

Il giudice comunitario e i rapporti tra diritto comunitario, diritto UE e diritto penale(*)

di Maria Luisa Tufano(**)

1. Il titolo del convegno "Verso un sistema di giustizia europeo" induce a proporre qualche riflessione intorno al ruolo svolto dalla Corte di giustizia per quanto concerne l'influenza del diritto comunitario e del diritto dell'Unione europea sul diritto penale e processuale penale degli Stati membri.

Che la Corte di giustizia abbia svolto e svolga un ruolo di primo piano nello sviluppo e nel rafforzamento in generale del processo di integrazione europea non costituisce certo una novità.

Fin dai primi anni '60, infatti, con riguardo alla struttura delle relazioni tra Comunità e Stati membri, essa è andata progressivamente scolpendo i tratti e i valori dell'ordinamento comunitario come ordinamento giuridico autonomo da quello degli Stati, di tipo sopranazionale (gli aspetti sui quali ha inciso sono notissimi: penso alla dottrina del primato del diritto comunitario sul diritto degli Stati membri; a quella dell'effetto diretto, con cui la Corte ha dato senso al contenuto delle libertà del trattato di Roma; a quella dei poteri impliciti, con cui ha superato il principio delle competenze di attribuzione; e, ancora, penso alle pronunce con cui essa ha garantito per via pretoria la tutela dei diritti fondamentali in ambito comunitario; infine, a quelle sul principio di leale cooperazione e sulla costituzionalizzazione dei trattati).

Per quanto riguarda la materia che ci occupa, il ruolo della Corte non è stato da meno, inizialmente meno appariscente, di recente molto più marcato.

Infatti, per quanto i trattati originari non prevedessero alcuna attribuzione espressa di competenza penale alle Comunità(1), la Corte è riuscita, fin dalla metà degli anni '70, a coinvolgere la materia penale nell'ambito del diritto comunitario. Pur riconoscendo che la "legislazione penale e le norme di procedura penale sono in linea di principio riservate agli Stati membri", essa ha ammesso che "le norme considerate non possono limitare le libertà fondamentali garantite dal diritto comunitario" ed ha dichiarato che la competenza nazionale può essere circoscritta dal diritto comunitario(2).

Di conseguenza le disposizioni comunitarie possono influenzare il diritto penale degli Stati membri sia con un impatto negativo, incidendo sulla sfera di applicazione di una norma incriminatrice(3), sulla tipologia e sulla misura delle sanzioni(4), sia con un impatto positivo. In tal senso vanno le sentenze con cui la Corte ha iniziato ad inquadrare l'autonomia procedurale degli Stati affermando che l'art. 5 TCEE obbliga gli Stati membri ad equiparare la tutela degli interessi finanziari comunitari a quella dei propri interessi finanziari e a prevedere un dispositivo di sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive(5).

Così, mentre il diritto interno finiva col risentire della spinta comunitaria, dal canto suo, la cooperazione giudiziaria penale tra gli Stati membri procedeva sulla base della cooperazione intergovernativa secondo modalità puramente *ad hoc*.

2. L'istituzionalizzazione della cooperazione giudiziaria penale operata dal Trattato di Maastricht (Tit. VI) e la sua integrazione in un quadro unitario non hanno comportato progressi decisivi.

Infatti, a parte la asimmetria dei pilastri su cui è articolata la costruzione dell'Unione europea(6), va evidenziato che i dubbi sull'idoneità delle disposizioni del terzo pilastro a costituire base giuridica sufficiente per armonizzare il diritto penale sostanziale degli Stati membri(7) e la complessità della ripartizione di competenze tra pilastro comunitario e terzo pilastro con riferimento a materie che rivestivano carattere ibrido(8), hanno posto immediatamente problemi di delimitazione tra il primo e il terzo pilastro.

Mentre il processo decisionale registrava un approccio bifronte(9), che testimoniava la volontà di confermare la netta ripartizione di competenze, lasciando alla Comunità la sola facoltà di intervenire in materia di repressione amministrativa, ad esclusione della repressione penale, la Corte, dal canto suo, pur confermando che in via di principio la legislazione penale non rientra nella competenza della Comunità(10), ancorava all'art. 5 TCE l'obbligo degli Stati membri di limitare la portata

e il contenuto del diritto penale nazionale al fine di garantire la compatibilità con il diritto comunitario, incorrendo in caso contrario nella violazione del principio di leale collaborazione⁽¹¹⁾.

3. Con il trattato di Amsterdam, nonostante il meccanismo di cooperazione intergovernativa continui a caratterizzare la cooperazione di polizia e giudiziaria penale, si sono registrati progressi in termini di strumenti giuridici⁽¹²⁾, di procedure⁽¹³⁾, di controllo giurisdizionale⁽¹⁴⁾ e non ultimo in termini sostanziali, aprendo la strada ad un approccio globale, in cui non è solo questione di cooperazione ma di creazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia in cui sia assicurata la prevenzione e la lotta alla criminalità.

