

L'INTEGRAZIONE DIFFERENZIATA E LA COOPERAZIONE GIUDIZIARIA E DI POLIZIA IN MATERIA PENALE NELL'UE: IL CASO DEGLI OPT-OUT DI REGNO UNITO, IRLANDA E DANIMARCA

di Stefano Montaldo

(assegnista di ricerca in diritto dell'Unione europea nel Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino)

SOMMARIO: 1. Profili introduttivi: l'integrazione differenziata nell'Unione europea e le sue molteplici espressioni. - 2. L'istituto dell'*opt-out*. - 3. L'*opt-out* e l'*acquis* di Schengen. - 4. L'*opt-out* nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia: il regime applicato a Regno Unito ed Irlanda. - 5. Il *block opt-out* del Regno Unito ed il successivo *back opt-in*. - 6. La Danimarca e la partecipazione agli atti UE nel settore della cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale. - 7. Conclusioni.

1. La progressiva estensione della compagine degli Stati membri dell'UE e l'approfondimento del processo di integrazione hanno determinato, nel tempo, la difficoltà di assicurare la coerenza ed uniformità delle politiche europee ed hanno concorso a dare nuova linfa al tema dell'integrazione differenziata nell'Unione europea¹. I "piccoli passi" e le "realizzazioni concrete" prospettati nella Dichiarazione Schumann del 1950 quali tecniche di graduale e prudente costruzione dell'originario edificio comunitario hanno condotto ad "un'Unione sempre più stretta fra i popoli dell'Europa", obiettivo che l'art. 1 TrUE oggi pone a fondamento dell'esperienza giuridica europea. Specularmente, l'incedere del processo di integrazione ha generato altresì radicati scetticismi e alimentato la perplessità di alcuni Stati membri circa l'opportunità di partecipare appieno a taluni profili del progetto europeo, tanto che la messa in atto di forme di differenziazione è stata ritenuta in dottrina intrinseca ad un'organizzazione internazionale complessa come l'Unione².

Tale esigenza si è tradotta nelle soluzioni più varie³, quali deroghe ai Trattati, talora previste nel diritto primario; il ricorso alla tecnica normativa del ravvicinamento

¹ Per una lettura d'insieme del fenomeno e delle spiegazioni tecniche e politiche suggerite in dottrina v. D. Leuffen, B. Rittberger, F. Schimmelfelling, *Differentiated integration. Explaining variation in the European Union*, Londra 2013, 1 ss.

² 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*». W. van Gerven, *The European Union. A polity of States and peoples*, Oxford-Portland 2005, 31.

³ Per un'analisi degli strumenti di differenziazione del processo di integrazione, v., fra gli altri, B. de

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*⁴.

Inoltre, i redattori dei Trattati, in occasione di ciascuna riforma, hanno gradualmente incorporato nel diritto primario istituti volti a garantire i margini di flessibilità richiesti dagli Stati membri⁵. Molti di questi strumenti muovono da un approccio *lato sensu* "negativo" al processo di integrazione, poiché mirano a fissare limiti alla sfera di applicazione delle norme UE od ai loro effetti. Ne sono esempi le clausole di salvaguardia che talora gli Stati pongono a protezione di sfere sensibili della sovranità nazionale; alcuni accordi transitori raggiunti tra Stati membri e Paesi candidati nell'ambito dei Trattati di adesione; i Protocolli allegati ai Trattati che consentono a taluni Stati di esercitare un *opt-out* in relazione a determinate politiche europee.

In un'opposta prospettiva "positiva", invece, la cooperazione rafforzata, a norma dell'art. 20 TrUE e degli artt. 326 e seguenti TrFUE⁶, consente ad almeno nove Stati membri di intraprendere un percorso di più stretta integrazione in specifici

Witte, D. Hanf e E. Vos, *The many faces of differentiation in EU law*, Cambridge 2003, 1 ss.; C. Guillard, *L'intégration différenciée dans l'Union européenne*, Bruxelles 2007, 1 ss.

⁴ Basti pensare all'art. 350 TrFUE, che consente l'esistenza e il perfezionamento delle unioni regionali tra Belgio, Lussemburgo e Paesi Bassi, nella misura in cui gli obiettivi di tali unioni regionali non siano 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 europeo. La cooperazione pluridirezionale*, Bologna, 2008, 98 e dottrina ivi citata.

⁵ Per riflessioni critiche sulla contestuale ricerca di uniformità e di flessibilità nella disciplina primaria cfr. A. Lazowsky, *Flexibility and homogeneity: two uneasy bedfellows*, in *Differentiated integration in the EU: from the inside looking out*, a cura di S. Blockmans, Center for European Policy Studies, Bruxelles 2014, 32, 1 ss.

⁶ V., con riferimento allo sviluppo ed alle caratteristiche di questo istituto, *ex multis*, E. Pistoia, *Il ruolo della cooperazione rafforzata nell'Unione europea: meccanismo di propulsione dell'integrazione o elemento di divario tra Stati membri?*, in DPCE 2002, 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. F. Fabbrini, *The enhanced cooperation procedure: a study in multispeed integration*, Centro Studi sul Federalismo research paper, ottobre 2012. Ad oggi, si registrano tre cooperazioni rafforzate: con il reg. 1259/2010/UE del Consiglio del 20.12.2010, GU L. 343 del 29.12.2010, 10, è stata attuata una prima cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio ed alla separazione personale; mediante il reg. 1257/2012/UE, del 17.12.2012, ed il coevo reg. 1260/2012/UE, entrambi in GU L. 361 31.12.2012, rispettivamente 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 dec. 2013/52/UE, del 22.01.2013, 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. sentenza del 16.4.2013, cause riunite C-274/11 e C-295/11, *Spagna e Italia c. Consiglio*, e sentenza 30.4.2014, causa C-209/13, *Regno Unito c. Consiglio*. La Spagna ha infruttuosamente proposto un ricorso per annullamento avverso i due regolamenti attuativi della cooperazione rafforzata sulla tutela brevettuale unitaria: v. sentenza 5.5.2015, causa C-146/13, *Spagna c. Parlamento e Consiglio*.

settori, grazie all'adozione di norme ad essi comuni, previa autorizzazione del Consiglio e nel rispetto del diritto dell'Unione⁷. Nella recente storia dell'integrazione europea si è poi assistito ad iniziative sorte all'esterno del contesto comunitario, ma successivamente a questo ricondotte 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 il modello di ispirazione per la più recente firma del Trattato di Prüm sul contrasto al crimine internazionale ed all'immigrazione illegale⁸.

La varietà, qui appena accennata, degli 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 delicati⁹.

Proprio la mutevole natura di questi istituti ha peraltro determinato l'esigenza di ricondurre ogni possibile asimmetria a principi comuni, con lo scopo di evitare che, da risorse preziose, essi possano volgersi in forze centrifughe incontrollate e nocive al processo di integrazione. La dottrina ha così sottolineato l'esigenza di valorizzare i principi di solidarietà, leale collaborazione e certezza del diritto, quali criteri paradigmatici alla luce dei quali condurre le esperienze di flessibilità nell'applicazione del diritto dell'Unione¹⁰. Allo stesso tempo, come si avrà modo di considerare con maggiore puntualità, la Corte di giustizia, soprattutto nel contesto dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, ha chiarito che tali margini di flessibilità non hanno portata assoluta, ma devono essere contemperati con l'interesse generale dell'Unione e la piena efficacia delle politiche europee¹¹.

⁷ L'istituto della cooperazione rafforzata, con il Trattato di Lisbona, ha una declinazione specifica nella cooperazione giudiziaria penale nell'UE. Laddove sia attivato il meccanismo del freno d'emergenza ex artt. 82 ed 83 TrFUE ed il Consiglio europeo non riesca a mediare tra le differenti posizioni in campo, gli Stati favorevoli all'adozione dell'atto contestato possono avviare fra loro una cooperazione rafforzata.

⁸ Il trattato è stato in origine firmato da Belgio, Germania, Spagna, Francia, Lussemburgo, Paesi Bassi ed Austria. L'Italia ha aderito al Trattato con la l. 30.6.2009 n. 85, in GU 13.7.2009 n. 160. L'incorporazione del Trattato di Prüm nell'ordinamento UE è stata avviata con la decisione 2008/615/GAI del Consiglio, del 23.6.2008, sul potenziamento della cooperazione transfrontaliera, soprattutto nella lotta al terrorismo ed alla criminalità transfrontaliera, in GU l. 210 6.8.2008, 1. Lo stesso giorno è intervenuta la decisione del Consiglio 2008/616/GAI, attuativa della decisione 2008/615/GAI, in GU l. 210 6.8.2008, 12. Il percorso è stato completato con la DQ 2009/905/GAI del Consiglio, del 30.11.2009, sull'accreditamento dei fornitori di servizi forensi che effettuano analisi di laboratorio, in GU l. 322 9.12.2009, 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 *EurConstLR* 2009, 75.

