Il comune sostrato di principi e valori condivisi, che alimenta la fiducia reciproca, da un lato consente di avviare ad un approfondito controllo sull'adeguatezza delle altrui norme penali sostanziali e processuali e, dall'altro lato, costituisce in sé espressione di una presunta equivalenza dei pilastri sui quali hanno poggiano i singoli sistemi nazionali. Per una posizione critica v. S. PEERS, *Mutual recognition and criminal law in the European Union*, cit., p. 18.

<sup>1233</sup> Parte della dottrina si è interrogata sulla possibilità che i richiami al regime giuridico vigente negli Stati membri talora operati dalla Corte o, più spesso, dagli avvocati generali, costituiscano espressione di una sostanziale ricerca di equivalenza tra le soluzioni avvalorate negli ordinamenti interni. V. in questo senso C. JANSSENS, *The principle of mutual recognition*, cit., p. 154. In realtà, si tratta di uno strumento interpretativo che la Corte e gli avvocati generali valorizzano a corredo e supporto delle proprie posizioni, in via secondaria rispetto ai parametri ermeneutici elettivi: la lettera, il contesto e il fine delle norme considerate. V. sul punto l'approfondita analisi di K. LENAERTS, *Interlocking legal orders in the European Union and comparative law*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2003, p. 873.

<sup>1234</sup> V. le conclusioni del 15 giugno 2006, nella causa *Gasparini*, cit., in particolare i punti 108-110.

come visto, mediante singoli atti di diritto derivato che lo applicano a specifiche tipologie o categorie di provvedimenti giurisdizionali. In questo contesto, infatti, il legislatore europeo ha in molte occasioni inserito meccanismi o istituti che consentano un maggior bilanciamento tra l'esigenza di rafforzare la cooperazione ed il rispetto per gli istituti sostanziali e processuali vigenti negli ordinamenti interni.

Si evidenziano così, da un lato, talune disposizioni che impongono un obbligo di cooperazione assoluto o quanto meno rafforzato, che non trova dunque limite nell'equivalenza dei sistemi penali interessati. Il caso emblematico concerne la decisione quadro 2005/214/GAI sul riconoscimento delle pene pecuniarie, il cui art. 9, par. 3, prevede che lo Stato di esecuzione dia séguito anche alle misure comminate nei confronti di persone giuridiche, anche qualora nell'ordinamento nazionale non siano disciplinate forme di responsabilità penale in capo agli enti. Lo stesso si dica per la decisione quadro relativa al riconoscimento delle decisioni di confisca<sup>1235</sup>, che presenta una disposizione analoga all'art. 12, par. 3. Allo stesso tempo, le decisioni quadro sul riconoscimento delle misure alternative alla custodia cautelare e sui provvedimenti di sospensione condizionale della pena prevedono che l'esecuzione possa essere affidata anche ad organismi non giudiziari, se prescritto dalle norme nazionali ed anche se nello Stato emittente analoghe decisioni siano riservate ad autorità togate<sup>1236</sup>.

Dall'altro lato, lo Stato di esecuzione e lo Stato di emissione sono spesso legittimati a condurre una valutazione sull'equivalenza delle altrui norme penali sostanziali e processuali, potendo eventualmente orientare la richiesta di cooperazione in senso conforme al proprio ordinamento. Nella maggior parte delle ipotesi questo potere è accordato allo Stato richiesto, per la natura stessa dell'attività che è chiamato a svolgere e per le frizioni tra diversi sistemi giuridici che questa può comportare, *a fortiori* in una materia in cui i principi generali influiscono fortemente sulla normativa di dettaglio. In quest'ottica trovano spiegazione le previsioni che subordinano l'esecuzione del provvedimento giurisdizionale ad una sua previa rimodulazione o modifica, necessaria a scongiurare la violazione del principio di legalità.

Ad esempio, se la pena pecuniaria irrogata all'estero supera l'apice della cornice edittale previsto a livello nazionale e se la condotta per la quale si è proceduto ricade almeno in parte sotto la giurisdizione dello Stato richiesto,

<sup>1235</sup> Cfr. la decisione quadro 2006/783/GAI del Consiglio, del 6 ottobre 2006, relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle decisioni di confisca, in GU L 328, del 24 novembre 2006, p. 59.

<sup>1236</sup> V. rispettivamente l'art. 6, par. 2, della decisione quadro 2009/829/GAI, già citata, e l'art. 3, par. 2, della decisione quadro 2008/947/GAI del Consiglio, del 27 novembre 2008, relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sentenze ed alle decisioni di sospensione condizionale in vista della sorveglianza delle misure di sospensione condizionale e delle sanzioni sostitutive, in GU L 337, del 16 dicembre 2008, p. 12.



l'autorità di esecuzione può ridurla sino a tale ammontare massimo<sup>1237</sup>. Analoghe previsioni si riscontrano per ulteriori tipologie di decisioni giurisdizionali, ad esempio in tema di sospensione condizionale e sanzioni sostitutive alla detenzione o di ordine di protezione<sup>1238</sup>. In quest'ultimo caso, però, tale possibilità opera esclusivamente a beneficio del soggetto coinvolto, in quanto il criterio dell'equivalenza non può valere a peggiorare la situazione della persona sottoposta a procedimento penale.

Talvolta, il legislatore europeo subordina espressamente ed in maniera perentoria il compimento di meccanismi di cooperazione ad una previa verifica di equivalenza, ad esempio nel caso in cui una pena pecuniaria non possa essere eseguita per incapacità del condannato e lo Stato di esecuzione voglia sostituirla con un periodo di detenzione, o laddove si intenda sostituire un provvedimento di confisca con il pagamento per equivalente. In entrambe le situazioni, l'autorità di esecuzione può procedere solo se le norme nazionali consentono in via generale, per situazioni simili, tale esito<sup>1239</sup>. Un approccio simile si riscontra nelle ipotesi in cui l'autorità di esecuzione è legittimata a sostituire istituti richiamati dallo Stato di emissione, ma non disciplinati nell'ordinamento nazionale, nonché laddove lo Stato di esecuzione è più in generale chiamato ad applicare alla richiesta di cooperazione tutte le norme alle quali ricorrerebbe in casi analoghi a livello nazionale<sup>1240</sup>.

Specularmente, in un novero più circoscritto di situazioni, anche lo Stato di emissione beneficia della possibilità di invocare un certo grado di comparabilità fra il proprio ordinamento ed il sistema penale dello Stato di esecuzione. Alcune decisioni quadro, ad esempio, come poc'anzi indicato, permettono all'autorità richiedente di revocare il certificato che accompagna il provvedimento del quale si sollecita il riconoscimento. Questa possibilità è riconosciuta in particolare nel momento in cui le norme degli Stati siano ritenute eccessivamente divergenti o se l'autorità di esecuzione, nell'adattare la decisione alle caratteristiche del proprio sistema penale, di discosti eccessivamente dall'impostazione originaria.

Ad una visione di insieme, in definitiva, numerose previsioni presuppon-

<sup>1237</sup> Cfr. l'art. 8, par. 1, della decisione quadro.

<sup>1238</sup> V. in particolare, rispettivamente, l'art. 9, par. 1 e 2, della decisione quadro 2008/947/GAI del Consiglio, del 27 novembre 2008, relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sentenze e alle decisioni di sospensione condizionale in vista della sorveglianza delle misure di sospensione condizionale e delle sanzioni sostitutive, in *GU L 337*, del 16 dicembre 2008, p. 102, e l'art. 9 della menzionata direttiva 2011/99/UE sull'ordine di protezione europeo.

<sup>1239</sup> V. rispettivamente l'art. 10 della decisione quadro 2005/214/GAI e l'art. 7 della decisione quadro 2006/783/GAI.

<sup>1240</sup> Un caso emblematico è rappresentato dalla direttiva 2014/41/UE sull'ordine di indagine penale, il cui art. 9 dispone che l'esecuzione debba essere condotta sulla base delle norme che lo Stato coinvolto applicherebbe per situazioni simili in sede nazionale.

gono un giudizio di comparabilità, frapponendo così alla cooperazione il limite di questa verifica. Tuttavia, solo in rare occasioni l'equivalenza costituisce una condizione inderogabile per la cooperazione giudiziaria e nella maggior parte dei casi essa appare confinata ad ambiti ed istituti molto specifici, che non intaccano nel complesso i meccanismi disciplinati dalle norme europee. Se di limite alla collaborazione tra autorità giudiziarie si può senz'altro trattare, dunque, è pur vero che la capacità preclusiva rispetto alla portata del reciproco riconoscimento risulta alquanto circoscritta e di scarsa incisività.

In quest'ottica, si ritiene di poter ricollegare all'equivalenza tre finalità elettive: essa mira in primo luogo a veicolare e rafforzare la fiducia tra le autorità nazionali, smussando i principali punti di frizione o frattura tra gli ordinamenti nazionali. In secondo luogo, la comparabilità degli ordinamenti si rivela spesso funzionale al corretto svolgimento delle procedure di cooperazione, poiché scongiura che la frammentazione degli ordinamenti nazionali determini ostacoli pratici o ponga sotto pressione principi essenziali del diritto penale sostanziale e processuale nazionale. Infine, essa si risolve in un criterio ordinatore delle funzioni rispettivamente attribuite alle autorità che intervengono nella procedura di riconoscimento ed esecuzione, modulate in maniera diversa a seconda dell'incisività delle conseguenze di una decisione sugli ordinamenti interni. Da limite alla cooperazione, pertanto, l'equivalenza si dimostra un principio capace di alimentare il compimento dei meccanismi di cooperazione.

La lettura operativa qui proposta concorre a spiegare la ragione per la quale aspetti potenzialmente esposti in ampia misura ad un'indagine sull'equivalenza dei sistemi penali interessati ne siano in realtà *in toto* esclusi. Uno degli esempi più rilevanti è senz'altro la menzionata elisione del requisito della doppia incriminazione per taluni reati, accomunati dall'accentuato disvalore sociale e dalla gravità della lesione agli interessi protetti. L'elencazione di 32 fattispecie, inaugurata con la decisione quadro sul mandato d'arresto europeo, è riproposta in molte fonti adottate in materia di cooperazione penale e presuppone la mancanza di una previa verifica di equivalenza quanto alle scelte di criminalizzazione delle condotte enumerate.

Potrebbe dunque verificarsi l'ipotesi in cui un determinato comportamento, qualificato come delitto in un ordinamento, non sia parimenti considerato in un diverso sistema penale. Si potrebbe trattare peraltro di situazioni potenzialmente molto sensibili, quali la disciplina giuridica dell'interruzione di gravidanza o dell'eutanasia, espressive di scelte etiche tanto contrastate quanto radicate in ciascuna collettività<sup>1241</sup>.

<sup>1241</sup> In materia, peraltro, la Corte ha spesso dimostrato di non voler imporre agli Stati scelte etiche o valoriali delicate, su questioni sulle quali a livello degli Stati membri non vi sia diffuso consenso. Cfr. ad esempio la sentenza del 18 ottobre 2011, causa C-34/10, *Brüstle*, in *Racc.* p. I-9821, con la quale la Corte ha escluso la brevettabilità delle invenzioni biotecnologi-

Al riguardo, interrogata sulla validità della relativa previsione della decisione quadro sul mandato d'arresto europeo, la Corte di giustizia ha confermato che la lista di fattispecie in esame non viola il principio di legalità: anche nell'ipotesi di differenti soluzioni normative avvalorate in sede nazionale, il punto di riferimento per la qualificazione giuridica di una condotta è l'ordinamento dello Stato di emissione, la cui scelta di criminalizzazione è sufficiente a ritenere soddisfatto il principio in questione<sup>1242</sup>. Il Giudice dell'Unione ha inteso dunque evitare qualsiasi riferimento al tema dell'equivalenza, che avrebbe potuto scardinare uno degli elementi di forza individuati dal legislatore europeo per approfondire ed accelerare la cooperazione tra autorità giudiziarie<sup>1243</sup>.

*5.1.2. Il valore aggiunto della cooperazione penale: la delimitazione del campo applicativo del reciproco riconoscimento alle sole situazioni di particolare gravità o rilevanza*

Le istituzioni europee hanno in più occasioni precisato che la produzione normativa dell'Unione in materia penale dovrebbe costituire un *quid pluris* rispetto agli ordinamenti nazionali, allo scopo di rafforzare la prevenzione ed il contrasto di fenomeni criminosi di portata transfrontaliera e di particolare gravità. Così, l'adozione di norme minime su singole fattispecie penali o l'approvazione di atti nel settore processuale dovrebbero rispondere all'esigenza di assicurare un «valore aggiunto» all'azione dell'Unione verso la creazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia<sup>1244</sup>. Un «valore aggiunto» dunque sia rispetto alle altre politiche previste dai Trattati, sia rispetto all'operato degli Stati, troppo spesso neutralizzato dalla capacità diffusiva della criminalità o dalle barriere giuridiche che frappongono gli ordinamenti nazionali.

Questa premessa solleva un interrogativo riguardante l'ambito di operati-

che ottenute a partire da cellule staminali embrionali umane. Individua invece una tendenza opposta, nella più recente giurisprudenza della Corte F. DE WITTE, *Sex, drugs & EU law: the recognition of moral and ethical diversity in EU law*, in *Common Market Law Review*, 2013, p. 1545.

<sup>1242</sup> Cfr. la sentenza *Advocaten voor de Wereld*, cit., punti 51 e seguenti.

<sup>1243</sup> È interessante rilevare, peraltro, come nella pronuncia in questione la Corte abbia in via elettiva fatto ricorso al criterio interpretativo letterale, evitando invece di ricostruire il disposto delle decisioni quadro sulla base del criterio teleologico o del parametro sistematico, che avrebbero potuto motivare maggiormente un richiamo al principio di equivalenza. La Corte, inoltre, non ha fatto proprio il suggerimento proposto dall'avvocato generale Jarabo Colomer al punto 106 delle conclusioni. L'avvocato generale si era infatti soffermato sulla possibilità di divergenti interpretazioni circa la portata delle singole fattispecie enumerate nella decisione quadro, come possibile strumento per riportare in auge una valutazione sull'equivalenza e consentire allo Stato di esecuzione di invocare la deroga di cui all'art. 2, par. 1 e par. 4, della decisione quadro, ed eludere l'esclusione del controllo sulla doppia incriminazione.

<sup>1244</sup> V. la più volte menzionata comunicazione della Commissione COM(2011) 573.

vità degli atti europei sulla cooperazione penale: se essi devono rappresentare uno strumento volto a rafforzare il sostrato normativo preesistente, ci si chiede se la loro applicazione non debba essere circoscritta alle sole ipotesi di accentuata gravità. In altri termini, occorre valutare se, come in altri settori, disciplina della concorrenza *in primis*, sussista una regola *de minimis* che imponga di scongiurare l'attivazione dei meccanismi di cooperazione per fattispecie o situazioni bagatellari. Più correttamente, declinando il quesito secondo canoni propri dell'ordinamento UE e sulla base di categorie funzionali alla presente trattazione, bisogna considerare se l'operatività del reciproco riconoscimento sia o debba essere sottoposta ad una previa verifica di proporzionalità.

Una risposta positiva al quesito non rifletterebbe solamente l'idea di un «valore aggiunto» della normativa penale europea, ma si tradurrebbe altresì in un criterio ordinatore dello spazio giudiziario europeo, capace di razionalizzare il sistema, garantendo la sua efficacia e funzionalità. Da un lato, infatti, un controllo di proporzionalità concorrerebbe a neutralizzare le discrasie che possono derivare dalle multiformi scelte di criminalizzazione e sanzione avvalorate in sede nazionale per reati minori; dall'altro lato, esso consentirebbe di focalizzare le risorse – economiche, umane, strumentali e di tempo – sulle situazioni che realmente incarnino un grave nocimento all'ordine pubblico a livello transfrontaliero.

A questo riguardo, peraltro, la prassi evidenzia talune criticità, ad esempio palesate da un controverso e piuttosto considerevole novero di casi in cui una richiesta di cooperazione è stata trasmessa in relazione a fatti criminosi di dubbia rilevanza, quali il furto di una bicicletta o di altri beni di modico – se non irrisorio – valore<sup>1245</sup>. Se tali situazioni ben evidenziano l'essenza dello spazio giudiziario europeo comune, nel quale potenzialmente ogni autorità nazionale concorre al contrasto della criminalità, al contempo esse mal si attagliano in tutta evidenza all'idea di una regola *de minimis*<sup>1246</sup>.

<sup>1245</sup> Alcuni autori evidenziano come reati minori, o «*petty criminality*» abbiano non di rado occupato la scena dell'esperienza operativa del mandato d'arresto europeo, soprattutto da parte delle autorità di taluni Stati membri. Ad esempio, la prassi ha consentito di rilevare come le autorità polacche abbiano diretto a quelle britanniche numerose richieste di cooperazione per reati contro il patrimonio di limitatissima capacità lesiva, non ultimi furti di galline. V. in questo senso l'analisi della situazione del Regno Unito v. Joint Committee on Human Rights of the House of Lords and of the House of Commons, *The human rights implications of UK extradition policy*, reperibile all'indirizzo internet <http://www.publications.parliament.uk/pa/jt201012/jtselect/jtrights/156/156.pdf> (5 giugno 2014). Lo stesso si dica per il rapporto tra autorità spagnole e rumene, con l'emblematico esempio di un furto di venti cavolfiori: per ulteriori esempi ed un'analisi critica v. K. SUGMAN, P. GORKIC, *Abuse of the European Arrest Warrant System*, in N. KEJIZER, E. VAN SLIEDREGT (a cura di), *The European Arrest Warrant in practice*, Amsterdam, 2009, p. 245.

<sup>1246</sup> Cfr., anche per ulteriori approfondimenti, W. VAN BALLEGOOIJ, *The European Arrest Warrants: between free movement of judicial decisions, proportionality and the rule of law*, in E.

A conferma della particolare urgenza e diffusione di questo problema, in occasione dell'ultima valutazione periodica sull'attuazione della decisione quadro sul mandato d'arresto europeo<sup>1247</sup>, la Commissione europea ha fortemente rimarcato l'urgenza di porre rimedio alla mancanza di un espresso criterio di proporzionalità, in special modo riconoscendo un decisivo ruolo di filtro all'autorità emittente. Secondo la Commissione, infatti, prima di emettere un mandato occorrerebbe considerare numerosi aspetti, inclusa la gravità del reato, la durata della pena, la disponibilità di alternative meno onerose, tanto per la persona ricercata quanto per l'autorità di esecuzione, anche alla luce di un'analisi dei relativi costi e benefici<sup>1248</sup>.

Nella consapevolezza del ruolo strategico dello Stato richiedente e delle criticità evidenziate nella prassi, il Consiglio ha provveduto a rivedere il manuale sul mandato d'arresto<sup>1249</sup>, per l'appunto includendovi il richiamo ad una previa verifica di proporzionalità, condotta sulla base di un'accorta ponderazione di criteri oggettivi su base casistica, anche rispetto ad eventuali alternative di minore impatto e dispendiosità.

È appena il caso di rilevare, a questo proposito, come l'iniziativa del Consiglio abbia di fatto determinato una malcelata riforma della decisione quadro: sebbene sollecitata da ragionevoli esigenze di sistema, questa soluzione appare piuttosto criticabile quanto al *modus procedendi*, stigmatizzato in dottrina per la sostanziale violazione del principio di legalità, ma in verità pienamente – e forse paradossalmente – condiviso dalla Commissione nella citata relazione del 2011 sull'attuazione del mandato d'arresto<sup>1250</sup>.

GUILD, L. MARIN (a cura di), *Still not resolved? Constitutional issues of the European Arrest Warrant*, Nijmegen, 2009, p. 108. Merita evidenziare come, nella sopra citata relazione del Joint Committee on Human Rights of the House of Lords and of the House of Commons, a pagina 42, venga riportata la proposta avanzata in sede di consultazioni per la redazione del documento sia dal Director of Public Prosecution che dalla Law Society, secondo la quale l'assenza della verifica di proporzionalità potrebbe essere sopperita dal rifiuto di consegna laddove l'esecuzione della richiesta di cooperazione formulata per un reato minore determini una violazione del diritto alla vita familiare.

<sup>1247</sup> Cfr. la comunicazione della Commissione COM(2011) 175 def., dell'11 aprile 2011, recante la relazione sull'attuazione dal 2007 della decisione quadro del Consiglio del 13 giugno 2002 relativa al mandato d'arresto europeo ed alle procedure di consegna tra Stati membri.

<sup>1248</sup> La Commissione precisa inoltre che «alla luce del consenso generale al Consiglio sui meriti del controllo di proporzionalità e sull'effetto negativo che la mancanza di controllo produce sulla fiducia nel sistema di mandato d'arresto europeo, sia essenziale che tutti gli Stati membri applichino il controllo di proporzionalità, anche in quegli ordinamenti giuridici in cui vige il principio dell'obbligatorietà dell'azione penale». V. la comunicazione COM(2011) 175 def., p. 8.

<sup>1249</sup> Cfr. il documento del Consiglio 8436/2/10 COPEN, del 28 maggio 2010, reperibile all'indirizzo internet <http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=EN&f=ST%208436%202010%20REV%202> (5 giugno 2014).

<sup>1250</sup> In questo senso v. L. MARIN, *Effectiveness at any price? The European Arrest Warrant, 10 years after*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2014, p. 327: «It is important that

Quanto al dato normativo positivo, l'analisi delle decisioni quadro e delle direttive adottate in materia di cooperazione penale permette di evidenziare come il legislatore dell'Unione abbia tentato di cristallizzare clausole volte a delimitare la portata del reciproco riconoscimento ad una valutazione sulla gravità delle condotte criminose per le quali si proceda.

Particolare importanza riveste l'art. 2 della decisione quadro sul mandato d'arresto europeo, a mente del quale l'applicazione dell'istituto è riservata alle sole fattispecie punite in sede nazionale con una pena massima non inferiore a dodici mesi di reclusione, purché sia stata in concreto irrogata una pena detentiva pari ad almeno quattro mesi. Il limite edittale minimo sale a tre anni per i reati rispetto ai quali è omessa la verifica della doppia incriminazione. In questo modo, il legislatore dell'Unione ha implicitamente improntato l'attivazione di un meccanismo di consegna ad una valutazione sulla gravità – e dunque sulla proporzionalità – delle vicende occorse rispetto agli sforzi richiesti.

Un giudizio che dunque viene condotto prima dell'emissione della richiesta di consegna e, pertanto, rappresenta un limite “a monte” al campo operativo del reciproco riconoscimento, motivato dalle già ricordate esigenze di razionalizzazione del sistema. Ciò che appare più rilevante, in questo contesto, è la scelta di non attribuire analogha potestà decisionale all'autorità di esecuzione, così sottraendo il completamento della procedura di consegna all'alea di un ulteriore test sull'opportunità di dare séguito al mandato d'arresto. Se il reciproco riconoscimento nel caso in esame ha dei confini, questi appaiono in definitiva più barriere intrinseche alla sua applicazione che non limiti derivanti da valutazioni di merito o bilanciamenti fra opposti interessi in gioco. Ne consegue, in definitiva, un'impostazione di accentuato favore per il rafforzamento della cooperazione giudiziaria e per l'effettività del reciproco riconoscimento.

Un'impostazione analogha contraddistingue la direttiva sull'ordine di indagine europeo, che sul punto fa proprio quanto già previsto nella previgente decisione quadro sul mandato europeo di ricerca delle prove. Entrambi gli atti, invero, dispongono espressamente che l'autorità emittente verifichi la ne-

*political questions are brought to the attention of evaluators, as there might be a need to deal with those in the appropriate political forum»* L'autrice evidenzia inoltre l'atteggiamento della Commissione, “guardiana dei Trattati”, che nella comunicazione COM(2011) 175 ha sollecitato gli Stati a porre in essere ogni misura utile a fare in modo che gli operatori del diritto e le autorità nazionali seguano le riformate indicazioni del manuale sull'applicazione del mandato d'arresto europeo. D'altra parte, occorre rilevare come nel recente passato non siano mancati esempi di interventi legislativi sovranazionali correttivi di norme sulla cooperazione penale dimostratesi problematiche o scarsamente efficaci nella prassi. Il caso elettivo è la già richiamata decisione quadro 2007/299/GAI, del 26 febbraio 2009, sui procedimenti celebrati *in absentia*, che è intervenuta a coordinare e razionalizzare le molteplici clausole previste in materia in varie decisioni quadro preesistenti.

cessità e proporzionalità degli elementi di prova richiesti, in rapporto al procedimento di specie<sup>1251</sup>. Trova dunque conferma il fatto che solo allo Stato di emissione spetta statuire in merito, anche avendo riguardo per il sostrato normativo nazionale. La disciplina europea sulla circolazione delle prove inserisce peraltro un elemento di novità, poiché consente all'autorità di esecuzione di optare per il mezzo di acquisizione della prova che, a parità di efficacia e di risultato rispetto a quello prospettato nell'ordine di indagine, riveli una minor portata restrittiva o coercitiva. L'autorità richiesta può, in sostanza, orientare l'attuazione della procedura di cooperazione ad esigenze di commisurazione tra strumenti impiegati ed obiettivi perseguiti, scalfendo così in parte l'egemonia decisionale dello Stato di emissione e garantendo maggiore spazio alla tutela dei diritti processuali<sup>1252</sup>.

Alla valutazione *ex ante* attribuita all'autorità di emissione – in alcuni casi avente natura obbligatoria, come nel caso della decisione quadro sul mandato d'arresto europeo – è pertanto possibile affianchi la previsione di verifiche opzionali da parte dell'autorità di esecuzione. Così, ad esempio, la decisione quadro sul riconoscimento delle sentenze che irrogano pene detentive o misure privative della libertà personale annovera fra i motivi facoltativi di non esecuzione la situazione in cui, alla data di ricevimento della decisione trasmessa dall'autorità straniera, la durata della pena residua non sia superiore a sei mesi<sup>1253</sup>. Parimenti, la decisione quadro sui provvedimenti di sospensione condizionale o che dispongono sanzioni sostitutive accorda all'autorità richiesta un analogo margine di flessibilità laddove la misura da eseguire abbia una durata inferiore a sei mesi<sup>1254</sup>. Una previsione simile si riscontra infine nella decisione quadro sul riconoscimento delle sentenze che irrogano pene pecuniarie, alla cui esecuzione lo Stato coinvolto può opporre l'esiguità della sanzione comminata, se non superiore a 70 euro<sup>1255</sup>.

Sebbene questi limiti non appaiano particolarmente selettivi, essi consentono di formulare una considerazione di sistema sulla portata della regola *de minimis* nella cooperazione penale. Le norme sinora richiamate evidenziano infatti un dato di fondo, che attiene alla ripartizione tra autorità emittente ed autorità di esecuzione della responsabilità di verificare che la procedura in corso rispetti il principio di proporzionalità. L'elemento discrezionale principale sembra essere il baricentro mobile della procedura stessa, per il cui compimento è necessario e decisivo il contributo di entrambe le autorità nazionali,

<sup>1251</sup> V. l'art. 7, lett. a), della decisione quadro 2008/978/GAI e l'art. 1, lett. a), della direttiva 2014/41/UE.

<sup>1252</sup> Per approfondimenti v. L. CAMALDO, *La direttiva sull'ordine europeo di indagine penale (OEI) : un congegno di acquisizione della prova dotato di molteplici potenzialità, ma di non facile attuazione*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it) 27 maggio 2014 (16 luglio 2014).

<sup>1253</sup> Cfr. l'art. 9, par. 1, lett. b), della decisione quadro 2008/909/GAI.

<sup>1254</sup> Cfr. l'art. 11, par. 1, lett. j), della decisione quadro 2008/947/GAI.

<sup>1255</sup> Cfr. l'art. 7, par. 2, lett. b), della decisione quadro 2005/241/GAI.

pur con modulazioni ed intensità differenti. Nel momento in cui la responsabilità della conduzione del meccanismo di cooperazione grava sullo Stato emittente, è di conseguenza riconosciuto un ruolo elettivo – anche in termini di verifica sulla proporzionalità – al tale autorità. Specularmente, esigenze di flessibilità del sistema e preservazione della sua efficacia impongono di garantire, in via residuale ed eccezionale, maggiore spazio operativo all'autorità di esecuzione, quanto meno rispetto alle richieste che in maggior grado stridono con l'esigenza di un utilizzo ponderato degli strumenti di cooperazione. In ogni caso, l'eventuale intervento dell'autorità di esecuzione non può che essere circoscritto a quanto espressamente e strettamente consentito dalle norme di diritto derivato, a pena di modellare *contra legem* il novero delle ipotesi di rifiuto dell'esecuzione – fra le quali, appunto, mai si riscontra tale verifica di proporzionalità – e di infrangere l'essenza stessa del reciproco riconoscimento.

Anche in questo contesto, pertanto, così come si è poc'anzi riscontrato per la verifica del principio di equivalenza, i limiti al reciproco riconoscimento riflettono la distribuzione di compiti e responsabilità tra le autorità interessate e, pur *prima facie* apponendo dei confini al principio, si rivelano altresì destinati a preservare la funzionalità del sistema della cooperazione giudiziaria penale nel suo complesso.

*5.1.3. Le clausole normative destinate a circoscrivere la portata del reciproco riconoscimento, alla luce della necessità di tutelare peculiarità ed interessi degli ordinamenti nazionali o diritti fondamentali dell'individuo*

Oltre agli elementi sinora considerati, le fonti europee in materia di cooperazione penale presentano una varietà di disposizioni che, con diversa intensità ed attraverso differenti tecniche, mitigano la portata del reciproco riconoscimento. Queste multiformi previsioni possono essere prese in considerazione in maniera unitaria, poiché condividono un comune obiettivo: esse sono infatti in massima parte destinate a bilanciare le esigenze della cooperazione penale con gli interessi degli ordinamenti nazionali o con la necessità di assicurare adeguata protezione dei diritti fondamentali dell'individuo. In entrambi i casi, pertanto, il legislatore dell'Unione è stato ispirato dall'intento di tradurre nel diritto derivato il dettame dei Trattati, che, come già visto, a più riprese richiama l'urgenza di tutelare le specificità dei sistemi penali nazionali e di mostrare particolare riguardo per i diritti delle persone in relazione alle quali vengono condotte le iniziative di cooperazione giudiziaria<sup>1256</sup>.

La principale espressione delle clausole in esame, che si riscontra in tutti gli atti volti ad agevolare l'attuazione del reciproco riconoscimento, è costituita dai motivi di rifiuto del riconoscimento o dell'esecuzione. Nel solo caso

<sup>1256</sup> V. ad esempio l'art. 67 TFUE, fra le norme generali sullo spazio di libertà, sicurezza e giustizia.



della decisione quadro sul mandato d'arresto europeo, queste previsioni si ripartiscono in ragioni obbligatorie e facoltative, secondo una *summa divisio* che il legislatore dell'Unione non ha inteso riproporre altrove, preferendo piuttosto optare per la sola categoria delle cause ostative di natura facoltativa.

Le ragioni obbligatorie previste all'art. 3 della relativa decisione quadro sono tassative e puntuali, poiché riguardano il rispetto del *ne bis in idem*, l'ipotesi in cui nell'ordinamento dello Stato di esecuzione il soggetto coinvolto non abbia l'età per essere ritenuto imputabile per la propria condotta e l'intervento di provvedimenti di amnistia<sup>1257</sup>. I motivi facoltativi variano invece sensibilmente a seconda della singola decisione giurisdizionale e riguardano tanto dati tecnici, come il decorso del termine prescrizione o il riconoscimento di immunità, o valutazioni sull'opportunità di procedere all'esecuzione, ad esempio in presenza di cittadini di altri Stati membri che risiedono o dimorino da un significativo lasso di tempo nel Paese richiesto<sup>1258</sup>. Assumono altresì rilevanza profili che attingono alla sfera dei diritti processuali dell'individuo, come nel caso di provvedimenti emessi *in absentia* o di misure che dispongono trattamenti sanitari invasivi non consentiti.

La scelta di abbandonare la strada intrapresa con la prima decisione quadro in tema di reciproco riconoscimento è stata considerata espressione della volontà di incrementare la flessibilità del sistema e la responsabilità delle autorità giudiziarie coinvolte<sup>1259</sup>. Merita infatti precisare sin d'ora che il carattere facoltativo dei motivi di rifiuto in questione non riguarda l'attività del legislatore, bensì l'operato delle autorità giudiziarie, che beneficiano dunque di un certo margine discrezionale, anche alla luce delle circostanze del caso di specie<sup>1260</sup>.

Oltre ai motivi facoltativi di rifiuto dell'esecuzione, peraltro, il bilanciamento tra le esigenze della cooperazione giudiziaria e la preservazione degli elementi distintivi degli ordinamenti nazionali ha assunto forme diverse ed ulteriori, spesso ispirate dalle differenti caratteristiche delle iniziative di cooperazione o delle decisioni delle quali si sollecitano il riconoscimento e l'attuazione.

Ad esempio, la direttiva sull'ordine di protezione europeo, all'art. 14, prevede che l'autorità competente dello Stato di esecuzione, pur in un ristretto novero di ipotesi, possa interrompere le misure avviate per dare séguito ad una richiesta di cooperazione. L'interruzione, in via principale, può essere disposta se e nella misura in cui la situazione di pericolo per la persona protetta

<sup>1257</sup> Peraltro, queste stesse ragioni indicate come obbligatorie nella decisione quadro sul mandato d'arresto europeo sono state qualificate come opzionali negli strumenti adottati successivamente.

<sup>1258</sup> Cfr. l'art. 4 della decisione quadro in esame.

<sup>1259</sup> V. C. JANSENS, *The principle of mutual recognition*, cit., p. 213.

<sup>1260</sup> V. *infra* nel presente Capitolo, par. 5.2.3.

sia cessata, ad esempio quando sia intervenuta una misura custodiale o una condanna a pena detentiva nei confronti dell'aguzzino. Al contempo, il limite di cui all'art. 14 può essere eretto se le norme nazionali non consentono l'ulteriore protrarsi delle misure di protezione, per decorrenza dei termini massimi.

Molte decisioni quadro e direttive annoverano poi l'espressa possibilità di posticipare l'esecuzione del provvedimento giurisdizionale straniero. Tale facoltà è descritta come eventualità eccezionale nella decisione quadro sul mandato d'arresto europeo, il cui art. 23, par. 4, prevede il temporaneo differimento della consegna in presenza di ragioni umanitarie, quali il rischio per la salute o la vita del ricercato. Questo istituto ha una portata applicativa piuttosto circoscritta anche in altri strumenti normativi, come la decisione quadro 2008/909/GAI sul riconoscimento delle sentenze che irrogano pene privative della libertà personale, in forza del cui art. 11 il rinvio può essere disposto solo ove siano evidenziati vizi di forma o informazioni non corrette o complete nel certificato che accompagna la sentenza, limitatamente al tempo necessario a correggere tali discrasie.

La posticipazione dell'esecuzione ha invece portata ordinaria nella decisione quadro 2006/783/GAI sulle misure di confisca, in rapporto ad una serie di circostanze alquanto eterogenee: l'esigenza di tradurre la decisione nella lingua dello Stato richiesto; l'interposizione di un'impugnazione avverso il riconoscimento o l'esecuzione; la necessità di coordinamento tra le autorità di altri Stati coinvolte nella stessa procedura; l'urgenza di scongiurare un nocuo indagine penali in corso, purché in quest'ultimo caso la posticipazione non ecceda un lasso di tempo ragionevole.

La parcellizzazione degli ordinamenti nazionali fornisce poi la ragione per la quale alcune fonti prevedono un certo margine di flessibilità in favore dell'autorità richiesta, legittimata ad eseguire solo in parte la decisione oggetto di riconoscimento<sup>1261</sup>. Basti pensare alla citata decisione quadro sui provvedimenti di confisca, il cui art. 8, par. 3, dispone tale facoltà, nell'ipotesi in cui la misura ablativa sia fondata sull'esercizio di poteri estesi di confisca non previsti nell'ordinamento dello Stato richiesto<sup>1262</sup>.

La sola decisione quadro sul mandato d'arresto europeo prevede altresì che lo Stato emittente, in casi particolari espressamente enumerati all'art. 5, debba fornire delle «garanzie» allo Stato di esecuzione, alle quali il compimento della procedura di esecuzione può essere subordinato. Una simile con-

<sup>1261</sup> È interessante rilevare come nelle prime esperienze normative queste clausole non si riscontrano. Si tratta dunque di uno dei pochi casi in cui la decisione quadro sul mandato d'arresto europeo non ha rappresentato il capofila delle clausole normative volte a bilanciare gli interessi della cooperazione giudiziaria e le prerogative degli ordinamenti interni.

<sup>1262</sup> Questa previsione è destinata ad esercitare un'importanza significativa, considerata la frammentazione degli ordinamenti nazionali sul punto e l'assenza di una disciplina sui poteri estesi di confisca in molti Stati membri, come testimoniato altresì in sede di iniziativa legislativa dalla Commissione europea, con la comunicazione COM(2012) 31 def., del 12 marzo 2012.

dizione può essere imposta in presenza di sentenze di condanna all'ergastolo, cui lo Stato di esecuzione può decidere di dare séguito solo dopo aver ottenuto dall'autorità emittente la garanzia che l'ordinamento nazionale preveda forme di revisione periodica della pena o misure di clemenza che possano *in itinere* caducare o mitigare la reclusione a vita. Parimenti, l'autorità richiesta può subordinare la consegna di un soggetto che risieda nel proprio territorio all'assicurazione che, ai fini dell'esecuzione della pena detentiva, questo venga successivamente trasferito nello Stato che la ospita, ove abbia radicati legami personali e sociali<sup>1263</sup>.

Si tratta dunque di due ipotesi strettamente connesse alla tutela dei diritti dell'individuo e legate altresì all'esigenza di assicurare la natura risocializzante della pena, spesso declinata in maniera differente nei diversi sistemi penali interni. È utile segnalare, sul punto, come le «garanzie» previste dalla decisione quadro 2002/584/GAI abbiano altrove assunto forme differenti, poiché sono state usualmente tradotte in motivi di non esecuzione facoltativa di una richiesta di cooperazione.

Si segnala infine la particolarità delle deroghe temporanee, che rispondono all'esigenza di consentire ad alcuni Stati membri di predisporre le necessarie riforme normative o istituzionali per fare fronte agli obblighi sorgenti dalla conclusione di un atto UE che agevoli il reciproco riconoscimento. Ancora una volta si riscontra un esempio nella decisione quadro 2002/584/GAI, che all'art. 33 prevede una deroga – giunta ad estinzione nel 2008 – in favore dell'Austria, legittimata a negare l'esecuzione di un mandato d'arresto disposto avverso un proprio cittadino per una condotta non penalmente perseguita in sede nazionale.

Una deroga quinquennale è stata poi accordata alla Polonia, sino al termine del 2016, rispetto alla decisione quadro sulle sentenze che irrogano pene

<sup>1263</sup> L'art. 2, par. 3, n. 2, della decisione quadro 2009/299/GAI, riguardante il riconoscimento delle decisioni pronunciate in assenza dell'interessato al processo, ha provveduto alla soppressione dell'art. 5, n. 1, della decisione quadro sul mandato d'arresto europeo. Questa norma prevedeva che lo Stato di esecuzione potesse subordinare la decisione sulla richiesta di cooperazione al fatto che l'autorità di emissione garantisse che nel proprio ordinamento il soggetto giudicato *in absentia* avesse la possibilità di chiedere la celebrazione di un nuovo processo, al quale poter presenziare. L'abrogazione di questa disposizione origina dall'incertezza operativa che essa determinava, a discapito dell'efficienza e razionalità del sistema di cooperazione, nonché della fiducia reciproca tra le autorità giudiziarie. Questa scelta è stata dunque motivata dalla volontà in capo al legislatore europeo di prevedere motivi chiari e comuni per il non riconoscimento delle decisioni pronunciate al termine di un processo a cui l'interessato non è comparso personalmente. Il considerando 4 precisa infatti che «La presente decisione quadro mira a precisare la definizione di tali motivi comuni consentendo all'autorità di esecuzione di eseguire la decisione nonostante l'interessato non sia presente al giudizio, pur rispettando pienamente il diritto alla difesa dell'interessato».

restrittive della libertà personale<sup>1264</sup>. Da ultimo, riveste considerevole importanza l'esempio della decisione quadro 2005/214/GAI, in tema di sanzioni pecuniarie, poiché l'art. 20, par. 2, dispone che tutti gli Stati, per un periodo di cinque anni dall'entrata in vigore dell'atto, potessero circoscriverne fortemente l'ambito di applicazione: essi erano legittimati a rifiutare *in toto* il riconoscimento delle decisioni non adottate da autorità giudiziarie, così come delle misure a carico di persone giuridiche, se non scaturite da una condanna per la quale una norma UE prevedesse l'applicazione del principio della responsabilità degli enti<sup>1265</sup>.

#### 5.1.4. I limiti normativi al reciproco riconoscimento e la tutela dell'ordine pubblico

La premura con la quale il legislatore dell'Unione ha corredato di limiti, condizioni e garanzie le norme di diritto derivato sul reciproco riconoscimento, a beneficio degli ordinamenti nazionali, evidenzia la quasi paradossale assenza di qualsivoglia richiamo espresso al tema dell'ordine pubblico. Tradizionalmente, infatti, il riferimento alla *public policy* è uno degli aspetti che in maggior misura e con più efficacia suggella la linea di demarcazione fra ordinamento dell'Unione e sistemi giuridici nazionali, *a fortiori* in settori di peculiare sensibilità.

L'importanza del tema è confermata dal fatto che numerose fonti in materia di cooperazione giudiziaria civile annoverano espressamente una clausola destinata a circoscrivere la portata del reciproco riconoscimento in presenza di manifeste violazioni dell'ordine pubblico dello Stato membro richiesto<sup>1266</sup>. L'ordine pubblico è d'altra parte un fattore chiave dei limiti dell'operato dell'Unione e del processo di integrazione in generale, poiché in molte politiche europee sollecita un bilanciamento tra dimensione sovranazionale e rilevanti interessi nazionali<sup>1267</sup>.

<sup>1264</sup> V. l'art. 6, par. 5, ai sensi del quale la Polonia può comunicare in ogni momento al Consiglio di non volersi avvalere di tale clausola.

<sup>1265</sup> Cfr. il testo del par. 2: «Uno Stato membro che intenda avvalersi di questo paragrafo notifica una dichiarazione in tal senso al segretario generale del Consiglio all'atto dell'adozione della presente decisione quadro. Tale dichiarazione viene pubblicata nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea».

<sup>1266</sup> Basti pensare, a titolo esemplificativo, all'art. 45, par. 1, del regolamento 1215/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2012, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, in GU L 351, del 20 dicembre 2012, p. 1: «Su istanza di ogni parte interessata, il riconoscimento di una decisione è negato se [...] è manifestamente contrario all'ordine pubblico (*ordre public*) nello Stato membro richiesto».

<sup>1267</sup> Questa magmatica clausola si trova solo in parte cristallizzata nel TUE e nel TFUE, limitatamente alla sua accezione penale: raccogliendo il testimone delle previgenti versioni dei Trattati, gli artt. 4, par. 2, TUE, 72 TFUE e 276 TFUE impongono all'Unione di non interferi-

Ben si comprende dunque come il tema acquisti accentuata rilevanza per la trattazione in corso. Per quanto di interesse nella presente fase dell'analisi, in particolare si ritiene opportuno focalizzare l'attenzione sulla sola dimensione normativa dell'ordine pubblico, quale barriera al reciproco riconoscimento, mentre la nozione di *ordre public* sarà oggetto di più puntuale ed autonomo approfondimento nel prosieguo del lavoro<sup>1268</sup>.

Nonostante l'importanza della clausola, come accennato, le decisioni quadro e le direttive sulla cooperazione in materia penale non vi fanno espresso riferimento, circostanza che è stata talora valutata criticamente dalla dottrina, come una lacuna meritevole di correzione. In particolare, è stato evidenziato come tale mancanza concorrerebbe a ridurre fortemente il ruolo della Corte di giustizia e delle autorità giudiziarie, nel primo caso a discapito della verifica sulla legittimità degli atti UE o, indirettamente, della compatibilità di norme e condotte nazionali rispetto al dettame europeo, nel secondo caso a svantaggio della fiducia tra le autorità nazionali<sup>1269</sup>.

È pur vero che, a ben vedere, la denunciata assenza di clausole sull'ordine pubblico può almeno parzialmente essere superata da un'analisi complessiva degli atti UE in materia di cooperazione penale. Anzitutto, molti degli istituti poc'anzi considerati, volti a mitigare il reciproco riconoscimento ed a adattare le procedure di cooperazione alla parcellizzazione degli ordinamenti nazionali, rispondono talvolta ad una logica simile a quella sottesa alle clausole di *public policy*. Alcuni motivi di rifiuto del riconoscimento o dell'esecuzione investono interessi e diritti accreditati di considerevole rilevanza negli ordinamenti interni, come nel caso dei limiti all'esecuzione di provvedimenti che irrogano la pena dell'ergastolo o che evidenziano diverse scelte in ordine alla titolarità della responsabilità penale in base all'età. Lo stesso si dica per alcune ipotesi di rinvio dell'esecuzione o per le norme che consentono di adattare la decisione trasmessa dall'autorità emittente ai crismi del sistema penale dello Stato di esecuzione.

Occorre d'altra parte evidenziare come la prassi più recente manifesti alcune evidenze di una possibile inversione di rotta, sebbene ancora embrionale ed almeno in parte circoscritta alla specifica dimensione penale dell'ordine pubblico, inteso dunque come protezione della sicurezza della collettività. Infatti, la direttiva sull'ordine di indagine europeo, all'art. 9, par. 4, dispone che lo Stato di esecuzione possa rigettare l'eventuale richiesta dell'autorità emit-

re sulle responsabilità spettanti agli Stati nella protezione dell'ordine pubblico e della sicurezza interna.

<sup>1268</sup> Sul punto v. più diffusamente il Capitolo V, par. 4.

<sup>1269</sup> V. in questo senso J.A.E. VERVAELE, *European criminal law and the general principles of Union law*, College of Europe Research Paper in Law n. 5/2005, reperibile all'indirizzo internet [https://www.coleurope.eu/content/studyprogrammes/law/studyprog/pdf/ResearchPaper\\_5\\_2005\\_Vervaele.pdf](https://www.coleurope.eu/content/studyprogrammes/law/studyprog/pdf/ResearchPaper_5_2005_Vervaele.pdf), p. 7 (14 luglio 2014),.

tente di partecipare al compimento di atti di indagine in territorio straniero, nel momento in cui l'accoglimento di tale iniziativa «sia in conflitto con i principi fondamentali del diritto dello Stato di esecuzione o [...] leda i suoi interessi essenziali riguardanti la sicurezza nazionale»<sup>1270</sup>.

La *ratio* di questa previsione affonda le radici nella peculiarità dell'attività richiesta alle autorità di esecuzione, ma può costituire un precedente di rilievo per la produzione normativa futura, soprattutto tenendo in debito conto l'insistenza dei Trattati sull'urgenza di rispettare, soprattutto nella cooperazione in materia penale, i principi fondamentali dei sistemi giuridici nazionali. Tanto più che, in effetti, anche le decisioni quadro e le direttive meno esplicite sul punto spesso presentano taluni richiami ai pilastri che regolano il giusto processo nelle costituzioni statali o ai cardini dei sistemi penali interni: benché confinati al dato giuridicamente non vincolante dei preamboli, questi riferimenti costituiscono un importante elemento indicatore del fatto che la cooperazione penale, nonostante la tecnica legislativa utilizzata, non è esente da considerazioni rientranti nel vasto *genus* dell'ordine pubblico<sup>1271</sup>.

Se dunque il panorama normativo evidenzia segni di evoluzione, sul versante giurisprudenziale appare possibile trarre alcune utili notazioni dall'orientamento della Corte circa i limiti del reciproco riconoscimento delle decisioni giurisdizionali in materia civile. Soccorre in particolare l'orientamento avvalorato dal Giudice dell'Unione in relazione alla clausola di ordine pubblico fissata all'art. 27, par. 1, della Convenzione di Bruxelles sulla competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale<sup>1272</sup>, poi riproposta all'art. 34 del regolamento CE 44/2001, il quale ha abrogato la previgente normativa. Nel caso *Krombach* del 2000<sup>1273</sup>, la Corte è stata chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità con la clausola di ordine pubblico prevista dalla Convenzione di Bruxelles del rifiuto, da parte delle autorità giudiziarie tedesche, di eseguire una condanna al pagamento di un

<sup>1270</sup> Si aggiunga che l'art. 11, par. 1, lett. b), prevede un'ipotesi di rifiuto del riconoscimento e dell'esecuzione ove ciò «lede interessi essenziali di sicurezza nazionale, metta in pericolo la fonte delle informazioni o comporti l'uso di informazioni classificate riguardanti attività di intelligence specifiche».

<sup>1271</sup> A ben vedere, infatti, la ricostruzione dello scopo perseguito dal legislatore europeo, spesso debitrice dell'apporto chiarificatore del preambolo dei singoli atti, può risultare decisiva nell'ampliare o restringere il margine di discrezionalità degli Stati membri e la conseguente possibilità di invocare maggiore flessibilità, allo scopo di tutelare interessi essenziali del sistema penale nazionale o diritti fondamentali. Di per sé, infatti, come confermato dalla Corte di giustizia, le decisioni quadro e le direttive non ostano a che uno Stato membro applichi i principi del giusto processo consacrati nella sua Costituzione, a condizione che da ciò non derivi un nocumento per l'operatività delle norme europee. Cfr. la menzionata sentenza *Jeremy*, punto 53.

<sup>1272</sup> Cfr. la Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968, concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale.

<sup>1273</sup> Sentenza del 28 marzo 2000, causa C-7/98, *Krombach*, in *Racc.* p. I-1935.

risarcimento irrogata in Francia nei confronti di un cittadino nazionale. Tale statuizione era stata pronunciata in risposta all'azione civile intrapresa nell'alveo di un procedimento penale per omicidio doloso, asseritamente commesso dall'imputato nello svolgimento della sua attività di dottore, a danno di una paziente di cittadinanza francese. In tale contesto, il giudice tedesco eccepiva che il procedimento era stato celebrato *in absentia*, circostanza che aveva fortemente pregiudicato le strategie difensive del medico: sulla base delle regole processuali francesi, infatti, i difensori del signor Krombach non erano stati uditi dalla Corte di assise di Parigi, poiché ritenuti privi di piena legittimazione a stare in giudizio in rappresentanza dell'assistito. Veniva dunque evidenziata una violazione del diritto alla difesa tecnica, ossia un'indebita lesione ad un principio fondamentale dell'ordinamento tedesco, che le autorità richieste dell'esecuzione non erano disposte ad accettare, invocando così una deroga al riconoscimento della decisione giurisdizionale francese.

Sul punto, la Corte ha posto l'accento sul fatto che la nozione di *public policy* deve essere interpretata in maniera rigorosa: essa infatti può essere utile invocata solo in presenza di manifeste violazioni di principi e diritti considerati essenziali nell'ordinamento dello Stato membro destinatario della richiesta di riconoscimento ed esecuzione<sup>1274</sup>. Considerato dalla prospettiva dell'ordinamento UE, ciò implica che le deroghe all'obbligo di riconoscimento ed esecuzione sono limitate ad ipotesi eccezionali, in cui le garanzie offerte dallo Stato di emissione si siano rivelate insufficienti ad evitare una violazione manifesta di un principio fondamentale, così come sancito dalla CEDU e dalla Carta o, più in generale, dall'ordinamento UE<sup>1275</sup>.

In analogia rispetto a quanto si avrà modo di considerare nel paragrafo seguente in relazione ai limiti derivanti dalla tutela dei diritti fondamentali, dunque, il Giudice dell'Unione confina ad ipotesi marginali la possibilità di frapporre al riconoscimento ed all'esecuzione un motivo di ordine pubblico. Nel compiere questa operazione, pertanto, la Corte àncora il proprio convincimento anche alle garanzie assicurate dalla CEDU, alle quali nell'attuale scenario si aggiungono le prerogative consacrate nella Carta dei diritti fondamentali dell'UE. In questo modo, essa pone le basi per una lettura europea e comune di ciò che può motivare un limite alla cooperazione giudiziaria, scongiurando il rischio di derive conseguenti alla frammentazione degli ordinamenti nazionali e manifestando al contempo la disponibilità a sacrificare l'effettività del diritto UE in favore dell'affermazione dei principi e dei diritti sui quali poggia l'ordinamento europeo<sup>1276</sup>. In questa ottica, a ben vedere,

<sup>1274</sup> V. in particolare il punto 37 della sentenza.

<sup>1275</sup> Merita precisare, al riguardo, come la sentenza *Krombach*, al punto 44, faccia ricorso alla formula «come sancito dalla CEDU». Sul punto, la pronuncia risente dell'assenza di un catalogo di diritti a livello UE e andrebbe dunque oggi sensibilmente riconsiderata.

<sup>1276</sup> Nella sentenza *Krombach* la Corte non ha precisato quale sia lo spazio decisionale e va-

l'orientamento giurisprudenziale in esame solo formalmente fissa un confine ai meccanismi di funzionamento dello spazio giudiziario europeo: in concreto, piuttosto, in senso positivo, esso ne indica la direzione e le priorità valoriali. Anche in questo caso, pertanto, l'indagine sui confini della cooperazione giudiziaria non si arresta alla prospettiva statica, ma scopre nel limite uno strumento prezioso per l'armonico sviluppo dello spazio giudiziario europeo. Inoltre, gli assunti giurisprudenziali richiamati ben potrebbero estendersi alla cooperazione in materia penale ed ivi trovare terreno fertile, stante la centrale rilevanza di numerosi principi generali e diritti fondamentali nel diritto penale sostanziale e processuale<sup>1277</sup>.

Merita infine puntualizzare come, anche in questo contesto, la disciplina del *ne bis in idem* sovranazionale presenti talune particolarità. Le istanze di tutela sottese alla clausola dell'ordine pubblico sono infatti in parte cristallizzate all'art. 55 CAAS, che fissa ulteriori condizioni all'operatività del principio, oltre agli elementi costitutivi del divieto di doppio giudizio codificati all'art. 54. L'art. 55 CAAS, focalizzato sulla sola e specifica accezione penalistica del concetto di ordine pubblico, consente alle Parti contraenti, all'atto della ratifica, dell'accettazione o dell'approvazione della Convenzione, di apporre una dichiarazione mediante la quale è possibile manifestare la volontà di non ritenersi vincolati al divieto di doppio giudizio quando<sup>1278</sup>, fra l'altro, «i fatti oggetto della sentenza straniera costituiscono un reato contro la sicurezza o contro altri interessi egualmente essenziali di quella Parte contraente»<sup>1279</sup>.

lutativo riconosciuto allo Stato di esecuzione in ordine allo svolgimento del processo nello Stato di emissione ed alla eventuale sussistenza di circostanze che integrino la violazione di un principio fondamentale. Alcune puntualizzazioni sono giunte nella giurisprudenza successiva. Nel caso *Apostolides*, ad esempio, il Collegio ha ritenuto insufficiente che il giudice richiesto ritenga che una norma del proprio ordinamento o dell'ordinamento UE sia stata interpretata o applicata in maniera erranea. Sentenza 28 aprile 2009, causa C-420/07, *Apostolides*, in *Racc.* p. I-3571, punto 60. Nel caso *Gambazzi*, inoltre, la Corte ha ribadito che deve essere rilevata una violazione manifesta ad un principio fondamentale, mentre con la pronuncia *Eurofood* essa ha sollecitato l'autorità di esecuzione a valutare il provvedimento straniero alla luce di tutte le circostanze e del procedimento nel suo complesso. V. le sentenze 2 aprile 2009, causa C-394/07, *Gambazzi*, in *Racc.* p. I-2563, e 2 maggio 2006, causa C-341/04, *Eurofood*, in *Racc.* p. I-3813.

<sup>1277</sup> V. *infra*, Cap. 5.

<sup>1278</sup> Merita precisare come gli artt. 55-58 CAAS costituiscano di fatto una limitazione alla portata dell'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE. In questo senso v. le conclusioni dell'avvocato generale Jääskinen del 2 maggio 2014, nella causa C-129/14 PPU, *Spasic*, non ancora pubblicata, punto 77. Questi articoli dovrebbero dunque seguire il regime di cui all'art. 52 della Carta: la legittimità dei limiti ai quali è subordinato il divieto di doppio giudizio è dunque subordinata ad una espressa previsione normativa e ad un giudizio di proporzionalità rispetto al fine che perseguono. Sulla portata dell'art. 52 v. più diffusamente *infra*, par. 3.5.

<sup>1279</sup> Sono previste due ulteriori ipotesi, relative ai reati commessi in tutto o in parte sul territorio nazionale, a meno che una sequenza della condotta non abbia avuto luogo nello Stato



Al riguardo, occorre peraltro precisare come un'eventuale dichiarazione *ex art. 55* non esenti *in toto* lo Stato dall'obbligo di tenere in considerazione la decisione definitiva già pronunciata dalle autorità di un'altra Parte contraente. L'art. 56 della Convenzione dispone infatti che, nel caso in cui venga avviato un nuovo procedimento, ogni periodo di restrizione della libertà personale già patito debba essere sottratto all'ammontare della pena irrogata attraverso l'ulteriore condanna<sup>1280</sup>.

#### 5.1.5. I limiti normativi al reciproco riconoscimento e la tutela dei diritti fondamentali

Se la mancata introduzione di una clausola di ordine pubblico negli atti di diritto derivato volti ad agevolare il reciproco riconoscimento ha destato non secondarie perplessità in dottrina, un approccio fortemente critico è parimenti conseguito alla scelta di sostenere un'impostazione normativa analoga in relazione alla tutela dei diritti fondamentali<sup>1281</sup>. Invero, con l'esclusiva e peraltro parziale eccezione della decisione quadro sul riconoscimento delle pene pecuniarie<sup>1282</sup>, nessun atto dell'Unione in materia annovera in via generale tale

che già ha emesso la decisione definitiva, ed ai fatti commessi da un pubblico ufficiale, in violazione dei propri doveri d'ufficio. Le dichiarazioni, se effettuate prima dell'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam – dunque della comunitarizzazione della materia – e non sono state rinnovate, non hanno più valore. Nessuna informazione sugli Stati che hanno formulato tale dichiarazione è stata resa pubblica. In via indiretta, attraverso sentenze della Corte o ulteriori documenti delle istituzioni UE, è possibile desumere che quanto meno Austria e Grecia abbiano valorizzato questa possibilità. L'Italia aveva in origine formulato la dichiarazione, ma essa non è stata reiterata dopo l'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam e deve pertanto ritenersi non più operativa.

<sup>1280</sup> L'art. 56 precisa inoltre che dovrà tenersi conto anche delle pene non detentive già eseguite, nella misura ed alle condizioni previste dall'ordinamento della Parte contraente interessata. Sul punto, l'avvocato generale Sharpston ha evidenziato come tale obbligo mitigato di tenere in considerazione l'esito del processo già celebrato operi sia nell'eventualità in cui non tutte le condizioni *ex art. 54* per l'applicazione del *ne bis in idem* siano integrate, sia ove incorra una delle ipotesi di cui all'art. 55 e la Parte contraente abbia effettivamente manifestato la volontà di avvalersi delle relative clausole derogatorie. Ciò discende dal fatto che, secondo l'avvocato generale, il principio di compensazione delle pene disciplinato all'art. 56 costituisce un principio generale dell'ordinamento dell'Unione, che nell'attuale contesto primario potrebbe peraltro essere ricollegato al principio di proporzionalità delle pene, di cui all'art. 49, par. 3, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. V. le conclusioni dell'avvocato generale Sharpston del 5 dicembre 2006, nella causa C-288/05, *Kretzinger*, in *Racc.* p. I-6441, punto 72 e, coeve, le conclusioni nella causa C-367/05, *Kraijenberg*, in *Racc.* p. I-6619, punti 62-63.

<sup>1281</sup> V. fra gli altri v. da ultimo N.M. SCHALLMOSER, *The European arrest warrant and fundamental rights*, in *Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2014, p. 135.

<sup>1282</sup> L'art. 20, par. 3, della decisione quadro consente all'autorità di esecuzione di opporsi al riconoscimento se il certificato che accompagna la decisione che irroga la pena pecuniaria «solleva la questione di un'eventuale violazione dei diritti fondamentali o dei principi giuridici fondamentali enunciati all'articolo 6 dei Trattati». L'eccezione è parziale poiché, come osser-

esigenza fra i motivi di rifiuto dell'esecuzione o la pone a fondamento di istituti che altrimenti limitino la portata del reciproco riconoscimento. Piuttosto, così come avviene per l'ordine pubblico, il legislatore dell'Unione ha costantemente preferito inserire tale riferimento nel preambolo delle decisioni quadro o direttive<sup>1283</sup>, o nelle disposizioni inaugurali, riguardanti gli aspetti definitivi e la delimitazione del loro ambito di applicazione<sup>1284</sup>. In entrambe le ipotesi, la formula utilizzata dal legislatore mira semplicemente ad orientare l'interpretazione ed applicazione delle norme secondarie al dettame dell'art. 6 TUE e dei diritti fondamentali che esso veicola.

Occorre peraltro puntualizzare come molti degli atti di diritto derivato menzionati nel corso dell'analisi prevedano norme specifiche sulla tutela di singoli diritti individuali, soprattutto sul fronte delle garanzie processuali, quali il diritto ad essere ascoltati dall'autorità giudicante, il diritto ad una piena informazione sugli estremi essenziali dell'attività di cooperazione, il diritto a ricevere tali comunicazioni in una lingua conosciuta, il diritto all'assistenza legale tecnica<sup>1285</sup>. Si tratta però di soli standard sulla trasmissione delle richieste di cooperazione e sullo svolgimento dell'*iter* di riconoscimento ed esecuzione: essi dunque orientano l'operato delle autorità nazionali limitatamente all'ambito operativo dell'atto UE, senza influire sulla posizione dell'individuo rispetto all'attività precedentemente compiuta dallo Stato di emissione e senza incidere sulla potestà decisionale dello Stato di esecuzione in ordine all'eventuale rifiuto della richiesta di cooperazione<sup>1286</sup>.

vato in dottrina, questa previsione appare in concreto di ardua applicazione: essa muove infatti dal presupposto che l'autorità di emissione, titolare dell'interesse principale a che la procedura abbia compimento, sollevi simili perplessità nel documento che certifica la genuinità del provvedimento giurisdizionale trasmesso, così sollecitando conseguenti verifiche da parte dello Stato richiesto. Cfr. S. PEERS, *EU justice and home affairs law*, Oxford, 2011, p. 725.

<sup>1283</sup> La formula che usualmente viene utilizzata recita: «La presente decisione quadro rispetta i diritti fondamentali e osserva i principi sanciti, in particolare, dall'articolo 6 del trattato sull'Unione europea e contenuti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea». Essa è di solito seguita da ulteriori puntualizzazioni, ispirate alle peculiari caratteristiche della decisione giurisdizionale che ciascun atto prende in considerazione. La citazione qui riportata è tratta dal considerando n. 16 della decisione quadro 2008/947/GAI sui provvedimenti di sospensione condizionale e le sanzioni sostitutive.

<sup>1284</sup> In questo caso, la formula tipo è la seguente: «L'obbligo di rispettare i diritti fondamentali e i principi giuridici fondamentali sanciti dall'articolo 6 del trattato, incluso il diritto di difesa delle persone sottoposte a procedimento penale, non è modificato per effetto della presente decisione quadro e qualsiasi obbligo che incombe alle autorità giudiziarie al riguardo rimane impregiudicato». Cfr. in questo senso l'art. 1, par. 2, della decisione quadro 2009/299/GAI sui procedimenti svolti e le decisioni adottate *in absentia*.

<sup>1285</sup> V. ad esempio gli artt. 11, 14 e 19 della decisione quadro sul mandato d'arresto europeo e l'art. 6 della decisione quadro sul riconoscimento delle decisioni che irrogano pene detentive.

<sup>1286</sup> Ad un approdo ulteriore giungono invece le direttive adottate sulla base dell'art. 82, par. 2 TFUE e della *road map* della Commissione in materia di diritti processuali, che dispon-

Se rapportata alla crescente centralità dei diritti fondamentali nell'ordinamento dell'Unione, l'impostazione avvalorata nel contesto della cooperazione penale appare a prima vista censurabile<sup>1287</sup>. Eppure, ad un'osservazione più attenta, è ragionevole sostenere che, di fatto, non vi sia necessità di introdurre appositi motivi di rifiuto del riconoscimento o clausole specifiche.

Una prima ragione, all'esito della riforma di Lisbona, deriva dal rinnovato *status* della Carta dei diritti fondamentali nell'organigramma delle fonti dell'ordinamento UE. I diritti fondamentali costituiscono, unitamente ai Trattati ed agli altri principi generali, parametri di legittimità degli atti di diritto derivato, oltre che riferimenti normativi elettivi per la loro interpretazione ed applicazione. Essi sono dunque immanenti all'ordinamento e, anche in assenza di un'espressa cristallizzazione in una disposizione di diritto secondario, ne vincolano l'attuazione tanto ad opera delle istituzioni europee quanto da parte delle autorità nazionali.

Questa è d'altra parte la sottolineatura formulata a più riprese dagli avvocati generali proprio in relazione a rinvii pregiudiziali aventi ad oggetto norme secondarie sul reciproco riconoscimento. L'avvocato generale Cruz Villalón, ad esempio, nella causa *I.B.*<sup>1288</sup>, ha puntualizzato che una corretta interpretazione del tenore e delle finalità della decisione quadro sul mandato d'arresto europeo debba prendere in considerazione tutti gli obiettivi perseguiti dal testo: «Se è vero che il mutuo riconoscimento è uno strumento che rafforza lo spazio di sicurezza, di libertà e di giustizia, è altrettanto vero che la salvaguardia dei diritti e delle libertà fondamentali costituisce un *prius* che legittima l'esistenza e lo sviluppo di tale spazio»<sup>1289</sup>.

A quest'ultimo riguardo, peraltro, con particolare riferimento per l'operato degli Stati membri, consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia precisa che essi, anche nel contesto di settori riservati alla loro esclusiva competenza, devono pur sempre esercitare dette attribuzioni nel rispetto del diritto

gono norme minime comuni sul diritto all'interpretazione e traduzione nei procedimenti penali, sul diritto all'informazione e sul diritto all'assistenza tecnica. In questo caso, le norme UE si applicano orizzontalmente ad ogni attività processuale rilevante per il loro ambito operativo. Anche in questo caso, però l'incidenza sullo svolgimento delle procedure di cooperazione appare meramente indiretta.

<sup>1287</sup> In questa prospettiva, ad esempio, il Parlamento europeo ha sollecitato la Commissione ad includere, in una futura proposta di riesame del mandato d'arresto europeo, un motivo di diniego obbligatorio riguardante il mancato rispetto dei diritti fondamentali di cui all'art. 6 TUE ed alla Carta. V. la risoluzione del Parlamento europeo del 24 febbraio 2014, recante raccomandazioni alla Commissione sul riesame del mandato d'arresto europeo, doc. 2013/2109(INL).

<sup>1288</sup> V. le conclusioni del 6 luglio 2010, nella causa C-306/09, *I.B.*, in *Racc.* p. I-10341.

<sup>1289</sup> Cfr. il punto 43 delle conclusioni. V. inoltre, dello stesso tenore, le conclusioni dell'avvocato generale Bot nella causa *Wolzenburg*, cit. punti 148-151 e nella causa C-261/09, *Mantello*, in *Racc.* p. I-11477, punti 87 e 88. V. altresì le conclusioni dell'avvocato generale Mengozzi del 20 marzo 2012, causa *Lopes da Silva*, cit., punto 28.

to dell'UE e, in particolare, dei principi generali dell'ordinamento europeo<sup>1290</sup>.

Inoltre, merita richiamare l'orientamento giurisprudenziale del Giudice dell'Unione in ordine all'art. 51, par. 1, della Carta dei diritti fondamentali, a mente del quale essa trova applicazione nei confronti degli Stati membri «esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione». A fronte di una originaria lettura rigorosa della nozione di attuazione<sup>1291</sup>, concetto non privo di una certa intrinseca genericità, il Collegio di Lussemburgo ha nel tempo esteso le maglie della propria impostazione, prediligendo l'effetto utile della Carta ad una ricostruzione formalistica del suo spazio operativo<sup>1292</sup>.

La giurisprudenza della Corte, tuttavia, ha acquisito una progressiva flessibilità, abbracciando anzitutto le ipotesi in cui lo Stato membro intenda derogare a previsioni di diritto UE. In quest'ultimo caso, invero, il collegamento elettivo con l'ordinamento sovranazionale riposa proprio sulla volontà del legislatore interno di discostarsi. Più recentemente, inoltre, la Corte ha condotto l'originaria impostazione ad un nuovo approdo, individuando un idoneo collegamento con il diritto UE anche in presenza di una disciplina nazionale non diretta in senso stretto a dare attuazione a norme europee. In una prospettiva *lato sensu* funzionale, infatti, la sfera di applicazione della Carta si estenderebbe anche a quelle norme interne la cui adozione ed applicazione incidano, in concreto, sul conseguimento di obiettivi dell'ordinamento UE<sup>1293</sup>, anche in assenza di potestà normativa in capo al legislatore europeo<sup>1294</sup>.

<sup>1290</sup> V. ad esempio la sentenza 2 febbraio 1989, causa 186/87, *Cowan*, in *Racc.* p. 195. Questo orientamento è stato applicato anche in relazione al regime della proprietà privata, che l'art. 345 TFUE esclude dal novero delle attribuzioni delle istituzioni europee, e delle politiche fiscali: v. rispettivamente le pronunce 15 maggio 2003, causa C-300/01, *Salzmann*, in *Racc.* p. I-4899, e 13 dicembre 2005, causa C-446/03, *Marks & Spencer*, in *Racc.* p. I-10837. In dottrina, fra gli altri, v. G. STROZZI, *Il sistema di tutela integrato di diritti fondamentali dopo Lisbona: attualità e prospettive*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2011, p. 837.

<sup>1291</sup> Tradizionalmente, la Corte opera in materia una sostanziale sovrapposizione del concetto di ambito di applicazione con quello di attribuzione di competenze. Ne deriva un approccio di carattere formale, in forza del quale le norme nazionali possono essere oggetto di scrutinio alla luce dei diritti tutelati in sede europea solo nei settori di competenza dell'Unione, in particolar modo laddove esse attuino il diritto UE o manifestino un diretto collegamento con la sua attuazione. Cfr. la sentenza del 13 luglio 1989, causa 5/88, *Wachauf*, in *Racc.* p. 2609. L'opzione interpretativa in esame, a livello sistematico, troverebbe supporto nell'art. 6 TUE e nell'art. 51, comma 2, della Carta, a mente dei quali l'applicazione delle norme UE in tema di diritti fondamentali non incide sugli ambiti di attribuzione degli Stati membri, né influisce sul sistema delle competenze definito dai trattati, anche in ossequio al principio di sussidiarietà.

<sup>1292</sup> V. più diffusamente *infra*, capitolo V, par. 3.2.

<sup>1293</sup> Corte di giustizia, sentenza del 20 maggio 2003, cause riunite C-465/00, C-138/01 e C-139/01, *Rundfunk*, in *Racc.* p. I-4989.

<sup>1294</sup> In questa dinamica, pertanto, l'interprete dovrebbe eleggere a parametro di riferimento dell'ambito di applicazione della Carta, non il dato positivo derivante dal principio delle

Allo stesso tempo, a conferma del progressivo consolidamento di questo approccio estensivo, la Corte, nella causa *Bonda*, supportando l'*iter* argomentativo dell'avvocato generale Kokott, ha precisato che la sfera di applicazione dei diritti previsti dalla Carta interessa anche le norme nazionali previgenti, che dunque non siano dirette ad attuare disposizioni di diritto UE, ma in concreto ne condividano la sfera operativa o lo scopo perseguito<sup>1295</sup>.

Questo percorso giurisprudenziale rende ben evidente come gli Stati, nell'attuazione del diritto derivato, indipendentemente dalla presenza di clausole volte a declinare nella materia interessata la tutela dei diritti fondamentali, siano vincolati al rispetto del più ampio contesto di norme primarie sulle quali poggia l'ordinamento dell'Unione, *in primis* i diritti fondamentali stessi.

In definitiva, quella che parte della dottrina considera una grave lacuna della cooperazione penale appare oggi in verità una scelta coerente con la struttura complessiva dell'ordinamento europeo, anche alla luce del contributo chiarificatore della giurisprudenza di Lussemburgo. La mancata codificazione di limiti al reciproco riconoscimento fondati sulla protezione dei diritti fondamentali può motivare in prima analisi perplessità sulla portata simbolica di questa scelta, ma non appare idonea a generare vuoti di tutela o conseguenze di segno negativo sui livelli di garanzia assicurati tanto dalle istituzioni europee quanto dalle autorità nazionali, nell'applicazione del diritto dell'Unione o, come si evince dalla giurisprudenza di Lussemburgo, nel tentativo di derogarvi.

In questa prospettiva, la Corte non ha mancato di puntualizzare che, anche per quanto riguarda l'attuazione delle norme sul reciproco riconoscimento, il silenzio del legislatore europeo non equivale ad una abdicazione in favore di un'arbitraria realizzazione del sistema di cooperazione nello spazio giudiziario europeo. Il primo esempio in questo senso è costituito dalle sentenze *Segi* e *Gestoras pro amnistia*<sup>1296</sup>, concernenti il regime di impugnazione delle posizioni comuni da parte degli individui. In quella occasione, la Corte ha puntualizzato che l'ordinamento dell'Unione poggia sul principio dello Stato

competenze di attribuzione, bensì la più ampia e sfumata nozione di scopo del diritto UE, di costruzione giurisprudenziale. Cfr. M. SAFJAN, *Areas of application of the Charter of fundamental rights of the European Union: fields of conflict?*, European University Institute Working Paper 2012/22, 2012, p. 5. V. inoltre le conclusioni dell'avvocato generale Sharpston del 22 maggio 2008 nella causa C-427/06, *Bartsch*, in *Racc.* p. I-7245, e le conclusioni dell'avvocato generale Bot del 5 aprile 2011, causa C-108/10, *Scattolon*, in *Racc.* p. I-7491, punti 116-119, secondo le quali l'art. 51 della Carta sarebbe meritevole di lettura estensiva, capace di ampliare il raggio d'azione dei diritti fondamentali a tutte le situazioni nelle quali una normativa nazionale «affronta» o «incide su» una materia disciplinata a livello europeo.

<sup>1295</sup> V. le conclusioni del 15 dicembre 2011 nella causa C-489/10, *Bonda*, pubblicata nella Raccolta digitale ECLI:EU:C:2012:319.

<sup>1296</sup> V. le sentenze del 27 febbraio 2007, causa C-354/04 P, *Gestoras pro Amnistia*, in *Racc.* p. I-1579 e causa 355/04 P, *Segi*, in *Racc.* p. I-1657.

di diritto e sui diritti sanciti dalla CEDU, «ne consegue che le istituzioni sono soggette al controllo della conformità dei loro atti ai trattati e ai principi generali di diritto, al pari degli Stati membri quando danno attuazione al diritto dell'Unione»<sup>1297</sup>. Il medesimo principio è stato affermato nella citata pronuncia *Advocaten voor de Wereld*<sup>1298</sup>, confermando così in via teorica la centralità dei diritti fondamentali anche rispetto all'attività delle autorità nazionali nell'attuazione delle decisioni quadro e nella conduzione delle procedure di cooperazione.

L'assunto giurisprudenziale, inoltre, è presto risultato decisivo nell'orientare il convincimento della Corte nei casi *Wolzenburg* e *Lopes da Silva*, in relazione al bilanciamento tra i motivi facoltativi di rifiuto dell'esecuzione di un mandato d'arresto e il divieto di discriminazione in base alla nazionalità, principio generale dell'ordinamento UE sancito all'art. 18 TFUE. Nel primo caso, il Collegio ha puntualizzato che, anche nel contesto del previgente terzo pilastro, gli Stati erano chiamati a recepire le norme europee nel rispetto del divieto di discriminazione, principio cardine del processo di integrazione comunitario. La successiva sentenza *Lopes da Silva* ha confermato tale vincolo, nell'ambito della riformata sistematica dei Trattati, evidenziando così un limite strutturale del reciproco riconoscimento.

L'approdo al quale è pervenuta la Corte non costituisce di per sé un elemento di novità assoluta, ben potendo essere desunto dallo *status* accordato ai principi generali nel contesto dell'ordinamento UE. Eppure, esso ha rappresentato il punto di partenza per un'ulteriore evoluzione, poiché ha concentrato il dibattito sulla possibilità di accordare analoga incisività ai diritti consacrati nella Carta, pur in assenza di un motivo di rifiuto *ad hoc*. Se infatti i diritti fondamentali condividono la natura di principi generali, è pur vero che anche il reciproco riconoscimento è al contempo uno strumento ed un obiettivo di centrale rilevanza per il processo di integrazione, non solo nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia.

Proprio quest'ultima considerazione ha guidato il Collegio nella causa *Radu*<sup>1299</sup>, originata da un rinvio pregiudiziale con il quale una corte d'appello rumena chiedeva lumi sulla possibilità di opporre all'esecuzione di un mandato d'arresto, disposto ai fini dell'avvio di un'azione penale, il fatto che la persona ricercata non fosse stata sentita prima dell'emissione di tale provvedimento. Da un lato, infatti, la mancata audizione dell'interessato non figura tra i motivi di rifiuto; dall'altro lato, nondimeno, essa è consacrata agli artt. 47 e 48 della Carta, nonché all'art. 6 CEDU, quale garanzia processuale fondamentale.

<sup>1297</sup> Punto 51 di entrambe le sentenze.

<sup>1298</sup> Punto 45 della sentenza.

<sup>1299</sup> Sentenza del 29 gennaio 2013, causa C-396/11, *Radu*, non ancora pubblicata.

In questo contesto, l'avvocato generale Sharpston, altresì richiamando le conclusioni dell'avvocato generale Cruz Villalón nella causa *I.B.*<sup>1300</sup>, ha evidenziato come l'attribuzione di valore giuridico vincolante alla Carta non rappresenti in sé una circostanza idonea a segnare un punto di svolta nell'interpretazione della decisione quadro e degli atti di diritto derivato in generale<sup>1301</sup>. Piuttosto, essa esprime la crescente volontà politica di dare viepiù visibilità ai diritti tutelati dall'ordinamento dell'Unione, con la conseguenza che «il dovere di rispettare tali diritti e principi permea la decisione quadro. È implicito che siffatti diritti possono essere presi in considerazione come fondamento della decisione di non eseguire un mandato»<sup>1302</sup>.

Dal canto suo, tuttavia, la Corte ha ritenuto di accordare prevalenza alla cooperazione giudiziaria ed alla necessità di preservare l'efficacia del sistema di consegna, rilevando come l'autorità di esecuzione, in una simile circostanza, non sia legittimata a porre un limite al reciproco riconoscimento. Anzi, un eventuale rifiuto «vanificherebbe inevitabilmente il sistema stesso di consegna previsto dalla decisione quadro e, pertanto, la realizzazione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, dal momento che, in particolare al fine di evitare la fuga dell'interessato, un siffatto mandato d'arresto deve potersi giovare di un certo effetto sorpresa»<sup>1303</sup>.

Nel successivo caso *Melloni*<sup>1304</sup>, che qui si considera per quanto strettamente attiene al profilo in esame e che sarà oggetto di ulteriore trattazione nel corso del lavoro<sup>1305</sup>, la Corte è stata nuovamente interrogata sul punto. Nelle vicende di specie, si trattava di statuire sul potere di negare una consegna richiesta allo scopo di eseguire una sentenza di condanna pronunciata *in absentia*. In particolare l'autorità di esecuzione, spagnola, lamentava che l'ordinamento dell'Italia, Stato di emissione, consentisse solo in talune ipotesi la revisione del processo celebrato in assenza dell'imputato: il trasferimento del consegnando avrebbe dunque potuto integrare una violazione degli artt. 47 e 48 della Carta, oltre che della Costituzione spagnola.

Il Collegio, nondimeno, ha ritenuto che il disposto dell'art. 4 della decisione quadro sia coerente con il dettame della Carta e che, quanto meno nel caso sottopostogli, l'asserita violazione del diritto ad un equo processo non autorizzasse la Corte spagnola a rigettare la richiesta di cooperazione, anche alla luce della mancanza di un espresso motivo di rifiuto.

<sup>1300</sup> V. in particolare il punto 44, in cui egli ha affermato che «l'esigenza di interpretare la decisione quadro alla luce dei diritti fondamentali è diventata più impellente dopo l'entrata in vigore della Carta dei diritti fondamentali».

<sup>1301</sup> Cfr. il punto 51 ed il punto 70 delle conclusioni dell'avvocato generale Sharpston.

<sup>1302</sup> Cfr. il punto 70 delle conclusioni.

<sup>1303</sup> Punto 40 della sentenza.

<sup>1304</sup> Sentenza del 26 febbraio 2013, causa C-399/11, *Melloni*, non ancora pubblicata.

<sup>1305</sup> V. il Capitolo V, par. 3.4.

Sebbene queste pronunce, come già preannunciato, abbiano destato sotto più profili acceso dibattito, si rileva come, allo stadio attuale, anche alla luce del dettame della decisione quadro interpretata in sede di rinvio pregiudiziale, il Giudice dell'Unione non sia ancora giunto a riconoscere *expressis verbis* la possibilità di limitare la portata del reciproco riconoscimento laddove l'esecuzione del provvedimento straniero rischi di determinare una violazione dei diritti fondamentali.

Si è poc'anzi avuto modo di evidenziare, tuttavia, come il peculiare statuto della Carta nell'ordinamento dell'Unione deponga per futuri sviluppi di differente segno, soprattutto nell'ipotesi in cui lo scenario fattuale da cui scaturisca una causa porti il Collegio a rilevare a tutti gli effetti un'indebita restrizione di un diritto fondamentale<sup>1306</sup>.

Merita inoltre precisare che, in settore differente rispetto alla cooperazione in materia penale, ma pur sempre rientrante nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, la giurisprudenza di Lussemburgo ha già avuto modo di evidenziare come la fiducia tra autorità nazionali possa trovare un limite nell'esigenza di garantire il rispetto di diritti inviolabili. Il riferimento elettivo a questo proposito è alla sentenza *N.S. e M.E.*<sup>1307</sup>, in tema di diritto di asilo e, in particolare, di trasferimento di richiedenti protezione internazionale da uno Stato membro ad un altro, competente a statuire sul riconoscimento dello *status*. In questo caso, infatti, il Giudice dell'Unione ha precisato che un'autorità nazionale può non ottemperare a tale obbligo di trasferimento verso il Paese formalmente competente ed è anzi tenuta a non darvi séguito<sup>1308</sup>, nel momento in cui sussistano ragionevoli evidenze del fatto che il richiedente asilo ne potrebbe derivare grave nocimento, a causa delle lacune strutturali che, nello Stato di destinazione, affliggano il sistema di accoglienza dei migranti in cerca di protezione internazionale<sup>1309</sup>. Con un approccio avvalorato altresì dalla

<sup>1306</sup> Tanto nel caso *I.B.* quanto nel caso *Melloni*, in effetti, dal punto di vista sostanziale la Corte ha ritenuto che le prerogative del soggetto coinvolto non fossero state infrante.