In particolare, sotto quest'ultimo profilo, il Tit. VI presenta un contenuto più vasto e più ambizioso che concerne, oltre alla facilitazione e accelerazione della cooperazione⁽¹⁵⁾, anche l'armonizzazione, che diventa per la prima volta un obiettivo dell'Unione europea nella prospettiva dell'attuazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia. E su questa via si è posta l'Unione, tanto è che sono state adottate varie decisioni quadro finalizzate al ravvicinamento e all'armonizzazione tanto del diritto sostanziale quanto processuale⁽¹⁶⁾.

Tuttavia, la triplice frammentazione - materiale, istituzionale e procedurale - del nuovo spazio che appare spezzettato tra Trattato CE (artt. 61, 62, 67), Trattato UE (29, 31, lett. e) e 42), protocolli allegati al Trattato CE e al Trattato UE o allegati al solo trattato CE, dichiarazioni adottate dalla Conferenza intergovernativa e infine dichiarazioni unilaterali di cui la Conferenza intergovernativa ha preso nota, consentendo l'interoperabilità tra il primo e il terzo pilastro e la *cross-pillarization* delle politiche dell'Unione (interconnessione tra differenti politiche esterne CE e UE e conseguente superamento della separazione dei pilastri)⁽¹⁷⁾, oltre a far riemergere conflitti di competenze⁽¹⁸⁾, ha dato luogo ad un contenzioso di seconda generazione relativo agli effetti degli strumenti giuridici del TUE, alla scelta della base giuridica, alla questione della protezione dei diritti fondamentali nel 3° pilastro, aspetti che sottendono problematiche più ampie relative al carattere del terzo pilastro dell'UE e al suo rapporto con il primo pilastro.

Il contenzioso in parola ha costituito l'occasione per il giudice comunitario di poter svolgere un ruolo importante nel rafforzamento dell'integrazione giuridica e giudiziaria tra gli Stati dell'Unione europea sotto il profilo che qui interessa.

E infatti, nonostante la dicotomia tra diritto comunitario, "sopranazionale", e diritto dell'UE, "intergovernativo"⁽¹⁹⁾, nonostante i differenti approcci nel configurare i rapporti tra diritto comunitario e diritto del 3° pilastro⁽²⁰⁾, di fronte all'interpretazione restrittiva da parte degli Stati degli obblighi assunti con il TUE, la Corte non ha esitato a stemperare la specificità della cooperazione disciplinata nel 3° pilastro e a ravvicinare il terzo pilastro a quello comunitario.

Ciò appare evidente laddove si consideri la giurisprudenza con cui ha esteso al pilastro intergovernativo il metodo interpretativo usato per il diritto comunitario e, poi, proseguendo per tale via, ha finito col far rientrare nell'ambito di operatività di quest'ultimo materie che il Consiglio invece aveva ritenuto di disciplinare con atti del Tit. VI del TUE.

Sotto il primo profilo ricordo la nota sentenza *Pupino*⁽²¹⁾ del 2005, in cui la Corte, affermando che i principi enunciati in materia di rinvio pregiudiziale e x 234 TCE operano anche, in via di principio, per le questioni relative al 3° pilastro ex art. 35 TUE, ha applicato al rapporto tra ordinamento italiano e decisione quadro non trasposta in diritto interno e priva, ex art. 34 TUE, del carattere dell'efficacia diretta, un principio fino ad allora affermato solo per le direttive, quello dell'interpretazione conforme, facendo leva sull'obbligo di leale cooperazione desunto dall'art. 1 TUE ("nuova tappa nel processo di integrazione") e sul fatto che il Tit. VI è interamente fondato sulla "cooperazione tra gli Stati". La sentenza è importante sia perché relativizza le differenze tra gli atti del 1° e del 3° pilastro sia perché attesta il grado di penetrazione del diritto dell'UE nei sistemi penali nazionali.