⁹ Parte della dottrina pone l'accento sulla 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 *DUE* 2013, 749.

¹⁰ A. Sangiovanni, *Solidarity in the European Union*, in *OJLS* 2013, 1.

¹¹ In questo senso, il fenomeno dell'integrazione differenziata rivela sia una dimensione costituzionale europea, sia profili più strettamente strumentali e funzionali, connessi alla volontà di rifuggire le ricadute che una determinata normativa UE può generare sull'ordinamento di uno Stato. Questa du-

2. Come è facile intuire, la difficoltà di una *reductio ad unicum* del variegato mosaico degli Stati membri assume dunque peculiare rilevanza nel caso di politiche europee che incidono su radicati interessi nazionali, nonché su un panorama normativo fortemente frammentato. Questa considerazione ben si attaglia ad alcune delle materie che caratterizzano lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, ossia la politica migratoria e la cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale, a più riprese interessate da istanze particolari degli Stati membri. Considerate le rilevanti riforme introdotte dal Trattato di Lisbona in quest'ultimo campo e la conseguente forte accelerazione impressa all'attività normativa dell'Unione, la cooperazione in materia penale rappresenta un banco di prova per l'uniformità e coerenza del processo di integrazione europea.

In particolare, costituiscono elettiva espressione della persistente geometria variabile dell'azione europea gli *opt-out* ed *opt-in* previsti in alcuni Protocolli allegati ai Trattati. In forza dell'istituto dell'*opt-out*, infatti, uno o più Stati beneficiano della possibilità di non partecipare alle iniziative dell'Unione in un determinato settore e, di conseguenza, non sono vincolati agli atti adottati in tale contesto. Inaugurato con il Trattato di Maastricht del 1992, in risposta alle – ed in accoglimento delle – radicali perplessità del governo britannico rispetto ad alcune iniziative comuni in tema di politica sociale e cooperazione monetaria, lo strumento in esame ha acquisito crescente rilevanza in occasione delle riforme di Amsterdam e Nizza¹², secondo uno schema che anche il Trattato di Lisbona ha in massima parte fatto proprio.

Il nuovo scenario normativo ripropone infatti al Protocollo n. 15 disposizioni specifiche per il Regno Unito in materia di unione economica e monetaria, 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 frontiere¹³. Il panorama è reso ancor più complesso dai Protocolli nn. 16 e 17, relativi alla Danimarca, la quale beneficia di un'esenzione rispetto alle norme sul Sistema europeo delle Banche centrali, nonché dal Protocollo n. 18, in forza del quale la Francia mantiene il privilegio dell'emissione monetaria in alcuni territori d'oltreoceano. Completano infine lo scenario degli *opt-out* i Protocolli nn. 19, 21 e 22, oggetto di più approfondita trattazione nel prosieguo dell'analisi, che introducono un regime *ad hoc* per Regno Unito, Irlanda e Danimarca in ordine all'*acquis* di Schengen ed allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, ivi compresa dunque la cooperazione in materia penale.

plice lettura è proposta da F. Schimmelfelling, T. Winzen, *Instrumental and constitutional differentiation in European integration*, in *JCMS* 2014, 354.

¹² V., per approfondimenti, E. Whiteford, *European social policy after Maastricht*, in *ELR* 1993, 202. Sull'integrazione differenziata nell'Unione economica e monetaria v. F. Snyder, *EMU. Integration and differentiation: metaphor for the European Union*, in *The evolution of EU law*, a cura di P. Craig e G. de Burca, Oxford 2011, 687.

¹³ Cfr., per approfondimenti, M. Sion-Tzidkiyohu, *Opt-out in the Lisbon Treaty: what direction for Europe à la carte?*, in *EJLR* 2008, 10.

3. Uno dei più radicati esempi di *opt-out* riguarda la particolare posizione di Regno Unito ed Irlanda rispetto all'*acquis* di Schengen, ossia il complesso di norme che, nel tempo, ha dato attuazione all'omonimo accordo nell'ordinamento UE e ne ha consentito un'evoluzione costante, a cominciare dalla sua comunitarizzazione in occasione del Trattato di Amsterdam. I due Stati membri in questione non erano parti originarie dell'Accordo di Schengen e della Convenzione di applicazione, né erano intenzionati a mutare in futuro il proprio approccio. Fu dunque necessario, sin dal 1997, individuare un regime specifico, caratterizzato dall'esenzione da qualsiasi vincolo derivante da tali atti, ma aperto alla possibilità di partecipazione di questi Stati a determinati provvedimenti. In questa prospettiva, anche l'attuale Protocollo n. 19 conferma il tentativo di non escludere *in toto* Regno Unito ed Irlanda dall'*acquis* di Schengen. A norma dell'art. 4, infatti, questi due Stati hanno la facoltà di aderire a singole misure, in forza di una scelta unilaterale effettuata *ex post* e su base casistica. Tale coinvolgimento deve tuttavia essere previamente autorizzato dal Consiglio, chiamato a decidere all'unanimità, senza partecipazione dello Stato interessato alla relativa votazione¹⁴. 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 vincolarlo¹⁵.

Nell'ottica di modellare - *rectius*, circoscrivere - 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 Protocollo¹⁶. Essa, in particolare, ha affermato il principio in base al quale, per scongiurare incongruenze sistematiche ed un incondizionato "*cherry-pick approach*" da parte degli Stati membri coinvolti¹⁷, l'accettazione di singoli atti mediante il meccanismo di cui all'art. 5 del Protocollo presuppone la previa adesione all'*acquis* Schengen sul

¹⁴ 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: dec. 2000/365/CE, del 29.5.2000, relativa al Regno Unito, in GU L. 131 1.6.2000, 43, e dec. 2002/192/CE, del 28.2.2002, concernente la partecipazione dell'Irlanda a talune misure dell'*acquis* di Schengen, in GU L. 64 7.3.2002, 20. E' 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 Irlanda all'utilizzo del meccanismo di adesione.

¹⁵ 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.

¹⁶ V. sentenze 18.12.2007, causa C-137/05, *Regno Unito c. Consiglio*, causa C-77/05, *Regno Unito c. Consiglio*, 26.10.2010, causa C-482/08, *Regno Unito c. Consiglio*. 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.

¹⁷ 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, 28.7.1998, par. 85, <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld199798/ldselect/ldeucom/139/8072801.htm> (4.11.2015).

quale detta misura trova fondamento¹⁸. In prospettiva diacronica, pertanto, l'esercizio della facoltà di *opt-in* ed *opt-out* non costituisce una *carte blanche* a favore degli Stati che ne beneficiano, ma deve essere commisurata alle esigenze complessive dell'Unione e degli altri Stati membri.

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 applicativo¹⁹. L'effetto utile dell'art. 4, l'integrità e la coerenza del meccanismo di *opt-in* ed *opt-out* nel più ampio contesto dell'ordinamento dell'Unione costituiscono dunque le principali ragioni a sostegno del convincimento del Giudice dell'Unione, nell'ottica di sollecitare gli Stati ad un graduale allineamento ai progressi già sperimentati da altri Paesi. Sebbene questo approccio sia stato oggetto di taluni rilievi critici da parte della dottrina, poiché tacciato di eccessivo formalismo e scarsa chiarezza²⁰, esso rappresenta un importante punto di riferimento nell'analisi generale dell'estensione dei margini di flessibilità accordati agli Stati²¹.

¹⁸ Cfr. sentenza 26.10.2010, *Regno Unito c. Consiglio*, cit., punto 47: «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 alla base della propria statuizione i principi di coerenza 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 TrFUE, 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 TrFUE 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 TrFUE 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.

¹⁹ Cfr. J.J. Rijpma, *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 *CMLR* 2008, 835.

²⁰ V. soprattutto S. Peers, *Justice and Home Affairs Law*, cit., 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 contenutistiche fra le due norme ed i rispettivi campi di applicazione.

²¹ L'approccio della Corte, peraltro, può essere letto come una conferma della mutevole natura dell'*acquis* europeo, che non costituisce soltanto la sintesi di un percorso giuridico, ma ne tratteggia ed alimenta l'evoluzione futura. Ciò anche se, con la riforma di Lisbona, è stato espunto dai Trattati

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*²² 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 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 avere applicazione nei confronti dello Stato, curando peraltro di mantenere la sua più ampia partecipazione possibile al sistema e di non inficiare l'attuazione complessiva della politica interessata. 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*»²³, che il Consiglio manovra con deliberazione a maggioranza qualificata. In assenza di decisioni sul punto 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 Commissione²⁴.

