

PARTE GENERALE

ALESSANDRO BERNARDI

IL RUOLO DEL TERZO PILASTRO UE NELLA EUROPEIZZAZIONE DEL DIRITTO PENALE Un sintetico bilancio alla vigilia della riforma dei Trattati

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. La nascita delle Comunità europee e la breve illusione che i Trattati prevedessero un sistema penale in *nuce*. — 3. Le eterogenee ragioni alla base del processo di europeizzazione del diritto penale e le diverse manifestazioni di tale processo. — 4. Il terzo pilastro dell'Unione europea come luogo di formazione di una politica criminale comune. — 5. Le tipologie di atti nonnativi utilizzati nell'ambito del terzo pilastro e la loro progressiva evoluzione. — 6. Il mutamento dei contenuti propri degli atti normativi utilizzati nell'ambito del terzo pilastro. — 7. Il ruolo della giurisprudenza della Corte di giustizia nella valorizzazione degli atti del terzo pilastro. — 8. Gli attuali ostacoli di matrice nazionale e comunitaria frapposti alla politica criminale elaborata in sede di terzo pilastro. — 9. La fine del terzo pilastro e il potenziamento della politica criminale europea nel quadro della prossima riforma dei Trattati. — 10. Considerazioni conclusive.

1. *Premessa.*

La strage di ferragosto 2007 a Duisburg (6 uomini di origine italiana uccisi da un commando di spietati killer venuto da chissà dove) ha definitivamente chiarito che la criminalità organizzata a carattere mafioso ha ormai attecchito in Germania. La stessa contaminazione criminale, del resto, si è già verificata in altri Paesi membri di un'Europa trasformata dalla caduta delle frontiere nel luogo globalizzato per eccellenza. Qualora mai fosse necessario ripeterlo ancora una volta, non è dunque solo il terrorismo internazionale a dover preoccupare i governi e le polizie europee e a far auspicare l'intensificazione del processo di europeizzazione del diritto penale, attraverso il rafforzamento sia della cooperazione amministrativo/giudiziaria sia dell'armonizzazione penale su scala continentale: mille altre forme di criminalità organizzata traggono infatti giovamento dalla libera circolazione di

uomini, merci e capitali, approfittando dei ritardi di coordinazione tra gli Stati e dei vuoti normativi riconducibili, innanzitutto, al principio di sovranità nazionale in materia penale. E infatti, subito dopo la swnmenzionata strage, il sindacato della polizia tedesca ha lamentato la scarsa collaborazione delle istituzioni italiane (1), mentre numerosi commentatori hanno sottolineato che l'assenza in Germania di norme penali specificamente pensate per colpire le associazioni di stampo mafioso (2) costituiva un ostacolo nella lotta a queste forme di criminalità, sconosciute alla tradizione locale eppure da anni ben presenti sul territorio (3).

Al centro del dibattito, le ben note questioni della politica criminale europea e della competenza penale dell'Unione. Questioni che forse vale la pena ripercorrere brevemente nei loro sviluppi essenziali, oggi che la Corte di giustizia ha riconosciuto la possibilità di varare, sia pure in casi eccezionali, direttive d'armonizzazione penale (4) e che, a seguito della prossima riforma dei Trattati, il processo di europeizzazione del diritto penale sostanziale e processuale dovrebbe definitivamente abbandonare il «ghetto» del terzo pilastro.

2. *La nascita delle Comunità europee e la breve illusione che i Trattati prevedessero un sistema penale in nuce.*

L'illusione che le Comunità europee — prevedendo *ab origine* l'applicazione di sanzioni a contenuto afflittivo-punitivo in taluni specifici settori di propria competenza (5) — nascessero fornite di un loro sia pur rudimentale sistema penale progressivamente ampliabile e perfezionabile, venne per qualche tempo coltivata da una parte degli studiosi di diritto comunitario e di diritto penale. Ciò accadde specie in quegli Stati membri che non dispo-

(1) Cfr., ad esempio, GERGOLET, *La Germania con la majja in casa accusa la polizia italiana*, in *Corriere della sera*, 17 agosto 2007, p. 11.

(2) Cfr., in particolare, l'art. 416-bis del codice penale italiano in tema di «Associazione di tipo mafioso». In argomento cfr. BARTONE, *Mandato di arresto europeo e tipicità nazionale del reato: analisi strutturale comparata dei reati di frode/truffa nelle sovvenzioni, criminalità informatica, furto, racket/estorsione, riciclaggio, corruzione, associazione per delinquere in Italia, Francia, Germania, Spagna*, Giuffrè, 2003, p. 272 ss..

(3) SCHNEIDER, *L'esportazione del crimine anomalia italiana nella Ue*, in *Repubblica*, 17 agosto 2007, p. 23.

(4) Cfr. sent. 13 settembre 2005, causa C-176/03 (*Commissione c. Consiglio*).

(5) Cfr. art 83 (in precedenza, 87) Tr. CE; art. 47 comma 3, 54, comma 6, 58 par. 4, 59 par. 7, 64, 65, par. 5 e par. 6, 66 par. 6, 68 par. 6 Tr. CECA.

nevano di una disciplina generale dell'illecito amministrativo (con conseguente assenza di una chiara distinzione tra sanzione penale e sanzione amministrativa)(6), e nei quali dunque si era portati a ritenere che ogni misura di tipo repressivo — ancorché carente sul piano della legalità formale nonché comminata ed eventualmente applicata da organi sovrastatali — fosse per ciò stesso di natura penale(7). Ma si trattava, per l'appunto, di un'illusione(8), che venne presto sconfessata da taluni atti comunitari(9) e dalla stessa giurisprudenza della Corte di giustizia(10), nonché prima ancora da una attenta analisi delle peculiari caratteristiche di tali sanzioni e, più in generale, dell'ordinamento comunitario nel suo complesso. Se è vero infatti che le Comunità europee e le loro istituzioni nascevano senza un preciso modello giuridico di riferimento, è anche vero che esse costituivano nei primi tempi poco più di un'entità intergovernativa, privata di ogni ambizione lato sensu federale dal venir meno del progetto della Comunità europea di difesa. Al riguardo, non si è mancato

(6) Al riguardo cfr., da ultimo, SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione europea*, Milano, 2005, p. 176, nt. 42. A titolo di esempio, merita di essere ricordato come, in tempi non lontani, la dottrina belga affermasse recisamente che non solo le sanzioni privative della libertà, ma anche quelle a carattere interdittivo ovvero incidenti sul patrimonio non potevano essere considerate di natura amministrativa. Cfr., per luttu, LECLERCQ, *Variations sur le thème pénalisation-dépénalisation*, in *Rev. dr. pén. crim.*, 1978, p. 807 ss. e, in particolare, pp. 830-831.

(7) Cfr., tra gli ultimi a sostenere tale tesi, COLETTE-BASECQZ, *Une conséquence de la nature pénale de la sanction communautaire au niveau des garanties procédurales: l'application du principe non bis in idem*, in *La justice pénale et l'Europe*, a cura di F. TULKENS, H.-D. BOSLY, Bruxelles, 1996, p. 463 ss.; TASCHNER, *L'étendue de la protection des intérêts financiers de la Communauté: sanctions pénales et administratives - évolution possible du droit communautaire*, in *La protection juridique des intérêts financiers de la Communauté*, Bruxelles-Luxembourg, 1990, p. 212.

(8) Illusione almeno in parte avallata, agli occhi di taluno, dal talora notevolissimo livello di severità di non poche ammende comunitarie e dalla elaborazione, ad opera della Corte europea dei diritti dell'uomo, di una autonoma e assai ampia nozione di ((materia penale)). Sul punto cfr., in particolare, *La matière pénale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, flou du droit pénal*, a cura del *Groupe de recherche Droits de l'homme et logiques juridiques*, diretto da DELMAS-MARTY, in *Rev. sc. crim.*, 1987, p. 819 ss. Come noto, la finalità primaria perseguita attraverso l'adozione di una nozione autonoma e allargata di «materia penale», non coincidente con la nozione accolta nei singoli sistemi nazionali, è quella di evitare un aggiramento delle garanzie processuali previste dall'art. 6 della CESDH. Aggiramento altrimenti facilmente realizzabile, da parte degli Stati, attraverso una criticabile, artificiosa depenalizzazione di taluni illeciti «sostanzialmente penali» per i quali continuassero ad essere previste sanzioni caratterizzate da un significativo livello di afflittività.

(9) Cfr., in particolare, il reg. (CE, Euratom) n. 2988/95 del Consiglio del 18 dicembre 1995, «relativo alla tutela degli interessi finanziari della Comunità».

(10) Cfr., ad esempio, SAGGIO, *Orientamenti della Corte di giustizia delle Comunità europee in materia di illeciti economici*, in *Il diritto penale europeo dell'economia*, Supplemento n. 3 a *Il Consiglio Superiore della Magistratura*, maggio/giugno 1993, p. 93 ss.

di rilevare come il trionfo della originaria dimensione amministrativa delle Comunità fosse testimoniato dal carattere prevalentemente esecutivo dei loro principali organi (Commissione e Consiglio) e dal nome dato ai relativi atti normativi; atti i quali, pur risultando capaci di imporsi negli ordinamenti nazionali come vere e proprie fonti legislative, furono denominati, con terminologia mutuata da quella utilizzata per gli atti a carattere generale dei governi nazionali, regolamenti e direttive (11). Logico quindi che le summenzionate sanzioni comunitarie (12) (così come, del resto, le ulteriori sanzioni comunitarie a carattere interdittivo e/o patrimoniale introdotte da regolamenti comunitari a partire dalla fine degli anni '80) (13) dovessero ritenersi a tutti gli effetti di natura amministrativa.

Oltretutto, giova ribadirlo, i suddetti atti comunitari nascevano privi di una adeguata legittimazione democratica, cosicché ben si spiega come venisse disconosciuta la possibilità per essi di introdurre norme penali (sostanziali e processuali) direttamente applicabili. Per altro verso, poi, l'assenza nei Trattati di una esplicita competenza penale comunitaria, unitamente alla ben sedimentata concezione secondo la quale le prerogative penali sarebbero un riflesso immediato della sovranità nazionale, contribuiva a spiegare la contrastata ma diffusa tendenza a negare il ricorso financo a direttive comunitarie a contenuto penale.

Il fatto che il complessivo assetto delle Comunità giustificasse la totale assenza di norme a carattere penale nel relativo diritto primario e secondario non impediva, peraltro, che tale assenza fosse per certi aspetti avvertita, da taluni, come un depreca-

(11) Cfr. AMATO, *Verso la Costituzione europea*, in questa *Rivista*, 2003, p. 291 ss.

(12) Denominate «sanzioni comunitarie accentrate») in quanto applicate direttamente da organi comunitari.

(13) In merito a queste ultime sanzioni, generalmente denominate «sanzioni comunitarie decentrate» in quanto applicate dalle autorità amministrative degli Stati membri, cfr., in particolare, BERNARDI, *Politiche di armonizzazione e sistema sanzionatorio penale*, in *L'area di libertà, sicurezza e giustizia. Alla ricerca di un equilibrio tra priorità di sicurezza ed esigenze di garanzia*, a cura di RAFARACI, Milano, 2007, p. 227 ss.; BÖSE, *Strafen und Sanktionen im Europäischen Gemeinschaftsrecht*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1996, p. 253 ss.; GRASSO, *Nuove prospettive in tema di sanzioni amministrative comunitarie*, in questa *Rivista*, 1994, p. 865 ss.; STUYCK, DENYS, *Les sanctions communautaires*, in *La justice pénale et l'Europe*, cit., p. 436 ss.; VERVAELE, *Administrative Sanctioning Powers of and in the Community. Towards a System of European Administrative Sanctions?*, in *Administrative Law Application and Enforcement of community Law in the Netherlands*, Deventer, 1994, p. 196 ss.

bile limite. Limite tanto più negativo quanto più le competenze comunitarie andavano espandendosi al di là del campo economico, e quanto più si avvertiva l'esigenza in ambito europeo di un diritto penale coerentemente sviluppato all'interno dei diversi Stati membri, e dunque di una politica criminale coordinata a livello sovrastatale.

3. *Le eterogenee ragioni alla base del processo di europeizzazione del diritto penale e le diverse manifestazioni di tale processo.*

In estrema sintesi, tre sono fondamentalmente le ragioni (assai diverse tra loro) che spingono, di volta in volta e a seconda dei casi, verso una migliorata cooperazione giudiziaria e amministrativa tra gli Stati europei ovvero verso una armonizzazione dei relativi sistemi penali nazionali, ovvero addirittura verso la creazione, in taluni settori, di un sistema penale sostanziale e processuale a carattere sovrastatale.

La prima ragione è costituita dal progressivo ravvicinamento dei Paesi membri a livello socio-culturale e istituzionale. In particolare, mentre il processo di ravvicinamento socio-culturale suggerisce una parallela riduzione delle differenze riscontrabili tra i sistemi penali nazionali, il ravvicinamento delle realtà istituzionali nazionali favorisce indubbiamente il crescere della fiducia reciproca e, di conseguenza, una maggiore cooperazione amministrativa e giudiziaria.

La seconda ragione è costituita dall'esigenza di assicurare una effettiva e omogenea tutela dei beni e dei precetti comunitari. Tutela in vista della quale il perfezionamento dei meccanismi interstatuali di cooperazione non è da solo sufficiente, richiedendosi anche — nei settori di competenza comunitaria — una penetrante armonizzazione o addirittura, in taluni casi (14), una vera e propria unificazione su scala europea dei precetti di fonte CE e delle sanzioni applicabili alle relative violazioni.

La terza ragione è costituita dalla necessità di prevenire e reprimere efficacemente quelle forme di criminalità transnazionale

(14) Vale a dire in relazione ai reati lesivi di beni comunitari in senso stretto, vale a dire lesivi di beni comunitari c.d. *istituzionali* o *economico-sovrastatali*, quali in particolare le frodi alle sovvenzioni comunitarie, ovvero le diverse ipotesi di falsificazione dell'euro.

che traggono vantaggio dalle nuove tecnologie, dall'intensificazione a tutti i livelli dei rapporti tra gli Stati membri e, nell'ambito dell'Unione, dal venir meno delle frontiere nazionali. È noto infatti che, mentre la realtà europea evolve nel senso di una progressiva liberalizzazione, rendendo così sempre più facile l'organizzazione di reti criminali, permangono vistose carenze di cooperazione tra giudici e amministrazioni nazionali, nonché differenze anche profonde tra i sistemi penali nazionali; differenze e carenze le quali costituiscono altrettanti ostacoli alla lotta contro tali forme di criminalità.