E penso anche alle, forse meno note, sentenze *Gestoras*⁽²²⁾ e *Segi*⁽²³⁾ del 2007 in cui la Corte, investita della richiesta di risarcimento danni derivante dall'iscrizione dei ricorrenti nell'elenco di coloro cui si applicano misure antiterrorismo ai sensi di una posizione comune

adottata in base all'art. 34 TUE, pur negando che tra i rimedi giuridici del 3° pilastro vi sia il ricorso per il risarcimento dei danni, ha fissato due principi che permettono per altra via di assicurare tutela giurisdizionale a coloro i cui interessi siano toccati dagli atti in questione. Il primo principio concerne la possibilità di un più ampio sindacato attraverso la riqualificazione dell'atto quale atto suscettibile di produrre effetti giuridici e dunque oggetto di rinvio pregiudiziale alla Corte ex art. 35 TUE(24). Il secondo principio muove dalla giurisprudenza comunitaria *Union de Pequeños Agricultores* del 2002, secondo cui spetta agli Stati membri, in particolare agli organi giudiziari, interpretare e applicare le norme processuali nazionali disciplinanti il diritto di azione in modo da consentire alle persone fisiche e giuridiche di contestare in sede giudiziaria la legittimità di ogni provvedimento nazionale relativo all'applicazione nei loro confronti di un atto dell'UE e di chiedere, se del caso, il risarcimento dei danni subiti.

Sotto il secondo profilo, cito la pronuncia *reati ambientali*(25), relativa alla delimitazione di competenze tra 1° e 3° pilastro, in cui la Corte ha utilizzato, nell'interpretazione di una decisione quadro in materia di sanzioni penali per reati ambientali gravi, criteri interpretativi elaborati in ambito comunitario relativi alla scelta della base giuridica(26). Basandosi sulla considerazione che la preminenza della tutela ambientale, confermata anche dal posto che essa occupa negli articoli preliminari del TCE, conferisce poteri impliciti, la Corte ha concluso che "in ragione della loro finalità e del loro contenuto, le disposizioni della decisione quadro hanno ad oggetto principale la protezione dell'ambiente e avrebbero potuto essere validamente adottate sulla base dell'art. 175 TCE". In tal modo la Corte ha affermato che incombe alla Comunità definire l'incriminazione dei comportamenti che pregiudicano gravemente l'ambiente, ha ritenuto di competenza comunitaria l'adozione di provvedimenti che impongono agli Stati membri la previsione di sanzioni penali necessarie a garantire la piena efficacia delle norme comunitarie in materia ambientale e ha annullato la decisione quadro in quanto sconfinava nelle competenze comunitarie(27).

4. Va evidenziato che queste pronunce sono intervenute nel periodo di *impasse* del processo di integrazione conseguente all'esito negativo dei referendum francese e olandese sul Trattato Costituzione.

In dottrina si è sottolineato che la Corte ha ripreso con sentenze audaci(28) a promuovere lo sviluppo del processo di integrazione nell'ottica dell'unità dell'ordinamento giuridico (abbattimento dei pilastri) svolgendo un ruolo suppletivo della volontà degli Stati nella realizzazione di taluni obiettivi compromessi dalla stasi del processo di riforma(29).

In particolare, sono state mosse critiche sia di carattere generale (si evidenzia che la Corte ha operato un'interpretazione conforme altrattato costituzionale che aveva eliminato i pilastri; che c'è il tentativo di far rientrare dalla finestra il trattato costituzionale uscito dalla porta; che aleggia lo spettro del "governo dei giudici"(30)) sia con specifico riguardo ai problemi che potrebbero derivare dall'applicazione al terzo pilastro di principi "comunitari", quali quello di leale cooperazione, dell'effetto utile o della riqualificazione degli atti: si evidenzia, ad es., che la sentenza *Pupino* potrebbe avere ulteriori sviluppi per quanto concerne l'estensione alle decisioni quadro di principi elaborati rispetto alle direttive, es giurisprudenza *Francovich*; che la sentenza *reati ambientali* stessa sarebbe suscettibile di interpretazione estensiva nel senso che si tratterebbe di una sentenza di principio che va al di là della normativa ambientale, e quindi sarebbe possibile prevedere misure penali per garantire la piena effettività di una politica comunitaria o di una delle libertà. In tale ultimo senso sembra muoversi la Commissione nella Comunicazione sulle conseguenze della sentenza(31). Un'interpretazione della sentenza più restrittiva è stata sostenuta invece dal Consiglio informale GAI di Vienna di gennaio 2006.

La prospettiva sostenuta dalla dottrina e dagli Stati sembra essere stata accolta dalla Corte costituzionale tedesca nella sentenza del 2005, in cui ha dichiarato incostituzionale la legge di trasposizione della decisione quadro sul mandato d'arresto europeo(32), rafforzando in tal modo la posizione espressa nella *Maastricht Urteil*, con riferimento alla differenza tra diritto comunitario e diritto UE(33).

Peraltro, va rilevato che la sentenza della Corte costituzionale tedesca segue di un mese la sentenza *Pupino*. Sembra di assistere a un *dejà vu*, a quel dialogo tra Corti avviato nei primi anni di vita della Comunità relativamente ai rapporti diritto comunitario/diritto degli Stati membri.