Inoltre, poiché il Protocollo ora esaminato prevede una disciplina *ad hoc* per l'*acquis* di Schengen, assume peculiare rilevanza la distinzione fra norme che contribuiscono allo sviluppo dell'*acquis* medesimo ed atti che interessano diversi profili del Titolo V TrFUE. Sul punto, in effetti, non mancano intersezioni fra la regolamentazione dello spazio Schengen ed ulteriori politiche UE, cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale *in primis*²⁵. L'inquadramento di un atto di diritto derivato può dunque determinare un differente regime, non soltanto rispetto al tema dell'*opt-out*. Questa tematica, a sua volta, attinge ad una delle questioni tradizionalmente più rilevanti e discusse del diritto dell'Unione, ovvero sia la corretta individuazione delle disposizioni dei Trattati poste a fondamento delle norme UE.

il richiamo di cui al previgente art. 3 TrUE all'obiettivo di «mantenere integralmente l'*acquis* comunitario e svilupparlo»: C. Amalfitano, *L'acquis comunitario: da esperienza giuridica a fattore di integrazione*, in *DUE* 2009, 789 ss.

²² Cfr. S. Peers, *In a world of their own? Justice and home affaire opt-outs and Treaty of Lisbon*, in *CambryELS* 2007-2008, 383.

²³ Questa formula viene utilizzata da M. Dougan, *The Treaty of Lisbon 2007: winning minds, not hearts*, in *CMLR* 2008, 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.oneurope.ac.uk/pdf/monarW7.PDF> (14.12.2015).

²⁴ Questa previsione conferma il ruolo di "arbitraggio politico" riservato dai Trattati al Consiglio europeo, in ipotesi di perduranti contrasti fra istituzioni europee e/o Stati membri in rapporto a determinate iniziative. Ne costituisce un esempio ulteriore l'intervento del Consiglio europeo nell'ambito del cd. freno d'emergenza, di cui agli artt. 82 ed 83 TFUE.

²⁵ Basti pensare alla normativa sui controlli alle frontiere esterne dell'Unione, corredata di numerose disposizioni in materia di scambio di informazioni fra le autorità di polizia degli Stati membri e completata dall'adozione di norme incriminatrici comuni in relazione a reati come il traffico di persone.

Non a caso, la Corte di giustizia, nella giurisprudenza sopra richiamata sugli *opt-in* selettivi del Regno Unito, ha applicato ai confini dell'*acquis* di Schengen e delle norme che ne assicurano l'evoluzione lo stesso *iter* argomentativo che caratterizza la scelta delle basi giuridiche. Essa ha infatti puntualizzato che l'inclusione di una norma nell'*acquis* di Schengen deve essere fondata su fattori oggettivi, suscettibili di scrutinio giurisdizionale, fra i quali rivestono particolare importanza l'oggetto e la finalità dell'atto²⁶. Seguendo questo approccio, dunque, il Giudice dell'Unione, nel contesto delle menzionate controversie sorte fra Regno Unito e Consiglio in ordine alla possibilità di esercizio dell'*opt-in ad hoc* prevista per questo Stato, ha potuto inquadrare nell'alveo delle misure che sviluppano il sistema Schengen il regolamento istitutivo dell'agenzia Frontex o il regolamento sulle caratteristiche di sicurezza e sugli elementi biometrici dei passaporti e dei documenti di viaggio rilasciati dagli Stati membri²⁷. In entrambi i casi, il Giudice dell'Unione ha evidenziato come l'inclusione di tali norme traesse motivazione dal fatto che la *raison d'être* di questi due atti fosse la garanzia di una maggiore effettività delle norme già esistenti nel settore dei controlli alle frontiere esterne²⁸. Questa lettura ha condotto ad un approdo analogo anche rispetto ad una decisione del Consiglio riguardante l'accesso al sistema informativo VIS per scopi di polizia, in relazione alla prevenzione ed al contrasto del terrorismo e di altri reati gravi²⁹: in questa circostanza, la dottrina non ha mancato di rilevare un'interpretazione eccessivamente ampia dei confini dell'*acquis* di Schengen, incentrata più sulle ricadute formalistiche del principio di effettività che non sulla reale coerenza interna dell'*acquis* stesso³⁰.

4. Gli obiettivi ed i limiti sottesi alla flessibilità accordata nell'ambito dell'*acquis* Schengen costituiscono un utile parametro di lettura del Protocollo n. 21 sulla posizione di Regno Unito ed Irlanda³¹ rispetto allo spazio di libertà, sicurezza e

²⁶ V. ad esempio il punto 56 della sopra citata sentenza C-77/05.

²⁷ Cfr. rispettivamente il reg. del Consiglio 2007/2004/CE, del 26.10.2004, in GU L. 349 25.11.2011, 1, ed il reg. del Consiglio 2252/2004/CE, del 13.12.2004, in GU L. 385 29.12.2004, 1.

²⁸ Punto 65 della menzionata sentenza C-137/05.

²⁹ Cfr. la decisione del Consiglio 2008/633/GAI, del 23.06.2008, relativa all'accesso per la consultazione al sistema di informazione visti (VIS) da parte delle autorità designate degli Stati membri e di Europol ai fini della prevenzione, dell'individuazione e dell'investigazione di reati di terrorismo e altri reati gravi, in GU L. 218 13.8.2008, 129. Su questa decisione la Corte è intervenuta con sentenza nella causa C-482/2008, poc'anzi citata.

³⁰ G. Cornelisse, *What's wrong with Schengen? Border disputes and the nature of integration in the area without internal borders*, in *CMLR* 2014, 741 ss. L'Autrice propone inoltre una sintetica sistematizzazione delle norme UE rientranti nell'*acquis* di Schengen.

³¹ 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 il funzionamento entro tre anni dall'entrata in vigore del Trattato.

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 Titolo V TrFUE possa vincolare i due Stati³². E' 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, 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 Irlanda³³. E' 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 avviate³⁴.

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 meccanismi di cui agli artt. 3 e 4 del Protocollo. Il Consiglio è tuttavia legittimato a sollecitare la necessaria notifica, nell'ipotesi di

³² 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».

³³ 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 TrFUE 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 dir. 2011/99/UE, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13.12.2011, sull'ordine di protezione europeo, in GU L 338 21.12.2011, 2.

³⁴ Basti pensare, fra i casi più recenti, con riferimento al Regno Unito, alla dir. 2011/36/UE, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5.4.2011, concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime, e che sostituisce la DQ 2002/629/GAI del Consiglio, in GU L 101 15.4.2011, 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 22.3.2011.

misure rispetto alle quali la mancata partecipazione di Irlanda e Regno Unito possa determinare l'impossibilità per tutti gli Stati di assicurarne l'applicazione³⁵.

Qualora tale manifestazione di volontà non dovesse pervenire, l'atto nel suo complesso non troverebbe più applicazione nei confronti dei due Stati ed il Consiglio potrebbe deliberare a maggioranza qualificata che essi sopportino le conseguenze finanziarie derivanti dalla cessazione della loro partecipazione. Pertanto, 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 dell'atto stesso.

E' 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 TrFUE, non si inseriscano nello sviluppo dell'*acquis* di Schengen³⁶. Allo stesso tempo, nondimeno, Regno Unito ed Irlanda hanno ottenuto di inserire nel Protocollo l'espressa estensione della 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 penali³⁷.

Inoltre, la delimitazione della facoltà di *opt-out* al solo Titolo V TrFUE rileva in ragione del fatto che l'Unione è legittimata a adottare norme penali sostanziali anche – quanto meno³⁸ – alla luce del disposto dell'art. 325 TrFUE, 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 TrFUE, 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

³⁵ 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., 383.

³⁶ Cfr. in questo senso la sentenza 18.12.2007, *Regno Unito c. Consiglio*, cit.

³⁷ Cfr. la comunicazione della Commissione COM(2012) 10 del 25.1.2012. La proposta, fondata sull'art. 16 § 2 TrUE, è attualmente in discussione in seno al Consiglio, dopo l'approvazione in prima lettura ad opera del Parlamento, con alcuni emendamenti.

³⁸ Sul dibattito circa la configurabilità di ulteriori basi giuridiche idonee a giustificare l'adozione di norme penali sostanziali v. S. Miettinen, *Criminal law and the choice of legal basis: space in the margins?*, in *EuCrimLR* 2015, 222.