In questa sede è impossibile dilungarsi sui differenti meccanismi giuridici espressivi della prima e della seconda di tali ragioni (15). Mi limiterò quindi ad osservare che il progressivo ravvicinamento dei Paesi membri a livello socio-culturale e istituzionale ha innescato, all'interno degli Stati europei, una molteplicità di riforme spontanee tese all'innalzamento dei livelli di cooperazione giudiziaria e amministrativa (16) e al ravvicinamento dei sistemi penali (17). Tali riforme, va ribadito, vengono realizzate in modo autonomo (e a volte inconsapevole) dai singoli Stati dell'Unione, dunque prescindono dall'intervento di organizzazioni internazionali.

Per contro, l'esigenza di efficace e omogenea tutela di beni e precetti comunitari viene perseguita innanzitutto su impulso del legislatore e dei giudici comunitari, in particolare attraverso la valorizzazione, a livello normativo e giurisprudenziale, del principio di fedeltà comunitaria (detto altresì di leale cooperazione) sancito all'art. 10 Tr. CE (18). Tale principio impone infatti agli Stati membri, tra l'altro, di tutelare con sanzioni ((effettive, proporzionate e dissuasive) le prescrizioni di fonte CE (19). In parti-

(15) In argomento cfr., anche per ulteriori riferimenti bibliografici, BERNARDI, *Stratégies pour une harmonisation des systèmes pénaux européens*, in *Arch. pol. crim.*, n. 24, Paris, 2002, p. 195 ss.; ID., *L'harmonisation des sanctions en Europe*, in *Les chemins de l'harmonisation*, in corso di pubblicazione.

(16) Innalzamento perseguito soprattutto attraverso il ricorso a convenzioni bilaterali.

(17) Si tratta, il più delle volte, di riforme precedute da una attività di comparazione tesa a favorire l'adozione all'interno del sistema penale nazionale di istituti, regole, precetti positivamente sperimentati in seno ad altri sistemi penali europei.

(18) Un ulteriore modo per garantire una omogenea tutela dei precetti comunitari è quella di punire le relative violazioni con quelle vere e proprie sanzioni comunitarie ricordate in precedenza al par. 2, note 5, 12 e 13. Si è tuttavia già ricordato che le sanzioni in questione hanno carattere non penale ma amministrativo, e pertanto sono estranee ai processi di armonizzazione/unificazione penale qui esaminati.

(19) Cfr. sent. 21 settembre 1989, causa 68/88 (*Commissione c. Grecia*), in *Racc.*,

colare, come affermato dalla Corte di giustizia, in relazione alle violazioni più gravi e connotate di allarme sociale solo sanzioni a carattere formalmente penale possono essere riconosciute davvero proporzionate alla gravità del fatto e dissuasive (20): fermo restando che se lo Stato membro non onora gli obblighi imposti dal principio in esame (consistenti, per l'appunto, in obblighi di armonizzazione sanzionatoria) viene assoggettato a una procedura di infrazione ed eventualmente, nel caso della c.d. {{doppia condanna}}, ad una sanzione ex art. 228 Tr. CE. Un ulteriore meccanismo deputato a realizzare una tutela efficace e omogenea del diritto comunitario è quello che impone al giudice nazionale di disapplicare, e al legislatore interno di abrogare, le norme punitive interne (in *primis* penali) incompatibili con norme CE. Attraverso tale meccanismo di disapplicazione/abrogazione si realizza infatti una «armonizzazione in negativo» dei sistemi penali nazionali (21); espressiva del primato del diritto comunitario sul diritto interno.

Ora, senza voler con questo nulla togliere alla significatività dei meccanismi di europeizzazione del diritto penale o ora sinteticamente ricordati, va detto che i meccanismi spontanei di cooperazione giudiziaria e di ravvicinamento tra i sistemi penali na-

1989, p. 2965 ss.; sent 10 luglio 1990, causa 326/88 (*Hansen*), in *Racc.*, 1990, 2935; sent. 2 ottobre 1991, causa 7/90 (*Vandevenne*), in *Racc.*, 1991, 4387; sentt. 8 giugno 1994, cause 382/92 e 383/92 (*Commissione v. Regno Unito*), in *Racc.*, 1994, 2475 e 2494; sent. 26 ottobre 1995, causa 36/94 (*Siesse*), in *Racc.*, 3573, punto 20; sent. 12 settembre 1996, cause riunite 58/95, 75/95, 112/95, 119195, 123195, 135/95, 140195, 141/95, 154/95, 157/95 (*Gallotti*), in *Racc.*, 1996, 4345; sent. 27 febbraio 1997, causa 177/95 (*Ebony*), in *Racc.*, 1997, 1143 e in *Dir. pen. e proc.*, 1998, 309, con nota di RIONDATO; sent. 18 ottobre 2001, causa 354/99 (*Commissione v. Irlanda*), in *Racc.*, 2001, 1-7657; sent. 3 luglio 2001, causa 297/00 (*Commissione v. Lussemburgo*), in *Racc.*, 2001, I-5189; sent. 30 settembre 2003, causa C-167/01 (*Inspire Art*), in *Racc.*, I-10155; sent. 15 gennaio 2004, causa C-230101, (*Penycoed*), punto 36; sent. 3 maggio 2005, cause riunite 387/02, 391/02, 403/02 (*Berlusconi*), punto 65.

(20) Cfr., in particolare, ord. 13 luglio 1990, causa C2/88 (*Zwartveld*), in *Racc.*, 1990, p. 3365 ss.; sent. 28 gennaio 1999, C-77/97, (*Oesterreichische Unilever GmbH e Smithkline Beecham Markenartikel GmbH*), in *Dir. pen. e proc.*, 1999, p. 447, con nota di RIONDATO. In dottrina cfr., in particolare, RIZZA, *La sanzione delle violazioni da parte dei singoli di norme comunitarie dirette alla protezione degli interessi finanziari della Comunità nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *La lotta contro la frode agli interessi finanziari della Comunità europea tra prevenzione e repressione*, a cura di GRASSO, Milano, 2000, p. 118-119.

(21) In argomento cfr. BERNARDI, *Stratégies pour une harmonisation des systèmes pénaux européens*, in *Archives de politique criminelle*, cit., p. 212 ss.; BOULOC, *L'influence du droit communautaire sur le droit pénal interne*, in *Droit pénal - Droit européen. Mélanges offerts à G. Levasseur*, Paris, 1992, p. 110 ss.; PEDRAZZI, *Droit communautaire et droit pénal des Etats membres*, in *Droit communautaire et droit pénal*, Milano, 1981, p. 57 ss.

zionali, proprio in quanto non coordinati a livello sovrastatale ma dipendenti esclusivamente dalla volontà dei legislatori interni, producono effetti oltremodo disomogenei su scala continentale (22) e non risultano affatto espressivi di una complessiva politica criminale europea. Per altro verso, anche i meccanismi finalizzati a garantire una tutela efficace e omogenea del diritto comunitario, pur implicando talora un ravvicinamento («in positivo» e «in negativo») dei sistemi penali di tutti i Paesi membri, per il loro carattere settoriale e frammentario non danno vita ad una politica criminale europea nel pieno senso di questa espressione.

In realtà, quindi, i meccanismi attuativi di una vera e propria politica criminale europea sono solo quelli riconducibili alla terza delle summenzionate ragioni per le quali si persegue l'armonizzazione e la cooperazione penale su scala europea; quelli riconducibili, cioè, alla necessità di prevenire e reprimere efficacemente le forme di criminalità che si avvantaggiano degli strumenti offerti dalla modernità e che, in particolare, prosperano sul principio di libera circolazione. Tali meccanismi operano in ambiti assai vasti, comprensivi di quasi tutte le più gravi tipologie di reati, e incidono su tutti i sistemi penali europei (specie su quelli dei Paesi UE).

L'elemento comune a questi meccanismi tesi all'armonizzazione e cooperazione penale è costituito dal fatto che essi tentano di conciliare quanto più possibile il (pur vacillante) principio di sovranità nazionale in materia penale con l'attività sovrastatale di coordinamento delle riforme attuative della politica criminale europea. Tutti i meccanismi in questione, infatti, da un lato vengono elaborati in seno ad organizzazioni internazionali (il più delle volte a carattere regionale), dall'altro lato vengono, per così dire, «offerti» (e non «imposti») agli Stati membri, i quali ne saranno vincolati solo per effetto del loro consenso (23).

(22) Si pensi, per esempio, al ben diverso livello di cooperazione giudiziaria previsto in talune convenzioni bilaterali. Per non parlare, poi, di talune riforme varate da singoli legislatori nazionali, nelle intenzioni tese a realizzare processi di armonizzazione penale attraverso il ricorso alla comparazione e all'imitazione di istituti e regole operanti in altri sistemi, ma in realtà destinate a perpetuare la distanza tra il modello originale e la sua copia.

(23) *Sempreché*, beninteso, tali strumenti siano in vigore sul piano internazionale, ad esempio risultando soddisfatto il requisito del numero minimo di adesioni e ratifiche previste dagli strumenti in questione.

Così, ad esempio, le convenzioni del Consiglio d'Europa (molte delle quali, per l'appunto, dirette a contrastare la criminalità organizzata)(24), sebbene vedano i loro relativi negoziati conclusi con la decisione del Comitato dei Ministri che ne fissa il testo, non sono atti statutari di tale organizzazione internazionale, in quanto la loro esistenza giuridica discende della volontà dei Paesi che ne possono diventare parti; volontà manifestata, come ben si sa, con la firma e la ratifica. E la stessa cosa vale, *mutatis mutandis*, per le convenzioni varate nell'ambito del terzo pilastro UE, il cui testo definitivo elaborato dal Consiglio vincola gli Stati dell'Unione nella misura in cui essi vi aderiscano. Per quanto concerne invece le decisioni quadro di terzo pilastro, la loro attitudine a non scavalcare la volontà dei singoli Stati discende innanzitutto dalla regola dell'unanimità richiesta in sede di Consiglio per la loro adozione (art. 34 par. 2 Tr. UE); solo a seguito di tale unanime deliberazione le decisioni quadro diventano vincolanti.

Va aggiunto che i suddetti strumenti — espressivi in un certo senso di un sistema «misto» operante a livello tanto sovranazionale che nazionale — lasciano ad ogni singolo Stato un ulteriore livello di discrezionalità sia nella fase della firma o della ratifica (consentendogli di dichiarare, che esso non si considererà vincolato da certe disposizioni dello strumento: c.d. riserve o eccezioni) sia nella fase successiva alla sua adesione (consentendogli la scelta dei mezzi funzionali al raggiungimento dell'obiettivo generale delineato dallo strumento).

Indubbiamente, come già sottolineato, non mancano le organizzazioni internazionali diverse dall'Unione europea deputate a varare convenzioni siffatte. Addirittura, è indubbio che, da un punto di vista cronologico, proprio tra le convenzioni del Consiglio d'Europa siano rinvenibili i primi strumenti internazionali espressivi di una vera e propria politica criminale europea tesa, al contempo, al miglioramento delle forme di cooperazione in materia penale e all'armonizzazione dei sistemi penali nazionali (25).

(24) Inequivocabile, a questo riguardo, la lettura della «Lista completa dei trattati del Consiglio d'Europa» consultabile in <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ListeTraites.asp?CM=8&CL=ITA>.

(25) Cfr., tra gli altri, BERNARDI, *L'harmonisation des sanctions en Europe*, cit. par. 4, lettere a); MANACORDA, *L'armonizzazione dei sistemi penali: una introduzione*, in *La giustizia penale italiana nella prospettiva internazionale*, Milano, 2000, p. 46, e bibliografia riportata alla nt. 36.

L'attività del Consiglio d'Europa in materia penale si è poi ulteriormente intensificata in questi ultimi anni, attraverso il varo di convenzioni tese sia al potenziamento della cooperazione penale sia soprattutto al ravvicinamento della disciplina penale di talune categorie di illeciti di particolare rilevanza (26). Eppure, nonostante questo, si può senz'altro dire che, in ragione del numero e dell'importanza delle misure adottate, è il terzo pilastro dell'Unione il luogo per eccellenza di formazione della politica criminale europea.

Attualmente, dunque, è soprattutto all'interno di tale pilastro che si affermano quegli indirizzi politici di lotta alla criminalità elaborati dalle organizzazioni internazionali attraverso una continua attività di negoziazione con gli Stati membri. E così continuerà ad essere sino a quando la preannunciata, prossima riforma dei Trattati eroderà almeno in parte — nei modi che vedremo (27) — il peso della volontà dei singoli governi nazionali in tale attività di indirizzo. In attesa che tale trasformazione si compia mi prefiggo di offrire, attraverso un esame dei profili evolutivi della normativa e della giurisprudenza di settore, un sintetico quadro d'insieme del ruolo avuto dal terzo pilastro nel processo di europeizzazione del diritto penale.

4. *Il terzo pilastro dell'Unione europea come luogo di formazione di una politica criminale comune.*

Istituito con il Trattato di Maastricht del 1992 che ha dato vita ad un'Unione europea paragonata da più parti ad un tempio greco poggiato su distinte colonne (28), il terzo pilastro ha svolto da subito un ruolo che andava ben al di là di quanto annunciato sia dall'originaria rubrica del titolo VI del Trattato UE («Disposizioni relative alla cooperazione nei settori della giustizia e degli

(26) Cfr., in particolare, la ((Convenzione sulla protezione dell'ambiente attraverso il diritto penale) del 1998, la ((Convenzione penale sulla corruzione)) del 1999, la «Convenzione sulla criminalità informatica» del 2001, la «Convenzione per la prevenzione del terrorismo» del 2005, la ((Convenzione sulla lotta contro la tratta degli esseri umani» del 2005, la ((Convenzione sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato e sul finanziamento del terrorismo)) del 2005.

(27) Cfr., *infra*, sub par. 9.

(28) Cfr., per tutti, TIZZANO, *Introduzione. Caratteristiche generali dell'Unione europea*, in TIZZANO, *Codice dell'Unione europea*, Padova, 1995, p. XIX ss.

affari interni») sia dalla rubrica del medesimo titolo VI riformato dal Trattato di Amsterdam del 1997 («Disposizioni sulla cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale»). Il suddetto pilastro ha costituito infatti il luogo deputato all'elaborazione di una vera e propria «politica criminale comune», per un controllo stretto degli sviluppi dell'integrazione europea in taluni settori «sensibili» (29) come la criminalità organizzata e le altre forme di criminalità transnazionale (art. 29, comma 2, Tr. UE); settori nei quali interventi a carattere puramente «interno» risulterebbero in linea di massima inefficaci. Il tutto, in vista dell'affermazione di uno «spazio di libertà, sicurezza e giustizia» di cui possano giovarsi tutti i cittadini dell'Unione.

