



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO
ITALIANO E SOVRANAZIONALE

Corso di Dottorato in Diritto pubblico, internazionale ed europeo
XXXIII ciclo
Curriculum in Diritto internazionale e dell'Unione europea

TESI DI DOTTORATO

Effettività del diritto dell'Unione europea e poteri sanzionatori: gli obblighi di criminalizzazione come strumento di *enforcement* delle politiche sovranazionali.

Tesi presentata da:
Dott. Matteo Aranci
Matricola: R11958
Settore scientifico disciplinare:
Diritto dell'Unione europea IUS 14

Tutor: Prof.ssa Chiara Amalfitano
Coordinatore: Prof.ssa Diana-Urania Galetta

Anno Accademico 2019/2020

SOMMARIO

INTRODUZIONE.....	5
-------------------	---

ABBREVIAZIONI DELLE PRINCIPALI RIVISTE.....	12
---	----

CAPITOLO PRIMO

Principio di effettività e Unione europea in una prospettiva statica e dinamica: l'affermazione dell'ordinamento sovranazionale e l'esigenza di tutela dei diritti di fonte sovranazionale.

1. Inquadramento teorico del principio di effettività.....	14
2. L'effettività dell'ordinamento giuridico dell'Unione europea.....	18
3. L'effettività in senso statico: l'affermazione del sistema comunitario come ordinamento giuridico.	22
4. L'effettività in senso "dinamico", come esigenza di tutela dei diritti di origine sovranazionale.	33
5. (<i>segue</i>): Il principio dell'autonomia procedurale degli Stati membri.	39
6. I limiti all'autonomia procedurale.....	48
6.1. Il principio di equivalenza.....	50
6.2. Il principio di effettività.	52
6.3. (<i>segue</i>): La loro relazione.	55
7. Il sindacato della Corte di giustizia sul rispetto dei principi-limite e i rimedi in caso di loro violazione.....	57
8. Il fondamento del rapporto tra Unione europea e Stati membri: l'obbligo di leale cooperazione.	66
9. L'esigenza di garantire una tutela giurisdizionale effettiva: l'elaborazione come principio generale.	71
9.1. (<i>segue</i>): La codificazione del principio in esame. Gli artt. 19 TUE e 47 CdfUE e il loro rapporto.	73
9.2. (<i>segue</i>): L'art. 19 TUE come elemento costitutivo dello stato di diritto.....	77
9.3. Il rapporto tra la tutela giurisdizionale effettiva e l'effettività del diritto dell'Unione europea.	79

CAPITOLO SECONDO

La sanzione come strumento per assicurare l'effettività di un ordinamento: il *pouvoir de sanction* delle istituzioni europee.

1. Il concetto di sanzione e il rapporto con il principio di effettività.....	82
2. L'esigenza di assicurare una capacità sanzionatoria all'ordinamento giuridico dell'Unione europea.....	84
3. Le "sanzioni" nei confronti degli Stati membri: l'art. 260 TFUE.....	86
3.1. (<i>segue</i>): Le misure sanzionatorie in caso di violazione dei valori fondamentali (art. 7 TUE)....	91
4. I poteri sanzionatori nei confronti delle persone fisiche e giuridiche.	93
5. La competenza ad adottare sanzioni amministrative.	95
5.1. (<i>segue</i>): Il regolamento (CE, Euratom) n. 2988/1995 come modello sanzionatorio e la successiva influenza dell'impiego di misure amministrative negli ordinamenti nazionali.....	101
6. Le tipologie di sanzioni amministrative e i principi ad esse applicabili.	104
7. Le sanzioni amministrative tra modello accentrato e decentrato: il ruolo degli Stati membri e gli obblighi su essi gravanti.....	110
7.1. (<i>segue</i>): La codificazione dei principi elaborati dalla Corte di giustizia nel diritto primario e derivato.	121