<sup>1307</sup> Sentenza del 21 dicembre 2011, cause riunite C-411/10 e C-493/11, *N.S., M.E. e altri*, in *Racc.* p. I-13905.

<sup>1308</sup> V. il regolamento CE 343/2003 (Dublino II) del Consiglio, del 18 febbraio 2003, in *GU L 50*, del 25 febbraio 2003, p. 1.

<sup>1309</sup> Il caso in esame, peraltro, solleva un ulteriore quesito, vale a dire il grado di violazione necessario e sufficiente a giustificare una deroga agli obblighi derivanti dal diritto UE e, per quanto di nostro interesse, al reciproco riconoscimento. Le vicende dalle quali è scaturita la sentenza *N.S. e M.E.*, infatti, non sono prive di elementi di unicità e particolarità, tanto più che su questa stessa situazione era pochi mesi prima intervenuta nei confronti di Belgio e Grecia una condanna da parte la Corte europea dei diritti dell'uomo, che aveva confermato l'esistenza di una grave e sistemica violazione dei diritti dei richiedenti asilo nello Stato ellenico. V. la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo 21 gennaio 2011, *M.S.S. v. Belgium and Greece*, ricorso n. 30696/09. In ordine al grado di violazione richiesto, alcune utili notazioni sono pervenute, anche in questo caso, dalle conclusioni dell'avvocato generale Sharpston alla sentenza *Radu*. L'avvocato generale, infatti, nel supportare l'idea che l'infrazione ai diritti fon-



Corte, l'avvocato generale Trstenjak ha rimarcato che, in presenza di un rischio grave per i diritti del soggetto coinvolto, la portata della Carta riduce in maniera significativa il margine discrezionale dello Stato, che è dunque chiamato in via prioritaria a porre in essere le misure necessarie a scongiurare il concretizzarsi di tale pericolo<sup>1310</sup>.

La sentenza *N.S e M.E.* presenta un comune denominatore con le pronunce *Radu e Melloni*, ovvero sia la necessità di interpretare il diritto derivato adottato nell'ambito dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, alla luce ed in forza della Carta dei diritti fondamentali. La distanza che ad oggi separa la prima pronuncia dalle altre, a ben vedere, sembra risolversi nella differente cornice fattuale: nel caso *N.S. e M.E.* si registrava una manifesta e sistemica violazione dei diritti fondamentali, mentre le sentenze sul mandato d'arresto europeo riguardavano situazioni in cui le garanzie del giusto processo erano rispettate nel loro contenuto essenziale. L'eventuale profilarsi di una situazione di maggiore gravità e rilevanza in ordine alla protezione delle garanzie assicurate dalla Carta potrebbe in definitiva risultare decisiva nell'orientare ulteriori sviluppi giurisprudenziali anche nel contesto della cooperazione penale<sup>1311</sup>.

Questa conclusione appare ulteriormente corroborata dalla contiguità argomentativa che caratterizza la soluzione avvalorata dalla Corte nel caso *N.S. e M.E.* e quanto statuito nel poc'anzi citato caso *Krombach*<sup>1312</sup>, in tema di limiti all'obbligo di riconoscimento ed esecuzione delle sentenze civili per violazione dei principi fondamentali dell'ordinamento dello Stato di esecuzione. Anche in quella sede, infatti, come poc'anzi descritto, il Giudice dell'Unione, muovendo da un contesto fattuale fortemente indicativo della lesione del diritto alla difesa tecnica in ambito processuale, ha sottolineato come le esigenze della cooperazione giudiziaria non possano valere a giustificare patenti violazioni di principi essenziali riconosciuti anche dall'ordinamento UE. L'even-

damentali possa costituire un motivo di rigetto dell'esecuzione del mandato d'arresto europeo, ha nondimeno precisato che l'opportunità di non dare séguito ad una richiesta di cooperazione deve essere valutata con particolare cautela e rigore, di modo che solo ipotesi qualificate, in presenza dunque di violazioni di una certa consistenza, possano giustificare un simile esito: «a violazione deve essere talmente grave da configurare una negazione totale o ad un annullamento del diritto ad un equo processo». Cfr. il punto 82 delle conclusioni. Al contempo, l'avvocato generale ha dissuaso la Corte a adottare un criterio di valutazione analogo a quello sostenuto dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, che fa riferimento al criterio della violazione «flagrante», ritenuto tuttavia troppo nebuloso e di difficile applicazione.

<sup>1310</sup> Nel campo del riconoscimento dello status di rifugiato, pertanto, lo Stato che rilevi tale rischio può valutare la fondatezza della richiesta di protezione, senza dover necessariamente trasferire il soggetto nello Stato che sarebbe competente ad evadere la sua istanza, in ossequio al regolamento Dublino II. Cfr. i punti 119-121 delle conclusioni dell'avvocato generale.

<sup>1311</sup> In ogni caso, prassi nazionale può di fatto colmare questa lacuna, come si avrà modo di considerare innanzi.

<sup>1312</sup> Sentenza *Krombach*, causa C-7/98, cit.

tuale estensione di questo approccio anche alla materia penale non potrebbe che essere positivamente accolta, poiché confermerebbe la disponibilità della Corte a orientare la realizzazione dello spazio giudiziario europeo alla centralità dei diritti fondamentali, anche a costo di fissare talune limitazioni ai meccanismi di cooperazione fra autorità nazionali: in questa prospettiva, l'idea di un limite alla portata dell'obbligo di riconoscimento ed esecuzione non può che essere sostenuta e valorizzata, quale elemento di ragionevolezza sistematica e indicatore delle reali priorità alle quali deve tendere il processo di integrazione in questa materia.

*5.2. I limiti derivanti dal margine discrezionale accordato agli Stati membri nell'attuazione ed applicazione delle norme UE*

L'analisi condotta sinora ha consentito di porre l'attenzione sugli strumenti normativi mediante i quali il legislatore dell'Unione ha provveduto a bilanciare il principio del reciproco riconoscimento con ulteriori esigenze. Si è dunque avuto modo di rilevare come la varietà di istituti messi in opera negli atti di diritto derivato persegua ora l'intento di tutelare le garanzie processuali del soggetto coinvolto o interessi essenziali dello Stato di esecuzione, ora – in verità nella maggior parte dei casi – l'obiettivo di assicurare che la parcellizzazione dei sistemi penali nazionali non costituisca nella prassi un impedimento a meccanismi di cooperazione rapidi ed efficienti, sull'impulso della fiducia reciproca tra le autorità nazionali.

Oltre alle evidenze tratte dal dato positivo, nondimeno, il reciproco riconoscimento può patire dei limiti in ragione del margine discrezionale riconosciuto agli Stati nel recepimento e nella successiva applicazione delle norme di diritto derivato o, nel caso del *ne bis in idem*, nell'attuazione del testo convenzionale. Anche rispetto all'attività degli Stati membri, infatti, sorgono su scala nazionale, non di rado amplificate, quelle stesse preoccupazioni e discrasie che il legislatore europeo ha talora tentato di cristallizzare ed affrontare per via normativa.

La frammentazione e diversificazione degli ordinamenti nazionali, gli interessi essenziali degli Stati membri, i diritti fondamentali sono solo alcuni dei fattori che, branditi ora come uno scudo ed ora come una spada<sup>1313</sup>, influenzano la portata operativa del reciproco riconoscimento e l'incisività della cooperazione giudiziaria nell'ambito dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia.

<sup>1313</sup> Si prende a modello la formula utilizzata da T. KONSTADINIDES, *Constitutional identity as a shield and as a sword: the European legal order within the framework of national constitutional settlement*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2011, p. 195.

5.2.1. *Margine discrezionale del legislatore nazionale nel recepimento degli atti UE e limiti del reciproco riconoscimento*

Come già evidenziato nel corso dell'analisi, le peculiarità strutturali ed istituzionali che nel tempo hanno contraddistinto lo sviluppo della cooperazione penale hanno contribuito a generare diffusi ritardi ed incoerenze nell'attività di recepimento delle decisioni quadro – oggi direttive – a livello statale.

Indipendentemente da questa situazione patologica, più volte denunciata dalla Commissione e rilevata altresì in dottrina<sup>1314</sup>, l'aspetto che qui si intende affrontare con maggiore puntualità attiene ai margini decisionali accordati agli Stati membri o comunque da questi esercitati nell'attuazione del diritto derivato volto ad agevolare l'applicazione del reciproco riconoscimento. Sul punto, infatti, si registrano talune incertezze operative, legate in particolar modo alla portata dei motivi di rifiuto obbligatori e facoltativi disciplinati nelle decisioni quadro e direttive, così come al tema della possibilità di negare l'esecuzione per ragioni attinenti alla tutela dei diritti fondamentali.

Per quanto riguarda il regime dei motivi di rifiuto, la Corte di giustizia ha in via generale precisato che, proprio in ossequio al principio del reciproco riconoscimento, le autorità nazionali sono di regola tenute a dare corso ad una richiesta di consegna, potendo opporre un diniego solo in presenza delle specifiche ipotesi di rifiuto obbligatorio o facoltativo indicate a livello sovranazionale<sup>1315</sup>. Di conseguenza, gli Stati sono tenuti anzitutto ad evitare applicazioni estensive delle cause di rifiuto e, *a fortiori*, è loro mosso divieto di introdurre *ex novo* delle ipotesi non disciplinate a livello europeo. Ciò comporta l'incompatibilità con l'ordinamento UE della prassi – invero piuttosto radicata e diffusa tra gli Stati, soprattutto in relazione ai primi strumenti normativi sovranazionali – di trasporre i motivi di rifiuto facoltativi come barriere obbligatorie al riconoscimento ed all'esecuzione dei provvedimenti giurisdizionali stranieri<sup>1316</sup>.

<sup>1314</sup> La Corte di giustizia, dal canto suo, nell'assenza di rimedi destinati a sanzionare l'inadempimento dello Stato all'obbligo di puntuale recepimento di una decisione quadro, ha ricordato che una discrasia tra l'ordinamento nazionale e quello europeo deve essere composta, ove possibile, per via ermeneutica. L'obbligo di interpretazione conforme appare invero un veicolo elettivo per la piena efficacia del diritto UE nel settore in esame, in ragione del dovere in capo al giudice di orientare al diritto sovranazionale, non soltanto le norme di recepimento, ma anche ogni istituto dell'ordinamento statale che consenta, in via diretta o indiretta, l'elisione di un trattamento discriminatorio. V. in questo senso la sentenza *Lopes*, punto 57.

<sup>1315</sup> Sentenza del 1° dicembre 2008, *Leymann e Pustovarov*, causa C-388/08 PPU, in *Racc.* p. I-8993, punto 51.

<sup>1316</sup> La dottrina ha evidenziato come alcune di queste scelte derivino da retaggi del passato, o, meglio, da aspetti classici del regime delle estradizioni. Ne è esempio la regola per la quale, in via ordinaria, una richiesta di estradizione di un proprio cittadino viene rigettata. V. in questo senso S. PEERS, *The European Arrest Warrant: the dilemmas of mutual recognition, human rights and EU citizenship*, in A. ROSAS, E. LEVITS, Y. BOT (a cura di), *The Court of Justice and the construction of Europe: analyses and perspectives on sixty years of case-law.* - *La*

Ha altresì destato fondate critiche l'altrettanto diffusa tendenza ad introdurre nelle norme di trasposizione motivi di diniego aggiuntivi. Merita d'altra parte puntualizzare a questo riguardo che in molti casi tale scelta non è dipesa dalla volontà di eludere gli obblighi di esecuzione, bensì è stata giustificata dall'intento del legislatore nazionale di prevedere espressamente clausole di salvaguardia a tutela delle garanzie del giusto processo o dei diritti fondamentali, stante la poc'anzi rilevata mancanza di analoghe disposizioni negli atti UE di diritto derivato.

Si tratta pur tuttavia di una prassi deleteria per il sistema di cooperazione giudiziaria a livello europeo, a causa dell'eterogeneità dei motivi di diniego declinati a livello nazionale e della non di rado ampia potestà discrezionale riservata alle autorità giudiziarie, con esiti poco coerenti in termini sistematici<sup>1317</sup>. Allo stesso tempo, in dottrina è stato denunciato un approccio schizofrenico da parte della Commissione europea, da un lato impegnata a promuovere una *road map* verso l'adozione di norme minime comuni in tema di garanzie processuali e dall'altro lato fustigatrice delle iniziative statali volte a rafforzare il ruolo dell'autorità di esecuzione nella verifica del rispetto dei diritti fondamentali<sup>1318</sup>.

Se dunque gli Stati non possono estendere la portata dei motivi di rifiuto, specularmente la Corte è stata altresì chiamata a decidere se sia invece compatibile con la normativa europea un regime nazionale più rigoroso, che dunque limiti la sfera applicativa di determinate cause di diniego della consegna. Simili situazioni consentono infatti di garantire in maggior grado il reciproco riconoscimento, ma, al contempo, possono precludere a taluni soggetti il godi-

*Cour de justice et la construction de l'Europe: analyses et perspectives de soixante ans de jurisprudence*, L'Aia, 2013, p. 523, in particolare p. 536. A titolo esemplificativo, per quanto riguarda l'attività di controllo sull'operato degli Stati da parte della Commissione, v. le conclusioni della comunicazione COM(2008) 888 def., del 22 dicembre 2008, Relazione della Commissione ai sensi dell'articolo 20 della decisione quadro 2005/214/GAI del Consiglio, del 24 febbraio 2005, relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sanzioni pecuniarie. La Commissione in tale sede lamenta che «Purtroppo l'analisi dei motivi di diniego del riconoscimento o dell'esecuzione ha evidenziato ancora una volta che, sebbene essi siano stati recepiti da quasi tutti gli Stati membri, sono stati attuati principalmente come motivi obbligatori. Vi è stata inoltre l'introduzione di alcuni altri motivi. Tale pratica non è chiaramente in linea con la decisione quadro».

<sup>1317</sup> Merita peraltro a questo riguardo la posizione sostenuta dal Consiglio e dalla Commissione in ordine alla mancanza di una verifica di proporzionalità: in questo caso, entrambe le istituzioni, nel perdurante silenzio del legislatore europeo, hanno sollecitato gli Stati membri ad introdurre *de facto*, se non addirittura nella norme di trasposizione della decisione quadro, tale controllo.

<sup>1318</sup> V. in questo senso L. MARIN, *Effectiveness at any price?*, cit., p. 333. L'autrice sostiene che una simile prospettiva, coniugata con il preponderante ruolo che il legislatore europeo attribuisce allo Stato di emissione sull'opportunità di trasmettere la richiesta di cooperazione, lede in misura eccessiva il ruolo dell'autorità di esecuzione e, soprattutto, preclude lo svolgimento di un adeguato scrutinio giurisdizionale.

mento di un rilevante beneficio relativo all'esecuzione della condanna loro inflitta, con il rischio di trattamenti discriminatori.

Il tema in questione è stato infatti oggetto di non secondario dibattito ed è stato affrontato in prima battuta in dottrina, sulla scorta di due opposte linee argomentative. Secondo alcuni autori, l'esigenza di rispettare il potere di valutazione del giudice interno nel ponderare le esigenze sottese ai motivi facoltativi di rifiuto dell'esecuzione di cui all'art. 4 della decisione quadro avrebbe motivato l'incompatibilità con il dettame sovranazionale di un regime statale che escludesse *in toto* una delle categorie o ipotesi prospettate dal legislatore europeo<sup>1319</sup>.

Secondo una lettura diametralmente opposta, invece, il carattere opzionale avrebbe dovuto veicolare la centralità non del convincimento dell'autorità giudiziaria, bensì delle priorità indicate dal legislatore statale nelle norme di recepimento della decisione quadro<sup>1320</sup>. Un approccio sistematico e teleologico suggerirebbe infatti di ritenere prevalente l'affermazione del reciproco riconoscimento, posto a fondamento del mandato d'arresto dal preambolo della decisione quadro<sup>1321</sup>, oltre che, in termini generali, dalla formulazione dell'art. 82, par. 1 e 2, TFUE. La libertà di introdurre norme restrittive non potrebbe che essere positivamente salutata, in vista di tale decisivo obiettivo.

Chiamata a statuire sul punto, la Corte di giustizia ha talora optato per una soluzione intermedia. Da un lato, essa ha evidenziato come la *ratio* sottesa ai motivi di diniego facoltativo riposi nella possibilità, da parte dell'autorità giudiziaria, di accordare decisiva importanza ai diversi interessi in gioco ed alle circostanze del caso di specie<sup>1322</sup>; al contempo, il Giudice dell'Unione nella causa *Wolzenburg* ha espressamente riconosciuto che il legislatore nazionale gode della potestà di limitare le situazioni che legittimano il rifiuto dell'esecuzione del mandato, nell'ottica del rafforzamento del sistema di consegna<sup>1323</sup>.

In via di principio, pertanto, eventuali opzioni normative o ermeneutiche di segno restrittivo, se rispettose dei principi generali del diritto UE e considerate in una prospettiva sistematica, apparirebbero non soltanto compatibili con la decisione quadro, ma addirittura maggiormente rispondenti agli obiettivi più ambiziosi della cooperazione nel settore penale<sup>1324</sup>.

<sup>1319</sup> V. GLERUM, K. ROZEMOND, *Surrender of nationals*, in N. KEIJZER, E. VAN SLIEDREGT (a cura di) *The European arrest warrant*, L'Aia, 2009, p. 83. Gli autori in particolare hanno preso in considerazione il rifiuto di consegna di persone residenti o dimoranti nello Stato membro di esecuzione, motivo di rifiuto talora non trasposto in sede nazionale e previsto all'art. 4, n. 6, della decisione quadro.

<sup>1320</sup> M. FICHERA, *The European arrest warrant and the sovereign state: a marriage of convenience?*, in *European Law Journal*, 2009, p. 70.

<sup>1321</sup> Cfr. il considerando n. 9 della decisione quadro.

<sup>1322</sup> V. la sentenza del 17 luglio 2008, causa C-66/08, *Kozłowski*, in *Racc.* p. I-6041, punto 45.

<sup>1323</sup> Sentenza *Wolzenburg*, cit., punto 58.

<sup>1324</sup> Ad una prima analisi, l'argomentazione proposta dal Collegio nella pronuncia *Wol-*

Ad una prima analisi, l'argomentazione proposta dal Collegio nella pronuncia *Wolzenburg* sembra esprimere l'idea che la facoltà di rifiuto della consegna si giostri sul ruolo del legislatore, impegnato nell'attività di trasposizione. L'effettiva portata della sentenza deve tuttavia essere commisurata ai fatti di specie, riguardanti un cittadino tedesco residente con la propria famiglia nei Paesi Bassi ed ivi raggiunto da un mandato d'arresto europeo emesso dall'autorità giudiziaria del proprio Stato di provenienza. La questione pregiudiziale sollevata dal giudice olandese originava, invero, dal peculiare regime normativo interno, secondo il quale, solo in presenza di un permesso di soggiorno permanente e di un periodo di residenza legale e ininterrotta nello Stato ospitante, non inferiore a cinque anni, l'autorità giudiziaria può negare la consegna di cittadini di altri Stati membri<sup>1325</sup>.

Muovendo da tale peculiare contesto, nel quale lo spazio decisionale riservato all'autorità giudiziaria è fortemente circoscritto dalle scelte operate in via legislativa, la Corte di giustizia ha statuito che né la decisione quadro sul mandato d'arresto europeo, né l'art. 18 TFUE ostano ad una normativa che preveda un differente regime per cittadini, residenti e dimoranti, purché

*zenburg* sembra esprimere l'idea che la facoltà di rifiuto della consegna si giostri sul ruolo del legislatore. L'effettiva portata della sentenza deve tuttavia essere commisurata ai fatti di specie, riguardanti un cittadino tedesco residente con la propria famiglia nei Paesi Bassi ed ivi raggiunto da un mandato d'arresto europeo emesso dall'autorità giudiziaria del proprio Stato di provenienza. La questione pregiudiziale sollevata dal giudice olandese originava, invero, dal peculiare regime normativo interno, secondo il quale, solo in presenza di un permesso di soggiorno permanente e di un periodo di residenza legale e ininterrotta nello Stato ospitante, non inferiore a cinque anni, l'autorità giudiziaria è tenuta ad omettere la consegna di cittadini di altri Stati membri. In tale peculiare contesto, nel quale lo spazio decisionale riservato all'autorità giudiziaria è fortemente circoscritto dalle scelte operate in via legislativa, la Corte di giustizia ha statuito che né la decisione quadro sul mandato d'arresto, né l'art. 18 TFUE ostano ad una normativa che preveda un differente regime per cittadini, residenti e dimoranti, purché l'esercizio del potere legislativo sia improntato al principio di proporzionalità e non persegua una finalità discriminatoria.

<sup>1325</sup> Una delle principali ragioni alla base delle differenti suggestioni desumibili dalla giurisprudenza di Lussemburgo trae fondamento dalle norme di recepimento interne della decisione quadro. Il regime normativo olandese ora brevemente riassunto si distingue ad esempio in maniera decisiva da quello tedesco, oggetto di analisi nella menzionata pronuncia *Kozłowski*. In quest'ultimo caso, infatti, veniva in rilievo la legge tedesca, che non dispone condizioni specifiche per l'esercizio della facoltà di rifiuto della richiesta di consegna per il motivo di cui all'art. 4, n. 6, della decisione quadro. Da un lato, dunque, nella causa *Wolzenburg* il profilo decisivo riguardava il corretto e proporzionato esercizio del margine di discrezionalità del legislatore olandese, poiché le opzioni normative consacrate in sede di recepimento sono capaci di incidere in misura significativa sulla portata del mandato d'arresto europeo, vincolando l'apprrezzamento dei giudici interni. Dall'altro lato, nel caso *Kozłowski*, la Corte è stata chiamata a individuare taluni criteri solidi e oggettivi idonei a fornire prova degli effettivi legami sociali dell'interessato nello Stato ospitante, ai quali orientare ed ancorare il margine valutativo dei giudici nazionali, particolarmente ampio proprio a motivo del riserbo normativo sul punto.

l'esercizio del potere legislativo sia improntato al principio di proporzionalità e non persegua una finalità discriminatoria.

Questa soluzione ha tuttavia lasciato margini di incertezza interpretativa circa la portata operativa dei motivi di rifiuto, con particolare riguardo per l'ipotesi di cui all'art. 4, n. 6, della decisione quadro sul mandato d'arresto europeo, riguardante il diniego di consegna di cittadini, residenti e dimoranti sul territorio dello Stato di esecuzione. Su queste "esitazioni giurisprudenziali", così definite dall'Avvocato generale Mengozzi<sup>1326</sup>, la Corte di Lussemburgo è intervenuta con intento chiarificatore con la già menzionata pronuncia *Lopes da Silva*<sup>1327</sup>.

In particolare, muovendo dal disposto dell'art. 4, n. 6, della decisione quadro, il Giudice dell'Unione ha evidenziato come detta causa ostativa facoltativa consenta agli Stati membri di esercitare due distinte opzioni in sede di recepimento: la mera indicazione in via generale ed astratta delle categorie di soggetti potenziali beneficiari del diniego di consegna, oppure l'inserimento di specifici presupposti o criteri, destinati a circoscrivere l'ambito applicativo del motivo di rifiuto.

Nella prima ipotesi, l'autorità giudiziaria interna conserva un più ampio potere valutativo circa la sussistenza di circostanze di fatto che, complessivamente ponderate, dimostrino l'opportunità di porre un limite *ad hoc* al reciproco riconoscimento<sup>1328</sup>. Nel secondo caso, i requisiti imposti nella normativa nazionale devono essere dettati nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento dell'Unione, con particolare riguardo per il principio di proporzionalità ed il divieto di discriminazione in base alla nazionalità e devono inoltre orientare il convincimento dell'autorità giudiziaria, senza precluderlo o vincolarlo<sup>1329</sup>.

*Tertium non datur*: nell'opinione della Corte, lo Stato non può trasporre in maniera parziale la decisione quadro, ad esempio escludendo in radice ed

<sup>1326</sup> Cfr. le conclusioni dell'avvocato generale Mengozzi nella causa *Lopes da Silva*, cit., punto 26.

<sup>1327</sup> La pronuncia è scaturita dal rinvio pregiudiziale di un giudice francese, chiamato a decidere sull'esecuzione di un mandato emesso dall'autorità giudiziaria portoghese nei confronti del signor Lopes, cittadino lusitano condannato a pena detentiva nello Stato d'origine. Quest'ultimo aveva invocato l'applicazione dell'art. 4, punto 6, della decisione quadro. Tuttavia, il legislatore francese, attraverso l'art. 695-24 del codice di procedura penale, ha limitato la facoltà di rifiuto alle sole situazioni in cui la richiesta di consegna abbia ad oggetto un cittadino, senza operare alcun richiamo alle ulteriori categorie di soggetti previste dalla decisione quadro. Il giudice *a quo* ha pertanto chiesto alla Corte di giustizia se il divieto di discriminazione in base alla nazionalità *ex art. 18 TFUE* osti ad un regime normativo capace di escludere i residenti e i dimoranti dall'applicazione di tale motivo di non esecuzione e se uno Stato possa limitare la portata della causa di rifiuto al punto da negare *in nuce* la sua invocabilità da parte di residenti o dimoranti non cittadini.

<sup>1328</sup> Sentenza *Kozłowski*, cit., punti 48-49.

<sup>1329</sup> Sentenza *Wolzenburg*, cit., punto 68.

in modo automatico dall'applicazione dell'art. 4, n. 6, della decisione quadro le categorie dei residenti e dimoranti, poiché la portata facoltativa dei motivi di rifiuto interessa la loro applicazione nella controversia in atto e non la loro previsione o meno in sede normativa.

*5.2.2. Il margine discrezionale dello Stato di esecuzione nell'applicazione delle procedure di cooperazione e dei motivi di rifiuto in particolare*

L'automatismo della cooperazione penale a più riprese auspicato dalle istituzioni europee incontra, come visto, alcune mitigazioni di natura normativa, che assicurano allo Stato di esecuzione pur circoscritte forme di controllo ed influenza sulla procedura in corso e sul suo esito. Nel riconoscere ed eseguire il provvedimento straniero, peraltro, l'autorità giudiziaria richiesta interviene in seconda battuta rispetto al legislatore nazionale, che, come appena visto, beneficia a sua volta in sede di recepimento della possibilità di modellare le norme nazionali verso un più accentuato *favor cooperationis*, in particolare a discapito della portata dei motivi facoltativi di rifiuto.

Se dunque l'operato del legislatore interno è imbrigliato da strette maglie, ci si è interrogati sulla possibilità che, nella prassi, venga accordata più ampia flessibilità decisionale alle autorità giudiziarie deputate al riconoscimento e all'esecuzione.

Anche su questo fronte, nondimeno, pur con talune sollecitazioni ed oscillazioni rispetto al problema della tutela dei diritti fondamentali, poc'anzi considerato, la Corte ha avuto facile gioco nel puntualizzare che l'esigenza di approntare un sistema di cooperazione giudiziaria rapido, automatico ed efficiente è prioritaria rispetto ad eventuali interessi ulteriori. Di conseguenza, le autorità di esecuzione sono in linea di principio tenute a dare séguito alle richieste di cooperazione, interpretando ed applicando in misura restrittiva ogni limite al reciproco riconoscimento<sup>1330</sup>.

Questa impostazione si traduce nel fatto che le cause di rifiuto del riconoscimento o dell'esecuzione non possono dare luogo a leggerezze operative, né tanto meno ad alcun automatismo, sebbene al contempo il reciproco riconoscimento non goda di portata assoluta.

Inoltre, gli avvocati generali hanno sollecitato a più riprese un'inversione di prospettiva, evidenziando la necessità che non i limiti al riconoscimento, bensì l'attività di esecuzione sfugga a pericolosi automatismi, soprattutto nell'ipotesi di mandati d'arresto connessi a pene detentive o ulteriori misure privative della libertà personale<sup>1331</sup>. In simili situazioni, infatti, il duplice obbligo di riconoscere ed eseguire la decisione giurisdizionale straniera dovrebbe essere rapportato alla condizione del consegnando e bilanciato, pur con approccio rigoroso, con le esigenze di tutela dei diritti individuali che il caso

<sup>1330</sup> Cfr. le sentenze *Kozłowski e Wolzenburg*.

<sup>1331</sup> Conclusioni dell'avvocato generale Mengozzi nella causa *Lopes da Silva*, punto 28.



di specie eventualmente evidenzi. Proprio in risposta a queste sollecitazioni, invero, il Giudice dell'Unione ha ulteriormente puntualizzato il proprio orientamento nella causa *B.*: chiamato a statuire sull'esecuzione di un mandato d'arresto emesso ai fini dell'esecuzione di una pena detentiva irrogata in contumacia, il Collegio ha specificato che il carattere non assoluto dell'obbligo di consegna<sup>1332</sup> implica l'opportunità di un accorto bilanciamento tra il compimento della procedura di cooperazione e la *ratio* sottesa ai motivi di rifiuto, alla luce delle evidenze fattuali del caso di specie<sup>1333</sup>.

Tale circoscritta potestà valutativa deve essere esercitata in pieno ossequio ai principi generali dell'ordinamento europeo, con peculiare riferimento per il divieto di discriminazione. Inoltre, essa trova un limite decisivo nell'approccio interpretativo alle formule utilizzate dal legislatore europeo per formalizzare i motivi di diniego dell'esecuzione. Non solo infatti si impone una ricostruzione ermeneutica rigorosa del disposto sovranazionale, ma la Corte ha ricordato in molte occasioni l'importanza di avvalorare un significato autonomo e comune a tutti gli Stati membri dei concetti espressi nelle decisioni quadro e nelle direttive in tema di cooperazione penale<sup>1334</sup>. Se così non fosse, le multiformi sfaccettature del lessico giuridico e la variegata declinazione in sede nazionale di nozioni europee dai contorni spesso poco definiti rappresenterebbero due potenti forze centrifughe rispetto all'obiettivo di uno spazio giudiziario europeo fondato su valori, principi e regole condivisi.

Ad esempio, nella sentenza *Kozłowski* la Corte ha a più riprese sottolineato l'esigenza di avvalorare una nozione autonoma e uniforme del concetto di residente e dimorante, sulla base degli obiettivi posti dalle decisioni quadro sul mandato d'arresto europeo<sup>1335</sup>. In questa prospettiva, secondo il Collegio, i termini «risieda» e «dimori» contemplano, rispettivamente, la situazione in cui la persona oggetto di un mandato di arresto europeo abbia stabilito la propria residenza effettiva nello Stato membro di esecuzione e quella in cui tale persona abbia acquisito, a séguito di un soggiorno stabile di una certa durata in questo medesimo Stato, legami con quest'ultimo di intensità simile a quella dei legami che si instaurano in caso di residenza<sup>1336</sup>.

Tale lettura europea di concetti altrimenti presenti in ogni ordinamento nazionale è essenziale per il coerente sviluppo dei meccanismi di operazione giudiziaria, poichè «gli Stati membri non sono legittimati a conferire a tali

<sup>1332</sup> Punto 50 della sentenza.

<sup>1333</sup> Punto 55 della sentenza.

<sup>1334</sup> Nell'ambito della cooperazione in materia penale, questo approccio ha contraddistinto anche il tema della tutela delle vittime, così come l'istituto del *ne bis in idem*. Per approfondimenti sull'elaborazione di nozioni autonome del diritto UE da parte della Corte di giustizia v. G. BECK, *The legal reasoning of the Court of Justice of the EU*, Oxford, 2012, in particolare pp. 187 e ss.

<sup>1335</sup> Punto 42 della sentenza.

<sup>1336</sup> Punto 46 della sentenza.

termini una portata più estesa di quella risultante da un'interpretazione uniforme siffatta»<sup>1337</sup>.

5.2.3. (segue) *In particolare: il caso della natura risocializzante della pena e del diritto al reinserimento sociale del reo, alla luce della disciplina sul mandato d'arresto europeo*

Uno degli aspetti ad oggi maggiormente dibattuti a livello giurisprudenziale riguarda la portata operativa del motivo di rifiuto ex art. 4, n. 6, della decisione quadro 2002/584/GAI. Ai sensi di questa disposizione, lo Stato d'esecuzione può rifiutare la consegna nel caso in cui sia coinvolto un cittadino nazionale o un soggetto che risieda o dimori nel proprio territorio, purché le autorità del medesimo Stato membro assicurino l'esecuzione della condanna.

La *ratio* del motivo facoltativo di diniego della consegna in esame consiste nel rafforzamento delle opportunità di risocializzazione e nel mantenimento dei legami personali del soggetto che risieda o dimori nello Stato di esecuzione. Il radicamento nel tessuto sociale sollecita infatti l'autorità giudiziaria dello Stato richiesto a valutare l'opportunità di consentire l'esecuzione della misura restrittiva nel proprio territorio, così da conservare in massimo grado le *chances* di emenda personale e recupero sociale<sup>1338</sup>.

Il *punctum dolens* della disposizione in esame è dunque costituito dalla necessità di coordinare la garanzia che essa esprime con l'urgenza di interpretare ed applicare in maniera rigorosa i limiti al reciproco riconoscimento. Al riguardo, in effetti, il Collegio di Lussemburgo non ha mancato di precisare che l'obiettivo della risocializzazione del reo, benché importante, non preclude agli Stati la potestà di circoscrivere le situazioni in cui dovrebbe essere possibile rifiutare la consegna in forza dell'art. 4, n. 6<sup>1339</sup>.

Inoltre, proprio in ragione della delicatezza della materia, il Giudice dell'Unione si è preoccupato di enumerare i possibili criteri ed elementi che l'autorità nazionale è chiamata a soppesare nel compiere tale valutazione. In particolare, vengono considerati meritevoli di apprezzamento ai fini della statuzione sul grado di radicamento sociale del soggetto coinvolto alcuni parametri oggettivamente apprezzabili, come la durata, la natura, le ragioni e le condizioni della presenza sul territorio dello Stato; il complesso dei legami affettivi e familiari; gli interessi economici o i rapporti di lavoro passati e in atto<sup>1340</sup>.

<sup>1337</sup> Punto 43 della sentenza.

<sup>1338</sup> Sentenza *Kozłowski*, punto 45, e sentenza *Wolzenburg*, punto 62. È interessante rilevare come questa finalità non venga indicata nei considerando della decisione quadro, ma sia stata rilevata in via autonoma dalla Corte di giustizia. Condivide il medesimo scopo altresì l'art. 5, n. 3, che riguarda la possibilità di subordinare la consegna alla garanzia che la pena detentiva comminata nei confronti del cittadino o residente sia eseguita nello Stato richiesto.

<sup>1339</sup> Sentenza *Wolzenburg*, punto 62.

<sup>1340</sup> Sentenza *Kozłowski*, punto 46.

In base a questi criteri, in occasione della pronuncia sul citato caso *Wolzenburg*, il giudice dell'Unione ha ritenuto compatibile con il diritto UE la normativa olandese che limita la possibilità di invocare fruttuosamente la causa di diniego dell'esecuzione ex art. 4, n. 6, da parte di un soggetto che risieda o dimori nei Paesi Bassi da un lasso di tempo inferiore a cinque anni. Questo lasso di tempo è stato infatti valutato proporzionato rispetto all'esigenza di comprovare i vincoli personali con lo Stato ospitante ed alle contestuale necessità di agevolare, nella misura più ampia possibile la rapidità ed efficacia delle procedure di consegna.

Nella successiva causa *Lopes da Silva*, la Corte ha ulteriormente confermato che gli Stati membri possono decidere di limitare per via normativa le situazioni in cui l'autorità giudiziaria nazionale dell'esecuzione è legittimata a rifiutare la consegna di una persona rientrante nell'ambito di applicazione<sup>1341</sup>. Essa tuttavia, nel rimettere al giudice nazionale la decisione sull'esecuzione di un mandato emesso nei confronti di un cittadino portoghese residente in Francia, ha mantenuto un atteggiamento prudente in ordine alla valenza del diritto alla reintegrazione sociale del reo ed all'essenza risocializzante e rieducativa della pena. Anzi, la pronuncia evidenzia a ben vedere una tendenziale predilezione per gli obiettivi sistematici della cooperazione penale, poiché le argomentazioni a supporto del dispositivo – oltre che il dispositivo stesso, nella sua seconda parte – insistono fortemente sull'esigenza di garantire la piena efficacia della decisione quadro ed il conseguimento degli scopi da questa perseguiti<sup>1342</sup>. Scopi fra i quali, come già ricordato, almeno optando per una

<sup>1341</sup> Peraltro, il codice di procedura penale francese, all'art. 695-24, limitava la facoltà di rifiuto della consegna alle sole situazioni in cui la richiesta avesse ad oggetto un cittadino, senza operare alcun richiamo alle ulteriori categorie di soggetti previste dalla decisione quadro, ossia i residenti e dimoranti. La Corte ha dunque ritenuto che il dettame della decisione quadro e il divieto di discriminazioni in base alla nazionalità ostassero ad una normativa nazionale di trasposizione come quella transalpina, che escludesse in toto ed in via automatica queste categorie di possibili beneficiari del motivo di rigetto.

<sup>1342</sup> Merita evidenziare a questo proposito come la Corte solleciti il giudice interno, laddove e nella misura in cui ciò sia possibile, ad interpretare ogni previsione dell'ordinamento francese in senso conforme alla direttiva, così da colmare per via ermeneutica la discrasia con la decisione quadro e l'art. 18 TFUE. Dall'obbligo di interpretazione conforme discende il dovere in capo al giudice *a quo* di valutare globalmente gli elementi oggettivi che caratterizzano la situazione dell'individuo e che, suggerisce la Corte, siano idonei a dimostrare la sua integrazione nella società ospitante, tali per cui egli si trovi effettivamente in una situazione paragonabile a quella di un cittadino nazionale. Il termine di paragone individuato dalla Corte – la cittadinanza – sebbene coerente con il dato positivo delle norme processuali francesi, determina di fatto elevate probabilità di soccombenza del diritto alla risocializzazione di residenti e dimoranti, al cospetto dell'esecuzione del mandato. L'onere probatorio suggerito al giudice nazionale appare in tutta evidenza arduo in raffronto alla più agevole possibilità di dimostrare, al solo fine della decisione sulla consegna e senza chiamare in causa la delicata ed "esclusiva" categoria della cittadinanza, consolidati e stretti legami personali con lo Stato ospitante. Nel caso in cui, in definitiva, la normativa francese non venisse modificata per via legislativa e le

interpretazione letterale, la decisione quadro stessa non annovera la tutela delle cianche di risocializzazione del soggetto condannato o nei confronti del quale si procede.

Nel caso in esame, il Collegio non ha fatto proprie le sollecitazioni dell'Avvocato generale Mengozzi, che aveva impostato le conclusioni muovendo da una «lettura umanitaria» del reciproco riconoscimento: la libera circolazione dei provvedimenti giurisdizionali ed il funzionamento stesso del sistema di consegna dovrebbero essere ispirati al supremo principio della dignità della persona, espresso all'art. 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE<sup>1343</sup>.

In questa prospettiva, le conclusioni alla sentenza *Lopes da Silva* raggiungono approdi ulteriori rispetto a quanto espresso dall'avvocato generale Bot nella causa *Wolzenburg*. In tale sede, invero, egli aveva posto l'accento sulla natura individuale del diritto alla conservazione dei legami intessuti dal condannato<sup>1344</sup>, evidenziando la necessità che l'esecuzione di misure privative della libertà incida nella minor misura possibile sui legami del detenuto con la famiglia e con il proprio ambiente sociale e professionale<sup>1345</sup>. L'Avvocato generale Mengozzi, dal canto suo, ha ribadito la centralità di questo diritto, ma ne ha altresì sottolineato, per la prima volta, la dimensione "superindividuale", giacché esso non può che incidere positivamente sul rischio di recidiva, a beneficio della maggiore efficienza del sistema di prevenzione e repressione del crimine e, in definitiva, della collettività.

La giurisprudenza di Lussemburgo ha conservato dunque sinora un approccio prudenziale, che non valorizza appieno, in concreto, il diritto in esame e le sue molteplici ricadute in rapporto alle esigenze sistematiche della cooperazione giudiziaria. Questa impostazione, secondo parte della dottrina, trae origine dall'applicazione, nel contesto del mandato d'arresto europeo, di criteri ermeneutici analoghi a quelli che il Collegio ha avvalorato in altri ambiti<sup>1346</sup>. La Corte, in effetti, è stata in alcune occasioni interrogata sull'importanza di tale diritto nell'ambito della libertà di circolazione delle persone, in un contesto nel quale viene dunque in rilievo la sola prospettiva individuale

autorità giudiziarie dovessero correre ai ripari mediante l'interpretazione conforme, la messa in pratica del suggerimento argomentativo della Corte si tradurrebbe in una violazione de facto della decisione quadro e dell'art. 18 TFUE, poiché per categorie differenti – cittadinanza, residenza, dimora – verrebbe applicato lo stesso approccio valutativo, con pressoché scontati esiti infausti per i non cittadini.

<sup>1343</sup> V. le conclusioni dell'Avvocato generale Mengozzi, cit., punti 28 e 29.

<sup>1344</sup> Dal canto suo, peraltro, il governo olandese aveva evidenziato la necessità di ancorare la valutazione sul legame del soggetto con lo Stato ad un elemento cronologico oggettivo, al cospetto di «una grande inventiva quanto agli argomenti dedotti [dalle persone richieste di consegna] al fine di provare l'esistenza di un collegamento con la società olandese»: cfr. il punto 65 della sentenza in esame,

<sup>1345</sup> V. le conclusioni dell'avvocato generale Cruz Villalón del 6 luglio 2010, nella causa *B*.

<sup>1346</sup> C. JANSSENS, *Case C-123/08, Wolzenburg. Case note*, in *Common Market Law Review*, 2010, p. 831.

del mantenimento dei legami personali e sociali, mentre non è in discussione l'interesse collettivo all'effetto risocializzante della pena<sup>1347</sup>.

Lo stesso si dica, muovendo da un differente punto di vista, per la giurisprudenza di Lussemburgo in tema di contributi assistenziali e requisito di residenza, nella quale il parallelismo delle soluzioni sostenute dalla Corte è particolarmente significativo. Basti pensare, a titolo esemplificativo, al caso *Förster*, nel quale, secondo una linea argomentativa analoga a quella sostenuta dal Collegio nel caso *Wolzenburg*, l'accesso ad un assegno di mantenimento in favore di uno studente cittadino di altro Stato membro è stato subordinato ad un periodo di residenza di durata quinquennale, ritenuto proporzionato rispetto all'esigenza di comprovare l'effettivo legame personale del soggetto con lo Stato ospitante<sup>1348</sup>.

Eppure, il settore della cooperazione in materia penale presenta caratteristiche peculiari, che impongono un'accentuata attenzione per la tutela dei diritti fondamentali, in ragione della maggiore incidenza sulla situazione giuridica dei soggetti coinvolti delle misure delle autorità nazionali e degli atti dell'UE.

Il rafforzamento della garanzia sottesa all'art. 4, punto 6, appare tanto più opportuno se si considera che anche la Corte europea dei diritti umani ha, a più riprese, riconosciuto, in assenza di ragioni di ordine pubblico, pubblica sicurezza o di ulteriori rilevanti cause ostative, il diritto in capo al condannato di scontare la pena detentiva nel luogo in cui egli abbia stabilito radicati legami personali ed affettivi<sup>1349</sup>. Tale diritto costituisce infatti un'esplicazione dell'art. 8 CEDU, in tema di tutela della vita privata e familiare, nonché, ovviamente, dell'art. 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE.

A ciò si aggiunga che l'art. 3, par. 1, della decisione quadro 2008/909/GAI, relativa all'applicazione del reciproco riconoscimento alle sentenze che irrogano pene detentive, individua tra le finalità essenziali dell'atto il rafforzamento delle possibilità di reinserimento sociale del condannato<sup>1350</sup>. Inoltre, l'interesse all'emenda personale e sociale costituisce un valore ed un obiettivo cen-

<sup>1347</sup> Corte di giustizia, sentenza dell'11 dicembre 2007, causa C-291/05, *Eind*, in *Racc.* p. I-10719, punto 44; v. inoltre la sentenza dell'11 luglio 2002, causa C-60/00, *Carpenter*, in *Racc.* p. I-6279.

<sup>1348</sup> Sentenza del 18 novembre 2008, causa C-158/07, *Förster*, in *Racc.* p. I-8507. E. HERLIN-KARNELL, *The EAW and the principles of non-discrimination and EU citizenship*, in *Modern Law Review*, 2010, p. 460.

<sup>1349</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 11 luglio 2002, *Amrollahi c. Danimarca*, ricorso n. 56811/00.

<sup>1350</sup> In dottrina è stato evidenziato come il riferimento al reinserimento sociale della persona condannata contenuto nella decisione quadro 2008/909 e richiamato altresì nella decisione quadro 2002/584, all'art. 4, punto 6, debba essere letto quale specifica espressione del principio della dignità umana: P. MENGOZZI, *La cooperazione giudiziaria europea e il principio fondamentale di tutela della dignità umana*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2014, p. 225.

trale nel sistema penale di molti Stati membri, strettamente connesso con la finalità rieducativa della pena<sup>1351</sup>.

In questo senso, il principale spiraglio per future evoluzioni giurisprudenziali nel senso qui auspicato è rappresentato dalla sentenza *I.B.* del 2010, nella quale la Corte di giustizia ha confermato che l'interesse al reinserimento sociale della persona ricercata appartiene al patrimonio di obiettivi della decisione quadro 2002/584/GAI, ed in particolare degli artt. 4, n. 6, e 5, n. 3. Ciò comporta che l'autorità di esecuzione possa subordinare la consegna del cittadino o del residente alla garanzia che questi, una volta eventualmente ottenuta la celebrazione di un nuovo processo in luogo di un rito conclusosi senza la sua partecipazione, ottenga di scontare la pena detentiva nello Stato richiesto.

La pronuncia perviene ad un esito senz'altro meritevole di condivisione, ma si segnala un residuo elemento critico, ossia il fatto che il reinserimento sociale del soggetto coinvolto viene apprezzato nella sua esclusiva dimensione di – peraltro tacito – obiettivo della decisione quadro e non nella sua più profonda e convincente essenza di diritto individuale operante nella fase esecutiva del processo penale.

#### 5.2.4. *Il caso del ne bis in idem*

Se gli Stati membri sono esentati da una applicazione *in toto* automatica degli atti di diritto derivato che supportano il reciproco riconoscimento, una considerazione analoga, seppur con talune peculiarità, può essere suggerita nell'ambito del *ne bis in idem* sovranazionale.

La messa in opera del divieto di doppio giudizio, infatti, implica anzitutto l'attribuzione in capo allo Stato che intenda avviare un'azione penale della potestà di verificare che tutti i presupposti cristallizzati all'art. 54 CAAS siano compiutamente integrati. Nello svolgimento di questo controllo preliminare, ove sussistano dubbi sull'esistenza di procedimenti paralleli o difficoltà nel ricostruire il regime normativo dello Stato di origine, l'autorità nazionale è tenuta a norma dell'art. 57 CAAS a richiedere ogni informazione utile, che deve essere obbligatoriamente trasmessa, in ossequio al dettame convenzionale e al principio di leale cooperazione<sup>1352</sup>.

Per il resto, lo Stato che intenda procedere gode di un potere di verifica pieno su tali condizioni, ma, in forza della fiducia reciproca, deve rispettare l'attività posta in essere dalle autorità omologhe straniere, così come le even-

<sup>1351</sup> V. ad esempio l'art. 27, comma 3, della Costituzione italiana e l'art. 25, comma 2, della Costituzione spagnola.

<sup>1352</sup> Un analogo dovere di avviare consultazioni è poi previsto dalla decisione quadro 2009/948/GAI sulla prevenzione e risoluzione dei conflitti di giurisdizione nei procedimenti penali, il cui art. 5 dispone un obbligo di prendere contatto con le autorità che si ritenga stiano conducendo un'azione penale parallela. L'art. 6 prevede che lo Stato contattato dia riscontro entro un termine ragionevole.

tuali indicazioni ed informazioni sull'esistenza di ulteriori azioni penali che le siano state trasmesse. Anche in questo caso, d'altra parte, il testo dell'art. 54 CAAS è frutto di interpretazione autonoma da parte della Corte di giustizia, con la conseguente preclusione di letture parcellizzate in chiave nazionale di nozioni quali «sentenza definitiva» o «pena»<sup>1353</sup>. Nel momento in cui né la verifica unilaterale né le consultazioni abbiano chiarito la situazione, eventuali problematiche operative potranno essere affrontate mediante l'intervento di Eurojust, mentre i giudici nazionali potranno investire la Corte di giustizia di questioni di carattere interpretativo, attraverso lo strumento del rinvio pregiudiziale.

In ogni caso, la logica sottesa al reciproco riconoscimento impone al giudice nazionale di astenersi dal riconsiderare l'esito al quale è pervenuto il processo già celebrato. Come già visto nell'analisi del concetto di sentenza definitiva, questo limite comporta che il divieto di doppio giudizio transnazionale opera in presenza di una sentenza di assoluzione per insufficienza di prove, finanche nell'ipotesi in cui l'autorità di un altro Stato membro rinvenga elementi di prova suscettibili di determinare una riapertura del procedimento<sup>1354</sup>. Lo stesso si dica, in senso ulteriore, per eventuali decisioni definitive fondate sul decorso infruttuoso del termine prescrizionale: come puntualizzato nella menzionata sentenza *Gasparini*, il *ne bis in idem* preclude nuovi procedimenti e, di conseguenza, impedisce anche ad altri giudici stranieri di porre in discussione il merito della causa.

Si pone poi il quesito circa la possibilità di estendere la verifica sui requisiti dell'art. 54 CAAS altresì alla tutela dei diritti fondamentali, similmente a

<sup>1353</sup> Parte della dottrina a questo riguardo ritiene che lo scrutinio sul rispetto delle condizioni di applicazione dell'art. 54 CAAS abbia contorni più vasti in relazione al requisito dell'identità del fatto, che sfugge almeno in parte a dati tecnici e dipende – spesso in misura decisiva – dall'intreccio delle vicende occorse. Cfr. C. JANSSENS, *The principle of mutual recognition*, cit., p. 163. Sul punto, peraltro, l'avvocato generale Sharpston, nelle conclusioni alla causa *Kraijenberg*, ha indirettamente supportato questa visione, evidenziando come l'identità materiale dei fatti non possa essere considerata una condizione per l'applicazione del *ne bis in idem* e rilevando di conseguenza la discrezionalità dei giudici interni nell'apprezzamento degli elementi di analogia e differenza. V. in particolare il punto 36 delle conclusioni.

<sup>1354</sup> V. in questo senso la sentenza *van Straaten*, cit. Si tratta peraltro di ipotesi rispetto alle quali spesso è il diritto processuale dello Stato che già è pervenuto a tale decisione ad intervenire, prevedendo in via eccezionale forme di revisione del procedimento già perfezionatosi. È utile infine precisare, a riprova di questo scarto tra dimensione europea e nazionale, come da questo punto di vista l'interpretazione dell'art. 54 CAAS sostenuta dalla Corte di giustizia riveli un considerevole contenuto garantista, se rapportata alla disciplina del *ne bis in idem* nel contesto della CEDU, circoscritta all'operatività del principio nell'ambito delle singole giurisdizioni nazionali. L'art. 4, par. 2, del Protocollo 7 della CEDU, infatti, prevede che il divieto di doppio giudizio «shall not prevent the reopening of the case in accordance with the law and penal procedure of the State concerned, if there is evidence of new or newly discovered facts, or if there has been a fundamental defect in the previous proceedings, which could affect the outcome of the case».

quanto già considerato per il ruolo dello Stato di esecuzione rispetto al reciproco riconoscimento “normativo”. Sebbene in linea astratta i diritti fondamentali presidino la materia e, secondo l’opinione di alcuni avvocati generali<sup>1355</sup>, possano essere considerati dei limiti al reciproco riconoscimento, la peculiarità del *ne bis in idem* rende di fatto non vantaggioso per l’individuo interessato che tale argomento sia sollevato. La conseguenza di una simile contestazione, infatti, comporterebbe la possibilità per l’autorità giudiziaria di un altro Stato membro di avviare un secondo procedimento penale, sulla scorta del fatto che la prima vicenda processuale è stata inficiata da una violazione delle garanzie processuali dell’imputato o di ulteriori diritti fondamentali. A fronte di una astrattamente meritoria istanza di tutela, si perverrebbe ad un esito paradossale.

Occorre da ultimo ricordare come il tema del *ne bis in idem* ricorra anche in numerose decisioni quadro, *sub specie* di motivo obbligatorio di rifiuto del riconoscimento o dell’esecuzione. Valorizzando la prospettiva sistematica, nella sentenza *Mantello*<sup>1356</sup> la Corte ha posto in relazione la nozione di divieto di doppio giudizio di cui all’art. 54 CAAS con quella prevista all’art. 3, par. 2, della decisione quadro 2002/584/GAI sul mandato d’arresto europeo. Tale disposto, infatti, annoverava fra le cause di rifiuto obbligatorio di esecuzione del mandato l’ipotesi in cui l’autorità giudiziaria alla quale è richiesta la consegna avesse ragione di ritenere che il provvedimento giurisdizionale emesso nell’altro Stato membro attenesse fatti per i quali fosse già intervenuta una sentenza definitiva. Nell’individuare il legame fra l’art. 54 CAAS e la decisione quadro sul mandato d’arresto europeo, la Corte ha anzitutto sottolineato come le condizioni per l’applicazione del divieto di doppio giudizio di cui al citato art. 3, par. 2, non possano essere oggetto di statuizioni discrezionali da parte delle autorità nazionali: in assenza di espressi richiami all’ordinamento degli Stati membri, l’esigenza di assicurare l’uniforme e corretta applicazione del diritto dell’Unione implica anche in questo caso l’elaborazione di una accezione autonoma e unitaria.

Il richiamo alla coerente applicazione decentrata del diritto europeo comporta non soltanto la necessità di scongiurare parcellizzazioni in sede nazionale, ma altresì l’opportunità di eleggere la soluzione interpretativa che, quantomeno nel contesto della cooperazione in materia penale<sup>1357</sup>, non sia fram-

<sup>1355</sup> V. le conclusioni dell’avvocato generale Sharpston nella causa *Kretzinger*, punto 101, nonché le conclusioni dell’avvocato generale Jarabo Colomer nella causa *Bourquain*, punto 51.

<sup>1356</sup> Cfr. la sentenza 16 novembre 2010, *Mantello*, cit.

<sup>1357</sup> La ricostruzione giurisprudenziale dell’istituto nel *ne bis in idem* nel campo della concorrenza presenta alcune peculiarità. In particolare, oltre ai requisiti richiesti anche nel settore penale, la Corte subordina l’operatività del principio al fatto che i due procedimenti avviati e le relative sanzioni irrogate rispondano allo stesso obiettivo, ossia la protezione della concorrenza. V. fra le altre, le pronunce 10 maggio 2007, causa C-328/05 P, *SGL Carbon AG*, in *Racc.* p. I-3921; 18 dicembre 2008, causa C-101/07 P, *Coop de France bétail et viande*, in *Racc.*



mentata in tante sfumature quanti sono i suoi possibili àmbiti di applicazione. Rilevata pertanto l'omogeneità dei due testi normativi e degli obiettivi ad essi sottesi, la Corte ha esteso l'orientamento giurisprudenziale legato all'art. 54 CAAS alla decisione quadro sul mandato d'arresto europeo.

Tuttavia, come visto poc'anzi, il ruolo dello Stato di esecuzione di un provvedimento giudiziario straniero è sensibilmente diverso rispetto a quello di autorità che intendano avviare un procedimento penale rispetto a fatti già giudicati e nei confronti della stessa persona. Parimenti, diversi sono gli esiti ai quali è possibile approdare, poiché il diniego della richiesta di cooperazione opererebbe in favore del soggetto ricercato. Occorre di conseguenza valutare se l'autorità richiesta possa esercitare un più puntuale controllo sul rispetto del *ne bis in idem* o se il suo ruolo si uniformi a quanto già analizzato in via generale per il divieto di doppio giudizio o i motivi facoltativi di rifiuto.

Proprio nel caso *Mantello*, l'avvocato generale Bot ha esposto il convincimento che l'autorità di esecuzione non sia legittimata a verificare *a priori* la sussistenza di un previo giudizio definitivo, ma debba procedervi laddove sia informata di una simile eventualità, eventualmente negando la richiesta di cooperazione.

L'avvocato generale ha dunque sollecitato un ruolo crescente in capo all'autorità di esecuzione, soprattutto in ordine al requisito dell'identità del fatto, mentre la valutazione sulla sussistenza di una decisione definitiva spetta in via elettiva allo Stato di emissione, il quale è nella migliore posizione per considerare le conseguenze ed implicazioni del proprio sistema penale<sup>1358</sup>. Di conseguenza, anche rispetto al divieto di doppio giudizio, l'orientamento della Corte è piuttosto prudente nel soppesare la potestà discrezionale dell'autorità giurisdizionale, in piena coerenza – ma non senza rilievi critici in dottrina – con l'impostazione sostenuta in via generale per i motivi facoltativi di rifiuto dell'esecuzione e la tutela dei diritti fondamentali.

p. I-193, punto 127. La spiegazione di questa peculiare lettura, come suggerito dall'avvocato generale Sharpston, deve essere desunta dal contesto giuridico di riferimento. Difatti, l'elaborazione del principio del *ne bis in in idem* nell'ambito del diritto *antitrust* dell'Unione si collega al potere delle istituzioni europee di comminare sanzioni alle imprese «in un contesto strettamente sovranazionale e con riguardo a un unico ordinamento giuridico disciplinato da un insieme uniforme di norme». In simili circostanze, dunque, l'interesse giuridico tutelato è predefinito in maniera unitaria per tutti gli Stati membri dalle competenti disposizioni del Trattato e di diritto derivato. Ne consegue l'ineludibile esigenza di assicurare anche in sede giurisprudenziale un coerente approccio alla tutela di tale interesse condiviso, quale ulteriore strumento funzionale al conseguimento degli obiettivi dell'Unione in materia di concorrenza nel mercato interno. La valutazione del bene giuridico protetto dalle disposizioni violate dalle imprese diviene dunque una specifica declinazione di tale necessaria *reductio ad unicum* e non può che imporre di subordinare la sussistenza dell'*idem factum* alla contestuale identità degli interessi lesi. Cfr. le conclusioni dell'avvocato generale Sharpston del 28 settembre 2006 nella causa *Gasparini*, cit., in particolare il punto 157.

<sup>1358</sup> V. le conclusioni dell'avvocato generale Bot, punti 93 e ss.

## 6. Considerazioni conclusive

La progressiva affermazione del principio del reciproco riconoscimento nel contesto della cooperazione in materia penale, definitivamente consacrata all'art. 82, par. 1, TFUE a séguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, è stata a più riprese giudicata criticamente in dottrina, soprattutto in relazione alle radici dell'istituto, sviluppatosi in origine nel contesto del mercato interno. Taluni infatti hanno lamentato il rischio di stabilire meccanismi di cooperazione dall'accentuata natura punitiva, per di più incentrati sulla sostanziale violazione del principio di legalità<sup>1359</sup>. È stato in effetti denunciato il pericolo che la trasposizione *tout court* del mutuo riconoscimento in un settore suscettibile di incidere fortemente sui diritti e le libertà dell'individuo potesse determinare la violazione del principio di democrazia e minare la legittimazione dell'operato delle istituzioni europee<sup>1360</sup>: la creazione dello spazio giudiziario penale europeo sarebbe stata infatti compiuta per mezzo delle autorità giurisdizionali, in assenza di un adeguato sostrato normativo comune e di un'idonea attenzione per i diritti fondamentali.

La prassi, soprattutto nel recente passato, ha tuttavia dimostrato che il reciproco riconoscimento, sebbene non esente da elementi di criticità, rappresenta uno strumento efficace ed equilibrato per lo sviluppo della cooperazione in materia penale, affrancata dal previgente paradigma intergovernativo<sup>1361</sup>. In particolare, il principio ha manifestato non secondari elementi di continuità rispetto alla sua elaborazione nell'ambito delle libertà economiche fondamentali, pur con le specificità ed i limiti che inevitabilmente derivano dalla materia alla quale esso trova applicazione. Un elemento di carattere generale che accomuna entrambe le declinazioni del principio è in effetti la non-automaticità, che spesso deriva dall'esigenza di bilanciare interessi contrapposti e che assume diverse sfaccettature.

In primo luogo, per quanto concerne in via elettiva la cooperazione in materia penale, la piena esplicazione del principio necessita il contributo del legislatore: in un settore nel quale la certezza del diritto e la garanzia dell'individuo costituiscono baluardi ineludibili, il riconoscimento delle decisioni

<sup>1359</sup> Cfr. B. SCHÜNEMANN, *Un progetto alternativo di giustizia penale europea*, Milano, 2007, p. 3.

<sup>1360</sup> U. DRAETTA, *Il mandato d'arresto europeo al vaglio della Corte di giustizia*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2007, p. 995.

<sup>1361</sup> N. PARISI, *Tecniche di costruzione di uno spazio penale europeo*, cit., p. 38. L'autrice evidenzia come la valorizzazione del reciproco riconoscimento debba essere positivamente salutata, poiché ha consentito di emancipare la cooperazione in materia penale dai tradizionali schemi intergovernativi. Al contempo, viene sottolineata la necessità che le due componenti che animano il Titolo V TFUE – reciproco riconoscimento e ravvicinamento degli ordinamenti nazionali – procedano di pari passo, allo scopo di rispondere adeguatamente alle esigenze di certezza e garanzia che il diritto penale pone.

penali straniere presuppone nella maggior parte dei casi la previsione di procedure comuni e di standard normativi condivisi. Questa esigenza opera quanto meno su due piani distinti: da un lato, essa investe il dato tecnico-operativo, ossia l'urgenza di facilitare ed incentivare la cooperazione fra autorità di diversi Stati membri grazie alla semplificazione delle formalità, alla fissazione di termini processuali rigorosi, all'ideazione di procedure chiare ed accessibili; dall'altro lato, l'adozione di un regime di cooperazione comune consente di rispondere almeno in parte alle difficoltà che promanano dalla frammentazione degli ordinamenti nazionali. In questo senso, il reciproco riconoscimento diviene nel settore in esame un istituto oltremodo flessibile, poiché proprio la sua positivizzazione consente alle autorità nazionali di superare ostacoli derivanti da sistemi penali e processuali interni talvolta non coerenti: la possibilità da parte dello Stato di esecuzione di adattare le richieste di cooperazione o sostituirne taluni aspetti è un esempio emblematico della costante dinamica fra obbligo di riconoscere ed eseguire, norme comuni sulle procedure di cooperazione e specificità degli ordinamenti statali.

In secondo luogo, in una prospettiva ulteriore, reciproco riconoscimento ed attività normativa sono complementari anche rispetto al ravvicinamento dei sistemi penali e processuali interni. Se infatti il primo trova linfa e fondamento nella fiducia reciproca *in abstracto* tra le autorità nazionali, la seconda è deputata ad alimentare tale disponibilità alla cooperazione: le norme straniere, come precisato dalla Corte di giustizia, devono essere riconosciute anche laddove conducano ad esiti differenti rispetto a quelle nazionali, perciò un'opera di ravvicinamento delle norme processuali nazionali e degli standard di tutela dei diritti fondamentali non può che contribuire al rafforzamento della cooperazione giudiziaria. La nuova stagione normativa avviata con la consacrazione della competenza dell'UE nel settore penale ha consentito di imprimere una considerevole accelerazione in questa direzione, sia dal punto di vista della fissazione di norme minime sulla definizione di alcune fattispecie criminose, sia in ordine al ravvicinamento dei regimi processuali nazionali, ivi comprese talune garanzie processuali<sup>1362</sup>.

In terzo luogo, il principio esaminato nel presente Capitolo rappresenta un crocevia di interessi e priorità di tutela non di rado contrapposti a livello europeo, tanto che la sua portata operativa può trovare un limite proprio nella necessità di accordare prevalenza ad obiettivi speculari rispetto a quelli che esso persegue. Nel contesto del mercato interno, questa ricerca di bilanciamento vede usualmente fronteggiarsi la compiuta circolazione dei fattori di produzione ed interessi di natura non economica, quali la tutela del consuma-

<sup>1362</sup> Merita ricordare che le norme minime comuni adottate nel contesto del diritto all'informazione, alla difesa tecnica ed alla traduzione ed interpretazione nei procedimenti penali operano anche rispetto all'attività processuale interna, non solo dunque nell'ipotesi di controversie che manifestino un collegamento con l'ordinamento UE.

tore, la protezione dell'ambiente o la garanzia dei diritti dell'individuo. Si tratta nondimeno di limiti circoscritti, poiché le deroghe alla disciplina delle libertà fondamentali devono essere interpretate in maniera restrittiva e sono altresì sottoposte ad un giudizio di proporzionalità, volto ad accertarne l'idoneità e la necessità in relazione allo scopo cui tendono. Nel campo della cooperazione penale, invece, come si è avuto modo di riscontrare nel corso del lavoro, i limiti alla portata dell'obbligo di riconoscimento derivanti da interessi che si contrappongono alla creazione di uno spazio giudiziario comune hanno, tanto in sede normativa quanto a livello giurisprudenziale, una portata per molti aspetti ancora sfumata e derivano in via principale dalla necessità di tutelare i diritti fondamentali dei soggetti coinvolti nelle procedure di cooperazione o i principi cardine dell'ordinamento dello Stato di esecuzione<sup>1363</sup>. Se, come nel caso del *ne bis in idem*, la valorizzazione delle garanzie individuali costituisce un fattore propulsivo della cooperazione, si lamenta la mancanza di chiare indicazioni circa le esigenze sottese al rafforzamento dello spazio giudiziario europeo e la protezione dei diritti fondamentali. Peraltro, ad oggi la Corte di giustizia non ha espressamente puntualizzato, come invece avvenuto per il mercato interno, la cooperazione giudiziaria in materia civile ed il regime dei richiedenti asilo, che i limiti al reciproco riconoscimento abbiano carattere eccezionale e debbano di conseguenza essere interpretati in maniera restrittiva: anzi, la centralità dei diritti fondamentali nell'attuale sistematica dei Trattati sembra suggerire la possibilità – se non addirittura l'opportunità – di un maggiore spazio operativo. In ogni caso, l'estensione dell'orientamento sostenuto dalla Corte nei casi *Krombach* e *N.S. e M.E.* non comporterebbe l'imposizione di un limite statico alla cooperazione in materia penale: al contrario, essa confermerebbe che, anche in questa materia, l'approfondimento del processo di integrazione e la messa in opera dei suoi frutti non avvengono “a tutti i costi”, ma devono essere orientati ad un opportuno bilanciamento con i diritti fondamentali ed i principi cardine degli ordinamenti nazionali, *a fortiori* se fatti propri anche dall'ordinamento UE.

Queste notazioni sono direttamente connesse ad una quarta ed ultima considerazione conclusiva, riguardante i limiti del reciproco riconoscimento alla luce dell'attività degli Stati membri, sia all'atto del recepimento delle norme UE che nello svolgimento delle procedure di cooperazione. Per sua natura, infatti, il principio in esame determina la portata extraterritoriale degli

<sup>1363</sup> Al riguardo, parte della dottrina suole distinguere il mutuo riconoscimento ed il reciproco riconoscimento quanto agli effetti che generano nei confronti degli individui. Nel primo caso, essi sarebbero i soggetti che traggono i principali benefici dall'applicazione del principio; nella seconda ipotesi, essi ne sarebbero oggetto, in quanto destinatari dei provvedimenti giudiziari dei quali viene richiesta l'esecuzione. V. ad esempio S. PEERS, *Mutual recognition and criminal law in the European Union*, cit., p. 409; V. MITSILEGAS, *EU criminal law*, Oxford, 2009, p. 117.

effetti di una decisione giurisdizionale, con la conseguente tendenza verso – quanto meno – un esercizio condiviso fra più Stati della sovranità, ed in particolare dell’uso legittimo di poteri coercitivi per esigenze di repressione dei reati e tutela della sicurezza dei cittadini<sup>1364</sup>. In questo contesto, il reciproco riconoscimento funge anzitutto da criterio ordinatore delle funzioni rispettivamente svolte dalle autorità di emissione di una richiesta di cooperazione e dallo Stato di esecuzione, ma nell’opinione di larga parte della dottrina determina altresì il rischio di «*denationalization*» del diritto statale, appunto in virtù della circolazione delle decisioni giudiziarie e del fatto che l’autorità di esecuzione ha un circoscritto potere di sindacarne gli effetti o di valutare il rispetto di adeguati standard processuali<sup>1365</sup>. Se nel campo del mercato interno l’esigenza di tutela di valori o norme nazionali ha assunto in via principale la forma delle esigenze imperative di interesse generale ed è solo talvolta cristallizzata a livello normativo, lo strumento prioritario avvalorato nella cooperazione penale è rappresentato dai motivi di diniego del riconoscimento e dell’esecuzione. La portata di tali clausole è stata oggetto di alcuni chiarimenti interpretativi da parte della Corte di giustizia, che hanno almeno in parte puntualizzato gli ostacoli che esse pongono all’automatismo dei meccanismi di cooperazione, nonché il residuo spazio decisionale che esse consentono all’autorità di esecuzione di esercitare. Al riguardo, la prassi evidenzia tutt’oggi non secondarie criticità, sia per la scarsa qualità del recepimento negli ordinamenti interni degli atti UE, sia per le diffuse istanze di integrazione dei motivi di rifiuto con ulteriori ipotesi attualmente non prese in considerazione dal legislatore europeo, come una clausola generale sul rispetto dei diritti fondamentali o l’introduzione di un giudizio *ex ante* di proporzionalità sull’oggetto della richiesta di cooperazione in rapporto agli sforzi ed ai costi che la relativa procedura comporta.

<sup>1364</sup> V. A. WEYEMBERGH, *Droit pénal et reconnaissance mutuelle*, in *Journal des Tribunaux – Droit européen*, 2001, p. 193; L. GRÖNING, *A criminal justice system or a system in deficit? Notes on the system structure of the EU criminal law*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2010, p. 116.

<sup>1365</sup> Cfr. M. POIARES MADURO, *So close yet so far: the paradoxes of mutual recognition*, in *Journal of European Public Policy*, 2007, p. 819. A questa visione disillusa del rapporto tra reciproco riconoscimento e preservazione delle specificità normative nazionali fa eco una lettura secondo cui il principio rappresenta la traduzione in prassi del motto UE “uniti nella diversità”: A. MATTERA, *La reconnaissance mutuelle: une valeur historique ancienne, un principe juridique integrationniste*, cit., p. 414.

## CAPITOLO V

### I LIMITI DERIVANTI DAI PRINCÌPI GENERALI DI DIRITTO PENALE, DAI DIRITTI FONDAMENTALI E DALLE RESPONSABILITÀ STATALI CIRCA IL MANTENIMENTO DELL'ORDINE PUBBLICO

SOMMARIO: 1. Princìpi generali dell'ordinamento UE in materia penale, diritti fondamentali e responsabilità statali nel mantenimento dell'ordine pubblico: limiti alla cooperazione penale o elementi di equilibrio del sistema? – 2. I limiti della cooperazione derivanti dai princìpi generali del diritto penale. – 2.1. *I princìpi generali del diritto penale: limiti intrinseci all'attività normativa europea.* – 2.2. *La sussistenza di un rilevante interesse meritevole di protezione ed il principio di offensività.* – 2.3. *Il principio di proporzionalità dei reati e delle pene.* – 3. I limiti derivanti dal sistema di tutela multilivello dei diritti fondamentali. – 3.1. *Le prospettive poste dall'attribuzione di valore giuridico primario alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.* – 3.2. *L'ambito di applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.* – 3.3. *Un tentativo di sistematizzazione delle categorie di situazioni in cui la Carta trova applicazione.* – 3.4. *Il livello di protezione dei diritti fondamentali alla luce delle disposizioni orizzontali della Carta.* – 3.4.1. *Le situazioni interamente disciplinate dal diritto dell'Unione.* – 3.4.2. *Le situazioni parzialmente disciplinate dal diritto UE.* – 3.4.3. *I possibili limiti all'impostazione della Corte.* – 3.5. *L'interpretazione della Carta e le limitazioni ai diritti da essa previsti.* – 3.5.1. *I limiti alla portata del *ne bis in idem*: il rapporto tra l'art. 50 della Carta e l'art. 54 CAAS.* – 3.5.2. *requisiti per l'applicazione del *ne bis in idem*: la nozione di *idem factum*.* – 4. Cooperazione penale e responsabilità incombenti in capo agli Stati membri nella tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza interna. – 4.1. *La nozione di ordine pubblico: delimitazione dell'indagine.* – 4.2. *Ordine pubblico e pubblica sicurezza: il quadro normativo primario.* – 4.3. *Note sulla giurisprudenza in materia di ordine pubblico e pubblica sicurezza nel contesto del mercato interno: linee interpretative comuni nella definizione della portata di queste clausole.* – 4.4. *La natura delle clausole di ordine pubblico e sicurezza interna ex artt. 72 e 276 TFUE: un tentativo di ricostruzione.* – 4.5. *La portata delle clausole di ordine pubblico e sicurezza interna ex artt. 72 e 276 TFUE.* – 4.6. *Situazioni eccezionali e tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza interna: gli artt. 346 e 347 TFUE.* – 5. Princìpi generali, diritti fondamentali e interessi essenziali degli Stati: limiti della cooperazione essenziali al rafforzamento della cooperazione in materia penale.

#### **1. Princìpi generali dell'ordinamento UE in materia penale, diritti fondamentali e responsabilità statali nel mantenimento dell'ordine pubblico: limiti alla cooperazione penale o elementi di equilibrio del sistema?**

L'analisi sinora condotta ha tentato di porre l'accento sulla costante dia-

lettica fra limiti ed evoluzione del processo di integrazione nella materia penale. Ciascuno di questi passaggi ha evidenziato come la ricerca di equilibrio fra queste due dimensioni sia stata orchestrata sulla base di due principali strategie. Da un lato, interviene in molti casi uno sforzo “accentratore”, improntato ad un chiaro *favor integrationis*: l’approccio della Corte all’istituto dell’*opt-out*, il principio della *preemption*, il primato del diritto UE, il ravvicinamento degli ordinamenti nazionali e la loro “cattura” ai fini della cooperazione attraverso il reciproco riconoscimento rappresentano alcuni esempi. Dall’altro lato, si registra non di rado ed in maniera più marcata rispetto ad altre politiche UE l’attenzione per le specificità degli ordinamenti nazionali e per le scelte degli Stati membri: basti pensare agli istituti che garantiscono margini di flessibilità alla partecipazione degli Stati, al preponderante ricorso alle direttive, alla valorizzazione del principio di sussidiarietà, alla clausola del freno d’emergenza o ai motivi di diniego del reciproco riconoscimento.

Seguendo questa linea argomentativa, nel presente Capitolo ci si intende interrogare sulle conseguenze che alcuni principi o interessi essenziali dell’ordinamento UE e degli ordinamenti nazionali esercitano sull’avanzamento della politica penale europea e sulla quotidiana messa in opera dei meccanismi di cooperazione.

In primo luogo, muovendo da una prospettiva europea, l’analisi si sofferma sul ruolo accordato ad alcuni principi generali dell’ordinamento UE, che affondano le proprie origini nei sistemi giuridici nazionali e che acquisiscono una peculiare declinazione nell’ambito del diritto penale: il principio di legalità, il principio di offensività materiale, il principio di proporzionalità, declinato in termini di proporzionalità delle scelte di criminalizzazione e delle risposte sanzionatorie. Ad essi si aggiungono i diritti fondamentali sanciti dalla Carta, documento che peraltro in larga parte accoglie e cristallizza anche i principi ora richiamati.

In secondo luogo, la trattazione affronta il tema degli interessi essenziali degli Stati, focalizzando l’attenzione sulle previsioni del Trattato che riservano alle autorità interne le responsabilità in relazione al mantenimento dell’ordine pubblico e della pubblica sicurezza.

L’una e l’altra prospettiva ripropongono con forza la chiave di lettura che ha caratterizzato le precedenti tappe dell’analisi: i principi generali dell’ordinamento europeo e le responsabilità in materia di ordine pubblico recano dei limiti – talvolta intrinseci – allo sviluppo ed all’approfondimento della cooperazione in materia penale, sia in relazione all’attività del legislatore europeo che rispetto all’operato della Corte di giustizia; al contempo, nondimeno, occorre verificare se, al di là dato formale, questi confini non possano in verità, ancora una volta, costituire dei fattori di rafforzamento di questa politica UE o, quanto meno, degli elementi di equilibrio e misura del sistema.

## 2. I limiti della cooperazione derivanti dai principi generali del diritto penale

### 2.1. I principi generali del diritto penale: limiti intrinseci all'attività normativa europea

La dottrina penalistica e sociologica ha a più riprese approfondito il ruolo del diritto penale nelle società moderne<sup>1366</sup>: nel complesso panorama di teorie elaborate sul punto, uno degli elementi più ricorrenti e consolidati è la consapevolezza che l'apparato di contrasto alla criminalità costituisce un elemento spesso imprescindibile, ma al contempo foriero di criticità e contraddizioni. Infatti, l'attività degli organi a vario titolo deputati all'applicazione del diritto penale implica ora il ricorso alla forza, ora l'esercizio di poteri di imperio sulla libertà personale del reo: il rimedio alla violazione della pace sociale attinge in effetti, sebbene in modo legittimo, agli stessi mezzi che contraddistinguono il problema che si intende risolvere.

Il diritto penale sostanziale e processuale è dunque una costante delle società organizzate, ma pone con urgenza una riflessione sui limiti delle scelte di criminalizzazione volte a presidiare beni giuridici ritenuti meritevoli di tutela, così come sui confini delle tecniche destinate ad assicurare l'accertamento della verità<sup>1367</sup>. Se la verità – processuale o storica che la si voglia definire<sup>1368</sup> – e l'ordine pubblico sono obiettivi di primario rilievo, essi al contempo non sono valori assoluti ed anzi sollecitano un opportuno bilanciamento tra l'esercizio legittimo di poteri coercitivi, principi generali dell'ordinamento e diritti fondamentali. Infatti, il modello di contrasto alla criminalità costituisce un'efficace cartina di tornasole dei cardini sui quali poggia un ordinamento e dello *status* realmente accordato ai diritti ed alle libertà dell'individuo<sup>1369</sup>.

Ogni sistema penale, di conseguenza, è ispirato ad un bagaglio di principi ineludibili, che costituiscono un limite ai poteri d'imperio dell'autorità pubblica e intendono garantire che anche un contesto normativo di tale peculiarità rispecchi i valori fondanti propri di una società democratica. Questa esi-

<sup>1366</sup> V., fra i molti contributi di carattere giuridico, F. BRICOLA, *Politica criminale e scienza del diritto penale*, Bologna, 1997, che sintetizza il panorama dottrinale e delinea le sfide della società moderna rispetto al ruolo del diritto penale. Per una visione critica sulle dinamiche che regolano le politiche penali v. E. MUSCO, *L'illusione penalistica*, Milano, 2004, in particolare da p. 182.

<sup>1367</sup> V. dal punto di vista processualpenalistico le riflessioni sistematiche di P. FERRUA, *Il giusto processo*, Bologna, 2005.

<sup>1368</sup> Sulla nozione di verità processuale e sul carattere imperfetto della giustizia orchestrata attraverso il sistema penale v. J. RAWLS (traduzione di U. SANTINI), *Una teoria della giustizia*, Milano, 1997.

<sup>1369</sup> V. in questo senso F. GIUNCHEDI, *La tutela dei diritti umani nel processo penale*, Padova, 2007, l'autore conduce fra l'altro un'analisi sulla parabola evolutiva del giusto processo nei sistemi giuridici europei.



genza è stata tradizionalmente ancorata al faticoso sviluppo degli apparati statali di prevenzione e repressione della criminalità, ma l'accresciuta produzione normativa in materia di cooperazione giudiziaria ha posto le basi per l'avvio di analoghe riflessioni altresì in relazione all'attività delle organizzazioni internazionali<sup>1370</sup>.

Con specifico riferimento al caso europeo, è stato evidenziato come le previsioni inaugurali del Trattato sull'Unione – ed in particolare il disposto dell'art. 2 TUE – siano idonee a replicare su scala sovranazionale la preoccupazione per un sistema penale che, nel tentativo di agevolare la cooperazione tra autorità nazionali e di rafforzare il contrasto a fenomeni criminosi di accentuata gravità, tenga in debita considerazione le libertà civili<sup>1371</sup>. Sebbene infatti le competenze dell'UE in materia si arrestino all'adozione di norme minime comuni, non di rado legate ad una dimensione tecnico-processuale, i valori che l'art. 2 TUE pone alla base del processo di integrazione non possono che orientare in maniera decisiva anche l'attività del legislatore europeo<sup>1372</sup> nel campo della cooperazione penale.

Questa considerazione sollecita due implicazioni principali, che derivano dalla particolarità della produzione normativa europea in materia. In primo luogo, sorge la necessità di chiarire in che termini ed entro quali confini il legislatore UE possa vincolare gli Stati a determinate scelte di criminalizzazione o ad una preferenza per uno specifico regime sanzionatorio<sup>1373</sup>, sulla scorta della necessità di tutelare beni giuridici considerati meritevoli di protezione in sede sovranazionale<sup>1374</sup>. In secondo luogo, urge chiarire l'equilibrio tra la ricerca di una crescente efficienza dei meccanismi di cooperazione giudiziaria

<sup>1370</sup> Nel caso dell'Unione europea questa problematica ha assunto i caratteri di un tentativo di bilanciare opportunamente gli aspetti di libertà, sicurezza e giustizia che animano lo spazio giudiziario europeo. V., fra i molti studi, E. GUILD, F. GEYER (a cura di), *Security versus justice? Police and judicial cooperation in the European Union*, Londra, 2008; rispetto al ruolo ed al *quantum* della pena per le condotte che violino interessi dell'UE o ricadano nell'ambito di applicazione del diritto europeo v. T. ELHOLM, *Does EU criminal cooperation necessarily mean increased repression?*, in *Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2009, p. 191.

<sup>1371</sup> V. le elaborate riflessioni di N. PARISI, *Tecniche di costruzione di uno spazio penale europeo. In tema di riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie e di armonizzazione delle garanzie procedurali*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2012, p. 33.

<sup>1372</sup> Oltre che, ovviamente, l'attività della Corte di giustizia.

<sup>1373</sup> Nell'ambito della decisione quadro sul mandato d'arresto europeo, ad esempio, ciò si è tradotto nella delimitazione del campo applicativo dell'istituto ai soli reati puniti a livello nazionale con pena non inferiore a quattro anni di reclusione: cfr. art. 2, par. 1 della decisione quadro 2002/584/GAI.