A tali fini, come già accennato nel precedente paragrafo, il terzo pilastro risulta corredato di suoi propri strumenti normativi. Improntati al metodo intergovernativo, seppure influenzati in varia misura dal metodo comunitario, tali strumenti sono concepiti sia per agevolare le diverse forme di cooperazione giudiziaria (30) sia per ravvicinare le normative in materia penale dei Paesi membri (31) e dunque ad assicurare «la garanzia della compatibilità delle normative applicabili negli Stati membri, nella misura necessaria per migliorare la (...) cooperazione» (32), ((reprimendo e prevenendo il razzismo e la xenofobia», nonché «reprimendo e prevenendo la criminalità, organizzata e di altro tipo, in particolare il terrorismo, la tratta degli esseri umani e i reati contro i minori, il traffico illecito di droga e di armi, la corruzione e la frode» (33). Con specifico riferimento alla criminalità organizzata, al terrorismo e al traffico illecito di stupefacenti, viene inoltre precisato che proprio attraverso tali strumenti può perseguirsi «la progressiva adozione di misure per la fissazione di norme minime relative agli elementi costitutivi dei reati e alle sanzioni» (34); misure il cui am-

(29) MASTROIANNI, *Il controllo della Corte di giustizia in relazione agli atti del I e del III pilastro: riflessi in materia penale*, relazione in occasione dell'incontro di studio sul tema «Verso un diritto penale sopranazionale» (CSM, Roma, 23-25 febbraio 2004), p. 4, in <http://appinter.csm.it/incontri/relaz/9908.pdS>.

(30) Più precisamente, a facilitare e accelerare la cooperazione tra i ministeri competenti e le autorità giudiziarie in relazione ai procedimenti e all'esecuzione delle decisioni, ad agevolare l'estradizione e a prevenire i conflitti di giurisdizione tra Stati membri. Cfr. art. 31, lett. a), b) e d) Tr. UE.

(31) Cfr. art. 29, ultimo trattino, Tr. UE.

(32) Art. 31, lett. c), Tr. UE.

(33) Art. 29 Tr. UE, pmo trattino.

(34) Art. 31, lett. e), Tr. UE.

bito d'utilizzo solo in apparenza risulta alquanto circoscritto, stante la larghissima accezione che può essere attribuita all'espressione «criminalità organizzata».

Come noto, già nel suo periodo di rodaggio (1992-1997) il terzo pilastro aveva consentito il varo di strumenti normativi di notevole importanza, seppure negativamente condizionati dalle difficoltà incontrate per entrare in vigore. A seguito delle modifiche introdotte dal summenzionato Trattato di Amsterdam, esso ha comunque visto crescere esponenzialmente il proprio ruolo. Un ulteriore slancio lo ha poi ricevuto dal Consiglio europeo di Tampere del 15-16 ottobre 1999 (35) nell'ambito del quale si domandava che le iniziative volte al rafforzamento della cooperazione (prime fra tutte quella relativa al reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie (36) e quella relativa alla creazione di Eurojust) (37) si accompagnassero alla redazione di strumenti d'armonizzazione penale, volti a fornire definizioni, precetti e sanzioni quanto più possibile uniformi in taluni settori sensibili, vale a dire in materia di criminalità finanziaria (38), traffico di stupefacenti, tratta di esseri umani, sfruttamento sessuale dei minori, cybercriminalità e aggressioni all'ambiente (39).

A mio avviso, gli sviluppi del terzo pilastro ben si colgono analizzando, in particolare: *l'evoluzione della tipologia degli atti normativi in esso utilizzati* (par. 5); *l'arricchimento e il mutamento dei contenuti degli atti in questione* (par. 6); *l'indiretto rafforzamento del ruolo di questi ultimi*, grazie in particolare ad alcune decisioni della Corte di giustizia (par. 7).

(35) *Resoconto: 15-09-99. Consiglio straordinario di Tampere (15/16 ottobre)*, in <http://www.europarl.europa.eu/press/sdp/journ/it/1999/n9909151.htm>. In argomento cfr. altresì, per tutti, MARGUE, *La coopération en matière de prévention et de lutte contre le crime dans le cadre du nouveau troisième pilier*, in *Rev. dr. Un. eur.*, 2000, p. 739 ss.; SALAZAR, *La costruzione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia dopo il Consiglio europeo di Tampere*, in *Cass. pen.*, 2000, p. 1114 ss.; nonché, da ultimo, LABAYLE, *Bilan et perspectives de l'ELSJ en relation avec le nouveau traité constitutionnel*, in *L'area di libertà, sicurezza e giustizia. Alla ricerca di un equilibrio tra priorità di sicurezza ed esigenze di garanzia*, cit., p. 29 ss.

(36) Ma anche di tutti gli altri provvedimenti giudiziari, e in *primis* di quelli concernenti il sequestro e la confisca dei beni.

(37) Cfr., diffusamente, SALAZAR, *La costruzione di Eurojust nell'ambito del «terzo pilastro» dell'Unione europea*, in *Cass. pen.*, 2001, p. 1964 ss.

(38) Riciclaggio, corruzione, falsificazione dell'euro.

(39) Cfr., per tutti, MARGUE, *La coopération en matière de prévention et de lutte contre le crime dans le cadre du nouveau troisième pilier*, cit., p. 740; SALAZAR, *La costruzione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia dopo il Consiglio europeo di Tampere*, cit., p. 1128.

Non va peraltro ignorato che taluni fattori giocano indubbiamente a favore di *un ridimensionamento del terzo pilastro* (par. 8): basti pensare alle crescenti resistenze manifestate, anche a livello di giurisprudenza, dagli Stati membri a mano a mano che le decisioni quadro, pur da tali Stati liberamente sottoscritte, erodono le prerogative nazionali in materia penale e, talora, minacciano le stesse garanzie fondamentali; al rischio di paralisi di testi europei a carattere penale sottoposti alla regola di un'unanimità che l'incremento numerico dei Paesi UE rende sempre più ardua; al riconoscimento di una, seppure eccezionale, competenza penale «di primo pilastro» (40), con conseguente invalidità di talune decisioni quadro che, tenuto conto dei settori normativi da esse disciplinati, devono cedere il campo a direttive comunitarie di analogo contenuto (41).

5. *Le tipologie di atti normativi utilizzati nell'ambito del terzo pilastro e la loro progressiva evoluzione.*

Per quanto concerne quindi l'evoluzione dei tipi di atti normativi cui si è fatto ricorso all'interno del terzo pilastro, occorre ricordare che, in un primo momento, particolare attenzione è stata riservata al tradizionale strumento della convenzione. Ciò in quanto quest'ultimo, nella prospettiva dei Paesi UE, presenta taluni indubbi vantaggi, quali innanzitutto il rispetto dei principi di riserva di legge e di sovranità nazionale; principi, viceversa, risultanti in almeno parziale tensione rispetto a taluni altri strumenti di armonizzazione penale di matrice europea (42). In particolare, testimoniano del favore riservato allo strumento convenzionale nella prima fase di vita del terzo pilastro la Convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee (cosiddetta Convenzione PIF) adottata a Bruxelles il 26 luglio 1995, coi suoi protocolli integrativi concernenti la corruzione dei funzionari

(40) Riconoscimento avutosi con la già ricordata sentenza 13 settembre 2005 della Corte di giustizia, la quale, sia pure in casi eccezionali, ha riconosciuto la legittimità di direttive d'armonizzazione penale: cfr. *supra*, *sub* par. 1, nt. 4.

(41) È noto infatti che «Laddove esista una competenza della Comunità europea, questa prevale su quella dell'Unione europea. In tal modo si vorrebbe impedire la fuga dal diritto comunitario a favore della collaborazione interstatuale»: VELTEN, *Diritto penale europeo*, in *Criminalia. Annuario di scienze penalistiche*, 2006, p. 130.

(42) Cfr. BERNARDI, *Stratégies pour une harmonisation des systèmes pénaux européens*, in *Archives de politique criminelle*, n. 24, Pans, 2002, p. 208 ss.

europei, la responsabilità delle persone giuridiche e la confisca (43); la Convenzione del 26 luglio 1995 che istituisce un Ufficio europeo di polizia (Convenzione Europol); la Convenzione relativa alla lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti funzionari delle Comunità europee o degli Stati membri dell'Unione europea adottata a Bruxelles il 26 maggio 1997 (44).

Il vento è cambiato quando si è capito che le convenzioni di terzo pilastro, pur differenziandosi sotto più punti dalle tradizionali convenzioni internazionali, richiedono anch'esse defatiganti attività di negoziazione tra gli Stati membri (45). E che inoltre richiedono obblighi di ratifica per la loro entrata in vigore (46) tanto più gravosi quanto più incombenti su Stati spesso negligenti nella fase successiva alla sottoscrizione degli strumenti in questione (47), nonché procedure di modifica tutt'altro che agevoli (48). Donde un abbandono abbastanza rapido del ricorso alle convenzioni, contestualmente alla nuova attenzione riservata ad un peculiare strumento normativo introdotto per la prima volta dal Trattato di Maastricht. Tale strumento, denominato «azione

(43) Sul punto cfr., per tutti, LABAYLE, *La lutte anti-fraude et le troisième pilier, in La lotta contro la frode agli interessi finanziari della Comunità europea tra prevenzione e repressione*, cit., p. 302; RIZZA, *La sanzione delle violazioni da parte dei singoli di norme comunitarie dirette alla protezione degli interessi finanziari della Comunità nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, cit., p. 115, nt. 68; SALAZAR, *Cooperazione giudiziaria e lotta antifrode*, in *La lotta contro la frode agli interessi finanziari della Comunità europea tra prevenzione e repressione*, cit., p. 327 ss.

(44) In argomento cfr., in particolare, SALAZAR, *L'Unione europea e la lotta alla criminalità organizzata da Maastricht ad Amsterdam*, in *Doc. Giustizia*, 1999, c. 393 ss.

(45) Infatti, anche dopo i Trattati di Amsterdam e di Nizza, in merito alle convenzioni il Consiglio continua a deliberare all'unanimità: cfr. art. 34 Tr. UE. Sul punto si v. anche, per tutti e con notevoli spiccatamente critici, ADAM, *La cooperazione in materia di giustizia e di sicurezza pubblica e la comunitarizzazione e metodo intergovernativo*, in *Dir. Un. Eur.*, 1998, p. 486; CURTIN, *POUW, La coopération dans le domaine de la justice et des affaires intérieures au sein de l'Union européenne: une nostalgie d'avant Maastricht?*, in *Rev. Marché comm. Un. eur.*, 1995, p. 30; MARGUE, *La coopération en matière de prévention et de lutte contre le crime dans le cadre du nouveau troisième pilier*, cit., p. 737; O'KEEFE, *Recasting the Third Pillar*, in *Common Market Law Review*, 1995, p. 904.

(46) Se non da parte di tutti, almeno da parte di almeno la metà degli Stati membri.

(47) Sul punto cfr. già, per tutti, BERNASCONI, *Nuovi strumenti giudiziari contro la criminalità economica internazionale*, Napoli, 1995, p. 405 ss.; LABAYLE, *La coopération européenne en matière de justice et d'affaires intérieures et la Conférence intergouvernementale*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 1997, p. 1 ss.; SALAZAR, *La cooperazione giudiziaria in materia penale*, in *Giustizia e affari interni nell'Unione europea. Il terzo pilastro del Trattato di Maastricht, a cura di PARISI e RINOLDI*, Torino, 1996, in particolare p. 152 ss.; Id., *La costruzione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia dopo il Consiglio europeo di Tampere*, cit., p. 1120.

(48) Cfr. *La Convenzione europea. Relazione finale del Gruppo X «Spazio di libertà, Sicurezza e giustizia»*, Bruxelles, 2 dicembre 2002, doc. CONV 426/02, p. 7.

comune», presenta una grande semplicità, duttilità ed efficacia, anche se certo non risulta privo di rozzezze a livello procedurale.

Caratterizzata da un certo equilibrio tra il metodo della cooperazione intergovernativa e il metodo comunitario, l'«azione comune» è stata ribattezzata «decisione quadro» dal Trattato di Amsterdam del 1997. Non si è trattato, peraltro, di un mero *re-styling* nominalistico, perché ad esso si sono accompagnati significativi miglioramenti alla disciplina di tale strumento normativo. In particolare, attraverso un'ampia riforma dell'art. 35 Tr. UE, si è provveduto ad introdurre una serie di importanti competenze ai giudici di Lussemburgo che, sia pure solo in parte, ricalcano quelle previste in ambito comunitario: un ricorso pregiudiziale sull'interpretazione della decisione quadro (che, in ambito comunitario, trova il suo parallelo nell'art. 234 Tr. CE), un ricorso sulla validità delle decisioni quadro (che, in ambito comunitario, trova il suo parallelo nel c.d. ricorso d'annullamento ex art. 230 Tr. CE) e un ricorso avente ad oggetto le infrazioni commesse dagli Stati in sede di applicazione della decisione quadro (che, in ambito comunitario, trova il suo parallelo nel c.d. ricorso d'invalidazione ex artt. 226 e 227 Tr. CE) (49).

Nonostante le succitate riforme in ordine alla disciplina della decisione quadro, resta comunque il fatto che l'atto in questione continua a presentare significative manchevolezze; manchevolezze le quali, se da un lato riflettono l'ambiguo punto di equilibrio oggi raggiunto tra le concezioni penalistiche di matrice «autarchico-nazionalista» e le istanze «europeiste» di cooperazione e ravvicinamento dei sistemi penali, dall'altro lato giustificano almeno in parte la permanenza di non pochi dubbi sulle caratteristiche di tali strumenti normativi.

Basti qui ricordare che, in base all'art. 35 Tr. UE, la Corte di giustizia è sì competente a pronunciarsi in via pregiudiziale sulla va-

(49) In merito ai poteri di controllo giurisdizionale sulle decisioni quadro e sugli altri strumenti giuridici del terzo pilastro cfr., per tutti ADAM, *La cooperazione in materia di giustizia e affari interni tra comunitarizzazione e metodo intergovernativo*, cit., p. 489 ss.; LABAYLB, *La Cour de justice et l'espace européen de liberté, sécurité et justice*, in *L'avenir de la justice communautaire. Enjeux et perspectives*, a cura di MEHDI, Paris, 1999, p. 77 ss.; MASTROIANNI, *Il controllo della Corte di giustizia in relazione agli atti del I e del III pilastro: riflessi in materia penale*, cit., p. 17 ss.; MILITELLO, *Agli albori di un diritto penale comune in Europa: il contrasto al crimine organizzato*, in *Il crimine organizzato come fenomeno transnazionale*, a cura di MILITELLO, PAOLI, ARNOLD, Milano, 2000, p. 40, con ulteriori riferimenti bibliografici.

lità e sull'interpretazione delle decisioni-quadro, ma solo se i singoli Stati membri abbiano accettato tale competenza, e sulla base di modalità anch'esse largamente rimesse alla discrezionalità degli stessi (50). Quanto poi al procedimento per infrazione, va segnalato che, a differenza di quanto avviene in ambito comunitario, la competenza della Corte di giustizia si estende a ogni tipo di controversia solo se quest'ultima sorga tra due Paesi membri. Ove invece la controversia si instauri tra la Commissione e un Paese membro, la competenza della Corte risulta circoscritta all'interpretazione o all'applicazione delle convenzioni di terzo pilastro, con conseguente esclusione delle decisioni-quadro. Ne consegue che, in caso di mancata, ritardata o incorretta attuazione di una decisione quadro, la Commissione non possiede strumenti giuridici per indurre lo Stato inadempiente a riconoscere nei fatti quella vincolatività della decisione quadro sancita dall'art. 34.2 lett. b) Tr. UE. In ogni caso, anche laddove la procedura di infrazione vedesse contrapposti due Paesi membri, lo Stato inadempiente avrebbe ben poco da temere, stante che nei suoi confronti non risultano applicabili sanzioni, diversamente da quanto previsto dall'art. 228.2 Tr. CE.