8. Diritto dell'Unione europea e diritto penale. Una relazione in continua evoluzione.....	123
9. Gli effetti del diritto dell'Unione europea sul diritto penale nazionale: i riflessi negativi.....	129
10. (<i>segue</i>): Gli effetti di carattere positivo sul diritto penale degli Stati membri.	133
10.1. (<i>segue</i>): Il ricorso al diritto penale in virtù degli obblighi di assimilazione e di adeguatezza.	136
10.2. (<i>segue</i>): Obblighi di incriminazione e effettività dei sistemi sanzionatori nazionali.....	139
11. Le competenze attribuite all'Unione europea in materia penale e le tipologie di atto previste dai trattati.	144
12. Il “doppio binario” e la giurisprudenza della Corte di giustizia negli anni 2005-2007.	152

CAPITOLO TERZO

Le attuali competenze dell'Unione in materia penale: presupposti, modalità, finalità e limiti dell'intervento europeo.

1. La “svolta” con il trattato di Lisbona.....	159
1.1. (<i>segue</i>): Il principio di attribuzione delle competenze nel quadro istituzionale successivo al trattato di Lisbona.	165
2. Gli scopi e le funzioni delle competenze penali attualmente riconosciute all'Unione europea.	167
3. L'art. 83 TFUE: l'attuale base giuridica per l'intervento dell'Unione europea in materia penale.	173
3.1. Le norme minime relative alla definizione dei reati.	177
3.2. Le norme minime relative alle sanzioni.	182
3.3. L'esclusione del ravvicinamento della parte generale del diritto penale.	189
3.4. Il freno di emergenza e la cooperazione rafforzata.	193
4. La competenza penale autonoma: elementi caratterizzanti dell'art. 83, par. 1, TFUE.	194
4.1. La lista degli “eurocrimini”.....	195
4.2. (<i>segue</i>): i requisiti della gravità e della transnazionalità.....	198
5. La competenza penale accessoria: elementi caratterizzanti dell'art. 83, par. 2, TFUE.	201
5.1. La previa armonizzazione.	204
5.2. (<i>segue</i>): Il giudizio di indispensabilità.....	206
5.3. (<i>segue</i>): La garanzia di attuazione efficace.....	211
5.4. (<i>segue</i>): La necessità come “limite” alla capacità espansiva dell'effettività.	217
5.5. (<i>segue</i>): Il diritto penale è davvero capace di garantire effettività?	219
6. Ulteriori (possibili) basi giuridiche per l'esercizio di competenze penali.	222
7. Caratteri e principi della politica penale europea.....	228
7.1. Il principio di legittimo scopo di tutela.....	232
7.2. Il principio di ultima <i>ratio</i>	234
7.3. Il principio di legalità.	235
7.4. Il principio di colpevolezza.	237
7.5. Il principio di sussidiarietà.	238
7.6. Il principio di coerenza.	240
7.7. Brevi considerazioni conclusive.....	243

CAPITOLO QUARTO

Il ricorso all'art. 83, par. 2, TFUE da parte del legislatore europeo: prospettive di diritto positivo e *de lege ferenda*.

1. Introduzione.	245
Sezione Prima: le direttive adottate.	246
2. La direttiva <i>market abuse</i> del 2014.....	247
2.1. Le origini e le prime tappe evolutive della normativa europea sugli abusi di mercato.	247