<sup>1374</sup> Le riformate basi giuridiche della cooperazione in materia penale prospettano invero la selezione di beni giuridici propri dell'Unione, meritevoli di tutela in via autonoma, come nel caso degli interessi finanziari UE. Sul punto v. N. BITZILEKIS, M. KAIAFA-GBANDI, S. KASTANIDOU, *Theory of genuine European legal interest*, in B. SCHÜNEMANN (a cura di), *A program for European criminal justice*, Monaco, 2006, p. 467.

ed i limiti dei poteri coercitivi delle autorità nazionali: la vaghezza concettuale che non di rado contraddistingue la terminologia utilizzata nelle decisioni quadro e nelle direttive<sup>1375</sup>, invero, alimenta e rafforza la flessibilità delle procedure di cooperazione, aprendo tuttavia la strada a possibili eccessi da parte delle autorità interne nel ricorso ai poteri coercitivi veicolati dal diritto penale.

Nella prospettiva della presente analisi, queste sollecitazioni vengono declinate come peculiari limiti intrinseci all'attività normativa europea nel settore penale. Il principio di offensività, il principio di proporzionalità dei reati e delle pene, i principi di legalità e di certezza del diritto rappresentano dunque confini all'attività del legislatore sovranazionale: essi proiettano a livello europeo la preoccupazione per un uso equilibrato dei poteri coercitivi delle autorità nazionali. Da questo punto di vista, l'analisi si focalizza sui soli profili rilevanti per la trattazione in corso e non persegue pretese di esaustività, difficilmente onorabili al cospetto di principi di tale rilevanza.

## 2.2. *La sussistenza di un rilevante interesse meritevole di protezione ed il principio di offensività*

Come già precisato<sup>1376</sup>, la riforma di Lisbona ha fortemente accentuato la rilevanza del principio delle competenze di attribuzione, allo scopo di definire con chiarezza i limiti dell'azione normativa dell'Unione europea, spesso a beneficio della conservazione delle sfere di intervento statali. D'altra parte, le norme del Trattato accordano in molti casi al legislatore sovranazionale alcuni margini di flessibilità, sia attraverso clausole di portata generale – una su tutte l'art. 352 TFUE – sia grazie a disposizioni specifiche come, per quanto di nostro interesse, il secondo periodo dell'art. 83, par. 1, TFUE, che permette l'integrazione del novero di fattispecie delittuose rispetto alle quali l'Unione può adottare norme minime di ravvicinamento degli ordinamenti nazionali. A ciò si aggiungono il dibattito operato del principio di sussidiarietà ed i variabili effetti preclusivi che l'attività normativa europea può generare nei confronti di quella nazionale, in forza dell'istituto della *preemption*<sup>1377</sup>.

I Trattati predispongono dunque un esaustivo panorama di principi e regole sull'attribuzione e sull'esercizio delle competenze che, entro un certo grado di variabilità, consente di chiarire in quali contesti ed in che misura

<sup>1375</sup> Una vaghezza concettuale qui non considerata come aspetto negativo, ma come elemento connaturato all'attività normativa dell'Unione, *a fortiori* in materia penale. Il tema è studiato sotto diverse angolature – sia dal punto di vista della formulazione degli atti UE che del multilinguismo dell'ordinamento europeo – in F. RUGGIERI (a cura di), *Criminal proceedings, languages and the European Union*, Londra, 2014.

<sup>1376</sup> V. in particolare il Capitolo I, par. 5.

<sup>1377</sup> Su questi profili v. più diffusamente il Cap. II, par. 2.

l'Unione europea sia legittimata a legiferare. Il complesso di norme sul sistema delle competenze potrebbe dunque determinare il convincimento che la formale attribuzione di potestà legislativa sia sufficiente a consentire all'Unione l'adozione di norme penali.

In questa materia, tuttavia, al dato positivo occorre necessariamente affiancare una valutazione sulla funzionalità e sull'opportunità del ricorso ad un simile strumento, tenendo peraltro presente che, ad esempio, l'art. 83, par. 1, TFUE richiama espressioni suscettibili di mutevole apprezzamento, come la portata transfrontaliera del fenomeno criminoso disciplinato o la sua particolare gravità. In senso ulteriore, anche nel momento in cui un'ipotesi delittuosa integri formalmente siffatti requisiti, l'opportunità che l'Unione adotti norme penali non ne costituirebbe l'automatica conseguenza, persistendo comunque l'esigenza di una valutazione di carattere sostanziale. Questa considerazione non risponde solo ad un principio di ragionevolezza, ma deve essere ricollegata all'esigenza che il ricorso al diritto penale goda di una piena legittimazione<sup>1378</sup>. A questo proposito, appare utile operare un breve richiamo alla celebre sentenza della Corte costituzionale tedesca relativa alla legittimità della legge nazionale di ratifica del Trattato di Lisbona<sup>1379</sup>. In tale occasione, infatti, nel contesto di più ampie riflessioni di sistema, il Bundesverfassungsgericht, ha posto l'accento sul fatto che la materia in esame rappresenta una delle *core competences* che dovrebbero essere oggetto di interpretazione rigorosa ed esercizio ponderato, in particolar modo assicurando che anche la produzione normativa sovranazionale sia sottoposta ad un approfondito vaglio democratico in sede parlamentare<sup>1380</sup>.

Si tratta dunque di definire i contorni del «valore aggiunto» che, anche nell'opinione della Commissione europea<sup>1381</sup>, dovrebbe qualificare e giustificare l'adozione di norme penali, in settori attribuiti alla potestà legislativa dell'Unione. Una prima risposta a questa esigenza proviene da un assunto che accomuna le tradizioni giuridiche penalistiche di *common law* e di *civil law*<sup>1382</sup>: il

<sup>1378</sup> Cfr. M. DUBBER, *The American Law Institute's model penal code and European criminal law*, in A. KLIP (a cura di), *Substantive criminal law of the European Union*, Anversa, 2009, p. 209, in particolare pp. 223 e ss.

<sup>1379</sup> Cfr. la sentenza del 30 giugno 2009 del secondo Senato del Bundesverfassungsgericht, n. 2/08. La lunga e complessa sentenza è stata tradotta in italiano dal Prof. J. Luther: il testo è reperibile all'indirizzo internet [http://www.astrid-online.it/Riforma-de/Documenti/Cortecost/Corte-cost/Luther\\_KarlsruheLisbona\\_aic\\_nov.09.pdf](http://www.astrid-online.it/Riforma-de/Documenti/Cortecost/Corte-cost/Luther_KarlsruheLisbona_aic_nov.09.pdf) (15 novembre 2014). La sentenza è intervenuta sulla legge nazionale Gesetz vom 8. Oktober 2008 zum Vertrag von Lissabon vom 13. Dezember 2007, Bundesgesetzblatt, BGBl 2008 II p. 1038.

<sup>1380</sup> Fra i molti commenti alla sentenza v. D. HALBERSTAM, C. MÖLLERS, *The German Constitutional Court says "Ja zu Deutschland"!*, in *German Law Journal*, 2009, p. 1256, e D. DOUKAS, *The verdict of the German Constitutional Court on the Lisbon Treaty: not guilty, but don't do it again!*, in *European Law Review*, 2009, p. 873.

<sup>1381</sup> Comunicazione COM(2011) 573 def. della Commissione, cit.

<sup>1382</sup> Cfr. in una prospettiva comparatistica, A. ESER, *The principle of harm in the concept of*

prerequisito ineludibile ai fini del ricorso al diritto penale è la sussistenza di un interesse di rilievo che meriti o necessiti una tutela rafforzata da possibili restrizioni o violazioni. Che lo si intenda nell'accezione anglosassone di *harm principle* o nella declinazione continentale di interesse giuridico fondamentale, l'esito non muta: le norme sul sistema delle competenze e le specifiche attribuzioni relative alla cooperazione in materia penale non possono giustificare qualsiasi iniziativa normativa, ma, anche per la ricordata natura e per le implicazioni dell'esercizio dello *jus puniendi*, devono rispondere ad un'effettiva e non secondaria esigenza di protezione.

A sua volta, a livello europeo, la rilevanza del bene giuridico in questione può essere apprezzata mediante diversi indicatori, tre dei quali sembrano meglio sintetizzare le peculiarità tecniche e sostanziali della materia: la possibilità di desumere tali interessi dal disposto dei Trattati; il coinvolgimento di diritti fondamentali consacrati nella Carta, nella CEDU o nelle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri; il rischio che la condotta delittuosa possa generare significativo nocimento alla collettività, agli individui o, in senso più generale, agli interessi del processo di integrazione<sup>1383</sup>.

L'ancoraggio al diritto primario consente di rispecchiare nella normativa penale sia le priorità valoriali dell'Unione, sia i limiti del processo di integrazione in questa materia. Da un lato, infatti, le norme inaugurali del Trattato sull'Unione europea chiaramente consacrano i cardini dell'ordinamento UE, individuando nella dignità della persona il bene giuridico primario<sup>1384</sup>; dall'altro lato, come già visto in precedenza, sono i Trattati stessi a sollecitare con clausole di varia natura e portata un debito *self-restraint* in favore delle tradizioni giuridiche penali interne. D'altra parte, l'attenzione per le multiformi sensibilità nazionali in ordine al disvalore di condotte delittuose o all'importanza di taluni beni giuridici costituisce un rilevante incentivo al compimento dell'*iter* legislativo europeo<sup>1385</sup>, nonché al corretto adempimento al diritto dell'UE da parte delle autorità interne<sup>1386</sup>.

In questa prospettiva, la prassi istituzionale evidenzia alcune tendenze che

*crime. A comparative analysis of the criminally protected legal interests*, in *Duquesne University Law Review*, 1966, p. 345.

<sup>1383</sup> Questi tre aspetti sono ripresi dal manifesto *on European criminal policy* elaborato da una ampia rete di accademici ed esperti nel 2009 e pubblicato sul sito internet [www.crimpol.eu](http://www.crimpol.eu) (27 novembre 2014).

<sup>1384</sup> La centralità della dignità della persona è peraltro ribadita all'art. 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE.

<sup>1385</sup> In questo senso v. H. BLOMSMA, C. PERISTERIDOU, *The way forward: a general part of European criminal law*, in F. GALLI, A. WEYEMBERGH (a cura di), *Approximation of substantive criminal law in the EU. The way forward*, Bruxelles, 2013, p. 117, in particolare p. 130.

<sup>1386</sup> Senza focalizzarsi sulla materia penale esprime questo convincimento F. MUNARI, *Gli effetti del diritto dell'Unione europea sul sistema interno delle fonti*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2013, p. 725.

appaiono confermare questo approccio di fondo. Prima ancora che sul piano legislativo, infatti, il Consiglio Giustizia ed Affari interni nel novembre del 2010 ha dato avvio ad un «ciclo politico dell'UE per lottare contro la grande criminalità e la criminalità organizzata internazionali»<sup>1387</sup>. Il ciclo consta di una serie di iniziative istituzionali volte a individuare le principali e più urgenti criticità in tema di contrasto ai fenomeni criminosi gravi, così da selezionare le priorità di intervento dell'Unione ed assicurare una più puntuale valutazione delle misure già in atto. Dopo un periodo di sperimentazione, il ciclo programmatico è entrato a regime nel 2013, per una durata prevista di quattro anni, lasso di tempo decorso il quale i risultati ottenuti dovrebbero essere tradotti in iniziative normative e misure fattive. L'iniziativa prende le mosse dall'esperienza del cd. SOCTA, il Serious and Organised Crime Threat Assessment elaborato periodicamente da Europol, ed intende estendere la raccolta ed elaborazione di informazione e pareri sia alla Commissione che agli Stati membri, chiamati a redigere un piano strategico pluriennale (MASP) e piani d'azione operativi annuali (OAP)<sup>1388</sup>.

Il ciclo pluriennale è un'esperienza di particolare interesse non solo perché mira ad una condivisione programmatica sulle priorità e sulle scelte operative nel contrasto alla criminalità, ma anche per l'approccio al quale la redazione dei piani pluriennali e dei piani operativi annuali si ispira. Come sottolineato dal Consiglio, da Europol e condiviso altresì da larga parte della dottrina, infatti, l'individuazione delle sfide più urgenti per le istituzioni europee e per gli Stati membri non può che basarsi in via elettiva sull'incisività e sulle – potenziali o reali – conseguenze di attività criminose gravi e di portata sovranazionale<sup>1389</sup>. A questo riguardo, nel documento che riassume la valutazione per il periodo di sperimentazione 2011-2013, Europol ha anteposto alla trattazione delle singole fattispecie criminose<sup>1390</sup> una sezione espressamente dedicata alla metodologia ed ai criteri di apprezzamento utilizzati. In particolare, l'Ufficio ha precisato di aver distinto ciascun delitto in *high*, *medium* o

<sup>1387</sup> V. le conclusioni del Consiglio GAI dell'8 e 9 novembre 2010 sull'istituzione e l'attuazione di un ciclo politico dell'UE per lottare contro la grande criminalità e la criminalità organizzata internazionali.

<sup>1388</sup> V. l'analisi di L. PAOLI, *How to tackle (organized) crime in Europe? The EU policy cycle on serious and organized crime and the new emphasis on harm*, in *European Journal of crime, criminal law and criminal justice*, 2014, p. 1. L'autrice evidenzia come il nuovo corso politico intenda per la prima volta avvalorare un approccio complessivo al tema del contrasto alla criminalità grave ed organizzata, anche grazie ad accresciuti investimenti in termini di risorse finanziarie e di personale.

<sup>1389</sup> Cfr. L. PAOLI, V.A. GREENFIELD, *Harm, a neglected concept in criminology, a necessary benchmark for crime-control policy*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2013, p. 359.

<sup>1390</sup> V. Europol, *SOCTA 2013: serious and organized crime threat assessment*, reperibile all'indirizzo internet [https://www.europol.europa.eu/sites/default/files/publications/socta\\_2013.pdf](https://www.europol.europa.eu/sites/default/files/publications/socta_2013.pdf) (14 aprile 2014).

*low*, sulla base di una classificazione fondata sulle sue conseguenze «*on any or all of the dimensions including physical and psychological, political, financial and economic, social, technological and environmental*»<sup>1391</sup>. In breve, Europol ha imperniato la propria valutazione sui rischi e sui danni che, a più livelli, una condotta criminosa può generare. Maggiori sono i rischi ed i danni, maggiore è l'urgenza di intervenire in sede europea e nazionale e dunque di pianificare un programma di interventi normativi e misure che possano adeguatamente fronteggiare la situazione.

Poiché l'attuazione del ciclo politico per il quadriennio in corso ha nel SOCTA di Europol il primo e fondamentale passaggio, successivamente discusso e sottoposto agli emendamenti della Commissione e degli Stati membri, è ragionevole evidenziare come il futuro programma normativo ed operativo dell'Unione in materia penale non potrà che riflettere l'incidenza dei criteri adottati per valutare lo stato dell'arte e individuare le priorità di intervento. L'esercizio delle competenze attribuite all'Unione potrà dunque essere in larga parte improntato ad una lettura della gravità dei fenomeni delittuosi orientata al bene giuridico tutelato ed al nocumento che esso potrebbe derivare dalla condotta criminosa.

Dal primo punto di vista, un esempio di rilievo è la normativa europea sulla pedopornografia. La decisione quadro 2004/68/GAI, infatti, all'art. 1, annoverava espressamente fra i materiali idonei ad integrare la nozione di pornografia infantile anche le «immagini realistiche di bambini inesistenti», ovvero sia le raffigurazioni di parti del corpo sensibili o atteggiamenti sessuali di minorenni elaborate artificialmente, ad esempio attraverso *software* informatici. Questa norma prendeva le mosse dalla consapevolezza di dover tutelare in maniera rafforzata ed incisiva l'interesse superiore dei minori, al cospetto di condotte gravemente lesive della loro integrità fisica e morale.

La centralità del bene giuridico preso in considerazione ha dunque condotto il legislatore europeo ad estendere il disvalore penale anche a condotte formalmente prive di idoneità offensiva materiale – in quanto confinate alla riproduzione artificiale di immagini realistiche ma non veritiere – sebbene capaci di alimentare il fenomeno della pedopornografia, soprattutto grazie alle potenzialità della rete internet. La valorizzazione dell'interesse protetto, la peculiare ed accentuata tutela accordata a livello internazionale ai minori ed il nocumento collettivo derivante da condotte fortemente lesive della sensibilità sociale hanno dunque sollecitato una scelta normativa di notevole rigore, talora criticata in dottrina per la sua dubbia coerenza con il principio di offensività materiale, che contraddistingue molti sistemi penali nazionali<sup>1392</sup>.

Peraltro, la decisione quadro è stata recentemente sostituita dalla direttiva

<sup>1391</sup> Cfr. SOCTA 2013, p. 43.

<sup>1392</sup> Cfr. D. PETRINI, *Principio di colpevolezza*, in C.F. GROSSO, M. PELISSERO, D. PETRINI, P. PISA (a cura di), *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2013, p. 313.

2011/93/UE<sup>1393</sup>, che ha sistematizzato la disciplina della materia, ma non ha di fatto segnato una reale inversione di rotta quanto alla nozione di pornografia infantile. L'art. 1, n. 3, infatti, ha espunto il riferimento ai «bambini inesistenti», ma riporta il richiamo alle «immagini realistiche», espressione di vaghezza tale da potervi ragionevolmente includere a pieno titolo e senza eccessivo sforzo interpretativo anche disegni o elaborazioni artificiali prive di riscontro con la realtà. Prova ne sia, ad esempio, che il decreto legislativo 4 marzo 2014, n. 39<sup>1394</sup>, con il quale l'Italia ha recepito la direttiva in esame, non ha in alcun modo riformato l'art. 600 *quater*.1 del codice penale<sup>1395</sup>, introdotto nel 2006 in attuazione della previgente decisione quadro ed integralmente dedicato al delitto di pornografia virtuale. Quest'ultimo risulta infatti integrato anche in presenza di «immagini realizzate con tecniche di elaborazione grafiche non associate in tutto o in parte a situazioni reali, la cui qualità di rappresentazione fa apparire come vere situazioni non reali»<sup>1396</sup>.

L'importanza del bene giuridico, per citare un altro esempio, è poi il nucleo pulsante degli interventi normativi in tema di tutela degli interessi finanziari dell'Unione, materia che ha conseguito crescente rilevanza negli ultimi decenni. Se infatti alla fine degli anni '60 la dottrina evidenziava sul punto un sostanziale «vuoto legislativo»<sup>1397</sup>, la consapevolezza in capo alle istituzioni europee di dover approntare adeguati strumenti a protezione delle risorse proprie della Comunità ha condotto all'affermazione di un vero e proprio interesse di tutela autonomo dell'Unione, per di più consacrato all'art. 325 TFUE. In un primo momento, infatti, anche grazie al contributo della Corte di giustizia, che per prima ha riconosciuto l'urgenza di contrastare le frodi patrimoniali a danno dell'Unione<sup>1398</sup>, è stato valorizzato il ruolo delle autorità nazionali, chiamate in forza del principio di leale cooperazione a porre in essere ogni misura necessaria all'uopo, ivi compresa la previsione di sanzioni che abbiano «un carattere di efficacia, di proporzionalità e di capacità dissuasiva»<sup>1399</sup>. A fronte di questa originaria impostazione, i più recenti approdi te-

<sup>1393</sup> Direttiva 2011/93/UE, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011, relativa alla lotta contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale dei minori e la pornografia minorile, che sostituisce la decisione quadro 2004/68/GAI del Consiglio, in GU L 335, del 17 dicembre 2011, p. 1.

<sup>1394</sup> Decreto legislativo 4 marzo 2014, n. 39, attuazione della direttiva 2011/93/UE, in GU n. 68, del 22 marzo 2014.

<sup>1395</sup> La riforma ha anzi previsto l'incremento della pena per talune condotte, grazie all'introduzione di nuove circostanze aggravanti.

<sup>1396</sup> L'articolo è rubricato «pornografia virtuale».

<sup>1397</sup> F. BRICOLA, *Alcune osservazioni in materia di tutela penale degli interessi delle Comunità europee* (1968), in *Scritti di diritto penale*, Milano 1997, p. 2357.

<sup>1398</sup> V. la sentenza del 212 settembre 1989, causa 68/88, *Commissione c. Grecia (mais greco)*, in *Racc.* p. I-2965.

<sup>1399</sup> V. la sentenza *mais greco*, punto 24.

stimoniano una compiuta presa in carico del problema da parte dell'Unione, tanto a livello normativo quanto dal punto di vista istituzionale.

Nel primo caso, alla cd. Convenzione PIF del 1995<sup>1400</sup>, strumento frutto della configurazione intergovernativa del terzo pilastro, si sostituirà nel prossimo futuro una direttiva *ad hoc*, proposta dalla Commissione europea nel 2012<sup>1401</sup>. Nella relazione introduttiva alla proposta di direttiva, la Commissione puntualizza che la frammentazione degli ordinamenti nazionali e lo scarso livello di deterrenza dimostrato dalle misure sinora poste a regime impongono il rinnovamento della strategia europea, a beneficio dell'Unione e dei contribuenti che ne alimentano il bilancio.

Talvolta, in senso ulteriore, l'Unione fa proprie esigenze di tutela che gli Stati non necessariamente condividono o che presidiano senza ricorrere al paradigma penalistico. In simili situazioni, è possibile che il legislatore europeo preveda clausole *ad hoc* allo scopo di salvaguardare le eventuali specificità degli ordinamenti nazionali. Un caso di rilievo è rappresentato dalla decisione quadro 2008/913/GAI sulla lotta contro talune forme ed espressioni di razzismo e xenofobia mediante il diritto penale<sup>1402</sup>: l'atto in questione impone agli Stati membri di qualificare come reato alcune condotte intenzionali, come l'istigazione alla violenza nei confronti di gruppi identificabili per ragioni di razza, religione, etnia, colore della pelle; la diffusione pubblica di materiale; l'apologia, la negazione o la minimizzazione di crimini di particolare gravità ed efferatezza come il genocidio, i crimini di guerra, i crimini contro l'umanità. Poiché tuttavia questi comportamenti possono in concreto presentare confini di difficile determinazione con l'esercizio della libertà di espressione – suscettibili di differente apprezzamento a livello nazionale, per le considerevoli implicazioni etico-morali ad essi sottese – la decisione quadro precisa espressamente di non «imporre agli Stati membri di prendere misure che siano in contrasto con i principi fondamentali riguardanti la libertà di associazione e la libertà di espressione, in particolare la libertà di stampa e la libertà di espressione in altri mezzi di comunicazione, quali risultano dalle tradizioni costituzionali [...]»<sup>1403</sup>. Questa formula, peraltro, appare una mera sottolineatura dell'obbligo già esistente di tutelare i diritti fondamentali e non fornisce una chiara misura delle scelte di criminalizzazione richieste agli Stati ai fini del corretto recepimento delle norme UE. È forse maggiormente indicativo il

<sup>1400</sup> V. l'atto del Consiglio, del 26 luglio 1995, che stabilisce una convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee, in GU C 316, del 27 novembre 1995, p. 1.

<sup>1401</sup> Cfr. la comunicazione della Commissione europea COM(2012) 363 def., dell'11 luglio 2012, recante una proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale.

<sup>1402</sup> Decisione quadro 2008/913/GAI, del Consiglio, del 28 novembre 2008, in GU L 328, del 6 dicembre 2008, p. 55.

<sup>1403</sup> Cfr. l'art. 6, par. 2, della decisione quadro.



disposto dell'art. 1, par. 2, in forza del quale gli Stati possono decidere di considerare penalmente rilevanti soltanto i comportamenti che ledano l'ordine pubblico o che si rivelino minacciosi, offensivi o ingiuriosi. I legislatori statali sono dunque legittimati a ricondurre le fattispecie elencate nella decisione quadro a reati già esistenti e che, unitamente ai principi di uguaglianza e tolleranza, arrechino nocumento all'integrità fisica o morale delle persone o alla dignità dell'individuo. In ogni caso, in tutta evidenza, proprio in ragione della difficoltà di ricondurre pienamente ad un sentire comune una materia di tale complessità, gli Stati membri godono in concreto di un significativo margine discrezionale, pur nella condivisa consapevolezza che le azioni descritte ledono rilevanti interessi meritevoli di tutela<sup>1404</sup>.

Quanto al dato istituzionale, inoltre, come confermato dal testo dell'art. 86 TFUE, l'autonoma dimensione europea dell'esigenza di tutelare gli interessi finanziari dell'UE si sta traducendo nella istituzione della Procura europea. Secondo la proposta formulata dalla Commissione, infatti, l'Ufficio del Procuratore europeo, pur avvalendosi del personale e delle strutture nazionali, godrà di competenza esclusiva sull'*an* e sul *quomodo* dell'esercizio dell'azione penale rispetto alle condotte ritenute lesive degli interessi finanziari dell'Unione. Con scelta non esente da aspre critiche, in particolare, la più puntuale definizione delle competenze della Procura europea avviene sulla base di un rinvio alla direttiva – *rectius*, ad oggi, proposta di direttiva – sul contrasto alle frodi in danno degli interessi finanziari dell'UE ed alle fattispecie in essa elencate<sup>1405</sup>.

Proprio la centralità del bene giuridico è infine il motivo ispiratore di al-

<sup>1404</sup> A conferma dell'ampia potestà riservata agli Stati e della difficoltà di ricondurre ad una visione comune queste condotte, nella prima relazione sullo stato di attuazione della decisione quadro la Commissione europea ha rilevato che «[a] quanto consta attualmente, diversi Stati membri non hanno recepito in pieno o correttamente tutte le disposizioni della decisione quadro, in particolare quelle sui reati di negazione, apologia o minimizzazione grossolana di determinati crimini. Le disposizioni sull'istigazione all'odio o alla violenza di stampo razzista e xenofobo vigenti nella maggior parte degli Stati membri non sempre inglobano pienamente i reati previsti dalla decisione quadro. Si riscontrano inoltre alcune lacune anche per quanto riguarda la motivazione razzista e xenofoba dei reati, la responsabilità delle persone giuridiche e la giurisdizione». V. la comunicazione della Commissione COM(2014) 27 def., del 27 gennaio 2014, p. 10.

<sup>1405</sup> L'idea dell'istituzione di una Procura europea è stata per la prima volta avanzata nel contesto del *Corpus Juris*, un documento programmatico elaborato da un gruppo di esperti allo scopo di prospettare l'adozione di un unico strumento normativo complessivo in materia penale a livello europeo. Il documento enumerava sia previsioni di parte generale che la descrizione di una serie di fattispecie criminose ritenute importanti per l'efficace tutela di beni giuridici rilevanti per l'allora Comunità europea. Sul punto e sull'attuale rapporto tra armonizzazione e istituzione della Procura europea v. K. LIGETI, *Approximation of substantive criminal law and the establishment of the European Public Prosecutor's Office*, in F. GALLI, A. WEYEMBERGH (a cura di), *Approximation of substantive criminal law*, cit., p. 73.

cune previsione della decisione quadro 2008/841/GAI sul crimine organizzato<sup>1406</sup>. L'art. 2, lett. b), infatti, sull'esempio della *conspiracy* dei sistemi di *common law*, sollecita gli Stati membri a sanzionare anche la condotta di chi, senza prendere parte attiva al piano criminoso, concluda con terzi un'intesa che, se attuata, potrebbe determinare la commissione di un reato sanzionato con pena detentiva o misura di sicurezza di durata superiore a quattro anni, limite che l'art. 1 individua ai fini della definizione dell'ambito applicativo della decisione quadro. Il disposto in esame, criticato da parte della dottrina ma di fatto non lontano dal diritto vigente in alcuni ordinamenti interni<sup>1407</sup>, non richiede dunque la partecipazione materiale, né, in linea astratta, che il programma criminoso sia stato a tutti gli effetti posto in essere, in quanto il solo fatto di averlo pianificato arreca un *vulnus* all'ordine pubblico.

In altri contesti, dal secondo punto di vista, l'attività normativa dell'Unione è in via principale veicolata non dal bene giuridico in sé, ma dalla gravità dell'offesa che una determinata condotta può ad esso cagionare. La prassi è alquanto articolata, ma evidenzia due tendenze elettive.

Da un lato, l'Unione ha posto e pone all'apice della graduazione delle priorità di intervento fenomeni criminosi generalmente percepiti – anche in sede nazionale – come fortemente lesivi di interessi essenziali. Basti pensare alla normativa in tema di tratta degli esseri umani, che ha costituito una delle prime iniziative legislative in materia penale a séguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona<sup>1408</sup>, a motivo della volontà di disciplinare in maniera complessiva e coerente una fattispecie delittuosa che viola la dignità della persona e numerosi diritti fondamentali consacrati nella Carta. Su questa linea argomentativa, occorre inoltre segnalare come, alla luce dell'esperienza sul campo e dell'evoluzione delle pratiche delittuose, la direttiva di recente adozione abbia ulteriormente ampliato il novero delle azioni idonee ad integrare il fine di sfruttamento che qualifica la tratta di esseri umani: con elencazione aperta a possibili integrazioni in via applicativa<sup>1409</sup>, infatti, l'art. 1, par. 3, precisa che detta nozione include anche l'impiego in servizi forzati come l'accat-

<sup>1406</sup> Decisione quadro 2008/841/GAI del Consiglio, del 24 ottobre 2008, relativa alla lotta contro la criminalità organizzata, in GU L 300, dell'11 novembre 2008, p. 42.

<sup>1407</sup> Basti pensare alla lettura dell'istituto del concorso di persone nel reato nel contesto italiano. Per approfondimenti v. M. KAIAFA-GBANDI, *The importance of core principles of substantive criminal law for a European criminal law policy respecting fundamental rights and the rule of law*, in *European Criminal Law Review*, 2011, p. 7.

<sup>1408</sup> Direttiva 2011/36/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 aprile 2011, concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime, e che sostituisce la decisione quadro del Consiglio 2002/629/GAI, in GU L 101, del 15 aprile 2011, p. 1.

<sup>1409</sup> La norma in questione infatti antepone all'elencazione di ipotesi rilevanti la locuzione «come minimo».

tonaggio e pratiche analoghe alla schiavitù, come il prelievo di organi da destinare al mercato nero.

La qualificazione delle fattispecie rilevanti alla luce e sulla base dei danni cagionati dalle relative condotte è poi uno dei capisaldi della direttiva del 2008/99/CE sulla tutela penale dell'ambiente<sup>1410</sup>, che impone agli Stati membri di perseguire secondo gli schemi del diritto penale condotte «che provochino o possano provocare il decesso o lesioni gravi alle persone o danni rilevanti alla qualità dell'aria, alla qualità del suolo o alla qualità delle acque, ovvero alla fauna o alla flora»<sup>1411</sup>. Proprio questo esempio, peraltro, costituisce il bersaglio emblematico di talune critiche mosse in dottrina a questa impostazione normativa, ritenuta poco efficace in chiave repressiva, sia per la scarsa attenzione all'aspetto della prevenzione, sia per la frequente difficoltà di dimostrare in sede processuale il nesso di causalità fra una condotta e problematiche ambientali di vasta portata<sup>1412</sup>.

In questa prospettiva, dall'altro lato, gli interventi normativi più recenti manifestano il tentativo di fronteggiare *ex ante* le attività criminali, mediante l'avvio di strategie o l'adozione di misure complementari rispetto ai meccanismi coercitivi propri del diritto penale, che consentano di valutare con adeguata precisione il rischio di nocimento all'interesse giuridico tutelato. Il principio di offensività veicola pertanto un approccio prudenziale, che indirizza il legislatore dell'Unione verso una crescente attenzione per la prevenzione del crimine o, quanto meno, la creazione delle condizioni essenziali per contrastarlo con maggiore rapidità ed efficacia.

Si assiste così, in termini generali, alla previsione di programmi di formazione e specializzazione delle forze dell'ordine, delle autorità giudiziarie e dei funzionari amministrativi<sup>1413</sup>, così come all'incremento degli obblighi di informazione e sorveglianza in capo alle autorità nazionali<sup>1414</sup>. Si registra inoltre l'introduzione di alcuni meccanismi di raccolta ed elaborazione dati, finalizzati ad assicurare una più accurata valutazione del rischio che il comportamento di un individuo, un gruppo o una persona giuridica integri un reato penale.

<sup>1410</sup> Direttiva 2008/99/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 novembre 2008, relativa alla tutela penale dell'ambiente, in GU L 328, del 16 dicembre 2008, p. 28.

<sup>1411</sup> V. in particolare l'art. 3, lett. a).

<sup>1412</sup> Sul punto cfr. C. SOTIS, *I principi di necessità e proporzionalità della pena nel diritto dell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it) del 4 ottobre 2011, p. 6 (13 novembre 2014).

<sup>1413</sup> Per una panoramica su questo aspetto v. G. PAYAN, *Émergence d'une stratégie européenne en matière de formation judiciaire*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 2014, p. 39.

<sup>1414</sup> La menzionata direttiva sulla tutela penale dell'ambiente costituisce un esempio elettivo. Si veda altresì la fiorente produzione normativa collegata alla vigilanza sul mercato e sui suoi operatori, ben esemplificata dalla direttiva 2014/57/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 aprile 2014, relativa alle sanzioni penali in caso di abusi di mercato (direttiva abusi di mercato), in GU L 173, del 12 giugno 2014, p. 179.

Questo *risk-based approach*, così come talora definito in dottrina<sup>1415</sup>, trova espressione elettiva in relazione ai reati finanziari ed a taluni reati contro il patrimonio, fattispecie nelle quali le elevate e specialistiche competenze del soggetto attivo, la tecnologia e l'interconnessione dei mercati degli Stati membri creano le basi per condotte di significativa lesività, ma di difficile individuazione ed accertamento. Così, ad esempio, la direttiva del 2005 sul riciclaggio di denaro, espressamente adottata come complemento di norme del terzo pilastro<sup>1416</sup>, prevede che, nel contesto di un più ampio panorama di strumenti volti a garantire la *customer due diligence*, i privati e le persone giuridiche che nell'ambito della propria attività economica maneggino somme di denaro di clienti elaborino una valutazione del rischio di incorrere in un'ipotesi di riciclaggio, sulla base di indicatori soggettivi o di mercato. Tali adempimenti, nell'ottica del legislatore sovranazionale, concorrono a scongiurare che le organizzazioni terroristiche o la criminalità organizzata possa trarre beneficio o sostegno economico da tali attività.

Vi sono peraltro casi nei quali, pur a fronte di un rilevante bene giuridico o di una lesione significativa all'interesse protetto, il legislatore UE ritiene opportuno preservare le differenze sussistenti a livello nazionale, astenendosi dall'intervenire o optando per soluzioni che in misura minore incidano su radicate tradizioni giuridiche nazionali o su divergenti percezioni circa il disvalore di una condotta. Ciò riguarda anzitutto alcuni aspetti cardine del reato, come la configurazione dell'elemento soggettivo, che la Corte costituzionale tedesca stessa, nella menzionata sentenza sulla legge di ratifica del Trattato di Lisbona, ha espressamente ritenuto del tutto incompatibile con il ruolo del legislatore sovranazionale<sup>1417</sup>. Lo stesso si dica, almeno in parte, per la scelta delle pene, che usualmente gli atti UE definiscono nel tipo, nel *quantum* massimo o minimo orientativo ed in alcune eventuali circostanze aggravanti, la-

<sup>1415</sup> Questa formula è peraltro a più riprese utilizzata dalla Commissione europea, soprattutto nel campo della normativa sui controlli sul sistema finanziario e sul mercato. V. ad esempio la comunicazione COM(2013) 45 final, Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on the prevention of the use of the financial system for the purpose of money laundering and terrorist financing (non presente in italiano).

<sup>1416</sup> Direttiva 2005/60/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 ottobre 2005, relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminose e di finanziamento del terrorismo, in GU L 309, del 25 novembre 2005, p. 15. Merita rilevare che questa direttiva si accompagna alla decisione quadro 2001/500/GAI e costituisce un esempio della prassi, avviata dal legislatore europeo nel recente passato per ovviare ai problemi di base giuridica interpilastro, di adottare in parallelo atti comunitari ed atti del terzo pilastro sulla medesima questione, complementari gli uni rispetto agli altri. Per approfondimenti v. C. HONORATI, *La comunitarizzazione della tutela penale ed il principio di legalità nell'ordinamento comunitario*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2006, p. 941.

<sup>1417</sup> Corte richiama il concetto di autonomia nazionale, non violato da adozione di norme minime comuni.

sciando tuttavia agli Stati la responsabilità di cristallizzare nell'ordinamento interno la soluzione ritenuta più efficace, proporzionata e dissuasiva in base ai rispettivi contesti nazionali e sociali<sup>1418</sup>. Analoga riflessione vale per le norme sulla titolarità della responsabilità penale e sui loro limiti, sia in relazione all'età del soggetto attivo, sia rispetto alla sua situazione psichica, sia per quanto riguarda la possibilità di muovere addebiti contro persone giuridiche o di qualificare queste ultime come vittime di un reato penale.

Vi sono poi esempi classici e fortemente dibattuti quali il regime giuridico della prostituzione, del consumo di sostanze stupefacenti o dell'interruzione di gravidanza<sup>1419</sup>: l'attenzione per i sistemi penali nazionali permea anche la disciplina di istituti specifici, ma dalle ingenti ricadute sui sistemi penali interni.

Un ulteriore esempio di particolare importanza a questo riguardo è costituito dalla normativa sul sequestro e la confisca dei beni strumentali e dei proventi da reato, da ultimo riformata con la menzionata direttiva 2014/42/UE. La direttiva costituisce infatti il risultato di un lungo confronto fra Commissione, Parlamento e Consiglio, all'esito del quale il testo da principio proposto è stato significativamente semplificato, con l'elisione di alcuni istituti considerati da taluni Stati membri non coerenti con i propri sistemi penali, come nel caso della confisca senza condanna o del tendenziale riutilizzo a fini sociali dei beni della criminalità organizzata oggetto di provvedimento ablativo. Se nel primo caso il riferimento è stato del tutto espunto dal testo dell'atto, per la seconda ipotesi l'art. 10, par. 3, si limita a delineare la possibilità in capo agli Stati di introdurre simili forme di reimpiego<sup>1420</sup>.

### 2.3. Il principio di proporzionalità dei reati e delle pene

Un secondo principio fondamentale al quale deve essere orientato lo sviluppo della cooperazione penale, tanto a livello europeo quanto nella sua attuazione in sede nazionale, è la proporzionalità dei reati e delle pene, di cui all'ultimo periodo dell'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE<sup>1421</sup>.

<sup>1418</sup> V. le conclusioni dell'avvocato generale Mazak del 28 giugno 2007, presentate nella causa C-440/05, *Commissione c. Consiglio*, in *Racc.* p. I-9097. L'avvocato generale ha sottolineato come gli Stati in linea di principio godano di una migliore posizione nel definire i comportamenti penalmente rilevanti, anche alla luce del principio di sussidiarietà.

<sup>1419</sup> Cfr. le sentenze 4 ottobre 1991, causa C-159/90, *Grogan*, in *Racc.* p. I-445, e 16 dicembre 2010, causa C-137/09, *Josemans*, in *Racc.* p. I-13019.

<sup>1420</sup> Per maggiori approfondimenti sul punto v. A. BALSAMO, *Il codice antimafia e la proposta di direttiva europea sulla confisca: quali prospettive per le misure patrimoniali nel contesto europeo?*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it) del 20 luglio 2012 (14 novembre 2014).

<sup>1421</sup> L'art. 49 è in via elettiva dedicato al principio di legalità, con una particolarità che distingue la Carta da altre fonti sovranazionali in materia di diritti fondamentali: a differenza dell'art. 7 CEDU e dell'art. 15 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, l'atto UE

Questa formula riassume con efficacia le due principali anime del principio nelle scelte di criminalizzazione e nella definizione dei mezzi per la repressione di fenomeni delittuosi<sup>1422</sup>, entrambe in origine elaborate a livello nazionale, attraverso l'evoluzione della sensibilità giuridica sul valore del diritto penale e sugli scopi ai quali esso tende<sup>1423</sup>.

La proporzionalità dei reati e delle pene, in séguito all'attribuzione di competenza in materia penale all'Unione europea, pare aprirsi a due possibili letture.

Da un primo punto di vista, la formula della Carta richiama l'assunto in base al quale il diritto penale costituisce l'*extrema ratio* e deve dunque rispondere ad un parametro di necessità, nell'assenza di soluzioni di analoga efficacia e minore incisività per il conseguimento degli scopi di tutela e deterrenza perseguiti. Questa accezione investe altresì, in senso ulteriore, l'idea di qualificare giuridicamente un comportamento secondo il canone del cd. *fair labelling*<sup>1424</sup>, ossia codificandone gli elementi costitutivi e le conseguenze in una norma giuridica nel pieno rispetto della sua reale portata e del disvalore che esso esprime. Sul fronte della risposta sanzionatoria, inoltre, acquisisce rilevanza la natura del bene giuridico presidiato e la gravità della lesione ad esso arrecata.

Da un secondo punto di vista, invece, la proporzionalità impone un idoneo bilanciamento fra mezzi impiegati ed obiettivi, sia dal punto di vista dell'*an* della rilevanza penale di una condotta, sia – o forse soprattutto – sotto il profilo del *quantum* della risposta sanzionatoria. Ciò implica una valutazione di carattere funzionale, legata all'opportunità di criminalizzare un comportamento o di quantificare ad un determinato ammontare una pena, anche in questo caso in rapporto al bene giuridico di riferimento. Come evidenziato in dottrina, invero, si tratta di ricorrere al diritto penale ed alle sanzioni che esso

menziona altresì il corollario della retroattività della legge penale più favorevole. Il tema della proporzionalità dei reati e delle pene è, per richiamo espresso delle Spiegazioni allegate alla Carta, ripreso dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri. Per approfondimenti v. R. PALLADINO, *I principi della legalità e della proporzionalità dei reati e delle pene ex art. 49 della Carta dei diritti fondamentali*, in A. DI STASI (a cura di), *Spazio europeo e diritti di giustizia. Il Capo VI della Carta dei diritti fondamentali nell'applicazione giurisprudenziale*, Padova, 2014, p. 251.

<sup>1422</sup> Dibattito su implicazioni e corollari proporzionalità, anche alla luce delle novità del Trattato di Lisbona. Qui si selezionano però i profili rilevanti per la trattazione in corso.

<sup>1423</sup> Occorre evidenziare a questo proposito come il principio di proporzionalità costituisca una costante di centrale rilevanza per il diritto penale, in molte occasioni declinato a sostegno e giustificazione di teorie diametralmente contrapposte. Se infatti la proporzionalità come qui intesa rappresenta una conquista dell'elaborazione concettuale illuministica del diritto penale, essa è stata altresì richiamata dai fautori delle teorie retribuzioniste. Per approfondimenti F. PALAZZO, *Introduzione ai principi del diritto penale*, Torino, 2006.

<sup>1424</sup> Sul punto v. A. ASHWORTH, *General principles of criminal law*, Oxford, 2006, p. 89; J. CHALMERS, F. LEVERICK, *Fair labeling in criminal law*, in *Modern Law Review*, 2008, p. 217.

implica «*pas plus qu'il n'est juste, pas plus qu'il n'est utile. Les principes du juste et de l'utile constituant les deux éléments sur lesquels repose la légitimité de la peine en se combinant pour en tracer les conditions et limites – combinaison indispensable, (...), car, isolés l'un de l'autre, le juste et l'utile conduiraient à des conséquences également dangereuses*»<sup>1425</sup>.

La prima accezione del principio di proporzionalità è stata tradizionalmente applicata a valutazioni *lato sensu* esterne al diritto penale dell'Unione. Il criterio di ragionevolezza sotteso all'idea del diritto penale quale *ultima ratio* ha costituito infatti il principale parametro di valutazione avvalorato dalla Corte di giustizia per statuire sulla compatibilità di norme penali interne con l'ordinamento UE. Come visto in precedenza<sup>1426</sup>, infatti, l'integrazione penale indiretta ha implicato che, anche in assenza di una formale attribuzione di competenza all'allora Comunità europea, il diritto sovranazionale abbia saputo esercitare un'azione modellatrice dei sistemi penali nazionali, laddove capaci di interferire indebitamente ed in misura non necessaria sulle libertà fondamentali del mercato interno e sull'applicazione uniforme ed effettiva di norme comunitarie. Questo fenomeno è stato in particolare orchestrato dalla Corte di giustizia, sollecitata mediante rinvio pregiudiziale o ricorso per inadempimento a statuire sulla reale necessità del ricorso al diritto penale da parte degli Stati, ove tale scelta fosse stata operata allo scopo di presidiare un bene giuridico ritenuto meritevole di tutela a livello nazionale, ma avesse determinato restrizioni alle libertà fondamentali o, più in generale, infrazioni al diritto UE.

Conducendo un giudizio di idoneità, necessità e ragionevolezza delle norme nazionali in rapporto all'obiettivo perseguito ed al nocimento cagionato all'ordinamento europeo, il Giudice dell'Unione ha consolidato una casistica via via più copiosa ed approfondita, dalla quale si evince un dato di fondo sulla natura di questa peculiare applicazione della proporzionalità: il principio di *ultima ratio* o necessità, infatti, non si avvale di un elemento di giudizio esterno, di un *tertium comparationis*. Al contrario, la valutazione è focalizzata sugli elementi che giustificano il bilanciamento tra implicazioni della scelta di criminalizzazione e scopo sotteso al ricorso al diritto penale. Così, nell'ipotesi delle misure penali nazionali restrittive delle libertà del mercato interno, rilevano ai fini del giudizio sul rispetto del principio di proporzionalità la disponibilità di rimedi o di soluzioni differenti o una valutazione di impatto sulle conseguenze della norma incriminatrice, mentre il raffronto con situazioni terze in rare occasioni ha una reale portata dimostrativa<sup>1427</sup>.

<sup>1425</sup> G. GIUDICELLI-DELAGE, *Droit pénal de la dangerosité. Droit pénal de l'ennemi*, in *Revue de science criminelle et de droit comparé*, 2010 p. 69.

<sup>1426</sup> Cfr. il Capitolo I, par. 2.2.

<sup>1427</sup> M. DELMAS-MARTY, *Harmonisation des sanctions et valeurs communes: la recherche d'indicateurs de gravité et d'efficacité*, in M. DELMAS-MARTY, G. GIUDICELLI-DELAGE, E.

Ciò ha concorso a delineare un modello di valutazione funzionale soprattutto alla definizione del rapporto tra diritto UE e norme nazionali. Tuttavia, con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, esso acquista una dimensione nuova e sinora pressoché inesplorata, poiché lo scrutinio non riguarda più in via esclusiva le autorità nazionali ed il loro operato, ma investe altresì l'attività del legislatore europeo.

La giurisprudenza di Lussemburgo, in effetti, ha sino ad ora plasmato questo modello di valutazione sullo schema della peculiare dinamica fra regola e deroga al diritto dell'Unione. La Corte ha al riguardo a più riprese evidenziato come ogni deviazione dagli obblighi derivanti da norme UE debba essere interpretata in maniera restrittiva, secondo un'accezione rigorosa della proporzionalità della condotta nazionale rispetto all'obiettivo al quale mira. Poiché tuttavia il Trattato di Lisbona ha espressamente accordato competenza in materia penale all'Unione, sorge l'esigenza di indagare se ed in che misura l'*iter* argomentativo e valutativo sinora richiamato possa essere applicato in relazione ad un giudizio di necessità sull'adozione di norme penali da parte del legislatore europeo.

Stante il profilarsi di un nuovo ed ulteriore piano di indagine, occorre individuare gli elementi che possano concorrere ad un puntuale giudizio sull'idoneità, la necessità e la proporzionalità del ricorso alle norme penali a beneficio degli scopi previsti dai Trattati e della piena attuazione delle politiche UE. Da questo punto di vista, il testo del Trattato offre solo parziali punti di riferimento, menzionando non senza una certa vaghezza definitoria i parametri di gravità e portata transnazionale ai quali i fenomeni criminosi oggetto di intervento legislativo dell'Unione dovrebbero rispondere. Lo stesso si dica per il disposto dell'art. 83, par. 2, TFUE, il quale opera un riferimento al criterio della indispensabilità quale presupposto per l'adozione di norme penali in ambiti diversi dallo spazio di libertà, sicurezza e giustizia.

Il disposto primario in sostanza aggiunge ulteriori quesiti, per l'ampiezza concettuale che lo caratterizza e perché, come già argomentato, l'opzione avvalorata all'art. 83, par. 2, sollecita un giudizio di stretta proporzionalità sulle scelte normative UE, ma non viene in soccorso dell'interprete con ulteriori precisazioni. Il TFUE offre dunque una serie di elementi orientativi, che però a ben vedere in larga parte rimandano al principio di offensività e lasciano insoluti alcuni nodi sul giudizio di proporzionalità: invero, la circostanza che una condotta sia idonea a coinvolgere più Stati membri o manifesti un accentuato disvalore non implica automaticamente la predilezione per lo strumento penale, se non addirittura la sua necessità.

Nel panorama del diritto primario, peraltro, utili notazioni possono giun-



gere dalle disposizioni inaugurali del TUE e dalla Carta dei diritti fondamentali, che individuano le priorità valoriali dell'Unione e consentono pertanto di inquadrare in un più ampio sistema di scelte politiche e giuridiche le singole iniziative volte all'adozione di norme penali. Allo stesso tempo, nondimeno, parte della dottrina sottolinea un dato di fondo, intrinsecamente legato alla natura dell'Unione e dell'attuale stadio del processo di integrazione: viene infatti evidenziato come la selezione dei parametri per qualificare la gravità di un reato e la conseguente necessità di reprimerlo presupponga un lungo processo di sedimentazione ed affermazione delle priorità strutturali del diritto della cooperazione penale<sup>1428</sup>.

Così come accaduto per la lenta evoluzione dei sistemi penali nazionali, il significato della nozione di *ultima ratio* penale si giostra a sua volta su ciò che si voglia intendere per delitto grave, alla luce di variabili come la pericolosità sociale del soggetto attivo, la diffusione del fenomeno, il nocimento potenziale o materiale al bene giuridico tutelato. La volatilità sistematica denunciata da alcuni autori appare ulteriormente alimentata dal fatto che l'Unione non gode di per sé di *jus puniendi* diretto, potestà riservata agli Stati: viene dunque talora registrata una scissione tra il momento della scelta di criminalizzazione e la sua effettiva messa in opera, che acuirebbe la mancanza di solidi parametri di valutazione di respiro generale<sup>1429</sup>. I fautori di questa visione critica enumerano taluni esempi a sostegno dell'assenza di chiare linee di indirizzo nell'attività normativa dell'Unione, come la menzionata equiparazione della pedopornografia e delle immagini artificiali ma realistiche o la scelta di introdurre norme penali per contrastare la corruzione nel settore privato.

D'altra parte, queste considerazioni critiche appaiono solo in parte condivisibili, poiché equiparando *in toto* lo sviluppo e l'essenza dei sistemi penali nazionali con il modello europeo non colgono nel segno delle specificità di quest'ultimo e dell'architettura del sistema delle competenze, animata da principi, regole e meccanismi istituzionali funzionali ad una opportuna graduazione dell'intervento normativo dell'UE. In questo senso, la valorizzazione del principio di attribuzione e l'accentuata procedimentalizzazione del principio di sussidiarietà, se non direttamente rilevanti per la valutazione sulla proporzionalità della scelta di criminalizzazione, possono concorrere alla individuazione di parametri di giudizio tecnici e fattuali di particolare rilevanza. Basti pensare alle valutazioni di impatto che la Commissione europea è chiamata ad elaborare, così come alle approfondite ed estese consultazioni che devono accompagnare la fase di elaborazione dell'iniziativa normativa. Come reso evidente dalle relazioni introduttive delle proposte pubblicate dalla

<sup>1428</sup> Cfr. C. SOTIS, *I principi di necessità e proporzionalità*, cit., p. 10; K. NUOTIO, *On the significance of criminal justice for a Europe 'united in diversity'*, in K. NUOTIO (a cura di), *Europe in search of 'meaning and purpose'*, Helsinki, 2010, p. 171.

<sup>1429</sup> M. DELMAS-MARTY, *Harmonisation des sanctions*, cit.

Commissione, tali attività permettono di raccogliere dati, registrare tendenze e priorità normative nazionali, estrapolandone criticità e mancanze. Lo stesso confronto con i parlamenti nazionali, in sede di dialogo politico ordinario o di confronto ai sensi del Protocollo n. 2, può consentire l'emersione di dati ed evidenze di particolare utilità.

Certo, una lettura della comunicazione della Commissione del 2011 sulla futura politica penale dell'Unione solleva più di un elemento di perplessità, considerata la propensione per l'istituzione di Bruxelles a prefigurare iniziative normative di natura penale in una serie di settori tanto vasta da risultare di difficile definizione e arduo arginamento<sup>1430</sup>. Sebbene la posizione espressa dalla Commissione costituisca una mera indicazione orientativa dell'approccio all'attività normativa dell'Unione nel settore penale, il documento pone in evidenza l'assenza di un'approfondita riflessione sulla natura del mezzo coercitivo come *ultima ratio*.

In definitiva, pur nella consapevolezza della peculiarità della materia penale e degli interessanti spunti critici elaborati in dottrina – qui solo in parte condivisi, ma che comunque denotano, come dimostrato dalla posizione della Commissione, una certa leggerezza di pensiero e riflessione sul problema in esame – si ritiene che il principio di *ultima ratio* dello strumento penale debba essere ricondotto alle norme generali ed all'approccio valutativo sulla proporzionalità degli atti dell'UE. Questa valutazione trova linfa *in primis* nella definizione del principio, che impone all'Unione di limitare la propria azione a quanto strettamente necessario al conseguimento dei propri obiettivi. In questa ottica, il parametro dell'indispensabilità di cui all'art. 83, par. 2, TFUE sollecita un approccio valutativo di particolare rigore, sia in sede di elaborazione politica della scelta di criminalizzazione, sia nell'ambito del sindacato giurisdizionale della Corte di giustizia. Se infatti a quest'ultimo riguardo il Collegio di Lussemburgo, come già visto, tradizionalmente allarga le maglie del proprio scrutinio in presenza di scelte discrezionali di ampio respiro o di forte contenuto politico da parte del legislatore europeo, raramente rilevando una violazione del principio in parola, la nozione di *ultima ratio* presuppone un giudizio di maggiore puntualità.

Il ragionamento sinora svolto deve essere completato con un richiamo al tema della proporzionalità delle pene, profilo rispetto al quale la Carta è fortemente debitrice della giurisprudenza della Corte di giustizia, anche in questo contesto prioritariamente incentrata sull'operato delle autorità nazionali. La citata giurisprudenza *mais greco*<sup>1431</sup>, ad oggi immutata, ha infatti riconosciuto la libertà degli Stati membri nella definizione delle sanzioni – siano esse

<sup>1430</sup> La comunicazione prospetta un lungo elenco di possibili settori di intervento, che spazia dalla sicurezza stradale alla politica della pesca. V. più diffusamente *ante*, Cap. II, par. 6.2.

<sup>1431</sup> V. *ante*, Capitolo I, par. 2.2. V. la sentenza 21 settembre 1989, causa 68/88, *Commissione c. Grecia (mais greco)*, in *Racc.* p. 2965.

di natura penale o amministrativa – collegate a comportamenti che infrangono il diritto dell'Unione. È nondimeno necessario che dette sanzioni abbiano «carattere di effettività, di proporzionalità e di capacità dissuasiva»<sup>1432</sup>, di modo che, nell'ottica tendenzialmente funzionalista poc'anzi descritta, rispondano in maniera adeguata alla violazione occorsa.

Per la verità, il Giudice dell'Unione non si è mai soffermato puntualmente sui criteri che dovrebbero orientare l'interprete nella valutazione circa l'adeguatezza di una pena<sup>1433</sup>. Maggiori notazioni sono giunte dalle conclusioni dell'avvocato generale Kokott nella causa *Alliance One International*<sup>1434</sup>, nelle quali l'idoneità delle sanzioni nel settore della tutela della concorrenza è stata connessa alla natura, alla gravità e alla durata dell'infrazione.

Come già evidenziato, anche all'esito della riforma dei Trattati il legislatore europeo non beneficia della potestà diretta di stabilire le pene per condotte criminose che ledano interessi dell'UE. D'altra parte, l'art. 83, par. 1, TFUE dispone che il Parlamento europeo ed il Consiglio possano adottare norme minime comuni relative non solo alla definizione di fattispecie criminose, ma anche alla risposta sanzionatoria. Ne deriva la possibilità per le istituzioni europee di indirizzare in misura significativa le scelte discrezionali degli Stati membri, sia in ordine al *quantum* della pena, sia rispetto alla tipologia di sanzione<sup>1435</sup>. Pur trattandosi di norme di ravvicinamento, usualmente destinate a individuare la cornice edittale ritenuta opportuna, è giocoforza rilevare come anche queste opzioni normative debbano essere improntate al rigoroso rispetto del principio in esame, di modo che non veicolino soluzioni normative nazionali dall'eccessivo contenuto repressivo<sup>1436</sup>. Ne consegue la possibilità di sindacare eventuali discrasie normative alla luce dell'art. 49 della Carta, *sub specie* di violazione del principio di proporzionalità delle pene.

<sup>1432</sup> Cfr. la sentenza *mais greco*, cit., punti 23-24.

<sup>1433</sup> La Corte ha invece operato un maggiore sforzo argomentativo in relazione ad una differente problematica, ossia la qualificazione di una sanzione come amministrativa o penale. In questo contesto, affine ma non coincidente col tema qui sollevato, il Collegio fa usualmente richiamo alla natura giuridica dell'infrazione, alla sua gravità sostanziale ed all'incisività della pena, secondo un approccio analogo a quello sostenuto dalla Corte europea dei diritti dell'uomo. V. la sentenza 26 febbraio 2013, causa C-617/10, *Fransson*, non ancora pubblicata, punto 35.

<sup>1434</sup> V. le conclusioni dell'avvocato generale Kokott, del 12 gennaio 2012, nelle cause riunite C-628/10 P e C-14/11, *Alliance One International c. Commissione*, non ancora pubblicata, punto 175.

<sup>1435</sup> Ad esempio, l'art. 4, par. 1, della direttiva 2011/36/UE sulla tratta di esseri umani dispone che gli Stati si adoperino ad introdurre nei propri ordinamenti sanzioni non inferiori nel massimo a cinque anni. I paragrafi successivi dell'articolo in questione prevedono inoltre incrementi di pena e circostanze aggravanti per condotte che rivelino un maggior disvalore.

<sup>1436</sup> Sul rapporto tra norme minime europee e soluzioni sanzionatorie a livello nazionale v. T. ELHOLM, *Does EU criminal cooperation necessarily mean increased repression?*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2009, p. 191.

### 3. I limiti derivanti dal sistema di tutela multilivello dei diritti fondamentali

#### 3.1. Le prospettive poste dall'attribuzione di valore giuridico primario alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea

La ricerca di un adeguato bilanciamento tra libertà, sicurezza e giustizia è posta dall'art. 67 TFUE fra gli obiettivi essenziali del Titolo V TFUE e trova un importante fattore di equilibrio nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, la quale, come noto, ha acquisito valore giuridico primario con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona. Prima della recente riforma dei Trattati si era a lungo dibattuto sulla portata dei diritti fondamentali nell'ordinamento UE<sup>1437</sup>. Un dibattito che la prima proclamazione della Carta ed il confinamento delle sue disposizioni ad un ruolo meramente dichiaratorio avevano se possibile ulteriormente fomentato, nel tentativo di erodere le residue resistenze all'affermazione di un vero catalogo di diritti dell'UE<sup>1438</sup>.

Il rinnovato *status* della Carta costituisce invero il compimento di un lungo percorso evolutivo, giostrato tanto in sede giurisprudenziale quanto sul piano normativo. Autorevole dottrina ha salutato con deciso favore questo approdo, pur evidenziando come l'applicazione dei diritti consacrati nella Carta fosse divenuta «*daily business*» per la Corte di giustizia sin dalla sua prima proclamazione<sup>1439</sup>.

In effetti, la prassi precedente al Trattato di Lisbona ha manifestato un tentativo di progressiva affermazione del ruolo della Carta all'interno del sistema multilivello di tutela dei diritti fondamentali che la vede ora protagonista, unitamente alla CEDU ed alle costituzioni nazionali. Segnali di questa tendenza sono giunti anzitutto dalle conclusioni degli avvocati generali, che, a fronte di un iniziale approccio maggiormente prudente da parte della Corte<sup>1440</sup>, non hanno mancato di sottolinearne la rilevanza, in quanto espressione

<sup>1437</sup> Fra i molti contributi v. B. DE WITTE, *The legal status of the Charter: vital question or non-issue?*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2001, p. 81, e le analisi contenute in G. DI FEDERICO (a cura di), *The EU Charter of fundamental rights. From declaration to binding instrument*, Londra, 2011.

<sup>1438</sup> C. ZOETHOUT, *The Court and the Charter of fundamental rights*, in A. KINNEGING (a cura di), *Rethinking Europe's Constitution*, Nijmegen, 2007, p. 214, ha evidenziato che «*European Union politics will be limited by a moral code, which is not based on some vague reference to the constitutional traditions of the Member States, but on a true catalogue of human rights as a part of a constitution*».

<sup>1439</sup> In questo senso A. ROSAS, H. KAILA, *L'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne par la Cour de Justice: un premier bilan*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2011, p. 11.

<sup>1440</sup> V. ad esempio le conclusioni dell'avvocato generale Jacobs nella causa C-270/99 P, *Z c. Parlamento europeo*, in *Racc. p. I-9197*, e nella causa C-377/98, *Paesi Bassi c. Consiglio*, in *Racc. p. I-7079*.

del comune denominatore dei valori giuridici fondamentali europei<sup>1441</sup> e «espressione, al livello più elevato, di un consenso politico elaborato democraticamente su quanto deve oggi essere considerato il catalogo dei diritti fondamentali, garantiti dall'ordinamento giuridico comunitario»<sup>1442</sup>.

Le previsioni della Carta sono state altresì valorizzate dal Tribunale e dal Tribunale per la funzione pubblica, nel primo caso in relazione al tema della legittimazione dei privati alla formulazione di un ricorso per annullamento avverso atti dell'UE<sup>1443</sup> o, per quanto riguarda il Tribunale specializzato, rispetto al regime sociale o previdenziale applicato ai partner di fatto di funzionari europei<sup>1444</sup>. Solo in un momento successivo, in particolare all'esito del fallimento del progetto di Costituzione per l'Europa, anche la Corte di giustizia ha inaugurato una stagione di maggiore attenzione per il catalogo dei diritti fondamentali, per la prima volta espressamente citato in una sentenza del 2006 sulla compatibilità della direttiva in materia di ricongiungimento familiare con il diritto alla vita privata e familiare<sup>1445</sup>. Il Collegio ha infatti richiamato le previsioni della Carta con crescente frequenza: lungi dal riconoscere ad esse valore giuridico vincolante, essa ne ha sottolineato la portata orientativa, dimostrata altresì dal fatto che il preambolo di molti atti di diritto deriva-

<sup>1441</sup> Cfr. le conclusioni dell'avvocato generale Jarabo Colomer, del 4 dicembre 2001, nella causa C-208/00, *Uberseering*, in *Racc.* p. I-9919, punto 59: «La stessa idea si impone alla luce degli artt. 47 (diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale) e 17 (diritto di proprietà) della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000, la quale, pur non costituendo un vero e proprio *ius cogens*, mancando dell'«autonomo valore vincolante» offre una preziosissima fonte del comune denominatore dei valori giuridici primordiali negli Stati membri, da cui emanano, a loro volta, i principi generali del diritto comunitario».

<sup>1442</sup> Cfr. le conclusioni dell'avvocato generale Mischo, del 20 settembre 2001, nelle cause riunite C-20/00 e C-64/00, *Booker Aquaculture*, in *Racc.* p. I-7411, punto 126. Molti avvocati generali si sono nel tempo interrogati sulla portata della Carta e sulle sue implicazioni. Fra le molte conclusioni rilevanti v., oltre a quelle menzionate nelle due note che precedono, quelle dell'avvocato generale Kokott, del 14 ottobre 2004, nelle cause riunite C-387/02, 391/02 e 403/02, *Berlusconi e altri*, in *Racc.* p. I-3565, e quelle dell'avvocato generale Poiras Maduro, del 14 dicembre 2006, nella causa C-305/05, *Ordre des barreaux francophones*, in *Racc.* p. I-5305.

<sup>1443</sup> V. la sentenza del 3 maggio 2002 del Tribunale, nella causa T-177/01, *Jégo-Quééré*, in *Racc.* p. II-2365, peraltro riformata dalla Corte con sentenza 1° aprile 2004, causa C-263/02 P, *Commissione c. Jégo-Quééré*, in *Racc.* p. I-3425. In dottrina v. per tutti A.M. ROMITO, *Il ricorso per annullamento ed i limiti alla tutela dei ricorrenti non privilegiati*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2013, p. 525.

<sup>1444</sup> V. le sentenze 27 novembre 2007, causa F-122/06, *Roodbuijzen c. Commissione*, in *Racc.* FP p. 387, e , nel nuovo regime della Carta, 1° luglio 2010, causa F-45/07, *Mandt c. Parlamento europeo*, non ancora pubblicata, 14 ottobre 2010, causa F-86/09, *W. c. Commissione*, non ancora pubblicata.

<sup>1445</sup> Cfr. la sentenza 27 giugno 2006, causa C-540/03, *Parlamento europeo c. Consiglio*, in *Racc.* p. I-5769. V. inoltre la direttiva del Consiglio 2003/86/CE, del 22 settembre 2003, relativa al ricongiungimento familiare, in GU L 251, del 3 ottobre 2003, p. 12.

to vi faceva espressa menzione<sup>1446</sup>. In questo modo, la Corte ha potuto utilizzare in via mediata il disposto della Carta, allo scopo di rafforzare o confermare diritti già sanciti in altre fonti o affermatasi per via giurisprudenziale<sup>1447</sup>.

Ad una visione di insieme, pertanto, l'attività delle istituzioni europee ha negli anni preparato il terreno per la definitiva consacrazione della Carta all'apice delle fonti dell'ordinamento dell'Unione, tanto che molti autori hanno evidenziato come l'attribuzione di valore giuridico primario non abbia determinato una netta cesura tra la pur giovane storia di questo documento e le prospettive future<sup>1448</sup>.

Certo, il rinnovato contesto ha aperto a prospettive sino a pochi anni fa solo auspiccate, che si sono tradotte nella subitanea presa in carico della Carta da parte del Giudice dell'Unione. La Corte ha infatti presto avuto occasione di precisare come, nella prospettiva dell'Unione europea, la Carta sia divenuta il riferimento normativo elettivo per la tutela dei diritti fondamentali<sup>1449</sup>, prioritario rispetto alla CEDU ed ai diritti desumibili dalle tradizioni costituzionali comuni. A livello pratico, questa ridefinizione dei rapporti tra le fonti rilevanti in materia ha determinato anzitutto la rivisitazione del modello di citazione della CEDU, ora richiamata in funzione ancillare, comparativa o rafforzativa delle soluzioni interpretative sostenute dalla Corte e non in quanto fattore decisivo di ricostruzione della portata dei diritti tutelati dall'UE<sup>1450</sup>.

<sup>1446</sup> La dottrina evidenzia come questo approccio, mediato dalla lettura della volontà del legislatore europeo espressa nelle motivazioni degli atti di diritti derivato, abbia posto la Corte al riparo da contestazioni di eccessivo attivismo giudiziale rispetto alla natura ed alle implicazioni della Carta. V. in questo senso E. MUIR, *The Court of justice: a fundamental rights institution among others*, in M. DAWSON, B. DE WITTE, E. MUIR (a cura di), *Judicial activism at the European Court of justice: causes, responses and solutions*, Cheltenham, 2013, p. 76.

<sup>1447</sup> D'altra parte, allo stesso tempo, non mancano casi in cui il Collegio di Lussemburgo si è spinto un passo oltre, facendo ricorso alla Carta in questa veste di fattore di conferma e consolidamento di diritti fondamentali anche in assenza di un chiaro ancoraggio alla *voluntas legis*, come ad esempio avvenuto nel caso *Advocaten voor de Wereld* rispetto al principio di legalità dei reati e delle pene. Cfr. la causa C-303/05, *Advocaten voor de Wereld*, cit.

<sup>1448</sup> In dottrina sono stati evidenziati molti elementi di continuità nell'approccio alla Corte. A. ROSAS, H. KAILA, *L'application de la Charte*, cit., p. 2 evidenziano ad esempio l'assenza di «une rupture entre passé et le présent». Occorre peraltro evidenziare come le iniziali critiche alla scelta di non includere la Carta nel testo del Trattato abbiano lasciato il passo alla netta formulazione dell'art. 6 TUE ed alla coerente prassi della Corte di giustizia: questa critica era stata esposta da J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, *Challenges for the protection of fundamental rights in the EU at the time of the entry into force of the Lisbon Treaty*, in *Fordham International Law Journal*, 2010, p. 1776.

<sup>1449</sup> La prima affermazione in tal senso si riscontra nella sentenza 9 novembre 2010, cause riunite C-92/09 e C-93/09, *Schecke e Eifert*, in *Racc.* p. I-11063, nella quale la Corte è stata chiamata a giudicare sulla lamentata violazione del diritto alla riservatezza dei dati personali a danno di due imprenditori agricoli, i dati dei quali erano stati resi disponibili sul sito di un ente pubblico che aveva erogato in loro favore aiuti finanziari.

<sup>1450</sup> V. in questo senso le sentenze 5 giugno 2012, causa C-489/10, *Bonda*, e 26 febbraio

Inoltre, il Collegio ha evidenziato la necessità di elaborare un'interpretazione autonoma delle previsioni della Carta, alla luce delle peculiarità dell'ordinamento dell'Unione e degli obiettivi che il Trattato persegue<sup>1451</sup>. Allo stesso tempo i diritti fondamentali ivi enumerati sono divenuti il riferimento essenziale al quale orientare l'interpretazione del diritto dell'Unione nel suo complesso<sup>1452</sup>.

In questa prospettiva, nell'opinione della dottrina, la Carta veicola altresì un'evoluzione del ragionamento giuridico, verso il riconoscimento dei diritti fondamentali quali «*high level reference values*» per l'Unione, come auspicato in passato dall'avvocato generale Léger<sup>1453</sup>. Ne consegue non solo la definitiva consacrazione delle potenzialità della Carta nel consolidamento di diritti esistenti o nell'affermazione di nuove implicazioni, ma anche quale parametro di validità degli atti dell'Unione, come evidenziato dalla “*saga Kadi*”<sup>1454</sup> e da ul-

2013, causa C-617/10, *Fransson*, entrambe non ancora pubblicate, rispetto al tema dei criteri per qualificare la natura penale o amministrativa di una sanzione, declinati altresì nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo ed ivi definiti criteri di Engel, dalla sentenza nella quale per la prima volta sono stati elaborati: sentenza 8 giugno 1976, ricorso n. 5100/71, *Engel c. Paesi Bassi*. Un altro caso in cui il contributo della giurisprudenza di Strasburgo, benché sottaciuto, appare significativo è costituito dalla sentenza 4 giugno 2013, causa C-300/11, ZZ, non ancora pubblicata, riguardante la comunicazione delle motivazioni di provvedimenti restrittivi e degli elementi di prova posti a loro fondamento. Su quest'ultima pronuncia v. N. DE BOER, *Secret evidence and due process rights under EU law: ZZ*, in *Common Market Law Review*, 2014, p. 1235.

<sup>1451</sup> Cfr. la sentenza *Fransson*, cit. punti 33-35.

<sup>1452</sup> V. in questo senso le conclusioni dell'avvocato generale Cruz Villalón nella causa B., cit., punto 44. Questo approccio ha condotto ad un primo risultato di particolare rilevanza, poiché ha portato la Corte a neutralizzare le potenzialità limitative della sua portata insite nel Protocollo n. 30 allegato ai Trattati. Il Collegio infatti ha precisato che le disposizioni del Protocollo in esame non possono valere a limitare l'applicazione della Carta al Regno Unito, alla Polonia ed alla Repubblica ceca, in quanto sia il dettame dell'art. 6 TUE sia la rilevanza *ex se* della Carta nella sistematica delle fonti europee impongono che i diritti fondamentali in essa consacrati siano *in toto* rispettati dagli Stati. V. la sentenza N.S., M.E. ed altri, cit. punti 119-120. In dottrina T.P. MARGUERY, *The protection of fundamental rights in European criminal law after Lisbon: what role for the Charter of fundamental rights?*, in *European Law Review*, 2013, p. 444.

<sup>1453</sup> V. le conclusioni dell'avvocato generale Léger, del 10 luglio 2001, nella causa C-353/99, *Consiglio c. Hautala*, in *Racc.* p. I-9565. In dottrina v. S. IGLESIAS SÀNCHEZ, *The Court and the Charter: the impact of the entry into force of the Lisbon Treaty on the ECJ's approach to fundamental rights*, in *Common Market Law Review*, 2012, p. 1565, in particolare pp. 1578 e ss. La Corte ha per la prima volta valorizzato in via autonoma ed esclusiva il disposto della Carta in sede di rinvio pregiudiziale, allo scopo di valutare indirettamente la compatibilità di una norma nazionale col principio della tutela giurisdizionale effettiva, nella sentenza 22 dicembre 2010, causa C-279/09, *DEB*, in *Racc.* p. I-13849.

<sup>1454</sup> V. da ultimo la sentenza 18 luglio 2013, cause riunite C-584/10 P, C-593/10 P e C-595/10 P, *Commissione c. Yassin Abdullah Kadi*, non ancora pubblicata. In dottrina L. GRADONI, *Raccontare “Kadi” dopo “Kadi II”: perché la Corte di giustizia dell'Unione europea non*

teriori controversie nelle quali norme UE sono state poste in diretto raffronto con uno o più diritti fondamentali<sup>1455</sup>.

Nell'architettura multilivello europea, peraltro, il valore giuridico della Carta non esime le autorità interne dallo svolgere un ruolo attivo nella tutela dei diritti fondamentali nelle questioni di rilevanza sovranazionale. Al contrario, l'attuale conformazione del sistema di tutela dei diritti fondamentali rafforza la convinzione che questo essenziale obiettivo implichi il necessario coordinamento delle responsabilità sorgenti in capo alla Corte ed ai giudici nazionali. Come evidenziato in dottrina, infatti, «*national judges are no longer the enforcers of a casuistic array of rights whose content only appears spread over numerous judgments of the ECJ, but the guardians of a fully-fledged declaration of rights*»<sup>1456</sup>.

Questo comporta, per quanto di interesse ai fini della presente trattazione, che la Carta diviene un più solido e definito limite tanto all'operato delle istituzioni europee quanto all'attività delle autorità interne, spesso a beneficio della posizione giuridica dell'individuo. Soprattutto in relazione a settori che fortemente interessano il rapporto fra pubblica autorità e individui come la cooperazione in materia penale e lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia nel complesso, ci si interroga se ed in che misura la Carta potrà rappresentare un fattore di impulso e sviluppo delle garanzie soggettive<sup>1457</sup>.

La risposta a questo interrogativo di fondo dipende a sua volta da alcuni nodi problematici che accompagnano l'attribuzione di valore vincolante alla Carta e che la Carta stessa affronta nelle sue disposizioni orizzontali, volte a definire il suo ambito di operatività e le regole per la sua interpretazione.

Da un lato, infatti, se è vero che gli Stati sono vincolati ai diritti fondamentali in essa sanciti, occorre chiedersi entro quale misura la Carta eserciti tale incidenza. Sin dagli anni '80, con la sentenza *Wachauf*<sup>1458</sup>, la Corte ha sottolineato che gli Stati membri, nell'applicazione del diritto dell'Unione, condividono con le istituzioni europee l'onere di porre in essere ogni sforzo necessario a garantire la tutela dei diritti fondamentali. Da allora, tale obbligo è divenuto via via più gravoso, grazie all'estensione delle competenze UE ed agli incerti confini dell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione. Si impone dunque una *actio finium regundorum* che chiarisca le rispettive attribuzioni e responsabilità di Unione e Stati membri in questa materia. L'indivi-

*transige sul rispetto dei diritti umani nella lotta al terrorismo*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2013, p. 587.

<sup>1455</sup> V. ad esempio la sentenza 17 marzo 2011, causa C-221/09, *AJD Tuna*, in *Racc.* p. I-1655.

<sup>1456</sup> Cfr. D. SARMIENTO, *Who's afraid of the Charter? The Court of justice, national courts and the new framework of fundamental rights protection in Europe*, in *Common Market Law Review*, 2013, p. 1270.

<sup>1457</sup> Cfr. T.P. MARGUERY, *The protection of fundamental rights*, cit., p. 445.

<sup>1458</sup> Sentenza 13 luglio 1989, causa 5/88, *Wachauf*, in *Racc.* p. 2609.



duazione di tali confini prende le mosse dal disposto dell'art. 51 della Carta, secondo il quale l'atto in questione non può veicolare un'estensione delle competenze UE ed ha applicazione nei confronti degli Stati «esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione»<sup>1459</sup>.

Dall'altro lato, come già sottolineato, la Carta è una delle fonti che concorrono a definire il sistema europeo di tutela multilivello dei diritti fondamentali. In quest'ottica, sorge l'esigenza di scongiurare discrasie sistematiche e di assicurare che l'ordinamento dell'Unione garantisca un adeguato livello di protezione dei diritti consacrati in altri strumenti giuridici. Così, l'art. 53 precisa che nessuna disposizione della Carta possa essere interpretata in senso deteriore rispetto ad altre fonti, con particolare riferimento per la CEDU e le costituzioni nazionali. Si profila così un ulteriore terreno di confronto tra diritto dell'Unione e Stati membri, che la recente giurisprudenza della Corte conduce sulla base del primato e del principio di effettività del diritto UE.

Nell'una e nell'altra situazione, le disposizioni orizzontali della Carta seguono la sottile linea di confine tra operatività del diritto dell'Unione ed i suoi limiti. La riflessione sull'ambito di applicazione della Carta e sul livello di protezione dei diritti fondamentali coglie dunque nel segno delle riflessioni in corso. Si intende pertanto focalizzare l'analisi sulla portata delle disposizioni orizzontali della Carta, declinandola nella specificità del settore in esame, anche mediante alcuni casi studio.

### 3.2. *L'ambito di applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*

L'ambito di applicazione della Carta è delineato all'art. 51, il quale anzitutto dispone che, dal punto di vista soggettivo, l'atto si rivolge alle istituzioni, agli organi ed agli organismi dell'Unione europea, nel rispetto del riparto di competenze con gli Stati e del principio di sussidiarietà. Agli organi UE si aggiungono altresì gli Stati, i quali tuttavia, sotto il profilo materiale, sono vincolati alla Carta «esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione».

Pertanto, ad una prima analisi, condotta sulla base del dato letterale ora citato, le norme statali sarebbero suscettibili di vaglio attraverso la lente dei diritti sanciti dalla Carta – così come interpretati dalla Corte di giustizia – solo ove sussista un solido legame con l'ordinamento UE. Segnatamente, il disposto della Carta sembrerebbe a prima vista fare riferimento a quelle che la dottrina ha definito «*agency situations*»<sup>1460</sup>, nelle quali cioè lo Stato agisca *lato*

<sup>1459</sup> Questa problematica è stata posta da parte della dottrina alla base del rafforzamento della struttura federale dell'UE: P. ECKHOUT, *The EU Charter of fundamental rights and the federal question*, in *Common Market Law Review*, 2002, p. 39.

<sup>1460</sup> Cfr. J.H.H. WEILER, *The Constitution of Europe. "Do the new clothes have an Emperor?" and other essays on European integration*, Cambridge, 1999, p. 120. Il concetto di *agency*

*sensu* in veste di amministrazione decentrata dell'Unione, al solo scopo di dare attuazione a politiche e norme europee, peraltro senza beneficiare di rilevante potere discrezionale.

Nondimeno, una più attenta valutazione rivela margini di flessibilità interpretativa di non secondario momento. Il concetto stesso di attuazione si caratterizza infatti per un'intrinseca genericità, considerata la significativa varietà di situazioni che il rapporto fra diritto UE e ordinamenti nazionali genera. La mancanza di rigore terminologico è altresì testimoniata dalle differenti sfumature suggerite da varie versioni linguistiche, quali "*implementation*", "*mise en oeuvre*", "*aplicación*" e "*durchführung*", che evocano, senza distinzione concettuale, anche la più generica nozione di applicazione. Inoltre, le spiegazioni dell'art. 51 allegate alla Carta richiamano l'espressione "ambito di applicazione"<sup>1461</sup>, formula elaborata ed ormai consolidata dalla Corte di giustizia per estendere i confini operativi del diritto dell'Unione anche ai casi in cui agli Stati sia riconosciuto un ampio margine di valutazione.

La scelta lessicale operata all'art. 51 ha portato parte della dottrina, nell'immediatezza della seconda proclamazione della Carta, a ritenere che la volontà dell'Unione e degli Stati fosse di operare una cesura netta tra il concetto di attuazione e la più ampia nozione di ambito di applicazione, allo scopo di sovvertire la giurisprudenza estensiva della Corte e di circoscrivere così l'applicabilità alle autorità nazionali delle norme UE sui diritti fondamentali solo alle menzionate *agency situations*<sup>1462</sup>.

così come proposto da questo autore è richiamato nel presente lavoro anche nel Cap. II, par. 2, con riferimento alla giustificazione dogmatica dell'istituto della *preemption*.

<sup>1461</sup> La formulazione inglese richiama invece il noto concetto di *scope of application*, poiché precisa che «*the requirement to respect fundamental rights is only binding on the Member States when they act in the scope of Union law*».

<sup>1462</sup> Ha supportato una lettura rigorosa dell'ambito di applicazione P. HUBER, *The unitary effect of the Community's fundamental rights: the ERT-doctrine needs to be reviewed*, in *European Public Law*, 2008, p. 14. Altri hanno invece evidenziato l'esigenza di un approccio interpretativo di maggior prudenza: T. VON DANWITZ, K. PARASCHAS, *A fresh start for the Charter: fundamental questions on the application of the European Charter of fundamental rights*, in *Fordham International Law Journal*, 2012, p. 1399. In fondo, il dibattito dottrinale che ha accompagnato il rinnovato *status* della Carta riflette quanto avvenuto anche nel contesto della Convenzione che ne ha tratteggiato il primo testo. In tale sede, infatti, alcuni sottolineavano l'esigenza di codificare nella Carta limiti operativi maggiormente stringenti, mentre altri vedevano nella formulazione scelta una semplice «*stylistic precaution*». Nel primo senso v. M.G. BRAIBANT, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Parigi, 2001, p. 251; la formula citata è invece ripresa da A. VITORINO, *The Charter of fundamental rights as a foundation of the Area of freedom, security and justice*, Exeter Paper in European Law n. 2001/4, p. 17. D'altra parte, anche i più recenti approdi giurisprudenziali non sono stati esenti da rilievi critici. Ad esempio, a breve tempo dalla sentenza *Fransson*, la Corte costituzionale tedesca, con la sentenza 24 aprile 2013, n. 1215/07, ha inteso prendere espressamente le distanze dalla nozione di ambito di applicazione ivi avvalorata. In particolare, il Bundesverfassungsgericht ha sostenuto che l'art. 51 non potrebbe operare in relazione a misure nazionali che interessano in

Sul punto, peraltro, dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona la Corte ha alimentato talune incertezze, precisando nella sentenza *Iida* che l'art. 51 opererebbe nel caso in cui «la normativa nazionale abbia lo scopo di attuare una disposizione del diritto dell'Unione, quale sia il suo carattere e se essa persegua obiettivi diversi da quelli contemplati dal diritto dell'Unione»<sup>1463</sup>. In questo modo, la Corte è parsa voler ancorare l'ambito di applicazione della Carta alla sussistenza di norme interne votate all'attuazione del diritto dell'Unione ed al perseguimento degli obiettivi posti dai Trattati. Valutata nel contesto della pronuncia, tuttavia, questa affermazione si risolve in una esemplificazione dei possibili criteri rilevanti per la ricostruzione del significato dell'art. 51 e non esaurisce il novero delle situazioni idonee a motivare l'applicazione della Carta. D'altra parte, ogni residuo dubbio sulla necessità di interpretare estensivamente la nozione di attuazione, includendovi altresì quanto ricada nel concetto di ambito di applicazione, è fugato non solo dalla reiterata giurisprudenza della Corte, ma anche dagli ultimi approdi ermeneutici, con particolare riferimento per la sentenza *Fransson*<sup>1464</sup>.