Si può quindi concludere affermando che, al di là del margine di discrezionalità lasciato ai Paesi membri circa le forme e i mezzi attraverso i quali pervenire ai risultati voluti dalla decisione quadro (51), quest'ultima consente ai singoli Stati un potere di scelta privo di idonei argini giuridici in merito al proprio adeguamento o meno ai contenuti normativi della decisione stessa: con il risultato di affidare *in toto* «il ritmo di recepimento del diritto dell'Unione» alle «esigenze della politica» (52), e dunque di porre in crisi la complessiva credibilità di tale strumento normativo (53). Anche se, tenuto conto della pervicace gelosia dimostrata dai Paesi membri in ordine alle proprie competenze in materia penale, appare per molti aspetti sensata la scelta di affidare la «forza di impatto») sui sistemi penali nazionali delle decisioni

(50) In argomento cfr., diffusamente e per tutti, MASTROIANNI, *Il controllo della Corte di giustizia in relazione agli atti del I e del III pilastro: riflessi in materia penale*, cit., p. 19 ss.

(51) Cfr., ancora, art. 34.2 lett. b) Tr. UE.

(52) SOTIS, BARLETTA, *L'intégration européenne et le droit pénal italien*, in *L'intégration pénale indirecte. Interaction entre droit pénal et coopération judiciaire au sein de l'Union européenne*, a cura di GIUDICELLI-DELAGE e MANACORDA, Paris, 2005, p. 339.

(53) Cfr., tra gli altri, LABAYLE, *La lutte anti-fraude et le troisième pilier*, cit., p. 318.

quadro soprattutto alla persuasività dei loro contenuti, sempre diretti alla concretizzazione di quello «spazio di libertà, sicurezza e giustizia» che costituisce lo scopo primo del terzo pilastro.

6. *Il mutamento dei contenuti propri degli atti normativi utilizzati nell'ambito del terzo pilastro.*

Come già ricordato (54), gli strumenti normativi del terzo pilastro concernenti la cooperazione giudiziaria (55), e in particolare le convenzioni e le azioni comuni/decisioni quadro, presentano finalità e contenuti che sono stati precisati dal Trattato di Amsterdam all'art. 31 Tr. UE. Tali strumenti, infatti, vengono introdotti in vista sia della cooperazione giudiziaria sia del ravvicinamento di taluni settori dei sistemi penali dei Paesi membri.

Del resto, si è già in precedente accennato al fatto che il Consiglio europeo di Tampere del 15-16 ottobre 1999 aveva insistito affinché la cooperazione giudiziaria fosse supportata da un'intensa azione d'armonizzazione penale in taluni specifici settori (56). Il risultato fu — come recentemente affermato in modo per vero eccessivamente *tranchant* (57) — una tendenziale prevalenza dei testi finalizzati al ravvicinamento dei sistemi penali sostanziali rispetto ai testi a carattere essenzialmente procedurale (58). Per verificarlo, basta esaminare le principali decisioni quadro varate dal Consiglio nei primi tre anni del nuovo secolo (vale a dire, quelle del 29 maggio 2000 (59), 28 maggio

(54) Cfr., *supra*, *sub* par. 4, nt. 30 ss.

(55) Per quanto concerne invece la cooperazione di polizia, cfr. art. 30 Tr. UE.

(56) Cfr., *supra*, *sub* par. 4, nt. 38-39.

(57) «In effetti, sino ad oggi l'Unione europea si è interessata soprattutto all'armonizzazione del diritto sostanziale, vale a dire all'armonizzazione dei precetti e delle sanzioni. (...) Per contro, poco si è fatto nel campo della procedura penale». *Justice et affaires inférieures. Communication de M. Pierre Fauchon sur le Livre vert sur la présomption d'innocence*. Texte E 3134 - COM (2006) 174 final (*Réunion du 28 juin 2006*), in <http://www.senat.fr/ue/pac/E3134.html>.

(58) Come sottolineato da HJIMANS, *Le troisième pilier dans la pratique: composer avec les faiblesses. L'échange d'informations entre les États membres (Avis préalable en vue de la réunion de l'Association néerlandaise pour le droit européen (NVER), prévue le 24 novembre 2006)*, in http://www.edps.europa.eu/EDPSWEB/webdav/site/mySite/shared/Documents/EDPS/Publications/Speeches/2007/07-02-07_preadvies_NVER_FR.pdf, «secondo Eurlex, sino ad oggi (agosto 2006) sono state adottate diciotto decisioni quadro. Undici di queste applicano *in toto* l'art. 31, par. 1, lett. e), del Trattato UE, e una lo applica in parte».

(59) ((Relativa al rafforzamento della tutela per mezzo di sanzioni penali e altre sanzioni contro la falsificazione di monete in relazione all'introduzione dell'euro », in

2001 (60), 26 giugno 2001 (61), nonché le tre decisioni quadro del 13 giugno 2002 (62) e quelle del 19 luglio 2002 (63), 28 novembre 2002 (64), 27 gennaio 2003 (65), 22 luglio 2003 (66), 22 dicembre 1993 (67)), le quali prevedono sì forme particolarmente intense di cooperazione giudiziaria e di polizia tra gli Stati membri, ma soprattutto l'adozione di misure atte a far sì che i comportamenti ivi tassativamente indicati siano considerati reati (68), nonché l'indicazione del tipo di sanzioni applicabili ai suddetti comportamenti (69).

Vero è peraltro che, secondo una attenta dottrina, negli ultimi anni questa tendenza a privilegiare le decisioni quadro a carattere sostanziale sembra essere venuta meno. Preannunciata da quei documenti nei quali si afferma una certa qual indipendenza tra mutuo riconoscimento (dunque tra cooperazione giudiziaria) e armonizzazione sostanziale (70), la progressiva marginalizzazione

GUCE L140 del 14 giugno 2000, p. 1 ss., modificata dalla decisione quadro del Consiglio del 6 dicembre 2001, in *GUCE* L329 del 14 dicembre 2001, p. 1 ss.

(60) «Relativa alla lotta contro le frodi e le falsificazioni di mezzi di pagamento diversi dai contanti», in *GUCE* L149 del 2 giugno 2001, p. 1 ss.

(61) « Concernente il riciclaggio di denaro, l'individuazione, il rintracciamento, il congelamento o sequestro e la confisca degli strumenti e dei proventi di reato », in *GUCE* L182 del 5 luglio 2001, p. 1-2.

(62) Concernenti, rispettivamente, «le squadre investigative comuni» (in *GUCE* L162 del 20 giugno 2002, p. 1 ss.), «la lotta contro il terrorismo» (in *GUCE* L164 del 22 giugno 2002, p. 3 ss.) e «il mandato d'arresto europeo e le procedure di consegna tra Stati membri» (in *GUCE* L190 del 18 luglio 2002, p. 1 ss.).

(63) «Sulla lotta alla tratta degli esseri umani», in *GUCE* L203 del 1° agosto 2002, p. 1 ss.

(64) ((Relativa al rafforzamento del quadro penale per la repressione del favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali», in *GUCE* L328 del 5 dicembre 2002, p. 1 ss.

(65) «Relativa alla protezione dell'ambiente attraverso il diritto penale», in *GUCE* L 29 del 5 febbraio 2003, p. 55 ss. Come noto, tale decisione quadro è stata annullata dalla Corte di giustizia con la già ricordata sent. 13 settembre 2005.

(66) Si allude a due distinte decisioni quadro: quella «Relativa alla lotta contro la corruzione nel settore privato», in *GUCE* L192 del 31 luglio 2003, p. 54 ss.; quella «relativa all'esecuzione nell'Unione europea dei provvedimenti di blocco dei beni o di sequestro probatorio», in *GUCE* L196 del 2 agosto 2003, p. 45 ss.

(67) ((Relativa alla lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pornografia infantile», in *GUCE* L013 del 20 gennaio 2004, p. 44 ss.

(68) Cfr., ad esempio, l'art. 3 della sopra ricordata decisione quadro del 29 maggio 2000; nonché gli artt. 2, 3 e 4 della predetta decisione quadro del 28 maggio 2001.

(69) Cfr., ad esempio, l'art. 6 della suddetta decisione quadro del 29 maggio 2000; nonché l'art. 2 della summenzionata decisione quadro del 26 giugno 2001.

(70) Cfr., in particolare, *Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, Reconnaissance mutuelle des décisions finales en matière pénale, COM* (2000) 495 final, Bruxelles, 26 luglio 2000, p. 11, n. 3.1 e n. 8. In dottrina cfr., *amplius*, MANACORDA, *Introduction. L'intégration pénale indirecte: une première définition*, in *L'intégration pénale indirecte. Interaction entre droit pénal et coopération judiciaire au sein de l'Union européenne*, cit., p. 26, in *fine*; GIUDICELLI-DELAGE, *Remarques conclusives*, ivi, p. 375 ss.

degli atti tesi a perseguire tale forma di armonizzazione risulterebbe confermata non solo dalla costante diminuzione numerica degli atti in questione (71), ma anche, in particolare, dal rinvio del processo di uniformazione delle norme incriminatrici e delle sanzioni in tema di fatti pregiudizievoli degli interessi comunitari (72) nonché dall'abbandono, ad opera della decisione quadro sul mandato d'arresto europeo, della regola della doppia incriminazione (73). Quasi che una intensa attività di cooperazione possa instaurarsi, indifferentemente, vuoi sul presupposto di un effettivo ravvicinamento dei sistemi nazionali di diritto sostanziale, vuoi sul presupposto di una mera «equivalenza» qualitativa tra di essi (74).

Ma, a prescindere dalle eventuali critiche sollevate da ogni apodittica affermazione d'indipendenza tra norme sostanziali e norme processuali, resta il fatto che l'odierna, supposta tendenza a privilegiare la costruzione di un diritto penale europeo per via prevalentemente processuale potrebbe essere dovuta non tanto a una erronea impostazione del generale processo di integrazione penale in corso di sviluppo nell'ambito del terzo pilastro, quanto alla acquisita consapevolezza delle difficoltà poste da un'armonizzazione sostanziale che, per essere davvero tale, deve realizzarsi a livello non solo di norme incriminatrici ma anche e prima ancora di principi, istituti e regole di parte generale (75). In questo senso, l'insistere sul versante processuale in sede di integrazione penale (anche attraverso la creazione e il perfezionamento degli organi

(71) Cfr., da ultimo e per tutti, MANACORDA, *Reconnaissance mutuelle et droits fondamentaux dans l'Espace de liberté, de sécurité et de justice de l'Union européenne: un développement inégal*, in *Rev. sc. crim.*, 2006, p. 883.

(72) Cfr. *Proposition d'un nouvel article 280 a*, COM (2000) 608, Bruxelles, 29 settembre 2000.

(73) Cfr., ancora, MANACORDA, *Introduction. L'intégration pénale indirecte: une première définition*, cit., p. 27.

(74) Cfr. GIUDICELLI-DELAGE, *Remarques conclusives*, cit., p. 377 ss. Tale supposizione sembra confermata dal *Programma dell'Aia: rafforzamento della libertà, della sicurezza e della giustizia nell'Unione europea*, in *GUCE 2005/C*, n. 53, p. 1 ss., ove si afferma che «La cooperazione giudiziaria in materia sia penale che civile potrebbe essere ulteriormente potenziata rafforzando la fiducia reciproca e sviluppando gradualmente una cultura giudiziaria europea basata sulla diversità degli ordinamenti giuridici degli Stati membri e l'unità della legge europea. In un'Unione allargata la fiducia reciproca deve trovare fondamento nella certezza che tutti i cittadini europei hanno accesso ad un sistema giudiziario rispondente a livelli di qualità elevati» (p. 11, punto 3.2).

(75) Laddove, per contro, è noto che la parte generale del diritto penale risulta sostanzialmente ignorata dalle fonti normative europee. Cfr. GIUDICELLI-DELAGE, *Remarques conclusives*, cit., p. 379.

sovranzionali di coordinamento investigativo e giudiziario, vale a dire di Europol, Eurojust, Olaf, Rete giudiziaria europea) (76) potrebbe essere finalizzato proprio a forzare, sia pure «in un secondo momento», l'armonizzazione dei sistemi penali sostanziali; armonizzazione, questa, resa per l'appunto indispensabile dall'«obbligo di cooperazione» imposto attraverso atti processuali di terzo pilastro (77).

In ogni caso, quello che qui importa sottolineare è che l'evoluzione dei contenuti propri degli atti normativi utilizzati nell'ambito del terzo pilastro non attiene certo solo ad un eventuale, progressivo passaggio da testi prioritariamente incentrati su forme di armonizzazione sostanziale a testi volti a privilegiare la cooperazione giudiziaria. Anzi, per certi aspetti non meno rilevante appare la tendenza a dare vita a testi che, indipendentemente dalla loro appartenenza alla prima o alla seconda delle tipologie ora menzionate, risultano connotati da una sempre maggiore ricchezza contenutistica, da obiettivi sempre più ambiziosi, dalla presenza di vincoli sempre più stretti a carico degli Stati.

Così, nei più recenti strumenti di armonizzazione sostanziale (78) i precetti tendono progressivamente a dettagliarsi, le sanzioni e i loro massimi edittali a precisarsi, la responsabilità a carico delle persone giuridiche a generalizzarsi; mentre negli strumenti di cooperazione quest'ultima tende vieppiù a «verticalizzarsi» grazie al potenziamento delle attività di coordinamento e collaborazione assicurate dai summenzionati organi sovranazionali, in un generale contesto connotato dalla elevazione del principio del mutuo riconoscimento a cardine del sistema (79) e dal

(76) In argomento cfr., da ultimo e anche per ulteriori riferimenti bibliografici, DE AMICIS, *Cooperazione giudiziaria e corruzione internazionale. Verso un sistema integrato di forme e strumenti di collaborazione tra le autorità giudiziarie*, Milano, 2007, p. 27 ss.