2.2. Dalla direttiva 2003/6/CE all'adozione del regolamento e della direttiva <i>market abuse</i> del 2014.	250
2.3. La direttiva 2014/57/UE: contenuti, obblighi sanzionatori e profili critici.	254
2.4. Il rapporto tra le sanzioni penali e quelle amministrative-punitive nel corpo normativo europeo.	259
2.5. Il potenziale contrasto tra effettività e diritti dell'individuo: la sanzione per la violazione degli obblighi di collaborazione.	263
3. La direttiva PIF del 2017.	267
3.1. Origine ed evoluzione degli strumenti di tutela degli interessi finanziari dell'Unione europea.	267
3.2. Le novità con il trattato di Lisbona: l'art. 325 TFUE e la nuova proposta di direttiva PIF.	272
3.3. L'attuale direttiva PIF: contenuti, obblighi sanzionatori e profili critici.	276
3.4. L'impatto della direttiva PIF sul sistema di contrasto delle frodi.	281
Sezione Seconda: le prospettive d'intervento.	286
4. Politiche ambientali e strumenti sanzionatori nell'Unione europea.	286
4.1. L'evoluzione delle competenze delle Comunità e dell'Unione europea in materia ambientale.	286
4.2. Il ricorso a strumenti di tutela dell'ambiente.	289
4.3. Dalla decisione-quadro 2003/80/GAI alla direttiva 2008/99/CE: il tormentato intervento penale del legislatore europeo in materia ambientale.	294
4.4. I limiti della direttiva 2008/99/CE e la prospettiva di un ulteriore intervento penal-europeo.	297
4.5. Pena o sanzione amministrativa per la tutela dell'ambiente?	302
5. La tutela della concorrenza.	305
5.1. L'attuale assetto sanzionatorio europeo in materia <i>antitrust</i> .	305
5.2. L'eventuale base giuridica per l'adozione di obblighi di criminalizzazione.	311
5.3. I presupposti per l'adozione di una direttiva di armonizzazione <i>ex art. 83, par. 2, TFUE</i> .	313
6. Ipotesi di impiego dell'art. 83, par. 2, TFUE in altri settori.	320
CONCLUSIONI	325
BIBLIOGRAFIA	334
RINGRAZIAMENTI	363

INTRODUZIONE

L'ordinamento giuridico dell'Unione europea – vero e proprio *phénomène nouveau*¹ nello scenario internazionale – ha avvertito, sin dai tempi immediatamente successivi alla fondazione, l'esigenza di affermare la propria effettività e, nel corso degli anni, le istituzioni hanno costantemente ricercato gli strumenti capaci di assicurare alle proprie politiche il massimo grado di *enforcement*. Tra questi, come si vedrà, rientra anche il ricorso alle sanzioni e, all'interno di questo ampio *genus* – in cui si collocano diverse tipologie di misure –, un ruolo preminente è stato riconosciuto al diritto penale, al quale si riconosce una forte carica preventiva e dissuasiva, capace cioè di indurre i consociati al rispetto dei precetti loro imposti. Di conseguenza, occorre indagare non solo quali siano i requisiti in presenza dei quali il legislatore sovranazionale può intervenire per un ravvicinamento degli ordinamenti penali degli Stati membri, ma anche quali siano le finalità per cui gli atti vengono adottati e, infine, quali siano (o possano essere) i risultati che, in termini di *enforcement* – il ricorso allo *ius puniendi* può offrire.

Il percorso attraverso il quale si snoda il presente lavoro – di cui si è data una brevissima sintesi nelle righe che precedono – non può che avere il proprio punto di partenza nell'esame della nozione di effettività, in particolare declinata rispetto all'ordinamento delle Comunità (prima) e dell'Unione europea (poi). Il Capitolo Primo, dopo un breve inquadramento teorico-giuridico del principio di effettività, è interamente dedicato alla funzione che quest'ultimo ha svolto nel percorso dell'integrazione europea. La prima necessità cui le istituzioni sovranazionali hanno dovuto far fronte attiene all'affermazione dell'ordinamento europeo come autonomo sistema giuridico (c.d. effettività in senso statico). Decisivo è stato – come spesso è accaduto negli anni – l'apporto della Corte di giustizia: a partire dalle celebri sentenze degli anni Sessanta (*Van Gend en Loos*² e *Costa c. Enel*³ su tutte), il giudice del Kirchberg ha offerto un contributo imprescindibile al processo di “costruzione costituzionale”⁴ del sistema istituito dai trattati, che ha in principi chiave – come quello del primato – i propri assi portanti.

