

Licia Siracusa

**VERSO LA COMUNITARIZZAZIONE
DELLA POTESTÀ NORMATIVA PENALE:
UN NUOVO "TASSELLO" DELLA CORTE
DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA**

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

VERSO LA COMUNITARIZZAZIONE
DELLA POTESTÀ NORMATIVA PENALE: UN NUOVO "TASSELLO"
DELLA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA

SOMMARIO: 1. Le questioni sul tappeto. — 2. Il contesto istituzionale di partenza. — 3. I motivi del ricorso e le posizioni assunte nel procedimento dal Consiglio e dalla Commissione. — 4. Gli effetti della sentenza sulle materie soggette alla potestà armonizzatrice penale di tipo comunitario: davvero tanto rumore per nulla? Le prospettive in relazione alla riforma dei Trattati. — 5. Dall'armonizzazione penale "necessaria" all'armonizzazione penale "indispensabile": un nuovo "volto" per i principi europei di proporzione e sussidiarietà. — 6. I principi stabiliti nella sentenza sui "limiti" della potestà legislativa europea in ambito penale con riferimento alla definizione di specie e misura delle sanzioni penali. — 7. Alcuni rilievi critici. — 8. Il divieto per la Comunità di stabilire specie e misura delle pene. — 9. Possibili prospettive future.

1. *Le questioni sul tappeto.* — Dopo la storica sentenza del 13 settembre 2005 (1), la Corte di Giustizia è intervenuta nuovamente a definire il quadro del riparto di competenze tra Unione e Comunità in materia penale, annullando anche la decisione quadro sul rafforzamento della cornice penale per la repressione dell'inquinamento provocato da navi (2).

La pronuncia era attesa dagli osservatori europei come un ulteriore contributo chiarificatore, sia sul tema assai complesso della base giuridica adeguata per l'adozione di direttive contenenti obblighi di incriminazione di natura penale, sia più in generale sulla valutazione della portata, delle prospettive e degli eventuali limiti di una competenza normativa "comuni-

(1) CGCE 13 settembre 2005, causa C-176/03, Commissione c. Consiglio, con la quale la Corte ha annullato la decisione quadro relativa alla protezione dell'ambiente attraverso il diritto penale — adottata dal Consiglio il 27 gennaio 2003 —, affermando che la Comunità, anche se non dispone di una competenza normativa "generale" in materia penale, in base agli artt. 2 e 6 TCE e 174-176 TCE, può adottare provvedimenti finalizzati al ravvicinamento delle legislazioni penali nazionali in materia di ambiente, ove ciò risulti necessario a garantire piena efficacia al diritto comunitario. Per i riferimenti bibliografici sugli effetti della sentenza si rinvia a nota 6.

(2) CGCE 23 ottobre 2007, causa C-440/05, Commissione c. Consiglio. Per il testo della decisione quadro si rinvia a GU L 255/164, p. 164 s. Per una descrizione del contenuto della decisione quadro, si rinvia a ZETTLER, *Environmental Criminal Law*, in *International Review of Penal Law*, 2006, p. 258 ss.

taria” in materia penale (3). Due erano le questioni fondamentali che attendevano una risposta esaustiva dalla Corte di Giustizia: *a*) l’ammissibilità di direttive a contenuto penale per settori ulteriori rispetto a quello specifico della tutela ambientale (alla quale unicamente era riferita la precedente sentenza del settembre 2005) attraverso il riconoscimento di una potestà penale comunitaria anche in materia di trasporti navali; *b*) la definizione delle prerogative della Comunità nella scelta del “contenuto” delle prescrizioni penali (4).

Come è evidente, il primo punto riguarda il profilo “scottante” della selezione delle materie che possono costituire oggetto della potestà armonizzatrice penale della Comunità, dall’estensione delle quali potrebbe derivare un progressivo — o forse un definitivo — logoramento del terzo Pilastro dell’Unione. Il secondo punto concerne invece più specificamente la delimitazione dei confini di questa competenza in relazione alla descrizione dei fatti di reato e delle correlative sanzioni.

La presa di posizione dell’organo di giustizia europea su quest’ultimo punto di certo condiziona e ridimensiona in modo significativo la prospettiva di pervenire nell’immediato futuro all’adozione di direttive che non si limitino a segnalare agli Stati l’opzione della tutela penale in talune materie di rilevanza comunitaria, ma più pervasivamente si spingano oltre, sino a descrivere i requisiti costitutivi delle fattispecie incriminatrici, la tipologia delle sanzioni penali ed i correlativi minimi e massimi edittali.

Ad una valutazione d’insieme, la sentenza in commento risponde efficacemente al secondo quesito, ma è meno chiara nel motivare la decisione assunta sulla prima questione. In proposito, la Corte ammette che l’art. 80, n. 2 TCE — in base al quale il Consiglio, con deliberazione a maggioranza, può decidere quando e con quale procedura devono essere adottate disposizioni per la navigazione marittima — costituisca una valida base giuridica per l’emanazione di direttive a contenuto penale in materia di navigazione marittima e di inquinamento provocato da navi. La soluzione sembra prestarsi ad una duplice lettura, in quanto può essere considerata sia come una piena legittimazione della competenza penale della Comunità su tutte le materie *stricto sensu* comunitarie, sia come un restringimento dell’ambito di questa competenza, essendo essa di fatto riconosciuta esplicitamente soltanto per un settore della politica comunitaria

(3) Si legga sul punto, BERNARDI, *La competenza penale europea secondo la House of Lords*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2007, p. 209, nonché, BORGESBERGER, TROOSTERS, *The end of soft Law Cooperation: the Court’s Jurisprudence in Criminal matters*, in *Revue Internationale de Droit Pénal*, 2006, p. 345, 346.

(4) Aspetti segnalati di recente nel *report* della *House of Lords* di Londra, dedicato al tema delle competenze comunitarie in materia penale, *The Criminal Law Competence of the European Community*, 42nd Report (2005-2006), HL 227, in www.publications.parliament.uk/pa/ld/200506/ldselect/ldcom/227/227.pdf, trad. it. in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2007, p. 213 s., con il commento di BERNARDI, cit., p. 196 s.

strettamente collegato a quello della tutela ambientale, oggetto dell’iniziale riconoscimento in tal senso.

Come si vedrà in seguito, tale seconda ipotesi interpretativa, per quanto formalmente sostenibile sulla scorta delle considerazioni compiute dalla Corte nella sentenza, in realtà stride con l’orientamento che *prima facie* sembra prevalere nelle recenti decisioni giurisprudenziali. Non si può in effetti negare che il *trend* delineato dalle sentenze sulle decisioni quadro è indirizzato in modo evidente verso un’estensione della categoria dei beni giuridici per i quali sussisterebbe una potestà armonizzatrice penale della Comunità (5).

Ciò premesso, un’adeguata riflessione in merito agli effetti ed alla portata della nuova pronuncia sul prossimo futuro del “diritto europeo penale” non può prescindere da una descrizione preliminare del contesto istituzionale nel quale la sentenza si inserisce, delle ragioni che hanno condotto all’impugnazione della decisione quadro, nonché delle posizioni assunte dalla Commissione e dal Consiglio nel procedimento davanti alla Corte.

2. *Il contesto istituzionale di partenza.* — L’annullamento della decisione quadro in materia di repressione penale dell’inquinamento provocato da navi costituisce il risultato di un contrasto di competenze tra il terzo pilastro dell’Unione ed i pilastri comunitari delineatosi per la prima volta nel caso della decisione quadro in materia di ambiente e certamente destinato a riproporsi in futuro in ulteriori contesti.

All’indomani della già richiamata pronuncia della Corte di Giustizia del 13 settembre 2005 in materia di tutela dell’ambiente era apparso chiaro che la questione del riparto di funzioni tra Unione e Comunità in materia penale non potesse dirsi definitivamente risolta — nel senso dell’avvenuta legittimazione del ricorso agli strumenti normativi del diritto comunitario per armonizzare anche norme penali nazionali — in relazione ad ognuna delle materie rientranti nelle competenze comunitarie. La posizione della Corte, piuttosto che impedire il sorgere di future controversie, inaugurava una fase del processo di europeizzazione del diritto penale nella quale era facile prevedere (come puntualmente è accaduto) l’emersione di altre situazioni di frizione tra Commissione e Consiglio in merito all’interpretazione degli effetti della sentenza (6).

(5) Questa anche l’opinione di A. BERNARDI, *La competenza penale europea secondo la House of Lords*, cit., p. 209, peraltro già espressa dall’Autore a proposito della creazione di un codice comunitario in materia di circolazione stradale: ID., *Europa senza frontiere e armonizzazione dei sistemi sanzionatori in materia di circolazione stradale*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2005, p. 590 e 591.

(6) La prospettiva che la pronuncia della Corte 13 settembre 2005, causa C-176/03, Commissione c. Consiglio avrebbe aperto nuovi spazi di frizione tra Commissione e Consi-

La prospettiva conflittuale, del resto, aveva subito trovato un riscontro nelle dichiarazioni rese dai due organi immediatamente dopo l'adozione della pronuncia. In una comunicazione inviata al Consiglio nel novembre del 2005 (7) la Commissione aveva infatti espressamente chiarito la sua posizione al riguardo, affermando che la portata e gli effetti dell'annullamento della decisione quadro in materia di reati ambientali doversero interpretarsi nel senso di ritenere che le disposizioni di diritto penale necessarie all'effettiva attuazione del diritto comunitario rientrassero nelle norme del Trattato comunitario. Si aveva cura inoltre di specificare che ciò avrebbe dovuto comportare una correzione del diritto vigente attraverso un riesame degli atti di armonizzazione a contenuto penale esistenti, allo scopo di renderli conformi al riparto di competenze, così come delineato dalla Corte, e di ripristinarne la corretta base giuridica.

glio era stata da me segnalata proprio nel commento alla sentenza, L. SIRACUSA, *Tutela ambientale: UE e diritto penale tra decisione quadro e direttive*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 779 e 780. Per altri commenti alla sentenza si rinvia a FAVALE, *La Comunità europea ha il potere di esigere che gli Stati membri impongano sanzioni penali al fine di proteggere l'ambiente*, in *Dir. pub. comp. eur.*, 2006, p. 480 s.; VIGANÒ, *Recenti sviluppi in tema di rapporti tra diritto comunitario e diritto penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 1433 s.; ID., *Norme comunitarie e riserva di legge statale in materia penale: i termini di una relazione (sempre più) problematica*, in *Quaderni Costituzionali*, 2006, p. 366 s.; MARCOLINO, *Decisione quadro o direttiva per proteggere l'ambiente attraverso il diritto penale?*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 243 s. Per i commenti di fonte straniera si rinvia, tra gli altri, a BORGENSEBERGER, TROOSTERS, *The end of soft Law Cooperation: the Court's Jurisprudence in Criminal matters*, cit., p. 343 s.; BOSE, *Die Zuständigkeit der Europäischen Gemeinschaft für das Strafrecht Zugleich Besprechung von EuGH, Urteil vom 13.9.2005*, in *GA*, p. 211 ss.; D. CHALMERS *The Court of Justice and the Third Pillar*, in *European Law Review*, 2005, p. 775 s.; GOETERS, *New Criminal Law Developments in the Community Legal Order*, in *Swedish Institute for European Policy Studies*, 2007, consultabile in www.sieps.se:16080/publ/utredningar/bilagor/2007.1u.pdf, p. 6-9 s., nonché 57 s.; FLETCHER, *The European Court of Justice: Carving itself an influential in the EU's Third Pillar*, 2007, consultabile in www.unc.edu/euce/eusa2007/papers/fletcher-m-08i.pdf, p. 2 s., CASTILLO GARCÍA, *The Power of the European Community Impose Criminal Penalties*, consultabile in [www.eipa.eu/files/repository/eipascope/Scope2005-3-4\(2\).pdf](http://www.eipa.eu/files/repository/eipascope/Scope2005-3-4(2).pdf).

(7) Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo ed al Consiglio in merito alle conseguenze della sentenza 13 settembre 2005 della Corte (C-176/03 Commissione contro Consiglio), 23 novembre 2005, COM(2005)583. Sul punto, il Parlamento ha assunto una posizione più cauta, da un lato, affermando che non sussistono i margini per un'automata interpretazione estensiva degli effetti della sentenza 13 settembre 2005, dall'altro lato proponendo un metodo "caso per caso" nella revisione della corretta base giuridica delle decisioni quadro già adottate, *Risoluzione del Parlamento europeo sul seguito da dare alla sentenza 13 settembre 2005 della Corte di Giustizia delle Comunità europee (C-176/03 Commissione c. Consiglio) (2006/2007 (INI), lett. J, L, Q, nn. 3, 8, 9, nonché Relazione sulle conseguenze della sentenza della Corte 13 settembre 2005 (C-176/03 Commissione c. Consiglio), Final A6-0172/2006, c.d. "Relazione Gargani"*. Il Parlamento inoltre, pur riconoscendo che gli effetti della sentenza 13 settembre 2005 non riguardano esclusivamente la materia dell'ambiente, ha tuttavia invitato la Commissione ad applicare i principi stabiliti nella sentenza soltanto ai settori che rientrano nelle politiche fondamentali della Comunità, *Risoluzione, op. ult. cit., lett. Q, n. 10.*

Il Consiglio a sua volta, respingendo la proposta della Commissione di rivedere in blocco le decisioni quadro in precedenza adottate, si era riservato la facoltà di esaminare singolarmente ogni provvedimento per l'individuazione della corretta competenza. A tale scopo, il 21 febbraio 2006 aveva stabilito che ogni proposta riguardante atti del primo pilastro fosse rinviata al Comitato di coordinamento previsto dall'art. 36 TUE (8), attraverso il Comitato dei rappresentanti permanenti degli Stati (COREPER) e, se del caso, fosse valutata da un gruppo di esperti del Consiglio « Giustizia e Affari interni ».