Indubbiamente, la tesi dell'unità è la sola costruzione giuridica capace di spiegare le decisioni richiamate in cui la Corte ha applicato al TUE e agli strumenti giuridici adottati ai sensi del terzo pilastro alcuni principi sviluppati in base al TCE.

La giurisprudenza citata indubbiamente rappresenta un importante passo nel processo verso la necessaria comunitarizzazione del terzo pilastro al fine di realizzare l'obiettivo di uno Spazio di libertà, sicurezza, giustizia. Tuttavia la stessa Corte ha usato cautela quando nella sentenza *reati ambientali* ha configurato la competenza comunitaria come strumentale al principio di effettività del diritto comunitario(34) e ne ha delineato i limiti: il diritto dell'ambiente, in particolare la piena efficacia della tutela ambientale; la procedura, che prevede la codecisione del Parlamento Europeo; la competenza degli Stati membri a determinare le sanzioni penali applicabili(35).

Pertanto, se la sentenza costituisce un passo avanti del diritto comunitario, essa non rimette in discussione la struttura a pilastri(36).

Una conferma è data dalle sentenze *Yusuf e Kadi* in cui il Tribunale di primo grado ha escluso che l'interoperatività dei trattati possa riferirsi ai rispettivi obiettivi(37). In particolare, esso ha negato che l'art. 308 TCE possa essere utilizzato per realizzare gli obiettivi degli altri due pilastri, enfatizzando la coesistenza dell'Unione e della Comunità come ordinamenti giuridici *integrati* ma *distinti*.

Del resto, il giudice comunitario è perfettamente consapevole che il riconoscimento della competenza penale alla Comunità deve fare i conti con il *deficit* democratico, frequentemente denunciato in ambito comunitario e che assume qui un rilievo particolare da giustificare la persistente riluttanza degli Stati membri ad abbandonare le proprie prerogative sovrane.

E' lo schema decisionale dell'Unione che è in causa!

Tuttavia, a medio termine, l'empirismo resta la via migliore di cui la Corte si serve per garantire l'efficacia della normativa sostanziale e per la realizzazione progressiva di uno spazio giudiziario effettivo.

5. In tale prospettiva è da chiedersi quali sono le novità del Trattato di riforma e quale è il suo contributo per la creazione di uno spazio di libertà, sicurezza, giustizia.

Lo scenario che si intravede sembra essere caratterizzato dall'"abbattimento dei pilastri" – quindi dal superamento della distinzione tra metodo comunitario e metodo intergovernativo – per quanto riguarda:

- 1) gli atti;
- 2) la procedura legislativa ordinaria (la procedura di codecisione e il voto a maggioranza) in molti campi(38);
- 3) la competenza della Corte(39);
- 4) il controllo della sussidiarietà da parte dei Parlamenti nazionali(40).

Di contro, va rilevata anche:

- 1) la persistenza del voto all'unanimità in alcune disposizioni(41);
- 2) la previsione della procedura legislativa speciale, con relativa consultazione del PE, in altre(42);
- 3) la permanenza del potere di iniziativa degli Stati(43);
- 4) l'esclusione della competenza della Corte sulle operazioni di polizia o sulle azioni degli Stati membri per il mantenimento dell'ordine pubblico e la salvaguardia della sicurezza interna.

A ciò si aggiunga la previsione, oltre a numerose deroghe preesistenti(44), di svariate forme di flessibilità: il c.d. freno di emergenza, cioè la possibilità di sospendere la decisione in seno al Consiglio e rimetterla al Consiglio europeo, l'*opting out* di uno Stato dalla decisione assunta dal Consiglio europeo, la predisposizione di procedure semplificate per l'istituzione di cooperazioni rafforzate(45). Tali forme di flessibilità consentono agli Stati che non siano disposti a limitazioni di sovranità di non partecipare a determinate azioni.

Questi elementi di differenza dal metodo comunitario fanno ritenere che i limiti del processo decisionale non sono completamente rimossi e che il sistema non si è ancora dotato delle garanzie democratiche pretese dagli Stati membri per accettare sostanziali limitazioni della loro sovranità in materia penale.

In questo scenario poco chiaro è presumibile che la Corte continuerà ad avere un atteggiamento di prudenza; prudenza che ha, peraltro, manifestato ancora nella recentissima sentenza *Repressione dell'inquinamento provocato da navi*(46) in cui essa ha annullato la decisione quadro in materia di inquinamento provocato da navi, riconoscendone lo sconfinamento nelle competenze in materia di

trasporti di cui all'art. 80 TCE(47). Richiamando la sentenza *reati ambientali*, la Corte ribadisce la competenza comunitaria ad obbligare gli Stati ad adottare sanzioni penali per garantire l'efficacia delle norme adottate nel campo della sicurezza marittima, la cui inosservanza può avere gravi conseguenze per l'ambiente. Diversamente la Corte ha ritenuto per quanto riguarda la determinazione del tipo della misura delle sanzioni penali applicabili che restano di competenza degli Stati.