All'affermazione come ordinamento giuridico autonomo, consolidata a partire dagli anni Settanta, si è aggiunta un'ulteriore esigenza, ovvero quella di riconoscere l'effettività anche in una prospettiva che è stata definita dinamica: se l'Unione europea è capace di dar vita ad una disciplina incisiva sull'attività delle persone fisiche e giuridiche operanti negli Stati membri – in quanto ad

¹ Così, già dal titolo, PESCATORE P., *Le droit de l'intégration : émergence d'un phénomène nouveau dans les relations internationales selon l'expérience des Communautés européennes*, Bruxelles, 2005 (ristampa dell'originale volume del 1972).

² Corte giust., sent. 5 febbraio 1963, causa 26/62, *Van Gend en Loos*, ECLI:EU:C:1963:1.

³ Corte giust., sent. 15 luglio 1964, causa 6/64, *Flaminio Costa contro E.N.E.L.*, ECLI:EU:C:1964:66.

⁴ BERNHARDT R., *Le fonti del diritto comunitario: la “costituzione” della Comunità*, in AA.VV., *Trent'anni di diritto comunitario*, Lussemburgo, 1983, p. 71.

esse attribuisce diritti e impone obblighi – diviene essenziale assicurare a questa normativa un *enforcement* pieno e concreto.

Mentre un sistema giuridico statale si avvale dell'autorità amministrativa e giudiziaria perché i propri precetti trovino realizzazione, l'Unione europea ha presto rivelato, sin *ab origine*, una marcata asimmetria strutturale, poiché al potere di emanare norme giuridiche non si accompagna l'esistenza di un apparato volto a darvi applicazione. A ciò dovrebbero provvedere gli Stati membri, alle cui amministrazioni e giurisdizioni viene affidato il compito di realizzare *de facto* quanto le fonti sovranazionali prevedono: i singoli sistemi nazionali sono chiamati a mettere a disposizione i propri mezzi per la concretizzazione della disciplina che promana dall'Unione europea. Questo snodo costituisce un vero e proprio *punctum crucis*, il problematico incrocio tra diritto sostanziale (europeo) e diritto procedurale (nazionale), laddove al secondo si assegna il compito precipuo di assicurare la massima attuazione del primo.

In questa prospettiva, da lungo tempo si discute – anche se, come si vedrà, la dottrina è sovente critica sul punto – della c.d. autonomia procedurale degli Stati membri: fintantoché l'Unione europea non detta alcuna disciplina quanto alle modalità di *enforcement* delle proprie disposizioni di carattere sostanziale, le stesse non possono che realizzarsi attraverso gli schemi procedurali nazionali. La Corte di giustizia – a partire dalle famose pronunce *Rewe* e *Comet*⁵ del 1976 – ha tracciato due fondamentali limiti entro cui la (presunta) autonomia dei singoli Paesi dev'essere contenuta: si tratta dei principi di equivalenza ed effettività. Secondo formulazioni ormai consolidate, il primo esige che gli Stati membri impieghino, per tutelare le posizioni giuridiche di fonte europea, regole procedurali che non siano meno favorevoli di quelle poste a presidio di analoghe previsioni di carattere nazionale; il secondo, invece, impone che le regole procedurali nazionali non siano tali da rendere impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti riconosciuti dagli atti dell'Unione europea.

Né è mancata, nella elaborazione dei principi sin qui delineati, la riflessione sul fondamento giuridico dell'articolazione di questo complesso sistema, il cui perno è stato pressoché unanimemente riconosciuto nell'obbligo di leale collaborazione, da sempre presente nei trattati istitutivi delle Comunità (artt. 5 TCEE, quindi 10 TCE) e dell'Unione europea (odierno art. 4, par. 3, TUE).

Alla riflessione sull'effettività del diritto sovranazionale si salda poi l'esigenza, parimenti avvertita e strettamente correlata alla prima, di riconoscere come diritto dell'individuo – e non già (o

⁵ Corte giust., sent. 16 dicembre 1976, causa 33/76, *Rewe*, ECLI:EU:C:1976:18 e causa 45/76, *Comet*, ECLI:EU:C:1976:191

non solo) come un (mero) obbligo rivolto agli Stati membri – l'accesso a strumenti di tutela giurisdizionale effettivi: principio codificato negli artt. 19 TUE e 47 CdfUE e riconosciuto, in termini recenti, come elemento imprescindibile ai fini dell'esistenza dello stato di diritto.