Da questo assetto dei rapporti tra gli organi dell'Unione emergeva in maniera evidente l'insussistenza di spazi per una soluzione rapida e semplice delle questioni concernenti il corretto fondamento giuridico degli atti di armonizzazione a contenuto penale. Piuttosto, ne scaturiva uno scenario di ovvia contrapposizione tra Commissione e Consiglio, i quali si mostravano pronti a difendere strenuamente ognuno le rispettive prerogative istituzionali (9).

In sostanza, la disputa sulla definitiva comunitarizzazione delle competenze europee in materia penale era rimasta vivace, benché la sentenza del 13 settembre 2005 avrebbe potuto dare ingresso — se assistita da una coerente volontà politica — ad un processo di attrazione nell'ambito del diritto comunitario classico quantomeno di una larga parte delle questioni concernenti l'armonizzazione dei diritti penali nazionali.

L'intrapresa di questo nuovo cammino verso un risoluto assottigliamento del ruolo del terzo pilastro dell'Unione è apparsa dunque da subito irta di ostacoli ed ha generato una situazione di "fibrillazione" degli organi europei (10). Da questa sono derivate dapprima una differente lettura tra Commissione e Consiglio del nuovo riparto di competenze, così come definito dalla Corte di Giustizia, ed in seguito l'impossibilità di pervenire ad una soluzione concordata sulla corretta base giuridica della de-

(8) L'art. 36 TUE prevede l'istituzione di un Comitato di coordinamento composto da alti funzionari con il compito di formulare pareri per il Consiglio a richiesta di quest'ultimo o di propria iniziativa e di contribuire alla preparazione dei lavori del Consiglio nei settori della cooperazione giudiziaria e di polizia e della cooperazione in materia civile. Il Comitato esiste dal 1988.

(9) L'assenza di presupposti per una soluzione rapida della questione è stata segnalata anche nel rapporto della House of Lords di Londra sul tema delle competenze comunitarie in materia penale, *House of Lords. La competenza penale della comunità europea*, cit., p. 239 e 240. Il report aveva evidenziato che, fintantoché la questione della decisione quadro sulla repressione dell'inquinamento provocato da navi fosse rimasta pendente dinanzi alla Corte di Giustizia, il Consiglio avrebbe continuato ad opporre una certa resistenza per la revisione della base giuridica delle decisioni quadro già adottate, anche alla luce della osservazione — formulata dal ministro irlandese MacDowell — che la gran parte di questi atti del Terzo pilastro è ormai stata implementata nella maggioranza degli ordinamenti nazionali.

(10) In senso conforme, WEYEMBERGH, *Le rapprochement des incriminations et des sanction pénales*, in *Revue Internationale de Droit Pénal*, 2006, p. 189.

cisione quadro in materia di repressione penale dell'inquinamento provocato da navi (11).

Del resto, la previsione circa l'insuperabilità del disaccordo tra le istituzioni sulla questione dei rapporti tra pilastri dell'Unione è stata confermata non solo dal ricorso sulla carenza di base istituzionale della decisione quadro in materia di trasporti navali (2005/667 GAI del 12 luglio 2005), presentato dalla Commissione ed ora accolto dalla Corte, ma anche dal dato che dopo l'annullamento della decisione quadro in materia di reati ambientali, l'introduzione di nuove sanzioni penali in questo settore — resasi necessaria per colmare il vuoto normativo creato dall'intervento della Corte di Giustizia — è stata tutt'altro che agevole e si è procrastinata per ben due anni. Solo di recente, il 9 febbraio 2007, essa ha subito una significativa accelerazione con la presentazione da parte della Commissione di una nuova proposta di direttiva per la tutela penale dell'ambiente (12).

Intervenendo in una situazione segnata da insanabili divergenze di vedute, la nuova sentenza della Corte di Giustizia sicuramente ha il pregio di indicare i "limiti" che la Comunità è tenuta a rispettare nell'adozione di direttive a contenuto penale, in una prospettiva che mira ad impedire al diritto comunitario penale di entrare in rotta di collisione con il principio di riserva di legge statale in materia penale ed a prevenire il rischio di un'eccessiva ingerenza della Comunità nelle scelte di criminalizzazione, a discapito della sovranità degli Stati membri. Non altrettanto definitivi possono peraltro ritenersi gli esiti della pronuncia sotto il profilo del riconoscimento di una competenza penale comunitaria per tutte le materie afferenti ai pilastri della Comunità (13). Su questo tema, infatti, ancora una

(11) Nonché, l'attuale contrapposizione tra Commissione e Stati membri sulla Proposta di direttiva relativa alle misure penali finalizzate ad assicurare il rispetto dei diritti di proprietà intellettuale (COM/2006/0168/def. — COD 2005/0127/), in relazione alla possibilità che essa stabilisca la natura e l'entità delle sanzioni penali da introdurre negli ordinamenti nazionali.

(12) Proposta di direttiva (presentata dalla Commissione) del Consiglio e del Parlamento europeo sulla tutela penale dell'ambiente, 9 febbraio 2007, COM(2007) 51 def. — 2007/0022 (COD).

Lo stesso Comitato economico e sociale europeo nel parere formulato il 26 settembre 2007 sulla suddetta proposta di direttiva ha espresso la propria delusione per il ritardo nell'adozione dell'atto e ne ha esplicitamente attribuito le cause all'assenza di un accordo tra Commissione e Consiglio sulla ripartizione delle competenze derivanti dal TCE e dal TUE, escludendo altresì la possibilità che in futuro sul tema si possa pervenire rapidamente ad una soluzione politica concordata, si veda, *Parere del Comitato economico e sociale europeo sulla Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla tutela penale dell'ambiente, 26 settembre 2007*, CESE/2007/1248/, consultabile in *ec.europa.eu/prelex/detail—dossier—real.cfm?CL=it&DosId=195346*, p. 5.

(13) A favore di una comunitarizzazione delle competenze europee in materia di diritto penale, si sono pronunciati tra gli altri, VERVAELE, *L'applicazione del diritto comunitario*

volta la soluzione indicata dalla Corte appare cauta e forse motivata dall'intento di promuovere sul punto il raggiungimento di un autonomo accordo politico tra Commissione e Consiglio.

3. *I motivi del ricorso e le posizioni assunte nel procedimento dal Consiglio e dalla Commissione.* — Il ricorso presentato dalla Commissione per l'annullamento della decisione quadro in materia di inquinamento provocato da navi si è incentrato su due punti: 1) la negazione della competenza penale dell'Unione in questa materia e la correlativa attribuzione della stessa ai pilastri comunitari; 2) l'affermazione che la Comunità possa prescrivere il ricorso a sanzioni penali per le violazioni del diritto comunitario ove ciò sia necessario.

In merito al primo punto, come in materia di ambiente, anche nel ricorso *de quo* la Commissione ha contestato la base giuridica della decisione quadro, affermando che essa sarebbe costituita non dall'art. 29 TUE, ma dal surrichiamato art. 80, n. 2 TCE, concernente la competenza comunitaria in materia di trasporti marittimi. A giudizio della Commissione, essendo la sicurezza dei trasporti una materia rientrante nelle politiche comunitarie, lo strumento normativo corretto per l'armonizzazione penale in questo settore sarebbe stata la direttiva e non la decisione quadro (14).

Dal canto suo, il Consiglio ha ritenuto che proprio il contenuto della disposizione del trattato richiamata dalla Commissione come fondamento giuridico dell'atto stimolerebbe una lettura di segno opposto e fornirebbe in qualche misura un argomento valido per sostenere un'interpretazione "restrittiva" degli effetti della precedente decisione della Corte di Giustizia nella causa C-176/03. Ciò, in quanto l'art. 80 n. 2 non attribuisce un'assoluta centralità alla politica della sicurezza dei trasporti navali ed aerei nell'ambito della più generale competenza comunitaria in materia di

rio: la separazione di beni tra primo e terzo pilastro, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1996, p. 507 s.; *Id.*, *Il pubblico ministero europeo e lo spazio giudiziario europeo. Protezione efficace degli interessi comunitari o inizio di un diritto processuale penale europeo?*, in CANESTRARI, FOFFANI, (a cura di), *Il diritto penale nella prospettiva europea. Quali politiche criminali e per quale Europa?*, Milano, 2005, p. 560-562; A. BERNARDI, *Europeizzazione del diritto penale e della scienza penale*, in *Quaderni fiorentini*, 2002, p. 484 s., il quale tuttavia avverte che l'impiego di direttive di armonizzazione nell'ambito del diritto penale non deve condurre ad affermare la sussistenza in capo alla comunità di un indiscriminato potere di imporre sanzioni penali per qualunque violazione del diritto comunitario, essendo indispensabile mantenere fermo il riferimento al principio di proporzione-necessità della sanzione penale. In senso conforme, con specifico riferimento al settore della tutela degli interessi finanziari dell'Unione, TIEDEMANN, *Diritto penale europeo tra realtà e utopia*, in CANESTRARI, FOFFANI, (a cura di), *Il diritto penale nella prospettiva europea. Quali politiche criminali e per quale Europa?*, cit., p. 462 s.

(14) Cfr. punti 30 e 34 della sentenza CGCE 23 ottobre 2007, causa C-440/05, Commissione c. Consiglio.

trasporti; al contrario, essa riconosce al Consiglio la facoltà di decidere, con deliberazione a maggioranza, se ed in quale misura e con quale procedura possono essere adottate opportune disposizioni per la navigazione marittima ed aerea. A tal proposito, il Consiglio chiarisce che con l'adozione della direttiva 2005/35 per la disciplina della sicurezza dei trasporti navali esso ha rinviato alla decisione quadro per l'introduzione di sanzioni penali da applicare alle violazioni delle disposizioni della direttiva ed in tal modo, conformemente all'art. 80, n. 2, ha scelto di rinunciare alla competenza comunitaria nella materia specifica della repressione penale dell'inquinamento provocato da navi (15).

Riguardo al secondo motivo del ricorso, concernente i limiti e le potenzialità della potestà normativa penale della Comunità, la Commissione ha proposto una lettura che amplia significativamente la capacità di penetrazione del diritto comunitario nei sistemi penali nazionali, sino ad ammettere la legittimità di direttive che stabiliscono specie e misura delle sanzioni penali, laddove ciò sia necessario a garantire piena efficacia alle politiche comunitarie. Nel giungere a tale conclusione, la Commissione ha precisato che in base ai principi affermati dalla Corte di Giustizia nella causa C-176/03, sebbene il diritto penale non costituisca una politica comunitaria autonoma, tuttavia la Comunità può adottare provvedimenti di armonizzazione dei reati e delle sanzioni penali in relazione ad ognuna delle materie di competenza comunitaria, a condizione che si rispetti il principio della "necessità" del ricorso allo strumento penale in funzione di attuazione delle disposizioni comunitarie (16).

La Commissione dunque, in primo luogo, ha affermato la sussistenza di una potestà comunitaria ad armonizzare le disposizioni penali per tutte

(15) Per la lettura dei motivi del Consiglio su questo tema si rinvia al punto 43 della sentenza CGCE 23 ottobre 2007, causa C-440/05, Commissione c. Consiglio.

(16) Cfr. punti 32 e 36 sentenza CGCE 23 ottobre 2007, causa C-440/05, Commissione c. Consiglio.

L'arditezza della prospettiva sostenuta dalla Commissione è stata evidenziata nelle proprie conclusioni dall'avvocato generale Mazák, il quale ha esplicitamente negato che la Comunità possa darsi competente ad indicare tipologia e misura delle sanzioni penali, in ragione del fatto che ciò comporterebbe un'eccessiva riduzione della sfera di discrezionalità degli Stati e condurrebbe a risultati incoerenti sul piano dell'armonizzazione; secondo l'avvocato generale, la questione della gravità e dell'efficacia delle sanzioni penali infatti non può essere risolta senza tenere conto delle caratteristiche d'insieme del sistema penale sanzionatorio di ciascun ordinamento nazionale, *Conclusioni dell'Avvocato generale causa C-440/05, Commissione c. Consiglio Mazák, 28 giugno 2007*, punti 107, 108 e 113. In dottrina, contrario alla prospettiva sostenuta dalla Commissione, tra gli altri, LÜDERSSEN, *Europeizzazione del diritto penale e legislazione governativa*, cit., p. 510-512, il quale riprende sul tema le osservazioni formulate da SATZGER in *Die Europäisierung des Strafrechts*, Köln, 2001, p. 452.

Per una ricognizione delle posizioni contrarie alla prospettiva sostenuta dalla Commissione nell'ambito della letteratura anglosassone si rinvia a *House of Lords. La competenza penale della comunità europea*, cit., p. 226 e relative note bibliografiche e p. 231 e 232.

le materie di competenza comunitaria, nel rispetto del principio di sussidiarietà (art. 5 TCE (17)) e di necessità, interpretando così in modo estensivo gli effetti della sentenza in materia di reati ambientali. Questa — sempre secondo la Commissione — avrebbe riconosciuto alla Comunità una "competenza implicita" (18) a predisporre misure di armonizzazione dei diritti penali nazionali, ove ciò risultasse necessario a garantire il rispetto della normativa comunitaria e in relazione ad ogni settore delle politiche comunitarie. In secondo luogo, la Commissione attribuisce alla sentenza del 2005 anche uno spostamento dei confini della suddetta competenza, individuando una legittimazione del legislatore comunitario a prescrivere specie e misura delle sanzioni penali a discapito delle sfere di discrezionalità dei legislatori nazionali (19).

Come era prevedibile, le posizioni assunte dalla Commissione hanno suscitato una ferrea opposizione da parte del Consiglio, che ha prontamente negato sia l'esistenza di una "competenza generale o universale" della Comunità ad armonizzare i diritti penali nazionali, per qualunque settore delle politiche comunitarie ove ciò risulti necessario a renderle efficaci, sia la possibilità che questa competenza possa addirittura riguardare la descrizione della tipologie di pene e della loro misura.