(77) Cfr., DELMAS-MARTY, *Avant-propos*, in *L'intégration pénale indirecte. Interaction entre droit pénal et coopération judiciaire au sein de l'Union européenne*, cit., p. 15 ss.; GIUDICELLI-DELAGE, *Remarques conclusives*, cit., p. 380. L'a. sottolinea che «imporre la cooperazione permetterebbe di far nascere, progressivamente e a lungo termine, l'armonizzazione. Alla pre-armonizzazione sostanziale si sostituirebbe la post-armonizzazione...».

(78) Probabilmente, come si è appena ricordato, meno numerosi che in precedenza, ma non per questo privi di importanza.

(79) Come inconfutabilmente dimostrato dalle numerose, recenti decisioni quadro in materia: «sul mandato d'arresto europeo e le nuove procedure di consegna, sull'esecuzione nell'UE delle decisioni di "blocco" o sequestro di beni (a fini probatori o di confisca) nell'ambito di un procedimento penale, sul reciproco riconoscimento delle sanzioni

fiorire di numerosi progetti di decisioni quadro destinati a moltiplicare i settori di intervento di tale principio(80).

Con ogni probabilità tuttavia — sull'onda dei libri verdi in argomento recentemente pubblicati(81) — la più significativa delle innovazioni «contenutistiche» riscontrabili all'interno delle fonti di terzo pilastro è quella concernente il rispetto delle garanzie difensive e dei diritti fondamentali. Tale innovazione rappresenta il sintomo della progressiva consapevolezza che, in vista dell'affermazione di un effettivo («spazio di sicurezza», il processo di europeizzazione dei meccanismi tesi alla prevenzione e repressione degli illeciti realizzati dalla criminalità organizzata non può avvenire solo enfatizzando l'«effetto spada») del diritto penale(82), ma deve anche garantirne l'«effetto scudo»(83). Vero è però che, al riguardo, non si è mancato di osservare come — tenuto conto sia delle esigenze determinate dalla trasformazione in radice dei meccanismi di cooperazione giudiziaria(84) sia dell'incremento dei rapporti diretti tra le autorità giudiziarie e delle conseguenti, inevitabili tensioni createsi — il livello di attenzione

pecuniarie e degli ordini di confisca, nonché, da ultimo, l'approvazione della Decisione quadro sul mandato europeo di ricerca delle prove, sino ad arrivate alla più recente declinazione della proposta di Decisione quadro del Consiglio della UE sull'ordinanza cautelare europea e sul reciproco riconoscimento delle misure cautelari non detentive tra gli Stati membri dell'Unione europea (al fine di consentire all'autorità giudiziaria dello Stato membro in cui è stato commesso il reato di trasferire una misura cautelare non detentiva nello Stato membro nel quale l'indagato di norma risiede)». DE AMICIS, *Cooperazione giudiziaria e corruzione internazionale. Verso un sistema integrato di forme e strumenti di collaborazione tra le autorità giudiziarie*, cit., p. 204 ss.

(80) Cfr., da ultimo e per tutti, MANACORDA, *Reconnaissance mutuelle et droits fondamentaux dans l'Espace de liberté, de sécurité et de justice de l'Union européenne: un développement inégal*, cit., p. 884 ss.

(81) Si allude, essenzialmente, al libro verde della Commissione «*Garanzie procedurali a favore di indagati e imputati in procedimenti penali nel territorio dell'Unione europea*», COM(2003) 75 def., nonché al «Libro verde sulla presunzione d'innocenza della Commissione», COM (2006) 174 final del 26 aprile 2006.

(82) Circa la critica secondo la quale l'ottenimento di uno «spazio di libertà, sicurezza e giustizia») viene attualmente perseguito in Europa attraverso l'ampliamento dei diritti penali nazionali e l'erosione delle garanzie processuali cfr., emblematicamente e per tutti, SCHÜNEMANN, *Un progetto alternativo per l'europeizzazione del diritto penale*, in *Un progetto alternativo di giustizia penale europea*, a cura di SCHÜNEMANN, versione italiana a cura di Militello, Milano, 2007, p. 10 ss. In termini analoghi cfr., altresì, sia pure con prioritario riferimento al Trattato costituzionale europeo, LÜDERSSEN, *Chi vuole un'Europa migliore?*, ivi, p. 58 ss.

(83) In argomento cfr., da ultimo e per tutti, DE AMICIS, *Cooperazione giudiziaria e corruzione internazionale. Verso un sistema integrato di forme e strumenti di collaborazione tra le autorità giudiziarie*, cit., in particolare p. 11 ss., p. 156 ss. e p. 283 ss.

(84) In argomento cfr. DE AMICIS, IUZZOLINO, *Lo spazio comune di libertà, sicurezza e giustizia nelle disposizioni penali del Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 3079.

tuttora prestato dall'Unione europea a tali garanzie e diritti debba considerarsi «tardiva e insufficiente»(85).

7. *Il ruolo della giurisprudenza della Corte di giustizia nella valorizzazione degli atti del terzo pilastro.*

Come era facile intuire, la progressiva elaborazione di una effettiva politica criminale europea deputata a modificare in modo viepiù penetrante interi settori del diritto penale sostanziale e processuale non poteva non evidenziare la assoluta precarietà dei meccanismi della produzione normativa previsti nell'ambito del terzo pilastro dell'Unione. Del resto, quest'ultimo era stato sin da principio concepito per venire col tempo assoggettato al metodo comunitario, nel più generale quadro di una complessiva omogeneizzazione di tutte le fonti normative dell'Unione.

In piena coerenza con questo disegno, il Trattato costituzionale europeo del 2004 prevedeva, come ben si sa, la fine del sistema «per pilastri») introdotto dal Trattato di Maastricht del 1992 e l'unificazione degli atti normativi adottabili in tutti i campi di competenza UE. Unificazione segnata dalla sparizione delle convenzioni e delle decisioni quadro, dalla riforma della disciplina dei regolamenti e direttive (ridenominati, rispettivamente, leggi europee e leggi quadro europee), dalla esplicita previsione di una, sia pur settoriale, competenza penale dell'Unione.

La fase di ripensamento in merito al futuro del Trattato costituzionale europeo successiva ai «no» della Francia e dell'Olanda, dunque, ha messo inesorabilmente in vetrina le persistenti manchevolezze e contraddizioni di un terzo pilastro che, nelle aspettative dei costituenti, da tempo non doveva più esistere. In effetti, il fiorire di decisioni quadro volte a sancire obblighi via via più penetranti alle scelte di diritto penale sostanziale e processuale dei Paesi membri rende sempre più vistoso e insopportabile il *deficit* democratico del loro iter normativo; così come tende a porre in rilievo il debole livello di vincolatività degli atti in questione. Ben si sa, infatti, che la vincolatività delle decisioni quadro (sancita dall'art. 34 par. 2, lett. b, Tr. UE) non solo non è accompagnata da quella effi-

(85) MANACORDA, *Reconnaissance mutuelle et droits fondamentaux dans l'Espace de liberté, de sécurité et de justice de l'Union européenne: un développement inégal*, cit., p. 890.

cacia diretta (86) ormai riconosciuta (sia pure a ben precise condizioni) (87) alle direttive, non solo non viene garantita da un sistema organico ed esaustivo di presidi giurisdizionali(88), ma neppure risulta supportata da un inequivoco obbligo di interpretazione conforme, stanti i forti dubbi che sino a poco tempo fa persistevano in ordine all'estensibilità al terzo pilastro del principio c.d. di leale cooperazione (o di fedeltà comunitaria) sancito dall'art. 10 Tr. CE, sul quale tale obbligo si fonda.

Non deve peraltro troppo stupire se, attraverso un meccanismo di supplenza ben noto e tendenzialmente accettato dai Paesi membri, alla mancata entrata in vigore del Trattato costituzionale ha fatto riscontro una giurisprudenza dinamica della Corte di giustizia(89); giurisprudenza innescata dalla già ricordata possibilità per il giudice interno di proporre, a seguito delle riforme introdotte dal Trattato di Amsterdam, ricorsi pregiudiziali sull'interpretazione delle decisioni quadro.

Si allude, in particolare, alla c.d. sentenza Pupino del 2005(90), concernente un ricorso interpretativo nel quale si ipotizzava il contrasto tra due norme del codice di procedura penale italiano e la decisione quadro 2001/220/GAI adottata dal Consiglio il 15 marzo 2001, relativa alla posizione della vittima nel processo penale. Senza voler qui entrare nel merito della complessa questione portata davanti ai giudici di Lussemburgo, basterà sottolineare come in tale decisione venga affermato che l'obbligo di interpretazione conforme del diritto interno sussiste non solo rispetto alle fonti normative «di primo pilastro», ma anche

(86) In argomento cfr., diffusamente e per tutti, SICURELLA, *Il titolo VI del Trattato di Maastricht e il diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 1310 ss.

(87) Mancata attuazione, termine scaduto, contenuto dettagliato e incondizionato. In argomento cfr. già, per tutti, BARONE, *L'efficacia diretta delle direttive Cee nella giurisprudenza della Corte di giustizia e della Corte costituzionale*, in *Foro it.*, 1991, IV, c. 130, e bibliografia ivi riportata; CAPELLI, *Le direttive comunitarie*, Milano, 1983, p. 262 ss.; DANIELE, *Brevi note in tema di attuazione delle direttive comunitarie da parte degli Stati membri*, in questa *Rivista*, 1992, p. 803 ss.; SORRENTINO, *La rilevanza delle fonti comunitarie nell'ordinamento italiano*, in *Dir. comm. internaz.*, 1989, p. 435 ss.

(88) Cfr., *supra*, *sub* par. 5, *in fine*.

(89) Cfr., ai riguardo, le osservazioni di DI COMITE, *Il principio dell'interpretazione conforme del diritto nazionale alle decisioni quadro del terzo pilastro. Un nuovo passo in avanti nel processo di integrazione europea*, in <http://www.sudineuropa.net/articolo.asp?ID=192>; MANACORDA, *Judicial activism dans le cadre de l'Espace de liberté, de justice et de sécurité de l'Union européenne*, in *Rev. sc. crim.*, 2005, p. 940 ss.; NIETO MARTIN, *Activismo judicial v. euroscpticismo: comentario a los casos ComisIÓN v. Consejo, Pupino y Berlusconi*, in *Rev. gen. der. pen.*, 2005, n. 4, p. 1 ss. dell'estratto.

(90) Grande Sezione, 16 giugno 2005, causa C-105/03 (*Pupino*).

rispetto a quelle «di terzo pilastro»). Secondo la Corte di giustizia, infatti, lo scopo in vista del quale è stata istituita l'Unione europea non potrebbe essere perseguito efficacemente «se il principio di leale cooperazione, che implica in particolare che gli Stati membri adottino tutte le misure generali o particolari in grado di garantire l'esecuzione dei loro obblighi derivanti dal diritto dell'Unione europea, non si imponesse anche nell'ambito della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale, che è del resto interamente fondata sulla cooperazione tra gli Stati membri e le Istituzioni))(91). In effetti, una volta affermata la vigenza del suddetto principio anche all'interno del terzo pilastro, risulta inevitabile dedurre che, in sede di applicazione del diritto nazionale, il giudice interno è tenuto a fornire una interpretazione di questo quanto più possibile coerente alla lettera e allo scopo della decisione quadro (92): eccezion fatta per le ipotesi nelle quali tale interpretazione determini o aggravi la responsabilità penale dell'imputato (93) o comunque si traduca in una *interpretatio contra legem* (94). Vero è peraltro che la sentenza in esame — pur manifestando vieppiù il suo impatto sulle giurisdizioni nazionali (95) — è stata criticata da una parte della dottrina, in quanto l'affermata estensione della portata applicativa del principio di leale cooperazione si reggerebbe su un argomento tanto suggestivo quanto di dubbia pertinenza (96); così come è vero che, una volta ricono-

(91) Punto 42.

(92) L'obbligo di interpretare il diritto interno conformemente alla normativa di terzo pilastro è stata recentemente ribadita dalla Corte di giustizia. Cfr. sent. 28 giugno 2007, causa C-467/05 (*Dall'Orto*), in relazione alla quale v. MANES, *I rapporti tra diritto comunitario e diritto nazionale nello specchio della giurisprudenza della Corte di giustizia: approdi recenti e nuovi orizzonti*, in *ius17@unibo.it*, p. 67.

(93) Cosa, questa, peraltro esclusa dalla Corte di giustizia con riferimento al caso Pupino, stante che a giudizio della Corte stessa le disposizioni oggetto del ricorso pregiudiziale «non vertono sulla portata della responsabilità penale (...), ma sullo svolgimento del procedimento e sulle modalità di assunzione della prova» (punto 46).

(94) Del resto, l'*interpretatio contra legem* risulta illegittima anche quando attraverso tale interpretazione il giudice nazionale intende conformare il diritto interno alle fonti, primarie e secondarie, di primo pilastro.

(95) Cfr., da ultimo e per tutte, House of Lords, sent. 28 febbraio 2007, caso *Dabas v. High Court of Justice Madrid*, 2007, UKHL 6, concernente il mandato d'arresto europeo. Tale sentenza, nel respingere l'appello, ha stabilito che la legge interna deve essere interpretata alla luce dello scopo della decisione-quadro; coerentemente a ciò, ha ritenuto che una formalità aggiuntiva richiesta dalla legge britannica ai fini della consegna di una persona introducesse un requisito tecnico che andava a frustrare le finalità della disciplina sul mandato d'arresto. Sul punto cfr. *European arrest warrant is sufficient certification*, *Times on line*, 5 marzo 2007.

(96) In quanto incentrato sul ((contemporaneo uso della parola "cooperazione" oltre che nel principio (per l'appunto, di leale cooperazione), anche nell'intitolazione del

sciuto l'obbligo di interpretazione conforme anche rispetto alle fonti del terzo pilastro, risulta estremamente arduo — specie con riferimento alle norme di diritto penale (97) — individuare il limite all'attività ermeneutica consentita al giudice interno (98). Attività, questa, non di rado verosimilmente in precario equilibrio tra interpretazioni estensive di non del tutto pacifica legittimità (99), interpretazioni additive/manipolative tendenti all'analogia (100) e interpretazioni analogiche spacciate per interpretazioni finalistiche e sistematiche in nome di quell'obbligo di fedeltà al diritto europeo rispetto al quale, talora, il giudice nazionale avverte una sorta di cogenza sovrastante lo stesso principio di legalità.