L'effettività di un ordinamento, come si dirà nel Capitolo Secondo, non si misura soltanto nella capacità di assicurare concretizzazione e tutela ai diritti che esso conferisce ai consociati: esige altresì che questi ultimi, destinatari di comandi giuridici che assumono i connotati di obblighi e divieti, vi prestino ossequio. Come è stato icasticamente sottolineato, «[i]l principio di effettività non si applica solo quando un soggetto fa valere i suoi diritti derivanti dall'ordinamento comunitario nei confronti di uno Stato membro, ma anche al contrario, quando uno Stato membro applica nei confronti di un soggetto i precetti del diritto comunitario»⁶.

Affinché un sistema normativo possa dirsi effettivo, è necessario che possa predisporre misure, a carattere preventivo e repressivo, che scongiurino il rischio di inosservanza dei precetti che esso stesso impone. Senza la capacità di prevedere e irrogare sanzioni, un ordinamento sarebbe privato di uno degli strumenti essenziali per potersi rivelare autenticamente effettivo.

La possibilità per l'Unione europea di disciplinare e applicare, attraverso le proprie istituzioni, misure sanzionatorie ha rappresentato un nodo problematico per lunghi anni, anche alla luce della scarsità di indicazioni ricavabili in tal senso dai trattati istitutivi. Progressivamente, all'ordinamento sovranazionale è stata riconosciuta la possibilità di irrogare sanzioni tanto nei confronti degli Stati membri – il riferimento è d'obbligo allo strumento oggi previsto dall'art. 260, par. 2, TFUE – quanto nei riguardi di persone fisiche e giuridiche.

L'esame dei *sanctioning powers* riconosciuti, in quest'ultima prospettiva, alle istituzioni europee esige una fondamentale distinzione quanto alle tipologie di misure cui si può far ricorso.

Se rispetto alle sanzioni di stampo civilistico o amministrativo (o, *per viam negationis*, non penali) non sembravano esservi particolari ostacoli ad ammettere una competenza delle istituzioni – a *fortiori* dopo l'avallo della Corte di giustizia nel 1992⁷ –, il problema si è proposto, ancora una volta, con riferimento alla necessità che l'Unione europea dovesse (e debba) servirsi degli ordinamenti nazionali per la concreta applicazione delle misure da essa disciplinate. In questo senso, si sono realizzati tanto modelli accentrati – in cui l'irrogazione delle sanzioni è stata attratta al livello sovranazionale (come nel caso dei poteri della Commissione in materia *antitrust*) – quanto sistemi fondati su una interrelazione tra la normativa europea e l'applicazione nazionale. E, come si dirà, gli Stati membri possono essere chiamati a dotarsi di un apparato sanzionatorio sia perché viene loro im-

⁶ Conclusioni dell'avvocato generale Kokott, 14 ottobre 2004, cause riunite C-387/02, C-391/02 e C-403/02, *Berlusconi e a.*, ECLI:EU:C:2004:624, pt. 88.

⁷ Corte giust., sent. 27 ottobre 1992, causa C-240/90, *Germania c. Commissione*, ECLI:EU:C:1992:408.

posto dal diritto primario o secondario, sia perché il dovere di leale collaborazione lo esige: quest'ultima affermazione si deve, come noto, alla storica sentenza *Mais greco*⁸ del 1989. Con questa pronuncia, la Corte di giustizia ha affermato che, alla luce della *fidelity clause*, i Paesi membri sono tenuti ad assicurare, ai beni giuridici di rilievo comunitario, una tutela equivalente a quella fornita per quelli di rango nazionale (c.d. principio di assimilazione), nonché idonea ad assicurare l'efficacia del diritto (allora comunitario, oggi) dell'Unione europea (c.d. principio di adeguatezza). Quest'ultimo è tradizionalmente scomposto in tre indici – effettività, dissuasività, proporzionalità – la cui continua evocazione, nella giurisprudenza come negli atti di diritto derivato, ha reso questi parametri un vero e proprio *refrain*.