A tal proposito, il Consiglio ha chiarito non solo che dalla causa C-176/03 non è desumibile l'avvenuto riconoscimento da parte della Corte di una potestà normativa dei pilastri comunitari in materia penale, in relazione a tutti i settori di competenza comunitaria ed indipendentemente dalla rilevanza che essi rivestono nell'assetto delle politiche della Comunità, ma anche che la descrizione dettagliata dei requisiti costitutivi delle sanzioni penali in ogni caso è funzione che spetta esclusivamente al terzo pilastro dell'Unione.

Sempre a giudizio del Consiglio, la sentenza del 13 settembre 2005 avrebbe ancorato l'esercizio della potestà armonizzatrice comunitaria in

(17) Art 5 TCE: « La Comunità agisce nei limiti delle competenze che le sono conferite e degli obiettivi che le sono assegnati dal presente trattato.

Nei settori che non sono di sua esclusiva competenza la Comunità interviene, secondo il principio della sussidiarietà, soltanto se e nella misura in cui gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere sufficientemente realizzati dagli Stati membri e possono dunque, a motivo delle dimensioni o degli effetti dell'azione in questione, essere realizzati meglio a livello comunitario.

L'azione della Comunità non va al di là di quanto necessario per il raggiungimento degli obiettivi del presente trattato ».

(18) L'espressione "competenza implicita" è utilizzata dall'avvocato generale nelle proprie conclusioni, *Conclusioni dell'Avvocato generale causa C-440/05, Commissione c. Consiglio Mazák, 28 giugno 2007*, punti 20 e 90.

(19) In ambito italiano, il rischio che la sentenza 13 settembre 2005 avrebbe potuto condurre ad una considerevole riduzione della sfera di discrezionalità del legislatore nella scelta della specie e della misura delle sanzioni era stato evidenziato da F. VIGANÒ, *Recenti sviluppi in tema di rapporti tra diritto comunitario e diritto penale*, cit., p. 1440.

ambito penale a due principi fondamentali: a) la necessità del ricorso all'intervento penale a fronte dell'esigenza di assicurare piena efficacia al diritto comunitario; b) l'essenzialità e la trasversalità delle materie sulle quali può incidere l'intervento normativo (20).

In sostanza, secondo il Consiglio, per legittimare l'emanazione di direttive a contenuto penale non sarebbe sufficiente valutare che ciò risulti necessario ad assicurare un'adeguata applicazione del diritto comunitario, bensì occorrerebbe anche che la politica comunitaria, nel cui ambito la direttiva si colloca, sia una delle politiche fondamentali dell'Unione, di modo che gli obiettivi perseguiti risultino essenziali e trasversali.

La lettura proposta dal Consiglio riflette ovviamente la contrapposizione istituzionale attualmente rinvenibile in ambito europeo sul modo di intendere la distribuzione di competenze in materia penale tra Unione e Comunità e costituisce un tentativo di evitare una centralizzazione esclusivamente comunitaria delle funzioni di armonizzazione delle fattispecie penali, con il contemporaneo "tramonto" definitivo del terzo pilastro dell'Unione.

Dal canto suo, nel respingere le opinioni favorevoli alla legittimità della decisione quadro in materia di inquinamento prodotto da navi ed alla correttezza della base giuridica sulla quale essa si fonda, la Corte di Giustizia ancora una volta non prende espressamente posizione a sostegno del riconoscimento di una "competenza generale" della Comunità in funzione del ravvicinamento delle legislazioni penali nazionali.

Non vi è dubbio che, almeno formalmente, le motivazioni della sentenza, da un lato, non contraddicono l'idea avanzata dal Consiglio secondo la quale le materie per cui è ammessa l'emanazione di direttive a contenuto penale debbano rientrare nell'ambito delle politiche "fondamentali" della Comunità, dall'altro lato interpretano in senso forte il requisito funzionale della necessità dell'intervento normativo in materia penale, ancorandolo ad un più rigido criterio di "indispensabilità" della sanzione penale (21). In questo modo, la Corte rimane fedele al suo tradizionale ruolo di "calmiere" dei livelli sanzionatori degli ordinamenti nazionali e di "pragmatico plasmatore" delle dinamiche del diritto europeo penale, applicando i principi comunitari in funzione sia di contenimento degli "eccessi rigoristici nazionali" (22) nei settori di rilievo comunitario

(20) Si leggano i punti 43, 44, 45 sentenza CGCE 23 ottobre 2007, causa C-440/05, Commissione c. Consiglio.

(21) Cfr. punto 66 sentenza CGCE 23 ottobre 2007, causa C-440/05, Commissione c. Consiglio.

(22) L'espressione è di BERNARDI, *Europeizzazione del diritto penale e della scienza penale*, cit., p. 490. Per una ricostruzione della giurisprudenza comunitaria in materia sanzionatoria, anche con riferimento al periodo in cui non si era ancora assistito all'emanazione di direttive a contenuto penale, si rinvia a BERNARDI, *op. ult. cit.*, p. 487 s.; ID., *Sulle fun-*

(principio di proporzione), sia di prevenzione dagli eccessi di un'interpretazione troppo *lata* del principio di sussidiarietà europea (principio di sussidiarietà penale) (23).

Sembra pertanto che i maggiori e più significativi spunti di riflessione forniti dalla sentenza provengano proprio dalle considerazioni formulate dal giudice europeo con riguardo ai principi di proporzione e di sussidiarietà; qui interpretati come criteri che — se validamente utilizzati dal legislatore comunitario — possono in concreto non solo prevenire il rischio che il diritto comunitario a contenuto penale restringa eccessivamente la sfera di discrezionalità del legislatore nazionale (soprattutto con riferimento alla scelta della specie e della misura delle sanzioni), ma possono anche guidare nella selezione delle materie di competenza comunitaria per le quali è ammissibile il ricorso a direttive a contenuto penale.

4. *Gli effetti della sentenza sulle materie soggette alla potestà armonizzatrice penale di tipo comunitario: davvero tanto rumore per nulla? Le prospettive in relazione alla riforma dei Trattati.* — Come anticipato, una delle questioni fondamentali sulle quali la Corte di Giustizia è stata chiamata a pronunciarsi nel caso in oggetto ha riguardato la selezione dei settori comunitari per i quali legittimare una funzione di ravvicinamento delle legislazioni penali nazionali attraverso l'adozione di direttive e non di decisioni quadro.

La definizione della corretta base giuridica per la repressione penale dell'inquinamento provocato da navi infatti avrebbe dovuto servire a chiarire finalmente se il principio di diritto affermato con la decisione 13 settembre 2005 sulla competenza penale dei pilastri comunitari dovesse intendersi in senso restrittivo, come riferito solo all'ambiente, o se avesse

zioni dei principi di diritto penale, in *Annali dell'Università di Ferrara*, 1992, p. 105 s.; *I tre volti del « diritto penale comunitario »*, in PICOTTI (a cura di), *Possibilità e limiti di un diritto penale europeo*, Milano, 1999, 51 s., 81 s.; *La competenza penale europea secondo la House of Lords*, cit., p. 202 e 204; TIEDEMANN, *L'uropeizzazione del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 13-15;

(23) Sui rapporti tra sussidiarietà comunitaria e sussidiarietà penale nazionale, PICOTTI, *Diritto penale comunitario e Costituzione europea*, in CANESTRARI, FOFANI, (a cura di), *Il diritto penale nella prospettiva europea. Quali politiche criminali e per quale Europa?*, cit., p. 370 s.; SATZGER, *Die Europäisierung des Strafrechts*, cit., p. 439 s.; DONINI, *Sussidiarietà penale e sussidiarietà comunitaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, p. 141 s. Sul tema della doppia sussidiarietà si legga, MILITELLO, *I diritti fondamentali come oggetto di tutela penale: l'apporto della Carta europea*, in *Diritto penale del XXI sec.*, 2003, p. 61 s., il quale segnala che un valido rimedio contro l'espansione incontrollata dell'intervento penale di fonte europea sarebbe costituito dall'ancoraggio dello stesso alla tutela del nucleo forte dei diritti fondamentali. Ciò consentirebbe di ritagliare per il diritto penale europeo un profilo di sussidiarietà autonomo ed ulteriore rispetto alla sussidiarietà generale dell'intervento normativo europeo, in funzione contenitiva di possibili eccessi.

piuttosto una portata estensiva, e valesse dunque per ogni materia di competenza comunitaria.

Su questo punto la sentenza, pur accogliendo le doglianze della Commissione ed annullando la decisione quadro per assenza di base giuridica, non sembra avere fornito una soluzione "forte" al tema del riparto di competenze tra Unione e Comunità.

La pronuncia ha confermato che il già più volte richiamato art. 80 n. 2 TCE rappresenta il fondamento giuridico per l'attuazione della politica comunitaria in materia di trasporti marittimi, anche laddove essa interferisca con i diritti penali nazionali.

Respingendo le posizioni del Consiglio, la Corte ha precisato che la suddetta disposizione non esclude l'applicazione del trattato ai trasporti per via marina, ma si limita a stabilire che le norme del trattato relative ai trasporti non si applicano automaticamente anche a tale specifico settore. L'art. 80 n. 2 non prevederebbe dunque alcuna specifica limitazione sulla natura delle disposizioni che possono adottarsi per i trasporti marittimi, per la sicurezza dei quali rimarrebbe ferma la facoltà della Comunità di predisporre tutte le misure necessarie attraverso provvedimenti comunitari, in conformità all'art. 71, n. 1, TCE.

In sostanza, secondo la sentenza, il fatto che l'art. 80 n. 2 subordini le modalità dell'esercizio della competenza comunitaria in materia di navigazione marittima ad una decisione del Consiglio non significa che laddove il Consiglio decida di non agire, la competenza comunitaria venga meno (24).

Riconosciuta l'appartenenza della materia dei trasporti per via marina ai pilastri comunitari, la Corte risolve la questione specifica dell'illegittimità della decisione quadro per violazione dell'art. 47 TUE sulla scorta dei principi fissati nel caso C-176/03, cioè attraverso una ricognizione delle "finalità" e del "contenuto" del provvedimento. A tal proposito, nell'attestare espressamente che l'atto ha lo scopo di armonizzare le normative penali nazionali per rafforzare la sicurezza dei trasporti e prevenire l'inquinamento provocato da navi, la sentenza non individua esclusivamente nell'art. 80 n. 2 TCE la base giuridica per l'esercizio di tale competenza normativa comunitaria, ma in qualche misura collega l'atto al settore della protezione ambientale. Si evidenzia così la "trasversalità" della materia da esso disciplinata: questa, sebbene attinente alla sicurezza dei trasporti, tuttavia concernerebbe anche la tutela dell'ambiente, in termini di repressione delle condotte che provocano l'inquinamento marino (25).

(24) Punti 57, 58, 59 sentenza CGCE 23 ottobre 2007, causa C-440/05, Commissione c. Consiglio.

(25) Punti 60, 61, 62, 63, 66, sentenza CGCE 23 ottobre 2007, causa C-440/05, Commissione c. Consiglio.

Nella pronuncia pertanto non vi è traccia di un integrale accoglimento delle posizioni della Commissione sulla lettura in termini estensivi della sentenza 13 settembre 2005. In entrambe le pronunce, la Corte non è entrata direttamente nel merito della questione di fondo sollevata dal ricorso, che consiste nell'individuazione, una volta e per tutte, di quali siano gli strumenti normativi da utilizzare per l'armonizzazione delle legislazioni penali a tutela di beni appartenenti ai pilastri comunitari e non espressamente richiamati negli artt. 29 e 31 TUE.

Ancora una volta, dunque il problema del conflitto di competenze tra Unione e Comunità in materie ibride (26) sembra non essere stato definitivamente risolto.

Senonché, tra le righe della motivazione si rintracciano criteri che in futuro potrebbero tornare utili per la selezione delle materie suscettibili di subire l'intervento normativo comunitario in funzione di ravvicinamento delle norme penali.

Evidenziando il collegamento tra la materia della sicurezza dei trasporti navali e la tutela dell'ambiente, la Corte in effetti sembra fare ricorso ad un criterio di "trasversalità" degli obiettivi che si intendono perseguire attraverso l'armonizzazione delle misure penali, in relazione alle politiche di volta in volta coinvolte nell'azione della Comunità. In base alle considerazioni svolte nella decisione, parrebbe che le direttive a contenuto penale possano essere adottate soltanto laddove gli scopi da esse perseguiti siano riconducibili ad uno degli obiettivi essenziali della Comunità. Nel caso specifico, la prevenzione dell'inquinamento provocato da navi costituirebbe un fine proprio della politica comune dei trasporti ed acquisterebbe "dignità penale", solo in quanto necessario a garantire un'efficace attuazione della politica ambientale, che appunto costituisce una politica fondamentale della Comunità (27).

Da ciò si desume che il carattere di "trasversalità" o "orizzontalità" del bene oggetto di tutela assurge a divenire uno dei criteri ai quali ricorrere per valutare l'opportunità e la legittimità dell'impiego a livello comunitario di norme armonizzatrici delle disposizioni penali nazionali.

(26) Sulla necessità di chiarire i suddetti conflitti, RIONDATO, *Competenza penale della Comunità europea*, Padova, 1996, p. 252 s.; SALAZAR-VENTURELLI, *La protezione dell'ambiente attraverso il diritto comunitario*, in *Ambiente*, 2003, p. 335 s.

(27) Al punto 60, sentenza CGCE 23 ottobre 2007, causa C-440/05, Commissione c. Consiglio, la Corte afferma testualmente: "Occorre aggiungere che, nei limiti in cui le esigenze connesse con la tutela dell'ambiente, che costituisce uno degli obiettivi essenziali della Comunità (v. in particolare, sentenza 13 settembre 2005 Commissione/Consiglio, cit. punto 41), devono, a tenore dell'art. 6 CE « essere integrate nella definizione e nell'attuazione delle politiche e azioni comunitarie », una tale tutela deve essere considerata un obiettivo appartenente altresì alla politica comune dei trasporti. Il legislatore comunitario può dunque, sulla base dell'art. 80 n. 2 CE e nell'esercizio delle attribuzioni conferitegli da tale disposizione, decidere di promuovere la tutela dell'ambiente".