Note

* Comunicazione al Convegno "Verso un sistema di giustizia europeo", Università di Napoli Federico II, 8-9 novembre 2007.

** Ordinario di Diritto internazionale nell'Università degli studi di Napoli "Parthenope".

(1) Nei rari casi in cui erano individuate fattispecie delittuose di contenuto specificamente comunitario era rimesso agli SM perseguirle applicando la stessa pena prevista dalle legislazioni nazionali per infrazioni analoghe (art. 194 CEEA; art. 27 Protocollo sullo Statuto della Corte di giustizia). La Comunità non disponeva neanche del potere di adottare i regolamenti emanati di sanzioni penali; era rimesso agli Stati membri il compito di sanzionare penalmente la regolamentazione comunitaria.

(2) Corte giust. 11.11.1981, causa 203/80, *Casati*, in *Racc.*, p. 2595.

(3) Corte giust. 2 febbraio 1989, causa 186/87, *Cowan*, in *Racc.*, p. 195, punto 19, confermata da Corte giust. 19.1.1999, causa C-348/96, *Calfa*, in *Racc.*, p. I-11, punto 17. V. G. Garbagnati Ketvel, *La giurisprudenza della Corte comunitaria in materia penale: verso un ravvicinamento tra i "pilastri" dell'Unione europea?* in *DUE*, 2007, p. 395 ss, nota 27.

(4) La Corte ha affermato che, allo stato attuale del diritto comunitario, spetta agli Stati membri determinare le procedure di constatazione delle infrazioni, la natura della pena e il suo *quantum*, salvo che le sanzioni scelte non costituiscano ostacoli alla realizzazione degli obiettivi dei trattati; Corte giust. 15.12.76, causa 41/76, *Donckerwolke*, in *Racc.*, p. 1921 (nel commercio intracomunitario gli Stati membri possono esigere talune dichiarazioni dagli importatori, tuttavia ogni sanzione sproporzionata alla natura di un'infrazione meramente amministrativa costituisce una misura di effetto equivalente a una restrizione quantitativa vietata); in materia di circolazione delle persone, Corte giust. 7.7.1976, causa 118/75, *Racc.* p. 1185 (l'omessa dichiarazione alla polizia nei tre giorni della presenza non può essere punita con una pena sproporzionata, quale la detenzione).

(5) Corte giust. 21.9.1989, causa 68/88, in *Racc.*, p. 2965, p. 2; Corte giust. 2.2.1977, causa 50/76, in *Racc.*, p. 137, punto 32, nel senso di un obbligo per gli Stati membri, sulla base del principio di leale cooperazione, di sanzionare le violazioni del diritto comunitario, v., ancora, Corte giust. 10.7.1990, causa 326/88, in *Racc.*, p. I-2911; Corte giust. 13 luglio 1990, causa C-2/88, in *Racc.*, p. 3365, punto 17; Corte giust. 8.6.1994, causa 382/92, in *Racc.*, I-2435; Corte giust. 8.7.1999, causa C-186/98, in *Racc.*, p. 4883. In precedenza, Corte giust. 2.2.1977, causa 50/76, in *Racc.*, p. 137, punto 32, era riconosciuta solo la facoltà per gli Stati.

(6) V. G. Isaac, *Le "pilier" communautaire de l'Union européenne, un "pilier" pas comme les autres*, in *CDE*, 2001, p. 45 ss. Con il Trattato di Maastricht, infatti, la costruzione dell'Unione europea è stata articolata su tre pilastri asimmetrici il primo, di tipo sopranazionale, caratterizzato dal c.d. metodo comunitario, gli altri due, PESC e GAI, caratterizzati da procedure e atti giuridici differenti improntati alla cooperazione intergovernativa. La cooperazione giudiziaria penale è stata così istituzionalizzata e integrata in un quadro unitario senza perdere la sua peculiarità sotto il profilo dei protagonisti, degli atti, dei meccanismi procedurali; in più, per essa non è stata prevista alcuna forma di controllo della Corte di giustizia. Sono state inoltre escluse dalla sfera di operatività della norma la cooperazione giudiziaria in materia penale e la cooperazione doganale e di polizia.

(7) A parte le differenze esistenti tra norme penali, per cui certi comportamenti non sono incriminati in tutti gli Stati membri oppure non sono puniti allo stesso modo – con conseguenti fenomeni di *forum shopping* e ostacoli alla cooperazione internazionale (doppia incriminazione, regola della specialità), varie infrazioni non sono disciplinate dal diritto penale, ma dal diritto civile (ad es., il diritto

societario, bancario, finanziario ed amministrativo, che presentano un contenuto differente da Stato membro a Stato membro).