Ben diverso – più problematico e complesso – si è rivelato il percorso storico-evolutivo che ha condotto all'affermazione di una competenza dell'Unione europea in materia penale, settore gelosamente custodito dagli Stati membri in quanto intimamente connesso alla sovranità nazionale e governato da principi – primo fra tutti quello di legalità – ritenuti *ab origine* non compatibili con il riconoscimento di un potere sovranazionale in materia. Pur in assenza di specifiche competenze europee in materia, le interrelazioni tra fonti “comunitarie” e *ius criminale* nazionale non erano mancate e continuano ancor oggi a manifestarsi come un pericoloso crocevia: basti pensare alla *saga Taricco*⁹.

Con le innovazioni istituzionali introdotte dai trattati di Maastricht prima e Amsterdam poi, sono stati progressivamente tratteggiati i margini di una competenza dell'Unione europea in materia penale, seppur relegata all'interno del c.d. “terzo pilastro” e limitata all'utilizzo di strumenti – convenzioni prima, decisioni-quadro poi – eterogenei rispetto al consueto modello comunitario.

Il primo decennio degli anni Duemila si è rivelato prodigo di novità. Al fermento normativo (numerosi, infatti, gli atti adottati) si è accompagnata la giurisprudenza evolutiva della Corte di giustizia¹⁰, che, specie nella materia ambientale, ha anticipato quel che poi i trattati – dopo il 2009 – hanno codificato, *id est* la possibilità di ricorrere all'armonizzazione delle disposizioni penali nazionali come strumento indispensabile per assicurare l'effettività delle politiche europee.

Il trattato di Lisbona – e i mutamenti istituzionali ch'esso ha prodotto – ha segnato la definitiva svolta quanto alla capacità dell'Unione europea di manifestare i propri “bisogni di pena”. Nell'ottica di assicurare lo sviluppo di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia ai cittadini, le istituzioni sono state dotate di due strumenti per provvedere al ravvicinamento delle norme penali nazionali: si

⁸ Corte giust., sent. 21 settembre 1989, causa 68/88, *Commissione delle Comunità europee contro Repubblica ellenica*, ECLI:EU: C:1989:339 (c.d. sentenza *Mais greco*).

⁹ Così definita, sin dal titolo, in AMALFITANO C. (a cura di), *Primato del diritto dell'Unione europea e controlimiti alla prova della “saga Taricco”*, Milano, 2018.

¹⁰ Corte giust., sent. 13 settembre 2005, causa C-176/03, *Commissione c. Consiglio*, ECLI:EU:C:2005:542 e sent. 23 ottobre 2007, causa C-440/05, *Commissione c. Consiglio*, ECLI:EU:C:2007:625.

tratta delle competenze rispettivamente definite come autonoma (art. 83, par. 1, TFUE) e accessoria (art. 83, par. 2, TFUE), alla cui analisi è dedicato il Capitolo Terzo.

Le due disposizioni, ancorché tra loro distinte per presupposti e ambiti d'intervento, manifestano evidenti tratti comuni: in entrambi i casi, l'intervento dell'Unione europea è limitato all'adozione di sole direttive contenenti norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni. Nel caso dell'art. 83, par. 1, TFUE gli estensori dei trattati hanno confinato l'opera di ravvicinamento alle sole sfere di criminalità menzionate, peraltro con l'ulteriore, duplice requisito della gravità e della transnazionalità dei fenomeni delittuosi oggetto d'intervento.

Nel caso, invece, dell'art. 83, par. 2, TFUE, non vi sono perimetrazioni *ratione materiae*, in quanto tale disposizione può essere invocata per assicurare l'efficace attuazione di una politica europea a condizione che si tratti di un settore che già sia stato oggetto di armonizzazione sovranazionale.