I pregi di questa controversa sentenza — nella quale, oltretutto, la differenza tra interpretazione conforme (101) (come appena detto, ormai ammessa anche nel terzo pilastro) ed efficacia diretta (102) (come già ricordato, esplicitamente esclusa nel terzo pilastro ex art. 34 par. 2 lett. b, Tr. UE) rischia di smarrirsi (103) — sarebbero allora essenzialmente quelli, tra loro strettamente connessi, di favorire il conseguimento del risultato perseguito dalle fonti del terzo pilastro (104) e di ((costituire un passo in avanti verso il superamento della distinzione tra i pilastri del-

titolo VI del TUE» CALVANO, *Il Caso Pupino: ovvero dell'alterazione per via giudiziaria dei rapporti tra diritto interno (processuale penale), diritto Ue e diritto comunitario*, in *Associazione italiana dei costituzionalisti. Materiali*, 2006, par. 2, in www.associazionedeicostituzionalisti.it/materiali/anticipazioni/caso_pupino.

(97) Cfr., al riguardo, le osservazioni di VIGANÒ, *Recenti sviluppi in tema di rapporti tra diritto comunitario e diritto penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 1439, e i relativi esempi riportati alla nt. 35.

(98) Cfr., peraltro con specifico riferimento alla difficoltà per talune sentenze interpretative della Corte di giustizia concernenti norme comunitarie di orientare le scelte ermeneutiche del giudice nazionale, BERNARDI, «*Principi di diritto*» e *diritto penale europeo*, in *Annali dell'Università di Ferrara - Scienze giuridiche*, vol. II, 1988, p. 209 ss., con ulteriori riferimenti bibliografici.

(99) Cfr. MANES, *L'incidenza delle «decisioni-quadro» sull'interpretazione in materia penale: profili di diritto sostanziale*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 1158.

(100) Cfr. CALVANO, *Il Caso Pupino: ovvero dell'alterazione per via giudiziaria dei rapporti tra diritto interno (processuale penale), diritto Ue e diritto comunitario*, cit., par. 3.

(101) Volta ad applicare la norma interna interpretandola alla luce della norma europea.

(102) Volta ad applicare direttamente la norma europea, se del caso disapplicando la norma interna con essa contrastante.

(103) Al riguardo cfr., per tutti, CALVANO, *Il Caso Pupino: ovvero dell'alterazione per via giudiziaria dei rapporti tra diritto interno (processuale penale), diritto Ue e diritto comunitario*, cit., par. 2; MANACORDA, *Judicial activism dans le cadre de l'Espace de liberté, de justice et de sécurité de l'Union européenne*, cit., p. 747.

(104) Cfr. Corte di giustizia, sent. 16 giugno 2005, cit., punto 43.

l'Ue»(105). Superamento, questo, che l'esperienza maturata nei quindici anni ormai trascorsi dal Trattato di Maastricht e dall'avvento dell'Unione europea indica come quanto mai opportuno(106), ma che solo una riforma di tipo costituzionale può pienamente legittimare.

8. *Gli attuali ostacoli di matrice nazionale e comunitaria frapposti alla politica criminale elaborata in sede di terzo pilastro.*

I sin qui descritti fenomeni di valorizzazione per via normativa e giurisprudenziale degli strumenti del terzo pilastro non devono peraltro indurre a dimenticare i fattori che già oggi giocano a favore di un complessivo ridimensionamento di tali strumenti. Al riguardo, sembra opportuno distinguere i suddetti fattori a seconda che essi siano espressivi di resistenze manifestate in ambito nazionale (A), ovvero in ambito comunitario (B).

A) Il primo gruppo di fattori è alquanto eterogeneo, dato che assai diverse sono le ragioni alla base delle resistenze nazionali nei confronti del terzo pilastro e dei suoi atti.

a) In primo luogo, e sotto un profilo generale, le resistenze opposte da una parte delle comunità scientifiche nazionali agli strumenti di terzo pilastro sarebbero dovute, secondo alcuni commentatori, al fatto che tali strumenti mal si conciliano col principio di legalità (107), in specie ma non solo col suo corollario della «riserva di legge»(108). La critica ai (sostenitori di un diritto

(105) MAZZOCCHI, *Il caso Pupino e il principio di interpretazione conforme delle decisioni-quadro*, in *Quaderni cost.*, 2005, p. 886. Tra gli altri, concordano sul fatto che la sentenza *Pupino* costituisca espressione della tendenza a comunitarizzare il terzo pilastro CORSTENS, *Eerste strafarrest van het Hof van Justitie over een kaderbesluit*, in *Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht (NTER)*, 2006, n. 1/2, p. 24; COTTE, *L'encadrement par la norme internationale*, in http://www.courdecassation.fr/IMG/Files/pdf_2006/06-04-2006/06-04-06_intervention_cotte.pdf; HIJMANS, *Le troisième pilier dans la pratique: composer avec les faiblesses. L'échange d'informations entre les États membres*, p. 43, in http://www.edps.europa.eu/EDPSWEB/webdav/site/mySite/shared/Documents/EDPS/Publications/Speeches/2007/07-02-07_preadvies_NVER_FR.pdf; PRECHAL *Juridisch cement voor de Europese Unie*, Groningen, 2006, p. 22.

(106) Cfr., esemplificativamente, PICOTTI, *Il Corpus Juris 2000. Profili di diritto penale sostanziale e prospettive d'attuazione alla luce del progetto di Costituzione per l'Europa*, in *Il Corpus juris 2000. Nuova formulazione e prospettive di attuazione*, a cura di Picotti, Padova, 2004, p. 62 ss. e, in particolare, p. 72.

(107) Cfr., da ultimo e per tutti, DRAETTA, *Diritto dell'Unione europea e principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale italiano: un contrasto non più solo teorico*, in *Dir. Un. Eur.*, 2007, p. 19, nt. 18.

(108) Mentre infatti nei processi formativi degli atti di primo pilastro il Parlamento europeo è ormai dotato — anche se non sempre — del potere di codecisione, in

penale europeo monopolizzato dal potere esecutivo, o (come potrebbe meglio etichettarsi) a carattere governativo»(109) finisce così con l'estendersi al terzo pilastro nel suo complesso, in quanto luogo deputato alla elaborazione di strategie anticriminali carenti di democraticità.

b) Sempre sotto un profilo generale, lo sfavore dimostrato in ambito nazionale rispetto agli atti di terzo pilastro sarebbe ascrivibile all'ottica di pan-penalizzazione che li caratterizzerebbe e che risulterebbe in contrasto con il principio di *extrema ratio* della sanzione criminale(110). In questo senso, le decisioni quadro sarebbero avvertite, per l'appunto, come finalizzate ad assicurare un elevato livello di sicurezza privilegiando il ricorso allo strumentario penale(111), concepito in funzione di «lotta» all'illegalità, o quantomeno alle forme più gravi di illegalità(112).

c) Con specifico riferimento a taluni atti di terzo pilastro, le resistenze nazionali sarebbero riconducibili ai loro contenuti, che a volte non risulterebbero rispettosi dei diritti fondamentali dell'imputato. Gli atti in questione, cioè, tutelerebbero le vittime

relazione ai processi formativi degli atti di terzo pilastro tale organo assume il ruolo marginale di ente di consultazione autorizzato a presentare proposte di emendamento motivate ma non vincolanti, con conseguente, vistoso indebolimento della sua funzione di controllo democratico.

(109) Così, peraltro con riferimento al progetto di Trattato costituzionale europeo, LÜDERSSEN, *Chi vuole un'Europa migliore?*, cit., p. 62.

(110) Cfr., al riguardo, con varietà di accenti, DELMAS-MARTY, *Les chemins de l'harmonisation pénale. Objectifs et méthodes*, in *Les chemins de l'harmonisation pénale*, in corso di pubblicazione, p. 2 del testo dattiloscritto; DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, Milano, 2004, p. 177; SCHÜNEMANN, *Un progetto alternativo per l'uropeizzazione del diritto penale*, cit., p. 10.

(111) Bisogna tuttavia tener presente che gli illeciti in relazione ai quali le decisioni quadro fungono da strumento di armonizzazione sanzionatoria risultano in genere connotati da un significativo livello di gravità e da una elevata attitudine a creare allarme sociale. Sicché, in definitiva, non dovrebbe stupire il fatto che in relazione a tali illeciti si tendano a privilegiare risposte punitive di tipo essenzialmente penale, spesso anche assai severe.

(112) Cfr. DONINI, *Diritto penale di lotta vs. diritto penale del nemico*, in *Contra-sto al terrorismo interno e internazionale*, a cura di KOSTORIS e ORLANDI, 2006, p. 19 ss., per il quale, appunto, «Il diritto dell'Unione europea, oggi, è un tipico diritto ispirato alla "lotta"»; *amplius* ID., *Diritto penale di lotta. Ciò che il dibattito sul diritto penale del nemico non deve limitarsi a esorcizzare*, par. 2 ss., p. 3 ss. del dattiloscritto in corso di pubblicazione in *Studi sulla questione criminale*, 2007, n. 2. Per l'A., da un lato «Il diritto penale di lotta (...) costituisce una radicalizzazione delle concezioni strumentali del diritto pur presenti nell'idea dello scopo», in quanto lo scopo risulta ormai essere non già la semplice tutela dei beni giuridici, ma «la vittoria contro un "fenomeno" dannoso o pericoloso»; dall'altro lato la legislazione europea di terzo pilastro attua «una "normalizzazione" del diritto penale di lotta», sino a far divenire quest'ultimo «tratto saliente della legislazione comunitaria in materia di giustizia penale».

della criminalità organizzata, ma non certo «anche le persone accusate di un reato»(113).

d) In una prospettiva diversa ma convergente, anche il fatto che i contenuti dei progetti di decisione quadro siano divenuti sempre più vincolanti (e più erosivi della sovranità nazionale) implica un aumento della probabilità che uno o più Stati membri si oppongano a tali atti. Senza contare che già il numero stesso dei Paesi membri dell'Unione, cresciuto da 15 a 27 in pochi anni, tende a rendere sempre più difficile l'accordo all'unisono di tutti i relativi governi nazionali in merito alle decisioni quadro, per la cui adozione vige, come noto, la regola dell'unanimità in sede di Consiglio (art. 34, par. 2, Tr. UE).

Comunque sia, è un fatto che le maggiori resistenze da parte degli Stati UE si avvertano nei confronti degli atti di terzo pilastro dotati di ricadute particolarmente penetranti sugli ordinamenti nazionali, ovvero caratterizzati da profili di problematicità rispetto a taluni principi e diritti fondamentali. Si pensi, innanzitutto, alla decisione quadro del 13 giugno 2002 relativa al mandato d'arresto europeo, della quale in alcuni Paesi UE è stata contestata la stessa validità (114), in altri dichiarata costituzionalmente illegittima la legge nazionale di attuazione (115), in altri ancora sottoposto a mille ecce-

(113) Cfr., ancora, LÜDERSEN, *Chi vuole un'Europa migliore?*, cit., p. 58. Cfr. altresì, da ultimo e con varietà di accenti, DRAETTA, *Diritto dell'Unione europea e principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale italiano: un contrasto non più solo teorico*, cit., p. 17 ss., con ulteriori riferimenti bibliografici; MONETTI, *Proposte specifiche in tema di cooperazione penale e di garanzie processuali*, in *Verso l'Europa dei diritti. Lo spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia*, a cura di AMATO e PACIOTTI, Bologna, 2005, p. 114 ss.; ID., *Strumenti di cooperazione e garanzie processuali*, in *L'area di libertà, sicurezza e giustizia. Alla ricerca di un equilibrio tra priorità di sicurezza ed esigenze di garanzia*, cit., p. 403 ss.; ALLEGREZZA, *Cooperazione giudiziaria, mutuo riconoscimento, e circolazione della prova penale nello spazio giudiziario europeo*, ivi, p. 712 ss., con ulteriori riferimenti bibliografici.

(114) Così, nell'*arrêt* del 13 luglio 2005 *l'Arbitragehof* belga ha chiesto alla Corte di giustizia di pronunciarsi sulla validità della suddetta decisione quadro, ponendo in dubbio la sua conformità agli artt. 6.2 e 34.2 lett. b) Tr. UE. In argomento cfr., per tutti, LAPINSKAS, *Le mandat d'arrêt européen du point de vue des Cours constitutionnelles européennes*, p. 4 ss., in http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/py/586/586174/586174fr.pdf; MANACORDA, *Judicial activism dans le cadre de l'Espace de liberté, de justice et de sécurité de l'Union européenne*, cit., p. 949 ss.; ID., *Reconnaissance mutuelle et droits fondamentaux dans l'Espace de liberté, de sécurité et de justice de l'Union européenne: un développement inégal*, cit., p. 884 ss. Va comunque sottolineato che, in risposta alla succitata domanda di pronuncia pregiudiziale, la Grande Sezione della Corte di giustizia ha affermato che «dall'esame delle questioni sottoposte non è emerso alcun elemento idoneo a infirmare la validità della decisione quadro (...) relativa al mandato d'arresto europeo...»: sent. 3 maggio 2007, n. C-303105 (*Advocaten voor de Wereld YZW e. Leden van de Ministerraad*), punto 62.

(115) Cfr., in particolare, le sentenze 27 aprile 2005 della Corte costituzionale polacca (la quale peraltro, ex art. 190 Cost., ha sospeso per 18 mesi gli effetti della sen-

zioni il meccanismo di mutuo riconoscimento da essa previsto (116). Il tutto, a dimostrazione del fatto che certi passi in avanti nel cammino dell'integrazione europea, pur per molti aspetti indispensabili, vengono a volte considerati un po' troppo lunghi, e comunque difficilmente conciliabili con taluni principi costituzionali, finendo così col favorire, nelle sue diverse manifestazioni, la dottrina dei controlli al primato del diritto europeo.

B) Quanto poi ai fattori di ridimensionamento del terzo pilastro espressivi di resistenze manifestate in ambito comunitario, ci si limiterà qui a sottolineare che la Commissione si è opposta all'erosione degli ambiti di competenza CE da parte di talune decisioni quadro, innescando una giurisprudenza che, a sua volta, ha in parte eroso gli ambiti di competenza che il terzo pilastro si era attribuito. In questo senso, la già ricordata sentenza della Corte di giustizia del 13 settembre 2005 (117) ha annullato la decisione quadro 2003/80/GAI in materia di protezione dell'ambiente attraverso il diritto penale, stabilendo che i suoi contenuti devono essere travasati in una direttiva: ciò in quanto il settore ambientale è di competenza comunitaria, e nonostante che in linea di principio la Comunità non abbia competenza penale. Indubbiamente, nel riconoscere che in taluni casi è possibile, attraverso direttive, imporre agli Stati membri obblighi di incriminazione in settori normativi di pertinenza comunitaria, questa sentenza finisce con l'ammettere una competenza penale «di primo pilastro» destinata in qualche modo a comprimere i presunti ambiti della competenza penale propria del terzo pilastro (118). Il problema, a questo punto, è capire quante e quali sono le decisioni quadro che, in virtù della materia trattata (di pertinenza del primo pilastro), sono destinate ad essere annullate e riproposte sotto forma di direttiva (119), evitando così

tenza, così da consentire al legislatore polacco di varare le riforme del caso) e 18 luglio 2005 del Tribunale costituzionale tedesco.