Non vi è dubbio che la sottolineatura implicita di questo criterio effettuata dalla Corte nella pronuncia *de quo* potrebbe sortire buoni frutti sotto il profilo della questione del riparto di competenze tra Unione e Comunità. Non altrettanto può dirsi, a mio giudizio, sotto il profilo del contenimento del rischio di un'eccessiva crescita del diritto penale nazionale per effetto dell'azione comunitaria (28).

In merito al primo profilo, il criterio della natura orizzontale del settore di competenza — che obbliga a rintracciare un nesso tra la politica comunitaria nell'ambito della quale si interviene e gli obiettivi essenziali dell'Unione — sarebbe utilizzabile in futuro per risolvere le attuali divergenze tra Commissione e Consiglio sul riparto delle competenze in materia penale. Attraverso l'applicazione di detto criterio, i due organi potrebbero infatti pervenire ad un accordo condiviso sulla base giuridica delle decisioni quadro già adottate.

Di certo, la sentenza in oggetto non ha definitivamente fugato il rischio di nuove frizioni, ma in qualche misura ha fornito al Consiglio un argomento al quale fare appello per contenere un eccessivo ampliamento della competenza comunitaria a legiferare in materia penale (29).

Il secondo profilo sopra segnalato, riguardante la possibilità di ricorrere al criterio della trasversalità per evitare una spropositata proliferazione di nuove norme penali di derivazione comunitaria, è senza dubbio più complesso e deve essere letto anche alla luce delle considerazioni che la Corte ha svolto sul tema dei "limiti" contenutistici della funzione normativa comunitaria in ambito penale.

Per adesso basti accennare al fatto che il criterio della trasversalità non è di certo da solo sufficiente a garantire una proficua interrelazione tra sussidiarietà comunitaria e sussidiarietà penale, soprattutto perché non va escluso che uno degli effetti derivanti dal suo impiego potrebbe essere quello di ampliare l'area dei beni europei ritenuti *beni comunitari in senso stretto*, a svantaggio dei *beni di semplice rilevanza comunitaria*.

Come noto, secondo la ricorrente bipartizione dottrinale dei beni europei di rilievo penale, i *beni comunitari in senso stretto* sarebbero beni

(28) Preoccupazione lucidamente espressa da DONINI, *Sussidiarietà penale e sussidiarietà comunitaria*, cit., p. 141 s.; in senso conforme, HEFENDEHL, *Europäisches Strafrecht: bis wohin und nicht weiter?*, in ZIS, 2006, p. 232.

(29) La prospettiva dell'emergere di nuovi contrasti tra Commissione e Consiglio, anche dopo l'emanazione della sentenza, era stata del resto preventivata dal ministro irlandese MacDowell, il quale, interpellato dalla House of Lords inglese quando ancora i giudici europei non si erano pronunciati sul caso, aveva dichiarato che laddove la Corte avesse annullato la decisione quadro in materia di sicurezza navale, gli Stati membri avrebbero in ogni caso tentato di controllare l'esercizio della potestà normativa della Comunità in funzione armonizzatrice delle legislazioni penali, cfr. *House of Lords. La competenza penale della comunità europea*, cit., p. 241 e 242. E non vi è motivo per dubitare che questa opinione sarà condivisa anche dagli altri governi nazionali.

propri dell'Unione, in quanto autonomo soggetto giuridico (interessi finanziari (30), moneta unica, pubblica amministrazione); i *beni a rilevanza comunitaria* sarebbero beni nazionali che hanno acquistato rilevanza europea per la dimensione sovranazionale delle azioni comunitarie (concorrenza, ambiente, sviluppo economico, occupazione etc.) (31).

Se l'ambito di estensione della potestà comunitaria di tipo penale viene a dipendere dalla natura "orizzontale" della materia coinvolta nell'azione normativa, tutti i beni comunitari potrebbero assurgere al rango di *beni europei in senso stretto*, laddove l'obiettivo perseguito tramite la loro tutela si integrasse con le finalità e le azioni concernenti gli obiettivi essenziali dell'Unione. La "trasversalità" del bene protetto, in altre parole, sarebbe il primo indice di meritevolezza di una tutela penale da realizzare attraverso il diritto comunitario classico (32). In questo modo, la capacità della Comunità di emanare disposizioni che prevedono obblighi di incriminazione a contenuto penale finirebbe con l'apparire legittima in relazione a quasi tutti i settori delle politiche comunitarie, purché trasversalmente collegabili agli scopi fondamentali della Comunità (quindi, anche per i settori agricoltura, occupazione, concorrenza, sviluppo economico etc.).

L'accrescimento del catalogo dei beni per i quali può apparire neces-

(30) Tra gli altri, evidenziano come gli interessi finanziari dell'Europa costituiscano beni propri dell'ordinamento giuridico europeo, DELMAS MARTY, *Il sorgere di un diritto penale dell'Unione europea*, in MOCCIA (a cura di), *Diritti dell'uomo e sistema penale*, Napoli, 2002, p. 511 s.; GÓMEZ-JARA DIEZ, *La unificación del derecho penal en Europa*, in *Saberes*, 2003, p. 2 s.

Sul tema della tutela penale degli interessi finanziari dell'Europa si segnala anche l'opinione di HEFENDEHL, *Europäisches Strafrecht: bis wohin und nicht weiter?*, cit., p. 235 s., il quale considera indispensabile il ricorso a fattispecie penali incriminatrici descritte direttamente in ambito europeo, quando l'interesse finanziario protetto non è un interesse dei singoli Stati, ma è un interesse dell'Unione.

(31) A questa classificazione si rifanno, pur con diverse sfumature, PICOTTI, *Diritto penale comunitario e Costituzione europea*, cit., p. 332 e 333; BERNARDI, *Strategie per l'armonizzazione dei sistemi penali nazionali*, in CANESTRARI, FOFFANI, (a cura di), *Il diritto penale nella prospettiva europea. Quali politiche criminali e per quale Europa?*, cit., p. 381 e 382; GRASSO, *Comunità europee e diritto penale*, Milano, 1989, p. 9; SICURELLA, *Il Corpus Juris e la definizione di un sistema di tutela penale dei beni giuridici comunitari*, in GRASSO, SICURELLA (a cura di), *Il Corpus Juris 2000. Un modello di tutela penale dei beni giuridici comunitari*, Milano, 2003, p. 31 s. Sul tema, HEFENDEHL, *La questione della legittimità di norme penali europee*, in SCHÜNEMANN (a cura di), *Un progetto alternativo di giustizia penale europea*, ed. it. a cura di MILITELLO, Milano, 2007, p. 93 s. precisa che i beni giuridici europei sarebbero i beni la cui titolarità spetta all'Unione o ai suoi organi e che per la loro tutela occorrerebbe una competenza normativa europea a titolo originario.

Per uno stimolante approccio problematico sul tema, si legga DONINI, *Sussidiarietà penale e sussidiarietà comunitaria*, p. 150 ss.

(32) Questa opinione è stata espressa anche dall'avvocato generale Mazák, cfr. *Conclusioni dell'Avvocato generale causa C-440/05*, Commissione c. Consiglio Mazák, 28 giugno 2007, punto 94.

sario un intervento normativo di carattere penale della Comunità non costituisce di per sé un effetto inaccettabile del rafforzamento delle competenze legislative europee. A poter preoccupare è piuttosto la prospettiva che questo fenomeno si realizzi nell'ambito di una struttura istituzionale ancora incentrata su pilastri, che non prevede una piena partecipazione del Parlamento alle scelte di politica criminale, né dispone di un forte ancoraggio ad un sistema organico e razionale di principi, regole e fini fondanti la funzione legislativa penale (33).

Queste perplessità sono senza dubbio giustificate, anche se possono risultare in qualche misura amplificate dalla matrice essenzialmente giurisprudenziale e a tutt'oggi ancora non costituzionale delle dinamiche del diritto penale europeo (34); e ciò vale soprattutto quando il punto di osservazione di tali questioni è quello dei giuristi dell'Europa continentale, tradizionalmente poco inclini a far proprio il pragmatismo dei sistemi di *common law*.

Tuttavia, come detto, un elemento mitigatore dei rischi preventivati è pur sempre rintracciabile nell'implicito richiamo della sentenza ad altri criteri regolatori della potestà penale comunitaria. A differenza della "trasversalità", questi altri criteri potrebbero candidarsi a svolgere una funzione pacatamente frenante delle istanze "espansionistiche" portate avanti dalla Commissione, almeno sotto il profilo dell'ingerenza delle direttive nella scelta di tipologia e misura delle sanzioni penali.

Non va peraltro trascurato che su tali questioni innovazioni di non poco conto potrebbero provenire dal Progetto di Trattato che modifica il Trattato sull'Unione europea ed il Trattato che istituisce la Comunità europea, sul quale i capi di Stato e di Governo degli Stati membri hanno raggiunto un accordo condiviso al vertice di Lisbona del 18/19 ottobre 2007, ponendo fine alla fase di stallo che aveva accompagnato il definitivo naufragio del progetto di Costituzione (35).

Rispetto alle questioni che rilevano ai fini del presente lavoro, il pro-

(33) Si condividono sul punto le opinioni di DONINI, *Sussidiarietà penale e sussidiarietà comunitaria*, cit., p. 142 s., il quale ritiene che i principi su cui attualmente si struttura l'ordinamento comunitario possono essere utili a fondare un sistema razionale nel settore del diritto punitivo di matrice amministrativa, ma non nel settore penale, in ragione delle istanze garantiste che contraddistinguono il diritto penale da altri rami del diritto. Diversamente sul punto, ritiene che gli attuali principi comunitari possano servire ad armonizzare non solo le sanzioni di carattere amministrativo, ma anche quelle di carattere penale TIEDEMANN, *Diritto comunitario e diritto penale*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1993, p. 218 s. Sul tema, diffusamente, BERNARDI, *Sulle funzioni dei principi di diritto penale*, cit., p. 156 s.

(34) In senso conforme, CSONKA, *Les perspectives du droit pénal de l'Union Européenne*, in *Revue Internationale de Droit Pénal*, 2006, p. 350.

(35) Progetto di Trattato che modifica il Trattato sull'Unione europea ed il Trattato che istituisce la Comunità europea, Bruxelles, 5 ottobre 2007, CIG 1/1/07 REV 1. Per un'analisi del testo del progetto, si rinvia a PEERS, *Statewatch Observatory on the EU Constitution and the Reform Treaty*, disponibile in www.Statewatch.org/euconstitution.htm, VILLA-

getto di Trattato contiene alcuni punti qualificanti, quali il definitivo superamento della struttura a pilastri e della correlativa distinzione tra Unione e Comunità e l'attribuzione al Parlamento europeo di un ruolo attivo nel procedimento di formazione degli atti normativi, facendo della "codificazione" — così come riformata nel progetto — la procedura legislativa ordinaria. Ancora, lo spazio di libertà sicurezza e giustizia sostituisce il titolo IV del Trattato CE, relativo a visti, asilo, immigrazione e ad altre politiche connesse alla libera circolazione delle persone, e diviene a pieno titolo una delle politiche dell'Unione.

Con riferimento poi alla materia penale, nel Trattato la competenza legislativa in funzione del ravvicinamento delle legislazioni penali nazionali è prevista per i seguenti fenomeni criminali: terrorismo, tratta di essere umani e sfruttamento sessuale delle donne e dei minori, traffico illecito di stupefacenti, traffico illecito di armi, riciclaggio di capitali, corruzione, contraffazione dei mezzi di pagamento, criminalità informatica e criminalità organizzata (art. 69 F) (36). Analogamente a quanto era stabilito nel progetto di Costituzione, l'elencazione è tassativa e può essere am-

FRANCA, *Il Trattato di Lisbona: fine di una crisi?*, consultabile in www.ispionline.it/it/documents/pb-63-2007.pdf.

(36) Art. 69 F Progetto di Trattato che modifica il Trattato sull'Unione europea ed il Trattato che istituisce la Comunità europea: « Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando mediante direttive secondo la procedura legislativa ordinaria, possono stabilire norme minime relative alla definizione dei reati e della sanzioni in sfere di criminalità particolarmente grave che presentano una dimensione transnazionale derivante dal carattere o dalle implicazioni di tali reati o da una particolare necessità di combatterli su basi comuni.

Dette sfere di criminalità sono le seguenti: terrorismo, tratta di essere umani e sfruttamento sessuale delle donne e dei minori, traffico illecito di stupefacenti, traffico illecito di armi, riciclaggio di capitali, corruzione, contraffazione dei mezzi di pagamento, criminalità informatica e criminalità organizzata.

In funzione dell'evoluzione della criminalità, il Consiglio può adottare una decisione che individua altre sfere di criminalità che rispondono ai criteri di cui al presente paragrafo. Esso delibera all'unanimità previa approvazione del Parlamento europeo.

2. Allorché il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri in materia penale si rivela indispensabile per garantire l'attuazione efficace di una politica dell'Unione in un settore che è stato oggetto di misure di armonizzazione, delle direttive possono stabilire norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni nel settore in questione. Tali direttive sono adottate secondo la stessa procedura legislativa o speciale utilizzata per l'adozione delle misure di armonizzazione di questo settore, fatto salvo l'art. 68.

3. Qualora un membro del Consiglio ritenga che un progetto di direttiva di cui al paragrafo 1 o 2 incida su aspetti fondamentali del suo ordinamento giudiziario penale, può chiedere che il Consiglio europeo sia investito della questione. In tal caso, la procedura legislativa è sospesa. Previa discussione ed in caso di consenso, il Consiglio europeo, entro quattro mesi dalla sospensione, rinvia il progetto al Consiglio, il che pone fine alla sospensione della procedura legislativa ordinaria.