Sulla base delle due disposizioni richiamate, l'Unione europea – a partire dal 2011 – ha adottato diverse direttive (l'ultima delle quali, nel 2019, in tema di falsificazione dei mezzi di pagamento diversi dai contanti), le quali consentono di esaminare i tratti salienti delle complessive scelte di politica criminale delle istituzioni e di verificarne la coerenza rispetto ai principi classici della materia penale. L'impiego dello *ius puniendi* – per quanto strumentale ad assicurare massima effettività alle politiche europee – non può infatti trascendere gli argini che, in chiave garantistica, sono stati storicamente elaborati rispetto all'utilizzo della pena.

Il rapporto tra “attuazione efficace” delle politiche europee e diritto penale assume massima evidenza, come già accennato, nel contesto dell'art. 83, par. 2, TFUE: il Capitolo Quarto indaga, in due diverse sezioni, quale impiego sia già stato fatto di questa base giuridica e quale potrà, *pro futuro*, esserne l'utilizzo, qualora le istituzioni decidessero di concretizzare le prospettive che esse stesse (Commissione e Consiglio in particolare) hanno evocato o che la dottrina ha sollecitato.

La prima direttiva¹¹ esaminata è quella adottata nel 2014 in tema di abusi di mercato. Si tratta di un settore che già da lungo tempo – sin dalla fine degli anni Ottanta – ha assistito all'intervento delle istituzioni sovranazionali, cui si deve un impulso essenziale alla lotta contro le forme di *insider trading* e di manipolazione dei mercati, fenomeni delittuosi capaci di marcata insidiosità e offensività. Dopo le direttive del 1989 e del 2003 – che non contenevano obblighi di penalizzazione –, proprio l'art. 83, par. 2, TFUE ha consentito all'Unione europea di formulare norme minime che vincolano i legislatori nazionali a sanzionare penalmente le più gravi condotte nel settore. La contestuale adozione di un regolamento, volto a disciplinare gli aspetti e le misure di carattere amministrativo, offre particolari spunti di indagine quanto alle scelte sanzionatorie a livello europeo,

¹¹ Direttiva 2014/57/UE, in *GUUE*, 12 giugno 2014, L 173, p. 179

poiché le istituzioni – attraverso un reticolo normativo composito – hanno cercato di declinare diversamente le reazioni dell’ordinamento rispetto al diverso grado di disvalore manifestato dagli illeciti.

La direttiva PIF¹² – varata nel 2017 – costituisce il secondo oggetto di analisi. Si tratta di un settore la cui rilevanza, anche in chiave storico-evolutiva, è assolutamente nota: da tempo, si registrano iniziative delle istituzioni europee tese a tutelare i propri interessi finanziari da tutte quelle forme di frode e aggressione che, colpendo il bilancio sovranazionale, depauperano l’Unione (e così tutti i cittadini) di risorse necessarie all’attuazione delle proprie politiche. La direttiva in esame ha consentito di superare le lacune manifestate dalla risalente Convenzione del 1995 e di assicurare un intervento armonizzatore più marcato, seppur non incisivo come si sarebbe potuto auspicare; peraltro, l’atto *de quo* ha assunto un ulteriore motivo d’interesse, in quanto definisce le fattispecie alle quali si estende, *ratione materiae*, l’attività della “neonata” Procura europea, che da fine 2020 dovrebbe avviare i propri lavori.

Nei dieci anni intercorsi dalla codificazione dell’art. 83, par. 2, TFUE, sia a livello istituzionale, sia nella riflessione della dottrina, si è a più riprese evocata la possibilità di ulteriori interventi imperniati sul tale disposizione, ma senza che – allo stato attuale – questi propositi siano stati concretizzati, nemmeno in forma di iniziativa legislativa. Il settore della protezione ambientale è senz’altro quello per il quale i presupposti per l’adozione di una direttiva potrebbero sussistere: si tratta di una materia già oggetto di ampia armonizzazione a livello sovranazionale e per in cui un ravvicinamento – almeno quanto alle fattispecie punibili – è stato operato con una direttiva, la 2008/99/CE, adottata sulla base della giurisprudenza “evolutiva” della Corte di giustizia del biennio 2005-2007. Le disomogeneità tra le scelte sanzionatorie degli Stati membri e la gravità dei fenomeni di aggressione e distruzione delle risorse ambientali potrebbero costituire fondate ragioni per invocare un ulteriore irrobustimento dell’*enforcement* delle politiche europee in materia, attraverso l’imposizione di adeguate sanzioni in tutti gli ordinamenti.