(8) M.L. Tufano, *La cooperazione giudiziaria penale e gli sviluppi del terzo pilastro del Trattato sull'Unione europea*, in *Dir.Pub. Comp, Eur.* 2001, p. 1030 ss, 1035.

(9) Si rimanda alla prassi citata da M.L. Tufano, *La cooperazione giudiziaria penale cit.*, p. 1035 ss.

(10) Corte giust. 16.6.1998, causa C-226/97, Racc. I-3711, p. 19.

(11) Corte giust. causa C-193/94, in *Racc.*, 1996, p. I-929, punto 36. Sul punto, v. C. Nizzo, *L'art. 5 del Trattato CE e la clausola generale di buona fede dell'integrazione europea*, in *DUE*, 1997, p. 381 ss.

(12) Oltre a convenzioni e posizioni comuni, sono previste decisioni quadro, decisioni. In particolare, per la decisione quadro il cambiamento non è solo terminologico, ma sostanziale. Essa è finalizzata al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari, amministrative degli Stati membri, è vincolante quanto al risultato da raggiungere, salva la competenza delle autorità nazionali in merito alla forma e ai mezzi. Si tratta dunque di una sorta di direttiva del terzo pilastro, viene però precisato che essa non ha efficacia diretta.

(13) La procedura decisionale richiede l'unanimità in seno al Consiglio, la maggioranza è richiesta solo per le questioni procedurali o per le misure di attuazione di decisioni e per l'applicazione di convenzioni. Il Parlamento svolge un ruolo marginale essendo previsto solo che debba essere "regolarmente" informato dei lavori del Consiglio e della Commissione.

(14) Ai sensi dell'art. 35 TUE, la Corte è investita di competenze (pregiudiziale, di legittimità, competenza relativa alle controversie tra Stati membri o tra questi ultimi e la Commissione) che sono più circoscritte rispetto a quelle del primo pilastro. Quanto alla competenza pregiudiziale, essa è depotenziata da un sistema a geometria variabile (dichiarazione di accettazione, inoltre gli Stati membri hanno la facoltà di decidere se questioni possono essere sollevate da tutti i giudici nazionali o solo da quelli "avverso le cui decisioni non possa proporsi ricorso giurisdizionale di diritto interno) che crea notevole pregiudizio alla *ratio* del meccanismo (garantire l'uniformità interpretativa e applicativa del diritto comunitario in tutti gli Stati membri); inoltre essa può concernere la validità o l'interpretazione delle decisioni quadro, mentre per le decisioni è ammesso solo il rinvio interpretativo. Quanto al ricorso di legittimità, esso ricalca quello ex 230 TCE, ma è circoscritta la legittimazione attiva agli Stati membri e alla Commissione e gli atti impugnabili alle sole decisioni e decisioni quadro, nulla è disposto quanto agli effetti delle sentenze che attestino l'illegittimità di un atto. Quanto all'ultima competenza si distingue tra l'ipotesi di controversie tra Stati membri e controversie tra Stati membri e Commissione. Nella prima ipotesi l'esercizio della competenza della Corte è sussidiaria rispetto all'intervento del Consiglio, che svolge una funzione conciliativa. Nella seconda, l'assenza della fase precontenziosa denota che la Commissione è privata del ruolo essenziale di guardiana dei trattati. Per un'analisi della disposizione in parola, v. commento di L. Daniele, *Art. 35 TUE*, in A. Tizzano (a cura di), *Trattati dell'Unione cit.*, p. 143 ss.

(15) Sotto quest'ultimo profilo, la creazione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia implica una modernizzazione della cooperazione giudiziaria penale e concretamente si esprime nella libera circolazione delle decisioni giudiziarie. Il principio del reciproco riconoscimento diventa il fondamento della cooperazione giudiziaria nell'Unione. Esso non si applica alle sole sentenze, ma dovrà riguardare tutte le fasi del procedimento penale, prima, durante e dopo la sentenza di condanna (provvedimenti giudiziari relativi alla preservazione delle prove, al sequestro e alla confisca dei beni, alle misure di sorveglianza, ecc).

(16) Con riferimento al diritto sostanziale, è stata trasfusa in decisioni quadro la disciplina adottata sotto l'impero del trattato di Maastricht con azioni comuni (es. sulla lotta contro il terrorismo, contro la corruzione nel settore privato, sulla tratta degli esseri umani, sullo sfruttamento sessuale dei bambini, ecc). Quanto al diritto processuale, vanno ricordate la decisione quadro relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale, quella relativa alla confisca di beni, strumenti e proventi di reato. Un altro gruppo di decisioni quadro è inteso a garantire l'applicazione del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni penali.