(116) Cfr., per tutti e con varietà di accenti, DE AMICIS, SELVAGGI, *La legge sul mandato europeo d'arresto tra inadeguatezze attuative e incertezze applicative*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 1813 ss.; MARZADURI, *Tutela dei diritti individuali e disciplina del mandato d'arresto europeo: spunti problematici sui contenuti delle disposizioni introduttive della legge n. 69 del 2005*, in *Indice pen.*, 2005, p. 889 ss.; MAZZIOTTI DI CELSO, *L'attuazione nell'ordinamento italiano della decisione-quadro n. 2002/584 GAI sul mandato di arresto europeo*, in *Dir. soc.*, 2006, p. 171 ss.

(117) Cfr., *supra*, *sub* par. 1, nt. 4; par. 4, nt. 40.

(118) Cfr., *supra*, *sub* par. 4, nt. 41.

(119) In effetti, come di recente sottolineato dalla House of Lords (*The Criminal law Competence of the European Community. Report with Evidence*, 28 luglio 2006, HL

che i rispettivi settori normativi siano assoggettati al metodo inter-governativo, in deroga al principio di prevalenza della competenza comunitaria sulla competenza dell'Unione.

Resta il fatto che lo spostamento dal terzo al primo pilastro di certi testi normativi a carattere penale non implica un indebolimento, ma semmai un potenziamento della politica criminale europea, in ragione del superiore livello di coerenza delle direttive rispetto alle decisioni quadro (120).

9. *La fine del terzo pilastro e il potenziamento della politica criminale europea nel quadro della prossima riforma dei Trattati.*

Ma le sorti del terzo pilastro e dei suoi strumenti non sembrano certo compromesse solo dalle summenzionate attività di freno svolte a livello nazionale e comunitario. Tutto lascia credere infatti che il terzo pilastro non solo vedrà ridotta la sua produzione normativa, ma addirittura giungerà in un futuro assai prossimo al termine della sua esistenza, del resto immaginata di non lunga durata dagli stessi architetti dell'Unione europea (121). Anche e soprattutto in questo caso, tuttavia — come del resto già rilevato con riferimento alle succitate ipotesi di travaso dei contenuti di talune decisioni quadro all'interno di direttive (122) — la fine del terzo pilastro comporterebbe non già un indebolimento, bensì un vistoso potenziamento della politica criminale europea, la quale sarebbe chiamata a realizzarsi in un contesto non molto diverso da quello a suo tempo previsto dal Trattato costituzionale del 2004. E qui è opportuno un brevissimo *excur-sus* storico sui fondamentali profili penali di tale Trattato, come ben si sa affossato, in sede di ratifica, dai «no» della Francia e dell'Olanda (123).

Paper 227, London, p. 8-9, punto 7), «il caso C-176103 è uno soltanto dei casi di disaccordo tra le istituzioni comunitarie — la Commissione, il Consiglio ed il Parlamento europeo — in relazione al problema dell'appartenenza di una particolare azione al primo oppure ad un altro pilastro». Così, nel caso C-440105 *Commissione contro Consiglio* (...), la Commissione ha chiesto alla Corte di dichiarare illegittima e di annullare la decisione quadro 2005/667/GAI del 12 luglio 2005 «intesa a rafforzare la cornice penale per la repressione dell'inquinamento provocato dalle navi».

(120) Cfr., *supra*, *sub* par. 5.

(121) Cfr., in particolare, la norma passerella prevista dapprima all'art. K.9 Tr. UE e, successivamente al Trattato di Amsterdam, all'art. 42 Tr. UE.

(122) Cfr., *supra*, *sub* par. 8, lett. B).

(123) Per un più dettagliato esame degli effetti che il Trattato costituzionale euro-

Orbene, nel Trattato costituzionale europeo del 2004 il già ricordato venir meno dei tre pilastri posti a fondamento dell'Unione e la parallela unificazione e ridenominazione degli atti normativi adottabili in tutti i settori di competenza UE (leggi europee e leggi quadro europee in luogo degli attuali regolamenti e direttive) (124) si accompagnavano alla previsione di una lunga serie di disposizioni attributive di competenze penali in molteplici campi di rilievo UE.

In estrema sintesi, nel Trattato veniva affermato che la costruzione di uno spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia doveva realizzarsi sia attraverso la cooperazione tra gli Stati membri e il riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie, sia attraverso il ravvicinamento delle legislazioni nazionali, in particolare in taluni specifici settori del diritto penale processuale e sostanziale.

Più precisamente, per quanto concerneva la cooperazione giudiziaria e di polizia, il Trattato ne prevedeva tre diverse forme, a seconda che tale cooperazione si realizzasse attraverso norme europee dirette a perseguire il collegamento tra operatori e autorità nazionali (125), ovvero a ottenere la centralizzazione di talune strutture (126), ovvero ancora a garantire la libera circolazione dei provvedimenti delle magistrature nazionali (127).

Per quanto concerneva poi il ravvicinamento delle norme penali processuali nazionali, esso si sarebbe attuato attraverso la generalizzata affermazione a livello europeo del principio del *ne bis in idem*, nonché attraverso la possibilità di fissare, con leggi quadro europee, regole minime in tema di ammissibilità reciproca delle prove, diritti della persona nella procedura penale, diritti delle vittime della criminalità.

peo del 2004 avrebbe dovuto produrre in ambito penale cfr., per tutti, BERNARDI, *Europeizzazione del diritto penale e progetto di Costituzione europea*, in *Dir. pen. e proc.*, 2004, p. 5 ss.; GRASSO, *La Costituzione per l'Europa e la formazione di un diritto penale dell'Unione europea*, in *Scritti in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di DOLCINI e PALIERO, Milano, 2006, vol. I, p. 359 ss.

(124) Cfr., *supra*, *sub* par. 7.

(125) Come nel caso di mutua assistenza in relazione all'azione penale e all'esecuzione delle decisioni.

(126) Quale ad esempio Eurojust, vero e proprio *pendant* giudiziario di Europol.

(127) In particolare, attraverso il riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie nelle materie penali che presentano una dimensione transnazionale. La disciplina del mandato d'arresto europeo introdotta dalla decisione quadro 13 giugno 2002 costituisce una prima, vistosa concretizzazione del principio della libera circolazione dei provvedimenti giurisdizionali nazionali.

Infine, per quanto concerneva il ravvicinamento dei diritti penali sostanziali nazionali, la competenza conferita a tal fine all'Unione avrebbe dovuto riguardare due distinte categorie di reati, per le quali potevano essere previste — sempre attraverso il ricorso a leggi quadro europee — norme minime relative alla definizione dei precetti e delle sanzioni. La prima categoria era quella dei reati riconducibili a forme di criminalità particolarmente grave che presentano una dimensione transnazionale e che tradizionalmente costituiscono l'oggetto della politica criminale del terzo pilastro (senonché in base al Trattato costituzionale del 2004 le suddette forme di criminalità erano più numerose di quelle riconducibili nell'ambito del terzo pilastro, in quanto il relativo elenco inserito nel Trattato costituzionale risultava più ampio rispetto agli attuali elenchi previsti dagli artt. 29 e 31, lett. e, Tr. UE)(128). La seconda categoria era quella dei reati per i quali l'introduzione di norme minime comuni appare indispensabile per garantire l'attuazione efficace di una politica dell'Unione in un settore oggetto di misure d'armonizzazione(129). Attraverso questa seconda categoria di reati (130) verrebbero quindi definitivamente «comunitarizzati»(131) quegli ambiti di competenza penale dell'Unione che, a giudizio della Commissione europea, già in base alla più volte ricordata sentenza 13 settembre 2005 della Corte di giustizia dovrebbero essere affidati allo strumento della direttiva anziché della decisione quadro (132).

(128) In base al Trattato costituzionale europeo del 2004, inoltre, l'elenco di questi settori della criminalità avrebbe potuto essere integrato, in funzione dell'evoluzione della criminalità, attraverso una ((decisione europea» presa dal Consiglio dei Ministri con particolari modalità.

(129) Cfr. PICOTTI, *Il Corpus Juris 2000. Profili di diritto penale sostanziale e prospettive d'attuazione alla luce del progetto di Costituzione per l'Europa*, in *Il Corpus Juris 2000: Nuova formulazione e prospettive di attuazione*, a cura di L. PICOTTI, Padova, 2004, par. 7.

(130) Finalizzata — come precisato *supra*, *sub par.* 3 — a garantire una tutela efficace e omogenea del diritto comunitario, assicurando un processo di ravvicinamento dei sistemi penali dei Paesi membri.

(131) In quanto disciplinati per mezzo di leggi quadro europee che, come detto, in base al Trattato costituzionale del 2004 avrebbero dovuto costituire la versione aggiornata delle attuali direttive.

(132) La Commissione infatti, in una sua comunicazione successiva alla sentenza in questione, ha affermato che gli effetti di quest'ultima non debbono essere circoscritti alla sola materia della protezione dell'ambiente, ma si estendono a tutte le politiche comunitarie. Cfr. *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio «in merito alle conseguenze della sentenza 13 settembre 2005 della Corte (C-176103 Commissione contro Consiglio)»*, Bruxelles, 23 novembre 2005, COM(2005) 583 def.). Cfr. altresì, sia pure in modo meno esplicito, lo stesso Parlamento europeo (*Proposta di risolu-*

Sempre nel Trattato costituzionale europeo, le innovazioni dirette alla comunitarizzazione e alla vistosa espansione delle competenze penali dell'Unione europea venivano legittimate sia dalla scomparsa, o quantomeno dalla notevolissima attenuazione del *deficit* democratico comunitario (133), sia dalla estensione del controllo giurisdizionale della Corte di giustizia sugli atti di diritto derivato e sulle relative norme interne d'attuazione, sia dalla espressa costituzionalizzazione di alcuni fondamentali principi in materia penale.

Per quanto or ora visto, il Trattato costituzionale del 2004 segnava dunque un vistosissimo passo avanti nel processo di europeizzazione del diritto penale, in particolare assoggettando al metodo comunitario gli strumenti attuativi della politica criminale europea. Il fallimento del suddetto Trattato, divenuto irreversibile dopo la ((pausa di riflessione) conclusasi nel 2006 (134), nel vanificare i progressi sin qui descritti, avrebbe potuto implicare una lunga fase di stallo, solo in parte attenuata dalla già menzionata giurisprudenza dinamica ed evolutiva della Corte di giustizia (135).

Senonché, probabilmente, questa fase di stallo sarà più breve del previsto, in quanto, in occasione del Consiglio europeo del 21-22 giugno 2007, si è deciso di procedere sollecitamente a un processo di riforma degli attuali Trattati, affinché vengano introdotte al più presto le modifiche istituzionali necessarie al buon funzionamento di un'Unione formata ormai da 27 Paesi (136). Orbene, quantomeno per ciò che concerne la materia penale, il progetto di Trattato modificativo redatto dalla Conferenza intergovernativa apertasi il 23 luglio 2007 (137) non sembra affatto

zione del Parlamento europeo del 25 gennaio 2006 « sulle conseguenze della sentenza della Corte del 13 settembre 2005 (C-176103 Commissione/Consiglio) », provv. 2006/2007(INI).

(133) Attraverso il rafforzamento del ruolo del Parlamento europeo e dei parlamenti nazionali nell'ambito del processo di produzione degli atti normativi dell'Unione.

(134) Nonostante la ratifica del Trattato costituzionale da parte di 18 Stati membri, si è deciso infatti di non dover insistere nel riproporre il testo rifiutato da Francia e Olanda. Ma prima che tale decisione venisse presa il futuro del Trattato costituzionale europeo è stato per lungo tempo incerto e oggetto di accessi dibattiti. In argomento cfr., *amplius*, BERNARDI, « *Riserva di legge* » e *fonti europee in materia penale*, in *Annali dell'Università di Ferrara - Scienze Giuridiche*, vol. XX, 2006, p. 8 ss.

(135) Cfr., *supra*, sub par. 7.

(136) Anche se, per vero, non deve sottovalutarsi la possibilità che la ratifica del futuro Trattato possa rivelarsi più difficile della negoziazione. Cfr. sul punto, diffusamente, COMMISSIONE EUROPEA, *Ostacoli in vista per il processo di ratifica del futuro Trattato*, in *In Europa*, numero 26 del 30 luglio 2007.

(137) Come disposto dal Consiglio europeo di Bruxelles, 21 e 22 giugno 2007,

voler «giocare al ribasso». Tale progetto (138) infatti, pur sembrando in apparenza rinunciare ad alcuni dei più emblematici tratti caratterizzanti il Trattato costituzionale europeo (139), nella sostanza «conferma (e talora rafforza) le scelte fondamentali operate nel 2004» (140).

Così, per quanto concerne innanzitutto il ravvicinamento dei sistemi penali nazionali, sull'onda del Trattato costituzionale (141) il progetto in questione estende le forme di criminalità grave rispetto alle quali possono essere previste norme minime d'armonizzazione, ricomprendendo tra di esse il riciclaggio, la contraffazione dei mezzi di pagamento e la criminalità informatica (142). Del pari, come già stabilito dal Trattato costituzionale (143), analoghe norme minime possono essere adottate nei settori di competenza dell'Unione che siano oggetto di misure d'armonizzazione per l'efficace attuazione delle quali risulti indispensabile la previsione degli elementi essenziali delle norme incriminatrici e delle relative sanzioni (144).

In aggiunta a tutto ciò, il recentissimo progetto di Trattato modificativo prevede la possibilità di adottare analoghe norme minime d'armonizzazione in materia di procedura penale (145), laddove ciò sia «necessario per facilitare il riconoscimento reci-

Conclusioni della Presidenza, Bruxelles, 23 giugno 2007 (or. en), 11177/07, Allegato I, *Progetto di mandato alla CIG*, p. 15, tale progetto si limita a modificare il Trattato UE e il Trattato CE (in futuro denominato «Trattato sul funzionamento dell'Unione», in considerazione della personalità giuridica unica dell'Unione), senza sostituirsi ad essi.

(138) In merito al quale cfr. i documenti preparatori della nuova Conferenza intergovernativa (*Conférence des représentants des Gouvernements des États membres*, Bruxelles, 23 luglio 2007, CIG 1/07, *Projet de traité modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne*; *Conférence des représentants des Gouvernements des États membres*, Bruxelles, 23 luglio 2007, CIG 2/07, *Projet de traité modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne. Protocoles*; *Conférence des représentants des Gouvernements des États membres*, Bruxelles, 23 luglio 2007, CIG 3/07, *Projet de déclarations*..