Entro il medesimo termine, in caso di disaccordo, e se almeno nove Stati membri desiderano instaurare una cooperazione rafforzata sulla base del progetto di direttiva in questione, essi ne informano il Parlamento europeo, la Commissione ed il Consiglio. In tal caso

pliata solo con decisione del Consiglio adottata all'unanimità e previa approvazione del Parlamento (37).

Ma, a fronte di tale limitazione, un'autentica rivoluzione proviene dal paragrafo 2 dell'art. 69 F del nuovo progetto di Trattato che riconosce una "competenza generale" dell'Unione a legiferare in materia penale, quando ciò risulta necessario a garantire un'efficace attuazione delle politiche europee.

Si tratta di un'innovazione senza precedenti, peraltro incentrata su basi che garantiscono un giusto equilibrio tra armonizzazione penale europea e mantenimento delle identità culturali dei diritti penali nazionali. La norma infatti non solo fa tesoro degli orientamenti espressi sino ad ora dalla giurisprudenza comunitaria sulla natura sussidiaria dell'intervento normativo dell'Unione in ambito penale, ma al contempo prevede alcuni freni di emergenza contro un'eccessiva espansione del diritto penale di matrice europea, riconoscendo ad ogni Stato membro la possibilità di arrestare la procedura di adozione delle direttive a contenuto penale, laddove ritenga che esse ledano aspetti fondamentali del proprio ordinamento penale. In questo caso, il Consiglio europeo viene investito della questione. Entro quattro mesi, se si raggiunge l'accordo, la procedura legislativa per l'adozione della direttiva riprende; in caso contrario, e se vi è richiesta da parte di almeno nove Stati membri, può avviarsi una procedura di cooperazione rafforzata sulla base del progetto di direttiva in questione.

Ove dovessero riuscire ad entrare in vigore nei suddetti termini, le modifiche previste nel Progetto risolverebbero in via definitiva il problema del riparto di competenze normative, assicurando uniformità sotto il profilo della natura giuridica degli atti legislativi europei a contenuto penale, a favore dell'esclusivo mantenimento delle direttive e la contemporanea eliminazione delle decisioni quadro.

5. *Dall'armonizzazione penale "necessaria" all'armonizzazione penale "indispensabile": un nuovo "volto" per i principi europei di proporzione e sussidiarietà.* — Nel motivare l'annullamento della decisione quadro, la Corte chiarisce che la repressione penale dell'inquinamento provocato da navi non solo costituisce un obiettivo essenziale per l'Europa — in

l'autorizzazione a procedere alla cooperazione rafforzata di cui all'art. 10, paragrafo 2 del trattato sull'Unione europea e all'art. 280 D, paragrafo 1 del presente trattato si considera concessa e si applicano le disposizioni sulla cooperazione rafforzata ».

(37) All'art. III — 172 il Progetto di Costituzione per l'Europa restringeva la competenza penale europea in funzione di armonizzazione dei diritti penali nazionali alle stesse materie di cui al nuovo art. 69 F del Progetto di Trattato di Lisbona ed ammetteva la possibilità di ampliare la rosa di tali materie con decisione del Consiglio adottata all'unanimità e previa approvazione del Parlamento (art. III — 172, par. 2).

quanto strettamente connesso all'obiettivo altrettanto fondamentale di dare piena efficacia alla politica di tutela dell'ambiente — ma rappresenta anche una prospettiva irrinunciabile, perché "indispensabile" per la lotta contro i danni ambientali gravi (38).

Sembra dunque che, oltre alla trasversalità degli obiettivi da perseguire, la sentenza implicitamente invochi l'"indispensabilità" come criterio supplementare per la valutazione dell'opportunità di ricorrere allo strumento penale. In ciò si registra una differenza non di poco conto con i principi affermati nella sentenza in materia di reati ambientali. Mentre in questa la Corte si era limitata ad affermare che l'armonizzazione da parte europea delle norme nazionali di diritto penale fosse legittima ove risultasse "necessaria" a dare piena attuazione alle politiche comunitarie, nel caso in oggetto essa richiede qualcosa di più della semplice "necessità": che la direttiva a contenuto penale sia uno strumento "indispensabile" per dare efficacia alla normativa comunitaria (39).

Attraverso l'affermazione di questo criterio, il principio di sussidiarietà comunitaria diventa più stringente. La meritevolezza di tutela penale europea da parte della Comunità viene a dipendere infatti non più semplicemente dalla necessità delle sanzioni penali, ma dall'irrinunciabilità alle stesse, a fronte della gravità dei danni da punire.

Si tratta forse di una piccola rivoluzione, il cui significato va opportunamente ponderato.

Sino ad oggi, nell'interpretazione della giurisprudenza europea la sussidiarietà comunitaria è consistita nella possibilità di ammettere il ricorso alle sanzioni penali, quando altri strumenti sanzionatori non siano disponibili o sufficienti e quando l'azione comunitaria, anche sul versante della tutela penale, sia necessaria, in relazione all'inadeguatezza dell'azione dei singoli Stati per il conseguimento degli obiettivi della politica comunitaria (40).

Secondo una parte della dottrina, il riferimento al suddetto principio non assicurerebbe sempre una proficua intersezione tra le scelte del legislatore penale nazionale e le scelte del legislatore europeo. In alcuni casi, in effetti, ciò che dal punto di vista interno agli ordinamenti nazionali ap-

(38) Punto 66, sentenza CGCE 23 ottobre 2007, causa C-440/05, Commissione c. Consiglio.

(39) Questa interpretazione era stata peraltro suggerita dal Consiglio, che invitava a leggere in termini restrittivi il requisito della necessità applicato dalla Corte nel caso C-176/03, Commissione c. Consiglio, si veda punto 48, CGCE 23 ottobre 2007, causa C-440/05, Commissione c. Consiglio.

(40) Si veda sul tema, PICOTTI, *Potestà penale dell'Unione europea nella lotta contro le frodi comunitarie e possibile « base giuridica » del Corpus Juris. In margine al nuovo art. 280 Trattato CE*, in GRASSO (a cura di), *Lotta contro la frode agli interessi finanziari della Comunità europea tra prevenzione e repressione: l'esempio dei fondi strutturali*, Milano, 2000, p. 374 s.

parirebbe meritevole soltanto di una tutela di tipo amministrativo e non penale, al contrario, potrebbe risultare privo di un'adeguata protezione a livello europeo e giustificare di conseguenza l'intervento in via sussidiaria di obblighi di incriminazione penale da parte comunitaria (41). In questo modo, la spinta al contenimento dell'ambito penalistico assicurata da una corretta applicazione della sussidiarietà penale nazionale potrebbe essere sopravanzata da una spinta contraria verso l'espansione proveniente dalla competenza concorrente dell'Unione, esercitata secondo il principio di sussidiarietà europea (42).

Non vi è dubbio che questo rischio di collisione sia tutt'altro che infondato. Ma la presa di posizione della Corte nella sentenza in oggetto potrebbe contribuire a limitarne gli effetti negativi; sebbene ad un tale esito possa pervenirsi, soltanto dopo aver provato ad inquadrare correttamente il rapporto che viene ad instaurarsi tra la necessità e l'indispensabilità della sanzione penale, nell'ambito del principio di sussidiarietà europea, inteso in senso classico.

Sul punto, proviamo ad abbozzare alcune ipotesi.

Come detto, la necessità dell'armonizzazione penale di fonte europea è stata riconosciuta dalla Corte con riferimento alla materia dell'ambiente, in quanto politica fondamentale dell'Unione ed obiettivo essenziale dell'azione comunitaria. Secondo la Corte dunque, la centralità dell'ambiente nel quadro degli interessi europei "essenziali" giustificherebbe l'intervento di direttive contenenti obblighi di incriminazione di natura penale, a fronte dell'impossibilità di ottenere efficaci risultati attraverso un rimando all'azione dei singoli Stati. Con riferimento alla materia della sicurezza dei trasporti navali invece, il giudice europeo, tenuto conto della concorrenza di competenze tra Unione e Stati membri, riconosce che la meritevolezza di tutela penale discende sia dallo stretto collegamento tra la materia considerata e la protezione dell'ambiente, sia dall'indispensabilità di punire penalmente i "gravi danni ecologici" provocati dalle navi.

Nel tentativo di ricavare principi di portata più generale dalle considerazioni che hanno riguardato nello specifico il caso deciso, si può dire che la Corte interpreti la sussidiarietà europea secondo la logica di un "doppio binario", a seconda della natura degli interessi in gioco e della gravità dei danni da prevenire. Laddove ad essere coinvolti nell'armonizzazione penale di matrice comunitaria siano beni "essenziali" per le politiche europee, la sussidiarietà europea ricorre ad una valutazione di sem-

(41) Per queste considerazioni si rinvia a DONINI, *Sussidiarietà penale e sussidiarietà comunitaria*, cit., p. 162 s., anche per i riferimenti ulteriori.

(42) Sul punto, si veda VIGANÒ, *Norme comunitarie e riserva di legge statale in materia penale: i termini di una relazione (sempre più) problematica*, cit., p. 370, il quale sottolinea che l'impiego di direttive a contenuto penale preclude al legislatore nazionale ogni valutazione discrezionale sulla meritevolezza e sulla necessità di pena.

plice "necessità" della sanzione penale. Al contrario, laddove la potestà legislativa penale della Comunità riguarda materie non centrali nella politica comunitaria ma trasversalmente collegate ad altri obiettivi fondamentali, secondo la sussidiarietà europea, occorrerà valutare che l'impiego di misure punitive di tipo penale sia non soltanto necessario, ma addirittura indispensabile. Inoltre, l'indispensabilità della sanzione penale dipenderà oltre che dalla "trasversalità" del fine perseguito, anche dalla "gravità" dei danni al bene protetto che si intendono prevenire.

In questo modo, quando il settore di competenza considerato non è un settore eminentemente centrale nella cornice delle politiche comunitarie, il principio di proporzione tra gravità del fatto/natura e misura della sanzione penale viene a congiungersi intimamente al principio di sussidiarietà comunitaria (43), sino a divenire uno dei criteri fondamentali per valutare se l'armonizzazione penale risulta indispensabile.

Questa "scalarità" del principio di sussidiarietà, combinato al principio di proporzione, potrebbe produrre l'effetto di contenere l'espansione della potestà legislativa comunitaria per il ravvicinamento dei diritti penali nazionali, restringendone l'ambito di esercizio esclusivamente alle materie di competenza comunitaria "fondamentali/essenziali" ed alle materie "secondarie/trasversali"; e per queste, solo nei casi in cui i danni ai beni protetti che si vogliono prevenire siano di particolare rilevanza.

Di certo è presto per immaginare i futuri sviluppi di questa nuova prospettiva con riferimento alla questione del riparto di competenze tra Unione e Comunità, così come appare azzardato immaginare che Commissione e Consiglio daranno alla pronuncia la lettura qui proposta, e per questa via giungeranno ad un accordo abbastanza solido sui criteri per l'individuazione della corretta base giuridica degli atti normativi europei a contenuto penale. Piuttosto, l'ipotesi più verosimile è che in futuro si apriranno nuovi fronti di contrapposizione tra le due istituzioni.

Senza dubbio, però, gli orientamenti tracciati dalla sentenza in esame potrebbero fornire un prezioso contributo per la delineazione di un sistema razionale di principi ai quali ancorare la funzione legislativa della Comunità in ambito penale, da modulare in rapporto alla "natura" degli interessi di volta in volta coinvolti dall'intervento normativo comunitario. Ciò costituirebbe un sicuro progresso, tenuto conto che sino a quando l'Europa non disporrà di un tanto invocato quadro costituzionale di riferi-

(43) Ritiene che il principio di proporzione sia strettamente connesso al principio di sussidiarietà comunitaria, PICOTTI, *Diritto penale comunitario e Costituzione europea*, cit., p. 370 s. Distingue invece l'ambito di operatività dei due principi, DONINI, *Sussidiarietà penale e sussidiarietà comunitaria*, cit., p. 155 e 156, secondo il quale il principio di proporzione riguarderebbe sia le materie di competenza esclusiva della comunità, sia le materie di competenza concorrente, mentre il principio di sussidiarietà entrerebbe in gioco solo per le materie di competenza concorrente.

mento (44) o, in alternativa, del nuovo assetto istituzionale derivante dall'adozione del Trattato di riforma di Lisbona, dovrà inevitabilmente percorrere la strada della definizione per mano giurisprudenziale dei criteri che devono sorreggerne l'esercizio delle funzioni di armonizzazione dei diritti penali nazionali; se non altro, almeno per raggiungere di volta in volta punti di approdo, parzialmente definitivi, sul modo di intendere l'operatività dei principi dei Trattati in relazione alla materia penale.

6. *I principi stabiliti nella sentenza sui "limiti" della potestà legislativa europea in ambito penale con riferimento alla definizione di specie e misura delle sanzioni penali.* — Come anticipato, un altro punto particolarmente rilevante della decisione in oggetto concerne la definizione dei limiti della potestà normativa comunitaria in ambito penale con particolare riguardo alla possibilità che le direttive individuino la tipologia e la misura delle sanzioni penali da adottare nei settori per i quali esse impongono obblighi di incriminazione (45).