(17) V., tra gli altri, M. Cremona, *External Relations of the EU and the*

Member States: Competences, Mixed Agreements, International Responsibility, and Effects of International Law, in *EUI Working Paper*, n. 2006/22, p. 9 ss.; M. Wasmeier, N. Thwaites, *The battle of the pillars: does the European Community have the power to approximate national criminal Law?*, in *ELR*, 2004, p. 614.

(18) M. Wasmeier, N. Thwaites, *The battle of the pillars: does the European Community have the power to approximate national criminal Law?*, in *ELR*, 2004, p. 614.

(19) La struttura del terzo pilastro è rimasta sostanzialmente immodificata con il Trattato di Nizza.

(20) La dottrina tradizionale è nel senso che i trattati CE e UE formino due ordinamenti giuridici separati con caratteri essenzialmente dissimili, v., tra gli altri, M. Pechstein, C. Koenig, *Die Europäische Union*, Tübingen, 2000, p. 28 ss. Per la "tesi dell'unità", v. A. von Bogdandy, *The Legal Case for Unity: The European Union as a Single Organisation with a Single Legal System*, in *CML Rev.* 1999, pp. 887 ss.; B. de Witte, *The Pillar Structure and the Nature of the European Union: greek Temple or French Gothic Cathedral?*, in T. Heukels, N. Blokker, M. Brus (ed.), *The European Union after Amsterdam – A Legal Analysis*, 1998, p. 51 ss. A. von Bogdandy/ M. Nettsheim, *Ex Pluribus Unum fusion of the European Community into the European Union*, in *ELJ*, 1996, p. 267 ss.,

(21) Corte giust. 16 giugno 2005, causa C-105/03, in *Raccolta*, p. I-5285 ss.; v. Commento di F. Kauff-Gazin, in *Europe, Jurisclasseur*, Aout-Septembre 2005, p.10 ss.

(22) Corte giust. 27 febbraio 2007, causa C-354/04 P, in *Racc.*, p. I-1579 ss.

(23) Corte giust. 27 febbraio 2007, causa C-355/04 P, in *Racc.*, p. I-1657 ss.

(24) Le posizioni comuni ai sensi dell'art. 34 TUE non producono di per sé effetti giuridici verso i terzi, quindi non possono essere né impugnate direttamente, né costituire oggetto di interpretazione in via pregiudiziale ex art. 35 TUE. Facendo applicazione della *giurisprudenza AETR* (Corte giust. 31 marzo 1971, causa 22/70, in *Racc.*, p. 263 ss, punto 38 ss.) secondo cui il giudice comunitario deve poter essere adito riguardo a tutti gli atti produttivi di effetti giuridici a prescindere dalla loro denominazione, la Corte ha affermato che anche l'art. 35 TUE vada interpretato in tal senso se la posizione comune, come nel caso di specie, ha tali caratteristiche. Tale soluzione è necessaria per salvaguardare l'effetto utile dell'art. 35, in particolare par.1.

(25) Corte giust. 13 settembre 2005, causa C-176/03, in *Racc.*, p. I-7879. Il Consiglio aveva adottato una decisione quadro sulla base degli artt. 29, 31 (1) e 34 (2b) TUE che richiedeva agli Stati membri di assicurare che i reati ambientali gravi fossero puniti con sanzioni penali. La Commissione, ritenendo che la materia fosse di competenza comunitaria (art. 175 TCE), presentò un ricorso ex art. 35 TUE chiedendo l'annullamento della decisione quadro per violazione di una competenza comunitaria. Sulla base della giurisprudenza "visti di transito aeroportuale" (Corte giust. 12 maggio 1998, causa C-170/96, in *Racc.*, p. I-2763 ss.) la Corte ha ritenuto ricevibile il ricorso, ha ritenuto che la Comunità avesse competenza ad imporre l'obbligo agli Stati membri di prevedere sanzioni penali per specifici reati ambientali e ha annullato la decisione quadro.

(26) Corte giust. 17 marzo 1993, causa C-155/91, in *Racc.*, 1993, p. I-939 ss., p. 7, ove la Corte fa riferimento alla valutazione dell'oggetto e dello scopo dell'atto impugnato o, nel caso che l'atto persegua più obiettivi, alla valutazione della finalità prevalente.

(27) J.F.Castillo Garcia, *The Power of the European Community to Impose Criminal Penalties*, in *Eipascope*, 2005, p. 27 ss.

(28) E. Broussy, F. Donnat, C. Lambert, *Actualité de droit communautaire*, in *AJDA*, 2005, p. 2335.

(29) C. Morviducci, *Unità del sistema e articolazione in pilastri nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Federalismi.it*, 8 agosto 2007.