L'evoluzione dell'approccio della Corte, infatti, ha evidenziato in origine una sostanziale sovrapposizione del concetto di attuazione del diritto UE con quello di attribuzione di competenze. In forza di questa impostazione formale, le norme nazionali avrebbero potuto essere oggetto di sindacato alla luce dei diritti tutelati in sede europea solo nei settori di competenza dell'Unione, in particolar modo laddove esse attuassero il diritto UE o manifestassero un diretto collegamento con la sua applicazione<sup>1465</sup>. Questi rilievi colgono nel segno di una radicata giurisprudenza della Corte, che tuttavia ha acquisito una progressiva flessibilità, abbracciando anzitutto le ipotesi in cui lo Stato membro intenda derogare a previsioni di diritto UE. In quest'ultimo caso, invero, il collegamento elettivo con l'ordinamento sovranazionale riposa proprio sulla volontà del legislatore interno di discostarsi: anche questa scelta deve essere

maniera puramente astratta obiettivi dell'ordinamento UE ed esercitano su di essi un impatto del tutto occasionale. A commento di questa pronuncia, la dottrina ha rimarcato come la Corte tedesca «*will not ratify any trend of uncontrolled expansion of the EU's competence in human rights protection, obtained through the application of the Charter to areas remotely touched upon by the EU law*». V. F. FONTANELLI, *Anti-terror Database, the German Constitutional Court reaction to Åkerberg Fransson. From the spring/summer Solange collection: reverse consistent interpretation*, in [www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it), 3 maggio 2013 (20 luglio 2014).

<sup>1463</sup> Sentenza dell'8 novembre 2012, causa C-40/11, *Iida*, non ancora pubblicata, punto 79. L'assunto in questione è stato più recentemente confermato nella sentenza 6 marzo 2014, causa C-206/13, *Stragusa*, non ancora pubblicata, punto 25.

<sup>1464</sup> Cfr. la causa C-617/10, *Fransson*, cit.

<sup>1465</sup> V. la sentenza *Wachauf*, cit. L'opzione interpretativa in esame, a livello sistematico, troverebbe oggi supporto nell'art. 6 TUE e nell'art. 51, par. 2, della Carta, a mente dei quali l'applicazione delle norme UE in tema di diritti fondamentali non incide sugli ambiti di attribuzione degli Stati membri, né influisce sul sistema delle competenze definito dai Trattati, anche in ossequio al principio di sussidiarietà.

orientata al rispetto dei principi generali del diritto UE e, dunque, dei diritti fondamentali<sup>1466</sup>.

Più recentemente, come poc' anzi accennato, il Giudice dell'Unione ha avvalorato un'impostazione più dinamica, volta a individuare un idoneo collegamento con il diritto UE anche in presenza di una disciplina nazionale non diretta in senso stretto a dare attuazione a norme europee. In una prospettiva *lato sensu* funzionale, infatti, la sfera di operatività della Carta si estenderebbe anche a quelle norme interne la cui adozione ed applicazione incidano, in concreto, sul conseguimento di obiettivi dell'ordinamento UE<sup>1467</sup>. Indipendentemente dalla sussistenza di potestà normativa in capo al legislatore europeo, la Corte, nell'esercitare il ruolo interpretativo ad essa accordato, ben può rilevare eventuali discrasie fra norme nazionali e scopi perseguiti dai Trattati<sup>1468</sup>. L'interprete dovrebbe dunque affiancare ai casi di formale attuazione del diritto UE, anche al di là del dato positivo derivante dal principio delle competenze di attribuzione, la più ampia e sfumata nozione di ambito di applicazione<sup>1469</sup>. A nozioni di difficile delimitazione ermeneutica come quelle già richiamate si è venuta dunque ad affiancare un'ulteriore formula di pari volatilità, ma dal forte contenuto propulsivo per il rafforzamento della tutela dei diritti fondamentali.

Come sostenuto dall'avvocato generale Sharpston nella causa *Bartsch*, ad esempio, vi sono molteplici situazioni nelle quali, pur a fronte dell'attribuzione di competenza agli Stati, l'esercizio di potestà normativa da parte delle autorità nazionali incide su profili sostanziali rilevanti per l'UE<sup>1470</sup>. Analoga posizione è stata espressa dall'avvocato generale Bot nella causa *Scattolon*: l'art. 51 della Carta sarebbe meritevole di lettura estensiva, capace di ampliare il raggio d'azione dei diritti fondamentali a tutte le situazioni nelle quali una normativa nazionale «affronta» o «incide su» una materia disciplinata a livello europeo<sup>1471</sup>. Merita peraltro precisare come la Corte tradizionalmente non ri-

<sup>1466</sup> V. la sentenza della Corte del 18 giugno 1991, causa C-260/89, *ERT*, in *Racc.* p. I-2529.

<sup>1467</sup> Sentenza del 20 maggio 2003, cause riunite C-465/00, C-138/01 e C-139/01, *Rundfunk*, in *Racc.* p. I-4989.

<sup>1468</sup> Sentenza del 18 dicembre 2007, causa C-341/05, *Laval*, in *Racc.* p. I-11767; A. DASHWOOD, *The limits of European Community powers*, in *European Law Review*, 1996, p. 113.

<sup>1469</sup> M. SAFJAN, *Areas of application of the Charter of fundamental rights of the European Union: fields of conflict?*, *EUI Working Paper* n. 2012/22, 2012, p. 5.

<sup>1470</sup> Conclusioni dell'avvocato generale Sharpston, del 22 maggio 2008, causa C-427/06, *Bartsch*, in *Racc.* p. I-7245.

<sup>1471</sup> Conclusioni dell'avvocato generale Bot, del 5 aprile 2011, causa C-108/10, *Scattolon*, in *Racc.* p. I-7491, punti 116-119. Cfr. A. ROSAS, H. KAILA, *L'application de la Charte des droits fondamentaux*, cit. Uno di questi casi, secondo la giurisprudenza della Corte, ad esempio, attiene alle ipotesi in cui uno Stato adotti norme interne nell'esercizio delle proprie competenze in materia di IVA, settore che coinvolge in misura sensibile gli interessi finanziari

tenga sufficiente ad attrarre una determinata situazione nell'alveo del diritto dell'Unione il fatto che una disciplina nazionale riguardi una materia affine ad un settore regolamentato dal legislatore europeo, in assenza di un «collegamento di una certa consistenza»<sup>1472</sup>.

Allo stesso tempo, a conferma del progressivo radicamento di questa impostazione, la Corte ha supportato l'*iter* argomentativo dell'avvocato generale Kokott nella causa *Bonda*, nella quale si è precisato che la sfera di applicazione dei diritti previsti dalla Carta interessa anche le norme nazionali previgenti, che dunque non siano dirette ad attuare disposizioni di diritto UE, ma in concreto ne condividano la sfera operativa o lo scopo perseguito<sup>1473</sup>.

La Corte stessa, in questa prospettiva, ha ritenuto la Carta applicabile anche al cospetto di norme interne non direttamente deputate a dare attuazione a disposizioni UE. Basti pensare, a titolo esemplificativo, al caso *McB*, in tema di attribuzione della custodia del figlio minore ad un genitore<sup>1474</sup>. In tale sede, sebbene la definizione del regime della custodia competa in via esclusiva dagli Stati membri e non ricada nell'ambito di applicazione del regolamento sulla potestà genitoriale CE 2201/2003, il Collegio ha ritenuto di valutare indirettamente la compatibilità della normativa irlandese con gli artt. 7 e 24 della Carta, così da assicurare la sua coerenza con i diritti tutelati dall'ordinamento UE e gli scopi perseguiti in tema di vita privata e protezione del minore.

La sfera di applicazione della Carta beneficia dunque dell'approccio tendenzialmente estensivo avvalorato dalla Corte. Sebbene ad oggi non improntato a criteri univoci e fondato su base essenzialmente casistica, tale orientamento consente un vaglio viepiù significativo sull'operato degli Stati membri in materia di diritti fondamentali. Al contempo, però, si rileva l'esigenza di ancorare l'apprezzamento del giudice dell'Unione ad un effettivo legame della disciplina nazionale con il diritto UE e con gli scopi da questo perseguiti<sup>1475</sup>.

dell'UE: v. la sentenza del 18 dicembre 1997, cause riunite C-286/94, C-340/95, C-401/95 e C-47/96, *Garage Molenbeide*, in *Racc.* p. I-7281.

<sup>1472</sup> V. la sentenza *Siragusa*, cit., punto 24, in tema di tutela dell'ambiente e del paesaggio; in materia cfr. altresì le sentenze 29 maggio 1997, causa C-299/95, *Kremzow*, in *Racc.* p. I-2629, punto 16, e 18 dicembre 1997, causa C-309/96, *Annibaldi*, in *Racc.* p. I-7493, punto 22, in relazione ad un'incidenza indiretta di una norma nazionale sul funzionamento di un'organizzazione comune di mercato.

<sup>1473</sup> V. le conclusioni dell'avvocato generale Kokott, del 15 dicembre 2011, nella causa C-489/10, *Bonda*, cit.

<sup>1474</sup> Sentenza del 5 ottobre 2010, causa C-400/10 PPU, *McB*, in *Racc.* p. I-8965.

<sup>1475</sup> In dottrina è stato rimarcato come la giurisprudenza della Corte in ordine al campo di applicazione del diritto UE abbia tradizionalmente seguito due principali filoni, l'uno riguardante i casi di attuazione del disposto sovranazionale, l'altro inerente le ipotesi di deroga alle norme dell'Unione. Gli ultimi sviluppi giurisprudenziali, avrebbero dato origine ad un terzo *genus* di casi, che di discosta da entrambi i precedenti, ma che non si caratterizza per chiari criteri identificativi e, dunque, per parametri di valutazione oggettivi e puntuali: v. B. VAN

In questa prospettiva, la menzionata sentenza *Fransson* apporta alcuni dei chiarimenti auspicati e pone le basi per l'individuazione di alcune categorie di situazioni nelle quali possa ritenersi integrato il disposto dell'art. 51 della Carta. In tale sede, la Corte ha ritenuto applicabile l'art. 50 della Carta, in materia di *ne bis in idem*, ad un procedimento penale svedese instaurato per reati fiscali. Veniva infatti contestato all'imputato, il signor Fransson, già destinatario di onerose sanzioni amministrative per gli stessi fatti, di aver fraudolentemente manipolato alcune proprie dichiarazioni dei redditi, al fine di evadere parte dell'imposta sul reddito delle persone fisiche e dell'IVA<sup>1476</sup>.

Sebbene la materia tributaria e la disciplina penale rilevanti rientrassero nei settori di competenza nazionale, il Collegio ha ritenuto che il disposto della Carta dovesse avere applicazione al caso di specie, in ragione dell'interesse dell'Unione alla corretta riscossione del gettito fiscale destinato al bilancio europeo. Nel sostenere questa impostazione, la Corte ha dunque in primo luogo confermato che il riferimento contenuto all'art. 51 non è limitato ai soli casi di attuazione del diritto UE in senso formale, bensì ricomprendendo anche le situazioni rientranti nella più generica formula dell'ambito di applicazione del diritto europeo. Ai fini dell'operato della Carta, pertanto, le nozioni di attuazione e ambito di applicazione viaggiano su un binario parallelo, nella medesima direzione.

Ciò implica, in secondo luogo, l'assenza – sostenibile invece in caso di interpretazione limitativa dell'art. 51 – di situazioni rientranti nello “*scope of application*” dell'ordinamento UE ma sottratte alla signoria dei diritti fonda-

BOCKEL, P. WATTEL, *New wine into old wineskins: the scope of the Charter of fundamental rights of the EU after Akerberg Fransson*, in *European Law Review*, 2013, p. 866.

<sup>1476</sup> La Corte non ha tenuto conto delle sollecitazioni dell'avvocato generale Cruz Villalón, che ha suggerito al Collegio di dichiarare la propria incompetenza, ritenendo che la struttura dell'ordinamento europeo imponga un accentuato *self-restraint* da parte delle istituzioni UE in ordine al controllo sugli atti discrezionali delle autorità interne. In simili situazioni, la mera constatazione di una convergenza sostanziale tra disposto interno e norme europee non potrebbe costituire motivazione sufficiente ad attrarre la fattispecie nell'ambito di applicazione del diritto UE: secondo l'avvocato generale, la sfera applicativa della Carta dovrebbe poggiare su un *quid pluris* rispetto alla semplice coincidenza sostanziale delle materie disciplinate e degli scopi perseguiti: la normativa nazionale dovrebbe essere direttamente motivata dal diritto UE, in presenza di uno specifico interesse delle istituzioni europee ad attrarre a sé lo scrutinio sul rispetto dei diritti fondamentali. V. le conclusioni dell'avvocato generale Cruz Villalón, del 12 giugno 2012, nella causa C-617/10, *Fransson*, cit. Al contrario, la Corte di giustizia ha affermato la propria competenza, precisando anzitutto come la normativa svedese volta a sanzionare l'evasione dell'IVA risponda all'esigenza di tutelare gli interessi finanziari europei, ex art. 325 TFUE, in quanto parte delle risorse proprie dell'UE derivano dalla riscossione di tale imposta. Un regime sanzionatorio nazionale quale quello in oggetto deriva direttamente dall'art. 325 TFUE e dalle fonti secondarie in materia di sistema comune IVA, poiché concorre a dare attuazione al generale obbligo in capo agli Stati di porre in essere ogni misura necessaria a reprimere efficacemente condotte contrarie agli interessi finanziari dell'Unione.

mentali sanciti dalla Carta<sup>1477</sup>: che agiscono in attuazione di norme UE o sulla base di un'altra forma di collegamento con il diritto dell'Unione, le autorità nazionali sono sempre e pienamente vincolate al rispetto dei diritti fondamentali.

Infine, evidenzia la Corte, ogni misura nazionale che sia in concreto funzionale all'applicazione del diritto UE ed al conseguimento degli obiettivi posti dai Trattati rientra necessariamente nello spettro di intervento della Carta: la tutela dei diritti fondamentali interessa ogni condotta dello Stato rilevante per l'ordinamento dell'Unione.

### 3.3. *Un tentativo di sistematizzazione delle categorie di situazioni in cui la Carta trova applicazione*

Le precisazioni formulate dalla Corte consentono di proporre una classificazione delle situazioni che, in via generale, integrano il disposto dell'art. 51 della Carta. Se infatti il presupposto comune di base è che «*a concrete norm of EU law applied*»<sup>1478</sup>, al contempo molte variabili intervengono a modulare con diversa intensità il legame tra misure nazionali e ordinamento UE. Ciascuna di queste situazioni, come si avrà modo di rilevare attraverso l'analisi della casistica, investe in maniera diretta e rilevante la cooperazione in materia penale, potendosi così tracciare le linee direttrici del ruolo della Carta e dei suoi limiti in questa materia.

Una prima categoria di casi, la più vasta ed articolata, riguarda l'attuazione ed applicazione del diritto UE da parte delle autorità nazionali. Come già visto, questa accezione richiama sia la formale trasposizione di norme sovranazionali nell'ordinamento interno, sia l'ordinaria applicazione della relativa disciplina di recepimento, ad esempio in caso di esecuzione di un mandato d'arresto europeo o di altri meccanismi di cooperazione.

In quest'ultima ipotesi, peraltro, la possibilità di invocare la Carta è limitata *ratione materiae* ai soli profili rilevanti per la normativa sovranazionale e

<sup>1477</sup> La Corte espressamente precisa che «non possono quindi esistere casi rientranti nel diritto dell'Unione senza che tali diritti fondamentali trovino applicazione». Cfr. il punto 21 della sentenza. Tale è la coincidenza che in dottrina la Carta è stata qualificata come una «*shadow of substantive EU rules*»: cfr. K. LENAERTS, J. A. GUTIÉRREZ-FONS, *The place of the Charter in the EU Constitutional edifice*, in S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER, A. WARD (a cura di), *The EU Charter of fundamental rights. A commentary*, Oxford, 2014, p. 1559; la coincidenza fra ambito di applicazione del diritto UE e applicazione dei diritti fondamentali è stata altresì definita la «*overarching doctrine*» nella quale trovano coerenza tutte le ipotesi nelle quali la Corte ritiene integrato un collegamento col diritto UE: cfr. B. VAN BOCKEL, P. WATTEL, *New wine into old wineskins?*, cit., p. 877.

<sup>1478</sup> Cfr. C. LADENBURGER, *Protection of fundamental rights post-Lisbon. The interaction between the Charter of fundamental rights, the European Convention of human rights and national constitutions*, Institutional report FIDE 2012, p. 16.

per la piena esplicazione dei suoi effetti: riprendendo l'esempio del mandato d'arresto europeo, pertanto, potrebbero essere sindacate alla luce dei diritti fondamentali le misure interne concernenti la procedura di riconoscimento ed i presupposti e requisiti sostanziali per il suo svolgimento – su tutti le cause di rifiuto dell'esecuzione – mentre il fatto che si proceda per un reato enumerato nella decisione quadro 2002/584/GAI non sarebbe sufficiente a motivare un sindacato sugli elementi costitutivi e sulla portata della fattispecie, così come disciplinata nel diritto penale interno<sup>1479</sup>.

Il concetto di attuazione, inoltre, include altresì tutte le ipotesi in cui lo Stato membro sia chiamato a conseguire un risultato prospettato dall'ordinamento UE. Ne deriva l'automatica applicabilità della Carta non solo alle norme interne di recepimento di direttive od altre fonti europee, ma, in senso più ampio, anche a qualsiasi disposizione o misura nazionale – preesistente, coeva o successiva alle norme UE – che incida su una materia disciplinata in sede sovranazionale. Il solo obbligo di trasposizione, in altre parole, è sufficiente ad attrarre nell'alveo del diritto UE i profili dell'ordinamento nazionale che contribuiscano a realizzare gli scopi della disciplina UE. Questa precisazione risulta particolarmente importante per la cooperazione in materia penale, in special modo in relazione alla nuova stagione normativa avviata dal legislatore europeo, focalizzata sull'adozione di norme minime comuni in tema di diritti e garanzie del giusto processo<sup>1480</sup>. Una volta spirato il termine di recepimento, infatti, le norme nazionali che disciplinano tali istituti processuali rientrano nella sfera operativa della Carta e – aspetto di considerevole interesse – il disposto di quest'ultima potrebbe essere invocato per contestare la compatibilità della disciplina processuale nazionale con il diritto UE anche nel corso di un procedimento penale privo di elementi di transnazionalità. Anche in simili circostanze, apparentemente confinate entro lo spettro applicativo del diritto statale, un'eventuale normativa interna che ostacoli il raggiungimento degli obiettivi di tutela perseguiti dagli atti derivati dell'UE manifesterebbe quel legame funzionale con l'ordinamento sovranazionale richiesto dalla consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia. In questo modo, il Titolo VI della Carta, dedicato ai diritti dell'individuo in materia di giustizia, diviene uno strumento di considerevole efficacia nell'assicurare che le garanzie minime comuni fissate a livello europeo siano rispettate dagli Stati membri.

Merita poi precisare che, come dimostrato dal caso *Fransson*, il nesso funzionale tra diritto UE e nazionale sussiste sia nell'ipotesi in cui l'operato delle autorità statali sia strettamente condizionato, sia ove esse godano di un signi-

<sup>1479</sup> In questo senso T.P. MARGUERY, *The protection of fundamental rights*, cit., p. 455.

<sup>1480</sup> La prassi poc'anzi richiamata registra ad oggi infatti direttive in materia di diritto alla traduzione ed all'interpretariato nei procedimenti penali, di diritto alla difesa tecnica e di accesso alle informazioni.



ficativo potere discrezionale<sup>1481</sup>. Questa sottolineatura appare decisiva nella materia in esame per due ordini di ragioni. Da un lato, si tratta di un settore in cui la maggior parte delle basi giuridiche primarie limita l'intervento del legislatore europeo all'adozione di norme minime comuni mediante direttive, nel rispetto delle tradizioni giuridiche e dei profili essenziali dei sistemi penali interni. Gli Stati membri conservano dunque considerevoli spazi di intervento, anche alla luce delle peculiarità del diritto sostanziale processuale interno. Dall'altro lato, il diritto penale attinge all'esercizio di essenziali poteri sovrani e riflette dunque la sensibilità e le priorità valoriali e politiche di una collettività. In questo senso, molte scelte sull'*an* e sul *quantum* di tutela di determinati beni giuridici per mezzo del diritto penale sono riservate alle autorità nazionali, come già visto per l'analisi dei principi che guidano la produzione normativa in materia<sup>1482</sup>. Eppure, le scelte operate a livello nazionale, benché motivate dall'esercizio del potere di criminalizzazione o sanzione di determinate condotte e sebbene formalmente rientranti nella sfera di competenza degli Stati, possono incidere fortemente sull'applicazione del diritto dell'Unione. Il caso *Fransson* ne è una dimostrazione e ben sintetizza il sindacato della Corte finanche sull'esercizio dello *ius puniendi* dello Stato, che può spingersi sino a censurare le opzioni sanzionatorie avvalorate in sede nazionale rispetto a situazioni non direttamente investite dal diritto UE. Nella causa *Achughbbabian*<sup>1483</sup>, infatti, il Collegio ha evidenziato come la direttiva 2008/115/CE sul rimpatrio dei cittadini di paesi terzi<sup>1484</sup> non precluda agli Stati la possibilità di comminare sanzioni penali nei confronti dei soggetti che non abbiano adempiuto ad un provvedimento di allontanamento. Nondimeno, l'esercizio di tale competenza esclusiva, formalmente scissa dalla sfera di applicazione della direttiva, deve essere puntualmente orientato al rispetto dei diritti fondamentali.

In una seconda categoria di situazioni, secondo i su menzionati assunti della giurisprudenza di Lussemburgo<sup>1485</sup>, l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione si estende alle ipotesi in cui gli Stati intendano derogare alla disciplina sovranazionale, nei limiti di quanto strettamente necessario e proporzionato, allo scopo di perseguire interessi nazionali essenziali.

<sup>1481</sup> Merita ricordare come, nel caso in questione, solo una parte delle imputazioni e degli illeciti amministrativi contestati al signor Fransson rientravano nel campo di applicazione del diritto dell'Unione, segnatamente i profili riguardanti l'evasione dell'imposta sul valore aggiunto. Ciò è stato sufficiente ad attrarre la fattispecie nel campo di applicazione del diritto UE, in ragione dell'esigenza di assicurare l'efficace protezione degli interessi patrimoniali dell'UE.

<sup>1482</sup> V. *ante*, nel presente Capitolo, par. 2.

<sup>1483</sup> Sentenza del 6 dicembre 2011, causa C-329/11, *Achughbbabian*, in *Racc.* p. I-12695.

<sup>1484</sup> V. la direttiva 2008/115/CE, del Parlamento europeo e Consiglio, del 16 dicembre 2008, recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri ai cittadini di Stati terzi il cui soggiorno è irregolare, in GU L 348, del 24 dicembre 2008, p. 98.

<sup>1485</sup> Il riferimento è alla cosiddetta "giurisprudenza ERT".

La terza categoria che si intende proporre accomuna le ipotesi in cui una materia sia in effetti regolata dal diritto dell'Unione, ma venga al contempo accordata agli Stati la possibilità di adottare iniziative ulteriori o di operare una scelta facoltativa e su base volontaria. Come dimostra la giurisprudenza di Lussemburgo, nel momento in cui lo Stato decida di esercitare tale opzione discrezionale, le misure adottate vengono qualificate come attuazione del diritto UE.

Un esempio emblematico, a questo proposito, è costituito dalla sentenza *N.S. e M.E.*<sup>1486</sup>, riguardante l'interpretazione dell'art. 3 del regolamento 343/2003, in tema di criteri e meccanismi per l'individuazione dello Stato membro competente a trattare una domanda di riconoscimento del diritto d'asilo presentata da un cittadino di un paese terzo. Il primo paragrafo di tale articolo prevede che solo uno Stato membro sia investito di tale esame, a meno che, ai sensi del par. 2, un'autorità nazionale decida di intervenire «anche se tale esame non gli compete in base ai criteri stabiliti nel presente regolamento». In questo caso, infatti, la responsabilità per il compimento della procedura e la correttezza della valutazione viene trasferita in capo allo Stato che ha autonomamente – ed in assenza di un obbligo in tal senso – deciso di prendere in carico la richiesta di asilo. Interrogata in via pregiudiziale da giudici britannici e irlandesi in relazione ad una controversia nazionale sorta in relazione alla necessità o meno di trasferire alcuni richiedenti asilo in Grecia, la Corte ha puntualizzato che «il potere discrezionale conferito agli Stati membri dall'art. 3, n. 2, del regolamento n. 343/2003 fa parte dei meccanismi di determinazione dello Stato membro competente a trattare una domanda di asilo previsti da detto regolamento e, di conseguenza, costituisce solo un elemento del sistema europeo comune di asilo. Pertanto, uno Stato membro che esercita tale potere discrezionale deve essere ritenuto attuare il diritto dell'Unione ai sensi dell'art. 51, n. 1, della Carta»<sup>1487</sup>.

Una linea argomentativa analoga, per quanto di interesse per la materia in esame, è stata seguita dal Collegio anche nella nota sentenza *Pupino*<sup>1488</sup>, pronunciata all'esito di un rinvio pregiudiziale riguardante la compatibilità con la decisione quadro 2001/220/GAI della normativa processuale penale italiana sull'audizione della vittima minorenne mediante incidente probatorio. Da un lato, infatti, la decisione quadro, all'art. 8, n. 4, sollecitava gli Stati a proteggere le vittime vulnerabili dalle conseguenze della loro deposizione in udienza pubblica, eventualmente garantendo loro «di rendere testimonianza in condizioni che consentano di conseguire tale obiettivo e che siano compatibili con i principi fondamentali del proprio ordinamento». Dall'altro lato, l'ordinamento italiano prevede di regola che l'audizione della persona offesa in sede

<sup>1486</sup> Sentenza 21 dicembre 2011, *N.S., M.E. e altri*, cit.

<sup>1487</sup> Cfr. il punto 68 della sentenza in esame.

<sup>1488</sup> Sentenza 16 giugno 2005, causa C-105/03, *Pupino*, in *Racc.* p. I-5285.

di indagini venga ripetuta nel contraddittorio delle parti e che solo quest'ultima testimonianza abbia valore probatorio.

Al contempo, la regola può trovare eccezione in alcune ipotesi tassativamente indicate, mediante l'esperimento dell'incidente probatorio, istituto che consente l'acquisizione definitiva della testimonianza della vittima vulnerabile nel corso delle indagini preliminari, nel corso di un'udienza in camera di consiglio dinnanzi al giudice per le indagini preliminari. La normativa processuale statale, tuttavia, in presenza di vittime minorenni, prevedeva la possibilità di ricorrere a tale rimedio nei soli casi di delitti sessuali o a sfondo sessuale, esclusa dunque la fattispecie di maltrattamenti, per la quale era stata avviata l'azione penale nel procedimento principale. In tale contesto, sebbene formalmente non sussistesse in capo allo Stato un obbligo di introdurre nel proprio ordinamento un simile istituto processuale, la Corte ha ritenuto che l'esercizio volontario del potere discrezionale delle autorità interne dovesse essere soggetto ai vincoli derivanti dalla tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento dell'Unione, poiché la normativa nazionale incideva di fatto sugli scopi perseguiti dalla decisione quadro<sup>1489</sup>. Di conseguenza, l'ordinamento italiano avrebbe dovuto consentire la possibilità di esperire un incidente probatorio per l'audizione di un minore anche in ipotesi differenti da quelle già formalizzate nel codice di procedura penale.

L'acquisizione di valore giuridico primario da parte della Carta ha infine motivato parte della dottrina a individuare un quarto ed ultimo insieme di casi ai quali si estende l'ambito di applicazione dei diritti fondamentali tutelati dall'UE, con i conseguenti vincoli in capo agli Stati. Si tratta in particolare delle numerose situazioni in cui, per la struttura stessa dell'ordinamento UE, il diritto dell'Unione investa le autorità giudiziarie nazionali dell'obbligo di assicurare l'effettività a livello statale delle situazioni giuridiche disciplinate in sede sovranazionale. Infatti, su impulso della Corte e sulla scorta dei principi di leale cooperazione e di effettività ed equivalenza<sup>1490</sup>, i rimedi esperibili dinnanzi ai giudici interni a tutela di obblighi UE, come nel caso della responsabilità extracontrattuale dello Stato, vengono tradizionalmente considerati complementari al sistema di garanzie approntato a livello europeo. Di conseguenza, essi devono essere improntati al pieno rispetto dei canoni di effettività ed equivalenza e delle garanzie processuali delle parti: in questo contesto, il rinnovato *status* della Carta ha determinato il sempre più frequente richiamo all'art. 47, che appunto disciplina il diritto ad un ricorso effettivo, quale autonomo parametro per sindacare la legittimità di rimedi giurisdizionali previsti in sede statale e suscettibili di incidere direttamente o indirettamente su situazioni giuridiche promananti dall'ordinamento UE. A questo proposito si se-

<sup>1489</sup> V. i punti 55 e 56 della sentenza *Pupino*.

<sup>1490</sup> I principi in questione sono oggi disciplinati rispettivamente agli artt. 4 e 19 TUE.

gnala in particolare il caso *DEB*<sup>1491</sup>, nel quale il Giudice dell'Unione, adito in via pregiudiziale, ha esteso la sfera operativa della Carta – ed in particolar modo proprio dell'art. 47 – al vaglio su una normativa tedesca volta a limitare l'accesso al patrocinio a spese dello Stato alle sole persone fisiche, a discapito delle persone giuridiche. La pronuncia, oltre a costituire uno dei primi casi in cui la Carta è stata in via autonoma invocata allo scopo di sindacare una normativa nazionale, è rilevante poiché il Collegio, pur sostenendo la coerenza della normativa tedesca con l'art. 47, ha ritenuto che la disciplina interna dovesse essere valutata alla luce del diritto fondamentale ad un ricorso effettivo ivi consacrato, in quanto il regime dell'accesso al patrocinio a spese dello Stato avrebbe trovato applicazione anche in caso di controversie riguardanti la responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'Unione.

Merita infine precisare che talvolta sono le norme UE stesse ad escludere espressamente dal loro ambito di applicazione alcuni settori, così consentendo agli Stati di sottrarsi, fra l'altro, ai vincoli derivanti dalla Carta. Quelle che la dottrina ha definito «*exclusionary rules*»<sup>1492</sup>, in quanto disposizioni di portata eccezionale, devono tuttavia essere interpretate restrittivamente, così che la loro portata sia circoscritta a quanto strettamente necessario per il conseguimento della *ratio* ad esse sottesa. Tali previsioni sono talora volte a preservare sfere di attribuzione degli Stati o, più spesso, a conservare peculiarità normative degli Stati membri. Anche per questa ragione, esse rivestono un'importanza non secondaria nella cooperazione in materia penale, nelle cui fonti si riscontra un novero significativo di esempi. La direttiva 2010/64/UE sul diritto all'interpretazione ed alla traduzione nei procedimenti penali, ad esempio, all'art. 1, par. 4, precisa che «la presente direttiva lascia impregiudicato il diritto nazionale relativo alla presenza dell'avvocato in tutte le fasi del procedimento penale, così come il diritto nazionale relativo al diritto di accesso dell'indagato o imputato ai documenti nei procedimenti penali». Inoltre, ulteriori «regole di esclusione» possono essere derivate dai considerando delle direttive, in uno con le norme sul loro ambito di applicazione. Ad esempio, il preambolo della direttiva 2014/42/UE in materia di sequestro e confisca precisa, al n. 38, che l'atto lascia impregiudicati i regimi nazionali in materia di patrocinio a spese dello Stato e, al n. 12, che nulla incide sulle procedure nazionali per la tenuta dei documenti legali o degli strumenti comprovanti il diritto di proprietà o altri diritti sui beni oggetto di provvedimenti ablativi.

### 3.4. Il livello di protezione dei diritti fondamentali alla luce delle disposizioni orizzontali della Carta

Ove venga accertato che la Carta trova applicazione, occorre considerare

<sup>1491</sup> V. la sentenza 22 dicembre 2010, *DEB*, cit.

<sup>1492</sup> In questo senso D. SARMIENTO, *Who's afraid of the Charter*, cit., p. 1285.

se il diritto fondamentale di volta in volta considerato sia tutelato in misura adeguata. Questo ulteriore apprezzamento deve essere condotto alla luce dell'art. 53, a mente del quale la portata delle previsioni della Carta deve essere ricostruita in modo da non limitare o ledere i diritti sanciti dal diritto dell'Unione, da fonti internazionali – con particolare riguardo per la CEDU – e dalle costituzioni degli Stati membri.

Questa norma, precipitato del complesso reticolato europeo di sistemi, fonti e rimedi a tutela dei diritti fondamentali, prospetta un criterio ordinatore nelle situazioni in cui lo standard di protezione assicurato dalla Carta debba confrontarsi con la sfera operativa di altre fonti, parimenti destinate a rispondere a rilevanti esigenze di tutela. Il disposto in esame affronta con una formulazione alquanto sintetica una questione di portata sistematica, che attinge al nucleo problematico dei rapporti tra ordinamenti: non di rado, infatti, soprattutto in sede statale, le scelte in ordine alla protezione dei diritti fondamentali sono espressione di radicate scelte sociali e riflettono la storia e le priorità valoriali di una nazione<sup>1493</sup>.

Allo stesso tempo, in una prospettiva europea, i diritti fondamentali sono parte integrante dell'apice delle fonti dell'ordinamento UE e, come puntualizzato dalla Corte di giustizia, acquisiscono a livello sovranazionale una portata autonoma, che spetta in via definitiva al Collegio di Lussemburgo ricostruire per via ermeneutica.

D'altra parte, almeno a prima vista, l'articolo 53 non rappresenta un *unicum* nel panorama delle fonti sovranazionali, poiché previsioni analoghe si riscontrano, fra gli altri, all'art. 53 della CEDU, all'art. 5, par. 2, del Patto internazionale sui diritti civili e politici ed all'art. 29 della Convenzione americana dei diritti umani<sup>1494</sup>. Queste ulteriori disposizioni, nondimeno, scontano

<sup>1493</sup> Cfr. le conclusioni dell'avvocato generale Bot, del 2 ottobre 2012, nella causa *Melloni*, punto 109: «I diritti fondamentali oggetto di protezione e il grado di protezione che deve essere loro accordato riflettono le scelte di una determinata società in relazione al giusto equilibrio tra gli interessi degli individui e quelli della collettività cui essi appartengono. Tale determinazione è strettamente collegata a valutazioni proprie dell'ordinamento giuridico considerato, in particolare in funzione del suo contesto sociale, culturale e storico, e non può dunque essere trasferita automaticamente ad altri contesti». In dottrina v. A.M. WIDMANN, *Article 53: undermining the impact of the Charter of Fundamental Rights*, in *Columbia Journal of European Law*, 2002, p. 342, in particolare p. 353, e C. VAN DE HEYNING, *No place like home. Discretionary space for the domestic protection of fundamental rights*, in P. POPELIER, C. VAN DE HEYNING, P. VAN NUFFEL (a cura di), *Human rights protection in the European legal order: the interaction between the European and the national courts*, Cambridge, 2011, p. 65, in particolare p. 81.

<sup>1494</sup> A mente dell'art. 53 CEDU, «*Nothing in this Convention shall be construed as limiting or derogating from any of the human rights and fundamental freedoms which may be ensured under the laws of any High Contracting Party or under any other agreement to which it is a party*»; il Patto internazionale dispone che «*There shall be no restriction upon or derogation from any of the fundamental human rights recognized or existing in any State Party to the pre-*

i caratteri dei sistemi di tutela dei diritti fondamentali nei quali operano. Esse infatti vengono ordinariamente considerate espressione della garanzia che le prerogative soggettive consacrate in ciascuno strumento costituiscano un comune denominatore, ossia uno *standard* minimo sul quale tutte le Parti concordino, ma che ciascuna di esse sia legittimata ad emendare, offrendo in sede nazionale una tutela più estesa o incisiva<sup>1495</sup>.

Nel contesto dell'ordinamento dell'Unione, tuttavia, questa impostazione può trovare un limite decisivo nei principi ai quali è improntato in via generale il rapporto con il diritto degli Stati membri: il primato del diritto UE e l'esigenza di assicurare la sua uniforme ed effettiva applicazione appaiono infatti mal combinarsi con la possibilità di "corse in avanti" in ordine sparso a livello nazionale.

D'altra parte, se l'imposizione di tale limite appare anche a prima vista ragionevole nelle ipotesi in cui l'azione degli Stati sia *in toto* definita dal diritto dell'Unione, ad esempio in presenza di norme europee di armonizzazione, si registrano molte situazioni in cui, a fronte dell'applicabilità della Carta, l'ordinamento UE non esclude l'adozione di rilevanti opzioni discrezionali da parte delle autorità interne. In ragione della peculiare importanza delle scelte sottese al livello di tutela dei diritti fondamentali, pertanto, non è mancato chi, in passato, si è interrogato sull'opportunità di riservare agli Stati, quanto meno in queste ultime fattispecie, un maggiore spazio di intervento, ad esempio beneficiando della possibilità di garantire uno *standard* di protezione più elevato rispetto a quanto assicurato dalla Carta<sup>1496</sup>.

Queste diverse accezioni del rapporto tra diritto UE e nazionale circa

*sent Covenant pursuant to law, conventions, regulations or custom on the pretext that the present Covenant does not recognize such rights or that it recognizes them to a lesser extent», mentre la Convenzione americana dispone che «No provision of this Convention shall be interpreted as: a. permitting any State Party, group, or person to suppress the enjoyment or exercise of the rights and freedoms recognized in this Convention or to restrict them to a greater extent than is provided for herein; b. restricting the enjoyment or exercise of any right or freedom recognized by virtue of the laws of any State Party or by virtue of another convention to which one of the said states is a party; c. precluding other rights or guarantees that are inherent in the human personality or derived from representative democracy as a form of government; or d. excluding or limiting the effect that the American Declaration of the Rights and Duties of Man and other international acts of the same nature may have».*

<sup>1495</sup> Il problema degli standard di protezione dei diritti fondamentali nei diversi livelli coinvolti era già stato sollevato prima della proclamazione della Carta: v. L. BESSELINK, *Entrapped by the maximum standard. On fundamental rights, pluralism and subsidiarity in the European Union*, in *Common Market Law Review*, 1998, p. 629. Con riferimento all'art. 53 della Carta ed ai suoi omologhi in altri strumenti internazionali v. B. DE WITTE, *Article 53 – Level of protection*, in S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER, A. WARD (a cura di), *The EU Charter of fundamental rights*, p. 1523, in particolare p. 1526.

<sup>1496</sup> V. J.B. LIISBERG, *Does the EU Charter of fundamental rights threaten the supremacy of Community law?*, in *Common Market Law Review*, 2001, p. 1171.

l'operatività della Carta sono state in parte prospettate alla Corte di giustizia dalla Corte costituzionale spagnola, che ha ben presto sottoposto all'apprezzamento del giudice dell'Unione, mediante rinvio pregiudiziale, nel caso *Melloni*, i dubbi sistematici sulla portata dell'art. 53<sup>1497</sup>. Nell'ordinanza di rinvio, la Corte spagnola, muovendo da un netto *favor* per il diritto costituzionale interno, ha in particolare individuato tre possibili ricostruzioni. Secondo una prima lettura, analogamente a quanto avviene per le altre fonti internazionali in materia di diritti fondamentali, l'art. 53 costituirebbe una deroga al principio del primato, poiché intenderebbe fissare uno *standard* minimo liberamente derogabile *in melius* dagli Stati. In secondo luogo, poiché il disposto dell'art. 53 menziona l'espressione «nel rispettivo ambito di applicazione», la norma dovrebbe essere letta in combinato disposto con l'art. 51 ed avrebbe l'effetto di scindere nettamente l'operato dello standard di tutela UE e di quello nazionale, a seconda che una data situazione ricada o meno nello spettro operativo del diritto dell'Unione. Ne deriverebbe la possibilità in capo agli Stati, ove agiscano al di fuori dell'ambito di applicazione del diritto UE, di avvalorare il grado di protezione ritenuto più idoneo, finanche in spregio delle norme sovranazionali. Da ultimo, secondo un approccio intermedio, la Carta consentirebbe di prediligere ora la garanzia promanante dall'ordinamento UE, ora le costituzioni nazionali, a seconda della natura della situazione di specie e delle specifiche problematiche di tutela che essa pone.

Le soluzioni prospettate dal giudice *a quo*, fortemente avversate dall'avvocato generale Bot e rigettate altresì dalla Corte di giustizia, riflettono una parte delle posizioni dottrinali espresse prima dei chiarimenti interpretativi del Giudice dell'Unione, nonché il confronto che ha accompagnato la redazione dell'art. 53 della Carta.

Alcuni autori, in parte evocati dall'avvocato generale, hanno in effetti sostenuto che la norma in esame perseguisse il solo fine politico di rassicurare gli Stati del fatto che la proclamazione della Carta non avrebbe sovvertito i rispettivi sistemi costituzionali di tutela dei diritti, imponendo visioni comuni su problemi di tale centralità, se non addirittura forzando riforme delle norme costituzionali interne<sup>1498</sup>. In questa prospettiva, all'art. 53 avrebbe dovuto essere ricondotto un valore essenzialmente simbolico: il richiamo all'ambito di applicazione delle varie fonti riguardanti i diritti fondamentali, infatti, sarebbe

<sup>1497</sup> V. la sentenza 26 febbraio 2013, *Melloni*, cit. Per un commento v. D. RITLENG, *De l'articulation des systèmes de protection des droits fondamentaux dans l'Union. Les enseignements des arrêts Akerberg Fransson et Melloni*, in *Revue trimestrielle de droit de l'Union européenne*, 2014, p. 267; v. inoltre N. DE BOER, *Addressing rights and divergencies under the Charter: Melloni*, in *Common Market Law Review*, 2013, p. 1083, e L. BESSELINK, *The parameters of constitutional conflict after Melloni*, in *European Law Review*, 2014, p. 531.

<sup>1498</sup> V. in particolare R. ALONSO GARCÍA, *The horizontal provisions of the Charter of fundamental rights of the European Union*, in *European Law Journal*, 2002, p. 507.

stato idoneo a relegarne il disposto ad una mera ed in sé futile sottolineatura del principio di attribuzione e dell'art. 51<sup>1499</sup>.

Queste considerazioni, nondimeno, non colgono nel segno della struttura dell'ordinamento dell'Unione e degli assunti giurisprudenziali avvalorati e consolidati nel tempo circa la portata dei diritti fondamentali e del principio del primato. Con le pronunce *Melloni* e *Fransson*, pertanto, il Giudice dell'Unione ha ribadito alcuni punti fermi del proprio approccio alla materia ed ha in particolar modo chiarito la dinamica tra *standard* europei e nazionali di tutela dei diritti fondamentali, sulla base della sopra menzionata distinzione tra situazioni interamente definite dal diritto dell'Unione ed ipotesi in cui sia concesso alle autorità interne l'esercizio di un certo margine decisionale.

In termini generali, infatti, la Corte ha evidenziato come, nel primo caso, il primato e l'effettività del diritto europeo impongano la soccombenza delle norme interne, finanche di rango costituzionale; nel secondo caso, invece, si profila la possibilità per gli Stati membri di avvalorare norme di maggior favore, ma ancora una volta a condizione che il primato e l'effettività non siano elusi e che venga in ogni caso rispettato il dettame della Carta, così come interpretata dal Collegio di Lussemburgo.

L'impostazione sostenuta dalla Corte può dunque essere approfondita proprio alla luce di tale *summa divisio*.

#### 3.4.1. *Le situazioni interamente disciplinate dal diritto dell'Unione*

Nella causa *Melloni*, la Corte costituzionale spagnola evidenziava una discrasia tra le garanzie accordate dalla decisione sul mandato d'arresto europeo in caso di processo celebrato *in absentia* ed il testo della costituzione nazionale<sup>1500</sup>. In particolare, veniva sottolineato come l'atto UE non prevedesse una causa di rifiuto dell'esecuzione di portata generale per simili situazioni, finalizzata a consentire in ogni caso la revisione o la nuova celebrazione del processo contumaciale, con la possibilità per l'imputato di prendervi parte attiva. Da un lato, infatti, la normativa UE consente, ai sensi dell'art. 4 *bis* della deci-

<sup>1499</sup> È stato inoltre evidenziato come l'art. 53 fosse stato approvato all'esito di numerose ed approfondite consultazioni tra il Segretariato della Convenzione ed il servizio giuridico della Commissione. Questa circostanza è stata in particolare considerata un elemento a sostegno del fatto che la norma in esame non era tesa ad incidere sulla portata del principio del primato, ma aveva un ruolo essenzialmente politico. V. J.B. LIISBERG, *Does the EU Charter of fundamental rights*, cit., p. 1176.

<sup>1500</sup> La controversia riguardava una richiesta di consegna formulata da autorità italiane a fini esecutivi. La difesa del signor Melloni lamentava che il processo penale celebrato in Italia, pur avendo registrato la partecipazione dei legali di fiducia, si era concluso in sua assenza. Secondo il regime processuale italiano, nondimeno, è possibile predisporre un nuovo procedimento, nell'ambito del quale l'imputato possa intervenire attivamente, solo laddove vi sia prova del fatto che quest'ultimo, lungi dal disertare volontariamente le udienze, non fosse a conoscenza dell'azione penale e ne abbia di conseguenza derivato una lesione del diritto di difesa.



sione quadro, recentemente riformata sul punto<sup>1501</sup>, di negare l'esecuzione di un mandato d'arresto emesso nel corso di un processo condotto in contumacia solo laddove l'interessato non sia stato effettivamente a conoscenza dell'azione penale e, non avendo ricevuto alcuna informazione, non abbia potuto partecipare o altrimenti esercitare il proprio diritto di difesa. Dall'altro lato, le norme costituzionali spagnole, così come interpretate dal Tribunal Constitucional, avrebbero nel caso di specie consentito più estese garanzie al signor Melloni, imponendo di subordinare il compimento della procedura di cooperazione giudiziaria all'avvio di un nuovo processo, così da sanare la mancata partecipazione al primo.

La Corte di Lussemburgo è stata dunque sollecitata a fornire la corretta interpretazione degli artt. 4 e 4 *bis* della decisione quadro, anche in rapporto alla loro eventuale incompatibilità con gli artt. 47 e 48 della Carta dei diritti fondamentali.

Nel condurre tale valutazione, il Collegio ha recisamente negato che gli Stati membri siano legittimati ad imporre i rispettivi *standard* di garanzia processuale in tema di contumacia per frapporsi all'esecuzione di un mandato d'arresto europeo, invocando l'art. 53 della Carta. Sebbene infatti quest'ultimo disponga che, quando un atto di diritto dell'Unione richiede misure nazionali di attuazione, è consentito alle autorità e ai giudici nazionali applicare i livelli nazionali di tutela dei diritti fondamentali, l'art. 4 *bis* della decisione quadro impone che, in presenza di alcune condizioni tassativamente elencate, la potestà discrezionale di optare per il diniego dell'esecuzione sia del tutto neutralizzata, in favore del rafforzamento della cooperazione penale<sup>1502</sup>. Il margine discrezionale accordato agli Stati trova dunque un limite nelle eccezioni al motivo di rifiuto facoltativo dell'esecuzione del mandato, in presenza delle quali la norma UE impone di riconoscere la decisione straniera e di darvi séguito<sup>1503</sup>. Pertanto, ai fini delle procedure di cooperazione legate all'emissione di un mandato d'arresto europeo, lo *standard* di tutela in relazione ai procedimenti conclusi *in absentia* è *in toto* definito da parte dell'ordinamento UE ed è espressione dell'esigenza di bilanciare la protezione dei diritti fondamentali con le esigenze sottese alla creazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia<sup>1504</sup>.

Di conseguenza, l'applicazione delle norme costituzionali iberiche – peraltro pressoché isolate nel panorama degli ordinamenti nazionali, nella quasi totalità allineati ad un regime simile a quello cristallizzato nella decisione quadro, così da motivare l'avvocato generale Bot a prospettare il rischio di

<sup>1501</sup> La norma è stata riformata con la menzionata decisione quadro 2009/299/GAI sui procedimenti celebrati *in absentia*.

<sup>1502</sup> Cfr. il punto 60 della sentenza.

<sup>1503</sup> Cfr. il punto 40 della sentenza.

<sup>1504</sup> V. le conclusioni dell'avvocato generale Bot, punto 125.

trasformare l'ordinamento spagnolo in un rifugio per i delinquenti<sup>1505</sup> – comporterebbe la radicale frustrazione del disposto della decisione quadro, oltre che degli obiettivi sistematici di valorizzazione della cooperazione tra autorità nazionali che essa persegue.

Queste considerazioni hanno condotto la Corte a sottolineare, in maniera coerente con la giurisprudenza *Internationale Handelsgesellschaft*<sup>1506</sup> e *Winner Wetten*<sup>1507</sup>, che le norme nazionali in tema di diritti umani, finanche di rango costituzionale, non possono valere a limitare il principio del primato, né possono inficiare l'effettività del diritto dell'Unione<sup>1508</sup>.

Questo assunto giurisprudenziale è stato oggetto di molteplici tentativi di inquadramento dogmatico, non di rado critici rispetto alla scelta della Corte<sup>1509</sup>, ma si segnala per la conferma della natura multilivello del sistema di protezione dei diritti fondamentali nell'UE. Un sistema nel quale Unione e Stati membri assumono responsabilità complementari, alla luce dei rispettivi ambiti di competenza, secondo la formula richiamata all'art. 53 della Carta.

<sup>1505</sup> V. le conclusioni dell'avvocato generale Bot, punto 103.

<sup>1506</sup> Sentenza 17 dicembre 1970, causa 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, in *Racc.* p. 501.

<sup>1507</sup> Sentenza dell'8 settembre 2010, causa C-409/06, *Winner Wetten*, in *Racc.* p. I-8015.

<sup>1508</sup> In dottrina è stato evidenziato come questa soluzione sia stata di fatto applicata, ancor prima della pronuncia in esame, dalla Corte di Cassazione italiana, che ha interpretato in senso conforme alla decisione quadro la legge nazionale di recepimento del sistema di consegna, così da neutralizzare una ipotesi di rifiuto facoltativo non enumerata nell'atto europeo ma introdotta dal legislatore interno. Peraltro, il motivo di diniego in questione riguardava l'assenza di limiti massimi alla carcerazione preventiva nello Stato di emissione, dunque un profilo di particolare rilevanza, senz'altro riconducibile al dettame costituzionale dell'art. 13, comma 4, in tema di presunzione di innocenza sino alla condanna definitiva. V. Corte di Cassazione, Sezioni Unite, sentenza del 30 gennaio 2007, n. 4614. In dottrina C. AMALFITANO, *Mandato d'arresto europeo: reciproco riconoscimento vs. diritti fondamentali?*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), del 4 luglio 2013, p. 14 (21 luglio 2014).

<sup>1509</sup> È stata ad esempio richiamata la posizione di Jeremy Waldron, secondo il quale le decisioni rilevanti in ordine ai diritti fondamentali – essendo per loro natura oggetto di valutazione e dunque astrattamente opinabili – dovrebbero essere assunte da un'assemblea parlamentare democraticamente eletta e non da istituzioni tecniche. V. J. WALDRON, *A rights-based critique of constitutional rights*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 1993, p. 18. Sulla scorta di questa argomentazione, de Boer ha sostenuto che le corti costituzionali nazionali non dovrebbero ad ogni costo evitare il «*constitutional conflict*» con la Corte di giustizia, bensì dovrebbero evidenziare l'incoerenza tra principi costituzionali di rilievo e diritto dell'UE, lasciando alla componente politica il compito di definire la reale importanza di tali norme e di trovare una via di riconciliazione con l'ordinamento sovranazionale. V. N. DE BOER, *Addressing rights divergencies*, cit., p. 1101. In una prospettiva analoga, Mattias Kumm ha evidenziato come «*national courts may set aside EU law on constitutional grounds, if the constitutional norm they are enforcing is sufficiently clear and specific, and reflects a national commitment to something constitutionally essential*»: M. KUMM, *The jurisprudence of constitutional conflict. Constitutional supremacy in Europe before and after the Constitutional Treaty*, in *European Law Journal*, 2005, p. 297.

Per quanto riguarda la dimensione europea, inoltre, la pronuncia deve essere letta in uno con i rimedi posti a presidio dei diritti fondamentali. La prevalenza dello *standard* fissato a livello sovranazionale non equivale infatti ad un totale affrancamento delle norme UE dallo scrutinio sul rispetto dei diritti fondamentali. Al contrario, tale sindacato da parte della Corte – che gode di competenza esclusiva al riguardo – ben potrebbe essere sollecitato da un giudice nazionale mediante rinvio pregiudiziale di validità, alla luce della giurisprudenza *Foto-Frost*<sup>1510</sup>.

### 3.4.2. Le situazioni parzialmente disciplinate dal diritto UE

Con la sentenza *Fransson*, poc'anzi richiamata, coeva alla pronuncia *Melloni*, la Corte ha completato il quadro ermeneutico dell'art. 53 della Carta, affrontando il tema del livello di protezione dei diritti fondamentali in presenza di materie o profili solo in parte disciplinati da norme UE<sup>1511</sup>.

L'ulteriore chiarimento interpretativo interessa tutti i settori in cui sia riservato alle autorità nazionali un più esteso potere discrezionale e che, anche alla luce del principio di sussidiarietà, dovrebbero dunque essere regolate sulla base degli *standard* di tutela nazionali. Il Giudice dell'Unione ha infatti precisato che, in linea di principio, le autorità ed i giudici nazionali conservano la possibilità di applicare tali *standard* interni<sup>1512</sup>, purché non incorrano due peculiari situazioni.

Da un lato, la Carta acquista priorità sull'ordinamento statale nella misura in cui essa assicuri un livello di garanzia più significativo<sup>1513</sup>. Dall'altro lato, la possibilità di applicare *standard* nazionali più elevati ha un limite nel rispetto del primato, dell'uniformità e dell'effettività del diritto dell'Unione. Se nelle situazioni solo parzialmente disciplinate dal diritto UE le autorità nazionali godono di un maggior spettro operativo, permane l'esigenza di preservare i cardini dell'ordinamento UE e del suo rapporto con i sistemi giuridici nazionali.

In linea teorica, questa clausola di salvaguardia in favore dell'unità e dell'effettività del diritto dell'Unione dovrebbe operare solo in circostanze eccezionali, laddove ad esempio non sia possibile comporre la discrasia attraverso l'obbligo di interpretazione conforme ed il *vulnus* arrecato al diritto UE sia

<sup>1510</sup> Sentenza del 22 ottobre 1987, causa 314/85, *Foto-Frost*, in *Racc.* p. 4199.

<sup>1511</sup> Ai fini della presente trattazione, per situazione parzialmente definita dal diritto dell'Unione si intende altresì ogni caso in cui uno Stato intenda derogare al diritto dell'UE, sulla base di proprie scelte discrezionali.

<sup>1512</sup> Cfr. il punto 29 della sentenza.

<sup>1513</sup> Parte della dottrina a questo riguardo ha prospettato la possibilità che, a beneficio della tutela giurisdizionale effettiva, anche le Corti nazionali siano legittimate a sindacare la validità degli atti di diritto derivato per violazione dei diritti fondamentali: D. LECZYKIEWICZ, *Effective judicial protection of human rights after Lisbon: should National courts be empowered to review EU secondary law?*, in *European Law Review*, 2010, p. 326.

significativo. Si tratta invero di uno scenario che, similmente a quanto elaborato dalle corti costituzionali nazionali in relazione alla dottrina *Solange*<sup>1514</sup>, pone un duplice ordine di problemi. In primo luogo, esso formalizza un conflitto di difficile risoluzione tra norme di rilevanza apicale dell'ordinamento UE e degli ordinamenti statali<sup>1515</sup>. In secondo luogo, sorge la difficoltà pratica, viepiù ardua con l'aumento della compagine degli Stati membri, di comparare differenti accezioni di singoli diritti fondamentali. Una difficoltà che riguarda sia la sostanza delle posizioni giuridiche soggettive, sia i criteri per la loro valutazione, *a fortiori* se esse esprimono scelte etiche e morali radicate in un contesto nazionale<sup>1516</sup>. Analoghi problemi di valutazione si prospettano ove il conflitto riguardi più diritti, astrattamente applicabili ad una stessa situazione, con la conseguente necessità di decretare la soccombenza di uno di essi in favore dell'altro. In simili situazioni, peraltro, la giurisprudenza di Lussemburgo ha sinora dimostrato di prediligere non lo *standard* di tutela che accordi prevalenza ad un diritto, bensì la soluzione che assicuri «un giusto equilibrio tra i diversi diritti fondamentali tutelati dall'ordinamento giuridico comunitario»<sup>1517</sup>.

### 3.4.3. I possibili limiti all'impostazione della Corte

L'approccio interpretativo della Corte, benché non esente da possibili criticità all'atto pratico, rappresenta una risposta condivisibile alla passata impostazione «a geometria variabile», che nell'attuale fase di rilancio della cooperazione in materia penale avrebbe oltremodo acuito il grado di frammentazione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia. Il richiamo al primato ed all'effettività del diritto dell'Unione – quest'ultima considerata in dottrina uno dei fattori trainanti dell'attuale operato dell'UE nel contesto del Titolo V TFUE<sup>1518</sup> – costituisce dunque un criterio oggettivo e prevedibile al quale ancorare lo sviluppo della cooperazione giudiziaria, a fronte del rischio di deviazioni centrifughe.

Allo stesso tempo, la lettura dell'art. 53 della Carta appare suscettibile di alcune limitazioni, che derivano sia dalla priorità accordata alla tutela dei diritti fondamentali, sia dalla pur remota possibilità che uno *standard* di prote-

<sup>1514</sup> V. la sentenza 2BvL n. 52/71, del 29 maggio 1974, *Solange I*.

<sup>1515</sup> La Corte costituzionale spagnola, nella declaración n. 1/2004, del 13 dicembre 2004, ha così definito la possibilità di un conflitto aperto tra norme costituzionali interne essenziali e diritto UE. La traduzione in inglese della declaración è reperibile all'indirizzo internet <http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/restrad/Paginas/DTC122004en.aspx> (21 luglio 2014).

<sup>1516</sup> V. ad esempio il diritto di contrarre matrimonio, consacrato all'art. 9 della Carta, ma in alcuni Stati membri fortemente connesso ad uno specifico concetto di famiglia.

<sup>1517</sup> Cfr. la sentenza del 29 gennaio 2008, causa C-275/06, *Promusicae*, in *Racc.* p. I-271, punto 70, in relazione al recepimento delle direttive da parte degli Stati membri.

<sup>1518</sup> E. HERLIN-KARNELL, *The constitutional dimension of European criminal law*, Oxford, 2012, pp. 42 e ss.

zione avvalorato in sede statale integri un'espressione dell'identità nazionale, riconducibile al disposto dell'art. 4, par. 2, TUE.

Nel primo senso, il Giudice dell'Unione, nel citato caso *N.S. e M.E.*, ha avuto modo di puntualizzare come la rilevazione di gravi e sistematiche violazioni di diritti fondamentali in uno Stato membro possa motivare una deviazione dal disposto UE o quanto meno una sua interpretazione correttiva, allo scopo di assicurare la possibilità di scongiurare tali infrazioni o di circoscriverne le conseguenze. Nella pronuncia in esame, pertanto, la Corte, a séguito di una condanna nei confronti di Belgio e Grecia da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>1519</sup>, ha ritenuto che i criteri fissati dal regolamento 343/2003 ai fini dell'individuazione dello Stato competente a trattare una richiesta di asilo politico potessero essere derogati, stante l'urgenza di evitare che i migranti interessati venissero esposti alle mancanze strutturali palesate dal sistema greco di gestione dei rifugiati.

Un'argomentazione analoga è stata avanzata dall'avvocato generale Sharpston nella sentenza *Radu*<sup>1520</sup>, in relazione al possibile rifiuto dell'esecuzione di un mandato d'arresto europeo per la lamentata violazione del diritto di difesa dell'interessato. In tale occasione, pur invocando la pronuncia *N.S. e M.E.*<sup>1521</sup>, l'avvocato generale non ha avuto la possibilità di dimostrare la sussistenza di violazioni continuative e seriali dei diritti fondamentali derivanti dal sistema processuale rumeno, di talché la Corte non ha accolto l'argomentazione in esame. Eppure, sebbene apparentemente confinata a situazioni del tutto marginali o emergenziali, questa eccezione non sembra priva di rilievo per la cooperazione penale, materia che più di altre pone in molti Stati criticità rispetto alla tutela dei diritti fondamentali.

A questo riguardo, merita richiamare la copiosa giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sulle non dignitose condizioni carcerarie denunciate in numerosi Stati, tali da determinare una violazione dell'art. 3 CEDU, *sub specie* di trattamenti inumani e degradanti<sup>1522</sup>. Sul punto, la nota sentenza pilota *Torreggiani*<sup>1523</sup> ha evidenziato le criticità radicate e diffuse del

<sup>1519</sup> V. la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 21 gennaio 2011, ricorso n. 30969/09, *M.S.S. c. Belgio e Grecia*.

<sup>1520</sup> L'avvocato generale richiama in particolare la possibilità di porre un limite alla cooperazione penale in presenza di un rischio di violazione o di una violazione effettiva «grave, seria e comprovata» di un diritto fondamentale, sulla base dunque di una valutazione alquanto rigorosa. Cfr. il punto 97 delle conclusioni dell'avvocato generale nella causa *Radu*, cit.

<sup>1521</sup> V. in particolare il punto 97 della sentenza.

<sup>1522</sup> V. altresì la sentenza 16 luglio 2009, ricorso n. 22635/03, *Sulejmanovic c. Italia*.

<sup>1523</sup> V. la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo dell'8 gennaio 2013, Ricorsi nn. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 e 37818/10, *Torreggiani ed a. c. Italia*. Fra i molti commenti v. G. DELLA MORTE, *La situazione carceraria italiana viola "strutturalmente" gli standard sui diritti umani (a margine della sentenza "Torreggiani c. Italia")*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2013, p. 147.

sistema carcerario italiano, considerate tanto urgenti quanto estese a tutto il territorio nazionale, pur con graduazioni differenti. Proprio sulla scorta di tale sentenza, si sono registrate nel Regno Unito alcune pronunce con cui è stata negata l'esecuzione di un mandato d'arresto verso l'Italia, sulla base del rischio di esporre il consegnando ad una violazione dei propri diritti fondamentali, in caso di incarcerazione<sup>1524</sup>. Analogamente, la Suprema Corte irlandese ha recentemente negato l'esecuzione di un mandato d'arresto emesso dalle autorità britanniche, ritenendo sulla base della giurisprudenza CEDU, che l'ordinamento britannico non consentisse una puntuale quantificazione *ex ante* della pena irrogata, così da profilare il pericolo di arbitrari periodi di protrazione della reclusione del consegnando<sup>1525</sup>.

Queste brevi notazioni evidenziano come la prassi nazionale non solo abbia colto nel segno dell'assunto giurisprudenziale avvalorato con la sentenza *N.S. e M.E.*, ma tenda altresì a valorizzarne appieno la portata operativa, non relegandolo a sole situazioni di carattere eccezionale. Occorre inoltre evidenziare come in questo contesto rivesta un ruolo essenziale la copiosa giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia penale, che rappresenta da un lato un fattore di ravvicinamento delle garanzie processuali nazionali e dall'altro permette una più chiara visione del livello di protezione assicurato dagli ordinamenti nazionali<sup>1526</sup>. In prospettiva futura, su questa base, ben potrebbero profilarsi ulteriori filoni di contenzioso in materia di cooperazione penale: basti pensare, a titolo esemplificativo, al tema della coesistenza di sanzioni amministrative e penali – o almeno formalmente qualificate come tali nell'ordinamento di uno Stato – laddove, similmente a quanto statuito nel caso *Fransson*, rivelino in realtà una violazione del *ne bis in idem* sanzionatorio. Al riguardo, la giurisprudenza della Corte di Strasburgo segue linee direttrici non sempre coerenti o prevedibili, mentre i sistemi giuridici nazionali si caratterizzano spesso per la concorrenza di più sanzioni di differente natura<sup>1527</sup>. Ne consegue la non remota possibilità che l'impostazione

<sup>1524</sup> Judiciary of England and Wales, Judge Howard Riddle, sentenza del 17 marzo 2014, *Corte d'Appello di Palermo c. Domenico Rancadore*, reperibile all'indirizzo internet <http://www.judiciary.gov.uk/wp-content/uploads/JCO/Documents/Judgments/coa-palermo-italy-v-rancadore.pdf> (23 luglio 2014).

<sup>1525</sup> Irish Supreme Court, judgment of 12 October 2013, *Minister for Justice and Equality vs. Kelly aka Nolan*, reperibile all'indirizzo internet <http://www.supremecourt.ie/Judgments.nsf/1b0757edc371032e802572ea0061450e/1a22cc390f6d704a80257c3d00588c5d?OpenDocument> (22 novembre 2014).

<sup>1526</sup> Questo tema viene fra gli altri affrontato da P. GRAGL, *Accession revised: will fundamental rights protection trump the European Union's legal autonomy?*, in W. BENEDEK, F. BENOÎT-ROHMER, W. KARL, M. NOWAK (a cura di), *European Yearbook on Human Rights*, Vienna, 2011, p. 159.

<sup>1527</sup> Peraltro, nelle proprie conclusioni al caso *Fransson* l'avvocato generale ha evidenziato come la coesistenza di sanzioni amministrative e penali sia particolarmente radicata e diffusa negli Stati membri, tanto da poter essere qualificata come un elemento delle tradizioni costitu-

normativa di molti Stati sia stigmatizzata per violazione della Convenzione, come recentemente avvenuto nei confronti dell'Italia nel caso *Grande Stevens*<sup>1528</sup>. In questa pronuncia, infatti, il Collegio di Strasburgo ha censurato il modello italiano di “doppio binario” procedimentale e sanzionatorio per gli abusi di mercato<sup>1529</sup>, grazie al quale a questo *genus* di condotte lesive della libera determinazione dei comportamenti degli operatori economici consegue sia un *iter* amministrativo dinnanzi alla CONSOB, sia l'esercizio dell'azione penale. In tutta evidenza, questo approdo giurisprudenziale potrebbe essere esteso ad ulteriori contesti e, considerata la sua portata non priva di riflessi sistematici, essere valorizzato da un'autorità nazionale allo scopo di porre un limite a richieste di cooperazione giudiziaria.

Una seconda eccezione potrebbe originare dal disposto dell'art. 4, par. 2, TUE, a mente del quale l'Unione si impegna a rispettare l'identità nazionale degli Stati membri. In effetti, la dottrina non ha mancato di rilevare come la Corte abbia mancato di menzionare questa norma nelle sentenze *Melloni* e *Fransson*<sup>1530</sup>, senza dunque cogliere sul punto le sollecitazioni degli avvocati generali. Per quanto di interesse ai fini della presente analisi<sup>1531</sup>, merita anzitutto precisare che, alla luce della giurisprudenza sinora intervenuta in materia, la nozione di identità costituzionale non include qualsiasi norma costituzionale, né ogni pretesa di tutela di un diritto fondamentale invocata da uno Stato membro<sup>1532</sup>. Occorre infatti in linea di principio ricondurvi solo i valori e le regole che esprimono scelte fondamentali di un ordinamento e sulle quali esso abbia fondamento<sup>1533</sup>.

zionali comuni. V. il punto 86 delle conclusioni. Ci sia permesso fare riferimento a S. MONTALDO, *L'ambito di applicazione della carta dei diritti fondamentali ed il principio del ne bis in idem*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2013, p. 574, dove si pone in dubbio la riconducibilità di questo profilo alla categoria delle tradizioni costituzionali comuni.

<sup>1528</sup> Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 4 marzo 2014, ricorsi nn. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 e 18698/10, *Grande Stevens e a. c. Italia*.

<sup>1529</sup> La Corte ha in particolare evidenziato la violazione dell'art. 6, par. 1, in materia di equo processo e dell'art. 4 del Protocollo n. 7 in relazione alla duplicazione sanzionatoria.

<sup>1530</sup> Cfr. C. AMALFITANO, *Mandato d'arresto europeo*, cit., p. 12.

<sup>1531</sup> Il confronto sulla portata del 4, par. 2, TUE è alquanto approfondito e rimane qui sullo sfondo. Per approfondimenti v. A. VON BOGDANDY, S. SCHILL, *Overcoming absolute supremacy: respect for national identity under the Lisbon Treaty*, in *Common Market Law Review*, 2011, p. 1431; B. GUASTAFERRO, *Beyond the exceptionalism of constitutional conflicts: the ordinary functions of the identity clause*, Jean Monet Working Paper n. 1/2012, reperibile all'indirizzo internet <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/12/documents/JMWP01Guastafarro.pdf> (22 novembre 2014).

<sup>1532</sup> Il Governo spagnolo stesso ha escluso, nel corso del procedimento, che le norme nazionali sui processi contumaciali potessero costituire espressione dell'identità costituzionale dello Stato.

<sup>1533</sup> A. VON BOGDANDY, S. SCHILL, *Overcoming absolute supremacy*, cit., p. 1441: «[T]he obligation to respect national identity in Article 4(2) TEU does not establish absolute protection for the constitutional values that form part of national identity. Rather, where national identity

Inoltre, è stato evidenziato come l'art. 4, par. 2, non possa costituire una clausola derogatoria generale, ossia una base giuridica attraverso la quale gli Stati, mediante il richiamo a qualsiasi formula costituzionale asseritamente facente parte del nocciolo duro di norme identitarie statali, siano legittimati a svincolarsi dal diritto dell'Unione, a beneficio dell'ordinamento interno e in danno del primato, dell'uniformità e dell'efficacia del diritto UE<sup>1534</sup>.

Fatta salva la possibilità di contestare la validità di un atto di diritto derivato per violazione dell'art. 4, par. 2, TUE<sup>1535</sup>, dunque, gli Stati membri non possono valorizzare questa norma per avvalersi di ipotesi derogatorie o margini decisionali addizionali non espressamente previsti o consentiti dal diritto UE stesso. La norma in esame potrebbe dunque fondare una deroga al diritto UE solo nella misura in cui la possibilità di deviare dagli obblighi derivanti dall'appartenenza all'UE – e dunque di limitare l'effettività del diritto europeo – sia stata riconosciuta dal legislatore sovranazionale e si sia dunque tradotta in una clausola espressione di un bilanciamento tra valori fondamentali degli Stati e interessi del processo di integrazione<sup>1536</sup>.

In aggiunta, seguendo il ragionamento sotteso alla sentenza *Omega*<sup>1537</sup>, l'identità costituzionale potrebbe essere invocata per garantire, nei limiti di quanto strettamente necessario, un diritto la cui centralità sia riconosciuta anche a livello europeo, ad esempio attraverso la sua inclusione tra i principi fondamentali dell'ordinamento UE<sup>1538</sup>.

Al disposto dell'art. 4, par. 2, TUE, peraltro, potrebbero altresì affiancarsi, con specifico riferimento allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, l'art.

*is at stake, Article 4(2) TEU requires that a proportional balance be found between the uniform application of EU law, a fundamental constitutional principle of the EU, and the national identity of the Member State in question. Thus, Article 4(2) TEU does not accord automatic priority to the constitutional principle of the Member State protected by Article 4(2) TEU, nor does it require domestic constitutional law unconditionally to yield precedence to EU law. Instead, it prevents EU law from interfering in a disproportionate manner with the constitutional identity of Member States. Applying such a proportionality test is warranted because that is what the term "to respect" generally requires in EU law».*

<sup>1534</sup> V. la sentenza del 22 dicembre 2010, causa C-208/09, *Sayn-Wittgenstein*, in *Racc.* p. I-13693, punto 92.

<sup>1535</sup> Cfr. La sentenza del 5 ottobre 2000, causa C-376/98, *Germania c. Parlamento europeo e Consiglio*, in *Racc.* p. I-8419. In dottrina v. N. DE BOER, *Addressing rights divergencies*, cit., p. 1099.

<sup>1536</sup> Peraltro, la dottrina talora evidenzia come la Corte di giustizia stessa stia a sua volta enucleando gradualmente un complesso di regole e principi che concorrono a costituire il nucleo costituzionale dell'ordinamento UE, in parallelo all'opera delle corti costituzionali nazionali: A. ROSAS, L. AMATI, *EU constitutional law. An introduction*, Oxford, 2012, p. 43.

<sup>1537</sup> Sentenza del 14 ottobre 2004, causa C-36/02, *Omega Spielballen*, in *Racc.* p. I-9609. V. altresì le sentenze 12 giugno 2003, causa C-112/00, *Schmidberger*, in *Racc.* p. I-5659, e 14 febbraio 2008, causa C-244/06, *Dynamic Medien*, in *Racc.* p. I-505.

<sup>1538</sup> Questa soluzione è prospettata altresì da C. AMALFITANO, *Mandato d'arresto europeo*, cit., pp. 24-25.



67 e l'art. 82, par. 1, TFUE: la prima norma richiama l'Unione al rispetto delle tradizioni radicate nei sistemi penali nazionali; la seconda accorda invece agli Stati la possibilità di mantenere o introdurre un livello più elevato di protezione delle persone rispetto alla disciplina minima comune introdotta dall'Unione in materia processuale. In entrambi i casi, tuttavia, il disposto primario non è idoneo a scalfire l'orientamento della Corte e può anzi essere letto in maniera coerente con quest'ultimo. L'art. 67 è infatti una norma di carattere programmatico, che, nel solco tracciato da parte della dottrina in ordine al rispetto delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, dovrebbe orientare il legislatore dell'Unione a tenere in debito conto, nell'adozione di nuovi atti, i cardini degli ordinamenti penali nazionali<sup>1539</sup>. Analogo vincolo dovrebbe orientare altresì la Corte nella ricostruzione interpretativa delle norme UE<sup>1540</sup>. L'art. 82, par. 1, inoltre, non stride con la giurisprudenza in esame, in quanto la facoltà riconosciuta agli Stati è subordinata a sua volta al rispetto del principio del primato ed alla garanzia dell'effettività e uniformità del diritto UE<sup>1541</sup>.

### 3.5. *L'interpretazione della Carta e le limitazioni ai diritti da essa previsti*

L'art. 52 della Carta disciplina con un disposto alquanto eterogeneo la portata e l'interpretazione dei diritti e dei principi in essa sanciti, anche in relazione alla CEDU ed alle tradizioni costituzionali comuni<sup>1542</sup>.

In sintesi, limitatamente a quanto di interesse ai fini dell'analisi, la norma in esame, al par. 3, introduce il parametro interpretativo dell'equivalenza, in forza del quale ogni previsione della Carta che corrisponda al disposto della CEDU deve essere letta in armonia con tale fonte, fatta salva la possibilità di accordare una tutela più incisiva. Lo stesso vale, ai sensi del par. 4, per i diritti che traggano origine dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, rispetto ai quali però non viene ribadita la possibilità di accrescere le garanzie già riconosciute, ad implicita tutela di scelte radicate e diffuse in sede nazionale.

<sup>1539</sup> Cfr. L. BESSELINK, *Entrapped by the maximum standard*, cit., p. 629.

<sup>1540</sup> In altri settori la Corte ha in effetti interpretato norme UE preferendo una lettura coerente con il diritto costituzionale interno, ad esempio laddove si trattasse di forme di organizzazione amministrativa interne allo stato membro. V. ad esempio la sentenza 6 settembre 2006, causa C-88/03, *Commissione c. Portogallo*, in *Racc.* p. I-7115.

<sup>1541</sup> V. le conclusioni dell'avvocato generale Poiras Maduro dell'8 ottobre 2008, nella causa C-213/07, *Michaniki*, in *Racc.* p. I-9999.

<sup>1542</sup> In dottrina più che di contenuto eterogeneo si è parlato di vera e propria mancanza di ordine logico, poiché l'art. 52 disciplina prima i limiti e solo successivamente la portata dei diritti e principi. Cfr. F. POCAR, *Art. 52*, in F. POCAR, M.C. BARUFFI (a cura di), *Commentario breve*, cit., p. 1792.

La norma in esame ha particolare rilievo, poiché in effetti, ad una lettura d'insieme, numerose disposizioni della Carta sono ricamate sul testo della CEDU e ne condividono formulazione e portata<sup>1543</sup>, mentre altrettante aggiungono un *quid pluris* alla tutela dei diritti ivi considerati<sup>1544</sup>. In particolare, alcuni dei diritti che rilevano per il settore della giustizia penale evidenziano non secondari legami con la Convenzione. L'art. 48, in materia di diritti di difesa e presunzione di innocenza, corrisponde all'art. 6, par. 2 e 3, CEDU, mentre l'art. 49 è identico all'art. 7 della Convenzione, eccezion fatta per il richiamo al principio della proporzionalità delle pene, che la CEDU non contempla. Analogamente, altre disposizioni assicurano una tutela più estesa: è questo il caso dell'art. 47, che, a differenza dell'art. 6, par. 1, CEDU, non circoscrive il diritto ad un giudice imparziale e il diritto al patrocinio a spese dello Stato alle sole controversie su diritti ed obblighi di natura civile o derivanti da accuse penali. Inoltre, l'art. 50 della Carta, in tema di *ne bis in idem*, presenta alcune divergenze rispetto all'art. 4 del Protocollo n. 7 CEDU, la principale delle quali è l'estensione della sua sfera operativa non solo alle questioni sorte all'interno di una stessa giurisdizione, ma anche alle eventuali violazioni transfrontaliere del divieto di doppio giudizio.

È dunque compito delle istituzioni europee, Corte di giustizia *in primis*, di assicurare che la Carta sia interpretata ed applicata nel rispetto dello *standard* minimo fissato nel contesto del sistema del Consiglio d'Europa. L'obbligo imposto dall'art. 52, par. 3, peraltro, non appare di agevole adempimento, poiché, come altresì evidenziato dal Collegio di Lussemburgo, la protezione concessa dalla CEDU è in costante evoluzione, sotto la spinta innovatrice e adeguatrice della Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>1545</sup>. Ne deriva, in primo luogo, che il richiamo operato dalla Carta deve essere inteso come un rinvio

<sup>1543</sup> Ne sono esempio, fra le altre, l'art. 2 sul diritto alla vita (art. 2 CEDU), l'art. 4 sul divieto di tortura e di pene o trattamenti inumani o degradanti (art. 3 CEDU), l'art. 6 sul diritto alla libertà ed alla sicurezza (art. 5 CEDU), l'art. 7 in tema di rispetto della vita privata e della vita familiare (art. 8 CEDU). È poi interessante il caso dell'art. 19, par. 2, in base al quale «nessuno può essere allontanato, espulso o estradato verso uno Stato in cui esiste un rischio serio di essere sottoposto alla pena di morte, alla tortura o ad altre pene o trattamenti inumani o degradanti»: questa norma riprende il contenuto dell'art. 3 CEDU, così come interpretato ed arricchito dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.

<sup>1544</sup> Basti pensare all'art. 12 (art. 11 CEDU), che sancisce la libertà di associazione e riunione ed evidenzia, al par. 2, l'importanza del ruolo dei partiti politici a livello europeo quale espressione della volontà dei cittadini dell'Unione; all'art. 14, par. 1 (art. 2 del Protocollo addizionale della CEDU), che include nel diritto all'istruzione anche un riferimento alla formazione professionale e continua; all'art. 50 (art. 4 del Protocollo n. 7 della CEDU), che cristallizza il *ne bis in idem* anche a livello transfrontaliero.

<sup>1545</sup> Utilizzando il linguaggio della Corte europea dei diritti dell'uomo, la CEDU deve essere considerata uno «strumento vivente», in costante sviluppo in rapporto all'evolversi delle esigenze di tutela: v. ad esempio la sentenza del 25 aprile 1978, ricorso n. 5856/72, *Tyler c. Regno Unito*, par. 31.

dinamico alla Convenzione ed alla mutevole giurisprudenza che ne arricchisce il contenuto<sup>1546</sup>. In caso contrario, un rinvio di carattere statico implicherebbe l'impossibilità di assicurare l'evoluzione della lettura della Carta in rapporto agli eventuali sviluppi maturati nel contesto del Consiglio d'Europa. In secondo luogo, specularmente, sorge la necessità di tenere in debita considerazione il fatto che le sentenze della Corte di Strasburgo vengono pronunciate all'esito di casi specifici: occorre dunque evitare di eleggere tale giurisprudenza a «strumento interpretativo di validità illimitata»<sup>1547</sup>, soppesando gli apporti della Corte di Strasburgo anche sulla base delle circostanze fattuali dei casi oggetto di giudizio e tentando di selezionare con premura le linee interpretative consolidate.

In termini generali, inoltre, l'art. 52 impronta l'esercizio dei diritti fondamentali alle condizioni previste dalla Carta, oltre che dai Trattati, laddove si tratti di prerogative da questi ultimi già consacrate. A questo riguardo, il par. 1 riconosce la possibilità che i diritti e le libertà enumerati nella Carta possano patire limitazioni, purché ciò avvenga in ossequio a rigorosi parametri: ogni eventuale restrizione deve infatti essere cristallizzata in una norma giuridica<sup>1548</sup>, deve rispettare il contenuto essenziale del diritto interessato ed il principio di proporzionalità, deve perseguire un interesse generale e risultare necessaria al suo conseguimento.

Anche in questo caso, pertanto, la Corte è chiamata ad operare un bilanciamento fra interessi contrapposti, non di rado rappresentati da diritti confliggenti, con la conseguente necessità di uno scrutinio giurisdizionale particolarmente puntuale, soprattutto in relazione al parametro della necessità della limitazione. Quanto al riferimento al «contenuto essenziale» del diritto, la Carta cristallizza sul punto una consolidata impostazione giurisprudenziale, secondo la quale le limitazioni ai diritti fondamentali non possono intaccarne «la sostanza», neutralizzando così *in toto* le prerogative da essi presidiate<sup>1549</sup>. La Corte è dunque chiamata ad una valutazione su base casistica, che tenga in debito conto lo scopo perseguito dalla misura restrittiva.