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 TrFUE³⁹, ma il confronto avviato in corpo al Consiglio ha evidenziato la volontà di alcuni Stati membri di ricondurre la proposta all'art. 83 TrFUE, dunque ad una base giuridica che ricade nel Titolo V TrFUE⁴⁰. Lo stesso si dica per il Parlamento europeo, la cui posizione in prima lettura sollecita il ricorso all'art. 83 § 2 TrFUE⁴¹.

A fronte 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, 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 espresso l'intenzione di prendere parte 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 interno⁴²; lo stesso si dica – pur non senza eccezioni⁴³ – per le iniziative in materia di diritti processuali⁴⁴. Dall'altro lato, il Regno Unito ha scelto di non

³⁹ V. la comunicazione della Commissione COM(2012) 363 def., dell'11.7.2012, attualmente in fase di prima lettura della procedura legislativa ordinaria.

⁴⁰ Sessione n. 3244 del Consiglio Giustizia e Affari interni, del 6.6.2013.

⁴¹ Cfr. il documento del Parlamento europeo EP-PE_TC1-COD(2012)0193, del 16.4.2014.

⁴² 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 dir. 2014/41/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 3.4.2014, relativa all'ordine europeo di indagine penale, in GU l. 130 1.5.2014, 1. 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 procedure previste in sede nazionale.

⁴³ Cfr. la dir. 2013/48/UE, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22.10.2013, 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 6.11.2013, 1.

⁴⁴ Il Regno Unito partecipa alla dir. 2010/64/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20.10.2010, sul diritto all'interpretazione ed alla traduzione nei procedimenti penali, in GU l. 280 26.10.2010, 1; alla dir. 2011/99/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13.12.2011, sull'ordine di protezione europeo, in GU l. 338 21.12.2011, 2; alla dir. 2012/13/UE del Parlamento europeo e del Con-

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 mercato⁴⁵.

Nell'ottica di valorizzare nella massima estensione possibile la portata dell'*opt-out*, inoltre, il Regno Unito ha contestato la base giuridica utilizzata dal Consiglio per l'adozione di alcune decisioni in materia di applicazione dei regimi di sicurezza sociale a favore dei lavoratori che esercitano la libertà di circolazione nell'UE e nello Spazio economico europeo⁴⁶. Il Consiglio aveva infatti fondato gli atti in questione sull'art. 48 TrFUE, che riguarda il coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale degli Stati membri; al contrario, il Regno Unito riteneva maggiormente corretta la base offerta dall'art. 79 § 2 lett. b TrFUE, attinente i diritti dei cittadini di Stati terzi regolarmente soggiornanti in uno Stato membro. Il governo britannico intendeva infatti avvalersi della clausola di *opt-out*, così da limitare l'accesso al sistema di sicurezza sociale nazionale da parte di cittadini di Stati dello Spazio economico europeo o cittadini di Paese terzo familiari di cittadini UE. In tale contesto, la Corte ha nettamente circoscritto la portata del Protocollo n. 21, precisando come esso possa essere invocato solo in relazione a misure prioritariamente connesse alle politiche dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia. Inoltre, essa ha sottolineato come l'invocazione del Protocollo stesso avrebbe comportato conseguenze negative per l'ordinamento dell'Unione, poiché avrebbe precluso la compiuta realizzazione degli obiettivi posti dall'Accordo SEE, limitando la possibilità di disciplinare la libera circolazione nello Spazio economico europeo alle stesse condizioni previste nell'Unione⁴⁷. Ne consegue la conferma del vincolo alla discrezionalità del Regno Unito circa l'invocazione della clausola di *opt-out*, sia alla luce dell'obiettivo prioritario dell'atto considerato, sia in ragione delle esigenze sistematiche sottese alle sue disposizioni⁴⁸.

siglio, del 22.5.2012, sul diritto all'informazione nei procedimenti penali, in GU L. 142 1.6.2012, 1; alla dir. 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25.10.2012, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la DQ 2001/220/GAI del Consiglio, in GU L. 315 14.11.2012, 57.

⁴⁵ V. le dir. 2014/42/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 3.4.2014, relativa al sequestro ed alla confisca dei beni strumentali e dei proventi di reato nell'Unione europea, in GU L. 127 29.4.2014, 39; 2014/57/UE, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16.4.2014, relativa alle sanzioni penali in caso di abusi di mercato (cd. direttiva abusi di mercato), in GU L. 173 12.6.2014, 179; 2014/62/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15.5.2014, sulla protezione mediante il diritto penale dell'euro e di altre monete contro la falsificazione e che sostituisce la DQ 2000/383/GAI del Consiglio, in GU L. 151 21.5.2014, 1. Il Regno Unito ha invece aderito, ad esempio, alla dir. 2013/40/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12.8.2013, relativa agli attacchi contro i sistemi di informazione e che sostituisce la DQ 2005/222/GAI del Consiglio, in GU L. 218 14.8.2013, 8.

⁴⁶ Sentenza 26.9.2013, causa C-431/11, Regno Unito c. Consiglio.

⁴⁷ Cfr. il punto 54 della sentenza.

⁴⁸ Per un approfondimento sulla pronuncia e sul ruolo della Corte nella delimitazione degli *opt-out* v. P. Mengozzi, *La Corte di giustizia confrontata agli Stati membri opting out*, in *DUE* 2015, 261.

5. Oltre ai margini di flessibilità già considerati, all'art. 10 §§ 4 e 5 del Protocollo n. 36 è stato inserito nel sistema un grimaldello capace di accentuare oltremodo il già elevato grado di flessibilità e differenziazione che caratterizza questo settore, quanto al coinvolgimento degli Stati membri⁴⁹. Le disposizioni del paragrafo 4, invero, consentono al Regno Unito di notificare 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 Lisbona⁵⁰. 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*⁵¹, l'intenzione di avvalersi di tale opportunità di *block opt-out*⁵². In questa 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 § 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 penale⁵³.

⁴⁹ In termini generali, sul contenuto e la portata delle previsioni dell'art. 10 §§ 4 e 5 del Protocollo n. 36, v. S. Peers, *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> 18.7.2015 e A. Hinarejos, S. Peers, J.R. Spencer, *Opting out of EU criminal law: what is actually involved?*, in *University of Cambridge Center for European Legal Studies Working Paper* 2012 (1).

⁵⁰ 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 TrUE, di recedere dall'Unione europea. Al riguardo, v. A. Lazowsky, *Withdrawal from the European Union and alternatives to membership*, in *ELR* 2012, 523. V. altresì P. Nicolaidis, *Withdrawal from the European Union: a typology of effects*, in *MJ* 2013, 209 ss.: nel delineare i possibili effetti del recesso di uno Stato membro dall'Unione, l'Autore approfondisce in particolare il caso-studio dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, alla luce del regime applicato al Regno Unito.

⁵¹ Per il testo dell'*oral statement* v. <https://www.gov.uk/government/speeches/european-justice-and-home-affairs-powers-home-secretarys-oral-statement> 25.7.2015.

⁵² 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> 25.7.2015.

⁵³ 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 Secre-*

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*⁵⁴, 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 § 4 del Protocollo n. 36, ha notificato formalmente al Consiglio la volontà del Regno Unito di avvalersi del *block opt-out*⁵⁵. 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 paragrafo 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*»⁵⁶. Inoltre, nel

tary al tempo dell'inclusione di questo testo in 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 *NJEC* 2013, 215.

⁵⁴ 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> 25.7.2015.

⁵⁵ Documento del Consiglio Giustizia e Affari interni n. 12750/2013, del 26.7.2013, in <http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=EN&f=ST%2012750%202013%20INIT> 13.12.2015. 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> 25.7.2015.

⁵⁶ Cfr. il testo dell'*oral statement* della *Home Secretary* Teresa May, del 15.10.2012, 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. Operational 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*

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 Unito⁵⁷.

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*⁵⁸, il governo britannico, il 3 luglio 2014, ha pubblicato il nuovo *Command Paper* n. 8897 – *Decision pursuant to Article 10(5) of Protocol 36 to the TFEU*⁵⁹, 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*⁶⁰.

L'elenco delle 35 misure interessate da questa scelta, a più riprese rimaneggiato sino all'accordo con la Commissione ed il Consiglio, consente anche a prima vista di evidenziare alcuni tratti distintivi⁶¹. Anzitutto, è agevole rilevare l'assenza di

with EU Policing and Judicial Cooperation, in *JCL* 2013, 543.

⁵⁷ 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 12.2.2007, che istituisce per il periodo 2007-2013 il programma specifico «Giustizia penale», quale parte del programma generale su diritti fondamentali e giustizia, in *GU I*. 58 24.2.2007, 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., 17 ss.

⁵⁸ 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> 13.12.2015.

⁵⁹ 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 13.12.2015.