Su tale questione il giudice europeo prende espressamente posizione a favore dell'opzione che nega alla Comunità il potere di definire la tipologia e la misura delle pene attraverso atti normativi vincolanti (46). La Corte perviene a tale giudizio in base alla considerazione che la funzione legislativa in ambito penale esercitata a livello comunitario non può spingersi sino ad indicare nel dettaglio gli elementi costitutivi delle sanzioni penali. Per questo motivo, secondo la sentenza, gli artt. 4 e 6 della decisione quadro — che hanno ad oggetto la tipologia e la misura delle pene — non possono ritenersi illegittimi per assenza di base giuridica, perché sono stati correttamente adottati entro la cornice del terzo pilastro, non

(44) Sulle novità che erano previste nel Trattato di Costituzione europea e sui progressi che esso avrebbe permesso di raggiungere in termini di riduzione del deficit democratico della legislazione europea e di definizione del fondamento, della portata e dei limiti della competenza penale europea, si leggano, tra gli altri, PICOTTI, *Diritto penale comunitario e Costituzione europea*, cit., p. 325 s.; GRASSO, *La Costituzione per l'Europa e la formazione di un diritto penale dell'Unione europea*, in DOLCINI, PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. I, Milano, 2006, p. 359 s.; ID., *La protezione dei diritti fondamentali nella Costituzione per l'Europa e il diritto penale: spunti di riflessione critica*, in *Scritti per Federico Stella*, Napoli, 2007, p. 219 s.; BERNARDI, *Europeizzazione del diritto penale e progetto di Costituzione europea*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 7 s.

(45) Sulla necessità che la Corte di giustizia tenesse in considerazione questo profilo, contrariamente a quanto non avesse fatto nella causa C-176/03, si veda il report della House of Lords di Londra, *House of Lords. La competenza penale della comunità europea*, cit., p. 231-233.

(46) Ciò probabilmente obbligherà la Commissione a rivedere le posizioni assunte sul contenuto della Proposta di direttiva relativa alle misure penali finalizzate ad assicurare il rispetto dei diritti di proprietà intellettuale (COM/2006/0168/def. — COD 2005/0127/), accettando l'opinione degli Stati membri secondo cui la direttiva non potrebbe prescrivere anche misura e tipologia delle pene.

potendo viceversa essere emanati attraverso gli atti normativi tipici dei pilastri comunitari (47).

Ad opinione della Corte, dunque, alle direttive penali compete esclusivamente la facoltà di obbligare gli Stati a garantire uno standard di tutela penale in taluni settori, attraverso l'apprestamento di sanzioni efficaci, proporzionate e dissuasive, ma non la facoltà di vincolare la scelta del legislatore nazionale in relazione alla *species* ed al *quantum* di sanzioni.

Sul punto, la sentenza si uniforma all'orientamento espresso dall'avvocato generale Mazák nelle proprie conclusioni, dove era stato precisato che la potestà normativa della Comunità in funzione del ravvicinamento delle fattispecie penali incriminatrici concernesse soltanto il potere di obbligare gli ordinamenti nazionali a qualificare come reati talune tipologie di condotte e non riguardasse anche il potere della Comunità di comminare essa stessa sanzioni penali. Ciò, perché, a fronte della varietà delle caratteristiche intrinseche dei singoli ordinamenti penali nazionali, preservare agli Stati una sfera di discrezionalità nella selezione delle sanzioni da comminare sarebbe indispensabile per assicurare una coerenza interna sia al diritto penale dell'Unione, sia agli stessi sistemi penali nazionali (48).

Non va trascurato che su questo punto la sentenza 13 settembre 2005 in materia di ambiente non era stata altrettanto chiara; in quell'occasione infatti la Corte non aveva affrontato espressamente il tema dei "limiti" della competenza penale comunitaria in relazione al profilo della prescrizione di specifiche tipologie di pena, nonostante l'art. 5 n. 1 della decisione quadro annullata prevedesse a carico degli Stati il dovere di ricorrere a sanzioni penali privative della libertà personale, almeno nei casi delle violazioni più gravi (49). In quel caso, il giudice europeo aveva tralasciato di valutare che, al contrario delle altre disposizioni dell'atto annullato, tale ultima disposizione non era affatto in contrasto con l'art. 47 TUE, in quanto era stata coerentemente adottata in base alle norme del TUE, e non alle norme del TCE (50).

Nella sentenza ora in esame, dunque, la Corte non sottovaluta la que-

(47) Punto 70 e 71, sentenza CGCE 23 ottobre 2007, causa C-440/05, Commissione c. Consiglio

(48) Si leggano punti 104, 105, 106 *Conclusioni dell'Avvocato generale* causa C-440/05, Commissione c. Consiglio Mazák, 28 giugno 2007.

(49) Su questo tema si rinvia a SIRACUSA, *Tutela ambientale: UE e diritto penale tra decisione quadro e direttive*, cit., p. 775.

(50) L'avvocato generale Mazák attribuisce questa scelta della Corte al fatto che, dovendo essere annullata la decisione quadro per violazione del riparto di competenza, l'esame della questione specifica concernente l'art. 5 n. 1 sarebbe stato inutile. Una volta annullato l'atto, non era pensabile che ne sopravvivesse unicamente una sola disposizione; cfr. Punto 113 *Conclusioni dell'Avvocato generale* causa C-440/05, Commissione c. Consiglio Mazák, 28 giugno 2007.

stione; eppure, non si dilunga troppo nel motivare le ragioni della sua decisione, diversamente da quanto ha fatto l'avvocato generale, il quale invece ha approfondito il profilo in oggetto, evidenziandone il collegamento e gli effetti in relazione ai principi di sussidiarietà e proporzione.

A tal proposito, *Mazák* opportunamente ha sottolineato che se la Comunità può limitarsi a vincolare gli Stati all'impiego dello strumento penale per la repressione di talune violazioni del diritto comunitario e non può specificare il tipo di pene da comminare, ciò significa che l'essenza della competenza comunitaria in ambito penale non mette in discussione il principio per il quale il diritto penale rientra nella competenza degli Stati membri, né compromette la coerenza interna ai sistemi penali nazionali. La scelta di indicare soltanto la necessità di prevedere sanzioni penali proporzionate, effettive e dissuasive, secondo l'avvocato generale, sarebbe in linea con il suddetto principio dell'autonomia degli Stati nel settore penale ed assicurerebbe una chiara attuazione del principio comunitario di proporzione (51).

Sin qui, nulla di diverso da quanto la Corte non avesse già affermato nella sentenza in materia di ambiente. Ma l'avvocato generale è andato oltre, invitando il giudice europeo a chiarire con maggiore precisione in che modo debba operare il criterio dell'effettività delle sanzioni in ambito penale, tenuto conto di alcuni fattori. In primo luogo, che il suddetto criterio non implica sempre il ricorso alla sanzione penale come unica sanzione efficace, ma comporta anche una "graduabilità" della risposta sanzionatoria e della tipologia di misure punitive; in secondo luogo, che sarebbe semplicistico ritenere che il diritto penale costituisca sempre lo strumento adeguato per colmare una carenza di efficacia normativa; ed in terzo luogo, che l'efficacia stessa non è il solo criterio al quale occorre fare riferimento laddove si scelga di ricorrere al diritto penale, comportando quest'ultimo anche decisioni di carattere politico che trascendono la pura valutazione tecnica di un'analisi costi/benefici (52).

Come detto, a fronte dello spessore delle considerazioni svolte dall'avvocato generale, le motivazioni della sentenza sul divieto a carico della Comunità di descrivere le sanzioni penali da adottare negli ordinamenti nazionali non appaiono sufficientemente ampie ed omettono di evidenziare i nessi della questione con l'operatività dei principi comunitari di sussidiarietà e di proporzione.

Tuttavia, se si tiene conto di quanto la Corte esprime in relazione al profilo della "trasversalità" degli obiettivi da perseguire e della "indispensabilità" della sanzione penale, l'affermazione dell'assenza di una compe-

(51) Punti 110 e 111, *Conclusioni dell'Avvocato generale* causa C-440/05, Commissione c. Consiglio *Mazák*, 28 giugno 2007.

(52) Punti 115-122, *Conclusioni dell'Avvocato generale* causa C-440/05, Commissione c. Consiglio *Mazák*, 28 giugno 2007.

tenza comunitaria a definire nel dettaglio il quadro sanzionatorio degli illeciti penali contribuisce non poco a chiarire la portata ed i limiti della funzione normativa europea in ambito penale.

Tenendo conto di tale ultimo profilo, proviamo ad abbozzare un quadro organico di tipo logico-formale. Dalla sentenza emergono tre tipologie di limiti all'esercizio della potestà comunitaria in funzione armonizzatrice delle fattispecie penali:

a) il limite della "trasversalità" degli obiettivi perseguiti, laddove il settore di competenza entro il quale opera la suddetta potestà non si collochi tra le politiche essenziali dell'Europa;

b) il limite dell'"indispensabilità" del ricorso allo strumento penale per le materie comunitarie non di rilevanza primaria; e della "necessità" per le materie comunitarie di rilevanza primaria;

c) il divieto per la Comunità di *prescrivere direttamente tipologia e misura delle sanzioni penali*, in ossequio al principio di legalità nazionale ed ai principi comunitari di proporzione e sussidiarietà.

Come è evidente, si tratta di limiti che, almeno formalmente, tendono a garantire un rapporto equilibrato tra funzioni normative comunitarie e potestà penale del legislatore nazionale.

I primi due limiti stabiliscono i "confini" da rispettare nella selezione delle materie per le quali è ammesso il ricorso a direttive a contenuto penale. Il terzo limite mantiene ferma una certa discrezionalità degli Stati nella scelta della specie e della misura della pena, affinché, una volta stabilito a livello europeo l'obbligo del ricorso allo *standard* penale di tutela, l'armonizzazione degli ordinamenti si realizzi nel rispetto della peculiarità degli sistemi penali sanzionatori dei singoli Stati; in tal modo, evitando il rischio di una frizione insanabile tra il diritto comunitario ed il principio di riserva di legge in materia penale (53).

Non vi è dubbio che la decisione in oggetto fornisca un nuovo interessante tassello per la definizione della competenza della Comunità a legiferare in materia penale; è però indispensabile chiedersi se i principi ricavabili da essa possano in concreto risolvere sia il problema del riparto di competenze tra Unione e Comunità, sia, soprattutto, il problema dei

(53) Sulla sovranità nazionale intesa in termini di monopolio delle prerogative penali da parte dello Stato, per tutti, PAGLIARO, *Limiti all'unificazione del diritto penale europeo*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1993, p. 203. In senso contrario, legge in termini più elastici il rapporto tra legalità penale e sovranità statale, RIONDATO, *Competenze penali della Comunità europea. Problemi di attuazione attraverso la giurisprudenza*, Padova, 2006, p. 145 s.

Non ritengono che la sovranità statale, anche laddove strettamente connessa all'esercizio del potere legislativo in ambito penale, costituisca un ostacolo all'armonizzazione delle legislazioni da parte dell'Europa, BERNARDI, *Strategie per l'armonizzazione dei sistemi penali nazionali*, cit., p. 378 e 379; GRASSO, *Prospettive di un diritto penale europeo*, Milano, 1998, p. 12 s.

rapporti tra queste competenze e la potestà normativa penale degli Stati membri.

Così come non va escluso che il primo problema non può ritenersi superato, in eguale misura, restano margini di perplessità sull'effettiva capacità dei suddetti principi di contenere l'espansione del diritto penale di matrice comunitaria, a tutto discapito delle scelte discrezionali del legislatore penale statale.

7. *Alcuni rilievi critici.* — Possono nutrirsi riserve sull'effettiva idoneità della sentenza in oggetto sia a definire il quadro del riparto di funzioni tra terzo pilastro e pilastri comunitari, sia a mantenere la capacità di penetrazione del diritto comunitario nel diritto penale nazionale entro i limiti di una non eccessiva restrizione dell'autonomia di scelta del legislatore nazionale sulla tipologia delle sanzioni penali e sul correlativo ambito edittale.

Rilievi critici possono interessare:

- a) il criterio della "trasversalità" degli obiettivi;
- b) il criterio dell'indispensabilità della sanzione;

a) Quanto al criterio della "trasversalità" degli obiettivi — indicato dalla Corte di giustizia per la selezione delle materie comunitarie in relazione alle quali sarebbe legittima l'adozione di direttive a contenuto penale — va rilevato che esso appare ambiguo e poco stabile e può produrre spinte niente affatto contenitive della proliferazione degli atti normativi europei impositivi di obblighi penalistici di incriminazione a carico degli ordinamenti nazionali.

Non vi è dubbio infatti che un collegamento "trasversale" tra gli obiettivi delle politiche comunitarie per così dire "secondarie" e gli obiettivi delle politiche "essenziali o primarie" sia sempre rintracciabile, in relazione a qualunque settore dell'azione comunitaria. Non essendo poi rinvenibile nei Trattati europei una classificazione gerarchica delle politiche comunitarie, né tanto meno una loro netta suddivisione in politiche primarie e politiche secondarie (54), diventa complesso distinguere quando si sta operando nell'ambito di un settore di competenza comunitaria di

(54) Sulla distinzione tra materie di esclusiva competenza comunitaria e materie di competenza concorrente, CATTABRIGA, *Il Protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e proporzionalità*, in *Dir. Un. eur.*, 1998, p. 362 s.

In relazione a questo aspetto, il Progetto di Trattato di riforma dell'ottobre 2007 supera le lacune dei Trattati vigenti, introducendo una netta distinzione tra materie di competenza esclusiva dell'Unione e materie di competenza concorrente tra Unione e Stati membri e fornendo un elenco tassativo sia delle une che delle altre. In base all'art. 3, infatti, sarebbero materie di competenza esclusiva dell'Unione: l'unione doganale, la definizione delle regole di concorrenza necessarie al funzionamento del mercato interno, la politica monetaria, la conservazione delle risorse biologiche del mare, la politica commerciale comune. Costituirebbero invece materie di competenza concorrente: il mercato interno, la politica sociale, la

rilevanza primaria o, viceversa, di rilevanza solo secondaria. Eppure, come detto, questa distinzione dovrebbe essere prioritaria nell'azione normativa della Comunità, perché condiziona la tipologia di criterio al quale fare riferimento per la valutazione dell'opportunità del ricorso alla sanzione penale, secondo i principi di sussidiarietà e proporzione. Nel caso delle politiche primarie, basterebbe attestare che sussista la necessità della sanzione penale per dare efficacia alla normativa comunitaria; nel caso delle materie secondarie, la necessità diventerebbe "indispensabilità", e la sussidiarietà europea opererebbe in termini più stringenti.