A questo proposito, merita inoltre rimarcare come ad un novero circoscritto di diritti previsti dalla Carta, analogamente a quanto accade per la

<sup>1546</sup> In questo senso, in dottrina, H. RENGELING, P. SZCZEKALLA, *Grundrechte in der Europäischen Union*, Colonia, 2004, par. 468. Gli autori evidenziano come solo un rinvio dinamico possa scongiurare discrasie tra il livello di protezione accordato dalla CEDU e quello avvalorato nell'UE.

<sup>1547</sup> Cfr. le conclusioni dell'avvocato generale Poiares Maduro de 9 settembre 2008, nella causa C-465/07, *Elgafaji*, in *Racc.* p. I-921, punto 23.

<sup>1548</sup> Su questo profilo, che qui rimane sullo sfondo dell'analisi, v. diffusamente P. MORI, *La "qualità" della legge e la clausola generale di limitazione dell'art. 52, par. 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'UE*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2014, p. 243.

<sup>1549</sup> Cfr., fra le altre, le sentenze 13 luglio 1989, causa 5/88, *Wachauf*, in *Racc.* p. 2609, punto 18, e 13 aprile 2000, causa C-292/97, *Karlsson*, in *Racc.* p. I-2737, punto 45.

CEDU, venga riconosciuto valore assoluto<sup>1550</sup>, così che siano esenti da deroghe o restrizioni, finanche in presenza delle condizioni fissate all'art. 52, par. 1: la giurisprudenza di Lussemburgo ha ad oggi ricondotto a questa categoria solo la dignità umana, il diritto alla vita ed il divieto di tortura e di pene o trattamenti inumani o degradanti<sup>1551</sup>.

Tutto ciò sinteticamente precisato, si ritiene che la portata e le implicazioni dell'art. 52, sia in relazione al problema delle restrizioni ai diritti fondamentali che in ordine all'interpretazione della Carta in rapporto alla CEDU, possano essere ben esemplificate attraverso il caso studio del *ne bis in idem*, principio che si distingue per notevole complessità ed articolazione, a causa delle numerose fonti sovranazionali che lo disciplinano e della copiosa produzione giurisprudenziale scaturita da tale articolato tessuto normativo.

### 3.5.1. I limiti alla portata del *ne bis in idem*: il rapporto tra l'art. 50 della Carta e l'art. 54 CAAS

In ambito europeo, il *ne bis in idem* appare un mosaico dalle svariate sfumature, arricchito sia dalle peculiarità strutturali dell'ordinamento dell'Unione europea e del sistema del Consiglio d'Europa, sia dalla sua ontologica operatività multilivello: esso infatti, oltre ad interessare la dimensione sovranazionale, chiama necessariamente in causa gli ordinamenti degli Stati membri dell'UE o delle Parti contraenti del Consiglio d'Europa<sup>1552</sup>. A ciascuno di questi livelli corrispondono obiettivi, elementi costitutivi, criteri applicativi ed interpretativi differenti, tali da motivare diffusi auspici per una riconsiderazione sistematica della materia, supportati tanto in sede dottrinale quanto a livello giurisprudenziale<sup>1553</sup>.

<sup>1550</sup> In termini generali sul punto v. A. TANCREDI, *L'emersione dei diritti fondamentali "assoluti" nella giurisprudenza comunitaria*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2006, p. 644. L'autore ritiene peraltro che il carattere assoluto di un diritto non lo ponga al riparo da un certo grado di variabilità applicativa, poiché un simile margine è intrinseco ad ogni attività interpretativa.

<sup>1551</sup> V. le sentenze 12 giugno 2003, causa C-112/00, *Schmidberger*, in *Racc.* p. I-5659, punto 80, e 14 ottobre 2004, *Omega*, cit. In altri casi, la Corte puntualizza quali diritti non hanno carattere assoluto: v. ad esempio la sentenza 9 novembre 2010, cause riunite C-92/09 e C-93/09, *Volker*, in *Racc.* p. I-11063, punto 48, in cui viene precisato che «[I]l diritto alla protezione dei dati personali non appare tuttavia come una prerogativa assoluta, ma va considerato alla luce della sua funzione sociale».

<sup>1552</sup> In termini generali sul *ne bis in idem* europeo v., *ex multis*: M. WASMEIER, N. THWAITES, *The development of ne bis in idem into a transnational fundamental right in EU law: comments on recent developments*, in *European Law Review*, 2006, p. 572; B. VAN BOCKEL, *The ne bis in idem principle in EU law*, L'Aia, 2012.

<sup>1553</sup> Cfr. le conclusioni dell'avvocato generale Kokott dell'8 settembre 2011, causa C-17/10, *Toshiba*, non ancora pubblicata in *Raccolta*, punto 117. In dottrina v. H. MOCK, R. ROTH, *Non bis in idem transnational: vers de nouveaux paradigmes*, in S. BRAUM, A. WEYEMBERG (a cura di), *Le contrôle juridictionnel dans l'espace pénal européen*, Bruxelles, 2009, p. 121.

Dal punto di vista normativo, in effetti, molteplici fonti sovranazionali annoverano il *ne bis in idem* fra i diritti fondamentali dell'individuo<sup>1554</sup>. In sede europea, inoltre, tre principali previsioni convergono in materia: l'art. 4 del Protocollo n. 7 della CEDU, l'art. 54 CAAS e l'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE<sup>1555</sup>. Queste disposizioni, elaborate in contesti e con obiettivi differenti, presentano non secondari elementi distintivi, che si riflettono sotto vari profili sulla portata del divieto di doppio giudizio.

Anzitutto, ciascuna delle previsioni enumerate esplica un differente valore giuridico: mentre il Trattato di Lisbona, come noto, ha consacrato il valore primario della Carta<sup>1556</sup>, l'*acquis* di Schengen conserva la propria natura di cooperazione rafforzata, a motivo della peculiare posizione del Regno Unito, dell'Irlanda e della Danimarca<sup>1557</sup>. Inoltre, la CEDU ed i suoi Protocolli, in attesa degli sviluppi legati al dibattuto progetto di adesione dell'UE alla Convenzione, continuano a qualificarsi come parametro elettivo di individuazione del livello di tutela dei diritti fondamentali nell'Unione europea, ma pur sempre da una posizione formalmente esterna all'ordinamento europeo<sup>1558</sup>.

Parimenti, le previsioni richiamate divergono sensibilmente quanto all'ambito territoriale di applicazione. L'art. 50 della Carta trova applicazione nei confronti di tutti gli Stati membri dell'Unione, anche a grazie agli opportuni chiarimenti giurisprudenziali intervenuti sulla portata del Protocollo n. 30 circa il regime riservato a Polonia e Regno Unito<sup>1559</sup>. L'art. 54 CAAS, invece,

<sup>1554</sup> Oltre alla carta dei diritti fondamentali dell'UE ed alla CEDU, di cui si dirà a breve, rileva ad esempio il Patto internazionale sui diritti civili e politici del 19 dicembre 1966, art. 14, par. 7.

<sup>1555</sup> V., in termini generali, C. KARAKOSTA, *L'article 4 du Protocole 7: un droit à portée incertaine*, in S. BRAUM, A. WEYEMBERG (a cura di), *Le contrôle juridictionnel*, cit., p. 111; R. LÖÖF, *54 CISA and the principles of ne bis in idem*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2007, p. 316.

<sup>1556</sup> Per approfondimenti v. G. STROZZI, *Il sistema integrato di tutela dei diritti fondamentali dopo Lisbona*, cit., p. 837.

<sup>1557</sup> Sulle quali v. C. CHEVALLIER-GOVERS, *Le Traité de Lisbonne et la différenciation dans l'espace de liberté, de sécurité et de justice*, in E. BROSSET (a cura di), *Le Traité de Lisbonne: re-configuration ou dé constitutionnalisation de l'Union européenne?*, Bruxelles, 2010; G. DENNEWALD, *L'espace judiciaire européen au lendemain du Traité de Lisbonne: état des lieux et perspectives de l'intégration différenciée*, in *ERA-Forum*, 2010, p. 169. Alle perfezioni normative si è altresì affiancata una considerevole produzione giurisprudenziale, che a più riprese ha consentito di confermare la sua qualificazione giuridica. Nel contesto europeo, invero, la Corte di giustizia ha tradizionalmente considerato questo istituto come un principio generale dell'ordinamento dell'Unione, nei vari ed assai diversi settori del diritto Ue nei quali esso opera. In materia disciplinare v. la sentenza del 5 maggio 1966, cause riunite 18/65 e 35/65, *Gutman c. Commissione*, in *Racc.* p. 150; nel settore della concorrenza v. la sentenza del 15 ottobre 2002, cause riunite C-238-244-245-247-250-252-254/99, *Maatschappij c. Commissione*, in *Racc.* p. I-8375.

<sup>1558</sup> Cfr. la sentenza 24 aprile 2012, causa C-571/10, *Kamberaj*, non ancora pubblicata.

<sup>1559</sup> V. la sentenza 21 dicembre 2011, *N.S., M.E. e a.*, cit.

estende il proprio spettro operativo anche agli Stati sottoscrittori dell'Accordo di Schengen, ma privi dello *status* di membri UE: Islanda, Norvegia, Svizzera e Liechtenstein. Allo stesso tempo, come poc'anzi evidenziato, Regno Unito, Irlanda e Danimarca beneficiano di considerevoli margini di flessibilità, cristallizzati dai Protocolli 19, 21 e 22 allegati ai Trattati, che consentono loro di vincolarsi alle norme relative allo spazio Schengen sulla base di un meccanismo di *opt-in*<sup>1560</sup>. Da ultimo, il Protocollo n. 7 della CEDU, seppur applicabile ad un novero di Stati più elevato, non risulta ad oggi ratificato da Paesi di particolare rilevanza, quali Regno Unito, Paesi Bassi, Germania e Turchia. Allo stesso tempo, il disposto dell'art. 4 è stato oggetto di numerose riserve e dichiarazioni delle Parti contraenti, fra le quali Italia, Francia, Portogallo ed Austria, che hanno inteso ora circoscrivere la portata della disposizione in esame alla sola materia penale, ora evidenziare la volontà di preservare le peculiarità del diritto processuale nazionale.

Inoltre, come poc'anzi ricordato, per quanto di rilievo ai fini della presente analisi, le fonti in esame si contraddistinguono per una differente sfera di applicazione *ratione materiae*. Il disposto dell'art. 4 del Protocollo 7 si indirizza espressamente alle sole situazioni confinate all'interno della giurisdizione di una Parte contraente; in senso diametralmente opposto, invece, l'art. 54 CAAS è funzionale al coordinamento fra le autorità deputate al contrasto alla criminalità nell'area Schengen e dunque coinvolge le sole situazioni transfrontaliere; da ultimo, l'art. 50 della Carta accomuna le due dimensioni ed opera rispetto a tutte le ipotesi di doppio giudizio che si verificano «nell'Unione», indipendentemente dal fatto che siano circoscritte ad uno Stato membro o coinvolgono più Paesi.

Ad ulteriore complicazione del panorama, la formulazione delle norme in questione presenta alcune differenze di rilievo<sup>1561</sup>. Fra queste, solo l'art. 54 CAAS subordina l'applicazione del divieto di doppio giudizio alla previa esecuzione della pena eventualmente irrogata o al fatto che questa sia in corso di esecuzione o non possa più essere eseguita: né l'art. 50 della Carta, né il Protocollo della CEDU<sup>1562</sup> annoverano una simile condizione, che può dunque essere considerata a tutti gli effetti una restrizione alla portata del divieto di doppio giudizio. Nella medesima ottica può essere inquadrata la formulazione

<sup>1560</sup> Per approfondimenti v. S. PEERS, *In a world of their own? Justice and home affairs opt-outs and Treaty of Lisbon*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2007-2008, p. 383.

<sup>1561</sup> Per una analisi approfondita delle differenze oggettive tra le formulazioni in esame v. B. VAN BOCKEL, *The ne bis in idem principle in the European Union legal order: between scope and substance*, in *ERA Forum*, 2012, p. 325.

<sup>1562</sup> Dal canto suo, l'art. 4 del Protocollo n. 7 è formulato come norma inderogabile anche in caso di emergenza ex art. 15 CEDU, fatte espressamente salve le ipotesi nelle quali la scoperta di nuovi fatti determini la riapertura del processo o vengano rilevati vizi decisivi che inficino il procedimento già celebrato.

dell'art. 55 CAAS, che consente alle Parti contraenti di dichiararsi non vincolate al *ne bis in idem* in presenza di reati commessi sul territorio nazionale, oppure di crimini che ledano interessi essenziali dello Stato o che arrechino pregiudizio alla sicurezza nazionale. Merita d'altra parte precisare come le dichiarazioni in origine formulate non siano state incorporate nell'*acquis* di Schengen con l'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam e la conseguente comunitarizzazione della materia: esse hanno pertanto perso di valore se – come nel caso dell'Italia<sup>1563</sup> – non sono state reiterate dopo tale data.

Poiché, dunque, il testo della CAAS è idoneo a limitare la portata di un diritto fondamentale, occorre valutarne la compatibilità con il disposto dell'art. 50 Carta: come già ricordato, infatti, la Corte di giustizia ha riconosciuto che i diritti tutelati dall'ordinamento UE possono ora costituire autonomi parametri di validità della normativa secondaria, stante la centralità accordata alla Carta nella sistematica delle fonti. Allo stesso tempo, a differenza di quanto avviene nell'ambito della CEDU, il divieto di doppio giudizio non costituisce un diritto assoluto, bensì è suscettibile di limitazioni, purché queste rispondano ai criteri elencati all'art. 52, par. 1, della Carta<sup>1564</sup>. Inoltre, si pone l'esigenza di chiarire quale criterio interpretativo debba essere seguito nel ricostruire il contenuto dell'art. 50 della Carta, in particolare in raffronto al disposto della CEDU. Su entrambe le questioni si registra il contributo chiarificatore della Corte di giustizia, che con la sentenza *Spasic* ha almeno in parte fugato le possibili discrasie sistematiche derivanti dalla frammentazione normativa descritta<sup>1565</sup>.

In particolare, il Giudice dell'Unione è stato sollecitato ad intervenire in via pregiudiziale in relazione al contestuale avvio di due procedimenti, in Italia ed in Germania, nei confronti del signor Spasic, cittadino serbo autore di una truffa perpetrata a Milano a danno di un cittadino tedesco. Il *locus commissi delicti* e la cittadinanza della persona offesa avevano motivato le autorità tedesche ed italiane ad intraprendere quella che in dottrina è stata definita, non senza accenti critici, una «*race to prosecute*»<sup>1566</sup>. Mentre l'imputato si trovava ristretto in regime di detenzione cautelare in Germania, il Tribunale di Milano aveva pronunciato una sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti, ex art. 444 c.p.p. nei suoi confronti. Divenuta irrevocabile la statuizione del giudice italiano, le autorità tedesche avevano comunque manifestato la volontà di processare il signor Spasic, rilevando come la pena non fos-

<sup>1563</sup> V. la legge 30 settembre 1993, n. 388, in GU n. 232, del 2 ottobre 1993.

<sup>1564</sup> Si registrano già alcuni interventi giurisprudenziali in ordine alla portata dell'art. 52 della Carta e della nozione di limitazione ad un diritto fondamentale in particolare. V. fra le altre le sentenze 17 ottobre 2013, causa C-291/12, *Schwarz*, non ancora pubblicata, e 8 aprile 2014, cause riunite C-293/12 e C-594/12, *Digital Rights Ireland*, non ancora pubblicata.

<sup>1565</sup> V. la sentenza 27 maggio 2014, causa C-129/14 PPU, *Spasic*, non ancora pubblicata.

<sup>1566</sup> M. FLETCHER, *The problem of multiple criminal prosecutions: building an effective EU response*, in *Yearbook of European Law*, 2007, p. 33.

se stata eseguita a causa della sua fuga all'estero e non fosse dunque integrata la condizione prevista dall'art. 54 CAAS ai fini dell'applicazione del *ne bis in idem*<sup>1567</sup>.

Al riguardo, la Corte ha anzitutto confermato che l'art. 54 CAAS, nel subordinare l'operatività del *ne bis in idem* ad una condizione riguardante l'esecuzione della pena irrogata, potrebbe essere ricondotto alla nozione di limite all'esercizio dei diritti previsti dalla Carta, a norma dell'art. 52, par. 1<sup>1568</sup>. Ciò si evince anche dalle spiegazioni dell'art. 50, che espressamente riconducono le eccezioni «molto limitate» al *ne bis in idem* previste dalla CAAS alla clausola *ex art. 52, par. 1* della Carta. Nondimeno, il testo delle spiegazioni non è un riferimento decisivo: esso non gode di valore cogente e rappresenta un mero ausilio ermeneutico, che dunque l'interprete ben potrebbe all'occasione disattendere, soprattutto laddove sorga la necessità di una lettura evolutiva del diritto interessato<sup>1569</sup>. È di conseguenza necessario verificare se le norme della CAAS – più precisamente dell'art. 54 CAAS, il solo oggetto della questione pregiudiziale posta alla Corte<sup>1570</sup> – rispondano appieno ai requisiti che l'art. 52, par. 1, elenca affinché una restrizione alla portata del disposto della Carta possa essere giustificata.

Sul punto, il presupposto di legittimità formale della limitazione, vale a dire la sua positivizzazione in una norma, è *ictu oculi* integrato.

Sotto il profilo sostanziale, invece, l'art. 52, par. 1, impone che la restrizione non infici il contenuto essenziale del diritto. Questa formula richiama e sintetizza la giurisprudenza della Corte, secondo la quale le limitazioni ai diritti fondamentali non possono in alcun caso ridurre la portata di questi ultimi «in misura tale che la loro esistenza e la loro protezione vengano sostanzial-

<sup>1567</sup> Più precisamente, il signor Spasic aveva pagato la pena pecuniaria comminata in Italia in parallelo a quella detentiva e lamentava che questa circostanza potesse far ritenere sussistente il divieto di doppio giudizio. Sul punto, che qui rimane sullo sfondo dell'analisi, la Corte ha tuttavia ritenuto che la parziale esecuzione di una componente della pena principale non integri la condizione *ex art. 54 CAAS*. Cfr. i punti 75 e ss. della sentenza.

<sup>1568</sup> Cfr. il punto 55 della sentenza.

<sup>1569</sup> V. in questo senso la presa di posizione dell'avvocato generale Jääskinen, presentata il 2 maggio 2014, punto 76. L'avvocato generale evidenzia come le spiegazioni non possano costituire un punto di riferimento interpretativo insormontabile, poiché in caso contrario, verrebbe preclusa la possibilità di adeguare la lettura giurisprudenziale della Carta alle eventuali evoluzioni della giurisprudenza di Strasburgo. La Corte, in realtà, prima di argomentare puntualmente sul rispetto dei requisiti di cui all'art. 52, par. 1, si affretta a confermare la validità dell'art. 54 CAAS, appunto a motivo della sua citazione nelle spiegazioni, a loro volta menzionate all'art. 6 TUE ed all'art. 52, par. 7, della Carta. A stretto giro di posta, però, il Collegio conferma la necessità di valutare con maggiore puntualità la natura della condizione di esecuzione disciplinata all'art. 54 CAAS. V. il punto 55 della sentenza.

<sup>1570</sup> L'avvocato generale Jääskinen si limita a puntualizzare che anche gli artt. 55-58 introducono limiti al divieto di doppio giudizio, ma nega espressamente di voler prendere posizione in ordine alla loro compatibilità con la Carta dei diritti fondamentali.



mente a perdere di significato»<sup>1571</sup>. Al riguardo, la Corte ha ritenuto che la condizione di esecuzione non leda l'essenza del divieto di doppio giudizio, bensì risponda ad una finalità connaturata al *ne bis in idem* transnazionale: nello spazio giudiziario europeo, infatti, le libertà di circolazione e la difficoltà di assicurare il coordinamento tra giurisdizioni possono determinare il rischio di impunità dei colpevoli. Pur in presenza di una pronuncia di condanna passata in giudicato, invero, il reo potrebbe agevolmente sottrarsi all'esecuzione della pena, esercitando la libertà di recarsi in un altro Stato membro e di soggiornarvi.

La previsione dell'art. 54 CAAS interviene pertanto nelle sole ipotesi caratterizzate dall'elemento transfrontaliero in cui uno Stato abbia mancato di esercitare appieno il proprio *jus puniendi*: negare ad altre autorità giudiziarie straniere la potestà di avviare un secondo procedimento o di comminare una pena ulteriore equivarrebbe a garantire l'impunità del colpevole<sup>1572</sup>. Ne conseguirebbe un grave *vulnus* ad una delle componenti essenziali dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia<sup>1573</sup>, dato il rischio di frustrare in misura significativa l'apparato di repressione del crimine in ogni Stato membro<sup>1574</sup>.

Infine, alla luce della consolidata giurisprudenza in materia di deroghe a diritti e libertà fondamentali, ogni limitazione deve essere interpretata in modo restrittivo e deve altresì superare un vaglio di proporzionalità. Tale scrutinio ulteriore impone più precisamente un giudizio di idoneità e necessità della norma rispetto allo scopo di interesse generale ad essa sotteso. Se dal primo punto di vista i richiami alla sicurezza ed ai diffusi rischi di impunità appaiono decisivi e sono stati in effetti supportati dalla Corte quali elementi indicatori dell'idoneità della condizione di esecuzione rispetto all'obiettivo, è d'altra parte più arduo sostenere che non sussistano alternative di minore impatto sulla portata dell'art. 50 della Carta. Infatti, a dispetto del contesto normativo fortemente deficitario nel quale l'art. 54 CAAS è stato in origine negoziato ed approvato e pur nella ricordata assenza di puntuali criteri per il radicamento

<sup>1571</sup> Sentenza *Karlsson*, cit., punto 45.

<sup>1572</sup> L'avvocato generale, «non senza esitazioni», supporta a sua volta questa impostazione, ritenendo che il nucleo del divieto di doppio giudizio debba essere ristretto alla sola dimensione nazionale del principio ed alla sua declinazione nel contesto penale. Cfr. i punti 87 ed 88 della presa di posizione.

<sup>1573</sup> Merita ricordare che l'67, par. 3, TFUE annovera la garanzia di un elevato livello di sicurezza tra le finalità ineludibili alle quali deve tendere l'Unione.

<sup>1574</sup> Il pericolo di dare spazio a sacche di impunità aveva ispirato il convincimento della Corte anche nella sentenza dell'8 luglio 2007, causa C-288/05, *Kretzinger*, in *Racc.* p. I-6441, punto 51. Questa esigenza, peraltro, è ulteriormente alimentata dall'assenza, nell'ordinamento europeo, di norme comuni sui criteri di attribuzione della giurisdizione penale: come evidenziato dall'avvocato generale Sharpston nelle conclusioni ad un'altra recente causa in materia, il *ne bis in idem* sopperisce solo in parte a tale lacuna, poiché non preclude la possibilità dell'avvio di procedimenti paralleli ed opera solo in séguito all'emissione di provvedimenti definitivi. V. le conclusioni del 6 febbraio 2014 nella causa C-398/12, *M.*, cit., punto 51.

della competenza giurisdizionale penale, l'attuale scenario registra numerosi atti di diritto derivato volti ad attuare il reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie, ad agevolare il coordinamento fra giurisdizioni e ad incentivare lo scambio di informazioni e le consultazioni fra autorità di diversi Stati. Questo insieme di obblighi di cooperazione di diversa intensità, rafforzando la fiducia reciproca tra le autorità coinvolte, concorre in una certa misura a prevenire l'instaurazione di duplici procedimenti sui medesimi fatti o, quanto meno, può consentire di ovviarvi *in itinere* o di assicurare il corretto svolgimento della fase dell'esecuzione della pena. La Commissione stessa, nel 2005, ha rilevato che «[t]ale condizione trovava una sua giustificazione in un sistema di assistenza reciproca di tipo tradizionale, nel cui ambito l'esecuzione di una pena in altri Stati membri poteva talvolta rivelarsi difficile. Ci si può chiedere se questa condizione si giustifichi ancora in uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia dove l'esecuzione transfrontaliera si opera ormai grazie agli strumenti dell'UE sul riconoscimento reciproco»<sup>1575</sup>.

È pur vero, nondimeno, che, sebbene in linea di principio meno intrusivo sulla portata del divieto di doppio giudizio, il sistema instaurato dalle decisioni quadro e direttive sinora adottate non è direttamente volto a garantire che venga evitata l'impunità delle persone condannate in uno Stato membro dell'Unione e sottrattesi all'esecuzione della pena. Né tale sostrato normativo consente appieno il coordinamento dell'attività giurisdizionale fra diversi Stati membri. Anche in presenza di una concreta disponibilità delle autorità coinvolte a cooperare, pertanto, molte variabili possono frapporsi all'individuazione della competenza giurisdizionale o all'esercizio della potestà punitiva dello Stato: la condotta dell'imputato, il regime processuale, la tempistica delle fasi procedurali o ulteriori circostanze fattuali possono rendere ogni sforzo vano. Ne consegue dunque la possibilità di giustificare, *ex art. 52, par. 1, della Carta, la clausola codificata all'art. 54 CAAS*, che rappresenta una norma di chiusura del sistema in rapporto a possibili situazioni patologiche connaturate all'attuale stadio di evoluzione dello spazio giudiziario penale europeo.

L'approdo al quale perviene la Corte appare il risultato di un condivisibile bilanciamento degli interessi in campo nell'attuale scenario normativo, ma, in assonanza con la posizione sostenuta dall'avvocato generale Jääskinen, viene espressamente circoscritto alle sole situazioni in cui, in concreto, i rimedi e gli incentivi alla cooperazione già in opera nell'ordinamento UE si siano rivelati insufficienti a scongiurare l'impunità del colpevole e la duplicazione delle esperienze processuali<sup>1576</sup>. Questa precisazione lascia intendere che la pro-

<sup>1575</sup> Cfr. la comunicazione della Commissione COM(2005) 696 def., del 23 dicembre 2005, Libro verde sui conflitti di giurisdizione e il principio del *ne bis in idem* nei procedimenti penali.

<sup>1576</sup> Cfr. il punto 108 della presa di posizione dell'avvocato generale.

nuncia in commento sia gravata dall'ipoteca di una politica europea in forte evoluzione e rafforzamento e che dunque l'orientamento della Corte sia suscettibile di futuro *revirement*, ad esempio nel caso in cui vengano adottate norme sull'attribuzione di giurisdizione o imposti di ancor più stringenti obblighi di cooperazione in capo alle autorità giudiziarie interne. Come già accaduto in altri contesti – uno su tutti la tutela processuale delle vittime di reato – la limitazione alla sfera applicativa di una garanzia individuale accordata dall'ordinamento UE nell'ambito della cooperazione penale promana, di fatto, dai confini dell'attuale stadio di approfondimento del processo di integrazione<sup>1577</sup>.

A livello sistematico, peraltro, il disposto dell'art. 52 della Carta impone altresì di coordinare l'interpretazione dell'art. 50 della Carta e dell'art. 54 CAAS con la disciplina del *ne bis in idem* nell'ambito della CEDU, sulla base del ricordato criterio di equivalenza dei diritti aventi portata analoga<sup>1578</sup>. L'art. 4 del Protocollo n. 7 CEDU, come visto, non prevede la condizione di esecuzione in esame, di talché l'applicazione di quest'ultima potrebbe dare luogo ad una protezione deteriore rispetto al sistema del Consiglio d'Europa. Non-dimeno, alla luce del diverso ambito di applicazione oggettivo delle norme in esame, è fondato ritenere che permangano spazi per una lettura autonoma del

<sup>1577</sup> V. ad esempio la sentenza del 21 ottobre 2010, causa C-205/09, *Eredics*, in *Racc.* p. I-10231.

<sup>1578</sup> Merita altresì segnalare che, mentre le fonti sovranazionali subordinano l'operatività del *ne bis in idem* all'emissione di una pronuncia definitiva, in molti ordinamenti statali – usualmente per via giurisprudenziale – si è registrato negli ultimi anni un progressivo superamento di questo limite, a beneficio del rafforzamento della garanzia in esame. Nel caso italiano, ad esempio, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno interpretato evolutivamente l'art. 649 c.p.p., che formalmente richiama il criterio della sussistenza di un provvedimento irrevocabile: tale disposto è stato infatti ritenuto espressione di un principio generale immanente all'ordinamento, che contribuisce all'ordinato funzionamento del sistema processuale e scongiura abusi nell'attività di repressione del crimine; la Suprema Corte ha pertanto rilevato la necessità di applicare il divieto di doppio giudizio a tutte le situazioni di litispendenza, rimediando *ex ante* ad eventuali discrasie nell'esercizio della giurisdizione penale. Cfr. la sentenza della Cassazione Penale, Sezioni Unite, del 28 settembre 2005, n. 34655. Sebbene la consacrazione del *ne bis in idem* a livello transfrontaliero risponda ad esigenze ulteriori e peculiari rispetto alla dimensione nazionale, è ragionevole ritenere che il progressivo rafforzamento della cooperazione in materia penale verso la realizzazione di un vero spazio giudiziario europeo potrà determinare rinnovate esigenze di rivisitazione del *ne bis in idem*, nel senso – ben più ambizioso – già sperimentato da alcuni ordinamenti nazionali. D'altra parte, anche nell'attuale panorama una visione di insieme della giurisprudenza della Corte sulla lettura della nozione di «decisione definitiva» di cui all'art. 54 CAAS denuncia la volontà di riconoscere la più ampia sfera operativa possibile a questa norma, pur nei limiti del dato positivo. Il Giudice dell'Unione ha infatti considerato sussistente questo requisito in ogni situazione in cui l'esercizio dell'azione penale sia stato in concreto esaurito, anche laddove esso non abbia portato ad una effettiva statuizione nel merito, a causa dell'infruttuoso decorso del termine prescrizione o dell'emissione di una sentenza di non luogo a procedere per insufficienza di prove. V., rispettivamente, le sentenze *Gasparini e M.*, cit.

divieto di doppio giudizio nell'ordinamento UE: la CEDU infatti non disciplina le ipotesi aventi carattere transfrontaliero, rispetto alle quali dunque l'obbligo di valorizzare la Convenzione e la giurisprudenza di Strasburgo quale *standard* inderogabile di tutela non sussiste. Esso è invece pienamente operante laddove la controversia sia circoscritta entro la giurisdizione di uno Stato membro e riveli un collegamento col diritto UE, così da rientrare nella sfera operativa della Carta<sup>1579</sup>.

### 3.5.2. I requisiti per l'applicazione del *ne bis in idem*: la nozione di *idem factum*

Proprio in relazione al criterio interpretativo dell'equivalenza fra tutela accordata dalla Carta e livello di garanzie apprestate dalla CEDU<sup>1580</sup>, occorre altresì considerare l'approccio giurisprudenziale ad uno degli elementi costitutivi del *ne bis in idem*: l'identità delle vicende per le quali si procede, o *idem factum*<sup>1581</sup>.

In via di principio, infatti, si prospettano tre possibili letture: una prospettiva normativa, che dunque abbia riguardo per la fattispecie nella quale gli accadimenti vengono sussunti; il piano storico-naturalistico, che privilegia le vicende per come concretamente avvenute; una soluzione mediana, incentrata sulla valorizzazione del bene giuridico presidiato dalla norma<sup>1582</sup>.

<sup>1579</sup> Sul tema dell'operatività dell'art. 50 della Carta e dell'ambito di applicazione di quest'ultima si sono registrate alcune pronunce nazionali alquanto discusse, nelle quali le autorità intervenute non hanno operato un approfondito scrutinio sul collegamento col diritto UE delle circostanze sottoposte al loro giudizio. Fra queste, si segnala la sentenza del Tribunale di Milano, Ufficio del Giudice per le indagini preliminari, *Walz*, del luglio 2011, il cui testo è reperibile all'indirizzo internet <http://www.penalecontemporaneo.it/upload/WALZ%20-%20ne%20bis%20in%20idem.pdf> (12 settembre 2014). Per una riflessione critica sul punto v. J.A.E. VERVAELE, *Ne bis in idem: towards a transnational constitutional principle in the EU?*, in *Utrecht Law Review*, 2013, p. 111.

<sup>1580</sup> Per approfondimenti v., fra gli altri, J.A.E. VERVAELE, *The transnational ne bis in idem principle in the EU. Mutual recognition and equivalent protection of human rights*, in *Utrecht Law Review*, 2005, p. 100; M. WASMEIER, N. THWAITES, *The development of ne bis in idem into a transnational fundamental right in EU law: comments on recent developments*, in *European Law Review*, 2006, p. 572; K. LIGETI, *Rules on the application of ne bis in idem in the EU. Is further legislative action required?*, in *Euclid*, 2009, p. 39; G. DE AMICIS, *Il principio del ne bis in idem europeo nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Cassazione penale*, 2009, p. 3162; B. VAN BOCKEL, *The ne bis in idem principle in EU law*, Londra, 2010.

<sup>1581</sup> Dal punto di vista definitorio è illuminante, per sintesi e chiarezza nell'individuazione dei profili più rilevanti, la formula utilizzata dall'avvocato generale Jarabo Colomer, per il quale il *ne bis in idem* si collega ineludibilmente «al giusto processo ed al legittimo giudizio, oltre ad essere un'esigenza strutturale del sistema giuridico, la cui legittimità di sostanza nell'autorità di *res iudicata*». V. le conclusioni dell'8 giugno 2006, causa C-150/05, *van Straaten*, in *Racc.* p. I-9327, punto 57.

<sup>1582</sup> È evidente come, in ipotesi transfrontaliere, la scelta fra questi criteri appaia maggiormente complessa. V. sul punto C. VAN DER WYNGAERT, G. STESENS, *The international non*

Il criterio in esame conosce pertanto diverse declinazioni a seconda dell'ordinamento o del contesto giuridico nel quale è oggetto di valutazione. Nel sistema della CEDU, l'art. 4 del Protocollo n. 7 ricorre al termine «*offence*», analogamente all'art. 50 della Carta, che nella versione italiana recita «reato», facendo dunque presagire la rilevanza della qualificazione giuridica formale delle condotte contestate. L'art. 54 CAAS, invece, menziona fra gli elementi costitutivi del divieto di doppio giudizio l'identità dei «fatti».

Quest'ultimo rilievo terminologico ha determinato per lungo tempo significative conseguenze sul piano giurisprudenziale, generando alcune discrasie fra Corte di giustizia e Corte europea dei diritti dell'uomo, risolte solo in anni recenti. A questo proposito, la Corte di giustizia, nell'interpretare l'art. 54 CAAS, ne ha tradizionalmente avvalorato una accezione estensiva, incentrata sull'identità del fatto storico-materiale<sup>1583</sup>. Questa impostazione trova applicazione anche ove sussistano circostanze di fatto inscindibilmente connesse fra loro, sebbene non necessariamente sovrapponibili *in toto* dal punto di vista storico. Tale nesso può essere accertato sulla base di parametri quali l'unicità di tempo e spazio e l'identità del disegno criminoso, indipendentemente da elementi quali la diversità delle persone coinvolte o la non totale coincidenza delle condotte<sup>1584</sup>.

*bis in idem principle: resolving some of the unanswered questions*, in *International and comparative law quarterly*, 1999, p. 788; A. KLIP, H. VAN DER WILT, *Non bis in idem*, in *Revue internationale de droit pénal*, 2002, p. 711. Questi ultimi autori evidenziano come, ai fini dell'individuazione dell'identità dei fatti, uno dei pochi casi di formale combinazione del criterio naturalistico con quello normativo si riscontri nell'ordinamento olandese: «*The Dutch approach combines the historical facts with the legal qualification of the crime for which the accused is prosecuted twice. If a second crime based on the same historical facts protects entirely different values, then the accused may not enjoy the protection*».

<sup>1583</sup> Cfr. la sentenza 9 marzo 2006, causa C-436/04, *van Esbroek*, in *Racc.* p. I-2333, punto 36. Peraltro, la Corte sostiene una lettura analoga del requisito in esame anche nel contesto della disciplina della concorrenza: V., fra le altre, oltre alle sentenze citate nella nota precedente, le pronunce 10 maggio 2007, causa C-328/05 P, *SGL Carbon AG*, in *Racc.* p. I-3921; 18 dicembre 2008, causa C-101/07 P, *Coop de France bétail et viande*, in *Racc.* p. I-193, punto 127. V. altresì le conclusioni dell'Avvocato Generale Jarabo Colomer, presentate l'11 febbraio 2003 nella sopra citata causa *Aalborg Portland*. Tuttavia, in questo contesto, il Giudice dell'Unione aggiunge agli elementi costitutivi del principio anche l'identità del fine perseguito dalle norme applicate. Come sottolineato dall'avvocato generale Sharpston, ciò deriva dal fatto che l'elaborazione del principio del *ne bis in idem* nell'ambito del diritto *antitrust* si collega al potere delle istituzioni europee di comminare sanzioni alle imprese «in un contesto strettamente sovranazionale e con riguardo a un unico ordinamento giuridico disciplinato da un insieme uniforme di norme». V. le conclusioni dell'avvocato generale Sharpston del 28 settembre 2006, causa C-467/04, *Gasparini*, in *Racc.* p. I-9199, punto 157.

<sup>1584</sup> V. la sentenza 28 settembre 2006, *van Straaten*, cit. Nella causa in questione, un cittadino olandese era stato condannato dal Tribunale di Milano per traffico internazionale di una quantità di eroina rispetto alla quale aveva già ottenuto l'assoluzione per mancanza di prove idonee a sostenere l'accusa in un precedente procedimento condotto in Olanda. Quest'ultimo procedimento, peraltro, aveva riguardato anche ulteriori contestazioni, per le quali era invece intercorsa una sentenza di condanna.

La Corte ha ribadito poi nella pronuncia *Krajienbrink* che l'identità del fatto non impone la completa parificazione naturalistica delle vicende, estendendo tale principio anche a reati accessori o secondari rispetto a quelli già giudicati<sup>1585</sup>. Nel caso di specie, in effetti, la cittadina olandese in questione era stata sottoposta a duplice procedimento – nei Paesi Bassi ed in Belgio – per reati tributari. Alcune violazioni, di carattere ancillare in raffronto a quelle per le quali era già intercorsa sentenza di condanna e ad esse avvinte dall'unicità del disegno criminoso, erano state scoperte solo successivamente al passaggio in giudicato della pronuncia del giudice olandese ed erano state contestate dall'autorità belga. La Corte, sul punto, ha dunque precisato che la possibilità di rilevare un collegamento inscindibile nel tempo, nello spazio e per oggetto tra i fatti – valutazione che spetta in ogni caso al giudice nazionale – è idonea a superare la non perfetta identità delle condotte, per abbracciare nell'effetto preclusivo del giudicato anche vicende ancillari a quelle effettivamente contestate.

La lettura proposta dalla Corte di giustizia ha fondamento non soltanto sul dato letterale dell'art. 54 CAAS, ma anche sulla consapevolezza della considerevole varietà delle disposizioni incriminatrici vigenti negli Stati membri a tutela di un bene giuridico analogo. Questa circostanza, in assenza di misure europee di armonizzazione o ravvicinamento degli ordinamenti penali nazionali, impone di evitare che l'eterogeneità delle norme interne incida negativamente sulla portata del *ne bis in idem*, limitandone la sfera operativa.

Diversamente, la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo ha evidenziato in passato orientamenti ondivaghi. In un primo momento, la Corte ha supportato una lettura storico-fattuale dell'elemento costitutivo in esame<sup>1586</sup>, operando tuttavia un brusco *révirement* in favore della prioritaria considerazione della qualificazione giuridica delle vicende occorse<sup>1587</sup>. In particolare, La Corte di Strasburgo ha precisato come, in presenza di più procedimenti fondati su diverse valutazioni giuridiche delle medesime vicende, la nozione di *idem factum* sia integrata allorquando tra le fattispecie incriminatrici coinvolte sussista un rapporto di continenza, ossia quando una di esse contenga tutti gli elementi costitutivi dell'altra, unitamente ad uno o più ele-

<sup>1585</sup> Cfr. la sentenza 18 luglio 2007, causa C-367/05, *Krajienbrink*, in *Racc.* p. I-6619.

<sup>1586</sup> V. la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 23 ottobre 1994, ricorso n. 15963/90, *Gradinger c. Austria*.

<sup>1587</sup> Cfr. sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo 30 luglio 1998, ricorso n. 25711/94, *Oliveira c. Svizzera*. La Corte ha inteso attribuire rilievo prioritario alla qualificazione giuridica del fatto, ritenendo rispettoso del principio del *ne bis in idem* l'avvio di un procedimento penale per lesioni colpose nei confronti di un soggetto che già aveva subito un procedimento per la contravvenzione di guida in stato di ebbrezza. Nell'opinione della Corte, la mancata contestazione di una specifica aggravante sullo stato di ebbrezza della conducente al momento dell'incidente consentiva di ritenere i due procedimenti reciprocamente compatibili, in quanto avviati per reprimere due poli distinti di un concorso formale di reati.

menti specializzanti<sup>1588</sup>. Una sfumatura ulteriore è stata poi sostenuta nell'ordinanza *Ponsetti e Chensel c. Francia*<sup>1589</sup>, in tema di reati fiscali. La Corte di Strasburgo ha infatti valorizzato in via prioritaria il differente elemento soggettivo sotteso a due fattispecie del codice penale transalpino, allo scopo di dichiarare compatibile con il Protocollo 7 della Convenzione l'avvio di distinti procedimenti penali per condotte criminose pur sviluppatasi nel medesimo contesto fattuale.

Da ultimo, peraltro, la Corte europea dei diritti dell'uomo è tornata sui propri passi, avviando così un percorso di allineamento con il maggior *standard* di tutela assicurato dalla giurisprudenza di Lussemburgo, secondo una dinamica curiosamente inversa rispetto a quella indicata all'art. 52 della Carta. Con la sentenza *Zolotukhin c. Russia* del 2009<sup>1590</sup>, pertanto, la nozione di «*offence*» di cui all'art. 4 del Protocollo n. 7 CEDU è stata valutata secondo un'accezione storico-materiale. Benché, come non manca di sottolineare la dottrina, permangano margini di incertezza<sup>1591</sup>, il *révirement* in questione segna un passo decisivo nella direzione di una proficua reciproca influenza tra le due Corti, ed è stato in effetti di recente confermato dalla Corte di Strasburgo. Nel caso *Muslija c. Bosnia Erzegovina*<sup>1592</sup>, la Corte ha infatti posto un freno all'avvio di procedimenti paralleli all'interno di una stessa giurisdizione, nel momento in cui uno di questi sia giunto a decisione definitiva. Merita peraltro precisare che in alcuni ordinamenti nazionali, *in primis* quello italiano, la garanzia accordata in simili situazioni è ulteriormente rafforzata: sia allo scopo di evitare all'imputato duplici esperienze processuali, sia al fine di

<sup>1588</sup> Cfr. la sentenza del 29 maggio 2001, ricorso n. 37950/95, *Fischer c. Austria*, orientamento confermato ad es. nelle sentenze 30 maggio 2002, ricorso n. 8275/97, *W.F. c. Austria*, e 6 giugno 2002, ricorso n. 38237/97, *Sailer c. Austria*.

<sup>1589</sup> V. la sentenza del 14 settembre 1999, ricorsi n. 36855/97 e n. 41731/98, *Ponsetti e Chesnel c. Francia*. Secondo la Corte le condotte incorse potevano essere sussunte in due distinte fattispecie, caratterizzate da diversi elementi costitutivi: «*Under the case-law of the Criminal Division of the Court of Cassation, while there is no requirement that fraudulent means should have been used for the offence under Article 1741 of the General Tax Code to be made out, the accused must nevertheless have "wilfully" failed to make his returns within the prescribed times. Thus, the constitutive elements of that offence are different from those of the "fiscal offence" under Article 1728 of the General Tax Code, which is constituted by the failure to make the returns within the prescribed period. In other words, Articles 1741 and 1748 of the General Tax Code do not relate to the same offence, such that no question can arise in the instant case under Article 4 of Protocol No. 7.*».

<sup>1590</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 10 febbraio 2009, ricorso n. 14939/03, *Zolotukhin c. Russia*.

<sup>1591</sup> B. VAN BOCKEL, *The ne bis in idem principle in the European Union legal order*, cit.: l'Autore evidenzia come le residue differenze nella ricostruzione del principio fra diverse branche del diritto Ue non consentano di inquadrare compiutamente l'istituto quale principio fondamentale comune agli ordinamenti in questione.

<sup>1592</sup> V. la sentenza del 14 gennaio 2014, ricorso n. 32042/11, *Muslija c. Bosnia-Erzegovina*, par. 37.

scongiurare futili dispendi di risorse, il limite alla conduzione di procedimenti contestuali è anticipato all'intervento di una decisione non definitiva<sup>1593</sup>, ad ulteriore testimonianza della complessità ed articolazione del principio nel sistema europeo multilivello di tutela dei diritti fondamentali.

#### 4. Cooperazione penale e responsabilità incumbenti in capo agli Stati membri nella tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza interna

##### 4.1. La nozione di ordine pubblico: delimitazione dell'indagine

«Dans tout domaine la notion d'ordre public est singulièrement délicate à cerner: notion incertaine, évolutive, variable, contingente, ambiguë»<sup>1594</sup>. Questa efficace descrizione tratteggia l'intrinseca natura polisemica del concetto di ordine pubblico, che assume forme e declinazioni variabili a seconda del sistema giuridico interessato o della materia alla quale lo si intenda applicare. Dagli ordinamenti statali al diritto internazionale pubblico, dal sistema del Consiglio d'Europa al diritto internazionale privato, questa formula esprime, con intensità differente, l'esigenza di sistematizzare gli interessi ed i valori espressi da realtà collettive complesse, a pena dell'inesorabile avanzamento di un altrettanto mutevole "disordine".

La vastità e complessità del tema, qui appena accennata<sup>1595</sup>, sollecita dunque in via preliminare una risposta a due esigenze di fondo. Da un lato, si pone la necessità di individuare l'essenza, il denominatore comune a tutte le multiformi espressioni della nozione in esame, allo scopo di comprendere la sua *ratio* e le sue radici concettuali. Dall'altro lato, urge delimitare sin d'ora l'ampiezza dell'indagine, in modo da focalizzare in via principale la trattazione sui soli profili rilevanti in questa sede.

La nozione di ordine pubblico, non senza taluni eccessi di generalizzazione, potrebbe essere parafrasata con l'idea di un «*moral environment*», che esprime da più angoli di visuale – morale, etico, culturale, economico, giuridico e non solo – «*the most comprehensive ideas of order*»<sup>1596</sup>. L'aspetto qualificante di questa descrizione è l'idea che non esista un *unicum* "ordine pubbli-

<sup>1593</sup> V. nel caso italiano la sentenza della Cassazione penale, Sezioni unite, del 28 giugno 2005, n. 34655.

<sup>1594</sup> Cfr. F. SUDRE, *Existe-t-il un ordre public européen?*, in P. TAVERNIER (a cura di), *Quelle Europe pour les droits de l'homme?*, Bruxelles, 1996, p. 195.

<sup>1595</sup> Peraltro, nonostante la dottrina si sia a più riprese confrontata su singoli profili e declinazioni dell'ordine pubblico, si annovera un numero alquanto circoscritto di ricostruzioni complessive ed esaustive, a conferma della difficoltà e delle notevoli ed ancor più vaste implicazioni della materia. Fra di esse, si segnala in particolare T. CORTHAUT, *EU ordre public*, Alphen aan den Rijn, 2012.

<sup>1596</sup> V. in questo senso S. GREETZ, *The interpretation of cultures*, Chicago, 2000, p. 89.



co”, ma che all’evoluzione della sensibilità sociale ed alla collettività od al sistema istituzionale presi in considerazione possano corrispondere differenti accezioni, valori e priorità. A prima vista, dunque, il concetto in esame richiamerebbe il *leitmotiv* “uniti nella diversità” che l’Unione ha voluto erigere a canone simbolo del modello di integrazione europea.

Declinata nella prospettiva giuridica, questa formula evoca il complesso di principi e regole sui quali si fonda un ordinamento, che dunque fissano i suoi caratteri generali ed i valori meritevoli di protezione dei quali esso si fa portatore o garante. In questo senso, l’ordine pubblico è un concetto intrinsecamente giuridico, poiché anzitutto esprime il sostrato di regole essenziali che indirizzano e presidiano le scelte basilari sulle quali poggia ogni sistema politico<sup>1597</sup>. Inoltre, esso evoca gli sforzi che, attraverso il diritto, una collettività organizzata compie per scongiurare il baratro del disordine generato dalla violazione di tali norme fondamentali<sup>1598</sup>.

La nozione di ordine pubblico, pertanto, è plasmata nel contesto di ciascuna realtà sociale e ne sintetizza le priorità di tutela collettivamente e individualmente ritenute decisive<sup>1599</sup>, così che è possibile evidenziare due principali implicazioni.

In primo luogo, questa clausola attinge in larga misura al tema della legittimazione delle regole che dettano la vita di una società. Un aspetto che è di centrale importanza per incentivare la *compliance* a tale nucleo fondativo di regole e che rafforza altresì l’apparato istituzionale deputato ad assicurarne il rispetto, giustificando in particolare l’esercizio del potere coercitivo nei confronti dei trasgressori<sup>1600</sup>.

<sup>1597</sup> Queste scelte fondamentali, siano esse politiche, valoriali, morali o di altro genere, si traducono in un sostrato di norme che cristallizzano i principi ispiratori del sistema. A questo proposito, Dworkin ricorre all’espressione «*background rights*», per indicare come tali norme costituiscano l’ossatura di un sistema politico e dell’ordinamento giuridico che questo erige. Cfr. R. DWORKIN, *Taking rights seriously*, Cambridge, 1977.

<sup>1598</sup> Merita d’altra parte puntualizzare che, a fronte della *pars destruens* di un caos mirato a minare alle basi le fondamenta di una società, la dottrina registra altresì un “disordine positivo” e per certi tratti fisiologico, identificato nella tendenza di ogni collettività a adattare i propri profondi convincimenti al mutare delle circostanze nel tempo, consentendo loro di evolvere in base alla mutata sensibilità sociale. V. in questo senso J.F. ROMAIN, *L’ordre publique (notion générale) et les droits de l’homme*, in J.F. ROMAIN, M. GREGOIRE, V. SIMONART (a cura di), *L’ordre public: concept et applications*, Bruxelles, 1995, p. 10.

<sup>1599</sup> In dottrina è stato evidenziato come le regole che costituiscono il nucleo dell’ordine pubblico possono essere considerate espressione del principio di autodeterminazione, sia a livello individuale che collettivo. Ogni consociato, infatti, ha «*ownership and authorship*» su queste regole essenziali, che contribuisce a formare e delle quali rafforza il rispetto, con il proprio comportamento. A sua volta, il rispetto di questo nocciolo duro di norme alimenta la legittimazione del sistema di fronte agli individui che lo animano. Cfr. F. DE WITTE, *Sex, drugs and EU law*, cit., p. 1546.

<sup>1600</sup> I valori fondativi della società si riflettono dunque in meccanismi ed in un apparato istituzionale volti a verificare il rispetto dei comportamenti ritenuti meritevoli di tutela e di un

In secondo luogo, si pone il problema di individuare i criteri di risoluzione delle eventuali antinomie tra sistemi differenti, che su una stessa problematica siano animati da priorità configgenti o non del tutto riconducibili ad unità. In questo contesto si distingue per rilevanza l'esempio dell'ordinamento europeo e del delicato rapporto tra norme di ordine pubblico consacrate a livello nazionale e diritto dell'Unione, quest'ultimo non di rado capace di porre sotto pressione assunti fondamentali dei sistemi giuridici interni. Tale dibattuto rapporto, operando un tentativo di sistematizzazione, dà luogo a tre possibili scenari, che si distinguono per il differente destino riservato all'invocazione della *public policy* da parte delle autorità nazionali.

Si registra anzitutto un numero crescente di situazioni nelle quali, al cospetto di questioni che attingono a scelte di valore maturate in sede nazionale, l'ordinamento dell'Unione – spesso mediante l'opera interpretativa della Corte di giustizia – di fatto sostituisce *in toto* il proprio apprezzamento a quello delle autorità nazionali<sup>1601</sup>. In altri casi, la contrapposizione si risolve attraverso un difficile bilanciamento, operato secondo lo schema del principio di proporzionalità. Da ultimo, meno di frequente, si assiste ad ipotesi in cui è l'opzione di *public policy* nazionale a prevalere *tout court* sulle norme europee, soluzione che la dottrina descrive in maniera metaforica come «*ring-fencing*» o «*insulation of National ethics*»<sup>1602</sup>.

giudizio di valore positivo. Per un riflessione in materia rispetto al rapporto tra valori fondativi degli Stati ed Unione europea v. D. CHALMERS, *European restatements of sovereignty*, London School of Economics Working Paper n. 10/2013, reperibile all'indirizzo internet [http://www.lse.ac.uk/collections/law/wps/WPS2013-10\\_Chalmers.pdf](http://www.lse.ac.uk/collections/law/wps/WPS2013-10_Chalmers.pdf) (12 novembre 2014).

<sup>1601</sup> Diffusa dottrina evidenzia come questa considerazione costituisca un dato di fatto e sia spesso veicolata dalla scelta della Corte di avvalorare una ricostruzione ermeneutica autonoma di nozioni giuridiche presenti anche a livello nazionale, allo scopo di scindere la dimensione sovranazionale dalla loro lettura interna. Una visione particolarmente critica sul punto è ad esempio sostenuta da M.A. WILKINSON, *The spectre of authoritarian liberalism. Reflections on the constitutional crisis of the European Union*, in *Global Law Journal*, 2013, p. 527. Occorre d'altra parte considerare come alcuni commentatori rilevino la sussistenza di argomentazioni a sostegno di quella che viene definita *ethics of containment* degli ordinamenti nazionali. Ad esempio, l'apertura alla dimensione europea consente ai sistemi giuridici nazionali di «*denationalize their normative standards*», ricontestualizzando le proprie scelte in chiave sovranazionale, a beneficio di soggetti altrimenti esclusi, come i cittadini di altri Stati membri. V. L. AZOULAI, *The Court of Justice and the social market economy: the emergence of an ideal and the conditions for its realization*, in *Common Market Law Review*, 2008, p. 1342. Alcuni Autori hanno inoltre evidenziato, in questa prospettiva, una sorta di «*civilizing effect*» da parte dell'ordinamento dell'Unione nei confronti dei sistemi giuridici interni: J.H.H. WEILER, T. LOCKHART, «*Taking rights seriously*» seriously: *the European Court of Justice and its fundamental rights jurisprudence*, in *Common Market Law Review*, 1995, p. 604. La casistica dinnanzi alla Corte di giustizia evidenzia le questioni più varie: v. ad esempio il tema del consumo di sostanze stupefacenti o della brevettabilità delle invenzioni derivanti da cellule staminali embrionali, di cui alle citate sentenze *Josemans* e *Brustle*.

<sup>1602</sup> Cfr. F. DE WITTE, *Sex, drugs and EU law*, cit., pp. 1551 e ss.

In questo articolato contesto, l'ordine pubblico diviene dunque una possibile fonte di limiti al processo di integrazione, o quanto meno di mitigazioni al suo approfondimento ed alla sua incisività rispetto agli ordinamenti nazionali. La clausola in esame esercita un simile effetto di contrapposizione soprattutto nella sua accezione più tradizionale e specifica, secondo la quale l'ordine pubblico si concretizza nel rispetto della legalità e di tutte le regole che presidiano interessi giuridici considerati meritevoli di tutela mediante lo strumento coercitivo del diritto penale<sup>1603</sup>. In uno con la garanzia della sicurezza pubblica, nell'accezione che in questa sede si intende privilegiare, la tutela dell'ordine pubblico coinvolge l'apparato nazionale di prevenzione e repressione delle attività criminali, che poggia su previe scelte di criminalizzazione da parte del legislatore interno ed esprime beni giuridici particolarmente qualificati per una determinata collettività. Le ulteriori declinazioni di questa nozione polisemica rimangono dunque sullo sfondo dell'indagine, poiché ancillari rispetto alla trattazione in corso.

Muovendo da questi presupposti, le riflessioni che seguono sono volte ad affrontare due aspetti, funzionali alla individuazione di possibili limiti della cooperazione penale nell'UE. Da un punto di vista nazionale, appare necessario chiarire la portata delle disposizioni del Trattato destinate ad attribuire piena responsabilità in capo alle autorità interne in relazione al mantenimento dell'ordine pubblico e della sicurezza statale. Esse infatti consacrano un confine strutturale dell'azione delle istituzioni europee in materia, la cui solidità deve tuttavia essere valutata anche alla luce di un richiamo alla giurisprudenza di Lussemburgo sulle condizioni in presenza delle quali gli Stati possano fruttuosamente invocare l'ordine pubblico e la pubblica sicurezza quali deroghe ad obblighi derivanti dall'ordinamento UE.

Da una prospettiva europea, invece, il tema solleva delicati interrogativi circa il rapporto tra diritto dell'Unione e sistemi penali nazionali, sia in relazione alla titolarità del potere di garantire l'ordine pubblico, sia rispetto alla preservazione dei valori e delle scelte – morali, politiche e tecniche – fondamentali operate negli ordinamenti statali. L'attribuzione di competenza all'Unione europea in materia di cooperazione penale implica infatti il riconoscimento del valore aggiunto dell'intervento normativo europeo ai fini del contrasto a forme di criminalità gravi ed aventi portata transnazionale. Al contempo, nondimeno, considerata la centralità del tema, appare necessario assicurare agli Stati la possibilità di elevare «*fundamental boundaries*» che

<sup>1603</sup> Per una più approfondita trattazione della nozione di ordine pubblico ai fini del diritto penale v. G. FRANCOLINI, *Generalità: la nozione di ordine pubblico e la sua tutela penale*, in A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA (a cura di), *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, III, Torino, 2008, p. 985.

possano assicurare un bilanciamento tra l'incedere del processo di integrazione ed il rispetto di tali rilevanti specificità nazionali<sup>1604</sup>.

#### 4.2. *Ordine pubblico e pubblica sicurezza: il quadro normativo primario*

Le clausole di ordine pubblico e pubblica sicurezza godono di uno spazio esiguo all'interno dei Trattati o, più precisamente, del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea. La loro dimora tradizionale è rappresentata dalla disciplina del mercato interno, nell'ambito della quale il richiamo a queste due nozioni intende conferire agli Stati pur circoscritte possibilità di adottare misure restrittive delle libertà fondamentali, in ragione della necessità di proteggere tali interessi nazionali essenziali<sup>1605</sup>. Gli artt. 36, 45, 52, 62 e 65 TFUE, rispettivamente in tema di libera circolazione delle merci e delle persone<sup>1606</sup>, libertà di stabilimento, prestazione dei servizi e libera circolazione dei capitali, sebbene formulati in maniera parzialmente differente<sup>1607</sup>, tratteggiano la cor-

<sup>1604</sup> In questo senso v. J.H.H. WEILER, *Fundamental rights and fundamental boundaries: on standards and values in the protection of human rights*, in N. NEUWAHL, A. ROSAS (a cura di), *The European Union and human rights*, L'Aia, 1995, p. 51.

<sup>1605</sup> Sull'ordine pubblico e la pubblica sicurezza nel contesto del mercato interno v. F. ANGELINI, *Ordine pubblico e integrazione costituzionale europea. I principi fondamentali nelle relazioni interordinamentali*, Padova, 2007, in particolare pp. 168 e ss.

<sup>1606</sup> Occorre puntualizzare che il disposto dell'art. 45 TFUE deve essere completato con l'art. 27 della direttiva 2004/38/CE, a mente del quale gli Stati membri possono restringere la libertà di circolazione e soggiorno dei cittadini UE e dei loro familiari, nel rispetto della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, per ragioni di ordine pubblico, pubblica sicurezza e salute pubblica. Rileva altresì l'art. 96 della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen, che prevede l'emissione di una segnalazione al sistema informativo Schengen ai fini della non ammissione di cittadini di Stati terzi nel territorio UE ove sussista una minaccia per l'ordine pubblico. Detta minaccia può essere desunta dalla pronuncia di una condanna per un reato rispetto al quale sia prevista una pena di almeno un anno di reclusione o dal fatto che l'individuo in questione sia stato destinatario di una misura nazionale derivante dalla violazione delle norme sull'ingresso ed il soggiorno. Alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia, la segnalazione non comporta l'automatico allontanamento del cittadino di Stato terzo, laddove egli sia coniuge o familiare di un cittadino UE, anche alla luce della direttiva 2004/38/CE: in questo caso, infatti, le misure restrittive della libertà di circolazione devono seguire il più rigido regime di cui alla direttiva. Non è dunque sufficiente il mero rischio per l'ordine pubblico, ma alla luce delle circostanze del caso di specie e della situazione del soggetto interessato deve essere comprovato il pericolo attuale, grave ed imminente che tale interesse essenziale sia leso. V. la sentenza 31 gennaio 2006, causa C-503/03, *Commissione c. Spagna*, in *Racc.* p. I-1097.

<sup>1607</sup> Come noto, in corpo all'art. 36 TFUE ordine pubblico e pubblica sicurezza sono affiancate da ulteriori previsioni di natura derogatoria, quali la tutela della vita delle persone e degli animali, la preservazione dei vegetali e del patrimonio artistico nazionale, la protezione della proprietà industriale. Analoga varietà di deroghe non si riscontra nelle altre libertà fondamentali, anche a motivo del loro differente contenuto. Così, ad esempio, l'art. 65 TFUE, in tema di libera circolazione dei capitali, menziona solo l'ordine pubblico e la pubblica sicurezza. Cfr., in termini generali, G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, Padova, 2012, p. 418.

nice entro la quale norme UE possono in linea astratta soccombere al cospetto di regole o interessi fondativi degli Stati membri<sup>1608</sup>.

Il TFUE non annovera disposizioni simili agli artt. 101 e 102, riguardanti disciplina della concorrenza applicabile alle imprese, pur fortemente connessa e per certi aspetti complementare alle norme sulle libertà del mercato interno<sup>1609</sup>. Lo stesso si dica per gli artt. 107-109 TFUE, in tema di aiuti di Stato agli operatori economici. Eppure, la Corte di giustizia ha a più riprese evidenziato come entrambi i settori esprimano interessi essenziali dell'Unione e degli Stati: alle relative norme primarie può dunque essere riconosciuto il rango di *public policy*<sup>1610</sup> e le autorità nazionali sono chiamate a considerarle come tali, accordando un trattamento equivalente a quello riservato ad interessi di ordine pubblico interno<sup>1611</sup>. Specularmente, precisa la Corte, la tutela della concorrenza può trovare un limite – o, *rectius*, una restrizione al regime della libera concorrenza può essere giustificata, se non addirittura non ritenuta tale – in presenza di interessi essenziali che attingano a loro volta alla categoria della *public policy* nazionale<sup>1612</sup>.

Il tema dell'ordine pubblico si contraddistingue per peculiare rilevanza anche in relazione alle materie ricondotte allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia. Sul punto, invero, fra le norme del Titolo V TFUE o ad esse ricollegate sono state inserite due distinte tipologie di previsioni: da un lato si segnala la clausola generale dell'art. 72 TFUE, in forza della quale le norme sullo spazio di libertà, sicurezza e giustizia non ostano «all'esercizio delle responsa-

Per un'analisi più approfondita, v. M. CASTILLO, R. CHEMAIN, *La réserve d'ordre public en droit communautaire*, in M.J. REDOR (a cura di), *L'ordre public: ordre public ou ordres publics? Ordre public et droits fondamentaux*, Bruxelles, 2001, p. 133.

<sup>1608</sup> La dottrina ha in passato evidenziato come i richiami all'ordine pubblico nel contesto delle libertà fondamentali differiscano in maniera sensibile da analoghe previsioni consacrate in settori tradizionalmente rilevanti per la materia, come il diritto privato interno ed internazionale. Nel secondo caso, ad esempio, la fruttuosa invocazione della clausola in esame comporta l'applicazione della legge del foro in luogo della norma straniera, mentre nel mercato interno si assisterebbe all'integrazione della norma nazionale nell'ordinamento UE, secondo una logica differente. V. in questo senso S. POILLOT-PERUZETTO, *Ordre public et droit communautaire*, Parigi, 1993, p. 178.

<sup>1609</sup> In questo senso e sulle interrelazioni fra queste due materie v. J. BAQUERO CRUZ, *Between competition and free movement: the economic constitutional law of the European Community*, Oxford, 2002.

<sup>1610</sup> Cfr. la sentenza 13 luglio 2006, cause riunite C-295/04 e C-298/04, *Manfredi*, in *Racc.* p. I-6619.

<sup>1611</sup> Sull'equivalenza v. la sentenza 7 giugno 2007, cause riunite C-222/03, C-223/03, C-224/03 e C-225/03, *Van der Weert*, in *Racc.* p. I-4233. Così, ad esempio, le autorità nazionali possono applicare *ex officio* le norme del Trattato in tema di concorrenza.

<sup>1612</sup> V. ad esempio in questo senso la sentenza 19 febbraio 2002, causa C-309/99, *Wouters*, in *Racc.* p. I-1577, riguardante le norme sulle intese restrittive della concorrenza ed un regolamento dell'ordine degli avvocati olandese in materia di collaborazioni tra legali ed altre professioni liberali.

bilità incumbenti agli Stati membri per il mantenimento dell'ordine pubblico e la salvaguardia della sicurezza interna»; dall'altro lato si registra il disposto *ad hoc* dell'art. 276 TFUE, che esclude la giurisdizione della Corte di giustizia rispetto alla verifica della legittimità e proporzionalità degli atti compiuti dalla polizia o dalle autorità nazionali incaricate dell'applicazione della legge nello svolgimento di tali essenziali funzioni.

Questo binomio normativo riflette almeno in parte il sistema previgente al Trattato di Lisbona. Nell'ambito del Trattato sulla Comunità europea, infatti, l'allora art. 64, par. 1, circoscriveva il campo di applicazione delle norme riguardanti la cooperazione nel settore civile e la politica migratoria, escludendo ogni loro influenza sulle responsabilità degli Stati in materia di ordine pubblico e pubblica sicurezza.

Il primo paragrafo dell'art. 68 TCE, inoltre, consentiva alle sole giurisdizioni nazionali di ultima istanza di formulare – peraltro facoltativamente – un rinvio pregiudiziale avente ad oggetto l'interpretazione o la validità di norme UE in materia di visti, asilo, immigrazione ed altre politiche disciplinate al Titolo IV TCE.

La norma in esame, dunque, escludeva per la maggior parte delle autorità giurisdizionali nazionali la possibilità di formulare rinvii pregiudiziali alla Corte, con nocumento significativo per gli individui, in ragione dell'idoneità delle misure nazionali adottate in questo contesto in attuazione del diritto UE ad incidere sui diritti fondamentali. La tutela giurisdizionale negli ordinamenti nazionali era dunque minata dalla preclusione del conforto ermeneutico della Corte sulla corretta portata delle numerose norme UE rilevanti. In via meramente suppletiva, ma pur sempre con il rischio di soluzioni ampiamente difformi, l'autorità giurisdizionale interna poteva ricorrere alla tecnica dell'interpretazione conforme, orientando il dettame interno al contenuto ed allo scopo delle previsioni normative europee<sup>1613</sup>.

Il secondo paragrafo dell'art. 68 TCE, invece, con una formulazione meno incisiva rispetto a quella attuale, escludeva espressamente ed *in toto* la giurisdizione della Corte sulle misure o decisioni interne adottate per la salvaguardia dell'ordine pubblico o della sicurezza interna in forza dell'art. 62, n. 1, TCE<sup>1614</sup>, vale a dire in tema di controlli nei confronti di cittadini UE e di Stati terzi all'attraversamento delle frontiere interne. Il disposto dell'art. 62 TCE doveva infatti essere letto in uno con l'art. 23 del Codice frontiere Schen-

<sup>1613</sup> V., fra molte, le sentenze 13 novembre 1990, causa C-106/89, *Marleasing*, in *Racc.* p. I-4135, e 4 luglio 2006, causa C-212/04, *Adeneler*, in *Racc.* p. I-6057.

<sup>1614</sup> L'art. 62 legittimava il Consiglio a adottare, entro cinque anni dall'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam, «misure volte a garantire, in conformità all'articolo 14, che non vi siano controlli sulle persone, sia cittadini dell'Unione sia cittadini di paesi terzi, all'atto dell'attraversamento delle frontiere interne».

gen<sup>1615</sup>, che tutt'oggi autorizza gli Stati membri ad introdurre in via temporanea forme di controllo alla frontiera per ragioni di ordine pubblico o pubblica sicurezza, ove sussistano situazioni contingenti di particolare urgenza e delicatezza<sup>1616</sup>.

La duplice limitazione all'intervento del Giudice dell'Unione cristallizzata agli artt. 64 e 68 TCE era poi completata dal TUE, segnatamente agli artt. 33 e 35. Entrambe queste norme, infatti, riproponevano in relazione ai pilastri intergovernativi ed alla cooperazione penale in particolare l'impermeabilità delle misure statali in tema di ordine pubblico e pubblica sicurezza rispetto all'intervento delle istituzioni europee, Corte di giustizia su tutte<sup>1617</sup>.

Il testo del Trattato sull'Unione europea si caratterizzava peraltro per due differenze di rilievo. In primo luogo, l'ambito operativo dell'art. 33 TUE non era circoscritto al solo istituto *ex art.* 267 TFUE<sup>1618</sup>: alla Corte era altresì pre-

<sup>1615</sup> Cfr. il regolamento CE n. 562/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 marzo 2006, che istituisce un codice comunitario relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone, in GU L 105, del 13 aprile 2006, p. 1. L'art. 21 prevede che le frontiere interne possano essere attraversate in qualunque punto senza che sia effettuata una verifica di frontiera sulle persone, indipendentemente dalla loro nazionalità. Tuttavia l'art. 23 consente agli Stati di ripristinare i controlli alle frontiere interne in ipotesi eccezionali di grave minaccia per l'ordine pubblico o la pubblica sicurezza, purché per un lasso di tempo limitato a quanto strettamente necessario. In dottrina v. G. CARELLA, *Il contrasto all'immigrazione irregolare*, in G. CARELLA (a cura di), *L'immigrazione e la mobilità delle persone nel diritto dell'Unione europea*, Bologna, 2012, p. 181.

<sup>1616</sup> L'art. 23 è stato evocato in passato in circostanze particolari come manifestazioni di protesta, eventi sportivi o *rave parties*. In generale, tema dei controlli alle frontiere interne è stato affrontato a più riprese dalla Corte di giustizia. V. ad esempio le sentenze 22 giugno 2010, cause riunite C-188/10 e C-189/10, *Melki e Abdeli*, in *Racc.* p. I-5667, e 19 luglio 2012, causa C-278/12 PPU, *Adil*, non ancora pubblicata. Per approfondimenti v. K. ENGSIG SORENSEN, *Internal border controls in the European Union: recent challenges and reforms*, in *European Law Review*, 2012, p. 249.

<sup>1617</sup> Ai sensi dell'art. 33 TUE «Il presente titolo non osta all'esercizio delle responsabilità incombenti agli Stati membri per il mantenimento dell'ordine pubblico e la salvaguardia della sicurezza interna». L'art. 35, par. 5, TUE recitava: «La Corte di giustizia non è competente a riesaminare la validità o la proporzionalità di operazioni effettuate dalla polizia o da altri servizi incaricati dell'applicazione della legge di uno Stato membro o l'esercizio delle responsabilità incombenti agli Stati membri per il mantenimento dell'ordine pubblico e la salvaguardia della sicurezza interna».

<sup>1618</sup> È opinione diffusa in dottrina che l'art. 68, par. 1, limitasse la competenza della Corte esclusivamente in relazione al rinvio pregiudiziale, conservando inalterate le sue funzioni, ad esempio, in materia di procedura di infrazione. Il convincimento trae motivo dal fatto che «*the Court's jurisdiction should be regarded as capable of being limited only by the clearest of language*». Cfr. A. ARNULL, *The European Union and its Court of Justice*, Oxford, 2006, p. 48. Dello stesso avviso è Peers, che ritiene sussista nell'ordinamento europeo una presunzione di piena competenza giurisdizionale della Corte, a meno di un dato normativo espresso di segno contrario: S. PEERS, *Who's judging the watchmen? The judicial system of the Area of freedom, security and justice*, in *Yearbook of European Law*, 1998, p. 352. Ha peraltro mostrato un diverso avviso la Commissione europea, secondo la quale la norma in esame avrebbe avuto

cluso il sindacato sulla condotta degli Stati mediante ricorso per inadempimento. In secondo luogo, l'art. 35, par. 5, TUE aveva una portata *ratione materiae* molto più ampia dell'art. 68, par. 2, TCE ed assicurava dunque una estesa esenzione dall'intervento della Corte di giustizia. Era infatti precluso ogni sindacato sull'attività posta in essere da autorità interne in materia di pubblica sicurezza e ordine pubblico, fosse questa fondata sul diritto nazionale o su norme europee. In un settore strettamente connesso al nucleo della sovranità nazionale come la cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale, pertanto, gli Stati avevano inteso replicare, se non addirittura rafforzare, l'approccio prudenziale già avvalorato nel contesto comunitario<sup>1619</sup>.

A completamento del panorama normativo è necessario da ultimo menzionare gli artt. 346-348 TFUE, che disciplinano la condotta degli Stati in situazioni di portata eccezionale o in settori di peculiare sensibilità per la sicurezza interna e continentale e che hanno acquisito una crescente rilevanza a partire dall'11 settembre 2001, in relazione all'attività di contrasto al terrorismo. L'art. 346, infatti, dispone anzitutto che gli Stati membri non sono tenuti a divulgare informazioni la cui pubblicazione possa nuocere agli interessi essenziali della propria sicurezza. Parimenti, essi, nel rispetto del regime di libera concorrenza e delle norme sul mercato interno, possono adottare le misure «necessarie alla tutela degli interessi essenziali della propria sicurezza e che si riferiscano alla produzione o al commercio di armi, munizioni e materiale bellico»<sup>1620</sup>.

L'art. 347 TFUE riconosce che uno Stato possa essere indotto a adottare misure emergenziali, a discapito del mercato interno, per fare fronte a situazioni che pongano a rischio l'ordine pubblico nazionale, allo scoppio di una

l'effetto di neutralizzare *in toto* l'attività della Corte. V. la comunicazione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale, al Comitato delle regioni e alla Corte di giustizia del 28 giugno 2006, COM(2006) 346, p. 6. Anche la Commissione, peraltro, sottolinea nel documento la difficoltà in capo al singolo di ottenere tutela giurisdizionale.

<sup>1619</sup> Il complesso "a geometria variabile", fortemente frammentario ed incompleto, della giurisdizione della Corte di giustizia nel contesto del terzo pilastro ha di fatto mitigato la rilevanza pratica della questione. Le limitazioni *ratione materiae* all'operato del Giudice dell'Unione derivavano infatti *in primis* dallo stadio raggiunto dal processo di integrazione nel settore della cooperazione penale, fortemente ancorato a schemi di matrice intergovernativa. V. *ante*, Capitolo III, par. 4.1.

<sup>1620</sup> La produzione ed il commercio di armi sono oggetto di un regime particolare nella sistemica dei Trattati. Da un lato, le armi non ricadono nella nozione di merce ai fini della libertà di circolazione nel mercato interno; dall'altro lato, l'art. 44 TUE, in materia di politica di difesa, prevede che l'Agenzia europea per la difesa sostenga gli Stati nel miglioramento delle rispettive capacità militari, contribuisca alla ricerca nel campo della tecnologia bellica e promuova ogni misura volta a potenziare la base industriale e tecnologica del settore. Ai sensi del par. 2 dell'art. 346 TFUE, il novero dei prodotti ai quali trova applicazione questo regime può essere modificato dal Consiglio, con deliberazione adottata all'unanimità e su proposta della Commissione.



guerra, ad una grave tensione internazionale che possa condurre ad un conflitto armato, agli impegni assunti per il mantenimento della pace e della sicurezza a livello internazionale. Questa previsione supera *ictu oculi* il richiamo “ordinario” alle deroghe dell’ordine pubblico e della pubblica sicurezza ed intende disciplinare circostanze di estrema urgenza, nelle quali lo Stato sia di fatto forzato a far vacillare i pilastri sui quali poggia il mercato interno. Anche per questo, l’articolo in esame esordisce sollecitando gli Stati ad una consultazione collettiva, per fare fronte comune allo scopo di garantire che la situazione di emergenza e le misure a questa conseguite possano ripercuotersi negativamente sulle libertà fondamentali. La delicatezza della materia ha infine motivato redattori del Trattato a prevedere un rimedio *ad hoc*, ossia una deroga alle regole processuali ordinarie per l’avvio di una procedura di infrazione. Laddove infatti la Commissione o qualsiasi Stato membro abbiano a ritenere che gli artt. 346 e 347 TFUE siano stati invocati abusivamente, essi sono egualmente legittimati a promuovere un ricorso per inadempimento ricorrere direttamente innanzi alla Corte di giustizia, senza dover previamente esperire la fase precontenziosa. Proprio la peculiarità ed eccezionalità delle situazioni disciplinate dagli articoli in esame ed il rischio che la condotta di uno Stato membro possa avere gravi ripercussioni sul mercato interno nel suo complesso hanno dunque suggerito di prevedere un rimedio giurisdizionale “rafforzato” rispetto all’ordinario scrutinio sulla corretta invocazione da parte delle autorità nazionali delle deroghe alle libertà fondamentali.

Ciascuna di queste previsioni sarà oggetto di approfondimento, nell’ottica dei limiti alla operazione giudiziaria penale che da esse possano scaturire. Si impone però, prima di tutto, un ulteriore passaggio: poiché in linea ordinaria le clausole dell’ordine pubblico e della pubblica sicurezza assumono la forma di deroghe alla disciplina delle libertà del mercato interno, appare necessario selezionare i principali approdi giurisprudenziali ai quali è pervenuta la Corte in materia.

#### *4.3. Note sulla giurisprudenza in materia di ordine pubblico e pubblica sicurezza nel contesto del mercato interno: linee interpretative comuni nella definizione della portata di queste clausole*

Un primo elemento, preliminare a qualsiasi approfondimento, attiene all’allocazione della titolarità a stabilire il contenuto delle clausole di ordine pubblico e pubblica sicurezza. In linea teorica, infatti, seguendo l’argomento della autodeterminazione poc’anzi evocato e talora posto alla base dell’elaborazione di *public policies*, le autorità nazionali, emanazione della collettività che percepisce come essenziali determinati interessi, dovrebbero essere in prima linea nell’individuazione del contenuto di questa categoria. Portando questa visione all’estremo, si dovrebbe concludere che «*each State is always*

*right*»<sup>1621</sup>, mentre l'Unione, relegata ad un secondo piano, debba limitarsi ad accogliere le istanze promananti dagli Stati membri.

In realtà, le esigenze sottese alla uniformità e coerenza dell'ordinamento europeo, nonché all'effetto utile delle norme sulle libertà fondamentali, impongono un filtro alle istanze nazionali. Se queste ultime possono in un primo momento essere opportunamente e legittimamente determinate in sede statale, la loro proiezione sovranazionale presuppone un approfondito scrutinio sulla loro compatibilità con i canoni del Trattato e con i principi e criteri ai quali si ispira l'interpretazione del dettame primario in tema di deroghe al diritto UE<sup>1622</sup>, con peculiare riferimento alle regole sul mercato interno.

Se dunque gli Stati possono aspirare al riconoscimento ed alla valorizzazione di ciò che elevano al rango di *public policy*, allo stesso tempo non si può configurare una delega in bianco in loro favore<sup>1623</sup>: spetta invero alla Corte di giustizia definire i requisiti sostanziali e procedurali ai quali subordinare la valutazione sulle deroghe in concreto invocate, anche rispetto agli obiettivi che lo Stato persegue.

La prima considerazione al riguardo è che ogni eccezione al diritto dell'Unione deve essere interpretata in misura restrittiva, di modo da circoscrivere al massimo grado la possibilità di derogare alle norme comuni. Ciò si traduce anzitutto, dal punto di vista sostanziale, nell'esigenza che la misura restrittiva di una libertà fondamentale sia proporzionata rispetto al fine perseguito ed agli effetti che genera. Pertanto, la condotta nazionale deve risultare idonea all'obiettivo che lo Stato si prefigge e necessaria al conseguimento di tale scopo. È infatti essenziale che non sussistano alternative idonee ad incidere in misura inferiore sulla portata delle norme europee. Secondo il frequente adagio giurisprudenziale cui fa ricorso la Corte, «tali limitazioni pos-

<sup>1621</sup> F. DE WITTE, *Sex, drugs and EU law*, cit., p. 1550.

<sup>1622</sup> La trattazione si smarca consapevolmente dall'acceso dibattito sul ruolo della Corte nella definizione di una autonoma lettura europea del concetto di ordine pubblico. Da un lato, questa pur avvincente tematica trascende gli scopi dell'analisi in corso, poiché si sofferma non sul rapporto tra ordine pubblico nazionale e norme UE, ma sull'elaborazione di autonomi valori fondamentali capaci di dare vita a *public policies* sovranazionali. Dall'altro lato, sebbene l'interpretazione del disposto dei Trattati imponga una ricostruzione ermeneutica in chiave europea di una clausola altrimenti declinata in maniera eccessivamente difforme a livello statale, ci si preferisce arrestare ad un passo precedente, ossia ai canoni interpretativi generali ed ai principi che la Corte ha fissato per la valutazione su base casistica delle deroghe invocate dagli Stati. Sulla progressiva costruzione di un *ordre public européen* generale si registrano peraltro le opinioni più disparate. Taluni ritengono questo approdo necessario, altri ne evidenziano la pericolosità in termini di defraudazione di scelte radicate in sede nazionale e di legittimazione degli interessi sostenuti a livello europeo. V. a proposito il dibattito presentato in T. CORTHAUT, *EU ordre public*, cit., pp. 60 ss.

<sup>1623</sup> Cfr. T. CORTHAUT, *EU ordre public*, cit., p. 81. L'autore ricorre ad una formula espressiva di particolare efficacia: «*It is no longer possible to consider the public policy exceptions as unfettered 'réserves de souveraineté'*».

sono essere giustificate solo se sono idonee a garantire la realizzazione dell'obiettivo perseguito e se non eccedono quanto necessario per conseguirlo»<sup>1624</sup>. In questo senso, la Corte talora prende in considerazione la rilevanza dell'interesse in questione<sup>1625</sup>, in rapporto al livello di tutela che lo Stato intende garantire<sup>1626</sup>, così che in alcuni casi anche la totale neutralizzazione di una libertà di circolazione è stata ritenuta giustificata da esigenze di *public policy*<sup>1627</sup>.

In questa prospettiva, il Giudice dell'Unione opera altresì una valutazione *a contrario*, nel senso che, ad esempio, tradizionalmente esclude che mere motivazioni di carattere economico possano valere a restringere la portata delle libertà fondamentali. In senso ulteriore, il Collegio nega addirittura che esse possano innestarsi nella categoria dell'ordine pubblico o della pubblica sicurezza, se non in maniera mediata da ulteriori e più rilevanti interessi, come nel caso delle misure nazionali a tutela della regolarità dell'approvvigionamento energetico<sup>1628</sup>.

<sup>1624</sup> V. la sentenza *Schmidberger*, cit., p. 74, e la sentenza *Dynamic Medien*, cit., punto 42.