⁶⁰ Cfr. <http://www.publications.parliament.uk/pa/cm201415/cmhansrd/cm14119/debtext/14119-0004.htm> 14.12.2015. V. Miller, *In brief: the 2014 block opt-out and selective opt-back-ins*, *Standard Note* SN/IA/6684 della *House of Commons* del 25.7.2013, reperibile in www.parliament.uk/briefing-papers/SNo6684.pdf 14.12.2015.

⁶¹ 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 dec. 2014/836/GAI, del 27.11.2014, in *GU I*. 343 28.11.2014, 11, con la quale l'efficacia di tali strumenti nei confronti del Regno Unito è stata per sicurezza dilazionata al 7.12.2014. Peraltro, la Commissione ha tempestivamente concluso la procedura prevista dal Protocollo n. 21, mediante l'adozione della dec. 2014/858/UE, del 1.12.2014, 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

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 in assenza di incisive riforme dei sistemi penali e processuali nazionali, che avrebbero così potuto conservare le rispettive peculiarità e differenze⁶².

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*⁶³.

Una vicenda peculiare ha poi interessato la decisione quadro 2002/584/GAI sul mandato d'arresto europeo⁶⁴, in origine esclusa sulla base di una scelta riconsiderata *in extremis*, solo all'esito di un approfondito confronto parlamentare e di ripetute

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 1.12.2014, 6.

⁶² 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 *SIE* 2012, 33.

⁶³ V. rispettivamente la DQ del Consiglio 2006/783/GAI del 6.10.2006, relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni confisca, in GU L. 328 24.11.2006, 59; DQ del Consiglio 2005/214/GAI del 24.2.2005, relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sanzioni pecuniarie, in GU L. 76 22.3.2005, 16; DQ del Consiglio 2008/909/GAI del 27.11.2008, 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 5.12.2008, 27; DQ del Consiglio 2009/829/GAI del 23.10.2009, relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle decisioni sulle misure alternative alla detenzione cautelare, in GU L. 294 11.11.2009, 20; DQ del Consiglio 2008/675/GAI del 24.7.2008, relativa alla considerazione delle decisioni di condanna tra Stati membri dell'Unione europea in occasione di un nuovo procedimento penale, in GU L. 220 15.8.2008, 32; DQ del Consiglio 2009/299/GAI del 27.11.2009, relativa alla promozione dell'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle decisioni pronunciate in assenza dell'interessato al processo, in GU L. 81 27.3.2009, 24.

⁶⁴ DQ 2002/584/GAI del Consiglio del 13.6.2002, relativa al mandato d'arresto europeo ed alle procedure di consegna tra gli Stati membri, in GU L. 190 18.7.2002, 1.

sollecitazioni da parte di operatori del diritto ed accademici⁶⁵. E' 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 condizionale⁶⁶: 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 comportino 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 semplificazione 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 penale⁶⁷.

Un terzo *genus* di misure riguarda la dimensione istituzionale ed operativa della cooperazione giudiziaria e di polizia, poiché interessa gli atti istitutivi di Europol⁶⁸ ed Eurojust⁶⁹ ed ulteriori strumenti che ne disciplinano attribuzioni e

⁶⁵ Il *Command Paper* n. 8897 del governo, invero, non prevedeva in origine l'inserimento di questa DQ, 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 DQ 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> 14.12.2015.

⁶⁶ DQ del Consiglio 2008/947/GAI del 27.11.2008, 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 16.12.2008, 102.

⁶⁷ V. rispettivamente DQ del Consiglio 2006/960/GAI del 18.12.2006, in GU L. 386 29.12.2006, 89; decisione del Consiglio 2009/315/GAI del 26.2.2009, in GU L. 93 7.4.2009, 23; decisione del Consiglio 2009/316/GAI del 26.2.2009, in GU L. 93 7.4.2009, 33; DQ del Consiglio 2008/977/GAI del 27.11.2008, in GU L. 350 30.12.2008, 60. Occorre altresì ricordare la decisione del Consiglio 2000/642/GAI del 17.10.2000 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 24.10.2000 4, e la decisione del Consiglio 2009/917/GAI del 30.11.2009 sull'uso dell'informatica nel settore delle dogane, in GU L. 323 20.12.2009, 20.

⁶⁸ V. la dec. 2009/371/GAI del Consiglio del 6.4.2009 che istituisce l'Ufficio europeo di polizia (Europol), in GU L. 121 15.5.2009, 37; la dec. 2009/934/GAI del Consiglio, del 30.11.2009, 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 11.12.2009, 6; la dec. 2009/936/GAI del Consiglio del 30.11.2009 che adotta le norme di attuazione degli archivi di lavoro per fini di analisi di Europol, in GU L. 325 11.12.2009 14; la dec. 2009/968/GAI del Consiglio, del 30.11.2009, che adotta le norme sulla protezione del segreto delle informazioni di Europol, in GU L. 332 17.12.2009, 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 comunicazio-

funzioni, nonché la decisione quadro 2002/465/GAI, riguardante le squadre investigative comuni⁷⁰.

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 alcuni articoli⁷¹ – e le decisioni 2007/171/CE e 2007/533/GAI, relative al sistema di informazione Schengen II (SIS II)⁷². In relazione a questi atti, la manifestazione di volontà di partecipare è avvenuta sulla base dell'*iter* previsto dal sopra menzionato Protocollo n. 19⁷³: ciò comporta che questo *opt-in* è soggetto al descritto regime di cui all'art. 5 § 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,

ne della Commissione COM(2013) 173, del 27.3.2013, 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 dec. 2009/371/GAI del Consiglio e 2005/681/GAI del Consiglio.

⁶⁹ V. la dec. 2002/187/GAI del Consiglio, del 28.2.2002, che istituisce l'Eurojust per rafforzare la lotta contro le forme gravi di criminalità, in GU L 63 6.3.2002, 1; la dec. di riforma 2003/659/GAI del Consiglio, del 18.6.2003, in GU L 245 29.9.2003, 44; dec. 2009/426/GAI del Consiglio, del 16.12.2008, relativa al rafforzamento dell'Eurojust e che modifica la decisione 2002/187/GAI, in GU L 138 4.6.2009, 14. Così come per la proposta di riforma dell'Europol, il governo britannico ha manifestato la volontà di partecipare ai negoziati per l'adozione di regolamento di riforma di Eurojust: cfr. la comunicazione della Commissione COM(2013) 535 def., del 17.7.2013, proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce l'Agenzia dell'Unione europea per la cooperazione giudiziaria penale (Eurojust).

⁷⁰ DQ 2002/465/GAI del Consiglio, del 13.6.2002, relativa alle squadre investigative comuni, in GU L 162 20.6.2002, 1.

⁷¹ La citata dec. del Consiglio 2014/836/GAI, del 27.11.2014, 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.

⁷² V. la dec. della Commissione 2007/171/CE, del 16.3.2007, che stabilisce i requisiti di rete per il sistema di informazione Schengen II, in GU L 79 20.3.2007, 29, e la dec. del Consiglio 2007/533/GAI, del 12.6.2007, sull'istituzione, l'esercizio e l'uso del sistema d'informazione di seconda generazione Schengen (SIS II), in GU L 205 7.8.2007, 63.

⁷³ La procedura si è conclusa con l'adozione della dec. del Consiglio 2014/857/CE, del 1.12.2014, 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 dec. 2000/365/CE e 2004/926/CE, in GU L 345 1.12.2014, 1. Con questa decisione sono state apportate le modifiche necessarie ad estendere al Regno Unito l'applicazione delle norme coinvolte.

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 membri⁷⁴, che è stata in parte riformata dalla direttiva 2014/41/UE in materia di ordine di indagine penale⁷⁵, 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 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 connessi⁷⁶, 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 reato⁷⁷.

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/GAI⁷⁸. 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*⁷⁹.

⁷⁴ Cfr. l'atto del Consiglio 2000/C 197/01, del 29.5.2000, che stabilisce, conformemente all'art. 34 TrUE, la convenzione relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'UE, in GU c. 197 12.7.2000, 1.

⁷⁵ Dir. 2014/41/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 3.4.2014, relativa all'ordine europeo di indagine penale, in GU l. 130 1.5.2014, 1.

⁷⁶ Cfr. la decisione del Consiglio 2007/845/GAI, del 6.12.2007, in GU l. 332 18.12.2007, 103.

⁷⁷ V. la dir. 2014/42/UE, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 3.4.2014, relativa al congelamento ed alla confisca dei beni strumentali e dei proventi di reato nell'Unione europea, in GU l. 127 29.4.2014, 39.