Tuttavia, la trasversalità è un criterio troppo elastico ed in concreto incapace di delimitare l'ambito della potestà normativa comunitaria destinata ad influire sul diritto penale nazionale. Tramite la trasversalità, tutti gli obiettivi delle politiche comunitarie possono assumere un significato essenziale o centrale, con la conseguenza di assistere alla legittimazione di un impiego sostanzialmente illimitato di direttive a contenuto penale e ad un definitivo "tramonto" della cooperazione intergovernativa del terzo pilastro (tranne che nei settori attualmente richiamati espressamente negli art. 29 e 31 TUE).

Tale opzione è discutibile non tanto in ragione di una difesa aprioristica ed irrazionale del principio di sovranità statale in materia penale; quanto, piuttosto, in ragione della preoccupazione che l'avanzamento dell'Europa verso la creazione di un sistema penale comune avvenga senza un processo di democratizzazione delle istituzioni e del procedimento di adozione degli atti normativi (55) e rimanga affidato alla "variabilità" di questo stesso procedimento, in relazione al settore di competenza di volta in volta preso in considerazione.

Del resto, è inevitabile coltivare dubbi sulla fallibilità della via tracciata dalla giurisprudenza del Lussemburgo. Queste perplessità sono con-

coesione economica, l'agricoltura, la pesca, l'ambiente, la protezione dei consumatori, i trasporti, le reti transeuropee, l'energia, lo spazio di libertà sicurezza e giustizia, i problemi comuni di sicurezza in materia di sanità pubblica.

(55) Come avevo già evidenziato in *Tutela ambientale: UE e diritto penale tra decisione quadro e direttive*, cit., p. 780, nota 26, concordo con l'opinione di NAPOLITANO, *Democrazia sopranazionale*, in AA.VV., *La Costituzione europea. Luci e ombre*, PACIOTTI (a cura di), Roma, 2003, 66 e 67, il quale in merito al futuro delle istituzioni europee e del progetto di Costituzione auspicava la previsione di un più diretto coinvolgimento del Parlamento europeo e dei Parlamenti nazionali nel procedimento di adozione degli atti normativi e nella definizione delle politiche europee. Su questi temi si veda anche, AMATO, *Verso la Costituzione europea*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 2003, 291.

Come qui segnalato (par. 4), importanti novità potranno provenire dall'entrata in vigore del Trattato che modifica il Trattato sull'Unione europea ed il Trattato che istituisce la Comunità europea, il quale non solo supera la strutturazione in Pilastri dell'Unione europea e colloca lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia tra le politiche europee, ma prevede anche un'attiva partecipazione del Parlamento europeo al procedimento di adozione degli atti normativi europei.

naturali alla stessa peculiarità dell'attuale modo di progredire del processo di unificazione europea dei diritti penali nazionali, contrassegnato da una situazione di stallo istituzionale — dovuta all'assenza di un Trattato Costituzionale (56) e di un fattivo accordo politico tra Commissione e Consiglio — e dall'attribuzione di un ruolo di supplenza alla Corte di Giustizia nell'indicazione delle linee evolutive di tale processo.

La carenza e la pericolosità di un'operazione di questo tipo derivano dal fatto che i giudici europei, nell'assolvere al compito di colmare le lacune di un sistema ancora inadatto a legiferare in materia penale, non possono far altro che adattare alla materia penale i principi ed i limiti posti a fondamento dell'ordinamento comunitario; con ciò, esportando in ambito penalistico metodi e criteri logico/formali pensati per un sistema istituzionale a dimensione essenzialmente amministrativa, e conseguentemente privo del supporto di una legittimazione pienamente democratica (57), indispensabile a giustificare scelte legislative che incidono direttamente sui diritti penali degli Stati membri.

In questo quadro istituzionale, la trasversalità evoca al penalista italiano il noto criterio della "strumentalità" del bene di rilievo penale, indicato da una parte della dottrina come criterio-guida per il legislatore nella selezione dei beni meritevoli di protezione penale (58). Così come tale criterio rischia di legittimare qualunque scelta del legislatore nazionale in merito alla tipologia di bene oggetto di protezione penale (59), allo stesso modo il criterio della trasversalità impedisce di effettuare un'adeguata selezione delle materie e dei beni di rilievo comunitario per i quali ammettere o negare una funzione normativa europea in prospettiva armonizzatrice delle fattispecie penali incriminatrici.

Non è dunque un caso che nel progetto di Trattato di riforma dei Trattati vigenti l'Europa si sia fatta carico dell'esigenza di garantire una più corretta attuazione del principio di sussidiarietà europea e del principio di proporzione ed abbia ritenuto opportuno regolare i meccanismi di controllo attivabili in questo ambito da parte dei Parlamenti nazionali. A tale scopo, al Progetto di Trattato è stato allegato un Protocollo sull'applicazione

(56) Sulle vie che erano percorribili nell'immediato futuro per pervenire all'adozione del Trattato costituzionale europeo, istruttivo ZILLER, *Come riportare l'Europa sul giusto binario?*, in *Quaderni costituzionali*, 2006, p. 357 s.

(57) Per i riferimenti al metodo comunitario di esercizio della potestà legislativa — incentrato su una forte predominanza di Commissione e Consiglio e su un ruolo marginale del Parlamento — e sulla prevalenza dello stesso nelle riforme istituzionali a livello europeo, si legga RASPADORI, *Il « metodo comunitario » tra allargamento dell'Unione e Trattato costituzionale*, in *Dir. Un. eur.*, 2004, p. 808 s.

(58) Si legga FIORELLA, voce *Reato*, in *Enc. Dir.*, vol. XXXVIII, Milano, 1987, p. 770 s., il quale, come è noto, è stato uno dei propugnatori della teoria del rapporto bene strumentale-bene finale di tutela penale.

(59) Questo rischio è evidenziato dallo stesso FIORELLA, *op. ult. cit.*, p. 789.

cazione dei suddetti principi che prevede per ciascuna proposta legislativa europea sia una stretta collaborazione tra le istituzioni europee ed i parlamenti nazionali nella valutazione del rispetto dei principi di sussidiarietà europea e di proporzione, sia un obbligo di adeguata e dettagliata motivazione sulla conformità di ogni atto normativo proposto — e dunque anche delle direttive a contenuto penale — ai principi in questione (60).

b) Quanto all'*indispensabilità* della sanzione penale, si può notare che come la trasversalità degli obiettivi, anche questo criterio potrebbe risultare inefficace sul piano applicativo.

L'indispensabilità giustificerebbe il ricorso alla sanzione penale, laddove il danno al bene protetto sia tanto grave da richiedere un'armonizzazione a livello europeo delle risposte punitive degli Stati membri.

In apparenza, il criterio imporrebbe un'applicazione in senso restrittivo del principio di proporzione e del principio di sussidiarietà penale, in quanto l'indispensabilità sarebbe qualcosa di più della semplice necessità e risulterebbe correlata alla gravità del danno da prevenire. Senonché, il suddetto criterio può rivelarsi una scatola vuota a causa della sua forte connotazione valutativa e discrezionale.

Quando può dirsi che un danno sia di tale rilevanza da far risultare indispensabile il ricorso a fattispecie penali incriminatrici?

Se si guarda alla tipologia di danni considerati nella causa in esame e per i quali la Corte ha riconosciuto sussistente il suddetto requisito dell'indispensabilità, non si rintraccia alcun indice che possa fungere da guida al riguardo; al contrario, comparando la decisione quadro in oggetto con la proposta di direttiva in materia di reati ambientali (61) — attualmente all'esame delle istituzioni comunitarie — emerge che i danni gravi all'ambiente che si intendono prevenire attraverso l'incriminazione delle condotte concernenti il trasporto marittimo possano essere già ampiamente prevenuti attraverso l'adozione della direttiva da ultimo citata, senza bisogno di ricorrere ad un altro atto normativo *ad hoc*.

L'art. 3 lett. b) della proposta di direttiva prevede infatti l'incriminazione dello scarico, l'emissione o l'immissione illeciti di un quantitativo di sostanze o radiazioni ionizzanti nell'aria, nel suolo o nelle acque che provochino o possano provocare il decesso o lesioni gravi alle persone o danni rilevanti alla qualità dell'aria, del suolo o delle acque, alla fauna o alla flora. L'art. 4 della decisione quadro punisce l'effettuazione da parte delle navi di scarichi inquinanti nel mare, in violazione della disciplina comunitaria. Come è evidente la sola differenza tra i due illeciti concerne i

(60) Si veda *Protocollo n. 2 sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità*, Bruxelles, 5 ottobre 2007 (OR. fr), CIG 2/1/07, REV 1.

(61) Proposta di direttiva (presentata dalla Commissione) del Consiglio e del Parlamento europeo sulla tutela penale dell'ambiente, 9 febbraio 2007, COM(2007) 51 def. — 2007/0022 (COD).

“soggetti attivi” del reato, non certo il danno provocato, che è invece sostanzialmente identico.

Non vi è traccia alcuna, pertanto, dell'indispensabilità di sanzione penale a fronte della gravità del danno, alla quale accenna la Corte di giustizia nella sentenza. Una volta adottata la direttiva in materia di illeciti penali ambientali, anche l'inquinamento marittimo da navi sarebbe coperto da sanzione penale (62).

In sostanza, già al primo banco di prova il criterio dell'indispensabilità ha manifestato tutta la sua vaghezza e si è dimostrato un criterio incerto ed eccessivamente variabile, la cui concreta portata resta di fatto affidata a valutazioni discrezionali di carattere politico, e non di carattere logico/formale. Ciò certamente è dovuto alla circostanza che un'armonizzazione penale europea effettuata alla luce delle istanze “funzionalistiche” della pena inevitabilmente implica giudizi ed opzioni di politica/criminale i quali per loro stessa natura difficilmente possono fungere da parametri formali, idonei a regolare il riparto di competenze a livello europeo ed a guidare nella selezione dei beni giuridici da tutelare tramite lo strumento penale.

Il livello di attenzione e di controllo che si invoca a carico dei legislatori nazionali nel maneggiare i principi di proporzione e di *extrema ratio* (63) deve allora essere invocato anche a carico del legislatore europeo, se non si vuole correre il rischio di legittimarne qualunque scelta di politica criminale.

8. Il divieto per la Comunità di stabilire specie e misura delle pene.

— Come detto, a fronte di alcuni dubbi che possono sollevarsi sugli effetti della sentenza in oggetto, va invece accolta positivamente la precisazione effettuata dalla Corte sul divieto a carico della Comunità di imporre agli Stati tipologia e misure delle sanzioni penali per il tramite di direttive.

Di certo, tale restrizione può rivelarsi portatrice di buoni risultati, nella misura in cui rende meno rigido il vincolo di criminalizzazione di fonte europea ed aggira il problema della collisione tra diritto comunitario e diritto penale nazionale (64), lasciando agli Stati membri la facoltà di

(62) Ciò a maggior ragione, ove si consideri che l'art. 3 lett. c) della proposta di direttiva incrimina anche “il trattamento illecito, compresi l'eliminazione, il deposito, il trasporto, l'esportazione o l'importazione illeciti di rifiuti, compresi i rifiuti pericolosi, che provochino o possano provocare il decesso o lesioni gravi alle persone o danni rilevanti alla qualità dell'aria, del suolo o delle acque, alla fauna o alla flora”.

(63) Evidenza come all'origine dell'esigenza di ricorrere ad un intervento sussidiario dell'Europa in chiave di armonizzazione delle fattispecie incriminatrici e delle pene ci sia proprio la ricorrente disattenzione manifestata dai legislatori nazionali nell'attuazione del principio di proporzione, BERNARDI, *Strategie per l'armonizzazione dei sistemi penali nazionali*, cit., p. 413 s.

(64) La possibilità di una collisione tra principio di riserva di legge in materia penale

adempiere agli obblighi di incriminazione di fonte comunitaria nel rispetto della coerenza interna ai loro sistemi sanzionatori.

Tuttavia, all'indubbia rilevanza del chiarimento che è provenuto su questo punto dai giudici del Lussemburgo, si contrappone l'idea che anch'esso non fornisca sicurezza alcuna circa la possibilità di arginare la forza di penetrazione del diritto penale nazionale da parte del diritto europeo. La Corte di giustizia, infatti, da un lato, ha imposto alle direttive il suddetto divieto, dall'altro lato ha precisato che esso invece non riguarda le decisioni quadro — alle quali dunque non è preclusa la possibilità di prescrivere sia la *species*, sia il *quantum* delle sanzioni penali da adottare a livello nazionale per il raggiungimento degli obiettivi di armonizzazione prefissati.

Questa prospettiva non è di poco conto, se solo si considera che i recenti sviluppi della giurisprudenza europea hanno riconosciuto tanto la vincolatività formale delle decisioni quadro, quanto l'obbligo di interpretare il diritto penale interno in conformità alle disposizioni in esse contenute (65).

Guardando quindi complessivamente alle evoluzioni che negli ultimi anni hanno interessato le competenze normative europee in campo penale per effetto dell'intervento dei giudici del Lussemburgo, sembra che la sottrazione alle direttive della potestà di prescrivere tipologia e misura delle sanzioni penali in ogni caso non riduca la capacità del diritto penale di matrice europea di vincolare le scelte discrezionali del legislatore nazionale. Ciò soprattutto perché, sebbene un freno a tali dirompenti effetti penetrativi sia stato posto dalla Corte di giustizia nello stesso caso “Pupino”, attraverso l'affermazione che il dovere di interpretazione conforme incontri un limite nel divieto di retroattività della legge penale sfavorevole

ed obblighi di incriminazione provenienti da direttive è stata evidenziata, tra gli altri, da DEL TUFO, *Il diritto penale sommerso diritto penale sommerso: diritto europeo e modifiche del sistema penale*, in *Dir. pubb. comp. eur.*, 2001, p. 1015 s.; SOTIS, *Obblighi comunitari di tutela e opzione penale: una dialettica perpetua?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 218 s.