<sup>1625</sup> Talora questo apprezzamento prende le mosse dall'assenza di una visione unanime fra gli Stati membri – che nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo prenderebbe la denominazione di *consensus* – in relazione ad una tematica sensibile e discussa, in relazione alla quale l'Unione stessa non voglia imporre un orientamento univoco comune. Cfr. ad esempio S. VAN DEN BOGAERT, A. CUYVERS, *Money for nothing: the case law of the EU Court of Justice on the regulation of gambling*, in *Common Market Law Review*, 2001, p. 1175, che applicano questo ragionamento al rapporto tra libera prestazione dei servizi e disciplina nazionale dell'attività di scommessa e gioco d'azzardo. V. a questo riguardo quanto sostenuto dalla Corte nella sentenza 24 marzo 1994, causa C-275/92, *Schlinder*, in *Racc.* p. I-1039, punto 60: «Non è infatti possibile prescindere anzitutto da considerazioni di ordine morale, religioso o culturale attinenti alle lotterie come agli altri giochi d'azzardo in tutti gli Stati membri. Esse sono generalmente volte a limitare se non a vietare la pratica dei giochi di sorte e ad evitare che siano una fonte di profitto individuale».

<sup>1626</sup> Talora gli Stati mirano a giustificare misure restrittive sulla base dell'esigenza di tutelare interessi di altri Stati membri, come nella sentenza 10 maggio 1995, causa C-384/93 *Alpine investments*, in *Racc.* p. I-1141, in cui limitazioni all'attività di promozione di servizi finanziari per via telefonica – cd. *cold calling* – disposte nei Paesi Bassi erano state motivate infruttuosamente dinanzi alla Corte sulla base dei possibili benefici per i consumatori francesi. La Corte è di solito restia ad ammettere simili tipologie di giustificazioni.

<sup>1627</sup> La dottrina evidenzia come questo aspetto dell'apprezzamento della Corte possa consentire allo Stato un certo spazio discrezionale che potrebbe essere accostato al margine di apprezzamento elaborato nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. V. in questo senso J.A. SWEENEY, *A 'margin of appreciation' in the internal market: lessons from the European Court of Human Rights*, in *Legal Issues of Economic Integration*, 2007, p. 27. V. inoltre M. FICHERA, E. HERLIN-KARNELL, *The margin of appreciation test and balancing in the Area of freedom security and justice: a proportionate answer for a Europe of rights*, in *European Public Law*, 2013, p. 759. I due autori, in relazione allo spazio di libertà sicurezza e giustizia, evidenziano i nodi critici di questo concetto, che appare eccessivamente vago ed è a sua volta oggetto di interpretazione ondivaga nel contesto del Consiglio d'Europa, così da mal adattarsi al sistema dell'Unione europea.

<sup>1628</sup> V. la sentenza 18 luglio 1984, causa C-72/83, *Campus Oil*, in *Racc.* p. I-2727, in ordine

Inoltre, si pone il problema di bilanciare la protezione dell'ordine pubblico con la tutela di diritti fondamentali eventualmente lesi o messi a rischio dalla misura restrittiva cui lo Stato intenda garantire giustificazione. Anche in questo caso, la Corte, *a fortiori* nell'attuale panorama normativo, ha dimostrato di accordare privilegio alle iniziative nazionali che non limitino oltre il necessario tali fondamentali prerogative dell'individuo<sup>1629</sup>.

La rilevanza dei diritti fondamentali è altresì evidenziata dal fatto che la Corte, parallelamente alla valutazione nel merito, talora correda e rafforza il proprio apprezzamento con specifici requisiti procedurali, usualmente destinati a garantire che l'azione dello Stato non si ripercuota eccessivamente sulla sfera dei soggetti coinvolti. Il caso elettivo, al riguardo, è rappresentato dalla libera circolazione delle persone, che può trovare limitazione solo laddove al soggetto interessato sia garantito un rimedio giurisdizionale effettivo avverso l'allontanamento dallo Stato membro o il divieto di ingresso; inoltre, l'autorità procedente è chiamata a rendere pubbliche le motivazioni e gli elementi di prova sui quali trova fondamento l'asserita necessità di tutelare l'ordine pubblico o la pubblica sicurezza, di modo che sui medesimi sia possibili instaurare un contraddittorio<sup>1630</sup>. Il Giudice dell'Unione sollecita inoltre ad evitare automatismi, di modo che, ad esempio, la sussistenza di uno o più precedenti penali a carico di una persona non giustifica la restrizione della libertà di circolazione, se tali condanne non sono realmente indicative di un pericolo attuale e concreto per interessi essenziali dello Stato<sup>1631</sup>.

Lo sguardo di insieme sulla giurisprudenza della Corte rende in conclusione evidente un dato di fondo, che si pone con eguale criticità ed urgenza anche rispetto alle menzionate disposizioni del Trattato che affidano agli Stati la responsabilità circa il mantenimento dell'ordine pubblico e della pubblica sicurezza: si tratta infatti in primo luogo di stabilire quale regime debba essere applicato agli artt. 72 e 276 TFUE, a seconda della loro qualificazione come ipotesi di deroghe ai Trattati o limiti alle competenze dell'Unione, in secondo

al rapporto tra fornitura regolare di idrocarburi e minaccia alla sicurezza collettiva. Cfr. altresì la sentenza del 17 luglio 2008, causa C-207/07, *Commissione c. Spagna*, in *Racc.* p. I-111, pubblicata solo in spagnolo e francese, in relazione al rapporto tra libertà di stabilimento, libera prestazione dei servizi e rilascio di autorizzazioni ad imprese destinate ad operare nel campo dell'approvvigionamento energetico e della distribuzione dell'energia. V. in particolare il punto 46: «*Il convient de rappeler, à cet égard, qu'il ne saurait être nié que l'objectif de garantir la sécurité de l'approvisionnement en énergie, sur le territoire de l'État membre en cause, peut constituer une raison de sécurité publique*».

<sup>1629</sup> Fra le altre, v. la sentenza 29 aprile 2004, cause riunite C-482/01 e C-493/01, *Orfanopoulos*, in *Racc.* p. I-5257, punto 90.

<sup>1630</sup> V. ad esempio la sentenza ZZ, cit.

<sup>1631</sup> Sentenza 10 luglio 2008, causa C-33/07, *Jipa*, in *Racc.* p. I-5171, punti 23 e ss. e ulteriore giurisprudenza ivi citata.

luogo, occorre considerare in che misura e rispetto a quali situazioni lo Stato possa invocare le clausole in esame.

4.4. *La natura delle clausole di ordine pubblico e sicurezza interna ex artt. 72 e 276 TFUE: un tentativo di ricostruzione*

Allo scopo di ricostruire la portata degli artt. 72 e 276 TFUE, occorre anzitutto puntualizzare un aspetto rilevante circa il loro ambito di applicazione *ratione materiae*. Per dato espresso del Trattato, infatti, la prima di queste due norme opera esclusivamente in relazione allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, mentre l'art. 276 TFUE è ulteriormente limitato ai soli capi 4 e 5 del Titolo V, riguardanti la cooperazione giudiziaria e la cooperazione di polizia nel settore penale. Ciò significa che la consacrazione delle responsabilità dello Stato nel mantenimento dell'ordine pubblico e della pubblica sicurezza, in linea con il previgente regime primario, opera anche rispetto alla cooperazione giudiziaria in materia civile ed alla politica migratoria, mentre il regime *ad hoc* riservato alla giurisdizione della Corte patisce confini più angusti.

L'essenza giuridica dell'art. 72 TFUE ha sollecitato un dibattito di non secondario momento, sorto già nel contesto del dettame primario precedente alla riforma di Lisbona e suscettibile di modularne in maniera variabile l'incisività. Il confronto verte anzitutto sulla possibilità di equiparare la formula in esame ad una delle deroghe alle libertà fondamentali del mercato interno; secondo una differente lettura, invece, essa potrebbe essere qualificata come un vero e proprio limite alle competenze UE *tout court*, a beneficio degli Stati, che conserverebbero dunque l'esclusiva titolarità di queste attribuzioni<sup>1632</sup>. Da ultimo, vi è chi attribuisce a questa norma una mera funzione ordinatrice circa l'attuazione in sede nazionale delle competenze esercitate dall'Unione nell'ambito del Titolo V: spetterebbe infatti solo agli Stati dare séguito alle eventuali misure coercitive che il Trattato o il diritto derivato sollecitino ai fini del conseguimento degli scopi dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia<sup>1633</sup>.

La soluzione al dibattito quesito non é priva di importanti riflessi pratici, non solo in ordine alle implicazioni dell'art. 72 TFUE, ma anche rispetto alla definizione del rapporto tra diritto UE e diritto interno ed all'estensione e pervasività del controllo giurisdizionale esercitato in questa materia dalla Corte di giustizia<sup>1634</sup>.

<sup>1632</sup> Questa duplice opzione interpretativa viene suggerita da Weiler nell'ambito dell'annosa problematica sull'estensione della giurisdizione della Corte in materia di tutela dei diritti fondamentali. Cfr. J.H.H. WEILER, *Fundamental rights and fundamental boundaries: on standard and values in the protection of human rights*, in N. NEUWAHL, A. ROSAS (a cura di), *The European Union and human rights*, cit., p. 69.

<sup>1633</sup> V. in questo senso S. PEERS, *EU justice and home affairs*, cit., pp. 54-55.

<sup>1634</sup> È peraltro possibile che, lungi dal doversi accogliere l'una o l'altra delle opzioni, l'art. 64 TCE concentrasse in sé una duplice natura, a seconda delle circostanze del caso di specie e

Nell'ipotesi in cui si opti per la prima chiave di lettura, verrebbe riconosciuta agli Stati la possibilità di invocare una barriera allo spettro operativo delle norme del Titolo V, laddove sia ritenuto necessario preservare interessi nazionali rilevanti o funzioni essenziali delle autorità interne, riconducibili alle classiche clausole derogatorie dell'ordine pubblico e della pubblica sicurezza. L'individuazione delle situazioni suscettibili di giustificare il richiamo all'art. 72 TFUE sarebbe in prima battuta demandata a ciascuno Stato membro, ma sarebbe pur sempre subordinata ai parametri ed alle condizioni che la giurisprudenza ha avvalorato nel contesto delle deroghe al mercato interno.

In effetti, richiamando l'orientamento della Corte di giustizia, non si tratterebbe di un potere del tutto autonomo e libero da vincoli: le clausole derogatorie non possono infatti valere a delimitare un'area di competenza esclusiva in favore degli Stati o a sancire un'immunità dalla giurisdizione europea<sup>1635</sup>. L'operato di uno Stato che intenda valersi di una deroga al diritto dell'Unione, come visto poc'anzi, deve essere sottoposto ad un puntuale vaglio giurisdizionale, volto ad assicurare che l'invocazione della clausola ad opera delle autorità interne non si esaurisca nell'elusione del diritto UE ed in un *vulnus* alla sua coerente, uniforme ed effettiva applicazione in sede nazionale.

Qualificando l'art. 72 TFUE come deroga alle norme del Trattato, la Corte beneficerebbe dunque della competenza a statuire sul rispetto dei limiti per la sua fruttuosa invocazione e potrebbe altresì giudicare se i principi generali dell'UE ostino ad una determinata normativa o misura nazionale<sup>1636</sup>. Quanto all'effettiva estensione di tale controllo, peraltro, la dottrina ha talora evidenziato come la peculiarità delle materie di cui al Titolo V TFUE imponga di sindacare il ricorso alla norma in esame solo attraverso la lente di una selezione di principi, *in primis* la proporzionalità e il divieto di discriminazione in

del contesto normativo. In questa prospettiva, l'art. 64 potrebbe essere assimilato all'ex art. 296 TCE, oggi 345 TFUE. Ai sensi di questa norma, ogni Stato non può essere obbligato alla divulgazione di informazioni rispondenti ad interessi essenziali della propria sicurezza ed è legittimato all'adozione di misure necessarie alla protezione di propri interessi fondamentali che si riferiscano alla produzione di armi, munizioni e materiale bellico, senza tuttavia alterare la concorrenza nel mercato interno per prodotti che non abbiano utilizzo militare. L'articolo in questione, in effetti, è stato interpretato dalla Corte come una deroga al Trattato, ma ben potrebbe essere invocato da uno Stato per lamentare l'invalidità di un atto dell'Unione che incida sugli ambiti di competenza nazionale ivi indicati. Cfr. le sentenze della Corte del 16 settembre 1999, causa C-414/97, *Commissione c. Spagna*, in *Racc.*, p. I-5585, e 15 dicembre 2009, causa C-387/05, *Commissione c. Italia*, in *Racc.*, p. I-7403.

<sup>1635</sup> L'irrilevanza delle disposizioni di natura derogatoria rispetto al riparto di competenze è stata evidenziata nella pronuncia 12 luglio 1979, causa 153/78, *Commissione c. Germania*, in *Racc.* p. 2555. Per un inquadramento generale sul ruolo del concetto di ordine pubblico nell'ambito del mercato interno v. C. KESSEDJIAN, *Public order in European law*, in *Erasmus Law Review*, 2007, p. 25.

<sup>1636</sup> Supporta questa vision A. ADINOLFI, *Art. 72*, in F. POCAR, M.C. BARUFFI (a cura di), *Commentario breve*, cit., p. 72.

base alla nazionalità<sup>1637</sup>. Inoltre, la Corte potrebbe esercitare un approfondito sindacato nel merito della situazione di specie, in particolare valutando l'effettiva sussistenza di una situazione di tale rilevanza e gravità da giustificare l'applicazione del diritto interno in luogo di quello sovranazionale, così circoscrivendo alquanto la potestà discrezionale degli Stati nel definire il contenuto delle clausole derogatorie.

I sostenitori di questa impostazione evidenziano come all'odierno art. 72 TFUE non si accompagni una disposizione di rango primario capace di elidere espressamente qualsivoglia sindacato giurisdizionale sull'operato delle autorità nazionali<sup>1638</sup>. Vi è infatti chi, in dottrina, ha evidenziato che il previgente art. 35, par. 5, TUE ed il suo odierno omologo, l'art. 276 TFUE, in linea di principio si riferiscano solo alla procedura *ex art. 258 TFUE*, poiché è questa l'unica forma di controllo effettivo della Corte sull'attività delle autorità interne<sup>1639</sup>. Diversamente, come noto, il rinvio pregiudiziale non può essere utilizzato per interpretare il diritto nazionale o sindacarne la validità, poiché tale strumento può avere ad oggetto solo norme dell'Unione<sup>1640</sup>. In questa prospettiva, le disposizioni in esame sarebbero espressione di una peculiarità dell'architettura del sistema giurisdizionale europeo, ed in particolare del riparto di competenze fra le autorità giurisdizionali sovranazionali e quelle interne, anch'esse chiamate ad assicurare l'applicazione in via decentrata del diritto dell'Unione<sup>1641</sup>. D'altra parte, è possibile che la corretta valutazione di misure adottate dalle autorità interne imponga un previo chiarimento sulla portata di norme europee, così come non sono eccezionali i casi di utilizzo cd. indiretto o alternativo del rinvio di cui all'art. 267 TFUE, ovverosia di ipotesi in cui la questione pregiudiziale si sofferma sulla disposizione interna e sulla sua compatibilità con il diritto sovranazionale<sup>1642</sup>.

<sup>1637</sup> Cfr. F. JACOBS, *Human rights in the European Union: the role of the Court of justice*, in *European Law Review*, 2001, p. 337; D. THYM, *The Schengen law: a challenge for legal accountability in the European Union*, in *European Law Journal*, 2002, p. 218. Quest'ultimo autore evidenzia in particolar modo la possibilità di operare una "light review" del rispetto del principio di proporzionalità, considerata la delicatezza delle materie in questione.

<sup>1638</sup> Cfr. A. HINAREJOS, *Judicial control in the Area of Freedom, Security and Justice. Reforming jurisdiction in the intergovernmental pillars*, Oxford, 2010, p. 64. L'Autrice in verità sostiene la seconda opzione, ma presenta con puntualità gli argomenti a sostegno di entrambe.

<sup>1639</sup> V., in particolare, A. ARNULL, *The European Union and its Court of Justice*, cit., p. 136.

<sup>1640</sup> Ciò anche nell'ipotesi in cui la norma dell'Unione non sia applicabile in quanto tale, ma in ragione di un richiamo operato da una norma interna. V. le sentenze 18 ottobre 1990, *Dzodzi*, cit., e 2 marzo 2012, cause riunite C-175/08, C-176/08, C-178/08, C-179/08, *Abdulla*, non ancora pubblicata. L'orientamento della Corte è invece diverso qualora la norma europea venga parzialmente riprodotta nel disposto nazionale: v. la sentenza 28 marzo 1995, causa C-346/93, *Kleinwort Benson*, in *Racc.* p. 615.

<sup>1641</sup> V. sul punto A. ADINOLFI, *L'applicazione delle norme comunitarie da parte dei giudici nazionali*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2008, p. 617.

<sup>1642</sup> Accade non di rado, in effetti, che il quesito sollevato dal giudice interno attenga in

Allo stesso modo, valorizzando la tutela accordata dall'Unione europea ai diritti fondamentali, è stata sottolineata l'importanza di una verifica sulla compatibilità coi principi generali dell'ordinamento UE di misure nazionali potenzialmente molto incisive sulla sfera degli individui coinvolti, in quanto nella maggior parte dei casi attinenti all'esercizio della forza da parte delle autorità nazionali a tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza interna<sup>1643</sup>.

All'atto pratico, peraltro, la configurazione dell'art. 72 TFUE quale deroga al diritto dell'Unione appare solo parzialmente coerente con l'assetto delle materie alle quali questa norma trova applicazione. Esso infatti ben si attaglia, ad esempio, al tema tradizionale dell'attuazione di controlli alle frontiere fra gli Stati membri e del loro ripristino temporaneo, quale eccezione rispetto al principio dell'assenza di simili verifiche all'interno dello spazio Schengen. Al contrario, una clausola derogatoria non sembra ben attagliarsi alla cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale: da un lato, agli Stati è usualmente ed espressamente accordata la possibilità di adottare un regime normativo più rigoroso rispetto alle norme minime comuni dettate a livello UE per il contrasto a fenomeni criminali rilevanti e di portata transnazionale; dall'altro lato, il coordinamento dell'attività di polizia è esso stesso finalizzato ad accrescere le capacità preventive e repressive delle forze dell'ordine nazionali. In definitiva, il margine operativo dell'art. 72 TFUE, ove qualificato come deroga al Titolo V del Trattato, sarebbe di fatto fortemente circoscritto dalla natura e dalle finalità dell'azione europea nel settore della cooperazione giudiziaria e di polizia.

Laddove si optasse invece per la seconda lettura della norma, riconoscendo che essa fissa un limite alle competenze dell'Unione, tutto quanto riconducibile alla nozione di mantenimento dell'ordine pubblico e della pubblica sicurezza ricadrebbe al di fuori del campo di applicazione del diritto UE: si tratterebbe infatti di una materia *in toto* esclusa dal novero delle attribuzioni delle istituzioni sovranazionali. Tale soluzione troverebbe supporto nella centralità del principio di attribuzione delle competenze, a più riprese richiamato e valorizzato nella sistematica dei Trattati, anche rispetto al Titolo V TFUE<sup>1644</sup>. Nel contesto di un settore di competenza concorrente quale lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, pertanto, l'art. 72 TFUE, nello spirito di molte altre norme primarie, mirerebbe a sottolineare ulteriormente il riparto di attribuzioni, confermando che solo le autorità nazionali godono di piena

realtà all'interpretazione o validità della norma nazionale. In simili ipotesi, la Corte ha maturato un approccio in base al quale, in termini generali, non dichiara tout court la propria incompetenza, ma procede a riformulare direttamente il quesito, volgendolo in una formulazione compatibile con le caratteristiche del rinvio pregiudiziale. V. ad es. la sentenza 18 giugno 1991, causa C-369/89, *Piageme*, in *Racc.* p. I-2971.

<sup>1643</sup> Cfr. S. PEERS, *National security and European law*, in *Yearbook of European Law*, 1996, p. 363.

<sup>1644</sup> V. *ante*, Capitolo I, par. 5.



legittimazione rispetto all'adozione delle norme essenziali in materia di ordine pubblico ed alla loro attuazione mediante i poteri coercitivi dei quali ogni Stato è depositario ai fini del mantenimento dell'ordine pubblico e della sicurezza interna.

Parimenti, questa impostazione sembra preferibile in ragione della particolare natura dei settori e delle funzioni statali essenziali richiamate, che riguardano profili strettamente collegati all'esercizio dei poteri sovrani delle autorità interne. In questa prospettiva, parte della dottrina pone in rilievo il rapporto tra il disposto in esame ed il testo del secondo periodo dell'art. 4, par. 2, TUE, a mente del quale «[l'Unione europea] rispetta le funzioni essenziali dello Stato, in particolare le funzioni di salvaguardia dell'integrità territoriale, di mantenimento dell'ordine pubblico e di tutela della sicurezza nazionale. In particolare, la sicurezza nazionale resta di esclusiva competenza di ciascuno Stato membro». Viene infatti evidenziato come, a fronte della struttura composita dell'art. 4, par. 2, TUE<sup>1645</sup>, incentrata sull'obbligo in capo alle istituzioni europee di rispettare l'identità nazionale degli Stati membri, l'espreso richiamo all'ordine pubblico ed alla sicurezza costituisca una generalizzazione del dettame dell'art. 72 TFUE. In sostanza, le due previsioni godrebbero di un differente spettro operativo, ma sarebbero astrattamente comparabili – con la rilevante indicazione di cui all'art. 4, par. 2, TUE secondo la quale la sicurezza nazionale spetta in via esclusiva alle autorità statali – e, lette in combinato disposto, imporrebbero all'Unione di non interferire nell'esercizio delle competenze nazionali in materia di ordine pubblico e sicurezza interna<sup>1646</sup>.

Dal punto di vista sistematico, un ulteriore fattore idoneo a giustificare l'opzione per questa interpretazione dell'articolo 72 TFUE deriva dalla normativa in tema di verifiche di frontiera nello spazio Schengen. L'articolo 21 del già citato regolamento 562/2006 – cd. codice frontiere Schengen – stabilisce infatti alla lett. a) che «la soppressione del controllo di frontiera alle frontiere interne non pregiudica l'esercizio delle competenze di polizia da parte delle autorità competenti degli Stati membri in forza della legislazione nazionale [...]». Orbene, in una pronuncia, ad oggi isolata, sull'interpretazione del regolamento, la Corte ha posto in diretta relazione il dettame del citato art. 21, lett. a), e l'art. 72 TFUE, il primo considerato specifica declinazione di una clausola generale fissata dal Trattato<sup>1647</sup>. L'esplicitazione di questo legame

<sup>1645</sup> M.C. BARUFFI, *Art. 4*, in F. POCAR, M.C. BARUFFI (a cura di), *Commentario breve*, cit., p. 13.

<sup>1646</sup> Cfr. G. VAN DER SCHYFF, *The constitutional relationship between the European union and its Member States: the role of National identity in article 4(2) TEU*, in *European Law Review*, 2012, p. 563, in particolare p. 771. L'autore peraltro precisa che l'art. 72 TFUE non è ancora stato oggetto di reale chiarimento interpretativo da parte della Corte di giustizia.

<sup>1647</sup> V. la sentenza *Adil*, cit., punto 66.

discende probabilmente dalle previgenti norme del Trattato poc'anzi considerate, in particolare l'ex art. 368, par. 2, TCE, e rileva ai fini della presente analisi poiché l'art. 21, lett. a), richiama di fatto quelle attività di controllo del territorio che, non equiparabili a verifiche di frontiera, costituiscono espressione elettiva delle competenze normative e delle funzioni operative esercitate dallo Stato a protezione dell'ordine pubblico e della pubblica sicurezza interni. Nel vietare le verifiche ai confini tra Stati membri ed ogni attività ad esse equivalente, dunque, il codice frontiere Schengen conferma che gli Stati mantengono la potestà di presidiare il proprio territorio e di sottoporre a controlli di polizia chi vi transiti, in ossequio alla normativa nazionale.

Se, come fa intuire la Corte, peraltro senza ulteriore supporto o sforzo argomentativo, sotto questo profilo il regolamento è una *species* dell'art. 72 TFUE, ne deriva che il disposto primario dovrebbe essere elettivamente qualificato come una norma attinente al riparto di competenze.

Allo stesso tempo, questa lettura non esclude *in toto* – anzi, in parte include – la terza visione propugnata in dottrina e poc'anzi richiamata, secondo la quale il riferimento alle responsabilità degli Stati membri non servirebbe a sottrarre all'Unione in via generale la competenza in materia di ordine pubblico e sicurezza interna, bensì riguarderebbe solo la messa in opera dell'apparato coercitivo necessario a dare attuazione alle norme europee adottate nei settori dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia e che incidano su tali funzioni essenziali<sup>1648</sup>. Se non appare meritevole di credito l'idea che l'art. 72 TFUE non incida sul riparto di competenze, allo stesso tempo si ritiene condivisibile la considerazione che le responsabilità incombenti agli Stati membri in tema di ordine pubblico e sicurezza interna possono anche sorgere da norme adottate a livello europeo, in relazione a fenomeni criminosi di accentuato rilievo o a particolari istituti volti a rafforzare la cooperazione operativa tra le autorità di polizia nazionali, che debbano essere attuate attraverso gli apparati nazionali di repressione del crimine.

Da un lato, dunque, l'art. 72 TFUE precluderebbe all'Unione di legiferare su aspetti che riguardano strettamente il mantenimento dell'ordine pubblico e della sicurezza interna, a meno che non sussista un collegamento preponderante con ulteriori settori disciplinati dai Trattati o funzionali al conseguimento degli obiettivi del processo di integrazione<sup>1649</sup>. Dall'altro lato, anche in questa ipotesi, per la struttura stessa dell'ordinamento dell'Unione ed in forza del

<sup>1648</sup> Cfr. S. PEERS, *Justice and home affairs law*, cit., p. 156.

<sup>1649</sup> Basti pensare alla cooperazione informativa tra le autorità di polizia. Su questo tema, in rapporto ai diritti degli individui coinvolti, al ruolo delle autorità nazionali ed alle esigenze di sicurezza, v. N. PARISI, *Cooperazione fra le autorità nazionali ed europee incaricate "dell'applicazione della legge" nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia. I principi fondanti la circolazione internazionale delle informazioni*, in R. DEL COCO, E. PISTOIA (a cura di), *Stranieri e giustizia penale*, cit., p. 101.

dettame generale dell'art. 4, par. 2, TUE, l'applicazione di tali norme sarebbe necessariamente veicolata dall'operato delle autorità che in sede nazionale sono deputate all'applicazione della legge.

Questa ricostruzione, rispetto all'equiparazione dell'art. 72 TFUE ad una clausola derogatoria, tradurrebbe in dato tecnico l'affidamento dell'ordine pubblico e della sicurezza interna alla responsabilità degli Stati: sin dal piano lessicale, il concetto di responsabilità implica un più ampio margine decisionale ed operativo in capo al titolare, *ictu oculi* essenziale ai fini del compiuto e coerente svolgimento delle funzioni attribuite.

Anche in questa ipotesi, peraltro, residuerebbe un pur circoscritto spazio di intervento della Corte di giustizia rispetto alla condotta degli Stati. Il Collegio di Lussemburgo, invero, sin dagli anni '60, ha avuto modo di precisare che gli Stati devono esercitare le competenze loro attribuite – finanche in via esclusiva – nel rispetto del diritto dell'UE, con particolare riferimento per i principi generali<sup>1650</sup>. Questo orientamento è stato a più riprese confermato e, anche nella giurisprudenza recente, ha rivestito un ruolo essenziale nel sottoporre al sindacato della Corte l'operato degli Stati membri in vari settori loro formalmente attribuiti<sup>1651</sup>, ma suscettibili di incidere, pur in maniera indiretta o mediata, sulla piena applicazione di istituti e principi fondamentali del diritto dell'Unione, come nel caso della cittadinanza europea o della tutela di diritti fondamentali<sup>1652</sup>. A quest'ultimo riguardo, una conferma della necessità

<sup>1650</sup> Cfr. la sentenza della Corte del 10 dicembre 1969, cause riunite 6/69 e 11/69, *Commissione c. Francia*, in *Racc.* p. 523, punto 17. V. inoltre le sentenze 30 aprile 1986, causa 57/86, *Grecia c. Commissione*, in *Racc.* p. 2855, e 25 luglio 1991, causa C-221/89, *Factortame e a.*, in *Racc.* p. I-3905, punto 14.

<sup>1651</sup> Analogo approccio, ad esempio, si registra rispetto all'ex art. 295 TCE, oggi art. 345 TFUE, ai sensi del quale i Trattati lasciano impregiudicato il regime di proprietà previsto negli Stati membri. Nel caso *Salzmann* la Corte ha precisato che, pur trattandosi di una materia riservata in via esclusiva agli Stati, ciononostante questi devono rispettare le norme fondamentali del Trattato. Nel caso di specie si trattava di valutare la compatibilità dell'obbligo di conseguire un'autorizzazione amministrativa al fine di acquistare una seconda casa con la libera circolazione dei capitali. Cfr. la sentenza 15 maggio 2003, causa C-300/01, *Salzmann*, in *Racc.* p. I-4899. Altre applicazioni di questo orientamento si riscontrano in ambiti quali la politica sociale, la fiscalità, lo sport. V. ad es. le sentenze 16 maggio 2006, causa C-372/04, *Watts*, in *Racc.* p. I-4325; 8 settembre 2005, causa C-512/2003, *Blankaert*, in *Racc.* p. I-7685; 13 dicembre 2005, causa C-446/03, *Marks & Spencer*, in *Racc.* p. I-10837; 15 dicembre 1995, causa C-415/93, *Jean Marc Bosman*, in *Racc.* p. I-4921.

<sup>1652</sup> Cfr., nel primo senso, la sentenza 26 ottobre 2006, causa C-192/05, *Tas-Hagen*, in *Racc.* p. I-10451, e la sentenza 2 marzo 2010, causa C-135/08, *Rottmann*, in *Racc.* p. I-1449; in relazione ai diritti fondamentali v. la sentenza 11 dicembre 2007, causa C-438/05, *Finnish Seamen's Union c. Viking*, in *Racc.* p. I-10779. Per un breve approfondimento sull'estensione del controllo giurisdizionale della Corte in caso di competenze degli Stati, con specifico riferimento alla tutela dei diritti fondamentali ed all'ambito applicativo della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione europea v. G. STROZZI, *Il sistema di tutela integrato di diritti fondamentali dopo Lisbona: attualità e prospettive*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2011, p. 837.

di filtrare l'operato delle autorità interne alla luce dei diritti fondamentali giunge dalla menzionata prassi giurisprudenziale della Corte sul sindacato circa l'esercizio dello *jus puniendi* da parte degli Stati membri, materia astrattamente riconducibile alle misure ed alle scelte normative riguardanti il mantenimento dell'ordine pubblico<sup>1653</sup>. Nel citato caso *Fransson*, infatti, pur in un contesto in cui la rilevanza del diritto dell'Unione era fortemente controversa – tanto da essere esclusa dall'avvocato generale – la Corte ha ritenuto di poter censurare, in forza del principio del *ne bis in idem* sanzionatorio e del principio di proporzionalità delle pene, un regime nazionale che imponeva una sanzione asseritamente amministrativa ed una di natura penale per uno stesso reato tributario.

Allo stesso tempo, il richiamo all'esigenza di proteggere l'ordine pubblico e la sicurezza interna da possibili minacce non può valere ad eludere un «elemento costitutivo degli obiettivi dell'Unione»<sup>1654</sup>, come sottolineato dalla Corte in relazione all'abolizione dei controlli alle frontiere interne e di ogni verifica ad essi equivalente, adempimenti decisivi al fine di dare piena attuazione alla libera circolazione delle persone nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia<sup>1655</sup>. Così, ad esempio, controlli di polizia effettuati sul territorio nazionale, ma a limitata distanza dalle aree di confine e privi di carattere selettivo, possono rivelare l'intento di ovviare indebitamente all'abbattimento delle frontiere interne: né il Trattato «né il regolamento 562/2006 escludono la competenza degli Stati membri in tema di lotta all'immigrazione clandestina ed al soggiorno irregolare, benché sia chiaro che questi ultimi devono fare in modo che la propria legislazione in materia rispetti il diritto dell'Unione»<sup>1656</sup>.

Peraltro, anche alla luce del disposto dell'art. 276 TFUE, l'impostazione maggiormente coerente con il dato positivo e sistematico deve essere selezionata tenendo in debita considerazione la pervasività del controllo giurisdizionale, aspetto in concreto non privo di rilevanti implicazioni e differenze, a seconda della scelta operata.

<sup>1653</sup> Nel caso *Fransson* certo non si disquisiva sull'applicazione dell'art. 72 TFUE, ma veniva evidenziato come la scelta del regime sanzionatorio, in assenza di norme UE in materia ed in presenza di un collegamento meramente indiretto col diritto dell'Unione, fosse di competenza esclusiva delle autorità nazionali, anche in ragione della particolare delicatezza e sensibilità della disciplina penale.

<sup>1654</sup> Cfr. il considerando n. 1 del regolamento CE 526/2006 ed il punto 49 della sentenza *Adil*, cit.

<sup>1655</sup> Cfr. l'art. 77, par. 1, lett. a), TFUE.

<sup>1656</sup> Cfr. la sentenza del 6 dicembre 2011, causa C-329/11, *Achughbabian*, in *Racc.* p. I-12695, punto 33. In un'altra occasione, la Corte ha avuto modo di puntualizzare come l'abbattimento dei controlli alle frontiere interne non precluda agli Stati la possibilità di imporre l'obbligo di portare con sé un documento di identità, adempimento essenziale ai fini di eventuali controlli di identità da parte delle forze di polizia: v. la sentenza *Melki e Abdeli*, cit., punto 71.

In effetti, se ritenuta una deroga al diritto europeo, la clausola in esame presupporrebbe che la condotta nazionale interessi situazioni che ricadono nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione e seguirebbe dunque il regime rigoroso previsto per analoghe previsioni primarie, secondo un rapporto regola-eccezione orientato ad un chiaro *favor integrationis*. Ne deriverebbe infatti la necessità di interpretare il richiamo al mantenimento dell'ordine pubblico e della pubblica sicurezza in maniera restrittiva, secondo i canoni di necessità e proporzionalità e nella consapevolezza della prioritaria esigenza di garantire la piena ed effettiva applicazione delle norme europee. Una simile impostazione, inoltre, consentirebbe alla Corte di soppesare l'attualità e gravità del pericolo per l'ordine pubblico lamentato dallo Stato, anche in relazione agli interessi collettivi fondamentali asseritamente perseguiti. Proprio in ragione del grado di incisività del controllo sulle misure adottate a livello nazionale, questa soluzione appare meno preferibile, anche in rapporto alla formulazione letterale ed alla *ratio* dell'art. 72 TFUE, che ne risulterebbero di fatto frustrati.

Optando per la seconda qualificazione giuridica, invece, l'attribuzione di competenza esclusiva agli Stati membri limiterebbe la possibilità di intervento e di scrutinio da parte della Corte alle sole situazioni che manifestino un collegamento col diritto dell'Unione e che diano origine ad una violazione di norme rilevanti dell'ordinamento europeo. Tale sindacato, inoltre, non opererebbe in presenza di scelte discrezionali espressive di interessi fondamentali dello Stato e sarebbe peraltro limitato alla verifica del rispetto dei principi generali dell'ordinamento UE.

Forse anche per il limitato divario tra le due opzioni, la Corte non ha mai formulato una scelta espressa ed definitiva sul punto, pur avendo dimostrato nella più recente giurisprudenza di prediligere il primo inquadramento, talora riconoscendo *incidenter tantum* natura di disposizione derogatoria del previgente art. 64 TCE<sup>1657</sup>.

<sup>1657</sup> Cfr. la sentenza dell'8 aprile 2008, causa C-337/05, *Commissione c. Italia*, in *Racc.* p. I-2173, punto 43: «Infatti, come la Corte ha già dichiarato, il Trattato prevede deroghe da applicare in situazioni che possono compromettere la pubblica sicurezza, in particolare agli artt. 30 CE, 39 CE, 46 CE, 58 CE, 64 CE, 296 CE e 297 CE, che riguardano ipotesi eccezionali chiaramente delimitate. Non è lecito dedurre una riserva generale, inerente al Trattato, che escluda dall'ambito d'applicazione del diritto comunitario qualsiasi provvedimento adottato per motivi di pubblica sicurezza. Ammettere l'esistenza di una riserva del genere, prescindendo dai presupposti specifici stabiliti dal Trattato, rischierebbe di compromettere la forza cogente e l'applicazione uniforme del diritto comunitario». V. inoltre le sentenze dell'11 marzo 2003, causa C-186/01, *Alexander Dory*, in *Racc.* p. I-2479, punto 31, e del 4 marzo 2010, causa C-38/06, *Commissione c. Portogallo*, in *Racc.* p. I-1569. Come precisato, l'orientamento della Corte non consente tuttavia di aderire appieno a questa impostazione, poiché in altre due precedenti occasioni essa ha menzionato le deroghe previste dal Trattato senza includervi l'art. 64 TCE: sentenze del 26 ottobre 1999, causa C-273/97, *Angela Maria Sirdar*, in *Racc.*, p. I-7403, punto 16 e sentenza 11 gennaio 2000, causa C-285/98, *Tanja Kreil*, in *Racc.* p. I-69, punto 16.

4.5. *La portata delle clausole di ordine pubblico e sicurezza interna ex artt. 72 e 276 TFUE*

Chiarito il possibile inquadramento giuridico delle clausole contenute agli artt. 72 e 276 TFUE, rimane da considerare il contenuto delle nozioni di ordine pubblico e sicurezza interna, alla luce delle disposizioni in esame e del particolare contesto nel quale esse sono incardinate.

A questo proposito, sulla scorta di quanto evidenziato sinora, pare potersi prospettare un'analisi su due piani differenti, riguardanti rispettivamente l'attività di contrasto al crimine in senso stretto e, in senso più ampio, le scelte normative che gli Stati operano a tutela di propri interessi essenziali, riconducibili al disposto degli articoli in esame.

Dal primo punto di vista, il richiamo al mantenimento dell'ordine pubblico e della sicurezza interna evoca l'attività di prevenzione e repressione del crimine che ogni Stato, mediante l'apparato istituzionale e normativo del quale è dotato, esercita quale espressione della propria potestà sovrana e precipitato della legittimazione popolare. La dimensione che si potrebbe definire "operativa" delle nozioni in esame attinge appieno al concetto di «funzioni essenziali» cristallizzato all'art. 4, par. 2, TUE e consente di ritenere che, a meno di un espresso dato normativo europeo di segno differente<sup>1658</sup> e finanche in presenza di un'attività di coordinamento tra autorità nazionali – ad esempio nel contesto di Europol, dell'attività della Procura europea o dello svolgimento di un pattugliamento delle frontiere esterne dell'Unione sotto l'egida di Frontex – spetti alle autorità nazionali dare séguito alle norme interne ed europee in tema di prevenzione e contrasto della criminalità.

Ad oggi, quanto meno nel contesto della cooperazione in materia penale<sup>1659</sup> e pur in presenza di un crescente dibattito in rapporto alle attribuzioni della istituenda Procura europea ed ai suoi rapporti con gli Uffici nazionali, questa accezione non pone particolari problemi ed anzi risponde alle caratteristiche intrinseche del rapporto tra ordinamento dell'Unione e organigramma istituzionale statale. Solo gli Stati, infatti, come già evidenziato, godono degli strumenti e dell'apparato coercitivo necessari all'esercizio fattivo tali funzioni.

Le nozioni in parola, tuttavia, esprimono altresì àmbiti ed interessi spesso essenziali per gli ordinamenti nazionali: occorre dunque chiedersi se ad esse

<sup>1658</sup> In questo senso S. PEERS, *Justice and home affairs*, cit., p. 45, per il quale la norma in esame non è una delega in bianco agli Stati nell'attuazione del diritto dell'Unione in materia di spazio di libertà, sicurezza e giustizia, ma una previsione suscettibile di deroga in presenza di una norma sovranazionale che espressamente accordi tali compiti ad un organo dell'Unione.

<sup>1659</sup> Discorso differente può essere invece fatto per il già citato settore dei controlli alle frontiere interne, in cui anche in sede giurisprudenziale è stato evidenziato il rischio che dietro a controlli di polizia sul territorio si mascherino indebite verifiche di frontiera: v. le citate sentenze *Melki e Abdeli* e *Adil*.

non debba altresì essere ricondotta una portata “normativa” di ampio respiro, connessa cioè ad un livello più elevato e non strettamente operativo del ruolo di norme sul riparto di competenze loro poc’anzi ricondotto. Infatti, l’art. 72 TFUE, quale *species* dell’art. 4, par. 2, TUE, potrebbe essere ritenuto idoneo ad obbligare l’Unione al rispetto delle scelte fondamentali esercitate dagli Stati in questi rilevanti settori. Ovviamente, così come per l’art. 4, par. 2, TUE, non può configurarsi una delega in bianco in favore delle autorità nazionali, bensì è necessario delimitare puntualmente i contorni della sfera di competenza potenzialmente desumibile dall’art. 72 TFUE in favore degli Stati ai fini del mantenimento dell’ordine pubblico e della sicurezza interna, anche alla luce del fatto che l’esercizio di tali attribuzioni non deve contrastare con i principi fondanti dell’ordinamento dell’Unione.

Da questo punto di vista, alcune utili notazioni provengono dalla giurisprudenza di Lussemburgo, che è talora intervenuta in situazioni in cui uno Stato membro mirava a sottrarsi all’applicazione del diritto dell’UE, affermando la necessità di tutelare la propria sicurezza esterna od interna ed invocando la propria competenza in materia. La Corte ha per la prima volta statuito sul punto nel caso *Centro-Com*, nel quale l’asserita urgenza di proteggere la sicurezza esterna della Gran Bretagna, a fronte di minacce internazionali legate alla guerra nei Balcani ed al rispetto di misure economiche restrittive adottate dal Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite nei confronti della Jugoslavia, non è valsa a giustificare la violazione da parte dello Stato membro coinvolto delle norme del Trattato in tema di politica commerciale comune<sup>1660</sup>.

L’orientamento in oggetto è stato applicato anche in ipotesi in cui gli Stati membri hanno giustificato misure di dubbia compatibilità con il diritto dell’Unione con l’esercizio delle proprie responsabilità nel mantenimento dell’ordine pubblico e della pubblica sicurezza interni. Nel caso cd. *Fragole spagnole*<sup>1661</sup>, infatti, la Corte ha accolto l’argomentazione francese secondo la

<sup>1660</sup> Cfr. la sentenza della Corte del 14 gennaio 1997, causa C-124/95, *The Queen, ex parte Centro-Com srl c. HM Treasury e Bank of England*, in *Racc.* p. I-81. Il contrasto riguardava alcune misure britanniche volte a limitare o cessare le esportazioni di taluni prodotti verso la Jugoslavia – allora principale fautrice del conflitto nei Balcani – e la normativa del Trattato in materia di politica commerciale comune: lo Stato aveva in particolare giustificato alcune restrizioni quantitative all’esportazione sulla scorta del fatto che le misure perseguivano finalità di politica estera e sicurezza, anche in ossequio ad alcune risoluzioni ONU volte ad imporre misure economiche restrittive nei confronti della Jugoslavia. In dottrina v. L. PAVONI, *UN Sanctions in EU and National Law: the Centro-Com case*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 1999, p. 582.

<sup>1661</sup> Cfr. la sentenza della Corte del 9 dicembre 1997, causa C-265/95, *Commissione c. Francia*, in *Racc.* p. I-6959, punti 33-35 e 56-57. Nel caso in esame si controverteva sulla violazione degli artt. 5 e 30 TCE da parte della Francia. La Commissione riteneva lo Stato responsabile di non aver posto termine ad una serie di azioni violente ed intimidatorie realizzate dai

quale la scelta sui modi e sui tempi di intervento della forza pubblica per placare una violenta e perdurante protesta di un'organizzazione di produttori agricoli transalpina a danno delle derrate ortofrutticole importate da Spagna e Belgio spettava in via esclusiva allo Stato membro e non poteva essere ricondotta alle deroghe di cui all'allora art. 30 TCE. Tuttavia, la Corte ha sostenuto che le misure riconducibili alla garanzia dell'ordine pubblico, pur competendo agli Stati, devono essere sindacate nel momento in cui rivelino un collegamento con l'ordinamento UE ed infrangano il diritto dell'Unione, rappresentato nel caso di specie dalle norme del Trattato sulla libera circolazione delle merci, con particolare attenzione per i diritti fondamentali<sup>1662</sup>.

Vi sono peraltro situazioni di confine, in relazione alle quali appare arduo scindere fra la possibilità di valutare provvedimenti interni in tema di ordine pubblico o pubblica sicurezza e la necessità di esercitare un dovuto *self-restraint* al cospetto di scelte politiche discrezionali riguardanti interessi essenziali dello Stato. Al proposito sono emblematiche alcune pronunce sul divieto di discriminazioni di genere nell'organizzazione delle forze armate. Nei casi *Sirdar* e *Kreil*, infatti, la Corte di giustizia ha sostenuto che la disciplina sulla composizione e la struttura interna dell'esercito è prerogativa degli Stati, ma che le norme interne non devono determinare un'indebita discriminazione, in aperto contrasto con l'odierno art. 18 TFUE<sup>1663</sup>.

Nella successiva pronuncia *Dory*, il Giudice dell'Unione ha tuttavia ritenuto che il diritto comunitario non potesse costituire un parametro di validità della disciplina tedesca in tema di servizio militare, che imponeva ai soli uomini l'assolvimento dell'obbligo di leva<sup>1664</sup>. In quel contesto, infatti, secondo l'argomentazione del Collegio, la Germania non si era limitata a regolare la composizione delle forze armate, ma aveva legittimamente esercitato la propria discrezionalità normativa rispetto al fondamentale interesse alla difesa del territorio nazionale e dunque della sicurezza interna<sup>1665</sup>.

membri di un'organizzazione di produttori agricoli per contrastare l'importazione e l'immissione nel mercato di merci ortofrutticole spagnole e belghe.

<sup>1662</sup> Per approfondimenti, H. HOFMANN, *Enforcement of EU law and national criminal law. Legal problems in composite procedures*, University of Luxembourg Law Working Paper n. 2009/05; S.A. DE VRIES, *Balancing fundamental rights with economic freedoms according to the European Court of Justice*, in *Utrecht Law Review*, 2013, p. 169.

<sup>1663</sup> V. le sentenze del 26 ottobre 1999, causa C-273/97, *Angela Maria Sirdar*, in *Racc.*, p. I-7403, e 11 gennaio 2000, causa C-285/98, *Tanja Kreil*, in *Racc.* p. I-69.

<sup>1664</sup> Cfr. la sentenza della Corte dell'11 marzo 2003, causa C-186/01, *Alexander Dory*, in *Racc.* p. I-2479.

<sup>1665</sup> Cfr. sentenza *Alexander Dory*, cit., punto 35: «È noto che le decisioni degli Stati membri relative all'organizzazione delle loro forze armate non possono essere sottratte completamente all'applicazione del diritto comunitario, in particolare quando si tratta del rispetto del principio di parità di trattamento tra gli uomini e le donne in merito ai rapporti di lavoro, segnatamente in materia di accesso alla carriera militare. Tuttavia, non ne deriva che il diritto comunitario disciplini le scelte di organizzazione militare degli Stati membri che hanno ad og-



Seguendo questa linea argomentativa, si ritiene possibile sostenere che l'accezione qui definita "normativa" del richiamo all'ordine pubblico ed alla sicurezza interna, ai fini dell'art. 72 TFUE ed in rapporto al controllo giurisdizionale *ex art. 276 TFUE*, investa la potestà decisionale interna rispetto a scelte politiche di primario rilievo, spettanti agli Stati ed impermeabili allo scrutinio alla luce del diritto UE.

In effetti, la Corte ha avuto modo in più occasioni di precisare, con orientamento unanime, che gli indirizzi della politica nazionale in materia di ordine pubblico e pubblica sicurezza interna ed esterna e l'adozione delle relative misure appartengono alla competenza esclusiva degli Stati membri<sup>1666</sup>. Tuttavia, la mera circostanza che una decisione riguardi la sicurezza dello Stato non può comportare l'inapplicabilità del diritto dell'Unione, se la misura interna rivela un collegamento con norme sovranazionali<sup>1667</sup>. Solo infatti ipotesi chiaramente delimitate che attingano a scelte di portata generale su *core functions* degli Stati o, come si vedrà a breve, manifestino caratteri di eccezionalità, sono idonee a sfuggire alla rete dello scrutinio alla luce dell'ordinamento dell'Unione, pur sempre però nel rispetto dei principi generali e dei diritti fondamentali<sup>1668</sup>.

Sebbene in tale prospettiva il contenuto delle clausole in esame si caratterizzi per margini oltremodo sfumati e di difficile definizione, sembra nondimeno opportuno valorizzare appieno ed applicare agli articoli in commento la giurisprudenza menzionata, onde assicurare l'effetto utile del disposto del Trattato e la sua piena coerenza con la norma generale di cui all'art. 4, par. 2, TUE. Una simile impostazione, svincolata dal mero dato operativo e funzionale, seppur non esente da margini di ambiguità e necessariamente ancorata ad una valutazione su base casistica<sup>1669</sup>, coglie in maggior grado nel segno della *ratio* sottesa alle molte norme che, a partire dall'art. 4, par. 2, TUE sino ad

getto la difesa del loro territorio o dei loro interessi essenziali». In dottrina v. N. GRIEF, *EU law and security*, in *European Law Review*, 2007, p. 752.

<sup>1666</sup> Sentenze 4 ottobre 1991, causa C-367/89, *Richardt*, in *Racc.* p. I-4621, e 17 ottobre 1995, causa C-83/94, *Leifer*, in *Racc.* p. I-3231, punto 35.

<sup>1667</sup> Cfr. la sentenza 4 giugno 2013, causa C-300/11, *ZZ*, non ancora pubblicata.

<sup>1668</sup> V. la sentenza 4 marzo 2010, *Commissione c. Portogallo*, cit., punto 62.

<sup>1669</sup> Similmente peraltro a quanto avviene nel contesto delle deroghe alle libertà fondamentali del mercato interno, che il Giudice dell'Unione ritiene possano essere invocate fruttuosamente solo in presenza di situazioni di pericolo serio ed effettivo per l'ordine pubblico, richiedendo inoltre che la condotta dello Stato sia tesa a tutelare interessi fondamentali dei propri consociati. Questo orientamento giurisprudenziale, oggi consolidato, è stato inaugurato con la sentenza della Corte di giustizia 27 ottobre 1977, causa 30/77, *Regina c. Pierre Bouche-reau*, in *Racc.* p. 1999. Con questa pronuncia la Corte ha precisato il proprio orientamento in ordine al significato ed alla portata della deroga dell'ordine pubblico. In una sentenza precedente, infatti, essa aveva riconosciuto agli Stati ampia libertà nel definire in via autonoma il contenuto della nozione di public policy, anche alla luce dell'evoluzione della sensibilità sociale. V. la sentenza 4 dicembre 1974, causa 41/74, *van Duyn*, in *Racc.* p. 1337.

arrivare alle disposizioni generali sul Titolo V TFUE, consacrano la centralità del principio di attribuzione e del principio di sussidiarietà e garantiscono al contempo che l'Unione si impegna a rispettare i cardini degli ordinamenti penali nazionali, in uno con le espressioni elettive dell'esercizio del potere sovrano degli Stati.

4.6. *Situazioni eccezionali e tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza interna: gli artt. 346 e 347 TFUE*

Il contenuto delle clausole di ordine pubblico e sicurezza interna di cui agli artt. 72 e 276 TFUE può essere indirettamente ricostruito anche grazie al disposto dell'art. 347 TFUE, che, unitamente agli artt. 346 e 348 TFUE, completa l'approccio dei Trattati a questo tema. La peculiare delicatezza della materia in esame, infatti, si è tradotta in una serie di norme destinate a fronteggiare l'eventualità – denegata ma certo non confinata ad un piano meramente astratto – in cui si verificano situazioni di grave pericolo e turbativa per l'ordine pubblico e la sicurezza di uno Stato membro, che forzino le autorità nazionali all'adozione di misure di emergenza capaci di riflettersi negativamente anche sul funzionamento del mercato interno.

I redattori del Trattato, sul punto, hanno inteso confermare anche a séguito della riforma di Lisbona il previgente regime primario, codificando al menzionato art. 347 TFUE alcune norme destinate ad orientare il comportamento degli Stati in simili circostanze. La norma in esame prevede infatti che gli Stati membri si consultino<sup>1670</sup> al fine di programmare gli interventi necessari a fronteggiare e possibilmente neutralizzare gli effetti negativi che possono derivare dalle misure che uno stato sia indotto a adottare in relazione a tre circostanze differenti: agitazioni interne che possano determinare un nocumento sistematico all'ordine pubblico; lo scoppio di un conflitto o l'accrescersi di una tensione che possa far temere l'avvio di una guerra; l'assunzione di impegni ai fini del mantenimento della pace e della sicurezza a livello internazionale.

Già ad una prima lettura, il dato letterale evidenzia come l'articolo in esame abbia applicazione rispetto a situazioni "aggravate", che la Corte, nelle rare occasioni in cui è intervenuta in materia, ha in effetti espressamente definito «eccezionali»<sup>1671</sup>. Di conseguenza, la norma in parola presenta un *quid*

<sup>1670</sup> Questa consultazione, secondo quanto desumibile dalla lettera della norma e sostenuto talora in dottrina, deve essere ove possibile condotta prima dell'adozione delle misure che possono pregiudicare il funzionamento del mercato interno. Cfr. P. OLIVER (a cura di), *Free movement of goods*, cit., p. 406.

<sup>1671</sup> Cfr. la sentenza del 15 maggio 1986, causa 222/84, *Johnston*, in *Racc.* p. 1651, punto 27. La versione inglese della pronuncia, peraltro, è ancor più indicativa in questo senso, poiché ricorre alla formula «*wholly exceptional*», che si potrebbe tradurre come "del tutto eccezionale", così qualificando ulteriormente le ipotesi codificate all'art. 347 TFUE e restringendo

*pluris* rispetto alle “ordinarie” clausole in tema di ordine pubblico, pubblica sicurezza e sicurezza interna ed intende disciplinare circostanze in presenza delle quali tali previsioni si rivelino insufficienti.

In questa prospettiva, pertanto, l'art. 347 TFUE ha natura sussidiaria rispetto ad altre disposizioni dei Trattati, tanto da essere talora qualificato come *ultima ratio*, alla quale garantire operatività solo in assenza di alternative che possano adeguatamente tener conto delle esigenze di ordine pubblico manifestate dallo Stato<sup>1672</sup>.

A conferma di ciò, la prima situazione disciplinata all'art. 347 TFUE, ovvero il riferimento a gravi agitazioni interne capaci di minare l'ordine pubblico, è stata ritenuta espressiva di «una situazione che si pone al limite di un completo crollo della sicurezza interna», su scala dunque ben più vasta rispetto alle ipotesi derogatorie in tema di libertà fondamentali<sup>1673</sup>. Il disposto primario in esame presuppone pertanto una criticità radicata e sistematica, poiché la sua applicazione costituisce lo spartiacque tra normali condizioni di funzionamento delle istituzioni nazionali e situazioni di pericolo o instabilità di portata nazionale, «che influiscono sui rapporti più generali della Comunità e degli Stati membri»<sup>1674</sup>. Diversamente, sarebbe difficile giustificare il ricorso a una deroga di carattere generale, che può autorizzare la sospensione di tutte le norme che disciplinano ordinariamente il mercato comune<sup>1675</sup>.

Al fine di comprendere la portata delle turbolenze interne, la minaccia all'ordine pubblico dovrebbe essere considerata da una prospettiva soggettiva, vale a dire dall'angolo di visuale dello Stato interessato<sup>1676</sup>. Lo stesso vale

la sua portata operativa. Lo stesso si dica per la traduzione francese, che riporta la formula «*situations tout à fait exceptionnelles*».

<sup>1672</sup> Cfr. le conclusioni dell'avvocato generale Darmon, del 28 gennaio 1986, nella causa *Johnston*, cit.

<sup>1673</sup> In questo senso le conclusioni dell'avvocato generale Jacobs, del 6 aprile 1995, nella causa C-120/94, *Commissione c. Grecia*, in *Racc.* p. I-1513, punto 47.

<sup>1674</sup> Cfr. le conclusioni dell'avvocato generale Cosmas, del 23 marzo 2000, causa C-423/98, *Albore*, in *Racc.* p. I-5965, punto 27.

<sup>1675</sup> In dottrina è stato rilevato come l'*iter* logico-argomentativo più efficace allo scopo di scindere fra situazioni “ordinarie”, riconducibili alle deroghe previste nel contesto del mercato interno, ed eventi eccezionali capaci di integrare il disposto dell'art. 347 TFUE comporti *in primis* una valutazione sull'adeguatezza al caso di specie delle clausole generali e solo in un secondo momento un apprezzamento secondo i canoni “aggravati” della norma in esame. V. T. CORTHAUT, *EU ordre public*, cit., p. 139. Peraltro, si è in passato fatto ricorso ad un approccio opposto, incentrato dunque sulla prioritaria valutazione dell'applicabilità dell'ipotesi normativa eccezionale: v. ad esempio le conclusioni dell'avvocato generale Cosmas alla causa *Albore*, cit., punti 22 e ss.

<sup>1676</sup> L'adozione di questa prospettiva valutativa consente peraltro, in certi casi, di restringere il campo operativo della norma in esame: nei citati casi *Sirdar e Kreil*, infatti, le autorità statali avevano invocato dinanzi alla Corte, a tutela delle scelte operate in tema di organizzazione dell'esercito nazionale in tempo di pace, l'odierno art. 347 TFUE. La Corte in entrambi i casi ha però negato che simili situazioni potessero rientrare fra le ipotesi eccezionali discipli-

per la seconda ipotesi disciplinata dall'art. 347 TFUE, con particolare riferimento ai vaghi concetti di grave tensione e minaccia di guerra, difficilmente riconducibili a schemi comuni valevoli per ogni situazione<sup>1677</sup>. La natura, la percezione e le implicazioni delle circostanze di specie e del loro evolversi può in effetti mutare in maniera sensibile a seconda che si opti per una visione *super partes* o per un apprezzamento strettamente collegato alla storia, alla situazione socio-politica e ad ulteriori specificità del singolo Stato preso in considerazione.

La terza ed ultima fattispecie prevista dall'articolo in esame rivela, secondo quanto evidenziato altresì in dottrina<sup>1678</sup>, un collegamento elettivo con la Politica estera e di sicurezza comune ed appare suscettibile di applicazione nelle sole ipotesi in cui gli Stati membri non raggiungano il *quorum* necessario a dare avvio ad iniziative comuni a livello europeo, ad esempio rispetto all'interruzione dei rapporti commerciali con uno Stato terzo, secondo i canoni dell'art. 215 TFUE<sup>1679</sup>.

Peraltro, pur a fronte della sua indubbia eccezionalità e del suo peculiare inquadramento quale elemento di chiusura del sistema rispetto alle clausole di ordine pubblico e sicurezza interna ed esterna, l'art. 347 TFUE non rappresenta la porta verso un'area di sovranità nazionale del tutto avulsa da influenze da parte dell'ordinamento dell'Unione<sup>1680</sup>. Similmente a quanto avviene per l'art. 72 TFUE e per le norme derogatorie "ordinarie", non è possibile desumere dall'art. 347 TFUE che ogni misura asseritamente adottata dalle autorità statale allo scopo di fronteggiare situazioni previste da tale norma sfugga all'ambito di applicazione del diritto dell'Unione<sup>1681</sup>.

nate dalla norma in esame, anche alla luce dell'assenza di una tangibile turbativa per l'ordine pubblico in corso.

<sup>1677</sup> V. le conclusioni dell'avvocato generale Jacobs, del 6 aprile 1995, nella causa C-120/94, *Commissione c. Grecia*, in *Racc.* p. I-1513, punto 54, che dimostrano come situazione di frizione internazionale – nel caso di specie tra Grecia e Macedonia – non siano in sé sufficienti ad integrare il disposto delle norme in esame, soprattutto se suscettibili di mutevole lettura od evoluzione.

<sup>1678</sup> Cfr. P. KOUTRAKOS, *Is article 297 TEC a "reserve of sovereignty"?*, in *Common market Law Review*, 2000, p. 1345. L'Autore individua un collegamento funzionale tra questa disposizione e le norme in tema di Politica estera e di sicurezza comune che prevedono la possibilità di iniziative comuni in presenza di crisi internazionali. Per approfondimenti v. P. EECKOUT (a cura di), *External relations of the European Union. Legal and constitutional foundations*, Oxford, 2004; v. inoltre, più risalente nel tempo, P. GILSDORF, *Les reserves de sécurité du Traité CEE à la lumière du Traité sur l'Union européenne*, in *Revue du marché commun*, 1994, p. 19.

<sup>1679</sup> Questo esempio è proposto da T. CORTHAUT, *EU ordre public*, cit., p. 140.

<sup>1680</sup> In dottrina, negano espressamente questa riserva assoluta di sovranità P. KOUTRAKOS, *Is article 297 TEC*, cit., p. 1339.

<sup>1681</sup> Cfr. la sentenza del 16 marzo 1996, causa C-120/94, *Commissione c. Grecia*, in *Racc.* p. I-1513, punto 50, nonché la sentenza del 4 marzo 2010, causa C-38/06, *Commissione c. Portogallo*, in *Racc.* p. I-1569, punto 62.

Ciò deriva anzitutto dall'esigenza di scongiurare un ricorso abusivo alla norma in esame, rischio presidiato dall'art. 348 TFUE e dalla speciale procedura di infrazione accelerata che esso disciplina. Inoltre, sorge anche in questo contesto l'esigenza di assicurare che la condotta degli Stati non violi in maniera patente e non necessaria i principi cardine dell'ordinamento dell'Unione e i diritti fondamentali. Se infatti gli interessi legati all'ordine pubblico ed alla sicurezza interna beneficiano di uno *status* privilegiato, il ricorso all'art. 347 TFUE comporta che «la natura, l'estensione e l'intensità dei vincoli che collegano l'ordinamento giuridico nazionale con quello comunitario subiscono [...] rilevanti modifiche»<sup>1682</sup>.

Ne deriva anzitutto la necessità di valutare scrupolosamente se, nelle situazioni in cui questa norma è invocata, sussistano tutti i crismi di eccezionalità che la sua applicazione presuppone. A questo riguardo, si ritiene che la natura sussidiaria del rimedio operi non solo rispetto al diritto primario, ma, di fatto, anche in rapporto al diritto derivato. Laddove infatti l'Unione abbia già predisposto norme ritenute idonee a dare rilievo e tutela agli interessi di ordine pubblico e pubblica sicurezza manifestati dagli Stati o che possano da questi comunque promanare, verrebbe meno la possibilità di invocare fruttuosamente una norma qualificata come *ultima ratio*.

Nel campo della cooperazione penale, dunque, questa considerazione potrebbe trovare applicazione rispetto alle cause di rifiuto di richieste di cooperazione, ad esempio nell'ipotesi in cui lo svolgimento di una determinata attività investigativa metta a rischio rilevanti indagini in corso necessarie a fronteggiare un fenomeno criminoso di particolare radicamento e pericolosità, oppure nel caso in cui venga sollecitata la consegna di un soggetto che sia in possesso di informazioni decisive allo scopo di sventare gravi minacce alla pubblica sicurezza. In simili situazioni, potrebbero astrattamente configurarsi i margini per il ricorso all'art. 347 TFUE, ma in concreto questa possibilità sarebbe preclusa dal fatto che gli Stati già beneficiano, in forza delle decisioni quadro e direttive sul rafforzamento del reciproco riconoscimento, di strumenti ed istituti idonei a garantire le loro esigenze essenziali, come i motivi di rifiuto del riconoscimento e dell'esecuzione.

Allo stesso tempo, il grado di sviluppo della tutela giurisdizionale nell'ordinamento UE, l'esigenza di assicurare in massimo grado la coerente, uniforme ed effettiva applicazione del diritto europeo e la protezione dei diritti fondamentali impongono di valutare il rispetto del principio di proporzionalità e dei principi generali dell'Unione, che la Corte ha già riconosciuto poter costituire un limite all'art. 347 TFUE<sup>1683</sup>.

<sup>1682</sup> Cfr. le conclusioni dell'avvocato generale Cosmas alla causa *Albore*, cit., punto 27.

<sup>1683</sup> Cfr. la sentenza del 15 maggio 1986, *Johnston*, cit.

### **5. Princìpi generali, diritti fondamentali e interessi essenziali degli Stati: limiti della cooperazione essenziali al rafforzamento della cooperazione in materia penale**

I limiti che i princìpi generali della materia, i diritti fondamentali e le responsabilità statali inerenti il mantenimento dell'ordine pubblico pongono allo sviluppo della cooperazione penale evidenziano un tratto comune: in larga parte, essi originano dalla costante tensione tra esigenze securitarie – ai sensi dell'art. 67, par. 3, obiettivo chiave dello Spaio di libertà, sicurezza e giustizia e del nuovo corso del processo di integrazione nel suo complesso – e garanzie in favore della collettività e dell'individuo<sup>1684</sup>. In questa persistente ricerca di equilibrio, gli interessi in gioco costituiscono ora un fattore di impulso, ora un confine: il principio di offensività circoscrive la sfera di intervento del legislatore europeo, ma allo stesso tempo ne orienta l'attività verso scelte di criminalizzazione adeguate alle esigenze di tutela; i diritti fondamentali sanciti dalla Carta delineano un modello di cooperazione penale incentrato sulle garanzie dell'individuo e sul prudente esercizio dei poteri coercitivi dell'autorità pubblica, però testimoniano la difficoltà di coordinare la dimensione europea con la frammentazione degli ordinamenti nazionali; il tema dell'ordine pubblico e della pubblica sicurezza richiama le responsabilità riservate agli Stati ed ai loro apparati di prevenzione e repressione del crimine, ma lo spazio accordato alle autorità nazionali appare esiguo ed affiancato da sempre più stringenti obblighi di cooperazione, oltre che dall'emersione di autonome accezioni dell'ordine pubblico a livello sovranazionale.

Come si è avuto modo di verificare anche in relazione alla portata del reciproco riconoscimento, la variabilità delle attuali ricerche di bilanciamento fra interessi contrapposti è alimentata in maniera decisiva dal rapporto fra ordinamento dell'Unione e sistemi penali nazionali: se molti dei limiti alla cooperazione penale – sempre intesi nella lettura dinamica del termine – promanano dal diritto dell'Unione, altrettanti derivano da esigenze di sicurezza o tutela dei diritti fondamentali espresse a livello nazionale, se non da diverse sensibilità e soluzioni normative. Per non tacere il fatto che anche i limiti intrinseci all'ordinamento europeo, in molti casi, hanno la loro origine primigenia nelle tradizioni giuridiche statali, come nel caso dei princìpi cardine che ispirano il diritto penale. Il complesso di «conflitti reali ed apparenti» fra diritto UE e sistemi penali nazionali impone dunque di operare un tentativo di astrazione, allo scopo di fornire alcune chiavi di lettura della categoria di limi-

<sup>1684</sup> Lo stesso concetto esprime con una formula alquanto efficace L. SALAZAR, *La costruzione di uno spazio penale comune europeo*, in G. GRASSO, R. SICURELLA (a cura di), *Lezioni di diritto penale europeo*, Milano, 2007, p. 446, che rileva una «costante tensione verso il contemperamento al più alto grado delle esigenze securitarie con quelle della assoluta garanzia offerta ai diritti fondamentali».

ti alla cooperazione penale in esame e di individuarne il filo conduttore comune<sup>1685</sup>. Il rapporto fra le mutevoli e molteplici esigenze di sicurezza e di garanzia manifestate ora a livello nazionale ed ora in sede europea – con i tentativi di bilanciamento o di individuazione di priorità ed confini alla cooperazione penale che ne derivano – vengono infatti condotti sulla base di diversi paradigmi, spesso complementari, i quali offrono lo spunto per una visione di insieme della materia.

Un primo paradigma, essenza del rapporto fra ordinamento europeo e Stati membri, è rappresentato dal principio del primato, da cui si dipana altresì il principio dell'effettività del diritto dell'Unione. Come visto, questo approccio rappresenta un punto di riferimento essenziale nella giurisprudenza della Corte nel campo della cooperazione penale: ad esempio, eventuali norme nazionali in materia di diritti fondamentali che prevedano un livello di tutela rafforzato rispetto alla Carta possono trovare applicazione solo nella misura in cui non pregiudichino la *primauté* del diritto dell'Unione e la piena realizzazione dei suoi effetti, a beneficio degli obiettivi posti dai Trattati. Questa linea argomentativa consente altresì di avvalorare l'autonomia dell'ordinamento dell'Unione, che si riverbera fra l'altro nell'elaborazione di nozioni proprie del diritto UE e nella valorizzazione del fine di realizzare uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia. Dal primo punto di vista, spesso grazie al decisivo contributo interpretativo della Corte di giustizia, l'ordinamento UE si affranca dalla lettura nazionale di determinati concetti o istituti, con esiti talora controversi come rispetto alla definizione di vittima o alla configurazione di talune fattispecie criminose. Dal secondo punto di vista, la centralità dell'obiettivo sotteso al Titolo V TFUE rappresenta il motore di molte scelte in sede normativa e giurisprudenziali, come nel caso dell'apprezzamento estensivo dei criteri integrativi del *ne bis in idem*.

Il paradigma del primato e dell'effettività rappresenta ad oggi uno dei principali baluardi della cooperazione penale: la dottrina non ha invero mancato di evidenziare come, alla luce della prassi finora registrata, questo possa essere definito lo strumento per eccellenza del processo di integrazione nel settore in esame, anche a discapito del reciproco riconoscimento<sup>1686</sup>. Allo stes-

<sup>1685</sup> Cfr. E. CANNIZZARO, M.E. BARTOLONI, *La «costituzionalizzazione» del terzo pilastro dell'Unione europea*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2007, p. 482. Gli autori pongono l'accento sul contributo della Corte di giustizia, motore dell'estensione all'ex terzo pilastro di rilevanti principi comunitari, come nel caso del divieto di discriminazione o della leale cooperazione e dell'obbligo di interpretazione conforme.

<sup>1686</sup> Cfr. E. HERLIN-KARNELL, *From mutual trust to the full effectiveness of EU law: 10 years of the European arrest warrant*, in *European Law Review*, 2013, p. 79; M. HUOMO-KETTUNEN, *EU criminal policy at a crossroads between effectiveness and traditional restraints for the use of criminal law*, in *New Journal of European Criminal law*, 2014, p. 301.

so tempo, molti Autori<sup>1687</sup> hanno lamentato l'inidoneità di questa chiave di lettura a cogliere *in toto* nel segno dei rapporti fra diritto UE e ordinamenti nazionali, specialmente in ambiti peculiari come la cooperazione penale. Siffatta percezione critica ha sollecitato parte dei commentatori a evidenziare l'essenza plurale dell'ordinamento costituzionale europeo: proprio muovendo dai conflitti costituzionali susseguiti all'adozione della decisione quadro sul mandato d'arresto europeo, in larga parte incentrati sulla portata del principio di legalità, Poiares Maduro e Komárek hanno rispettivamente elaborato ed applicato in prima battuta alla cooperazione penale i concetti di «*contrapunctual law*» e «*contrapunctual principles*»<sup>1688</sup>. L'idea espressa dai due autori è che in linea di principio gli Stati membri e l'Unione dovrebbero rispettare l'identità di ciascuno, sulla base di una visione pluralista del sistema giuridico europeo, che trova la propria legittimazione tanto a livello statale quanto nel rapporto fra UE e cittadini europei: «*Its identity must not be affirmed in a way that either challenges the identity of the other legal orders or the pluralist conception of the European legal order itself*»<sup>1689</sup>. Secondo questa accezione pluralista, il primato subirebbe una mitigazione in presenza di controversie su principi o valori di rango costituzionale: in simili situazioni, l'automatismo del primato dovrebbe fare spazio alla responsabilità delle corti costituzionali nazionali e della Corte di giustizia di statuire tenendo in debita considerazione le rispettive posizioni ed avendo cura di preservare la coerenza complessiva dell'ordinamento europeo<sup>1690</sup>.

Al di là di una valutazione nel merito di questa impostazione, la visione qui richiamata ha il merito di porre in risalto, senza negare i presupposti fondamentali del rapporto tra diritto UE e diritto nazionale, l'esigenza che, in presenza di norme di rilevanza centrale per gli ordinamenti interessati, il paradigma del primato e dell'effettività sia circondato di cautele o, meglio, di ulteriori strumenti che possano trasformare un possibile contrasto in una ricer-

<sup>1687</sup> V. anzitutto N. MACCORMICK, *Beyond the sovereign State*, in *Modern Law Review*, 1993, p. 8: «different systems can overlap and interact without necessarily requiring that one be subordinate or hierarchically inferior to the other or to some other third system». È stata inoltre elaborata l'idea del “*best fit*”, secondo il quale, con una visione olistica, il rapporto fra dimensione nazionale e sovranazionale dovrebbe essere risolto in via interpretativa prediligendo la soluzione che meglio supporta e giustifica la prassi giuridica nell'Unione europea complessivamente intesa: M. KUMM, *The jurisprudence of constitutional conflict: constitutional supremacy in Europe before and after the Constitutional Treaty*, in *European Law Journal*, 2005, p. 286.

<sup>1688</sup> V. M. POIARES MADURO, *Contrapunctual law: Europe's constitutional pluralism in action*, in N. WALKER (a cura di), *Sovereignty in transition*, Oxford, 2003, p. 501; J. KOMÁREK, *European constitutionalism and the European arrest warrant: in search of the limits of “contrapunctual principles”*, in *Common Market Law Review*, 2007, p. 9.

<sup>1689</sup> Cfr. M. POIARES MADURO, *Contrapunctual law*, cit., p. 526.

<sup>1690</sup> J. KOMÁREK, *European constitutionalism and the European arrest warrant*, cit., pp. 27-31.



ca di equilibrio condiviso. In questo solco si inseriscono molteplici istituti, già affrontati nei passaggi precedenti dell'analisi, che intervengono sia nella prevenzione di tali conflitti sin dall'esercizio della potestà normativa, sia nella loro soluzione a livello giurisprudenziale: la procedimentalizzazione del principio di sussidiarietà; la giurisprudenza della Corte di giustizia sulla portata della clausola *ex art. 4, par. 2, TUE*, che impone all'Unione di rispettare le identità nazionali; i margini di flessibilità accordati agli Stati nella partecipazione in sé alla operazione penale e rispetto all'adozione di singole iniziative, come nel caso del freno d'emergenza.

Oltre a questi aspetti, la trattazione affrontata nel presente Capitolo consente di selezionare alcuni paradigmi ai quali improntare la complessità dei rapporti fra ordinamento UE e sistemi nazionali e che possono altresì concorrere a prevenire o risolvere discrasie rispetto a principi e valori essenziali nel campo penale. Una prima tecnica, che potremmo definire di inclusione, opera nelle ipotesi in cui l'Unione e gli Stati condividano la sostanza di un principio o diritto che si intenda tutelare, consentendo così all'ordinamento UE di avvalorare una dimensione sovranazionale autonoma di tale norma, senza generare significative o generalizzate discrasie rispetto agli ordinamenti nazionali. Questa visione affonda le radici nella ricordata giurisprudenza *Internationale Handellsgesellschaft*<sup>1691</sup>, con la quale la Corte di giustizia ha attirato a sé – *rectius*, all'ordinamento europeo – la tutela dei diritti fondamentali, riconosciuti parte integrante del diritto dell'Unione sulla base dell'ispirazione proveniente dalle tradizioni costituzionali comuni e dalle fonti internazionali in materia. I frutti di questo approccio si riscontrano oggi anzitutto nelle previsioni della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, soprattutto nelle disposizioni orizzontali, che ne orientano l'interpretazione ed applicazione all'interno del sistema di protezione multilivello delle garanzie dell'individuo. Nell'ambito della cooperazione penale, inoltre, la tecnica dell'inclusione pare ben attagliarsi ai principi che a livello nazionale improntano l'adozione ed applicazione del diritto penale, che sono Stati elaborati in chiave europea dalla giurisprudenza di Lussemburgo e in un secondo momento consacrati nella Carta, così accogliendo nell'ordinamento UE limiti alquanto stringenti in ordine all'*an* ed al *quomodo* dell'esercizio della potestà normativa sovranazionale<sup>1692</sup>, nonché in relazione all'approccio giurisprudenziale a ciò che integra materia penale<sup>1693</sup>. I principi di legalità, offensività e proporzionalità dei reati e delle pene assu-

<sup>1691</sup> Causa 11/70, *Internationale Handellsgesellschaft*, cit.

<sup>1692</sup> Cfr. S. MANACORDA, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e CEDU: una nuova topografia delle garanzie penalistiche in Europa*, in V. MANES, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 2011, p. 147. L'autore evidenzia come la dimensione europea dei principi di legalità, offensività e proporzionalità sposti parzialmente il baricentro della tutela offerta da queste norme essenziali, includendovi la protezione da eventuali eccessi da parte del legislatore sovranazionale.

<sup>1693</sup> V. ad esempio la sentenza *Fransson*, cit.

mono dunque una nuova veste e, mantenendo le proprie radici primigenie negli ordinamenti nazionali, divengono similmente ad altri principi generali dell'ordinamento UE un limite all'operato delle istituzioni europee ed un fattore di equilibrio e ragionevolezza nello sviluppo e nell'attuazione della operazione penale.

Un terzo paradigma sistematico, anch'esso intrinsecamente legato al rapporto fra ordinamento dell'Unione e Stati membri, è rappresentato dal principio di leale cooperazione. Muovendo dall'affermazione giurisprudenziale del carattere multidirezionale del principio<sup>1694</sup>, infatti, la dottrina ha avuto modo di evidenziare come la leale cooperazione rappresenti un «contrappeso» del primato o, per lo meno, possa costituire una cassa di risonanza dell'autonomia costituzionale degli Stati membri, ad eventuale mitigazione della portata del primato<sup>1695</sup>. Anche in questo caso, i riferimenti all'analisi condotta possono essere molteplici: il principio in esame sollecita ad esempio le autorità statali ad adempiere correttamente ai doveri di cooperazione loro incombenti, così da scongiurare ipotesi di duplice giudizio; i giudici nazionali sono tenuti ad interpretare il diritto nazionale alla luce dell'ordinamento UE; la Commissione il legislatore dell'Unione e la Corte di giustizia sono chiamati a tenere in debita considerazione radicate e diffuse scelte di politica normativa nei sistemi penali interni.

Un'ultima chiave di lettura può essere sintetizzata dal concetto di «tolleranza costituzionale» teorizzato da alcuni autori, secondo i quali l'appartenenza all'Unione europea si fonda, tra l'altro, sulla «volontaria subordinazione» degli Stati membri al diritto sovranazionale, pur nella possibilità di sollevare «eccezioni di intollerabilità»<sup>1696</sup>. Questa nozione, dibattuta in ampia misura nell'imminenza della fallita esperienza del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, appare oggi suscettibile, similmente a quanto avvenuto per il principio di leale cooperazione, di una lettura bidirezionale, che

<sup>1694</sup> Sul carattere reciproco della cooperazione fra unione e Stati membri v. l'ordinanza della Corte di giustizia del 13 luglio 1990, causa 2/88, *Zwartveld*, in *Racc.* p. I-3365. La leale cooperazione opera anche fra Stati membri: sentenza 11 giugno 1991, causa C-251/89, *Athanasopoulos*, in *Racc.* p. I-2797.

<sup>1695</sup> Cfr. O. PORCHIA, *Principi dell'ordinamento europeo. La cooperazione pluridirezionale*, Bologna, 2008, p. 69. V. inoltre A. VERHOEVEN, *The European Union in search of a democratic and constitutional theory*, L'Aia-Londra-New York, 2002, p. 318, secondo il quale il principio di leale cooperazione dovrebbe essere una chiave di lettura decisiva del rapporto fra ordinamento europeo e Stati membri: questi ultimi sarebbero in linea di principio chiamati a riconoscere la supremazia del diritto dell'Unione, a meno che non venga in causa un valore di rango costituzionale privo di idonea tutela a livello sovranazionale.

<sup>1696</sup> Cfr. J.H.H. WEILER, *La Costituzione dell'Europa*, Bologna, 2003, p. 531. Nella dottrina italiana v. O. POLLICINO, *Principio di tolleranza costituzionale tra self restraint e judicial activism della Corte di giustizia in limitazioni di sovranità e processi di democratizzazione*, in R. ORRÙ, L. SCIANNELLA (a cura di), *Atti dell'associazione di diritto pubblico comparato ed europeo. Università degli Studi di Teramo, 27-28 giugno 2003*, Torino, 2004, p. 273.

coinvolga in questo meccanismo di accettazione tollerante anche l'Unione europea in rapporto alle istanze di tutela identitaria o di preservazione di specificità giuridiche fortemente radicate e di essenziale importanza a livello nazionale. Lo testimoniano le numerose clausole che i Trattati riservano a favore degli Stati, già poc'anzi richiamate, che richiamano l'Unione al rispetto della dimensione nazionale. Lo stesso si dica, anche in questo contesto, per il tema dei diritti fondamentali e delle responsabilità incombenti in capo agli Stati nel mantenimento dell'ordine pubblico e della pubblica sicurezza. In entrambi i casi, la prassi evidenzia come l'accettazione volontaria degli obblighi di cooperazione penale possa trovare un confine dettato da specifici «limiti di intollerabilità», pur di carattere eccezionale e del tutto residuale, in un sistema multilivello in cui cresce la convergenza dei diversi sistemi giuridici nella tutela dei diritti fondamentali. In ogni buon conto, tali limiti non sono espressione di una rottura, né rimandano ad una accezione oppositiva del rapporto tra diritto UE e diritto nazionale: si tratta, piuttosto, di elementi connaturati al sistema e che ne assicurano legittimazione ed equilibrato sviluppo. Non sono dunque di confini "pretesi" dagli Stati, appunto in una accezione oppositiva o difensiva, ma di istanze nazionali che l'Unione, sull'onda della giurisprudenza *Omega*, è chiamata a rispettare, vuoi per la struttura del sistema della cooperazione penale – basti pensare al ruolo delle autorità nazionali nella messa in opera dei meccanismi di cooperazione e nell'attuazione delle norme sovranazionali sulla repressione del crimine –, vuoi per esigenze di maggior tutela dei beni giuridici in gioco, ad esempio in presenza di norme nazionali che tutelino in maggior grado un diritto fondamentale, senza pregiudicare in maniera sensibile le esigenze della cooperazione giudiziaria, oppure nel caso in cui l'applicazione del diritto nazionale comporti un trattamento di maggior favore per l'imputato, sulla scia della causa *Berlusconi*<sup>1697</sup>.