⁷⁸ V. la dec. 2008/615/GAI del Consiglio, del 23.6.2008, sul potenziamento della cooperazione transfrontaliera, soprattutto nella lotta al terrorismo e alla criminalità transfrontaliera, in GU l. 210 6.8.2008, 1; la dec. 2008/616/GAI del Consiglio, del 23.6.2008, 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 6.8.2008, 12; la DQ 2009/905/GAI del Consiglio, del 30.11.2009, sull'accreditamento dei fornitori di servizi forensi che effettuano attività di laboratorio, in GU l. 322 9.12.2009, 14.

⁷⁹ 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 27.11.2014, 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

6. Viene infine in rilievo la posizione della Danimarca, alla quale è dedicato il Protocollo n. 22⁸⁰. Il regime applicato a questo Stato trae origine dal processo di riforma di Maastricht: in tale contesto, infatti, la Danimarca aveva espresso l'intenzione di non ratificare i Trattati del 1992, minacciando così di esercitare un veto *de facto* avverso la loro entrata in vigore. Tale contrarietà era motivata dall'introduzione di basi giuridiche di diritto primario caratterizzate dal metodo comunitario in settori di peculiare rilevanza per gli Stati membri, come nel caso elettivo della politica monetaria. Peraltro, lo Stato in esame non era in linea di principio contrario all'adozione di norme comuni in tema di giustizia ed affari interni o politica di difesa, purché tali iniziative venissero confinate ad una dimensione intergovernativa. In risposta alle preoccupazioni espresse, il Consiglio europeo adottò una decisione che assicurava un certo margine di flessibilità alla Danimarca in materia di politica monetaria; al contempo, però, lo Stato esprimeva la volontà di partecipare «appieno alla cooperazione nei settori della giustizia e degli affari interni in base alle disposizioni del titolo VI del trattato sull'Unione europea»⁸¹. Secondo questo accordo, inoltre, nell'ottica poc'anzi considerata, ogni cessione di sovranità in favore dell'allora Comunità europea in tali settori avrebbe dovuto essere subordinata ad una previa approvazione tramite referendum popolare.

Il fattore che motivò la rigorosa posizione ancora oggi mantenuta da questo Paese membro non fu dunque la netta contrarietà alla cooperazione nel settore giustizia e affari interni in quanto tale, bensì l'eventuale conduzione di tali iniziative attraverso il metodo comunitario. Questa circostanza rappresenta pertanto la chiave di lettura dell'evoluzione del regime applicato alla Danimarca. Ciò spiega perché, in occasione del Trattato di Amsterdam e, *a fortiori*, del Trattato di Lisbona, la Danimarca abbia inasprito la propria posizione rispetto ai settori ora rientranti nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia⁸². Infatti, prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, essa ha aderito a tutte norme adottate nel settore della cooperazione penale, poiché approvate secondo gli schemi della cooperazione intergovernativa. Inoltre, a dimostrazione dell'interesse del governo danese per la cooperazione giudiziaria e di polizia, lo Stato membro in questione si è spinto anche oltre gli approdi della normativa europea, valorizzando i rapporti elettivi con gli altri

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 28.11.2014, 17, imporrà allo Stato membro di sopportare le conseguenze finanziarie del proprio *opt-out*. In questa eventualità, in 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.

⁸⁰ 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 *DanishFPY* 2009, 137.

⁸¹ V. la dec. adottata in base alle conclusioni del Consiglio europeo di Edimburgo dell'11 e 12.12.1992, doc 92/C 348/01, la Danimarca e l'Unione europea Allegato 1, Sezione D, in GU C. 348 31.12.1992, 1.

⁸² 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 *JCMS* 2013, 70.

Stati dell'Europa del Nord. Così, ad esempio, la Danimarca ha concluso con Finlandia, Svezia, Norvegia e Islanda un accordo in tema di procedure di consegna, il cd. *Nordic Arrest Warrant*⁸³, la cui portata è più incisiva ed ambiziosa rispetto alle implicazioni della decisione quadro UE sul mandato d'arresto⁸⁴.

Nondimeno, l'elisione della struttura a pilastri e la conseguente estensione del metodo comunitario hanno determinato la parallela espansione dell'*opt-out* danese⁸⁵, precedentemente incentrato sulle sole norme riguardanti la cooperazione giudiziaria civile e l'immigrazione. Pertanto, la regola generale fissata dal Protocollo n. 22 prevede che la Danimarca non sia in linea di principio vincolata alle direttive od ai regolamenti che poggino sulle basi giuridiche del Titolo V TrFUE⁸⁶.

Al contempo, 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, tale opzione può essere esercitata solo *ex post*, poiché lo Stato membro può comunicare la propria volontà di partecipare esclusivamente alle misure già adottate, entro sei mesi dalla loro approvazione. La Danimarca non è dunque legittimata a manifestare *ex ante* o *in itinere* l'intenzione 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 vincolato⁸⁷.

⁸³ G. Mathisen, *Nordic cooperation and the European arrest warrant. Intra-Nordic extradition, the Nordic arrest warrant and beyond*, in *NordicJIL* 2010, 1.

⁸⁴ Prova ne sia che i tre Stati membri interessati hanno allegato alla DQ 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. Cfr. la dichiarazione ex art. 31 § 2 della DQ 2002/584/GAI, del Consiglio, del 13.6.2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri, in GU l. 246 29.9.2003, 1. Per approfondimenti v. M. Fichera, *The implementation of the European Arrest Warrant in the European Union law, policy and practice*, Anversa 2011.

⁸⁵ A norma dell'art. 2 *bis* del Protocollo n. 22, similmente a quanto visto per il Protocollo n. 21, l'*opt-out* si estende altresì a tutte le misure fondate sull'art. 16 TrFUE 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 TrUE in tema di politica europea di difesa. 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 *DanishFPY*, a cura di N. Hvidt e H. Mouritzen, Copenhagen 2010, 137; E. Herlin-Karnell, *Denmark and the European Area of freedom, security and justice: a Scandinavian arrangement*, in *AmstLF* 2013, 95.

⁸⁶ Per quanto concerne, invece, le misure che sviluppano l'*acquis* di Schengen e che ricadano nell'ambito operativo del Titolo V TrFUE, la Danimarca è stata chiamata a rinnovare espressamente la propria adesione alle misure preesistenti.

⁸⁷ 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

In rapporto 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 rigorosa. A fronte dell'*opt-out* generale circa gli strumenti fondati sul Titolo V TrFUE, perentoriamente disciplinato dall'art. 2⁸⁸, 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 contratti – anche in materia penale – prima della riforma di Lisbona⁸⁹.

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 nothing*»⁹⁰: 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. L'art. 7 prevede dunque la possibilità di un *block opt-in*, oppure di un *opt-in* selettivo, che la dottrina ritiene possa avere luogo in relazione a singoli atti, anche a discapito di altre norme adottate nella stessa materia⁹¹.

Nell'ottica di incentivare nella misura maggiore possibile la partecipazione della Danimarca, il Protocollo n. 22 prevede un'ulteriore 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'accordo tra la Comunità europea e il Regno di Danimarca del 19.10.2005, 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 27.4.2006, in GU L 120 5.5.2006, 22. Quanto alle procedure per l'attribuzione dello *status* di rifugiato, v. la dec. del Consiglio 2006/188/CE, del 21.2.2006, relativa alla conclusione dell'accordo tra la Comunità europea e il Regno di Danimarca, che estende alla Danimarca le disposizioni del reg. 343/2003/CE 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 di un paese terzo e del regolamento 2725/2000/CE del Consiglio che istituisce l'"Eurodac" per il confronto delle impronte digitali per l'efficace applicazione della convenzione di Dublino, in GU L 66 8.3.2006, 37.

⁸⁸ 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».

⁸⁹ 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».

⁹⁰ Cfr. A. Rosas e L. Armati, *EU constitutional law. An introduction*, Oxford-Portland 2012, 1936.

⁹¹ 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, 573; S. Peers, *Denmark and EU Justice and Home Affairs law: details of the planned referendum*, in <http://eulawanalysis.blogspot.uk> 14.12.2015.

l'odierna disciplina dell'*opt-out* danese, 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 rientrano nell'*acquis* Schengen, a norma del Protocollo n. 21⁹².

A questo proposito, lo Stato membro ad oggi non ha formalmente inteso modificare il proprio *status*. Nondimeno, il governo danese, all'inizio del 2015, ha prospettato l'indizione di un referendum sulla rinuncia mirata e selettiva all'*opt-out* in tema di cooperazione di polizia e giudiziaria penale⁹³. La consultazione popolare, a lungo meditata sin dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona e rinviata a più riprese, si è infine tenuta il 3 dicembre 2015 e ha registrato netta prevalenza dell'opinione conservatrice. I cittadini danesi hanno dunque preferito mantenere inalterato l'attuale regime normativo, non senza la decisiva influenza delle recenti vicende riguardanti il terrorismo di matrice islamica e l'incremento dei flussi migratori verso l'Europa.