(65) Il riferimento è ai principi stabiliti nella sentenza sul noto caso “Pupino”, causa C-105/03, Procedimento penale contro Maria Pupino, domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale di Firenze. Per commenti alla sentenza, si vedano FABBRICATORE, *Il caso Pupino: sul riconoscimento dell'efficacia diretta delle decisioni quadro*, in *Dir. pen. proc.* 2006, p. 640 s.; MANES, *L'incidenza delle decisioni quadro sull'interpretazione in materia penale: profili di diritto sostanziale*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 1150 s.; VERVAELE, *European criminal law and General Principles of Union Law*, in *European Legal Studies*, 2005, p. 1 s.; GÜRDITZ, GUSY, *Zur Wirkung eurpäischer Rahmenschlüsse im innerstaatlichen Recht. Zugleich Besprechung von EuGH, Urteil vom 16.6.2005*, in *GA*, 2006, p. 225 s.; BORGESBERGER, TROOSTERS, *The end of soft Law cooperation: the Court's Jurisprudence in Criminal matters*, cit., p. 342.

Più in generale, sul primato del diritto prodotto anche attraverso atti del terzo pilastro, LENAERTS, CORTHOUT, *Of birds and Hedges: the role of primacy in invoking norms of EU law*, in *European Law Review*, 2006, p. 287 s.

e di aggravamento *contra legem* della responsabilità penale, ciononostante la prassi legislativa italiana degli ultimi anni ha manifestato un'evidente tendenza all'accoglimento "in blocco" del contenuto delle decisioni quadro (66), attribuendo ad esse un ruolo centrale nelle scelte di politica-criminale riguardanti reati a stampo sovranazionale.

Sussiste pertanto il rischio concreto che, almeno con riferimento alla situazione italiana, il margine di discrezionalità lasciato dalla Corte europea agli Stati membri rimanga un mero manifesto di facciata, se non altro sino a quando il legislatore nazionale non riuscirà a gestire con maggiore consapevolezza il dovere di implementazione delle direttive e decisioni quadro, non più limitandosi a trasfonderne le disposizioni nel diritto interno, ma compiendo una preventiva operazione di "aggiustamento" delle stesse, necessaria a renderle compatibili con le caratteristiche del sistema penale nazionale (67); e questo soprattutto laddove il legislatore del terzo pilastro giunga persino ad indicare specie e misura delle pene.

9. *Possibili prospettive future.* — Non sembra un fuor d'opera affrontare brevemente e conclusivamente un ultimo importante profilo. In che modo Commissione e Consiglio recepiranno i contenuti della decisione della Corte con riferimento al riparto di funzioni tra pilastri comunitari e terzo Pilastro?

In attesa che le due istituzioni prendano formalmente posizione sul punto, non è irrealistico immaginare che la questione non sia stata definitivamente risolta, per diverse ragioni.

In primo luogo, perché le opinioni espresse in proposito dagli Stati membri prima dell'emanazione della sentenza sono state nel senso di prevedere un rigido controllo della potestà normativa comunitaria in materia penale, anche nell'ipotesi in cui — come in effetti è accaduto — la Corte avesse annullato la decisione quadro in materia di inquinamento provocato da navi. In secondo luogo, perché il divieto stabilito nella sentenza

(66) Il riferimento è all'attuazione da parte italiana delle decisioni quadro in materia di terrorismo, pedopornografia, sfruttamento sessuale dei minori, tratta di esseri umani etc., spesso avvenuta attraverso una semplice trasposizione nell'ordinamento interno delle disposizioni europee, con il conseguente emergere di notevoli difficoltà interpretative ed applicative. Su questo, con specifico richiamo delle problematiche in materia di terrorismo, si veda, MANES, *L'incidenza delle decisioni quadro sull'interpretazione in materia penale: profili di diritto sostanziale*, cit., p. 1160 e 1161. Segnalano l'esistenza di un'analogia tendenza anche presso altri legislatori stranieri, BOSE, *Die Zuständigkeit der Europäischen Gemeinschaft für da Strafrecht Zugleich Besprechung von EuGH, Urteil vom 13.9.2005*, cit., p. 217; CSOKA, *Les perspectives du droit pénal de l'Union Européenne*, cit., p. 349.

(67) Questo profilo è evidenziato da DEL TUFO, *Il diritto penale sommerso: diritto europeo e modifiche del sistema penale*, cit., p. 1015 s., secondo la quale l'abitudine del legislatore italiano di delegare il governo all'attuazione in blocco delle normative comunitarie solleva dubbi in merito all'effettivo rispetto del principio di riserva di legge in materia penale, non foss'altro che sotto l'aspetto dell'eccesso di delega.

sulle possibilità di descrivere tramite direttive tipologia e misura delle pene impone di rivedere il contenuto di proposte di direttive attualmente all'esame degli organi europei, prima fra tutte la proposta di direttiva in materia di reati ambientali.

Con riferimento al primo profilo, va segnalato che le preoccupazioni circa la mancanza di presupposti per un accordo definitivo tra Commissione e Consiglio sulla corretta base giuridica degli atti normativi a contenuto penale hanno suggerito il ricorso alla norma passerella di cui all'art. 42 TUE (68), la quale permetterebbe di far rientrare nel primo pilastro le materie penali e di polizia attualmente collocate nel terzo pilastro (69).

Questa soluzione — come ha di recente evidenziato l'*House of Lords* inglese — trasferendo ai pilastri comunitari le materie di competenza del pilastro « Giustizia ed affari interni », probabilmente non porrebbe fine alle controversie sul fondamento giuridico dei provvedimenti europei in ambito penale, ma ne muterebbe il cuore istituzionale, trasformandole da controversie sui pilastri in controversie interne alla Comunità, implicanti soltanto scelte di politica comunitaria, e non scelte di tipo istituzionale (70).

Secondo le osservazioni compiute nel *report* inglese sopra citato, l'impiego della norma passerella avrebbe il vantaggio di superare l'*impasse* in cui attualmente si trovano le istituzioni europee a causa della mancata adozione del Trattato costituzionale, sebbene ciò comporti notevoli implicazioni, a medio ed a lungo termine, per la sicurezza e la sovranità degli Stati (71).

L'opzione segnalata dalla Camera inglese ed attualmente al vaglio degli organi europei senza dubbio potrebbe costituire un temporaneo rimedio per la soluzione della questione del riparto di competenze tra Unione e Comunità, fino a quando non si disporrà di un mutato quadro istituzionale di riferimento (72). Tuttavia, allo stato attuale, anche questa strada non sembra destinata ad un pronto accoglimento per la resistenza ad essa

(68) L'art. 42 TUE prevede che il Consiglio, deliberando all'unanimità su iniziativa della Commissione o di uno Stato membro e previa consultazione del parlamento possa decidere che un'azione in settori contemplati nell'art. 29 TUE rientri nel titolo IV del Trattato comunitario e stabilire le relative modalità di voto.

(69) Per un'analisi equilibrata e completa di questa prospettiva e delle sue concrete possibilità di accoglimento, si rimanda ancora una volta al *report della House of Lords. La competenza penale della comunità europea*, cit., p. 243 s.

(70) *Report della House of Lords*, ult. cit., p. 243.

(71) *Report della House of Lords*, ult. cit., p. 263 s.

(72) Peraltro, a favore di questa soluzione si è già pronunciato il Parlamento europeo, riconoscendo l'urgenza del ricorso alla norma passerella per l'inclusione nei pilastri comunitari della cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale, *Risoluzione del Parlamento europeo sul seguito da dare alla sentenza 15 settembre 2005 della Corte di Giustizia delle Comunità europee (C-176/03 Commissione c. Consiglio) (2006/2007 (INI), lett. J, punto 2.*

opposta dagli Stati membri — così come ricorda il report di aggiornamento dell'*House of Lord*, del novembre 2006 (73).

Quanto al secondo profilo sopra evidenziato — relativo al fatto che i principi espressi dalla Corte nell'immediato futuro potrebbero obbligare ad una revisione delle proposte di direttive a contenuto penale, ancora non adottate in via definitiva — si tratta di una possibilità che complica ulteriormente il già difficile dialogo tra Commissione e Consiglio e rischia di frapporre un nuovo freno al oramai lento processo di approvazione degli atti normativi finalizzati ad incidere sui diritti penali nazionali degli Stati membri.

La proposta di direttiva in materia di reati ambientali all'art. 5 prescrive infatti espressamente sia la specie di pene da applicare alle violazioni ambientali, sia il loro minimo e massimo edittale (74). Alla luce del

(73) *The Criminal law Competence of the EC: follow-up Report*, 11 report, HL 63, in www.publications.parliament.uk/pa/ld200607/ldselect/ldcom/63/63.pdf, e nella versione italiana, *House of Lords. La competenza penale della Comunità europea: rapporto di aggiornamento*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2007, p. 266 s.

(74) L'art. 5 della Proposta di direttiva, 9 febbraio 2007, COM(2007) 51 def. — 2007/0022 (COD), così recita:

« 1. Gli Stati Membri provvedono affinché la commissione dei reati di cui agli articoli 3 e 4 sia punita con sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive.

2. Gli Stati Membri provvedono affinché la commissione dei reati di cui all'articolo 3, lettere da b) ad h) sia punibile con la pena della reclusione di una durata massima non inferiore un anno e non superiore a tre anni, quando il reato è commesso per negligenza grave e provochi danni rilevanti all'aria, al suolo, alle acque, alla fauna o alla flora.

3. Gli Stati Membri provvedono affinché la commissione dei seguenti reati sia punibile con la pena della reclusione di una durata massima non inferiore a due e non superiore a cinque anni:

a) il reato di cui all'articolo 3, lettera a) se commesso per grave negligenza;
b) i reati di cui all'articolo 3, lettere da b) ad f) se sono commessi per grave negligenza e cagionano la morte o gravi lesioni alle persone;
c) i reati di cui all'articolo 3, lettere da b) a h) se sono commessi intenzionalmente e provocano un danno rilevante all'aria, al suolo, alle acque, alla fauna o alla flora;
d) i reati di cui all'articolo 3 se sono commessi nell'ambito di una organizzazione criminale ai sensi della decisione quadro [concernente la repressione della criminalità organizzata].

4. Gli Stati Membri provvedono affinché la commissione dei reati seguenti sia punibile con la pena della reclusione di una durata massima non inferiore a cinque e non superiore a dieci anni:

a) il reato di cui all'articolo 3, lettera a) se commesso intenzionalmente;
b) i reati di cui all'articolo 3, lettere da b) ad f) se sono commessi intenzionalmente e cagionano la morte o gravi lesioni alle persone.

5. Le pene previste dal presente articolo possono essere corredate da altre sanzioni o misure, in particolare dalle seguenti:

a) il divieto di esercitare un'attività che richiede un'autorizzazione o approvazione ufficiale o di fondare, amministrare o dirigere una società o una fondazione allorché i fatti che hanno condotto alla condanna inducano a temere che possa essere intrapresa un'iniziativa criminale analoga;

divieto stabilito dalla Corte di fissare tramite direttive la tipologia e la misura delle sanzioni penali, il testo dovrà essere necessariamente rivisto, poiché è ipotizzabile che se esso resterà immutato, invocando proprio il disposto della causa C-440/05, il Consiglio avanzerà nuove riserve contro l'accoglimento della proposta.

La "rivoluzione" inaugurata dalla Corte con la sentenza in materia di reati ambientali — e proseguita con la decisione in oggetto — sull'articolazione delle funzioni normative europee di stampo penale è dunque ancora all'inizio ed appare destinata ad aprire nuove fronti di contrasto, il cui definitivo superamento è rimesso esclusivamente alla capacità degli Stati membri di compiere scelte politiche forti in favore di una complessiva rivisitazione istituzionale. Come segnalato, uno spiraglio verso il raggiungimento di tale obiettivo si è aperto con l'accordo raggiunto a Lisbona nell'ottobre 2007 sul Progetto di Trattato di riforma dei Trattati vigenti che si presenta come un progetto meno ambizioso di quello di una Costituzione per l'Europa — in quanto finalizzato semplicemente a modificare i Trattati in vigore e non a sostituirli integralmente — ma al contempo ha il pregio di riprendere molte delle disposizioni contenute nel testo della Costituzione e di fornire un quadro chiaro sulla base giuridica delle competenze europee in materia penale (75). Nonostante il Progetto si inserisca "in un quadro ispirato a maggiore prudenza rispetto ai progetti precedenti" (76), tuttavia, "il settore della giustizia penale costituisce, con la politica estera, uno dei settori in cui le innovazioni sembrano le più significative, data la sua pressoché integrale comunitarizzazione" (77).

LICIA SIRACUSA
Università di Palermo

b) la pubblicazione della decisione giudiziaria di condanna o di qualsiasi sanzione o misura applicata;

c) l'obbligo di riparare i danni causati all'ambiente ».

(75) Come segnala, VILLAFRANCA, *Il Trattato di Lisbona: fine di una crisi?*, cit., p. 1 s. Per gli altri riferimenti al testo del Progetto di Trattato e per una lettura dei primi commenti, si rinvia alla nota 32.

(76) Traduzione italiana (dall'originale in francese) di quanto rileva MANACORDA, *La consolidation de l'Espace européen de Liberté, de Sécurité et de Justice: vers une « mise à l'écart » du rapprochement du droit et de la procédure pénale*, in *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, 2007, n. 4 (in corso di stampa), consultabile in www.isisc.org/PagesDocument.asp?IDoc=415&SubHome=10&Menu=4, p. 1.

(77) Citazione testuale (in francese nel testo) da MANACORDA, *ibidem*, p. 1.