(30) V. il commento di F. Riccardi, in *Agence Europe, Bull.* n° 9117 del 26 gennaio 2006.

(31) Comunicazione al Parlamento europeo e al Consiglio sulle conseguenze della sentenza della Corte del 13 settembre 2005 (causa C-176/03) del 23 novembre 2005, COM (2005) 583 def./2.

(32) Secondo W. Herrmann, *Much Ado about Pluto? The "unity of the*

Legal Order of the European Union” Revisited, in *EUI Working Paper* 2007/05, p. 3 la sentenza si potrebbe considerare un segnale alla Corte di giustizia di non ignorare le differenze tra TCE e TUE

(33) In dottrina si è evidenziato che la Corte costituzionale tedesca ha ignorato l'obbligo di interpretazione conforme, v. W. Herrmann, *Much Ado about Pluto?*, cit, p. 3.

(34) La Corte non fa riferimento più all'art. 10 TCE, sul punto, v. H. Labayle, *L'ouverture de la jarre de Pandore sur la compétence de la Communauté en matière pénale*, in *Cah. dr. eur.*, 2006, p. 379 ss., p. 411.

(35) In tal senso, Damaso Ruiz Jarabo Colomer, *L'incidence du droit communautaire sur le droit pénal en matière de protection de l'environnement*, in M.L. Tufano (a cura di), *La crisi dell'Unione europea. Problematiche generali e verifiche settoriali*, Napoli, 2007, p. 125 ss., p. 141.

(36) Damaso Ruiz-Jarabo Colomer, *op. cit.*, p. 141.

(37) TPI 21 settembre 2006, causa T-306/01, *Yusuf*, in *Racc.* p. II-3533; TPI 21 settembre 2006, causa 315/01, in *Racc.*, p. II-3649, riguardano la possibile interconnessione degli obiettivi del TCE e TUE. Il caso concerneva il congelamento dei beni nel quadro della lotta al terrorismo. Al fine di dare esecuzione a una decisione del CdS, l'UE e la CE hanno adottato alcuni strumenti giuridici, tra questi un regolamento CE basato sugli artt. 60, 301 e 308 TCE. Sulla problematica in parola, v. U. Villani, *L'attuazione da parte dell'Unione europea delle decisioni del Consiglio di Sicurezza per il mantenimento della pace e la lotta al terrorismo*, in M.L. Tufano, *La crisi dell'Unione europea*, cit., p. 163.

(38) I campi sono il riconoscimento delle sentenze (art. 69 E); le norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni in sfere di criminalità a dimensione transnazionale (art. 69 F); le misure di incentivo e sostegno all'azione degli Stati membri nella prevenzione della criminalità (art. 69 G); le caratteristiche di Eurojust (art. 69 H); la cooperazione di polizia; le caratteristiche di Europol (art. 69 H).

(39) Cfr. art. 240 *ter* sulla competenza della Corte in materia di spazio di libertà, sicurezza e giustizia.

(40) Art. 63.

(41) Decisione del Consiglio che estende gli elementi specifici della procedura penale in cui si può stabilire norme minime (Art. 69 E) e estensione delle sfere di criminalità in cui possono stabilirsi norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni (Art. 69 F); istituzione e statuto della Procura europea (Art. 69 I).

(42) In particolare, in materia di cooperazione operativa di polizia (Art. 69 J) e di azioni in collegamento e d'intesa tra autorità statali (Art. 69 L).

(43) Art. 68. Tuttavia mentre attualmente tale potere è esercitabile da parte di un solo Stato (art. 34 TUE), secondo il trattato sarà necessario che l'iniziativa provenga da un quarto degli Stati.

(44) La particolare situazione della Danimarca con riferimento all'*acquis* di Schengen assorbito dai trattati, l'*opting-out* di Regno Unito e Irlanda, che, attualmente vigente per la cooperazione in materia di libera circolazione delle persone, è esteso nel nuovo trattato a tutto lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia

(45) Queste tre forme di flessibilità riguardano: 1) la cooperazione giudiziaria in materia penale (art. 69 E); 2) le norme minime in materia di reati e sanzioni (art. 69 F); 3) l'istituzione della Procura europea (art. 69 I); 4) la cooperazione di polizia (art. 69 J).

(46) Cfr. Corte giust. 23 ottobre 2007, causa C 440/05. La sentenza riguarda un ricorso in cui la Commissione ha richiesto l'annullamento della decisione quadro del Consiglio 12 luglio 2005 /667/GAI, intesa a rafforzare la cornice penale per la repressione dell'inquinamento provocato da navi.

(47) Sulla problematica in parola, v. L. Schiano di Pepe, *Competenze comunitarie e reati ambientali: il “caso” dell'inquinamento provocato da navi*, in *DUE*, 2006, p. 769 ss.