Nonostante l'esito del referendum, che sbarrò la strada ad un complessivo allineamento della Danimarca agli altri Stati membri nella materia in esame, è interessante considerare le ragioni che hanno condotto il governo a maturare la sua indizione. 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.

Stante l'attuale scenario delineato dalla recente consultazione popolare e 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 funzioni⁹⁴, la posizione

⁹² 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.

⁹³ 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> 15.12.2015. Più puntualmente, le forze politiche danesi hanno concluso un accordo su una serie di misure selezionate, oggetto della consultazione. La lista di atti - 22 in tutto - è reperibile on-line: <http://um.dk/en/~media/UM/English-site/Documents/Politics-and-diplomacy/liste%20over%20tilvalg%20engelsk.pdf> 17.12.2015. Essa includeva molte misure in tema di cooperazione in materia civile e le principali direttive adottate nel settore penale processuale e sostanziale dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona.

⁹⁴ V., per quanto riguarda Eurojust, la comunicazione della Commissione COM(2013) 535, del 17.7.2013, 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 27.3.2013, 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

della Danimarca rimane congelata agli obblighi contratti prima della modifica dei Trattati e la partecipazione ai nuovi atti risulta *in toto* preclusa⁹⁵, con la conseguente - e per certi aspetti paradossale, considerate le ragioni di "difesa" dell'ordinamento nazionale e dei cittadini danesi dalle ingerenze del diritto dell'Unione avanzate dai partiti politici sostenitori della bocciatura del quesito referendario - difficoltà di assicurare la piena effettività delle iniziative di repressione di fenomeni delittuosi particolarmente gravi e diffusi⁹⁶.

7. L'attuale scenario degli *opt-out* nella cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale rappresenta la cartina di tornasole degli umori che in linea generale attraversano l'esperienza giuridica europea, animata ora dalla volontà di condurre politiche comuni, ora dall'aspirazione degli Stati membri di rinegoziare periodicamente il ruolo dell'Unione negli ordinamenti nazionali⁹⁷. La specificità di questo istituto e le ricadute sistematiche che esso riflette ed alimenta consentono dunque di trarre alcune riflessioni conclusive, da una duplice prospettiva. Si tratta, da un lato, di valutare le conseguenze dell'*opt-out* sulla situazione degli Stati coinvolti, al cospetto dei progressi realizzati nell'ambito della cooperazione in materia penale. Dall'altro lato, i Protocolli analizzati offrono un possibile paradigma di lettura dell'attuale stadio dell'integrazione differenziata nell'Unione europea e del suo ruolo in un contesto politico e normativo reso turbolento dalle molte sfide che l'attualità pone all'Unione.

Dal primo punto di vista, nel caso del Regno Unito, il *block opt-out* e le scelte di *back opt-in*, se valutati in uno con il più recente approccio di questo Stato all'attività normativa europea nel settore in esame, riflettono la 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

delle regioni. La proposta sulla riforma di Europol si trova ad uno stadio più avanzato: nel mese di aprile del 2016 è prevista l'approvazione dell'atto finale da parte del Parlamento europeo, a seguito dell'accordo raggiunto con il Consiglio su un testo comune.

⁹⁵ La dottrina sul punto ha evidenziato come la Danimarca si trovi dinanzi alla medesima 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 *Denmark and the European Union*, a cura di L. Miles e A. Wivel, Londra 2012, 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 le autorità nazionali.

⁹⁶ Per approfondimenti ulteriori: <http://www.theguardian.com/world/2014/oct/07/denmark-referendum-europe-optouts> 15.7.2015.

⁹⁷ Le riflessioni dottrinali sul punto sono numerose ed in molti casi si soffermano sulla difficoltà di individuare i confini del processo di integrazione e dell'azione dell'Unione in rapporto a tematiche di particolare interesse collettivo o sulle quali la posizione degli Stati sia frammentata. V., *ex multis*, F. de Witte, *Sex, drugs & EU law. The recognition of moral and ethical diversity in EU law*, in *CMLR* 2013, 1545.

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 la partecipazione ad atti che incidano in misura significativa sul sistema giudiziario nazionale, ritenuti prodromici all'istituzione di un denegato sistema giudiziario penale europeo⁹⁸. Nel solco già tracciato dalla prassi britannica legata agli atti successivi alla riforma di Lisbona, pertanto, il *back opt-in* ha confermato 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. D'altra parte, le vicende connesse al Protocollo n. 36 poc'anzi descritte 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, appaiono in linea generale ispirate 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. In questo senso, la posizione del Regno Unito si differenzia alquanto dall'attuale regime danese, che si caratterizza per un *opt-out* generale rispetto alle misure adottate dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona. L'esito della consultazione referendaria tenutasi in Danimarca conferma dunque la tradizionale geometria variabile della cooperazione in materia penale, con due Stati in prima linea nel manifestare la loro "opposizione permanente". Una posizione critica che la dottrina esemplifica ricorrendo a diverse immagini, come quelle di una «*slow lane*» o di un «*outer circle*» dedicati in via esclusiva a questi Paesi⁹⁹.

Questa impostazione si inserisce peraltro in un contesto complessivo animato da forze opposte¹⁰⁰. Da un lato, si evidenzia la crescente esigenza di strategie ed azioni condivise rispetto a problemi che trascendono i confini nazionali. A tale proposito è emblematico il caso della repressione delle attività terroristiche: a fronte della crescente minaccia comune, la Commissione ha recentemente pubblicato una proposta di direttiva volta ad ammodernare la normativa esistente in materia, in particolare introducendo disposizioni specifiche in tema di reclutamento, finanziamento e addestramento dei cd. *foreign fighters*¹⁰¹. Nonostante l'importanza e

⁹⁸ In un *oral statement* dinnanzi al *Justice Committee della House of Commons*, in data 16.10.2013, 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*».

⁹⁹ La dottrina politologica ricorre a diverse immagini, come quelle di una «*slow lane*» o di un «*outer circle*» dedicati in via esclusiva al Regno Unito. Cfr. A. Geddes, *Britain and the European Union*, Londra 2013, 260.

¹⁰⁰ La dottrina, in senso maggiormente critico, tratta di «*contradictory driving forces*»: G. Cornelisse, *What's wrong with Schengen?*, cit., 741.

¹⁰¹ Com. della Comm. del 2.12.2015, COM(2015) 625, proposta di dir. del Parlamento europeo e del Consiglio sulla lotta contro il terrorismo e che sostituisce la DQ 2002/475/GAI. La relazione della

l'attualità del problema, occorrerà attendere le determinazioni del Regno Unito circa l'eventuale esercizio dell'*opt-in*, mentre la Danimarca sarà automaticamente esclusa dall'iniziativa e rimarrà vincolata solo alle norme adottate prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona. Come già evidenziato, inoltre, gli atti in materia di diritti processuali, pur con la rilevante peculiarità del regime danese, sembrano costituire un ulteriore fattore di aggregazione del consenso fra gli Stati membri, a beneficio del rafforzamento della cooperazione giudiziaria penale. Dall'altro lato, tuttavia, si evidenziano non secondarie spinte centrifughe, veicolate in via elettiva dalle criticità collegate ai flussi migratori provenienti da Stati terzi. Tali forze si sono tradotte sinora in rinnovate esigenze di controllo dei confini nazionali e, di riflesso, nell'aspirazione da parte di un novero crescente di Stati a fronteggiare in via autonoma le problematiche di ordine pubblico che ne derivano¹⁰². Allo stesso tempo, a livello strutturale, non sono mancate proposte di radicale rimodulazione dello spazio Schengen, che profilano, per la prima volta nell'esperienza giuridica europea, un profondo ripensamento - e, di fatto, la rinuncia - degli approdi ai quali è pervenuto il processo di integrazione. A ciò si aggiunge, in senso ulteriore, la discussa scelta del governo britannico di indire un referendum sulla cd. "*Brexit*", ossia sull'uscita del Regno Unito dall'Unione europea¹⁰³, profilando la possibilità di un ritorno alla dottrina Churchill degli anni '50 del secolo scorso, imperniata sull'adagio "*With but not of Europe*".

Se dunque nel settore della cooperazione giudiziaria in materia penale si assiste sotto molti profili - pur con i limiti sinora descritti - ad un crescente grado di convergenza fra gli Stati membri ed a una maggior coerenza istituzionale, *a fortiori* dopo la scadenza del periodo transitorio successivo alla riforma di Lisbona, ci si interroga sulle possibili ricadute delle istanze statali che attraversano l'Unione e sull'idoneità degli attuali strumenti di integrazione differenziata a individuare un opportuno bilanciamento con le esigenze di effettività ed uniformità del diritto dell'Unione.