Le chiavi di lettura proposte, declinate nella specificità della cooperazione in materia penale, consentono di sottolineare un dato di fondo: se di limiti alla cooperazione giudiziaria derivanti ora dai principi generali del diritto penale, ora dai diritti fondamentali, ora dalle responsabilità statali in tema di ordine pubblico si può senz'altro trattare, questi non rispondono ad una logica statica, negativa, difensiva. Anche in questo contesto, in altre parole, la nozione di limite non appare sinonimo di negazione *tout court* degli obiettivi che la cooperazione giudiziaria si prefigge. Al contrario, ogni freno risponde anzitutto all'esigenza di individuare in via generale i valori ai quali l'evoluzione della politica penale europea deve essere orientata, come ad esempio la graduale e pur faticosa affermazione dei principi di offensività e proporzionalità dei reati e delle pene conferma. In particolare, in assonanza con quanto riscontrato nell'ambito della portata del reciproco riconoscimento, in molte occasioni la

<sup>1697</sup> Sentenza del 3 maggio 2005, cause riunite C-387/02, C-391/02, C-403/02, *Berlusconi e a.*, in *Racc.* p. I-3565.

centralità accordata ai principi generali, ai diritti fondamentali ed al ruolo dei sistemi penali interni, anche a discapito dei meccanismi di cooperazione o di aspettative sanzionatorie di prevenzione generale, testimonia come il *favor integrationis* non equivalga necessariamente al costante approfondimento del processo di integrazione, bensì al suo rafforzamento in termini di garanzie individuali o di tutela della sicurezza collettiva su basi condivise a livello europeo<sup>1698</sup>.

Inoltre, i limiti rappresentano degli efficaci criteri ordinatori del sistema, poiché in presenza di interessi contrapposti – vuoi a livello esclusivamente europeo, vuoi nel rapporto tra ordinamento UE e Stati membri – forniscono alle istituzioni europee ed alle autorità nazionali utili parametri di valutazione e di risoluzione delle eventuali discrasie. Nel primo caso, ad esempio, in chiave preventiva, i principi generali dell'ordinamento UE orientano l'operato del legislatore e, unitamente alla Carta, possono costituire un parametro di validità di norme derivate con essi contrastanti. Nella seconda ipotesi – spesso assai più delicata, soprattutto ove siano coinvolte norme di rango costituzionale o principi fortemente radicati e diffusi nei sistemi penali nazionali – i paradigmi proposti veicolano ulteriormente l'idea di un processo di integrazione governato anche attraverso i suoi stessi limiti, quali fattori di ponderazione e misura in presenza di istanze individuali, collettive o statali che investano le esigenze di libertà, sicurezza e giustizia sottese alla cooperazione penale.

<sup>1698</sup> Sul punto, è stato sottolineato come questa ricerca di equilibrio possa essere in senso opposto letta nell'ottica di «*competing paradigms of rights*» e possa determinare il rischio di un abbassamento delle tutele: L. BESSELINK, *The parameters of constitutional conflict after Melloni*, in *European Law Review*, 2014, p. 531. Si tratta peraltro di una prospettiva che altri autori negano possa derivare dal dettame delle disposizioni orizzontali della Carta. V. In questo senso B. DE WITTE, *Article 53*, in S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER, A. WARD (a cura di), *The EU Charter*, cit., p. 1524: «*Existing regimes should not be applied and interpreted 'downwards' by invoking the language of the Charter*». Nello stesso senso v. le conclusioni dell'avvocato generale Bot nella causa *Melloni*, cit., punto 134. Allo stesso tempo, in dottrina è stato evidenziato come i principi cardine dei sistemi costituzionali nazionali, veicolati attraverso la dottrina dei contro-limiti o, dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, mediante l'art. 4, par. 2, TUE, possano costituire dei fattori propositivi per il processo di integrazione e possano assicurare il più adeguato livello di tutela dei diritti dell'individuo: G. TESAURO, *Sovranità degli Stati e integrazione comunitaria*, Napoli, 2006.



## CONCLUSIONI

Il limite è un'esperienza che caratterizza in ampia misura, pur con differenti modulazioni, molteplici profili della cooperazione in materia penale nell'Unione europea. Esso costituisce pertanto un punto di osservazione elettivo su questo settore, idoneo a fornire una chiave di lettura coerente in relazione ad aspetti altrimenti eterogenei come il suo sviluppo storico, la sua strutturazione, le dinamiche istituzionali, l'attribuzione e l'esercizio delle competenze, il rapporto con gli ordinamenti nazionali.

L'analisi condotta nel corso del volume ha dunque affrontato ciascuno di questi temi, attraverso la lente di ingrandimento di un concetto intrinsecamente polisemico: si è infatti inteso valorizzare la nozione di limite non soltanto dal punto di vista statico, ossia nella sua accezione di barriera al processo di integrazione, ma anche secondo un approccio dinamico, alla luce del quale ad ogni limitazione corrisponde un'aspirazione al suo superamento. Questo binomio appare infatti una delle principali linee direttrici del graduale approfondimento dell'esperienza giuridica europea ed *a fortiori* si pone con urgenza nella cooperazione in materia penale, settore che investe problematiche di peculiare rilevanza e sensibilità per la tutela dei diritti dell'individuo e per l'equilibrato rapporto fra ordinamento dell'Unione e sistemi penali nazionali. L'accelerazione impressa all'azione europea nel settore in esame dalla riforma di Lisbona ha accentuato la necessità di individuare nuovi equilibri – ad oggi fragili e magmatici – fra i molteplici interessi in gioco, alla luce del rinnovato contesto normativo e delle conseguenti aspettative degli attori coinvolti.

In questa prospettiva, la cooperazione in materia penale appare anzitutto gravata da limiti di carattere strutturale, che a prima vista affliggono nel suo complesso lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia. A livello normativo, ad esempio, fra le disposizioni inaugurali del Titolo V TFUE, l'art. 67, par. 1, espressamente subordina la realizzazione degli obiettivi posti dai Trattati in questo ambito al rispetto dei diritti fondamentali, delle peculiarità degli altri sistemi giuridici nazionali o sovranazionali e delle tradizioni costituzionali statali. La convergenza di più ordinamenti giuridici, non di rado contraddistinti da priorità e scelte valoriali differenti, funge da cassa di risonanza per queste istanze e si riverbera negli ostacoli alla conduzione di politiche compiutamente unitarie in sede europea: siffatta difficoltà trova espressione attraverso le differenti velocità impresse talora al processo di integrazione, mediante la variabilità geografica di quest'ultimo, assicurata dalle forme di flessibilità della partecipazione degli Stati al processo di integrazione. Queste forme di frammentazione della cooperazione in materia penale concorrono a delineare la “geometria variabile” che caratterizza questo settore e che tradizionalmente

ha contraddistinto anche le funzioni attribuite alle istituzioni europee in materia. Allo stesso tempo, nondimeno, la molteplicità dei metodi e delle tecniche di cooperazione a disposizione delle istituzioni europee e degli Stati membri – fra gli altri, l'istituto dell'*opt-out* costituisce un esempio elettivo – trascendono la mera natura di elementi di frammentazione del Titolo V TFUE, per assurgere al contrario al rango di metodi per mezzo dei quali si sviluppa il processo di integrazione: da potenziali limiti, essi evidenziano una capacità propulsiva, poiché lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia è stato costruito e si è evoluto anche grazie a questi istituti.

Sempre sotto il profilo strutturale, inoltre, la cooperazione in materia penale è per un certo verso andata incontro alla modifica del proprio patrimonio genetico. Non solo l'originaria impostazione marcatamente intergovernativa è gradualmente venuta meno, in favore di un modello di cooperazione improntato ai crismi del metodo comunitario, ma l'oggetto stesso dello sforzo cooperativo è stato via via esteso, sino ad abbracciare la dimensione normativa. A fronte della rubrica del Capo IV, la quale fa riferimento alla cooperazione giudiziaria in materia penale, l'esperienza europea trascende ormai la sola interazione fra autorità giudiziarie e si fonda in misura decisiva sull'adozione di norme comuni agli Stati membri. L'evoluzione dell'impianto istituzionale europeo – *in primis* grazie al rafforzamento del potere decisionale del Parlamento e della giurisdizione della Corte di giustizia – e degli strumenti volti ad agevolare il coordinamento fra autorità nazionali ha condotto al superamento di significative barriere all'efficacia della cooperazione in materia penale, al contempo generando sempre più frequenti ed incisive occasioni di intersezione e sovrapposizione tra ordinamento europeo e sistemi penali nazionali. Ciò ha determinato l'interrogativo circa la possibilità di prefigurare la realizzazione di un proteiforme sistema penale europeo, in quanto tale dotato di valori, principi ed interessi di tutela distinti e di autonoma dignità in rapporto agli ordinamenti interni. Una simile prospettiva pone non secondari problemi di legittimazione, poiché scardina l'ordinario legame sussistente fra i consociati e le autorità che traducono le loro priorità di tutela in scelte di criminalizzazione. Al contempo, sebbene improntata ad una programmazione pluriennale, l'attività normativa dell'Unione ha evidenziato sino ad oggi significativi margini di instabilità e flessibilità, dettati ora dalla tipologia di fonti previste dalle basi giuridiche dei Trattati, ora dall'assenza di strumenti idonei a sollecitare il corretto e puntuale adempimento agli obblighi UE da parte degli Stati membri, ora da un approccio non di rado casistico alle iniziative legislative in materia penale.

Questi fattori di criticità, peraltro, sono stati in parte superati dalla rinnovata architettura istituzionale UE, che nel campo della cooperazione in materia penale non registra solo l'auspicato protagonismo del Parlamento europeo, ma anche l'attribuzione di crescenti responsabilità programmatiche alla

Commissione e la sostanziale uniformazione della giurisdizione della Corte di giustizia. Su quest'ultimo punto, nell'ottica del continuo intreccio fra limiti e tentativi di superamento che si è tentato di intessere, il Giudice dell'Unione sarà chiamato ad esercitare un ruolo di crescente di rilevanza, che potrebbe nondimeno caratterizzarsi per una minore incisività rispetto a quanto avvenuto nell'ambito di altre politiche sovranazionali. A differenza dei settori di tradizionale integrazione comunitaria, invero, la materia in esame si impernia sull'adozione di norme e misure suscettibili di limitare le libertà individuali, a beneficio della sicurezza della collettività. Nell'ambito del mercato interno, dunque, il Collegio ha potuto per multiformi ragioni fungere da motore dell'approfondimento del processo di integrazione. Nel contesto della cooperazione in materia penale occorre invece prendere le mosse da presupposti differenti, poiché l'incedere del processo di integrazione implica anzitutto l'adozione delle regole nel quadro ed in forza delle quali le autorità degli Stati membri possano esercitare l'attività di contrasto alla criminalità. La materia in esame, pertanto, non sembra a prima vista il terreno idoneo ad assicurare la centralità del formante giurisprudenziale, nel senso poc'anzi richiamato della possibilità di imprimere per via tecnico-giuridica significative accelerazioni al processo di integrazione: piuttosto, in una non meno decisiva ottica di garanzia dell'equilibrio del sistema, la Corte è chiamata a verificare l'operato del legislatore europeo e degli Stati, nonché ad assicurare un corretto bilanciamento fra l'interesse ad un costante rafforzamento della cooperazione penale ed al raggiungimento dei suoi obiettivi e le ulteriori istanze in gioco, vale a dire l'individuazione di un adeguato livello di protezione dei diritti fondamentali dell'individuo e la tutela delle peculiarità dei sistemi penali nazionali.

Anche il tema dell'attribuzione e dell'esercizio delle competenze dell'Unione europea nel settore in esame rispecchia il sostrato di limiti e forze propulsive del processo di integrazione. Il Trattato di Lisbona, ribadendo a livello sistematico la centralità del principio delle competenze di attribuzione e sollecitando il suo rigoroso rispetto, ha inteso puntualizzare con maggiore precisione gli spazi di intervento conferiti al legislatore dell'Unione. Le preesistenti basi giuridiche primarie si connotavano per un significativo grado di generalità ed avevano lasciato il campo ad un'attività di normativa che è stata descritta come *event-driven*, volta cioè a rispondere ad esigenze di regolamentazione *ad hoc*, con la possibilità di un'estensione per via implicita delle attribuzioni riconosciute al legislatore sovranazionale<sup>1699</sup>; al contrario, l'attuale impianto delle basi giuridiche relative al diritto penale sostanziale e processuale intende offrire un'immagine più definita degli spazi operativi dell'Unione. In particolare, sotto il profilo processuale, la scelta effettuata dai redattori

<sup>1699</sup> J.A.E. VERVAELE, *Harmonized Union policies and the harmonization of substantive criminal law*, in F. GALLI, A. WEYEMBERGH (a cura di), *Approximation of substantive criminal law in the EU. The way forward*, Bruxelles, 2013, p. 43.



del Trattato mira a focalizzare l'attività normativa europea sugli istituti che agevolino la cooperazione tra autorità giudiziarie degli Stati membri o che consentano il ravvicinamento degli ordinamenti nazionali in relazione ad istituti di peculiare rilevanza per ciascun sistema giuridico, come i diritti delle parti coinvolte nel processo. Per quanto riguarda il diritto penale sostanziale, invece, è stata operata la scelta di confinare l'intervento dell'Unione a norme minime comuni su fattispecie criminose gravi e idonee a generare ripercussioni transfrontaliere, nonché sulla risposta sanzionatoria a tali delitti. Anche in questo contesto, peraltro, gli artt. 82 ed 83 TFUE mantengono alcuni elementi di flessibilità, che consentono da un lato il progressivo ampliamento delle attribuzioni europee, sulla base di una scelta del Consiglio, oppure, dall'altro lato, mirano a garantire gli Stati da eccessive ingerenze sovranazionali su aspetti rilevanti dei sistemi penali interni. Quanto al primo profilo, merita ricordare, fra gli altri, il disposto dell'art. 83, par. 2, TFUE, che profila l'adozione di norme penali anche nel contesto di altre politiche, purché ciò sia necessario ad assicurare il conseguimento degli obiettivi posti dai Trattati in tali ambiti. In relazione al secondo aspetto, invece, il freno d'emergenza permette di ostacolare iniziative normative che incidano su istituti essenziali per gli ordinamenti penali statali, mentre il principio di sussidiarietà e l'istituto della *preemption* si candidano a rivestire un ruolo di crescente importanza nelle scelte di criminalizzazione e nella disciplina processuale europea, nonché nella rinnovata ricerca di equilibrio con il diritto statale. Sul punto, i fattori che, nella nuova sistematica dei Trattati, limitano o sollecitano l'azione dell'Unione in materia penale si riflettono altresì nelle residue – e peraltro non secondarie – difficoltà di coordinamento fra le basi giuridiche interessate e nell'approccio politico al quale le istituzioni europee hanno inteso orientare il proprio operato. I due temi appaiono fortemente connessi, in quanto, come reso evidente dalla giurisprudenza della Corte, l'opzione per una base giuridica in luogo di un'altra spesso dipende in maniera decisiva dall'obiettivo perseguito dal legislatore europeo, il quale si riflette sulla *ratio* dell'atto e sul suo contenuto. Nel campo della cooperazione penale, questa considerazione interessa in primo luogo il rapporto fra le norme del Trattato che consentono l'adozione di norme sostanziali, poiché l'art. 83 deve essere opportunamente coordinato con l'art. 325 TFUE, il quale subordina l'intervento penale dell'Unione a presupposti ed obiettivi peculiari. In secondo luogo, si pone altresì l'esigenza, tanto a livello interno quanto nell'azione esterna dell'UE, di assicurare il corretto inquadramento di ogni iniziativa legislativa che manifesti profili penali, ma che riveli altresì una connessione con altre politiche europee: dalle scelte operate in simili circostanze, come esemplificato dalla diatriba sulla portata dell'art. 83, par. 2, TFUE, possono infatti derivare garanzie ed implicazioni alquanto differenti per gli Stati e per i destinatari ultimi dell'intervento normativo. In questa prospettiva, molti commentatori auspicano l'avvio di una

chiara e complessiva politica penale europea, ravvisabile nella sua fase embrionale in alcuni documenti della Commissione, del Parlamento europeo e del Consiglio, la quale potrebbe costituire un efficace elemento di impulso all'attività dell'Unione e di bilanciamento con i multiformi interessi in gioco.

Un altro ambito che dimostra con evidenza i segni del confronto tra limiti della cooperazione in materia penale e loro superamento è costituito dal principio del reciproco riconoscimento, progressivamente affermatosi negli anni e definitivamente consacrato all'art. 82, par. 1, TFUE a séguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona. Sul punto, si è avuto modo di considerare come il principio in questione non costituisca una mera trasposizione nel Titolo V TFUE del mutuo riconoscimento avvalorato dalla Corte di giustizia nell'ambito del mercato interno, in quanto la sua applicazione in materia penale non comporta un rafforzamento dei diritti dell'individuo, bensì veicola l'esecuzione di provvedimenti giurisdizionali suscettibili di incidere in misura significativa sulla libertà personale e sulla situazione giuridica del soggetto coinvolto. D'altra parte, il principio del reciproco riconoscimento presenta alcune analogie di non secondario momento rispetto alla sua declinazione nel contesto economico, affinità che si traducono anzitutto nella natura non automatica di entrambi gli obblighi di riconoscimento. Questo minimo comun denominatore presenta peraltro implicazioni peculiari nella materia penale, poiché la sua piena esplicazione necessita di procedure e standard normativi condivisi e dunque, in ultima analisi, del contributo del legislatore. Quest'ultima appare invero essenziale per la messa in opera del principio, che tuttavia non ne deriva una definitiva e insuperabile cristallizzazione: al contrario, l'adozione di norme minime comuni diviene un veicolo di particolare incisività per il superamento di ostacoli derivanti da sistemi penali e processuali interni spesso non coerenti. Laddove la cooperazione potrebbe patire un limite a causa dell'inconciliabilità dei regimi processuali nazionali, invero, il legislatore disciplina istituti che assicurino un certo margine di flessibilità operativa alle autorità giudiziarie, come nel caso dell'adattamento e della modifica delle richieste di cooperazione. Questo approccio evidenzia un netto *favor integrationis*, che si riverbera altresì sul fatto che un sostrato condiviso di norme comuni può rafforzare alquanto la fiducia tra gli operatori del diritto coinvolti, presupposto concettuale e metodologico di ogni esperienza di cooperazione giudiziaria. Anche il principio del reciproco riconoscimento, inoltre, non si sottrae alla necessità di operare un bilanciamento tra l'interesse al rafforzamento della cooperazione tra autorità nazionali ed ulteriori esigenze che si frappongono a tale fondamentale obiettivo dello spazio giudiziario europeo, limitandolo. Alcuni di questi limiti derivano da scelte normative e prendono la forma di ipotesi – obbligatorie o, più spesso, facoltative – di non riconoscimento ed esecuzione dei provvedimenti giudiziari stranieri; la prassi nondimeno manifesta l'opportunità di una più approfondita riflessione su alcuni confini sistematici,

oggi non cristallizzati in norme di diritto derivato, ma senz'altro desumibili dai principi che regolano l'ordinamento UE: sembra invero meritevole di credito l'idea che l'obbligo di riconoscimento possa soccombere ad una generale valutazione sulla proporzionalità della richiesta di cooperazione in rapporto ai fatti dai quali promana, nonché all'obbligo di rispettare i diritti fondamentali, quanto meno in situazioni manifeste e su larga scala, così come già statuito dalla Corte di giustizia nel campo della cooperazione in materia civile e della protezione dei richiedenti asilo, rispettivamente nei casi *Krombach* ed *N.S. e M.E.* Lo stesso si dica in relazione al rapporto tra obbligo di riconoscimento e scelte fondamentali degli ordinamenti nazionali, contesto nel quale si replica l'ormai noto dilemma fra esigenze di effettività dei meccanismi di cooperazione e divergenti priorità di tutela. La casistica relativa alle cause di non esecuzione del mandato d'arresto europeo risulta a questo proposito emblematica, poiché ben evidenzia l'aspirazione di molti Stati membri ad ampliare la portata di tali clausole, non di rado sulla base di multiformi priorità di tutela di diritti dell'individuo.

Questo richiamo offre lo spunto per affrontare l'ultimo passaggio dell'analisi condotta, riguardante i limiti che la cooperazione in materia penale può patire alla luce dei principi generali del diritto penale, dei diritti fondamentali e delle responsabilità incombenti in capo agli Stati membri nel mantenimento dell'ordine pubblico e della pubblica sicurezza. Siffatte limitazioni evidenziano un tratto comune, poiché in larga parte originano dalla costante tensione tra esigenze securitarie – ai sensi dell'art. 67, par. 3, obiettivo chiave dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia e del nuovo corso del processo di integrazione nel suo complesso – e garanzie in favore della collettività e dell'individuo. In questa persistente ricerca di equilibrio, si è avuto modo di considerare come ciascuno di questi aspetti costituisca ora un fattore di impulso, ora un confine alla cooperazione in materia penale: il principio di offensività, ad esempio, circoscrive la sfera di intervento del legislatore europeo, ma allo stesso tempo ne orienta l'attività verso scelte di criminalizzazione adeguate alle esigenze di tutela; i diritti fondamentali sanciti dalla Carta delineano un modello di cooperazione penale incentrato sulle garanzie dell'individuo e sul prudente esercizio dei poteri coercitivi dell'autorità pubblica, però testimoniano la difficoltà di coordinare la dimensione europea con la frammentazione degli ordinamenti nazionali; il tema dell'ordine pubblico e della pubblica sicurezza richiama le responsabilità riservate agli Stati ed ai loro apparati di prevenzione e repressione del crimine, ma lo spazio accordato alle autorità nazionali appare esiguo ed affiancato da sempre più stringenti obblighi di cooperazione, oltre che dall'emersione di autonome accezioni dell'ordine pubblico a livello sovranazionale, capaci di veicolare sempre nuove forme di "cattura" di tali funzioni nazionali da parte dell'Unione, ad esempio in relazione alla selezione di beni giuridici europei meritevoli di presidio penale o,

sotto il profilo più strettamente istituzionale ed operativo, alla istituzione della Procura europea. I richiamati tentativi di bilanciamento possono essere ispirati ad alcuni paradigmi sistematici, che si è inteso sintetizzare nell'idea dell'inclusione di principi e valori provenienti dagli ordinamenti nazionali nel diritto dell'Unione, nel principio di leale cooperazione e nella teoria della reciproca tolleranza costituzionale. Dalla consapevolezza che nessuno di questi approcci può da solo spiegare la complessità della materia deriva la riprova della forte interconnessione fra limiti e slancio, i quali si confermano, nelle varie declinazioni giuridiche che assumono, un ruolo decisivo nella costruzione del modello di cooperazione penale messo in opera a livello europeo.

In sede conclusiva merita peraltro volgere lo sguardo al futuro ed accennare ai possibili elementi in grado di dare sempre nuova linfa al processo di integrazione in questa materia. Un primo fattore, già sperimentato nella recente prassi giurisprudenziale, è rappresentato dal principio di effettività del diritto dell'Unione, che, all'atto pratico, è risultato ad oggi uno degli impulsi principali al rafforzamento della cooperazione giudiziaria e legislativa. Pur dovendo rilevare l'incisività del principio, è al contempo doveroso eccepirne la limitatezza concettuale, che sembra mal attagliarsi ad una argomentata soluzione delle molteplici problematiche che la materia può profilare. Non appare pertanto auspicabile che l'effettività funga *pro futuro* da ago della bilancia fra limiti della cooperazione e loro superamento.

Occorre poi adeguatamente valorizzare il ruolo rivestito dalla programmazione pluriennale degli interventi normativi nel campo dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia. I programmi pluriennali susseguitisi nel tempo hanno dimostrato, soprattutto con il più recente esempio del programma di Stoccolma, di poter assicurare un orientamento coerente alla politica penale europea anche nel medio periodo, indipendentemente dalla contingenza o dalle esigenze di intervento poste dall'attualità. Allo stesso tempo, il tragitto al momento tracciato dal Consiglio europeo di Ypres del giugno 2014 per il quinquennio 2015-2020 sembra profilare una più rigorosa selezione delle priorità, poiché individua tre principali linee di intervento: il contrasto alla tratta di esseri umani ed ai fenomeni criminosi connessi all'immigrazione irregolare, il tema della criminalità terroristica, l'ulteriore rafforzamento della tutela delle vittime di reato. Parallelamente, potrà rivestire un ruolo alquanto rilevante la definizione di una politica penale europea complessiva, che, animata da uno sforzo corale sinora non dimostrato dalle istituzioni europee, possa orientare con chiarezza la selezione delle priorità di tutela, le scelte di criminalizzazione e i nuovi approdi dei meccanismi di operazione fra autorità giudiziarie. A questo riguardo, in effetti, vi è chi afferma la necessità che le istituzioni politiche dell'Unione, oramai consolidato un significativo *corpus* di norme penali "di parte speciale", assumano la responsabilità di un più approfondito confronto sull'adozione di norme minime comuni agli Stati membri

“di parte generale”, che cioè riguardino gli istituti fondamentali del diritto penale e gli elementi costitutivi delle fattispecie disciplinate in sede sovranazionale.

Questa sollecitazione trae origine anche e soprattutto dall'*iter* per l'istituzione della Procura europea, considerato nel corso del lavoro limitatamente ad alcuni profili circoscritti. In dottrina è stata invero evidenziata la necessità concettuale e giuridica di addivenire ad un nucleo di norme comuni sostanziali e processuali che presentino un *quid pluris* rispetto alle norme minime comuni che il legislatore europeo è legittimato a adottare alla luce degli artt. 82 ed 83 TFUE<sup>1700</sup>. Questa prospettiva viene profilata in prima battuta allo scopo di assicurare la funzionalità dell'Ufficio, nonché la piena legittimazione della sua azione al cospetto del rischio di avvalorare in sede nazionale conseguenze differenti – in termini processuali, di accertamento della responsabilità penale e di implicazioni sanzionatorie – a seconda dell'ordinamento coinvolto. Tuttavia, la considerazione in esame viene non di rado invocata per ripercorrere il dibattito sulla futura costruzione di un codice penale europeo e per segnalare una prima embrionale evidenza in tale direzione, veicolata in via principale dalla significativa incisività delle competenze attribuite all'Unione ex art. 325 TFUE, base giuridica elettiva per l'adozione delle norme a protezione degli interessi finanziari sovranazionali. Quali che siano i risvolti di simili suggestioni, non può tacersi che l'istituzione della Procura europea potrà sollecitare nuove corse in avanti e, con esse, nuove esigenze e ricerche di equilibrio.

Il percorso effettuato consente in definitiva di sottolineare un dato di fondo: se di multiformi limiti alla cooperazione giudiziaria si può senz'altro trattare, questi non rispondono ad una logica statica, negativa, difensiva. In altre parole, la nozione di limite non appare sinonimo di negazione *tout court* degli obiettivi che la cooperazione in materia penale si prefigge. Al contrario, ogni freno risponde anzitutto all'esigenza di individuare in via generale i valori ai quali l'evoluzione della politica penale europea deve essere orientata. I principi che orientano e gli istituti che regolano l'attribuzione e l'esercizio delle competenze dell'Unione, le rinnovate dinamiche istituzionali, la portata del reciproco riconoscimento, la centralità accordata ai principi generali, ai diritti fondamentali ed al ruolo dei sistemi penali degli Stati membri, talora anche a discapito dei meccanismi di cooperazione o di aspettative sanzionatorie di prevenzione generale, testimoniano come il *favor integrationis* non equivalga necessariamente al costante approfondimento del processo di integrazione, bensì al suo rafforzamento in termini di garanzie individuali o di tutela della sicurezza collettiva su basi condivise a livello europeo. Considerati nel loro in-

<sup>1700</sup> R. SICURELLA, *La costruzione della dimensione penale dell'Unione europea: deriva simbolico-repressiva o occasione di approfondimento dei presidi garantistici?*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2013, p. 7.

sieme, pertanto, i limiti di varia natura alla cooperazione in materia penale analizzati nel corso del lavoro rappresentano degli efficaci criteri ordinatori e di equilibrio del sistema, poiché in presenza di interessi contrapposti – vuoi a livello esclusivamente europeo, vuoi nel rapporto tra ordinamento UE e Stati membri – forniscono alle istituzioni europee ed alle autorità nazionali utili metodi e parametri di valutazione e di risoluzione delle eventuali discrasie. A loro volta le riforme istituzionali, l'adozione di nuovi strumenti normativi, il paradigma dell'effettività del diritto dell'Unione europea e gli ulteriori variegati fattori che alimentano l'approfondimento della cooperazione penale non possono da soli valere quale esclusiva chiave di lettura di una politica europea di tale complessità e delicatezza: al contrario, ad ogni progresso che sollecitano essi rimarkano al contempo l'esigenza di sempre nuovi limiti e conseguenti bilanciamenti, di differente modulazione ed incisività, a vantaggio di un percorso di integrazione ponderato e per quanto possibile rispettoso delle istanze di tutela che le sue progressive «realizzazioni concrete» – secondo la dicitura utilizzata nella Dichiarazione Schuman del 1950 – sollecitano.



## BIBLIOGRAFIA

- M. ABELES, *Une atteinte d'Europe*, Parigi, 1996
- R. ADAM, *La cooperazione nel campo della giustizia e degli affari interni: da Schengen a Maastricht*, in *Rivista di diritto europeo*, 1994, p. 225 ss.
- *La cooperazione in materia di giustizia e affari interni tra comunitarizzazione e metodo intergovernativo*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 1998, p. 481 ss.
- *La cooperazione in materia di giustizia e affari interni tra comunitarizzazione e metodo intergovernativo*, in U. DRAETTA, N. PARISI (a cura di), *Il Trattato di Amsterdam*, Milano, 1999, p. 237 ss.
- R. ADAM, A. TIZZANO, *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, 2014
- M. ADAMS, H. DE WAELE, J. MEEUSEN, G. STRAETMANS (a cura di), *Judging Europe's Judges. The legitimacy of the case-law of the European Court of justice*, Cheltenham, 2013
- C.E. ADIBE, *The Liberian conflict and the ECOWAS-UN partnership*, in *Third World Quarterly*, 1997, p. 471 ss.
- A. ADINOLFI, *I principi generali della giurisprudenza comunitaria e la loro influenza sugli ordinamenti degli Stati membri*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1994, p. 521 ss.
- *L'applicazione delle norme comunitarie da parte dei giudici nazionali*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2008, p. 617 ss.
- *La Corte di giustizia dell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2010, p. 55 ss.
- R. ADLER-NISSEN, *Justice and home affairs. Denmark as an active differential European*, in L. MILES, A. WIVEL (a cura di), *Denmark and the European Union*, Londra, 2012, p. 65 ss.
- R. ADLER-NISSEN, T. GAMMELTOFT-HANSEN, *Straitjacket or sovereignty shield? The Danish opt-out on Justice and Home Affairs and the prospects after the Treaty of Lisbon*, in *Danish Foreign Policy Yearbook*, 2009, p. 137 ss.
- A. ALBORS-LLORENS, *Changes in the jurisdiction of the European Court of Justice under the Treaty of Amsterdam*, in *Common Market Law Review*, 1998, p. 1273 ss.
- A. ALEMANNI, *In margine alla sentenza British American Tobacco: continua la saga "Unión de Pequeños Agricultores – Jégo Quéré"?*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2004, p. 183 ss.
- S. ALLEGREZZA, *Verso una procura europea per tutelare gli interessi finanziari dell'Unione. Idee di ieri, ciance di oggi, prospettive di domani*, in <http://www.penalecontemporaneo.it/upload/1383120442ALLEGREZZA%202013.pdf> (20 ottobre 2014)
- R. ALONSO GARCÍA, *The horizontal provisions of the Charter of fundamental rights of the European Union*, in *European Law Journal*, 2002, p. 507 ss.
- K. ALTER, *Establishing the supremacy of European law*, Oxford, 2001



- S. AMADEO, *Il Protocollo n. 30 sull'applicazione della Carta a Polonia e Regno Unito e la tutela asimmetrica dei diritti fondamentali: molti problemi, qualche soluzione*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2009, p. 720 ss.
- C. AMALFITANO, *Conflitti di giurisdizione e riconoscimento delle decisioni penali nell'Unione europea*, Milano, 2006
- *L'acquis comunitario: da esperienza giuridica a fattore di integrazione*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2009, p. 789 ss.
- *Mandato d'arresto europeo: reciproco riconoscimento vs diritti fondamentali? Note a margine delle sentenze Radu e Melloni della Corte di giustizia*, in R. MASTROIANNI, D. SAVY (a cura di), *L'integrazione europea attraverso il diritto processuale penale*, Napoli, 2014, p. 39 ss.
- *Le prime direttive europee sul ravvicinamento "processuale": il diritto all'interpretazione, alla traduzione ed all'informazione nei procedimenti penali*, in R. DEL COCO, E. PISTOIA (a cura di), *Stranieri e giustizia penale*, Bari, 2014, p. 1 ss.
- *Scaduto il regime transitorio per gli atti del terzo pilastro. Da oggi in vigore il sistema "ordinario" di tutela giurisdizionale della Corte di giustizia*, in [www.eurojus.it](http://www.eurojus.it), 1° dicembre 2014 (6 dicembre 2014)
- G. AMATO, H. BRIBOSIA, B. DE WITTE (a cura di), *Genèse et destinée de la Constitution européenne - Genesis and destiny of the European Constitution*, Bruxelles, 2007
- F. AMTENBRINK, D. KOCHENOV, *Towards a more flexible approach towards enhanced cooperation*, in A. OTT, E. VOS (a cura di), *Fifty years of European integration. Foundations and perspectives*, L'Aia, 2009, p. 157 ss.
- M. ANDENAS, W. ROTH, *Services and free movement in EU law*, Oxford, 2002
- S. ANDERSEN, *The enforcement of EU law. The role of the European Commission*, Oxford, 2012
- M. ANDERSON, *Policing the European Union*, Oxford, 1995
- F. ANGELINI, *Ordine pubblico e integrazione costituzionale europea. I principi fondamentali nelle relazioni interordinamentali*, Padova, 2007
- I. ANRÒ, *Il parere 2/13 della Corte di giustizia sul progetto di accordo dell'Unione europea alla CEDU: una bocciatura senza appello?*, in [www.eurojus.it](http://www.eurojus.it) (29 dicembre 2014)
- E. APRILE, *I rapporti tra diritto processuale penale e diritto dell'Unione europea dopo la sentenza della Corte di giustizia sul "caso Pupino" in materia di incidente probatorio*, in *Cassazione penale*, 2006, p. 1165 ss.
- A. ARENA, *Le fonti della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale e la loro efficacia negli ordinamenti nazionali prima e dopo il Trattato di Lisbona*, in P. DE PASQUALE, F. FERRARO (a cura di), *Il terzo pilastro nell'Unione europea*, Napoli, 2009, p. 13 ss.
- *The doctrine of Union preemption in the EU internal market: between Sein and Solen*, in *Columbia Journal of European Law*, 2011, p. 483 ss.

- \_ *Il principio della preemption in diritto dell'Unione europea. Esercizio delle competenze e ricognizione delle antinomie tra diritto derivato e diritto nazionale*, Napoli, 2013
- A. ARNULL, *The European Union and its Court of justice*, Oxford, 2006
- \_ *The Protocol No 30 on the application of the Charter of fundamental rights of the European Union to Poland and the United Kingdom*, in S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER, A. WARD (a cura di), *The EU Charter of fundamental rights. A commentary*, Oxford, 2014, p. 1595 ss.
- A. ASHWORTH, *General principles of criminal law*, Oxford, 2006
- P. ASP, *Mutual recognition and the development of criminal law cooperation within the EU*, in H. STRANDBAKKEN (a cura di), *Harmonization of criminal law in Europe*, Anversa, 2005, p. 23 ss.
- \_ *The importance of the principle of subsidiarity and coherence in the development of EU criminal law*, in *European criminal law review*, 2011, p. 43 ss.
- \_ *The substantive criminal law competence of the EU*, Stoccolma, 2013
- L. AZOULAI, *The Court of Justice and the social market economy: the emergence of an ideal and the conditions for its realization*, in *Common Market Law Review*, 2008, p. 1342 ss.
- I. BAILEY, *Fair or foul? The European arrest warrant 'justice sans frontier': an instrument of use open to abuse*, in [www.corkonlinelawreview.com](http://www.corkonlinelawreview.com), 2012 (14 dicembre 2014)
- E. BAKER, *Criminal jurisdiction, the public dimension to 'effective protection' and the construction of Community-citizen relations*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2001, p. 25 ss.
- \_ E. BAKER, *Governing through crime: the case of the European Union*, in *European Journal of Criminology*, 2010, p. 187 ss.
- H. BAKER, C. HARDING, *From past imperfect to future perfect? A longitudinal study of the Third Pillar*, in *European Law Review*, 2009, p. 25 ss.
- A. BALSAMO, S. RECCHIONE, *La protezione della persona offesa tra Corte europea, Corte di giustizia della Comunità europea e carenze del nostro ordinamento*, in A. BALSAMO, R. KOSTORIS (a cura di), *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, Torino, 2008, p. 309 ss.
- J. BAQUERO CRUZ, *Between competition and free movement: the economic constitutional law of the European Community*, Oxford, 2002
- R. BARATTA, *Ne bis in idem, diritto internazionale e valori costituzionali*, in AA.VV. *Divenire sociale e adeguamento del diritto. Studi in onore di Francesco Capotorti*, Milano, 1999, p. 3 ss.
- \_ *Overlaps between European Community competence and European Union foreign policy activity*, in E. CANNIZZARO (a cura di), *The European Union as an actor in international relations*, L'Aia, Londra, New York, 2002, p. 58 ss.
- \_ *Le competenze interne dell'Unione tra evoluzione e principio di reversibilità*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2010, p. 518 ss.
- \_ *Accession of the EU to the ECHR: the rationale for the ECJ's prior involvement mechanism*, in *Common Market Law Review*, 2013, p. 1315 ss.

- N.W. BARBER, *Subsidiarity in the draft Constitution*, in *European Public Law*, 2005, p. 197 ss.
- A. BARLETTA, *La legalità penale tra diritto dell'Unione europea e Costituzione*, Napoli, 2011
- C. BARNARD, *Is it worth the candle? An early assessment*, in *European Law Review*, 2009, p. 281 ss.
- *The Charter, the Court and the crisis*, University of Cambridge, Faculty of Law Research Paper n. 18/2013
- G. BARRETT, *Building a Swiss chalet in an Irish landscape? Referendums on the European Union Treaties in Ireland and the impact of the Supreme Court jurisprudence*, in *European Constitutional Law Review*, 2009, p. 32 ss.
- V. BARRETT, *Justice cooperation in the European Union*, Dublino, 1997
- E. BARTOLONI, *Articolazione delle competenze e tutela dei diritti fondamentali nelle misure UE contro il terrorismo*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2009, p. 47 ss.
- *Politica estera e azione esterna dell'Unione europea*, Napoli, 2012
- V. BAZZOCCHI, *Il caso Pupino e il principio di interpretazione conforme delle decisioni-quadro*, in *Quaderni costituzionali*, 2006, p. 884 ss.
- P. BEAUVAIS, *Frontières du droit pénal de l'Union: les difficultés de l'espace de liberté, de sécurité et de justice à géométrie variable, note sous CJUE, 26 oct. 2010, Royaume Uni c/ Conseil, C-482/08*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 2011, p. 654 ss.
- G. BECK, *The legal reasoning of the Court of Justice of the EU*, Oxford, 2012
- F. BELAICH, *La répétition de l'indu en droit communautaire dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, in *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, 2000, p. 113 ss.
- J. BENGOTXEA, *The legal reasoning of the European Court of justice*, Oxford, 1993
- G. BERMANN, *Proportionality and Subsidiarity*, in C. BARNARD, J. SCOTT (a cura di), *The law of the single European market*, Oxford, 2002, p. 75 ss.
- N. BERNARD, *The future of European economic law in the light of the principle of subsidiarity*, in *Common Market Law Review*, 1996, p. 660 ss.
- A. BERNARDI, *I tre volti del diritto penale comunitario*, in L. PICOTTI (a cura di), *Possibilità e limiti di un diritto penale europeo*, Milano, 1999, p. 124 ss.
- *La competenza penale accessoria dell'Unione europea: problemi e prospettive*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2012, p. 43 ss.
- A. BERNEL, *Le principe d'équivalence ou de reconnaissance mutuelle en droit communautaire*, Zurigo, 1996
- A. BERNHARDT, *Evolutionary treaty interpretation, Especially of the European Convention on Human Rights*, in *German Yearbook of International Law*, 1999, p. 14 ss.
- B. BERTRAND, *Un principe politique saisi par le droit. La justiciabilité du principe de subsidiarité en droit de l'Union européenne*, in *Revue trimestrielle du droit européen*, 2012, p. 329 ss.
- L. BESSELINK, *Entrapped by the maximum standard. On fundamental rights, pluralism and subsidiarity in the European Union*, in *Common Market Law Review*, 1998, p. 629 ss.

- *The parameters of constitutional conflict after Melloni*, in *European Law Review*, 2014, p. 531 ss.
- F. BESTAGNO, *Il trasferimento dell'esecuzione delle condanne penali tra gli Stati membri dell'Unione europea*, in *Diritto del commercio e degli scambi internazionali*, 1994, p. 280 ss.
- A. BIONDI, *Subsidiarity in the Courtroom*, in A. BIONDI, P. EECKOUT, S. RIPLEY (a cura di), *EU law after Lisbon*, Oxford, 2012, p. 211 ss.
- A. BIONDI, R. MASTROIANNI, *Case note Berlusconi*, in *Common Market Law Review*, 2006, p. 550.
- M.T. BITSCH, *Histoire de la construction européenne*, Bruxelles, 2001
- N. BITZILEKIS, M. KAIATA-GHANDI, S. KASTANIDOU, *Theory of genuine European legal interest*, in B. SCHÜNEMANN (a cura di), *A programme for European criminal justice*, Monaco, 2006, p. 467 ss.
- A. BLAIR, *Dealing with Europe. Britain and the negotiation of the Maastricht Treaty*, Aldershot, 1999
- C. BLUMANN, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Parigi, 2010
- B. BONAFÉ, *Il nuovo accordo interpilieri concluso dall'Unione europea con il Libano*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2003, p. 407 ss.
- M. BORGERS, *Implementing framework decisions*, in *Common Market Law Review*, 2007, p. 1361 ss.
- *Mutual recognition and the European Court of Justice: the meaning of consistent interpretation and autonomous and uniform interpretation of Union law for the development of the principle of mutual recognition in criminal matters*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2010, p. 99 ss.
- M. BORRACCETTI, *Il procedimento pregiudiziale d'urgenza: esigenza di celerità e diritti fondamentali delle persone*, in *La funzione giurisdizionale nell'ordinamento internazionale e nell'ordinamento comunitario – Atti dell'incontro di studio tra giovani cultori delle materie internazionalistiche – VII edizione*, Torino, 9-10 ottobre 2009, Torino, 2010, p. 99 ss.
- M. BORRACCETTI, M.C. REALE, *Da giudice a giudice: il dialogo tra giudice italiano e Corte di giustizia delle Comunità europee*, Milano, 2008
- T.A. BÖRZEL, *Guarding the Treaty: The compliance strategies of the European Commission*. in T.A. BÖRZEL, R.A. CICHOWSKI (a cura di), *The state of the European Union: Law, politics and society (Volume 6)*, Oxford, 2003, p. 197 ss.
- M.G. BRAIBANT, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Parigi, 2001
- H. BRIBOSIA, *Differentiation et avant-gardes au sein de l'Union européenne: bilan et perspectives du Traité d'Amsterdam*, in *Cahiers de droit européen*, 2000, p. 57 ss.
- *Subsidiarité et répartition des compétences entre l'Union et ses Etats membres dans la Constitution européenne*, in *Revue du droit de l'Union européenne*, 2005, p. 25 ss.
- E. BRIBOSIA, A. WEYEMBERGH (a cura di), *Lutte contre le terrorisme et droits fondamentaux*, Bruxelles, 2002
- F. BRICOLA, *Politica criminale e scienza penale*, Bologna, 1997

- *Alcune osservazioni in materia di tutela penale degli interessi delle Comunità europee* (1968), in *Scritti di diritto penale*, Milano 1997, p. 2357 ss.
- J.W. BRIDGE, *The European Communities and the Criminal Law*, in *Criminal Law Review*, 1976, p. 88
- M. BROBERG, N. FENGER, *Preliminary reference to the European Court of Justice*, Oxford, 2012
- B. BROOMHALL, *International justice and the international criminal court: between sovereignty and the rule of law*, Oxford, 2003
- E. BROSSET (a cura di), *Le Traité de Lisbonne: reconfiguration ou déconstitutionnalisation de l'Union européenne?*, Bruxelles, 2010
- E. BROUWER, *Commission v. Spain. Case note*, in *Common Market Law Review*, 2008, p. 1251
- A. BULTRINI, *La pluralità dei meccanismi di tutela dei diritti dell'uomo in Europa*, Torino, 2004
- M. BUSUIOC, *Accountability, control and independence: the case of European agencies*, in *European Law Journal*, 2009, p. 599 ss.
- *European Agencies: law and practices of accountability*, Oxford, 2013
- J. CALLEWAERT, *The accession of the European Union to the European Convention of Human Rights*, Strasburgo, 2014
- L. CALZOLARI, *La nozione di "atti regolamentari" ex art. 263, quarto comma, TFUE nelle prime sentenze del Tribunale dell'Unione europea*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2012, p. 523 ss.
- L. CAMALDO, *La direttiva sull'ordine europeo di indagine penale (OEI) : un congegno di acquisizione della prova dotato di molteplici potenzialità, ma di non facile attuazione*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it) 27 maggio 2014 (16 luglio 2014)
- E. CANNIZZARO, *La dottrina della guerra preventiva e la disciplina internazionale sull'uso della forza*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2003, p. 171 ss.
- *Il ruolo dei parlamenti nazionali nel processo di integrazione europea: in margine ad uno scritto inedito di Leopoldo Elia*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2009, p. 457 ss.
- E. CANNIZZARO, E. BARTOLONI, *La costituzionalizzazione del terzo pilastro dell'Unione europea*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2007, p. 479 ss.
- G. CANSACCHI, *Assistenza giudiziaria internazionale*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. I, Torino, 1964
- C. CANTORE, *We're One But We're Not the Same: Enhanced Cooperation and the Tension Between Unity and Asymmetry in the EU*, in *Perspectives on Federalism*, 2011/3
- G. CAPECCHI, *La cooperazione di polizia nel nuovo assetto dell'UE*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2000, p. 147 ss.
- F. CAPELLI, *La sentenza Parmesan della Corte di giustizia: una decisione sbagliata*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2008, p. 329 ss.
- *La Corte di giustizia, in via interpretativa, attribuisce all'Unione europea una competenza esclusiva in materia di riconoscimento delle denominazioni d'origine e delle indicazioni geografiche protette, riferite ai prodotti agroalimentari, mediante la sen-*

- tenza BUD II motivata in modo affrettato, contraddittorio e per nulla convincente, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2010, p. 401 ss.
- M. CAPPELLETTI, *Is the European Court of justice running wild?*, in *European Law Review*, 1987, p. 3 ss.
- L. CAPPUCCIO, *Leale cooperazione e sussidiarietà: affermazione di un modello di diritto interno e comunitario*, in M. SCUDIERO (a cura di), *Il diritto costituzionale comune europeo. Principi e diritti fondamentali*, Napoli, 2002, p. 329 ss.
- D.A. CAPUANO, *Il Senato e l'attuazione del trattato di Lisbona, tra controllo di sussidiarietà e dialogo politico con la Commissione europea*, in [http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/wp-content/uploads/2011/01/Capuan\\_Senato-e-Trattato-Lisbona.pdf](http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/wp-content/uploads/2011/01/Capuan_Senato-e-Trattato-Lisbona.pdf) (5 ottobre 2014)
- L. CARBONE, G. TIBERI, *La better regulation in ambito comunitario*, in *Quaderni costituzionali*, 2001, p. 699 ss.
- S.M. CARBONE, *Base giuridica e criteri interpretativi delle norme comunitarie sullo spazio giudiziario europeo*, in *Contratto e impresa. Europa*, 2003, p. 183 ss.
- *Il ruolo della Corte di giustizia nella costruzione del sistema giuridico europeo*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2006, p. 547 ss.
- *Le procedure innanzi alla Corte di giustizia a tutela delle situazioni giuridiche individuali dopo il Trattato di Lisbona*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2008, p. 239 ss.
- G. CARELLA (a cura di), *L'immigrazione e la mobilità delle persone nel diritto dell'Unione europea*, Bologna, 2012
- C. CARENA, *Prometeo incatenato*, Torino, 1995
- S. CARRERA, E. GUILD, M. MERLINO, J. PARKIN, *A race against solidarity: the Schengen regime and the Franco-Italian affair*, Centre for European Policy Studies Working Paper, April 2011, in [http://aei.pitt.edu/31639/1/The\\_Franco-Italian\\_Affair.pdf](http://aei.pitt.edu/31639/1/The_Franco-Italian_Affair.pdf) (20 novembre 2014)
- S. CARRERA, N. HERNANZ, J. PARKIN, *The 'lisbonization' of the European Parliament. Assessing progress, shortcomings and challenges for democratic accountability in the Area of freedom, security and justice*, CEPS working paper n. 58/2013, in <http://www.ceps.eu/book/%E2%80%98lisbonisation%E2%80%99-european-parliament-assessing-progress-shortcomings-and-challenges-democratic-a> (6 dicembre 2014)
- F. CASASOLE, *La conservazione dei campioni biologici e di profili del DNA nella legge italiana, alla luce del dibattito europeo*, in *Cassazione penale*, 2009, p. 4435 ss.
- S. CASSESE, B. CAROTTI, L. CASINI, E. CAVALIERI, E. MACDONALD, M. MACCHIA, M. SAVINO (a cura di), *Global administrative law: the casebook*, New York, 2012
- M. CASTILLO, R. CHEMAIN, *La réserve d'ordre public en droit communautaire*, in M.J. REDOR (a cura di), *L'ordre public: ordre public ou ordres publics? Ordre public et droits fondamentaux*, Bruxelles, 2001, p. 133 ss.
- M.L. CESONI, *Compétence pénale: la Cour de justice des Communautés européennes prime-t-elle le principe de légalité*, in *Journal des Tribunaux*, 2006, p. 365 ss.
- D. CHALMERS, *European restatements of sovereignty*, London School of Economics Working Paper n. 10/2013, in [http://www.lse.ac.uk/collections/law/wps/WPS2013-10\\_Chalmers.pdf](http://www.lse.ac.uk/collections/law/wps/WPS2013-10_Chalmers.pdf) (12 novembre 2014)

- J. CHALMERS, *Opting out of EU police and criminal justice measures: the United Kingdom's 2014 decision*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2013, p. 215 ss.
- J. CHALMERS, F. LEVERICK, *Fair labeling in criminal law*, in *Modern Law Review*, 2008, p. 217 ss.
- F. CHALTIEL, *Arrêt CJCE Commission c. Conseil, du 13 septembre 2005: une nouvelle avancée de l'idée de souveraineté européenne: la souveraineté pénale en devenir*, in *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, 2006, p. 24 ss.
- F. CHERUBINI, *L'obbligo di interpretazione conforme "sconfina" nel terzo pilastro: note a margine della sentenza Pupino*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2006, p. 157 ss.
- B. CHEVALIER, *Les nouveaux développements de la procédure préjudicielle dans le domaine de l'espace judiciaire européen: la procédure préjudicielle d'urgence et les réformes principales prévues par le traité de Lisbonne*, in *ERA-Forum*, 2008, p. 591 ss.
- J.J. CHEVALIER, *Le grandi opere del pensiero politico moderno*, Bologna, 1998
- C. CHEVALLIER-GOVERS, *Le Traité de Lisbonne et la différenciation dans l'espace de liberté, de sécurité et de justice*, in E. BROSSET (a cura di), *Le Traité de Lisbonne: reconfiguration ou déconstitutionnalisation de l'Union européenne?*, Bruxelles, 2010, p. 263 ss.
- M. CLAES, *The national courts' mandate in the European Constitution*, Oxford, 2006
- L. CLEMENT-WILZ, *La procédure préjudicielle d'urgence: nouveau théâtre du procès européen?*, in *Cahiers du droit européen*, 2012, p. 135 ss.
- M. CONDINANZI, *La (fantomatica) competenza della Corte di giustizia delle Comunità europee nelle Convenzioni concluse dagli Stati membri ai sensi dell'articolo K3, lett. c) del Trattato sull'Unione*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 1996, p. 579 ss.
- M. CONDINANZI, R. MASTROIANNI, *Il contenzioso dell'Unione europea*, Torino, 2009
- V. CONSTANTINESCO, *Compétences et pouvoirs dans les Communautés européennes. Contribution à l'étude de la nature juridique des Communautés européennes*, Parigi, 1974
- *La subsidiarité comme principe constitutionnel de l'intégration européenne*, in *Aus-senwirtschaft*, 1991, p. 444 ss.
- *Les compétences et le principe de subsidiarité*, in *Revue trimestrielle de droit de l'Union européenne*, 2005, p. 305 ss.
- F. CONSULICH, «Materia penale» e tutela dei beni giuridici nello spazio unitario europeo. Il paradigma sanzionatorio tra definizioni formali e definizioni sostanziali, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2006, p. 65 ss.
- G. CONWAY, *Holding to account a possible European Public Prosecutor. Supranational governance and accountability across diverse legal traditions*, in *Criminal Law Forum*, 2013, p. 371 ss.
- *The limits of the legal reasoning of the Court of Justice*, Cambridge, 2014
- I. COOPER, *The watchdogs of subsidiarity: national parliaments and the logic of arguing in the EU*, in *Journal of Common Market Studies*, 2006, p. 281 ss.
- J.M. CORTES MARTIN, *Immigration et regroupement familial dans l'UE: un droit à géométrie variable?*, in *Revue de droit de l'Union européenne*, 2005, p. 721 ss.

- T. CORTHAUT, *EU ordre public*, Alphen aan den Rijn, 2012
- F. COSTAMAGNA, *I servizi socio-sanitari nel mercato interno europeo. L'applicazione delle norme dell'Unione europea in materia di concorrenza, aiuti di Stato e libera circolazione dei servizi*, Napoli, 2011
- *The European semester in action: strengthening economic policy coordination while weakening the social dimension?*, Centro Einaudi Working Paper n. 5/2013
- L. COSTATO, P. BORGHI, L. RUSSO, S. MANSERVISI (a cura di), *Dalla riforma del 2003 alla PAC dopo Lisbona: i riflessi sul diritto agrario, alimentare e ambientale*, Napoli, 2011
- L. COSTATO, F. ALBISSINI (a cura di), *European food law*, Padova, 2012
- R. COVER, *Forward: nomos, and narrative*, in *Harvard Law Review*, 1983, p. 4 ss.
- E. CRABIT, *Recherches sur la notion d'espace judiciaire européen*, Bordeaux, 1988
- P. CRAIG, *The road to the 1996 Intergovernmental Conference. The contribution of the European Court of Justice and the Court of First instance*, in *Public Law*, 1996, p. 13 ss.
- *Competence and Member State autonomy: causality, consequence, and legitimacy*, in H. MICKLITZ, B. DE WITTE (a cura di), *The European Court of Justice and the autonomy of the Member States*, Anversa, 2002, p. 11 ss.
- *Competence: clarity, conferral, containment and consideration*, in *European Law Review*, 2004, p. 334 ss.
- *EU administrative law*, Oxford, 2006
- *The Treaty of Lisbon. Law, politics and reform*, Oxford, 2010
- *Subsidiarity: a political and legal analysis*, in *Journal of Common Market Studies*, 2012, p. 73 ss.
- P. CRAIG, G. DE BURCA, *EU Law*, Oxford, 2011
- P. CRAIG, G. DE BURCA (a cura di), *The evolution of EU law*, Oxford, 2011
- M. CREMONA, M. CREMONA, *A constitutional basis for effective external action?*, EUI Law Working Papers, n. 2006/30, p. 21, in <http://cadmus.eui.eu/handle/1814/6293> (10 aprile 2014)
- *Coherence in foreign policy. The legal dimension*, in P. KOUTRAKOS (a cura di), *European foreign policy: legal and political perspectives*, Cheltenham, 2011, p. 47 ss.
- M. CREMONA, B. DE WITTE (a cura di), *EU foreign relations law. Constitutional fundamentals*, Oxford-Portland, 2008
- E. CROSS, *Pre-emption of Member States law in the European Economic Community: a framework for analysis*, in *Common Market Law Review*, 1992, p. 462 ss.
- R. CRYER, *International criminal law vs. State sovereignty: another round?*, in *The European Journal of International Law*, 2006, p. 979 ss.
- E. CUCINOTTA, *L'assistenza giudiziaria nei rapporti internazionali*, Milano, 1935
- C. CURTI GIALDINO, *Schengen e il terzo pilastro: il controllo giurisdizionale secondo il Trattato di Amsterdam*, in *Rivista di diritto europeo*, 1998, p. 245 ss.
- (a cura di), *Codice dell'Unione europea operativo*, Napoli, 2012
- D. CURTIN, *The constitutional structure of the Union: a Europe of bits and pieces*, in *Common Market Law Review*, 1993, p. 17 ss.



- D. CURTIN, H. MEIJERS, *Access to European Union information: an element of citizenship and a neglected constitutional right*, in A. NEUWAHL (a cura di), *The European Union and human rights*, L'Aia, 1995, p. 77 ss.
- D.M. CURTIN, J.F.M. POUW, *La coopération dans le domaine de la justice et des affaires intérieures au sein de l'Union européenne: une nostalgie d'avant Maastricht?*, in *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, 1995, p. 13 ss.
- J.L. DA CRUZ VILAÇA, *La nouvelle architecture judiciaire européenne et la conférence intergouvernementale*, in *Cahiers de droit européen*, 1996, p. 3 ss.
- L. DANIELE, *Diritto dell'Unione europea*, Milano, 2010
- M. DARMON, *La prise en compte des droits fondamentaux par la Cour de justice des Communautés européennes*, in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1995, p. 29 ss.
- A. DASHWOOD, *The limits of European Community power*, in *European Law Review*, p. 113 ss.
- *Oral Evidence before the House of Lords EU Committee*, in <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200506/ldselect/ldeucom/268/268.pdf> (14 aprile 2014)
- A. DASHWOOD, M. MARESCEAU (a cura di), *Law and Practice of EU external relations*, Cambridge, 2008
- B. DAVIES, *Segi and the future of judicial rights protection in the Third Pillar of the EU*, in *European Public Law*, 2008, p. 311 ss.
- G. DAVIES, *Subsidiarity: the wrong idea, in the wrong place, at the wrong time*, in *Common Market Law Review*, 2006, p. 63 ss.
- *Legislative control of the European Court of Justice*, in *Common Market Law Review*, 2014, p. 1579 ss.
- A. DAWES, O. LINSKEY, *The Ever-Longer Arm of EC Law: the Extension of Community Competence into the Field of Criminal Law*, in *Common Market Law Review*, 2008, p. 131 ss.
- M. DAWSON, B. DE WITTE, E. MUIR (a cura di), *Judicial activism at the European Court of justice*, Cheltenham, 2013
- G. DE AMICIS, *Il principio del ne bis in idem europeo nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Cassazione penale*, 2009, p. 3162 ss.
- S. DE BIOLLEY, A. WEYEMBERGH (a cura di), *Comment évaluer le droit pénal européen?*, Bruxelles, 2007.
- N. DE BOER, *Case C-399/11, Stefano Melloni v. Ministero Fiscal, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 26 February 2013*, in *Common Market Law Review*, 2013, p. 1083 ss.
- *Secret evidence and due process rights under EU law: ZZ*, in *Common Market Law Review*, 2014, p. 1235 ss.
- P. DE BRUYCKER, A. DI BARTOLOMEO, F. FARGUES, *Migrants smuggled by sea to the EU: facts, laws and policy options*, European University Institute Migration Policy Centre, Research Report 2013/09, in <http://www.migrationpolicycentre.eu/docs/MPC-RR-2013-009.pdf> (4 marzo 2014)
- G. DE BURCA, *The principle of proportionality and its application in EC law*, in *Yearbook of European Law*, 1993, p. 105 ss.

- \_ *The principle of subsidiarity and the Court of Justice as an institutional actor*, in *Journal of Common Market Studies*, 1998, p. 224 ss.
- \_ G. DE BURCA, *Reappraising subsidiarity's significance after Amsterdam*, Jean Monnet Working Paper 7/1999, reperibile all'indirizzo internet <http://www.jeanmonnet-program.org/archive/papers/99/990701.html> (14 ottobre 2014)
- G. DE BURCA, B. DE WITTE, *The delimitation of powers between the European Union and its member States*, in A. ARNULL, D. WINCOTT (a cura di), *Legitimacy and accountability in the European Union after Nice*, Oxford, 2002, p. 201 ss.
- G. DE BURCA, J.H.H. WEILER, *The European Court of Justice*, Oxford, 2001
- E. DE BUSSEY, *Privatization of information and the data protection reform*, in S. GUTWITH (a cura di), *Reloading Data Protection*, New York, 2014, p. 129 ss.
- Z. DEEN-RACSMÁNY, *The European arrest warrant and the surrender of nationals revisited: the lessons of constitutional challenges*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2006, p. 271 ss.
- P. DE HERT, *Division of Competences between national and European levels with regards to Justice and Home Affairs*, in J. AAP (a cura di), *EU Justice and Home Affairs*, Amsterdam, 2004, p. 156 ss.
- P. DE HERT, I. WIECZOREK, *Testing the principle of subsidiarity in EU criminal policy. The omitted exercise in the recent EU documents on principles for substantive European criminal law*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2013, p. 293 ss.
- R. DEHOUSSE, *Does subsidiarity really matter?*, EUI working paper n. 92/93
- \_ *Europe after Maastricht. An ever closer Union?*, Monaco, 1994
- \_ *The European Court of Justice: the politics of European integration*, New York, 1998
- G. DE KERCHOVE, A. WEYEMBERGH (a cura di), *Vers un espace judiciaire pénal européen*, Bruxelles, 2000
- \_ *La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l'Union européenne*, Bruxelles, 2001
- \_ (a cura di), *L'espace pénal européen: enjeux et perspectives*, Bruxelles, 2002
- \_ (a cura di), *Security and justice. Issue for the EU external policy*, Bruxelles, 2003
- \_ (a cura di), *Quelles réformes pour l'espace pénal européen?*, Bruxelles, 2003
- \_ (a cura di), *La confiance mutuelle dans l'espace pénal européen*, Bruxelles, 2005
- \_ *Quelle Europe pénale dans le traité constitutionnel?*, in M. DONY, E. BRIBOSIA (a cura di), *Commentaire de la Constitution européenne*, Bruxelles, 2005, p. 321 ss.
- G. DELLA MORTE, *La situazione carceraria italiana viola "strutturalmente" gli standard sui diritti umani (a margine della sentenza "Torreggiani c. Italia")*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2013, p. 147 ss.
- S. DELMAS-DARROZE, *Le Traité de Amsterdam et le déficit démocratique de l'Union européenne*, in *Revue du marché unique de l'Union européenne*, 1999, p. 143 ss.
- M. DELMAS-MARTY, *The European Union and penal law*, in *European Law Journal*, 1998, p. 87 ss.
- \_ *The contribution of comparative law to a pluralist vision of international criminal law*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2003, p. 13 ss.
- \_ *Harmonisation des sanctions et valeurs communes: la recherche d'indicateurs de gravité et d'efficacité*, in M. DELMAS-MARTY, G. GIUDICELLI-DELAGE, E. LAMBERT

- ABDELGAWAD (a cura di), *L'harmonisation des sanctions pénales en Europe*, Parigi, 2003, in <http://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00419159> (17 novembre 2014).
- *Les forces imaginantes du droit. Tome III: la pluralisme ordonné*, Parigi, 2006
- *Comparative criminal law as a necessary tool for the application of International criminal law*, in A. CASSESE (a cura di), *The Oxford companion to international criminal justice*, Oxford, 2009, p. 97 ss.
- F. DELPEREE, *Le principe de subsidiarité*, Bruxelles, 2002
- G. DENNEWALD, *L'espace judiciaire européen au lendemain du Traité de Lisbonne: état des lieux et perspectives de l'intégration différenciée*, in *ERA-Forum*, 2010, p. 169 ss.
- E. DENZA, *The intergovernmental pillars of the European Union*, Oxford, 2002
- P. DE PASQUALE, *Il terzo pilastro dell'unione europea tra buona fede e leale collaborazione*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2009, p. 431 ss.
- M. DERLÉN, *The multilingual interpretation of European Union law*, Alphen aan den Rijn, 2009
- C.H. DE ROUVROI, A. THIERRY, *De la réorganisation de la société européenne. De la nécessité et des moyens de rassembler les peuples de l'Europe en un seul corps politique, en conservant à chacun son indépendance nationale*, Parigi, 2013
- B. DE SCHUTTER, *International criminal cooperation. The Benelux example*, in M.C. BASSIOUNI, V.P. NANDA (a cura di), *A treatise on international criminal law*, Springfield, 1973, p. 249 ss.
- O. DE SCHUTTER, *The role of fundamental rights evaluation in the establishment of the Area of Freedom, Security and Justice*, in M. MARTIN (a cura di), *Crime, rights and the EU. The future of police and judicial cooperation*, Londra, 2008, p. 44 ss.
- *L'adhésion de l'Union Européenne à la Convention Européenne des droits de l'homme: feuille de route de la négociation*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2010, p. 535
- O. DE SCHUTTER, V. MORENO (a cura di), *Human rights in the web of governance: towards a learning-based fundamental rights policy for the European Union*, Lovanio, 2010
- S.A. DE VRIES, *Balancing fundamental rights with economic freedoms according to the European Court of Justice*, in *Utrecht Law Review*, 2013, p. 169 ss.
- F. DE WITTE, *The European judiciary after Lisbon*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2008, p. 48 ss.
- *Sex, drugs & EU law: the recognition of moral and ethical diversity in EU law*, in *Common Market Law Review*, 2013, p. 1545 ss.
- B. DE WITTE, *The legal status of the Charter: vital question or non-issue?*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2001, p. 81 ss.
- B. DE WITTE, D. HANF, E. VOS (a cura di), *The many faces of differentiation in EU law*, Cambridge, 2003
- L.G. DI CARLO, *Brevi cenni sulle recenti evoluzioni del sistema Schengen e sul Trattato di Prüm*, in *Rivista della cooperazione giuridica internazionale*, 2008, p. 221 ss.

- G. DI FEDERICO (a cura di), *The EU Charter of fundamental rights. From declaration to binding instrument*, Londra, 2011
- A. DI MARTINO, *Criminalità organizzata e reato transnazionale, diritto penale nazionale: l'attuazione in Italia della cd. Convenzione di Palermo*, in *Diritto penale e processo*, 2006, p. 15 ss.
- E. DI NAPOLI, *A place called home: il principio di territorialità e la localizzazione dei rapporti familiari nel diritto internazionale privato post-moderno*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2014, p. 899 ss.
- C. DI STASIO, *La lotta multilivello al terrorismo internazionale: garanzia di sicurezza versus tutela dei diritti fondamentali*, Milano, 2010
- G. DONÀ, *Il ricorso di annullamento e le novità introdotte dal Trattato di Lisbona*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2010, p. 567 ss.
- M. DONINI, *Dogmatica penale e politica criminale a orientamento costituzionalistico. Conoscenza e controllo critico delle scelte di criminalizzazione*, in *Dei delitti e delle pene*, 1998, p. 37 ss.
- *Il diritto penale di fronte al nemico*, in *Cassazione penale*, 2006, p. 772 ss.
- *Diritto penale di lotta vs. diritto penale del nemico*, in R. ORLANDI, R.E. KOSTORIS, *Contrasto al terrorismo interno ed internazionale*, Torino, 2006, p. 19 ss.
- H. DONNEDIEU DE VABRES, *Crimes et délits commis à l'étranger*, Parigi, 1906
- M. DOUGAN, *The "disguised" vertical effect of directives*, in *Cambridge Law Journal*, 2000, p. 586 ss.
- *The Treaty of Lisbon: winning minds, not hearts*, in *Common Market Law Review*, 2008, p. 193 ss.
- *From the velvet glove to the iron fist: criminal sanctions for the enforcement of Union law*, in M. CREMONA (a cura di), *Compliance and the enforcement of EU law*, Oxford, 2012, p. 74 ss.
- S. DOUGLAS-SCOTT, *Rule of law in the EU. Putting security in the Area of Freedom, Security and Justice*, in *European Law Review*, 2004, p. 219 ss.
- D. DOUKAS, *The verdict of the German Constitutional Court on the Lisbon Treaty: not guilty, but don't do it again!*, in *European Law Review*, 2009, p. 873 ss.
- U. DRAETTA, *Il mandato d'arresto europeo al vaglio della Corte di giustizia*, in *Rivista di diritto italiano privato e processuale*, 2007, p. 998 ss.
- *Le competenze dell'Unione europea nel Trattato di Lisbona*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2008, p. 245 ss.
- U. DRAETTA, N. PARISI, *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia dell'unione europea*, Napoli, 2007
- M. DUBBER, *The American Law Institute's model penal code and European criminal law*, in A. KLIP (a cura di), *Substantive criminal law of the European Union*, Antwerp, 2011, p. 209 ss.
- J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, *Challenges for the protection of fundamental rights in the EU at the time of the entry into force of the Lisbon Treaty*, in *Fordham international law Journal*, 2010, p. 1776 ss.
- R. DWORKIN, *Taking rights seriously*, Cambridge, 1977

- C. ECKES, *The legal framework of the European Union's counter-terrorist policies*, in C. ECKES, T. KONSTADINIDES (a cura di), *Crime within the Area of freedom, security and justice: a European public order*, Cambridge, 2011, p. 127 ss.
- P. EECKHOUT, *The European Court of Justice and the "Area of Freedom, Security and Justice": challenges and problems*, in D. O'KEEFE (a cura di), *Judicial review in European Union law. Liber Amicorum in honour of Lord Slynn of Hadley*, Londra, 2000, p. 162 ss.
- *The EU Charter of fundamental rights and the federal question*, in *Common Market Law Review*, 2002 p. 39 ss.
- (a cura di), *External relations of the European Union: legal and constitutional foundations*, Oxford, 2004
- D. EISENHUT, *Delimitation of Eu competences under the first and second pillar: a view between ECOWAS and the Treaty of Lisbon*, in *German Law Journal*, 2009, p. 585 ss.
- T. ELHOLM, *Does EU criminal cooperation necessarily mean increased repression?*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2009, p. 191 ss.
- C. ELSÉN, *Les mécanismes institutionnels: Trevi, Schengen, Dublin, Maastricht*, in A. PAULY (a cura di), *Schengen en panne*, European Institute of Public Administration, Maastricht, 1994, p. 43 ss.
- (a cura di), *Mélanges en hommage à Fernand Schockweiler*, Baden-Baden, 1999
- K. ENGSIG SORENSÉN, *Internal border controls in the European Union: recent challenges and reforms*, in *European Law Review*, 2012, p. 249 ss.
- A. ESER, *The principle of harm in the concept of crime. A comparative analysis of the criminally protected legal interests*, in *Duquesne University Law Review*, 1966, p. 345 ss.
- A. ESTELLA, *The EU principle of subsidiarity and its critique*, Oxford, 2002
- F. FABBRINI, *The enhanced cooperation procedure: a study in multispeed integration*, Centro Studi sul Federalismo research paper, Ottobre 2012
- M. FALLON, *Le droit communautaire. Un espace en expansion continue*, in P. GERARD, F. OST, M. VAN DE KERCHOVE (a cura di), *L'accélération du temps juridique*, Bruxelles, 1999, p. 301 ss.
- M. FALLON, A.C. SIMON, *La directive «services»: quelle contribution au marché intérieur*, in *Journal des tribunaux*, 2007, p. 38.
- C. FASONE, *The struggle of the European Parliament to participate in the new economic governance*, EUI Working Papers, RSCAS European Union Democracy Observatory 2012/45
- W. FELD, *Legal dimension of British entry into the European Community*, in *Law and Contemporary Problems*, 1972, p. 247 ss.
- S.Z. FELLER, *La résolution des conflits de juridiction en matière pénale*, in *Revue de droit international pénal*, 1974
- N. FENNELLY, *Preserving the legal coherence within the new treaty: the European Court of Justice after the Treaty of Amsterdam*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 1998, p. 185 ss.

- P. FERRUA, *Un giardino proibito per il legislatore: la valutazione delle prove*, in *Questione giustizia*, 1998, p. 587 ss.  
\_ *Il giusto processo*, Bologna, 2005
- M. FICHERA, *The European arrest warrant and the sovereign State: a marriage of convenience?*, in *European Law Journal*, 2009, p. 264 ss.  
\_ *Mutual trust in European criminal law*, University of Edimburgh Working Paper Series, paper n. 10/2009  
\_ *The implementation of the European Arrest Warrant in the European Union law, policy and practice*, Anversa, 2011
- M. FICHERA, E. HERLIN-KARNELL, *The margin of appreciation test and balancing in the Area of freedom security and justice: a proportionate answer for a Europe of rights*, in *European Public Law*, 2013, p. 759 ss.
- M. FICHERA, J. KREMER, *Law and security in Europe: reconsidering the security constitution*, Londra, 2013
- C. FIJNAUT, J. OUWERKERK (a cura di), *The future of police and judicial cooperation in the European Union*, Leiden, 2010
- C. FLAESCH-MOUGIN, L.S. ROSSI (a cura di), *La dimension extérieure de l'espace de liberté, sécurité et justice de l'Union européenne après le Traité de Lisbonne*, Bruxelles, 2013
- M. FLETCHER, *Extending indirect effect to the Third Pillar: the significance of Pupino*, in *European Law Review*, 2005, p. 862 ss.  
\_ *The problem of multiple criminal prosecutions: building an effective EU response*, in *Yearbook of European Law*, 2007, p. 33 ss.  
\_ *Schengen, the European Court of Justice and Flexibility under the Lisbon Treaty: Balancing the United Kingdom "Ins" and "Outs"*, in *European Constitutional Law Review*, 2009, p. 75 ss.
- M. FLETCHER, M. LÖÖF, B. GILMORE, *EU criminal law and justice*, Cheltenham, 2008
- D. FLORE, *Droit pénal européen. Les enjeux d'une justice pénale européenne*, Bruxelles, 2010
- E. FONTANA, *Il ricorso di annullamento dei privati nel Trattato di Lisbona*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2010, p. 70 ss.
- F. FONTANELLI, *Anti-terror Database, the German Constitutional Court reaction to Åkerberg Fransson. From the spring/summer Solange collection: reverse consistent interpretation*, in [www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it), 3 maggio 2013 (20 luglio 2014)
- B. FORSTER, *Britain and the negotiation of the Maastricht Treaty: a critique of liberal intergovernmentalism*, in *Journal of Common Market Studies*, 1998, p. 347 ss.
- R. FRANCE, *The influence of European Community law on the criminal law of the Member States*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 1994, p. 324 ss.
- G. FRANCIOSI, *Consumatori e produttori tra tutela della salute, diritto all'informazione e libero mercato: due difficili "balancing tests" della Corte di giustizia*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 1999, p. 777 ss.

- G. FRANCOLINI, *Generalità: la nozione di ordine pubblico e la sua tutela penale*, in A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA (a cura di), *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, III, Torino, 2008, p. 985 ss.
- M. FRIGO, L. FUMAGALLI, *L'assistenza giudiziaria internazionale in materia civile*, Padova, 2003
- G. GAJA, *How flexible is flexibility under the Treaty of Amsterdam?*, in *Common Market Law Review*, 1998, p. 855 ss.
- N. GALANTINI, *La regionalizzazione del diritto penale internazionale e la protezione dei diritti umani nella cooperazione internazionale in materia penale*, in *Cassazione Penale*, 1994, p. 1685 ss.
- F. GALLI, A. WEYEMBERGH (a cura di), *Approximation of EU substantive criminal law in the EU. The way forward*, Bruxelles, 2013
- M. GALLO, *Luci ed ombre su un sistema penale europeo*, in S. MOCCIA (a cura di), *Ambito e prospettive di uno spazio giuridico-penale europeo*, Napoli, 2004, p. 353 ss.
- G. GARBAGNATI-KETVEL, *The jurisdiction of the European Court of justice in respect of the Common Foreign and Security Policy*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2006, p. 89 ss.
- *La giurisprudenza della Corte comunitaria in materia penale: verso un ravvicinamento tra i «pilastr» dell'Unione europea?*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2007, p. 395 ss.
- M. GARCIA, S. LABAYLE, C. MAZILLE, M. ROCCATI, *L'Espace de liberté, sécurité et justice: un droit à géographie variable*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 2012, p. 828 ss.
- F. GENCARELLI, *Il caso Parmesan: la responsabilità degli Stati nella tutela delle DOP e IGP tra interventi legislativi e giurisprudenziali*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2008, p. 825 ss.
- M. GENNERT, *Les parlements nationaux dans le Traité de Lisbonne: évolution ou révolution?*, in *Cahiers de droit européen*, 2010, p. 46 ss.
- G. GIUDICELLI-DELAGE, *Droit pénal de la dangerosité. Droit pénal de l'ennemi*, in *Revue de science criminelle et de droit comparé*, 2010 p. 69 ss.
- G. GIUDICELLI-DELAGE, S. MANACORDA, *L'integration pénale indirecte*, Parigi, 2006 – (a cura di), *Cour de Justice et justice pénale en Europe*, Parigi, 2010
- F. GIUNCHEDI, *La tutela dei diritti umani nel processo penale*, Padova, 2007
- A. GOUCHA SOARES, *Pre-emption, conflicts of powers and subsidiarity*, in *European Law Review*, 1998, p. 140 ss.
- L. GRADONI, *Raccontare "Kadi" dopo "Kadi II": perché la Corte di giustizia dell'Unione europea non transige sul rispetto dei diritti umani nella lotta al terrorismo*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2013, p. 587 ss.
- P. GRAGL, *Accession revised: will fundamental rights protection trump the European Union's legal autonomy?*, in W. BENEDEK, F. BENOÎT-ROHMER, W. KARL, M. NOWAK (a cura di), *European Yearbook on Human Rights*, Vienna, 2011, p. 159 ss.

- \_ *The accession of the European Union to the European Convention of Human Rights*, Oxford, 2013
- G. GRASSO, *Comunità europee e diritto penale*, Milano, 1989
- G. GRASSO, R. SICURELLA (a cura di), *Il Corpus Juris 2000. Un modello di tutela penale dei beni giuridici comunitari*, Milano, 2003
- \_ (a cura di), *Lezioni di diritto penale europeo*, Milano, 2007
- \_ (a cura di), *Per un rilancio del progetto europeo. Esigenze di tutela degli interessi comunitari e nuove strategie di integrazione penale*, Milano, 2009
- S. GREETZ, *The interpretation of cultures*, Chicago, 2000
- N. GRIEF, *EU law and security*, in *European Law Review*, 2007, p. 752 ss.
- L. GRÖNING, *A criminal justice system or a system in deficit? Notes on the system structure of the EU criminal law*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2010, p. 122 ss.
- P. GROSSI, *Codici: qualche riflessione tra un millennio e l'altro*, in P. CAPPELLINI, B. SORDI, *Codici. Una riflessione di fine millennio. Atti dell'incontro di studio (Firenze, 26-28 ottobre 2000)*, Milano, 2002
- X. GRUSSOT, Z. POPOV, *What's wrong with OLAF? Accountability, due process and criminal justice in European anti-fraud policy*, in *Common Market Law Review*, 2010, p. 605 ss.
- B. GUASTAFERRO, *The European Union as a Staatenverbund? The endorsement of the principle of conferral in the Treaty of Lisbon*, in M. TRYBUS, L. RUBINI (a cura di), *The Treaty of Lisbon and the future of European law and policy*, Cheltenham, 2012, p. 118 ss.
- \_ *Beyond the exceptionalism of constitutional conflicts: the ordinary functions of the identity clause*, Jean Monet Working Paper n. 1/2012
- \_ *Legalità sovranazionale e legalità costituzionale. Tensioni costitutive e giunture ordinarie mentali*, Torino, 2013
- E. GUILD, *Crime and the EU's constitutional future in an Area of Freedom, Security and Justice*, in *European Law Journal*, 2004, p. 232 ss.
- \_ *Constitutional challenges to the European arrest warrant*, Nijmegen, 2006
- E. GUILD, A. BALDACCINI (a cura di), *Terrorism and the foreigner: a decade of tension around the rule of law in Europe*, Leiden, 2007
- E. GUILD, F. GEYER (a cura di), *Security versus justice? Police and Judicial Cooperation in the European Union*, Londra, 2008
- E. GUILD, L. MARIN (a cura di), *Still not resolved? Constitutional issues of the European Arrest Warrant*, Nijmegen, 2009
- R. GULDEMUND, C. HARDING, A. SHERLOCK, *The European Community and criminal law*, in C. HARDING, P. FENNELL, N. JÖRG, B. SWART (a cura di), *Criminal justice in Europe*, Oxford, 1995, p. 107 ss.
- B. HAAS, *The uniting of Europe: political, social and economic forces*, Stanford, 1968
- J. HABERMAS, *La costellazione postnazionale*, Milano, 1998
- C. HAGUENAU-MOIZARD, *Vers une harmonisation communautaire du droit pénal*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 2006, p. 384 ss.
- D. HALBERSTAM, *Comparative Federalism and the Judiciary*, in *Law and Politics*, 2008



- D. HALBERSTAM, C. MÖLLERS, *The German Constitutional Court says "Ja zu Deutschland"!*, in *German Law Journal*, 2009, p. 1256 ss.
- C. HARDING, *Member State enforcement of European Community measures: the chimaera of effective enforcement*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 1997, p. 5 ss.
- *Exploring the intersection between European law and National criminal law*, in *European Law Review*, 2000, p. 374 ss.
- C. HARDING, J.B. BANACH-GUTIERREZ, *The emergent EU criminal policy: identifying the species*, in *European Law Review*, 2012, p. 758 ss.
- P. HARDUIN, *The aftermath of the financial crises. Poor compliance and new risks for the integrity of the financial sector*, in *Journal of Financial Crime*, 2011, p. 148 ss.
- V. HATZOPOULOS, *With or without you...Judging politically in the Area of Freedom, Security and Justice*, in *European Law Review*, 2008, p. 44 ss.
- J. HEINE, *Community penalties in agriculture and fisheries. Legislative activity in the Commission*, in European Commission, *The legal protection of the financial interests of the Community: progress and prospects since the Brussels seminar of 1989*, Dublino, 1994, p. 18 ss.
- J. HELISKOSKI, *Small arms and light weapons within the Union's pillar structure: an analysis of Article 47 of the EU Treaty*, in *European Law Review*, 2008, p. 908 ss.
- E. HERLIN-KARNELL, *Recent developments in the area of European criminal law*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2007, p. 35 ss.
- *"Light Weapons" and the dynamics of art 47 EU: the EC's armoury of ever expanding competences*, in *The Modern Law Review*, 2008, p. 998 ss.
- *The Lisbon Treaty and the Area of criminal law and justice*, in *European Policy Analysis*, SIEPS aprile 2008, [www.sieps.se/epa/2008/EPA\\_nr3\\_2008.pdf](http://www.sieps.se/epa/2008/EPA_nr3_2008.pdf) (27 febbraio 2014)
- *Waiting for Lisbon...Constitutional reflections on the embryonic general part of EU criminal law*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2009, p. 227 ss.
- *Subsidiarity in the Area of EU Justice and Home Affairs Law. A lost cause?*, in *European Law Journal*, 2009, p. 351 ss.
- *The EAW and the principles of non-discrimination and EU citizenship*, in *Modern Law Review*, 2010, p. 460 ss.
- *EU competence in criminal law after Lisbon*, in A. BIONDI, P. EECKHOUT, S. RIPLEY (a cura di), *EU law after Lisbon*, Oxford, 2011, p. 329 ss.
- *The constitutional dimension of European criminal law*, Oxford, 2012
- *EU competence in criminal law after Lisbon*, in A. BIONDI, P. EECKHOUT, S. RIPLEY (a cura di), *European Union Law after the Treaty of Lisbon*, Oxford, 2012, p. 344 ss.
- *White-collar crime and European financial crises: getting tough on EU market abuse*, in *European Law Review*, 2012, p. 481 ss.
- *From mutual trust to full effectiveness of EU law: ten years of the European arrest warrant*, in *European Law Review*, 2013, p. 82 ss.