(139) Si pensi, in particolare, alla rinuncia al termine «Costituzione» e al mancato inserimento della Carta europea dei diritti all'interno del Trattato stesso.

(140) SALAZAR, *Lo spazio di Libertà, Sicurezza e Giustizia nel nuovo progetto di Trattato*, in *Lezioni di diritto penale europeo*, a cura di GRASSO e SICURBLA, in corso di pubblicazione, p. 7 del testo dattiloscritto.

(141) Cfr. art. III-271.1 di tale Trattato.

(142) Cfr. CIG 1/07, cit., art. 69 F, par. 1.

(143) Cfr. art. III-271.2 di tale Trattato.

(144) Cfr. CIG 1/07, cit., art. 69 F, par. 2.

(145) E segnatamente in tema di ammissibilità reciproca delle prove tra gli Stati membri, diritti della persona nella procedura penale e diritti delle vittime della criminalità (nonché, eventualmente, «in altri aspetti della procedura penale, che il Consiglio avrà preliminarmente identificato con una decisione» adottata all'unanimità). Cfr. CIG 1/07, cit., art. 69 E, par. 2, p. 64.

proco delle decisioni giudiziarie e la cooperazione di polizia e giudiziaria nelle materie penali aventi dimensione transnazionale».

Anche la possibilità di istituire in futuro un Pubblico Ministero europeo appare rafforzata rispetto all'originaria previsione del Trattato costituzionale del 2004 (146). Il nuovo progetto di Trattato stabilisce infatti che in mancanza di unanimità sul punto in sede di Consiglio, un gruppo di almeno un terzo degli Stati membri ha la possibilità di instaurare una cooperazione rafforzata (147).

Naturalmente, tutte le norme in materia di cooperazione e di armonizzazione penale, in quanto appunto destinate ad essere contenute all'interno degli strumenti tipici del diritto comunitario (i quali ritornano al loro nome originario di direttive e regolamenti, dato che viene abbandonata la suggestiva denominazione di «leggi europee» e «leggi quadro europee» prevista dal Trattato costituzionale), vedono migliorato il loro livello di legalità, venendo assoggettate alla procedura di codecisione da parte del Parlamento europeo.

In particolare, la completa eliminazione dello strumento della decisione quadro in favore della direttiva presenta ulteriori conseguenze positive, tra le quali segnatamente: a) l'attribuzione alla Corte di giustizia (in futuro «Corte dell'Unione europea») di una piena competenza nella materia in esame (148), e la possibilità per la Commissione di utilizzare la procedura di inadempimento in caso di mancata, ritardata o incorretta trasposizione da parte di uno Stato membro di una direttiva a carattere penale (149); b) l'abbandono della regola dell'unanimità in materia penale, con conseguente **impossibilità**, per un solo Stato UE, di

(146) Cfr. art. III-274 di tale Trattato.

(147) Cfr. Consiglio europeo di Bruxelles, 21 e 22 giugno 2007, *Conclusioni della Presidenza*, Allegato I, *Progetto di mandato alla CIG*, cit., p. 29, punto 2, lettera d) dell'allegato 2; CIG 1/07, cit., art. 69 I, par. 1, p. 67.

(148) Con la sola esclusione, attualmente prevista dall'art. 35.5 Tr. UE, del controllo sulla validità o proporzionalità delle operazioni effettuate dalla polizia o da altri servizi incaricati dell'applicazione della legge di uno Stato membro e sull'esercizio delle responsabilità incombenti agli Stati membri per il mantenimento dell'ordine pubblico e la salvaguardia della sicurezza interna.

(149) ((Ulteriore novità di tale procedura è che, in caso di constatazione di un inadempimento consistente nel mancato recepimento di una direttiva, essa consentirà alla Corte di comminare subito nella propria sentenza, su richiesta della Commissione, il pagamento di una somma forfettaria o di una penalità entro i limiti dell'importo indicato nella richiesta della Commissione). SALAZAR, *Lo spazio di Libertà, Sicurezza e Giustizia nel nuovo progetto di Trattato*, cit., p. 6 del testo dattiloscritto.

paralizzare le scelte politico-criminali dell'Unione. Come è facile capire, ciò dovrebbe favorire gli sviluppi della futura produzione normativa europea in tema di cooperazione e di armonizzazione penale.

In relazione alle norme d'armonizzazione, tuttavia, sono riproposte, in versione modificata, quelle clausole di salvaguardia (dette altresì «freni di emergenza») già previste agli artt. III-270.3 e III-271.3 del Trattato costituzionale europeo (150). Attraverso di esse, se uno Stato membro ritiene che un progetto di direttiva concernente l'armonizzazione del diritto penale sostanziale o processuale comprometta aspetti fondamentali del suo sistema di giustizia penale, può attivarsi per sospendere la procedura legislativa, inducendo il Consiglio europeo a negoziare la questione o a chiedere la presentazione di un nuovo progetto. Ove nell'arco di quattro mesi non si addivenga ad un accordo, su iniziativa di almeno un terzo degli Stati UE può essere avviata una procedura di cooperazione rafforzata. È dunque facile capire che i singoli Stati membri, pur non potendo più inibire il varo di norme d'armonizzazione, possono però pur sempre appesantirne di molto le procedure di adozione (151).

Inoltre, limitatamente alle disposizioni attinenti «al riconoscimento reciproco delle sentenze, alle norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni, al procuratore europeo e alla cooperazione di polizia», viene previsto «un nuovo meccanismo volto a consentire agli Stati membri di andare avanti con l'adozione di misure in questo settore, consentendo nel contempo ad altri di non parteciparvi» (152). Al riguardo, merita di essere sottolineato che, come annunciato dal Consiglio europeo di Bruxelles, è stato previsto uno statuto speciale per il Regno Unito e l'Irlanda (153), attraverso il quale viene estesa all'intero settore della cooperazione/armonizzazione penale quella forma di autoesclusione già operante per tali Paesi membri nel settore della cooperazione civile e dell'asilo e immigrazione in forza di un appo-

(150) Cfr. CIG 1/07, cit., art. 69 E, par. 3; art 69 F, par. 3.

(151) Cfr., sul punto, i rilievi di SALAZAR, *Lo spazio di Libertà, Sicurezza e Giustizia nel nuovo progetto di Trattato*, cit., p. 4 del testo dattiloscritto.

(152) Cfr. Consiglio europeo di Bruxelles, 21 e 22 giugno 2007, *Conclusioni della Presidenza, Allegato 1, Progetto di mandato alla CIG*, cit., p. 29, punto 2, lettere c) e d) dell'allegato 2.

(153) Cfr. CIG/2/07, cit., *Protocole sur la position du Royaume-Uni et de l'Irlande à l'égard de l'espace de liberté, de sécurité et de justice*, p. 54.

sito protocollo del 1997 (154). In virtù di un ulteriore protocollo, anche la Danimarca si riserva la possibilità di non partecipare «all'adozione da parte del Consiglio delle misure proposte in applicazione della parte terza, titolo IV, del Trattato sul funzionamento dell'Unione» (155).

10. *Considerazioni conclusive.*

Per quanto sin qui visto, ben si può dire che il processo di europeizzazione del diritto penale è — pur tra mille difficoltà — in pieno sviluppo. Ormai da tempo l'Europa non è più solo il luogo di creazione di un sistema sanzionatorio amministrativo in corso di progressivo perfezionamento; e non è più nemmeno solo il luogo in cui le violazioni delle norme comunitarie postulano risposte nazionali assoggettate a crescenti vincoli, sfocianti talora in veri e propri obblighi di incriminazione a carico degli Stati UE. L'Europa è divenuta un laboratorio nel quale si sviluppa una politica criminale incentrata su forme di cooperazione giudiziaria e di armonizzazione di interi settori del diritto e della procedura penale; un laboratorio tanto più prezioso in quanto gli esperimenti che vi si conducono non sembrano destinati a restare circoscritti per sempre all'area del vecchio continente, ma al contrario appaiono prima o poi votati ad essere riproposti nel più ampio contesto del mondo globalizzato.

In quest'opera di sviluppo di una politica criminale comune il terzo pilastro dell'Unione europea ha avuto, per quindici anni, un ruolo assolutamente centrale. Le carenze di effettività palesate dai suoi strumenti non erano la conseguenza di errori progettuali, bensì il frutto di faticose negoziazioni e di una consapevole «strategia dei piccoli passi» ben supportata dall'azione dinamica dei giudici di Lussemburgo. Oggi, a conclusione della situazione di impasse susseguente al fallimento del Trattato costituzionale europeo, il contesto politico complessivo sembra consentire di affidare l'insieme dei processi di europeizzazione penale ai tradizionali e molto più efficaci atti normativi sinora riservati al primo

(154) Cfr. Consiglio europeo di Bruxelles, 21 e 22 giugno 2007, *Conclusioni della Presidenza, Allegato I, Progetto di mandato alla CIG*, cit., p. 21, punto 19, lett. I).

(155) Cfr. CIG/2/07, cit., *Protocole sur la position du Danemark*, art. primo, p. 59.

pilastro, in particolare alle direttive. A nessuno sfugge infatti l'assoluta necessità di una ulteriore evoluzione della cooperazione giudiziaria e dell'armonizzazione penale, condotta con strumenti vincolanti a tutti gli effetti.

Certamente, l'attribuzione di nuovi poteri alle istituzioni europee in materie così delicate rischia di cozzare contro certe persistenti concezioni nazionalistiche del diritto criminale, sicché non desta troppa sorpresa che taluni Paesi UE da sempre ostili alle forme più strette di integrazione dimostrino sul punto una estrema cautela, sino ad uscire, come si è visto, dal settore cooperazione/armonizzazione penale (156). Al contempo, però, tale uscita non si configura come un radicale rifiuto nei confronti degli strumenti di settore, dato che i Paesi in questione si sono riservati il diritto di partecipare, ogni qual volta lo desiderino, ai relativi negoziati, ovvero di accettare i suddetti strumenti successivamente al loro varo (157). Se a ciò si aggiunge il favore dimostrato dal progetto di nuovo Trattato nei confronti delle cooperazioni rafforzate (158), ben si comprende che il futuro processo di ulteriore europeizzazione del diritto penale si annuncia nel segno della flessibilità o — se si preferisce — delle «diverse velocità»), della «geometria variabile».

In definitiva, senza per questo voler sottovalutare le difficoltà cui vanno inesorabilmente incontro le misure tese alla costruzione e perfezionamento dello «Spazio di libertà, sicurezza e giustizia»), occorre ribadire ancora una volta che, se da un lato il complessivo quadro socio-politico europeo necessita di un ulteriore sviluppo di tali misure (159), dall'altro lato il recentissimo progetto di Trattato modificativo sembra indubbiamente recepire tale esigenza.

Beninteso, ogni sforzo dovrà essere fatto affinché le misure in questione vengano varate nel rispetto di tutti i corollari del

(156) Cfr., *supra*, *sub* par. 9, nt. 152-155.

(157) Cfr. *Protocole sur la position du Royaume-Uni et de l'Irlande à l'égard des politiques relatives aux contrôles aux frontières, à l'asile et à l'immigration, ainsi qu'à l'égard de la coopération judiciaire en matière civile et de la coopération policière*, in *JOUE* C310/352 del 16 dicembre 2004, così come modificato in base alla CIG/2/07, cit., *Protocole sur la position du Royaume-Uni et de l'Irlande à l'égard de l'espace de liberté, de sécurité et de justice*, p. 54 ss.; cfr. CIG/2/07, cit., *Protocole sur la position du Danemark*, art. 3 ss., p. 59 ss.

(158) Cfr., *supra*, *sub* par. 9, nt. 147.

(159) Cfr., a titolo esemplificativo, BERNARDI, *Strategie per l'armonizzazione dei sistemi penali europei*, cit., p. 841-842.

principio di legalità (160) e, più in generale, tenendo sempre nel dovuto conto i diritti fondamentali (161), onde evitare che le esigenze di sicurezza prevalgano su quelle — altrettanto essenziali — di libertà e giustizia (162). Solo estendendo alle fonti europee in materia penale tutte le garanzie di cui godono le parallele fonti nazionali sarà infatti possibile impedire alle più retrive concezioni autarchiche dello *ius criminale* di ammantarsi di nobili alibi, così da obbligarle a rivelarsi per quello che sono: concezioni, appunto, fuori dalla storia perché correlate ad un'idea di Stato-nazione ormai tramontata. Concezioni pervicacemente tese ad ignorare una realtà caratterizzata, in Europa, dalla libera circolazione delle persone, merci, servizi e capitali, e purtroppo anche dall'affermarsi di forme di criminalità transnazionale che sul principio di libera circolazione prosperano e che — come la recentissima strage di Duisburg dimostra — è illusorio pensare di poter combattere efficacemente facendo ricorso al buon, vecchio diritto penale di una volta.

(160) In argomento cfr. **BERNARDI**, (*Riserva di legge*» e fonti europee in materia penale, cit., p. 8 ss.; **BORSATTI**, *Competenza penale europea e principio di legalità*, tesi dottorale, Ferrara, 2007; **BEAUVAIS**, *Le principe de la légalité pénale dans le droit de l'Union européenne*, thèse, Paris, 2006.

(161) Cfr., in particolare, **DE AMICIS**, *Cooperazione giudiziaria e corruzione internazionale. Verso un sistema integrato di forme e strumenti di collaborazione tra le autorità giudiziarie*, cit., p. 11 ss.; **MANACORDA**, *Reconnaissance mutuelle et droits fondamentaux dans l'Espace de liberté, de sécurité et de justice de l'Union européenne: un développement inégal*, cit., p. 881 ss. Per quanto specificamente concerne i testi europei sul punto, cfr. la *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo, al Comitato delle Regioni ed alla Corte di Giustizia, per adattare le disposizioni del titolo IV del Trattato che istituisce la Comunità europea relative alla competenza della Corte di Giustizia, per una tutela giurisdizionale più effettiva* (COM 2006 346 def.), del 28 giugno 2006. Cfr. altresì la *Risoluzione Verso un vero spazio di libertà, sicurezza e giustizia europeo*, adottata dal Parlamento europeo il 30 novembre 2006, con resoconto del relativo, ricchissimo dibattito rinvenibile in <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+CRE+20060927+ITEM-003+DOC+XML+V0//IT&language=IT>.

(162) Per una critica nei confronti della tendenza del «diritto fondamentale alla sicurezza» a divorare tutti gli altri diritti cfr., da ultimo, **DONINI**, *Diritto penale di lotta. Ciò che il dibattito sul diritto penale del nemico non deve limitarsi a esorcizzare*, cit., par. 10, p. 23 ss. del testo dattiloscritto.