Commissione non manca di tratteggiare la criticità legata alla diversa partecipazione di alcuni Stati membri.

¹⁰² Al riguardo, a fronte della decisione di molti Stati membri di ripristinare i controlli di frontiera, sono state avanzate numerose proposte di revisione dello spazio Schengen, a cominciare dalla sua sospensione *ad libitum* o dalla esclusione degli Stati che non siano - strutturalmente o temporaneamente - in grado di assicurare una puntuale verifica dei migranti che attraversano le frontiere esterne dell'UE. Sul punto v. ad esempio S.Peers, *Can Schengen be suspended because of Greece? Should it be?*, in www.eulawanalysis.blogspot.it 2.12.2015.

¹⁰³ La data della consultazione popolare non è ancora stata fissata, ma il governo britannico ha manifestato la volontà di anticipare il suo svolgimento rispetto all'originario riferimento alla fine del 2017. Merita inoltre evidenziare come il Premier britannico, il 10.11.2015, abbia trasmesso alla Commissione europea un documento recante le condizioni alle quali il Regno Unito sarebbe pronto a restare nella compagine dell'Unione. Fra di esse, viene indicata l'esclusione del Regno Unito - dunque una forma peculiare di *opt-out* - dalle implicazioni della clausola secondo la quale gli Stati membri sono «*determinati a porre le fondamenta di un'unione sempre più stretta fra i popoli europei*». Tuttavia, la cd. *ever closer Union clause*, prima del Trattato di Lisbona consacrata tra gli obiettivi fondamentali dell'UE, all'art. 2 TrUE, appare oggi nel solo preambolo del TrFUE. Il preambolo è privo di valore giuridico vincolante, perciò la richiesta britannica appare destinata ad esercitare conseguenze su un piano eminentemente politico.

Nel caso dell'*opt-out*, appare possibile evidenziare come questo istituto abbia sino ad oggi dimostrato una significativa flessibilità e capacità evolutiva, poiché, quanto meno nella materia in esame, si è efficacemente prestato alle modifiche rese opportune dalle riforme dei Trattati succedutesi dall'inizio degli anni '90. Così, ad esempio, l'attribuzione di competenze penali all'Unione e l'accelerazione impressa dalle istituzioni europee alla produzione normativa in questo settore dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona hanno sollecitato l'estensione del "giardino segreto" riservato agli Stati coinvolti, come nel caso della Danimarca e del Regno Unito. Allo stesso tempo, in una prospettiva positiva, i Protocolli allegati ai Trattati hanno accolto sempre nuove forme di coinvolgimento degli Stati membri esclusi dalle norme fondate sul Titolo V TrFUE, come testimoniato dalle previsioni sul *back opt-in* del Regno Unito o dalla possibilità accordata alla Danimarca di rinunciare, anche in maniera selettiva, al proprio *opt-out* generalizzato. A queste soluzioni normative, come visto, si è affiancata l'opera della Corte di giustizia, che ha evidenziato l'esigenza di contemperare gli interessi degli Stati membri beneficiari di questi istituti con le esigenze complessive dell'ordinamento dell'Unione, espresse dai principi di coerenza ed effettività del diritto UE.

Inaugurato come espressione di un'opposizione all'incedere del processo di integrazione e retaggio di un approccio marcatamente intergovernativo, pertanto, l'istituto in esame ha nel tempo evidenziato una natura poliedrica. Tessuto in filigrana nei Protocolli, è riemerso a più riprese il *favor integrationis*, che si è concretizzato nel tentativo di incentivare la più ampia partecipazione possibile degli Stati coinvolti e, entro una certa misura, almeno per l'Irlanda ed il Regno Unito, nell'adesione a molti degli atti in materia di diritti fondamentali e rafforzamento della cooperazione giudiziaria.

Merita peraltro precisare come l'opera interpretativa della Corte di giustizia, poc'anzi descritta anche in relazione all'*acquis* di Schengen¹⁰⁴, consenta di estendere la portata di queste riflessioni anche ad altri Protocolli in tema di *opt-out*. Basti pensare al Protocollo n. 30, riguardante l'applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'UE a Polonia e Regno Unito. Sul punto, il Giudice dell'Unione, nel caso *N.S.*¹⁰⁵, ha avuto modo di negare la portata derogatoria dell'art. 1 § 1, confermando così la propria competenza a sindacare la compatibilità di norme o prassi nazionali con il disposto della Carta, entro i limiti del campo di applicazione della medesima¹⁰⁶. In relazione al Protocollo n. 20 sui controlli alle frontiere interne,

¹⁰⁴ V. *supra*, par. 3.

¹⁰⁵ Sentenza 21.12.11, cause riunite C-411/10 e C-413/10, *N.S.*

¹⁰⁶ Resta ancora da definire, invece, la portata del secondo paragrafo, a mente del quale i diritti e principi previsti dal Titolo IV della Carta, dedicato alla Solidarietà, sarebbero invocabili allo scopo di censurare la legittimità di norme o prassi interne solo nella misura in cui riaffermino prerogative già riconosciute dagli ordinamenti nazionali coinvolti. Anche in questo caso, peraltro, la previsione in questione non sembra idonea a fondare un limite al campo operativo della Carta, tanto più che alcuni dei diritti elencati nel Titolo IV sono consacrati nei Trattati come principi generali dell'ordinamento UE. Si può inoltre dubitare della legittimità di una norma che limiti *tout court* il grado di protezione dei diritti fondamentali. Per riflessioni sul punto v. A. Biondi, *L'applicazione differenziata della Carta: vera o presunta?*, in *La protezione dei diritti fondamentali. Carta dei diritti UE e standards in-*

inoltre, la Corte ha precisato che l'*opt-out* del quale beneficiano Irlanda e Regno Unito non consentono alle autorità nazionali di sottoporre a condizioni o requisiti ulteriori l'ingresso nel loro territorio di familiari di un cittadino dell'UE che siano cittadini di Stato terzo e titolari di una carta di soggiorno in corso di validità, rilasciata in un altro Stato membro¹⁰⁷. Il Protocollo in questione, infatti, autorizza i due Stati solo a verificare se una persona che intende entrare nel loro territorio soddisfi le condizioni di ingresso previste dal diritto dell'Unione. Al contrario, tale *opt-out* non autorizza detti Stati a definire in via autonoma «*le condizioni di ingresso delle persone titolari di un diritto di ingresso in forza del diritto dell'Unione e, in particolare, di imporre loro condizioni di ingresso supplementari o diverse rispetto a quelle previste dal diritto dell'Unione*»¹⁰⁸.

L'istituto analizzato, dunque, appare ancora capace di rispondere alle opposte istanze di uniformità e differenziazione che attraversano con sempre maggiore vigore le attuali tappe del processo di integrazione europea. Sebbene il settore esaminato costituisca una *species* di un *genus* più ampio ed articolato, queste considerazioni possono concorrere a motivare la perdurante attualità ed efficacia dell'integrazione differenziata¹⁰⁹, talora autorevolmente criticata in dottrina per la sua odierna incapacità di assicurare la tenuta dell'ordinamento dell'Unione¹¹⁰, a fronte della sempre più frequente ricerca di "diverse velocità" da parte degli Stati membri.

ternazionali, a cura di L.S. Rossi, Napoli 2011, 343.

¹⁰⁷ Sentenza 18.12.2014, causa C-202/2013, *Ambrose McCharty*.

¹⁰⁸ Cfr. il punto 64 della sentenza.

¹⁰⁹ In questo senso, è condivisibile l'opinione espressa da parte della dottrina, secondo cui l'integrazione differenziata costituisce ancora oggi un approccio istituzionale efficace al modello di integrazione europea: M. Condinanzi, *L'integrazione differenziata nell'ambito dell'Unione europea*, in *Il futuro delle organizzazioni internazionali. Prospettive giuridiche*, a cura di M. Vellano, Napoli 2014, 405.

¹¹⁰ Cfr. J.C. Piris, *The future of Europe. Towards a two-speed EU?*, Cambridge 2011: l'Autore suggerisce la creazione di un'Europa a due velocità, con alcuni «*core States*» compiutamente coinvolti nel processo di integrazione ed una seconda categoria di Stati membri caratterizzata da un livello di integrazione minore. In questo secondo caso, sarebbe però preclusa agli Stati interessati ogni forma di differenziazione. V. altresì L.S. Rossi, *L'Unione europea e il paradosso di Zenone*, cit., 749.