- *Denmark and the European Area of freedom, security and justice: a Scandinavian arrangement*, in *Amsterdam Law Forum*, 2013, p. 95 ss.
- J. HERTZER, *Fight against fraud and protection of fundamental rights in the European Union*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2006, p. 20 ss.
- H. HIJMANS, A. SCIROCCO, *Shortcomings in EU data protection in the third and the second pillars. Can the Lisbon Treaty be expected to help?*, in *Common Market Law Review*, 2009, p. 1485 ss.
- M. HILF, *The role of comparative law in the jurisprudence of the Court of Justice of the European Communities*, in Y. BLAIS (a cura di), *The limitation of human rights in comparative constitutional law*, Cowansville, 1986, p. 558 ss.
- A. HINAREJOS, *Judicial control in the European Union. Reforming jurisdiction in the intergovernmental pillars*, Oxford, 2009
- *Integration in criminal matters and the role of the Court of Justice*, in *European Law Review*, 2011, p. 420 ss.
- A. HINAREJOS, S. PEERS, J.R. SPENCER, *Opting out of EU criminal law: what is actually involved?*, University of Cambridge Center for European Legal Studies Working Paper 1/2012
- L.M. HINOJOSA MARTINEZ, *La regulación del principio de subsidiariedad en el Tratado Constitucional: espejismos y realidades*, in *Revista de Derecho Comunitario y Europeo*, 2004, p. 787 ss.
- H. HOFFMAN, A. TURK, *Legal challenges in EU administrative law by the move to an integrated administration*, in H. HOFFMAN, A. TURK (a cura di), *Legal challenges in EU administrative law*, Londra, 2009, p. 374 ss.
- H. HOFMANN, *Enforcement of EU law and national criminal law. Legal problems in composite procedures*, University of Luxembourg Law Working Paper n. 2009/05
- C. HONORATI, *La comunitarizzazione della tutela penale ed il principio di legalità nell'ordinamento comunitario*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2006, p. 941 ss.
- *Il nuovo procedimento pregiudiziale d'urgenza per i rinvii relativi allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2008, p. 625 ss.
- P. HUBER, *The unitary effect of the Community's fundamental rights: the ERT-doctrine needs to be reviewed*, in *European Public Law*, 2008, p. 14 ss.
- M. HUOMO-KETTUNEN, *EU criminal policy at a crossroads between effectiveness and traditional restraints for the use of criminal law*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2014, p. 301 ss.
- G. IERANÒ, *I Persiani*, Milano, 2009
- S. IGLESIAS SÁNCHEZ, *The Court and the Charter: the impact of the entry into force of the Lisbon Treaty on the ECJ's approach to fundamental rights*, in *Common Market Law Review*, 2012, p. 1565 ss.
- J. INGHELRAM, *Judicial review of investigative acts of the European Anti-Fraud Office (OLAF): a search for a balance*, in *Common Market Law Review*, 2012, p. 601 ss.

- F. IPPOLITO, *Sussidiarietà e armonizzazione: il caso British American Tobacco*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2004, p. 633 ss.  
 \_ *Fondamento, attuazione e controllo del principio di sussidiarietà nel diritto della Comunità e dell'Unione europea*, Milano, 2007
- F. JACOBS, *Human rights in the European Union: the role of the Court of justice*, in *European Law Review*, 2001, p. 337 ss.  
 \_ *Between Luxembourg and Strasbourg. The dialogue between the European Court of Human Rights and the European Court of Justice*, in A. EPINEY, M. HAAG, A. HEINEMANN (a cura di), *Challenging Boundaries - Die Herausforderung von Grenzen - Le défi des frontières: Festschrift für Roland Bieber*, Zurigo, 2007, p. 205 ss.
- J.P. JACQUÉ, *L'arrêt Bosphorus, une jurisprudence Solange II de la Cour EDH?*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 2005, p. 756 ss.  
 \_ *The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms*, in *Common Market Law Review*, 2011, p. 1021 ss.
- J.P. JACQUÉ, J.H.H. WEILER, *On the road to the European Union. A new judicial architecture*, in *Common Market Law Review*, 1991, p. 204 ss.
- C. JANSSENS, *Case C-123/08, Wolzenburg. Case note*, in *Common Market Law Review*, 2010, p. 831 ss.  
 \_ *The principle of mutual recognition in EU law*, Oxford, 2014
- D. JARABO COLOMER, *La réforme de la Cour de justice opérée par le Traité de Nice et sa mise en œuvre future*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 2001, p. 705 ss.  
 \_ *La Cour de justice de l'Union européenne après le Traité de Lisbonne*, in *Gazette du Palais*, 2008, nn. 170-171, p. 30 ss.
- A. JOHNSTON, *The European Union, the ongoing search for terrorists' assets and a satisfactory legal framework: getting warmer or colder?*, in *The Cambridge Law Journal*, 2007, p. 523 ss.
- H. JUNG, *Criminal justice. A European perspective*, in *Criminal Law Review*, 1993, p. 237 ss.  
 \_ *L'Etat c'est moi: some reflections on the relationship between the criminal law and the State*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 1998, p. 208 ss.
- D.E. KAHN, *Territory and boundaries*, in B. FASSBENDER, A. PETERS (a cura di), *The Oxford handbook of the history of international law*, Oxford, 2012, p. 225 ss.
- M. KAIIFA-GBANDI, *The importance of core principles of substantive criminal law for a European criminal law policy respecting fundamental rights and the rule of law*, in *European Criminal Law Review*, 2011, p. 7 ss.
- C.N. KAKOURIS, *L'utilisation de la méthode comparative par la Cour de Justice des Communautés européennes*, in U. DROBNIG, S. VAN ERP (a cura di), *The use of comparative law by courts*, L'Aia-Londra-Boston, 1999, p. 99 ss.
- P. KAPTEYN, *Community law and the principle of subsidiarity*, in *Revue des affaires européennes*, 1991, p. 35 ss.

- D. KEELING, *In praise of judicial activism, but what does it mean? And has the Court of justice ever practiced it?*, in C. CURTI GIALDINO (a cura di), *Scritti in onore di F. Mancini*, Milano, 1998, p. 510 ss.
- N. KEIJZER, E. VAN SLIEDREGT (a cura di), *The European Arrest Warrant in practice*, Amsterdam, 2009
- J. KEILER, *Actus reus and participation in European criminal law*, Londra, 2013
- C. KESSEDJIAN, *Public order in European law*, in *Erasmus Law Review*, 2007, p. 25 ss.
- M. KIIKERI, *Comparative legal reasoning and European law*, L'Aia-Londra-Boston, 2001
- P. KIJVER, *The Treaty of Lisbon: the national parliaments and the principle of subsidiarity*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2008, p. 77 ss.
- M. KLAMERT, *Conflicts of legal basis: no legality and no basis but a bright future under the Lisbon Treaty?*, in *European Law Review*, 2010, p. 500 ss.
- A. KLIP, *European criminal law. An integrative approach*, Oxford, 2009
- (a cura di) *Substantive criminal law of the European Union*, Anversa, 2011
- *Editorial: European criminal policy*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2012, p. 3 ss.
- A. KLIP, H. VAN DER WILT, *Non bis in idem*, in *Revue internationale de droit pénal*, 2002, p. 711 ss.
- A. KLIP, E. VERSLUIS, J. POLAK, *Improving mutual trust amongst European Union Member States in the area of police and judicial cooperation in criminal matters*, in [https://english.wodc.nl/onderzoeks\\_database/1808a-assessing-and-learning-from-the-functioning-of-monitoring.aspx?nav=ra&l=internationale\\_zaken&l=internationale\\_rechtshulp](https://english.wodc.nl/onderzoeks_database/1808a-assessing-and-learning-from-the-functioning-of-monitoring.aspx?nav=ra&l=internationale_zaken&l=internationale_rechtshulp) (4 dicembre 2014)
- J. KOMAREK, *European constitutional pluralism and the European arrest warrant: in search of the contrapunctual principles' limits in disharmony*, in *Common Market Law Review*, 2007, p. 9 ss.
- T. KONSTADINIDES, *Constitutional identity as a shield and as a sword. The European legal order within the framework of national constitutional settlement*, in *Cambridge Yearbook of European Studies*, 2011, p. 195 ss.
- T. KOOPMANS, *The birth of European law at the cross road of legal traditions*, in *American Journal of Comparative Law*, 1991, p. 500 ss.
- *Comparative Law and the Courts*, in *International Comparative Law Quarterly*, 1996, p. 547 ss.
- P. KOUTRAKOS, *Is article 297 TEC a “reserve of sovereignty”?*, in *Common Market Law Review*, 2000, p. 1345 ss.
- *Does the United Kingdom have a general opt-out from the EU Charter of fundamental rights?*, in *European Law Review*, 2014, p. 1 ss.
- S. KRISLOV, C.D. EHLERMANN, J.H.H. WEILER, *The political organs and the decision-making process in the United States and the European Community*, in M. CAPPELLETTI, M. SOCCOMBE, J.H.H. WEILER (a cura di), *Integration through law: Europe and the American federal experience*, Berlino – New York, 1986, p. 17 ss.
- P.J. KUIJPER, *The law of EU external relations: cases, materials and commentary on the EU as an international legal actor*, Oxford, 2013

- M. KUMM, *The jurisprudence of constitutional conflict. Constitutional supremacy in Europe before and after the Constitutional Treaty*, in *European Law Journal*, 2005, p. 297 ss.
- H. KUTSCHER, *Alcune tesi sui metodi di interpretazione del diritto comunitario dal punto di vista di un giudice (I parte)*, in *Rivista di diritto europeo*, 1976, p. 283 ss.
- H. LABAYLE, *La coopération dans les domaines de la justice et des affaires intérieures*, in P. MANIN (a cura di), *La révision du Traité sur l'Union européenne. Perspectives et réalités*, Groupe français d'études pour la Conférence intergouvernementale, Parigi 1996, p. 137 ss.
- *La coopération européenne en matière de justice et d'affaires intérieures et la Conférence intergouvernementale*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 1997, p. 1 ss.
- *Un espace de liberté, de sécurité et de justice*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 1997, p. 813 ss.
- *Entre désire et réalités: quelle voie pour une repression pénale des violations du droit communautaire?*, in *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, 2003, p. 293 ss.
- *Architecte ou spectatrice? La Cour de l'Union dans l'Espace de liberté, sécurité et justice*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 2006, p. 1 ss.
- *Espace de liberté, sécurité et justice. Cadre général*, in *Jurisclasseur Europe*, 2012, p. 9 ss.
- *Refonder l'espace de liberté, de sécurité et de justice à la lumière de l'arrêt Van Gend en Loos?*, in A. TIZZANO, J. KOKOTT, S. PRECHAL (a cura di), *Van Gend en Loos 1963-2013. 50th anniversary of the judgment. Conference proceedings*, Bruxelles, 2013, p. 197 ss.
- H. LABAYLE, R. MEHDI, *Le droit au juge et le mandat d'arrêt européen: lectures convergentes de la Cour de justice de l'Union européenne et du Conseil constitutionnel*, in *Revue française de droit administratif*, 2013, p. 691 ss.
- C. LADEMBURGER, *Police and criminal law in the Treaty of Lisbon*, in *European Constitutional Law Review*, 2008, p. 20 ss.
- *The resources of European security: developing the EU Treaty vasis for police cooperation and judicial cooperation in criminal matters*, in *Revue européenne de droit public*, 2008, p. 125 ss.
- J. LAFFRANQUE, *The Area of freedom, security and justice, including information society issues. Reports of the XXV FIDE Congress*, Tallinn, 2012
- A. LANG, M.P. MARIANI (a cura di), *La politica estera dell'Unione europea. Inquadramento giuridico e prassi applicativa*, Torino, 2014
- S. LANGRISH, *The Treaty of Amsterdam: selected highlights*, in *European Law Review*, 1998, p. 3 ss.
- M. LASSER, *Judicial deliberations. A comparative analysis of judicial transparency and legitimacy*, Oxford, 2004
- P. LASZLOCZKY, *La cooperazione internazionale negli atti di istruzione penale*, Padova, 1980
- A. LAZOWSKY, *Withdrawal from the European Union and alternatives to membership*, in *European Law Review*, 2012, p. 523 ss.

- \_ *Flexibility and homogeneity: two uneasy bedfellows*, in S. BLOCKMANS (a cura di), *Differentiated integration in the EU: from the inside looking out*, Center for European Policy Studies, Bruxelles, 2014, p. 32 ss.
- U. LEANZA, *La mancata comunitarizzazione del II e del III pilastro dell'Unione europea nel Trattato di Amsterdam*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1999, p. 213 ss.
- D. LECZYKIEWICZ, *Constitutional conflicts and the third pillar*, in *European Law Review*, 2008, p. 230 ss.
- \_ *Effective judicial protection of human rights after Lisbon: should National courts be empowered to review EU secondary law?*, in *European Law Review*, 2010, p. 326 ss.
- J. LEGG, *Spatiality, sovereignty and Carl Schmitt*, New York, 2011
- K. LENAERTS, *Interlocking legal orders in the European Union and comparative law*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2003, p. 873 ss.
- K. LENAERTS, T. CONHAURT, *Of birds and hedges: the role of primacy in invoking norms of EU law*, in *European Law Review*, 2006, p. 287 ss.
- K. LENAERTS, J. GUTIÉRREZ-FONS, *The constitutional allocation of powers and general principles of EU law*, in *Common Market Law Review*, 2010, p. 1629 ss.
- \_ *The place of the Charter in the EU Constitutional edifice*, in S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER, A. WARD (a cura di), *The EU Charter of fundamental rights. A commentary*, Oxford, 2014, p. 1559 ss.
- K. LENAERTS, P. VAN NUFFEL, *Constitutional law of the European Union*, Londra, 2005
- M. LENZ, D.S. TYNES, L. YOUNG, *Horizontal what? Back to basics*, in *European Law Review*, 2000, p. 509 ss.
- M. LERCH, G. SCHWELLNUS, *Normative by nature? The role of coherence in justifying the EU's external human rights policy*, in *Journal of European Public Policy*, 2006, p. 304 ss.
- J. LEVITT, *Humanitarian intervention by regional actors in internal conflicts: the cases of ECOWAS in Liberia and Sierra Leone*, in *International and Comparative Law Journal*, 1998, p. 333 ss.
- N. LEZZERINI, *La tutela giurisdizionale degli individui rispetto agli atti PESC nella prospettiva del Trattato di Lisbona*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2010, p. 1086 ss.
- V. LIBRANDO, *La cooperazione giudiziaria nella Comunità economica europea: sette anni di attività (1984-1990)*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1990, p. 7 ss.
- K. LIGETY, *Rules on the application of ne bis in idem in the EU. Is further legislative action required?*, in *Eu crim*, 2009, p. 39 ss.
- \_ *Towards a Public Prosecutor for the European Union*, New York, 2013
- J.B. LIISBERG, *Does the EU Charter of fundamental rights threaten the supremacy of Community law?*, in *Common Market Law Review*, 2001, p. 1171 ss.

- U. LINDERFALK, *On the interpretation of treaties. The modern international law as expressed in the 1969 Vienna Convention on the law of the Treaties*, New York, 2007
- T. LOCK, *EU accession to the ECHR. Implications for judicial review in Strasbourg*, in *European Law Review*, 2010, p. 786 ss.
- *Walking on a tightrope: the draft ECHR accession agreement and the autonomy of the EU legal order*, in *Common Market Law Review*, 2011, p. 1025 ss.
- C. LOMBOIS, *Droit pénal international*, Parigi, 1971
- R. LÖÖF, *Shooting from the hip: proposed minimum rights in criminal proceedings throughout the EU*, in *European Law Journal*, 2006, p. 421 ss.
- *54 CISA and the principles of ne bis in idem*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2007, p. 316 ss.
- J. LOUIS, *Quelques remarques sur l'avenir du contrôle du principe de subsidiarité*, in A. DE WALSCHE (a cura di), *Promenades au sein du droit européenne. Mélanges en hommage à G. Vandersanden*, Bruxelles, 2009, p. 283 ss.
- N. LUHMANN, *Procedimenti giuridici e legittimazione sociale*, Milano, 1995
- A. LUPONE, *Il dibattito sulle indicazioni geografiche nel sistema multilaterale degli scambi: dal Doha Round dell'Organizzazione Mondiale del Commercio alla protezione TRIPS plus*, in E. MUNIZ ESPADA, B. UBERTAZZI (a cura di), *Indicazioni di qualità degli alimenti: diritto internazionale ed europeo*, Milano, 2009, p. 36 ss.
- R. LUZZATTO, *Stati stranieri e giurisdizione nazionale*, Milano, 1972
- P. LYNCH, N. NEUWAHL, G. WYN RESS (a cura di), *Reforming the European Union: from Maastricht to Amsterdam*, Londra, 2000
- C. MCCARTNEY, *Opting In and Opting Out: Doing the Hokey Cokey with EU Policing and Judicial Cooperation*, in *The Journal of Criminal Law*, 2013, p. 543 ss.
- G. MACCIONI, *La sicurezza alimentare nel sistema di tutela multilivello*, Pisa, 2010
- M. MACCORMICK, *Beyond the sovereign State*, in *Modern Law Review*, 1993, p. 8 ss.
- *Questioning Sovereignty*, Oxford, 1999
- L. MACKENZIE-STUART, *Assessment of the views expressed and introduction to a panel discussion*, in K. GRETSCHMANN (a cura di), *Subsidiarity: the challenge of change. Proceedings of the Jacques Delors Colloquium*, EIPA, Maastricht, 1991, p. 38 ss.
- *Subsidiarity. A busted flush?*, in D. CURTIN, D. O'KEEFE (a cura di), *Constitutional adjudication in European Community and constitutional law*, Dublino, 1992, p. 19 ss.
- C. MACMAOLAÏN, *EU food law. Protecting consumers and health in a common market*, Oxford, 2007
- T. MAGRI, *De cive. Elementi filosofici sul cittadino*, Milano, 2005
- P. MAGRINI, *L'evoluzione delle politiche europee nel settore della giustizia e degli affari interni: da Schengen a Tampere via Amsterdam*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2000, p. 1817 ss.
- G. MAJONE, *Regulating Europe*, Londra, 1996
- *Europe's democratic deficit*, in *European Law Journal*, 1998, p. 5 ss.
- G. MAMMARELLA, P. CACACE, *Storia e politica dell'Unione europea*, Bari, 2003

- S. MANACORDA, *L'efficacia espansiva del diritto comunitario sul diritto penale*, in *Foro italiano*, 1995, IV, p. 55 ss.
- *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e CEDU: una nuova topografia delle garanzie penalistiche in Europa*, in V. MANES, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 2011, p. 147 ss.
- G.F. MANCINI, *The making of a Constitution for Europe*, in *Common Market Law Review*, 1989, p. 595 ss.
- *Attivismo e autocontrollo nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Rivista di diritto europeo*, 1990, p. 229 ss.
- V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012
- V. MANES, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 2011
- S. MANZONI, A. TETAMO in A. TAGLIAPIETRA (a cura di), *Che cos'è l'illuminismo: i testi e la genealogia del concetto*, Milano, 2000
- M. MARCHIGIANI, *L'obbligo di interpretazione conforme alle decisioni quadro: considerazioni in margine alla sentenza Pupino*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2006, p. 563 ss.
- T.P. MARGUERY, *The protection of fundamental rights in European criminal law after Lisbon: what role for the Charter of fundamental rights?*, in *European Law Review*, 2013, p. 444 ss.
- L. MARIN, *The European arrest warrant and domestic legal orders. Tensions between mutual recognition and fundamental rights: the Italian case*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2008, p. 473 ss.
- *Effective and legitimate? Learning from the lesson of 10 years of practice with the European Arrest Warrant*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2014, p. 327 ss.
- G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2012
- S. MARTIN, *Droit communautaire et dispositif Schengen: incompatibilité concernant le traitement du conjoint du ressortissant communautaire*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 2006, p. 568 ss.
- G. MARTINICO, O. POLLICINO, *The interaction between Europe's legal systems: judicial dialogue and the creation of supranational laws*, Cheltenham, 2012
- M. MASCIA, *Il sistema dell'Unione europea. Appunti su teorie, attori e processi nella prospettiva di una Costituzione per l'Europa*, Padova, 2005
- R. MASTROIANNI, *Il controllo della Corte di giustizia in relazione agli atti del I e del III pilastro dell'UE, alla luce delle novità previste dalla Costituzione per l'Europa*, Relazione al CSM, 2004, in <http://appinter.csm.it/incontri/relaz/10627.pdf> (17 marzo 2014)
- *Le competenze dell'Unione*, in G. MORBIDELLI, F. DONATI (a cura di), *Una Costituzione per l'Unione europea*, Torino, 2006, p. 147 ss.



- \_ *Diritto dell'Unione europea e processo penale*, in S.M. CARBONE (a cura di), *L'Unione europea a vent'anni da Maastricht. Verso nuove regole. Atti del XVII Congresso SIDI*, Napoli, 2013, p. 415 ss.
- G. MATHISEN, *Nordic cooperation and the European arrest warrant. Intra-Nordic extradition, the Nordic arrest warrant and beyond*, in *Nordic Journal of International Law*, 2010, p. 1 ss.
- U. MATTEI, *Hard minimal code now. A critique of softness and a plea for responsibility in the European debate over codification*, in S. GRUNDMANN, J. STUYCK, *An academic green paper on European contract law*, New York – Londra, 2002, p. 215 ss.
- A. MATTERA, *Subsidiarité, reconnaissance mutuelle et hiérarchie des normes européennes*, in *Revue du marché commun européen*, 1991, p. 8 ss.
- \_ *Les principes de proportionnalité et de la reconnaissance mutuelle dans la jurisprudence de la Cour en matière de libre circulation des personnes et des services: de l'arrêt Thieffry aux arrêts Vlassopoulou*, Mediawet e Dennemeyer, in *Revue du marché commun européen*, 1992, p. 200
- \_ *L'Union européenne assure le respect des identités nationales, régionales et locales, en particulier par l'application et la mise en œuvre du principe de la reconnaissance mutuelle*, in *Revue de droit de l'Union européenne*, 2002, p. 237 ss.
- \_ *La reconnaissance mutuelle: une valeur historique ancienne, un principe juridique intégrationniste, l'assise politique d'un modèle de société humaniste*, in *Revue de droit de l'Union européenne*, 2009, p. 385
- A.M. MAUGERI, *Il sistema sanzionatorio comunitario dopo la Carta europea dei diritti fondamentali*, in G. GRASSO, R. SICURELLA (a cura di), *Lezioni di diritto penale europeo*, Milano, 2007, p. 122 ss.
- \_ *Proposta di direttiva in materia di congelamento e confisca dei proventi del reato: prime riflessioni*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2012, p. 180 ss.
- \_ *La direttiva 2014/42/UE relativa alla confisca degli strumenti e dei proventi da reato nell'Unione europea tra garanzie ed efficienza: un work in progress*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 19 settembre 2014 (20 novembre 2014)
- C. MAURO, *Protection des victimes d'infractions et droit européen*, in *Revue des affaires européennes*, 2011, p. 631 ss.
- S. MAYR, *Putting a leash on the Court of Justice? Preconceptions in national methodology vs. effet utile as a meta-rule*, in *European Journal of Legal Studies*, 2012, p. 8 ss.
- F. MAZZACUVA, *La posizione della Commissione LIBE del Parlamento europeo alla proposta di direttiva relativa al congelamento ed alla confisca dei proventi di reato*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 16 luglio 2013 (10 marzo 2014)
- G. MAZZINI, *Prevalenza del diritto comunitario sul diritto penale interno ed effetti nei confronti del reo*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2000, p. 349 ss.
- B. MCDONAGH, *Original sin in a brave new world. An account of the negotiation of the Treaty of Amsterdam*, Dublin, 1998
- D. MCLEAN, *Transnational organized crime: a commentary on the UN Convention and its Protocols*, Oxford, 2007

- R. MCQUIGG, *Domestic violence and the ECJ: Joined Cases C-483/09 and C-1/10 Magatte Gueye and Valentin Salmeron Sanchez*, in *European Public Law*, 2012, p. 645 ss.
- P. MENGOZZI, *La cooperazione giudiziaria europea e il principio fondamentale di tutela della dignità umana*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2014, p. 225 ss.
- J. MERTENS DE WILMARS, *Réflexions sur les méthodes d'interprétation de la Cour de Justice des Communautés européennes*, in *Cahiers de droit européen*, 1986, p. 1 ss.
- *Le droit comparé dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, in *Journal des Tribunaux*, 1991, p. 37 ss.
- S. MIETTINEN, *Criminal law and policy in the European Union*, Londra, 2012
- *Implied ancillary criminal law competence after Lisbon*, in *European Criminal Law Review*, 2013, p. 194 ss.
- A. MIGNOLLI, *L'azione esterna dell'Unione europea ed il principio della coerenza*, Napoli, 2009
- V. MILLER, *In brief: the 2014 block opt-out and selective opt-back-ins*, Standard Note SN/IA/6684 della House of Commons del 215 luglio 2013, in [www.parliament.uk/briefing-papers/SN06684.pdf](http://www.parliament.uk/briefing-papers/SN06684.pdf) (8 ottobre 2014)
- F.-X. MILLET, *How much lenience for how much cooperation? On the first preliminary reference of the french constitutional council to the Court of Justice*, in *Common Market Law Review*, 2014, p.195 ss.
- G. MILTON, J. KELLER-NOEFLLET, *The immediate origins of the European Constitution: from Nice to Laeken*, in G. AMATO, H. BRIBOSIA. B. DE WITTE (a cura di), *Genèse et destinée de la Constitution européenne. Commentaire du Traité établissant une Constitution pour l'Europe à la lumière des travaux préparatoires et perspectives d'avenir*, Bruxelles, 2007, p. 26 ss.
- M. MIRABILE, *Verso un nuovo diritto penale europeo: la comunicazione 23 novembre 2005, COM (2005) 583 final della Commissione al parlamento europeo ed al Consiglio*, in *Cassazione penale*, 2006, p. 1934 ss.
- V. MITSILEGAS, *Defining organized crime in the European Union. The limits of European criminal law in the Area of freedom, security and justice*, in *European Law Review*, 2001, p. 565 ss.
- *Trust-building measures in the European judicial area in criminal matters. Issues of competence, legitimacy and inter-institutional balance*, in S. CARRERA, T. BALZAQ (a cura di), *Security versus Freedom. A challenge for Europe's future*, Aldershot, 2006, p. 279 ss.
- *The constitutional implications of mutual recognition in criminal matters in the European Union*, in *Common Market Law Review*, 2006, p. 1277 ss.
- *The transformation of criminal law in the Area of freedom, security and justice*, in *Yearbook of European Law*, 2007, p. 1 ss.
- *The Competence Question: the European Community and Criminal Law*, in E. GUILD, F. GEYER (a cura di), *Security Versus Justice? Police and Judicial Cooperation in the European Union*, Aldershot, 2008, p. 153 ss.

- \_ *The limits of mutual trust in Europe's area of freedom, security and justice: from automatic inter-State cooperation to the slow emergence of the individual*, in *Yearbook of European Law*, 2008, p. 319 ss.
- \_ *EU criminal law*, Oxford, 2009
- \_ *Third wave of Third Pillar law: which direction to EU criminal justice?*, in *European Law Review*, 2009, p. 523 ss.
- \_ *European criminal law and resistance to communitarisation after Lisbon*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2010, p. 458 ss.
- \_ *General Report on the Area of freedom, security and justice from Amsterdam to Lisbon. Challenges of implementation, constitutionality and fundamental rights*, FIDE Congress 2012, in [http://www.fide2012.eu/index.php?doc\\_id=90](http://www.fide2012.eu/index.php?doc_id=90) (24 marzo 2014)
- H. MOCK, R. ROTH, *Non bis in idem transnational: vers de nouveaux paradigmes*, in S. BRAUM, A. WEYEMBERG (a cura di), *Le contrôle juridictionnel dans l'espace pénal européen*, Bruxelles, 2009, p. 121 ss.
- J. MOLINIER, J. LOTARSKY, *Droit du contentieux de l'Union européenne*, Parigi, 2012
- J. MONAR, *Justice and home affairs in the Treaty of Amsterdam: reform at the price of fragmentation*, in *European Law Review*, 1998, p. 320 ss.
- \_ J. MONAR, *Anti-terrorism law and policy: the case of the European Union*, in V.V. RAMRAJ, M. HOR, K. ROACH (a cura di), *Global anti-terrorism law and policy*, Cambridge, 2005, p. 175 ss.
- \_ (a cura di), *The institutional dimension of the European Union's Area of freedom, security and justice*, Bruxelles, 2010
- J. MONAR, R. MORGAN, *The third pillar of the European Union: cooperation in the fields of justice and home affairs*, Bruxelles, 1994
- J. MONAR, W. WESSELS (a cura di), *The European Union after the Treaty of Amsterdam*, Londra, 2001
- C. MORGAN, *Proposal for a framework decision on procedural safeguards for suspects and defendants in criminal proceedings throughout the European Union*, in *ERA Forum*, 2003, p. 91 ss.
- A. MONPION, *Arrêt CJCE, Commission contre Conseil du 23 octobre 2007: les limites de la compétence pénale de la Communauté*, in *Revue du marché commun de l'Union européenne*, 2008, p. 130 ss.
- S. MONTALDO, *Mandato d'arresto europeo, Corte costituzionale e rifiuto di consegna di non cittadini*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2010, p. 678 ss.
- \_ *La competenza dell'Unione europea ad adottare norme penali ex art. 83, par. 2, TFUE e sue possibili applicazioni*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2013, p. 101 ss.
- \_ *Mandato d'arresto europeo, principio del reciproco riconoscimento e diritti del condannato*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2013, p. 226 ss.
- \_ *L'ambito di applicazione della carta dei diritti fondamentali ed il principio del ne bis in idem*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2013, pp. 574 ss.

- \_ *Il bilanciamento tra esigenze di pubblica sicurezza e diritti processuali dell'individuo: convergenze e divergenze fra Lussemburgo e Strasburgo*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2013, p. 813 ss.
- P. MORI, *La "qualità" della legge e la clausola generale di limitazione dell'art. 52, par. 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'UE*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2014, p. 243 ss.
- C. MORVIDUCCI, *L'adesione dell'Unione Europea alla CEDU: un percorso non ancora concluso*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2013, p. 487 ss.
- M. MÖSTL, *Preconditions and limits of mutual recognition*, in *Common Market Law Review*, 2010, p. 405 ss.
- P.C. MÜLLER-GRAFF, *The legal basis of the third pillar and its position in the framework of the Union Treaty*, in *Common Market Law Review*, 1994, p. 493 ss.
- F. MUNARI, *Il ruolo della Corte di giustizia dell'Unione europea ed il suo rapporto con gli altri organi dell'Unione*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2012, p. 163 ss.
- F. MUNARI, C. AMALFITANO, *Il "terzo pilastro" dell'Unione: problematiche istituzionali, sviluppi giurisprudenziali, prospettive*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2007, p. 773 ss.
- R. MÜNCH, *Constructing a European society by jurisdiction*, in *European Law Journal*, 2008, p. 519 ss.
- M. MUNKOE, *The 2011 debacle over Danish border control: a mismatch of domestic and European games*, College of Europe EU Diplomacy Paper 1/2012, in <http://aei.pitt.edu/33456/> (14 novembre 2014)
- C. MURPHY, *EU anti-terrorism law*, Oxford, 2012
- E. MUSCO, *L'illusione penalistica*, Milano, 2004
- B. NASCIMBENE, *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia a due anni dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2011, p. 14 ss.
- S. NATOLI, *Libertà e destino nella tragedia greca*, Brescia, 2002
- N. NEAGU, *Entrapment between two pillars: the European Court of justice rulings in criminal law*, in *European Law Journal*, 2009, p. 536 ss.
- N. NEUWAHL, *Judicial control in matters of Justice and Home Affairs: what role for the Court of Justice?*, in R. BIEBER, J. MONAR (a cura di), *Justice and Home Affairs in the European Union. The development of the Third Pillar*, Bruxelles, 1995, p. 301 ss.
- \_ *Problems with judicial control in the Third Pillar: the example of the Europol convention*, in R. BIEBER, A.C. LYON, J. MONAR (a cura di), *Justice et Affaires intérieures. L'Union européenne et la Suisse*, Berna, 1997, p. 35 ss.
- \_ *Legal personality of the European Union. International and institutional aspects*, in V. KRONEMBERGER (a cura di), *The European Union and the international legal order: discord or harmony?*, L'Aia, 2001, p. 3 ss.
- L. NEVILLE BROWN, F. JACOBS, *The European Court of justice of the European Communities*, Londra, 1983
- J. NEYER, *Justice, not democracy: legitimacy in the European Union*, in *Journal of Common Market Studies*, 2010, p. 903 ss.

- F. NIANG, *La fonction européenne du juge national*, Zurigo, 2013
- P. NICOLAIDES, *Withdrawal from the European Union: a typology of effects*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2013, p. 209 ss.
- E. NIETO-GARRIDO, *Judicial protection: Union bodies and agencies*, in E. NIETO-GARRIDO E I. MARTIN DELGADO (a cura di), *European administrative law in the Constitutional Treaty*, Oxford-Portland, 2007, p. 161 ss.
- F. NIETZSCHE, *La nascita della tragedia*, Milano, 2010
- E. NIJMAN, A. NOLLKAEMPER, *New perspectives on the divide between National and International law*, Oxford, 2007
- H. NILSSON, *Decision-making in EU Justice and Home affairs: current shortcomings and reform possibilities*, Sussex European Institute Working Paper n. 57, novembre 2002, in [www.sussex.ac.uk/sei/documents/wp57.pdf](http://www.sussex.ac.uk/sei/documents/wp57.pdf) (18 settembre 2014)
- *Eight years of experiences of mutual evaluation within the EU*, in S. DE BIOLLEY, A. WEYEMBERGH (a cura di), *Comment évaluer le droit pénal européen?*, Bruxelles, 2006, p. 115 ss.
- C. NOVI, *La competenza della Corte in materia di atti contemplati dal Titolo VI del Trattato UE*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1998, p. 399 ss.
- K. NUOTIO (a cura di), *Europe in search of 'meaning and purpose'*, Helsinki, 2010
- J. OBERG, *Union Regulatory Criminal Law Competence after Lisbon*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2011, p. 316 ss.
- D. O'KEEFE, *Recasting the Third Pillar*, in *Common Market Law Review*, 1995, p. 894 ss.
- D. O'KEEFE, P. TWOMEY, *Legal issues of the Maastricht Treaty*, Londra, 1994
- (a cura di), *Legal issues after the Treaty of Amsterdam*, Londra 1999
- P. OLIVER (a cura di), *Oliver on free movement of goods in the European Union*, Oxford, 2010
- N. O'MEARA, "A More Secure Europe of Rights?" *The European Court of Human Rights, the Court of Justice of the European Union and EU Accession to the ECHR*, in *German Law Journal*, 2011, p. 1824 ss.
- M. O'NEILL, *The evolving EU counter-terrorism legal framework*, New York, 2012
- A. ORAKELASHVILI, *Restrictive interpretation of human rights treaties in the recent jurisprudence of the European Convention of Human Rights*, in *European Journal of International Law*, 2003, p. 529 ss.
- D. ORDONEZ-SOLIS, *El cosmopolitismo judicial en una sociedad global: globalización, derecho y jueces*, Navarra, 2008
- I. ÖSTERDAHL, *T-174/96 case note*, in *Common Market Law Review*, 1999, p. 1059 ss.
- J. OUWERKERK, *Case C-261/09, criminal proceedings against Gaetano Mantello*, in *Common Market Law Review*, 2011, p. 1687 ss.
- A. PACE, *La Dichiarazione di Laeken e il processo costituente europeo*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2001, p. 613 ss.
- F.K. PADOA SCHIOPPA (a cura di), *The principle of mutual recognition in the European integration process*, New York, 2005

- T. PADOA SCHIOPPA, *Economic federalism and the European Union*, in K. KNOP, S. OSTRY, R. SIMEON, K. SWINTON (a cura di), *Rethinking federalism: citizens, markets and governments in a changing world*, New York, 1995, p. 154 ss.
- A. PAGLIARO, *Testo e interpretazione nel diritto penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2000, p. 433 ss.
- L. PALADINI, *I conflitti fra i pilastri dell'Unione europea e le prospettive del Trattato di Lisbona*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2010, p. 101 ss.
- F. PALAZZO, *L'influenza dell'attività del Consiglio d'Europa sul diritto penale italiano*, in M. CAPPELLETTI, A. PIZZORUSSO (a cura di), *L'influenza del diritto europeo sul diritto italiano*, Milano, 2002, p. 633 ss.
- C.E. PALIERO, *La fabbrica del Golem. Progettualità e metodologia per la "Parte generale" di un codice penale dell'Unione europea*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2000, p. 485 ss.
- R. PALLADINO, *I principi della legalità e della proporzionalità dei reati e delle pene ex art. 49 della Carta dei diritti fondamentali*, in A. DI STASI (a cura di), *Spazio europeo e diritti di giustizia. Il Capo VI della Carta dei diritti fondamentali nell'applicazione giurisprudenziale*, Padova, 2014, p. 251 ss.
- P. PALLARO, *Nuove conquiste per il diritto di accesso ai documenti delle istituzioni comunitarie*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1999, p. 695 ss.
- L. PAOLI, *How to tackle (organized) crime in Europe? The EU policy cycle on serious and organized crime and the new emphasis on harm*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2014, p. 1 ss.
- L. PAOLI, V.A. GREENFIELD, *Harm, a neglected concept in criminology, a necessary benchmark for crime-control policy*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2013, p. 359 ss.
- C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, Pisa, 2009
- N. PARISI, *Principio di legalità e tutela dei diritti della persona nello "spazio di libertà, sicurezza e giustizia"*, in L. DANIELE (a cura di), *La dimensione internazionale ed europea del diritto nell'esperienza della Corte costituzionale*, Napoli, 2006, p. 367 ss.
- *Spazio di libertà, sicurezza e giustizia e principio di legalità. Qualche riflessione a partire dal principio del mutuo riconoscimento in campo penale*, in E. CASTORINA (a cura di), *Profili attuali e prospettive di diritto costituzionale europeo*, Torino, 2007, p. 367 ss.
- *Tecniche di costruzione di uno spazio penale europeo. In tema di riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie e di armonizzazione delle garanzie procedurali*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2012, p. 33 ss.
- *Cooperazione fra le autorità nazionali ed europee incaricate "dell'applicazione della legge" nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia. I principi fondanti la circolazione internazionale delle informazioni*, in R. DEL COCO, E. PISTOIA (a cura di), *Stranieri e giustizia penale*, Bari, 2014, p. 101 ss.
- N. PARISI, D. RINOLDI, *Giustizia e affari interni nell'Unione europea*, Torino, 2007

- L. PASCULLI, S. ZANCANI, *La nuova procedura d'urgenza per lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, in *Diritto penale e processo*, 2008, p. 798 ss.
- A. PASQUERO, *Mutuo riconoscimento delle decisioni penali: prove di federalismo. Modello europeo e statunitense a confronto*, Milano, 2007
- E. PAUNIO, *Legal certainty in multilingual EU law: language, discourse and reasoning at the European Court of justice*, Farnham, 2013
- J. PAUWELIN, *Conflict of norms in public international law. How WTO law relates to other rules of international law*, Cambridge, 2003
- L. PAVONI, *UN Sanctions in EU and National Law: the Centro-Com case*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 1999, p. 582 ss.
- G. PAYAN, *Emergence d'une stratégie européenne en matière de coopération judiciaire*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 2014, p. 39 ss.
- L. PECH, *Le référendum en Irlande pour ratifier les traités européens: obligatoire ou coutumier?*, in *Questions Europe n. 115*, Fondation Robert Schuman, 28 ottobre 2008
- E. PEDILARCO, *Protezione dei dati personali: la Corte di giustizia annulla l'accordo Unione europea-Stati Uniti sul trasferimento dei dati dei passeggeri aerei*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2006, p. 1225 ss.
- C. PEDRAZZI, *L'influenza della produzione giuridica CEE sul diritto penale italiano*, in M. CAPPELLETTI, A. PIZZORUSSO (a cura di), *L'influenza del diritto europeo sul diritto italiano*, Milano, 1982, p. 612 ss.
- J. PEEK, *International police cooperation within justified political and judicial frameworks: five theses on TREVI*, in J. MONAR (a cura di), *The Third Pillar of the European Union: cooperation in the fields of Justice and Home Affairs*, Bruxelles, 1994, p. 201 ss.
- S. PEERS, *National security and European law*, in *Yearbook of European Law*, 1996, p. 363 ss.
- *Who's judging the watchmen? The judicial system on the Area of Freedom, Security and Justice*, in *Yearbook of European Law*, 1998, p. 344 ss.
- *Justice and Home affairs: decision-making after Amsterdam*, in *European Law Review*, 2000, p. 183 ss.
- *In a world of their own? Justice and home affaire opt-outs and Treaty of Lisbon*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2007-2008, p. 383 ss.
- *The European Community's Criminal Law Competence: the Plot Thickens*, in *European Law Review*, 2008, p. 399 ss.
- *Finally fit for purpose? The treaty of Lisbon and the end of the Third Pillar legal order*, in *Yearbook of European Law*, 2008, p. 47 ss.
- *EU criminal law and the Treaty of Lisbon*, in *Yearbook of European Law*, 2008, p. 522 ss.
- *Mutual recognition and criminal law in the European Union: has the Council got it wrong?*, in *Common Market Law Review*, 2009, p. 5 ss.
- *Divorce European style: the first authorization of enhanced cooperation*, in *European Constitutional Law Review*, 2010, p. 339 ss.
- *EU Justice and Home Affairs Law*, Oxford, 2012

- \_ *The European Arrest Warrant: the dilemmas of mutual recognition, human rights and EU citizenship*, in A. ROSAS, E. LEVITS, Y BOT (a cura di), *The Court of Justice and the construction of Europe: analyses and perspectives on sixty years of case-law. La Cour de justice et la construction de l'Europe: analyses et perspectives de soixante ans de jurisprudence*, L'Aia, 2013, p. 523 ss.
- \_ *The UK's planned 'block opt-out' from EU justice and policing measures in 2014*, in <http://www.statewatch.org/analyses/no-199-uk-opt-out.pdf> (8 marzo 2014)
- R. PEREIRA, *Environmental criminal law in the first pillar: a positive development for environmental protection in the European Union?*, in *European Environmental Law Review*, 2007, p. 257 ss.
- J.M. PEREZ DE NANCLARES, *La Constitución europea y el control del principio de subsidiariedad*, in C. CLOSA MONTERO, N. FERNANDEZ SOLA (a cura di), *La Constitución de la Unión europea*, Madrid, 2005, p. 76 ss.
- F. PERONI, M. GIALUZ (a cura di), *Cooperazione informativa e giustizia penale nell'Unione europea*, Trieste, 2009
- N. PERSAK, *Criminalising harmful conduct: the harm principle, its limits and continental counterparts*, New York, 2007
- P. PESCATORE, *Le recours, dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, a des normes déduites de la comparaison des droits des Etats membres*, in *Revue internationale de droit comparé*, 1980, p. 352 ss.
- \_ *Nice: the aftermath. Guest editorial*, in *Common Market Law Review*, 2001, p. 265 ss.
- D. PETRINI, *Principio di colpevolezza*, in C.F. GROSSO, M. PELISSERO, D. PETRINI, P. PISA (a cura di), *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2013, p. 313 s.
- E. PHILIPPART, G. EDWARDS, *The provisions on closer co-operation in the Treaty of Amsterdam: the politics of flexibility in the European Union*, in *Journal of Common Market Studies*, 1999, p. 87 ss.
- L. PICOTTI (a cura di), *Possibilità e limiti di un diritto penale dell'Unione europea*, Milano, 1999
- J.C. PIRIS, *The Lisbon Treaty. A legal and political analysis*, Cambridge, 2010
- E. PISTOIA, *Il ruolo della cooperazione rafforzata nell'Unione europea: meccanismo di propulsione dell'integrazione o elemento di divario tra Stati membri?*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2002, p. 1885 ss.
- La questione del carattere self-executing delle norme in materia di diritto penale adottate nel quadro del terzo pilastro*, in L. PICCHIO, G. PALMISANO (a cura di), *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, Napoli, 2004, p. 593 ss.
- \_ *Cooperazione penale nei rapporti fra diritto dell'Unione europea e diritto statale*, Napoli, 2008
- \_ *Fino a dove si può spingere il diritto comunitario nell'ambito dell'Unione. Un commento alla sentenza ECOWAS alla luce dei precedenti*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2009, p. 482 ss.
- R. PLENDER, *The criminal law competence of the European Community*, Report n. 42 dallo European Union Committee della House of Lords, sessione 2005-2006,



- paper 227, in <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200506/ldselect/lddeucom/227/227.pdf> (2 aprile 2014)
- F. POCAR, *L'assistenza giudiziaria internazionale in materia civile*, Padova, 1967
- *Cooperazione giudiziaria internazionale in materia civile*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. IX, Roma, 1988
- F. POCAR, M.C. BARUFFI (a cura di), *Commentario breve ai Trattati dell'Unione europea*, Padova, 2014
- M. POIARES MADURO, *We the Court*, Oxford, 1998
- *Contrapunctual law: Europe's constitutional pluralism in action*, in N. WALKER (a cura di), *Sovereignty in transition*, Oxford, 2003, p. 501 ss.
- *Interpreting European law: judicial adjudication in a context of constitutional pluralism*, in *European Journal of Legal Sciences*, 2007, p. 2 ss.
- *So close yet so far: the paradoxes of mutual recognition*, in *Journal of European Public Policy*, 2007, p. 819 ss.
- M. POIARES MADURO, B. DE WITTE, M. KUMM, *The Euro crisis and the democratic governance of the Euro: legal and political issues*, Policy Report, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, maggio 2012
- S. POILLOT-PERUZZETTO, *Ordre public et droit communautaire*, Parigi, 1993
- (a cura di), *Trajectoires de l'Europe, unie dans la diversité depuis 50 ans*, Parigi, 2008
- M. POLEMANS, *La sanction dans l'ordre juridique communautaire*, Bruxelles, 2004
- M. POLLACK, *The engines of European integration: delegation, agency and agenda setting in the EU*, Oxford, 2005
- O. POLLICINO, *Principio di tolleranza costituzionale tra self restraint e judicial activism della Corte di giustizia in limitazioni di sovranità e processi di democratizzazione*, in R. ORRÙ, L. SCIANNELLA (a cura di), *Atti dell'associazione di diritto pubblico comparato ed europeo. Università degli Studi di Teramo, 27-28 giugno 2003*, Torino, 2004, p. 273 ss.
- O. PORCHIA, *Gli effetti delle direttive e l'interpretazione delle norme penali nazionali: il caso Procura c. X*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 1997, p. 473 ss.
- *Principi dell'ordinamento europeo. La cooperazione pluridirezionale*, Bologna, 2008
- *I ricorsi davanti alla Corte di giustizia dell'Unione europea: le modifiche previste dal Trattato di Lisbona*, in P. BILANCIA, M. D'AMICO (a cura di), *La nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona*, Milano, 2009, p. 225 ss.
- *Sussidiarietà attraverso il riordino delle competenze?*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2010, p. 631 ss.
- *Le competenze dell'Unione, il Protocollo sul principio di sussidiarietà ed il potenziamento del ruolo delle assemblee legislative*, Universitat de Barcelona, Institut de Dret Public, Working paper 2/2011
- *L'effettività del diritto dell'Unione tra tutela del singolo e salvaguardia dell'ordinamento*, in AA.VV., *Scritti in onore di Giuseppe Tesauero*, vol. III, Napoli, 2014, p. 2311 ss.
- L. POTVIN-SOLIS, *Compétences partagées et objectifs matériels*, in E. NEHFRAMI (a cura di), *Objectifs et compétences dans l'Union européenne*, Bruxelles, 2013, p. 30 ss.
- J. PRADEL, G. CORSTENS, *Droit pénal européen*, Parigi, 2009

- S. PRECHAL, *Directives in EC law*, Oxford, 2005
- J. PRIBAN, *The self-referential European polity, its legal context and systematic differentiation: theoretical reflections on the emergence of the EU's political and legal autopoiesis*, in *European Law Journal*, 2009, p. 442 ss.
- J.P. PUISSOCHET, *Due osservazioni sul ruolo della Corte di giustizia*, in *Sussidiarietà e pubbliche amministrazioni*, Quaderni della SPISA, Bologna, 1997, p. 427 ss.
- D. PULITANÒ, *Sull'interpretazione e gli interpreti della legge penale*, in D. EMILIO, C.E. PALIERO (a cura di), *Scritti in onore di Giorgio Marinucci*, 2006, Milano, vol. I, p. 107 ss.
- V. RANDAZZO, *Il rapporto tra cooperazione allo sviluppo e questioni relative alla sicurezza ad un primo esame della Corte di giustizia*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2008, p. 34 ss.
- H. RASMUSSEN, *On law and policy in the European Court of justice*, Dordrecht, 1986
- J. RAWLS, *Una teoria della giustizia*, Milano, 1997
- A. REGAN, *Political tensions in Euro-varieties of capitalism: the crisis and the democratic State in Europe*, EUI Working Papers, Max Weber Programme 2013/24
- F. REMOTTI, *Contro l'identità*, Roma-Bari, 1996
- H. RENGELING, P. SZCZEKALLA, *Grundrechte in der Europäischen Union*, Colonia, 2004
- J. RIDEAU, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Parigi, 2010
- J. RIFKIN, *Il sogno europeo. Come l'Europa ha creato una nuova visione del futuro che sta lentamente eclissando il sogno americano*, Milano, 2004
- C. RIJKEN, *Re-balancing security and justice: protection of fundamental rights in police and judicial cooperation in criminal matters*, in *Common Market Law Review*, 2010, p. 1455 ss.
- J.J. RIJPMAN, *Case C-77/05 United Kingdom v Council, judgment of the Grand Chamber of 18 December 2007, not yet reported, and Case C-137/05 United Kingdom v Council, Judgment of the Grand Chamber 18 December 2007, not yet reported*, in *Common Market Law Review*, 2008, p. 835 ss.
- D. RINOLDI, *Principi in materia di politica legislativa penale dell'Unione europea e tutela degli interessi finanziari dell'Unione da condotte di frode*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2013, p. 1049 ss.
- S. RIONDATO, *Cosmetici e pubblicità ingannevole: «rigido» obbligo comunitario di penalizzazione*, in *Diritto penale e processo*, 1999, p. 447 ss.
- D. RITLENG, *De l'articulation des systèmes de protection des droits fondamentaux dans l'Union. Les enseignements des arrêts Akerberg Fransson et Melloni*, in *Revue trimestrielle de droit de l'Union européenne*, 2014, p. 267 ss.
- J.F. ROMAIN, M. GREGOIRE, V. SIMONART (a cura di), *L'ordre public: concept et applications*, Bruxelles, 1995
- H. ROMANDER, *Les tentatives d'harmonisation et d'unification du droit pénale et de la procédure pénale dans les états nordiques*, in AA.VV., *Droit pénal européen. Actes du congrès organisé les 7, 8, et 9 novembre 1968 par l'Institut d'études européennes de l'Université libre de Bruxelles*, Bruxelles, 1970, p. 562

- A.M. ROMITO, *Il ricorso per annullamento ed i limiti alla tutela dei ricorrenti non privilegiati*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2013, p. 525 ss.
- B. ROSAMOND, *Theories of European Integration*, Londra, 2000
- A. ROSAS, L. ARMATI, *EU constitutional law. An introduction*, Oxford-Portland, 2012
- A. ROSAS, H. KAILA, *L'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne par la Cour de Justice: un premier bilan*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2011, p. 11 ss.
- M. ROSS, Y. BORGMANN-PREBIL (a cura di), *Promoting solidarity in the European Union*, Oxford, 2010
- L.S. ROSSI, *Verso una parziale "comunitarizzazione" del terzo pilastro*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 1997, p. 448 ss.
- *From EU Pillar to Area: the impact of the Lisbon Treaty on the external dimension of freedom, security and justice*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2011, p. 1012 ss.
- *Does the Lisbon treaty provide a clearer separation of competences between EU and Member States?*, in A. BIONDI, P. EECKHOUT (a cura di), *EU law after Lisbon*, Oxford, 2012, p. 85 ss.
- *L'Unione europea e il paradosso di Zenone. Riflessioni sulla necessità di una revisione del Trattato di Lisbona*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2013, p. 749 ss.
- *Il parere 2/13 sull'adesione dell'UE alla CEDU: scontro fra Corti?*, in <http://www.sidi-isil.org/sidiblog/> (29 dicembre 2014)
- R. ROSSOLINI, *La competenza del giudice comunitario per l'annullamento degli atti delle agenzie europee*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2009, p. 491 ss.
- A. ROTTOLA, *La Corte di giustizia è competente... ma non lo è*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2001, p. 562 ss.
- V. RUBINO, *Le denominazioni d'origine dei prodotti alimentari*, Alessandria, 2007
- A. RUGGERI, *Sistema integrato di fonti e sistema integrato di interpretazioni, nella prospettiva di un'Europa unita*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2010, p. 869 ss.
- F. RUGGERI (a cura di), *Criminal proceedings, languages and the European Union*, Londra, 2014
- C. SABEL, O. GESTENBERG, *Constitutionalising and overlapping consensus: the ECJ and the emergence of a coordinate constitutional order*, in *European Law Journal*, 2010, p. 511 ss.
- M. SAFJAN, *Areas of application of the Charter of fundamental rights of the European Union: fields of conflict?*, European University Institute Working Paper 2012/22
- L. SALAZAR, *Gli sviluppi nel campo della cooperazione giudiziaria nel quadro del terzo pilastro del trattato sull'Unione europea*, in *Documenti Giustizia*, 1995, p. 1511 ss.
- *Il controverso ruolo della Corte di giustizia nel "terzo pilastro": prime applicazioni dell'articolo K. 3 del Trattato sull'Unione europea*, in AA.VV., *Studi in onore di G.F. Mancini. Diritto dell'Unione europea*, vol. II, Milano 1998, p. 926 ss.
- *La costruzione di uno Spazio di libertà, sicurezza e giustizia dopo il Consiglio europeo di Tampere*, in *Cassazione penale*, 2000, p. 1118 ss.

- *La lotta alla criminalità nell'Unione: passi in avanti verso uno spazio giudiziario comune prima e dopo la Costituzione per l'Europa ed il Programma dell'Aia*, in *Casazione penale*, 2004, p. 3513 ss.
- M.A. SANCHEZ, *Derecho penal y Tratado de Lisboa*, in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2008, p. 349 ss.
- A. SANGIOVANNI, *Solidarity in the European Union*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2013, p. 1 ss.
- R. SANSONETTI, *The mutual evaluation process: a methodology of increasing importance at international level*, in *Journal of Financial Crime*, 2000, p. 218 ss.
- D. SANTAMARIA, I. ANA, *Las sentencias Segi y Gestoras del TJCE: ¿un sermón sin mayores consecuencias o un primer toque de atención?*, in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2007, p. 313 ss.
- D. SARMIENTO, *Who's afraid of the Charter? The Court of justice, national courts and the new framework of fundamental rights protection in Europe*, in *Common Market Law Review*, 2013, p. 1270 ss.
- M.R. SAULLE, *Diritto comunitario e diritto internazionale privato*, Napoli, 1983
- D. SAVY, *La successione degli atti della cooperazione penale europea e gli effetti nell'ordinamento nazionale: le decisioni quadro tra successione e ultrattività*, in R. MASTROIANNI, D. SAVY (a cura di), *L'integrazione europea attraverso il diritto processuale penale*, Napoli, 2014, p. 113 ss.
- N.M. SCHALLMOSER, *The European arrest warrant and fundamental rights*, in *Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2014, p. 135 ss.
- L. SCHIANO DI PEPE, *Competenze comunitarie e reati ambientali: il caso dell'inquinamento provocato da navi*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2006, p. 769 ss.
- D. SCHIATTI, *Quale primato del diritto comunitario in ambito penale?*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2008, p. 479 ss.
- P. SCHMID, L. FREI, R. WYSS, J.D. SCHOUWEY, *L'entraide judiciaire internationale en matière pénale*, Basilea, 1981
- A. SCHMIDT, *Democracy in Europe: the EU and National politics*, Oxford, 2006
- S.K. SCHMIDT, R.D. KEMELEN (a cura di), *The power of the European Court of justice*, New York, 2013
- C. SCHMITT, *Land und Meer*, Leipzig, 1942
- *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum*, Colonia, 1950
- P.C. SCHMITTER, *Come democratizzare l'Unione europea e perché*, Bologna, 2000
- G. SCHNEIDER, M. ASPINWALL (a cura di), *The rules of integration: institutionlist approaches to the study of Europe*, Manchester, 2001
- W. SCHOMBURG, *Are we on the road to a European law-enforcement area? International cooperation in criminal matters: what place for justice?*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2000, p. 51 ss.
- B. SCHÜNEMANN, *Un progetto alternativo di giustizia penale europea*, Milano, 2007
- J. SCHUTTE, *La régionalisation du droit pénal international et la protection des droits de l'homme dans les procédures de coopération internationale en matière pénale*, in *Revue de droit international pénal*, 1994, p. 21 ss.

- R. SCHÜTZE, *Supremacy without preemption? The very slowly emergent doctrine of Community preemption*, in *Common Market Law Review*, 2006, p. 1023 ss.
- *Lisbon and the federal order of competences. A prospective analysis*, in *European Law Review*, 2008, p. 719 ss.
- *The European Community's federal order of competences. A retrospective analysis*, in M. DOUGAN, S. CURRIE (a cura di), *50 years of the European Treaties. Looking back and thinking forward*, Oxford-Portland, 2009, p. 63 ss.
- *Subsidiarity after Lisbon: reinforcing the safeguards of federalism?*, in *European Law Review*, 2009, p. 534 ss.
- J. SCHWARZE, *The role of the European Court of Justice in the interpretation of uniform law among the members*, Baden Baden, 1988
- *Balancing EU integration and National interest in the case-law of the Court of Justice*, in A. ROSAS, E. LEVITS, Y. BOT (a cura di), *The Court of Justice and the construction of Europe: analyses and perspectives on sixty years of case-law*, L'Aia, 2013, p. 257 ss.
- H. SEVENSTER, *Criminal law and EC law*, in *Common Market Law Review*, 1992, p. 29 ss.
- F. SGUBBI, V. MANES (a cura di), *L'interpretazione conforme al diritto comunitario in materia penale*, Bologna, 2007
- R. SICURELLA, *Il diritto penale applicabile alla Procura europea: diritto penale sovranazionale o diritto nazionale "armonizzato"? Le questioni in gioco*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 17 dicembre 2013 (28 dicembre 2014)
- U. SIEBER, *The forces behind harmonization of criminal law*, in M. DELMAS-MARTY, M. PIETH, U. SIEBER (a cura di), *Les chemins de l'harmonisation pénale. Harmonising criminal law*, Parigi, 2008, p. 385 ss.
- S.C. SIEBERSON, *The Treaty of Lisbon and its impact on the EU's democratic deficit*, in *Columbia Journal of European Law*, 2008, p. 445 ss.
- M. SION-TZIDKIYOHU, *Opt-out in the Lisbon Treaty: what direction for Europe à la carte?*, in *European Journal of Law Reform*, 2008, p. 10 ss.
- J. SNELL, *Goods and services in EC law. A study of the relationship between the freedoms*, Oxford, 2002
- F. SNYDER, *EMU. Integration and differentiation: metaphor for the European Union*, in P. CRAIG, G. DE BURCA (a cura di), *The evolution of EU law*, Oxford, 2011, p. 687 ss.
- D. SORASION e B. JESUS-GIMENO, *L'apport du Traité de Lisbonne dans les domaines justice, liberté et sécurité*, in *Gazette du Palais*, n. 171, 19 giugno 2008, p. 42 ss.
- C. SOTIS, *Il diritto senza codice. Studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano, 2007
- *Criminaliser sans punir. Réflexions sur le pouvoir d'incrimination (directe et indirecte) de l'Union européenne prévu par le Traité de Lisbonne*, in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2010, p. 773 ss.
- *I principi di necessità e proporzionalità della pena nel diritto dell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it) 4 ottobre 2011 (13 novembre 2014)

- G. SOULIER, *Le Traité d'Amsterdam et la coopération policière et judiciaire en matière pénale*, in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1998, p. 237 ss.
- E. SPAVENTA, *On discrimination and the theory of mandatory requirements*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2002, p. 457 ss.
- *Remembrance of principle lost: on fundamental rights, the third pillar and the scope of Union law*, in *Yearbook of European Law*, 2006, p. 153 ss.
- *Opening Pandora's box: some reflections on the constitutional effects of the decision in Pupino*, in *European Constitutional Law Review*, 2007, p. 5 ss.
- M. SPENCER, *States of injustice: a guide to human rights and civil liberties in the European Union*, Londra, 1995
- A. SPINELLI, *Europa terza forza. Scritti 1947-1954*, Bologna, 2000
- D. SPINELLIS, *Court of justice of the European Community, judgment of 13 September 2005*, in *European Constitutional Law Review*, 2006, p. 293 ss.
- C. STEER, *Legal transplants or legal patchworking? The creation of international criminal law as a pluralistic body of law*, in E. VAN SLIEDREGT, S. VASILIEV (a cura di), *Pluralism and harmonization in international criminal law*, Oxford, 2013, p. 39 ss.
- C. STEFANO, H. XANTHAKI (a cura di), *Towards a European criminal record*, Cambridge, 2012
- B. STEUNENBERG, *Is big brother watching? Commission oversight of the national implementation of EU directives*, in *European Union Politics*, 2010, p. 359 ss.
- G. STROZZI, *Le principe de subsidiarité dans la perspective de l'intégration européenne: un énigme et beaucoup d'attentes*, in *Revue trimestrielle de droit de l'Union européenne*, 1994, p. 378 ss.
- *Il sistema integrato di tutela dei diritti fondamentali dopo Lisbona: attualità e prospettive*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2011, p. 862 ss.
- G. STROZZI, R. MASTROIANNI, *Diritto dell'Unione europea*, Torino, 2013
- A. STUBB, *Negotiating flexible integration in the Amsterdam Treaty*, in K. NEUNREITHER, A. WIENER (a cura di), *European integration after Amsterdam: institutional dynamics and prospects for democracy*, Oxford, 2000, p. 153 ss.
- A. SUOMINEN, *EU criminal law cooperation before and after the Lisbon Treaty - aspects and comments especially in relation to the Norwegian position*, in *JFT*, 2012, p. 573 ss.
- *The Nordic arrest warrant finally in force*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2014, p. 41 ss.
- J.A. SWEENEY, *A 'margin of appreciation' in the internal market: lessons from the European Court of Human Rights*, in *Legal Issues of Economic Integration*, 2007, p. 27 ss.
- A. TANCREDI, *L'emersione dei diritti fondamentali "assoluti" nella giurisprudenza comunitaria*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2006, p. 644 ss.
- P. TAYLOR, *The European Union in the 1990s*, Oxford, 1996
- J. TEMPLE LANG, *What powers should the European Community have?*, Hull, 1993
- A. TERRASI, *Trasmissione dei dati personali e tutela della riservatezza: l'Accordo tra Unione europea e Stati Uniti del 2007*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2008, p. 375 ss.

- G. TESAURO, *Il ruolo della Corte di giustizia nell'elaborazione dei principi generali dell'ordinamento europeo e dei diritti fondamentali*, in AA.VV., *La Costituzione europea. Annuario 1999, Atti del XIV convegno annuale, Perugia, 7-8-9 ottobre 1999*, Padova 1999, p. 297 ss.
- *Sovranità degli Stati e integrazione comunitaria*, Napoli, 2006
- *Diritto comunitario, Corte di giustizia e diritto penale*, in G. GRASSO, R. SICURELLA (a cura di), *Per un rilancio del progetto europeo. Esigenze di tutela degli interessi comunitari e nuove strategie di integrazione penale*, Milano, 2008, p. 665 ss.
- *Diritto dell'Unione europea*, Padova, 2012
- *La ragionevolezza nella giurisprudenza comunitaria*, Napoli, 2012
- P. THIEFFRY, *Contentieux de la validité des mesures communautaires de protection de l'environnement: le retour*, in *Gazette du Palais*, 2006, p. 873 ss.
- D. THYM, *The Schengen law: a challenge for legal accountability in the European Union*, in *European Law Journal*, 2002, p. 218 ss.
- *EU migration policy and its constitutional rationale: a cosmopolitan outlook*, in *Common Market Law Review*, 2013, p. 709 ss.
- G. TIBERI, *Il diritto alla protezione dei dati personali nella carte e nelle corti sovranazionali*, in *Cassazione penale*, 2010, p. 355 ss.
- C. TIMMERMANS, *Judicial protection against Member States*, in D. CURTIN, T. HEUKELS (a cura di), *Institutional dynamics of European integration. Essays in honour of Henry G. Schermers*, Vol. II, Leiden-Boston, 1994, p. 406 ss.
- A. TINSLEY, *The Reference in Case C-396/11 Radu: When does the Protection of Fundamental Rights Require Non-execution of a European Arrest Warrant?*, in *European Criminal Law Review*, 2012, p. 338 ss.
- A. TIZZANO, *Powers of the Community*, in European Commission Official Publications, *Thirty years of Community law*, Bruxelles, 1981, p. 43 ss.
- *Lo sviluppo delle competenze materiali delle Comunità europee*, in *Rivista di diritto europeo*, 1981, p. 139 ss.
- *Il ruolo della Corte di giustizia nella prospettiva dell'Unione europea*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1994, p. 926 ss.
- (a cura di), *Una Costituzione per l'Europa*, Bologna, 2004
- *Qualche riflessione sul contributo della Corte di giustizia allo sviluppo del sistema comunitario*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2009, p. 141 ss.
- (a cura di), *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, Milano, 2013
- A. TIZZANO, B. GENCARELLI, *La procédure préjudicielle d'urgence devant la Cour de justice de l'Union européenne - Il procedimento pregiudiziale d'urgenza davanti alla Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2009, p. 923 ss.
- A. TIZZANO, P. IANNUCELLI, *La procédure préjudicielle d'urgence devant la Cour de justice: premier bilan et nouvelles questions*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2012, p. 107 ss.
- P. TORRETTA, *Quando le politiche comunitarie "attraggono" competenze penali: la tutela dell'ambiente attraverso il diritto penale in una recente decisione della Corte*

- europea di Giustizia (Sentenza 13 Settembre 2005, causa C-176/03)*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 2005, p. 219 ss.
- A.G. TOTH, *Is subsidiarity justiciable?*, in *European Law Review*, 1994, p. 268 ss.
- T. TREVES, *La giurisdizione nel diritto penale internazionale*, Padova, 1973
- T. TRIDIMAS, *The European Court of justice and judicial activism*, in *European Law Review*, 1996, p. 199 ss.
- *Proportionality in Community law: searching for the appropriate standard of scrutiny*, in E. ELLIS (a cura di), *The principle of proportionality in the laws of Europe*, Oxford, 1999, p. 65 ss.
- *General principles of EU law*, 2006
- M.L. TUFANO *La cooperazione giudiziaria penale e gli sviluppi del “terzo pilastro” del Trattato sull’Unione Europea*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2001, p. 1029 ss.
- E. UKA, *ECOWAS and economic integration of West Africa*, New York, 1983
- A. VALSECCHI, F. VIGANÒ, *Secondo la Corte di giustizia UE, l’inammissibilità della costituzione di parte civile contro l’ente imputato ex D.Lgs. 231/01 non è in contrasto col diritto dell’Unione*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it) 12 settembre 2012 (27 marzo 2014)
- B. VAN BOCKEL, *The ne bis in idem principle in EU law*, Amsterdam, 2010
- *The ne bis in idem principle in the European Union legal order: between scope and substance*, in *ERA Forum*, 2012, p. 325 ss.
- B. VAN BOCKEL, P. WATTEL, *New wine into old wineskins: the scope of the Charter of fundamental rights of the EU after Akerberg Fransson*, in *European Law Review*, 2013, p. 866 ss.
- G. VAN CALSTER, *The EU’s Tower of Babel. The interpretation by the European Court of justice of equally authentic texts drafted in more than one official language*, in *Yearbook of European Law*, 1997, p. 363 ss.
- C. VAN DE HEYNING, *No place like home. Discretionary space for the domestic protection of fundamental rights*, in P. POPELIER, C. VAN DE HEYNING, P. VAN NUFFEL (a cura di), *Human rights protection in the European legal order: the interaction between the European and the national courts*, Cambridge, 2011, p. 65 ss.
- S. VAN DEN BOGAERT, A. CUYVERS, *Money for nothing: the case law of the EU Court of Justice on the regulation of gambling*, in *Common Market Law Review*, 2001, p. 1175 ss.
- S. VAN DER JEUGHT, I. KOLOWCA, *La nouvelle procedure préjudicielle d’urgence devant la Cour de justice des Communautés européennes*, in *Journal de droit européen*, 2008, p. 175 ss.
- W. VAN DE RIJ, *L’évaluation de Schengen dans le cadre de l’élargissement*, in S. DE BIOLLEY, A. WEYEMBERGH (a cura di), *Comment évaluer le droit pénal européen?*, Bruxelles, 2006, p. 219 ss.
- G. VAN DER SCHYFF, *The constitutional relationship between the European Union and its Member States: the role of National identity in article 4(2) TEU*, in *European Law Review*, 2012, p. 563 ss.



- C. VAN DER WYINGAERT, G. STESENS, *Mutual legal assistance in criminal matters in the European Union*, in C. FIJNAUT (a cura di), *Changes in society, crime and criminal justice in Europe: a challenge for criminological education and research*, Anversa, 1996, p. 137 ss.
- *The international non bis in idem principle: resolving some of the unanswered questions*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 1999, p. 788 ss.
- P. VAN ELSUWEGE, *EU external action after the collapse of the pillar structure. In search of a new balance between delimitation and consistency*, in *Common Market Law Review*, 2010, p. 987 ss.
- W. VAN GERVEN, *The Economic Union: a policy of States and peoples*, Oxford, 2005
- R. VAN OIK, *Cross Pillar Litigation Before the ECJ: Community and Union Competences*, in *European Constitutional Law Review*, 2008, p. 399 ss.
- L. VANONI, *Fra Stato e Unione europea: il principio di sussidiarietà sotto esame della Corte costituzionale e della Corte di giustizia*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2004, p. 1457 ss.
- B. VAN VOOREN, *EU-EC external competences after the small arms judgment*, in *European Foreign Affairs Review*, 2009, p. 8 ss.
- *The small arms judgment in an age of constitutional turmoil*, in *European Foreign Affairs Review*, 2009, p. 231 ss.
- A. VENEGONI, *Considerazioni sulla normativa applicabile alle misure investigative intraprese dal pubblico ministero europeo nella proposta di regolamento COM(2013) 534*, in <http://www.penalecontemporaneo.it/upload/1384939644VENEGONI%202013.pdf> (9 novembre 2014)
- A. VERGES BAUSILI, *Rethinking the methods of dividing and exercising powers in the EU: reforming subsidiarity and national parliaments*, Jean Monnet Working Paper n. 9/02, in <http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/papers/02/020901.html> (20 novembre 2014)
- A. VERHOEVEN, *The European Union in search of a democratic and constitutional theory*, L'Aia-Londra-New York, 2002
- G. VERNIMMEN-VAN TIGGELEN, *Introductory reflection on evaluation and its lacunae*, in A. WEYEMBERGH, F. GALLI (a cura di), *Approximation of substantive criminal law in the EU. The way forward*, Bruxelles, 2013, p. 139 ss.
- G. VERNIMMEN-VAN TIGGELEN, L. SURANO, A. WEYEMBERGH (a cura di), *The future of mutual recognition in the European Union*, Bruxelles, 2009
- J.A.E. VERVAELE, *Fraud against the Community. The need for European fraud legislation*, Bruxelles, 1992
- *The Transnational ne bis in idem principle in the EU mutual recognition and equivalent protection of human rights*, in *Utrecht Law Review*, 2005, p. 100 ss.
- *European criminal law and the general principles of Union law*, College of Europe Research Paper in Law n. 5/2005
- *The European Community and harmonization of the criminal law enforcement of Community policy*, in *European Criminal Law Association's Forum*, 2006, p. 88 ss.
- *Ne bis in idem: towards a transnational constitutional principle in the EU?*, in *Utrecht Law Review*, 2013, p. 111 ss.

- J.A.E. VERVAELE, M. DELMAS-MARTY, *L'attuazione del Corpus Juris negli Stati membri*, Anversa, 2000
- S. VEZZANI, "Gl'è tutto sbagliato, gl'è tutto da rifare!": la Corte di giustizia frena l'adesione dell'UE alla CEDU, in <http://www.sidi-isil.org/sidiblog/> (29 dicembre 2014)
- U. VILLANI, *Gli sviluppi del Trattato di Lisbona in materia di politica estera e di sicurezza comune*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2011, p. 9 ss.
- M. VINCENTI, *Proposta di direttiva sulla tutela penale dei diritti di proprietà industriale*, in *Il diritto industriale*, 2007, p. 468 ss.
- A. VITORINO, *The Charter of fundamental rights as a foundation of the Area of freedom, security and justice*, Exeter Paper in European Law n. 2001/4
- T. VOGLER, *De l'état actuel d'une politique criminelle européenne*, in *Revue internationale de droit pénale*, 1971, p. 37 ss.
- C. VON BAR, E. M. CLIVE, H. SCHULTE-NOLKE (a cura di), *Principles, definitions and model rules of European private law*, Monaco, 2009
- A. VON BOGDANDY, J. BAST, *I poteri dell'Unione: una questione di competenza. L'ordine verticale delle competenze e proposte per la sua riforma*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2002, p. 303 ss.
- (a cura di), *Principles of European constitutional law*, Oxford - Monaco, 2010
- A. VON BOGDANDY, S. SCHILL, *Overcoming absolute supremacy: respect for national identity under the Lisbon Treaty*, in *Common Market Law Review*, 2011, p. 1431 ss.
- T. VON DANWITZ, K. PARASCHAS, *A fresh start for the Charter: fundamental questions on the application of the European Charter of fundamental rights*, in *Fordham International Law Journal*, 2012, p. 1399 ss.
- P. WACHSMANN, *L'avis 2/94 de la Cour de justice relatif à l'adhésion de la Communauté européenne à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 1996, p. 32 ss.
- M. WAELBROEK, *The emergent doctrine of Community pre-emption. Consent and re-delegation*, in T. SANDALOW, E. STEIN (a cura di), *Courts and free markets: perspectives from the United States and Europe*, New York, 1982, p. 551 ss.
- J. WALDRON, *A rights-based critique of constitutional rights*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 1993, p. 18 ss.
- N. WALKER, *Flexibility within a metaconstitutional frame: reflections on the future of legal authority in Europe*, Jean Monnet Working Paper n. 2/99
- M. WASMAIER e N. THWAITES, *The "Battle of pillars": does the European Community have the power to approximate national criminal laws?*, in *European Law Review*, 2004, p. 613 ss.
- *The development of ne bis in idem into a transnational fundamental right in EU law: comments on recent developments*, in *European Law Review*, 2006, p. 572 ss.
- S. WEATHERILL, *Flexibility and fragmentation: trends in European integration*, in J. USHER (a cura di), *The state of the European Union*, Londra, 2000, p. 18 ss.
- *Better competence monitoring*, in *European Law Review*, 2005, p. 23 ss.

- \_ *Competence creep and competence control*, in *Yearbook of European Law*, 2004, p. 1 ss.
- M. WEBER, *Economy and Society*, Berkeley, 1978
- J.H.H. WEILER, *The Court of Justice on trial*, in *Common Market Law Review*, 1981, p. 555 ss.
- \_ *Community, Member States and European integration: is the law relevant?*, in *Journal of Common Market Studies*, 1982, p. 48 ss.
- \_ *Il sistema comunitario europeo*, Bologna, 1985
- \_ *Transformations of Europe*, in *Yale Law Journal*, 1991, p. 2403 ss.
- \_ *Fundamental rights and fundamental boundaries: on standards and values in the protection of human rights*, in N. NEUWAHL, A. ROSAS (a cura di), *The European Union and human rights*, L'Aia, 1995, p. 51 ss.
- \_ *The Constitution of Europe. "Do the new clothes have an Emperor?" and other essays on European integration*, Cambridge, 1999
- \_ *La democrazia europea ed il principio di tolleranza costituzionale*, in F. CERUTTI, E. RUDOLPH (a cura di), *Un'anima per l'Europa*, Pisa, 2002, p. 57 ss.
- \_ *La Costituzione dell'Europa*, Bologna, 2003
- J.H.H. WEILER, T. LOCKHART, *'Taking rights seriously' seriously: the European Court of Justice and its fundamental rights jurisprudence*, in *Common Market Law Review*, 1995, p. 604 ss.
- R.A. WESSELS, *Revisiting the international legal status of the EU*, in *European Foreign Affairs Review*, 2000, p. 507 ss.
- R.A. WESSELS, L. MARIN, C. MATERA, *The external dimension of the EU's Area of Freedom, Security and Justice*, in C. ECKES, T. KONSTATINIDES (a cura di), *Crime within the Area of Freedom, Security and Justice*, Cambridge, 2010, p. 272 ss.
- W. WESSELS, *Flexibilité, différenciation et coopération renforcée: le traité de Amsterdam à la lumière du rapport Tindemans*, in M. WESTLAKE (a cura di), *L'Union européenne au delà de Amsterdam*, Bruxelles, 1998, p. 133 ss.
- A. WEYEMBERGH, *Vers un réseau judiciaire européen contre la criminalité organisée*, in *Revue de Droit pénal et de criminologie*, 1997, p. 868 ss.
- \_ *Droit pénal et reconnaissance mutuelle*, in *Journal des Tribunaux - Droit européen*, 2001, p. 193 ss.
- \_ *L'harmonisation des législations: condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, Bruxelles, 2004
- \_ *Transverse report on judicial control in cooperation in criminal matters: the evolution from traditional judicial cooperation to mutual recognition*, in K. LIGETI (a cura di), *The future of prosecution in Europe*, Oxford, 2012, p. 945 ss.
- \_ *La jurisprudence de la CJ relative au principe ne bis in idem: une contribution essentielle à la reconnaissance mutuelle en matière pénale*, in A. ROSAS, E. LEVITS, Y. BOT (a cura di), *The Court of Justice and the construction of Europe: analyses and perspectives on sixty years of case-law - La Cour de Justice et la construction de l'Europe: analyses et perspectives de soixante ans de jurisprudence*, L'Aia, 2013, p. 539 ss.

- A. WEYEMBERGH, V. RICCI, *Le Traité de Lisbonne et le contrôle juridictionnel sur le droit pénal de l'Union européenne*, in S. BRAUM, A. WEYEMBERGH (a cura di), *Le contrôle juridictionnel dans l'espace pénal européen*, Bruxelles, 2009, p. 230 ss.
- A. WEYEMBERGH, V. SANTAMARIA, (a cura di), *The evaluation of European criminal law*, Bruxelles, 2009
- *Lutte contre le terrorisme et droit fondamentaux dans le cadre du Troisième Pilier. Le décision cadre du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme et le principe de légalité*, in J. RIDEAU (a cura di), *Les droits fondamentaux dans l'Union européenne dans le sillage de la Constitution européenne*, Bruxelles, 2009, p. 127 ss.
- S. WHITE, *Harmonization of criminal law under the first pillar*, in *European Law Review*, 2006, p. 81 ss.
- E. WHITEFORD, *European social policy after Maastricht*, in *European Law Review*, 1993, p. 202 ss.
- A.M. WIDMANN, *Article 53: undermining the impact of the Charter of Fundamental Rights*, in *Columbia Journal of European Law*, 2002, p. 342 ss.
- M.A. WILKINSON, *The spectre of authoritarian liberalism. Reflections on the constitutional crisis of the European Union*, in *Global Law Journal*, 2013, p. 527 ss.
- P. WILKITZKI, *International and regional developments in the field of inter-State cooperation in penal matters*, in M.C. BASSIOUNI (a cura di), *International Criminal Law*, vol. II, *Procedural and enforcement mechanisms*, New York – L'Aia, 1999
- C. WILLEMOES JORGENSEN, K. ENGSIG SORENSEN, *Internal border controls in the European Union: recent challenges and reforms*, in *European Law Review*, 2012, p. 249 ss.
- J. WOUTERS e T. RAMOPOULOS, *Revisiting the Lisbon Treaty's constitutional design of EU external relations*, Leuven Center for global governance studies, Working Paper n. 119, settembre 2013
- D. WYATT, *Subsidiarity. Is it too vague to be effective as a legal principle?*, in K. NICOLAIDIS, S. WEATHERILL (a cura di), *Whose Europe? National models and the Constitution of the European Union*, European Studies at Oxford, 2003, p. 86 ss.
- G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992
- *Diritto per: valori, principi o regole (a proposito dei principi di Ronald Dworkin)*, in *Quaderni fiorentini per la storia della cultura giuridica moderna*, 2002, p. 880 ss.
- (a cura di), *Diritti e Costituzione nell'Unione europea*, Roma-Bari, 2003
- V. ZAGREBELSKY, *I giudici nazionali, la Convenzione e la Corte europea dei diritti umani*, in P. BILANCIA, E. DE MARCO (a cura di), *La tutela multilivello dei diritti, punti di crisi, problemi aperti, momenti di stabilizzazione*, Milano, 2004, p. 101 ss.
- M. ZBINDEN, *Les institutions et les procédures de prise de décision de l'Union européenne après Amsterdam*, Berna, 2002
- P. ZELLINI, *Breve storia dell'infinito*, Milano, 1993
- J. ZILLER, *Il nuovo Trattato europeo: un viaggio a Lilliput?*, in F. BASSANINI, G. TIBERI (a cura di), *Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona*, Bologna, 2008, p. 489 ss.
- *Diritto delle politiche e delle istituzioni dell'Unione europea*, Bologna, 2013

- C. ZOETHOUT, *The Court and the Charter of fundamental rights*, in A. KINNEGING (a cura di), *Rethinking Europe's Constitution*, Nijmegen, 2007, p. 214 ss.





Finito di stampare nel mese di marzo 2015  
dalla *Vulcanica Print* – Torre del Greco (Na)