Gli illeciti *antitrust* potrebbero costituire, secondo la riflessione della dottrina, un ulteriore ambito disciplinare in cui valutare il ricorso allo *ius puniendi*. Lo sguardo comparatistico, specie rivolto all’ordinamento statunitense (ove da più di un secolo gli autori dei cartelli sono puniti penalmente), unito alle difficoltà riscontrate dal *network* delle autorità *antitrust* europee nell’assicurare piena effettività ai divieti imposti dai trattati, suggerisce l’opportunità di un’armonizzazione sovranazionale quanto ai regimi di responsabilità individuale per gli artefici di illeciti anticoncorrenziali. Anche se in questo senso la Commissione pare orientata a non dare seguito a questa prospettiva, sanzionare – se non attraverso misure penali, quantomeno amministrative – gli autori di cartelli e abusi di

¹² Direttiva (UE) 2017/1371, in *GUUE*, 28 luglio 2017, L 198, p. 29

posizione dominante potrebbe avere ricadute positive quanto all'efficacia dell'apparato di prevenzione e repressione delle condotte contrarie al libero gioco della concorrenza.

Infine, alcuni cenni sono rivolti a settori nei quali, pur essendo stata accennata – specie dalla Commissione – l'ipotesi di un ravvicinamento attraverso norme minime *ex art. 83, par. 2, TFUE*, l'intervento penale da parte dell'Unione europea appare oggi di difficile concretizzazione.

Seguono, in chiusura, alcune considerazioni critiche, destinate a verificare se e in quale misura l'effettività dell'ordinamento europeo possa definirsi come un risultato già sufficientemente raggiunto o un obiettivo cui ancora anelare e, in quest'ottica, quale sia stato e quale possa essere il ruolo riservato alle sanzioni penali.

Si precisa che l'elaborato è aggiornato al 30 novembre 2020.

ABBREVIAZIONI DELLE PRINCIPALI RIVISTE

Abbreviazione	Rivista
<i>Arch. pen.</i>	<i>Archivio penale</i>
<i>Cass. pen.</i>	<i>Cassazione penale</i>
CDE	<i>Cahiers de droit européen</i>
CMLR	<i>Common Market Law Review</i>
<i>Col. J. of Eur. Law</i>	<i>Columbia Journal of European Law</i>
<i>Comp. Law Rev.</i>	<i>Competition Law Review</i>
<i>Corr. giur.</i>	<i>Corriere giuridico</i>
<i>Dir. com. sc. int</i>	<i>Diritto del commercio e degli scambi internazionali</i>
<i>Dir. comm. int.</i>	<i>Diritto del commercio internazionale</i>
<i>Dir. pen. proc.</i>	<i>Diritto penale e processo</i>
<i>Dir. umani e dir. int.</i>	<i>Diritti umani e diritto internazionale</i>
DPC	<i>Diritto penale contemporaneo</i>
DUE	<i>Il diritto dell'Unione europea</i>
EBLR	<i>European Business Law Review</i>
ECLR	<i>European Criminal Law Review</i>
EJCLCJ	<i>European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice</i>
ELJ	<i>European Law Journal</i>
ELR	<i>European Law Review</i>
EUCrim	<i>EUCrim – The European Criminal Law Associations' Forum</i>
<i>Eur. Com. & Reg. Law Rev</i>	<i>European Competition and Regulatory Law Review</i>
<i>Eur. Comp. J.</i>	<i>European Competition Journal</i>
<i>Eur. Comp. Law Rev.</i>	<i>European Competition Law Review</i>
<i>Eur. Const. Law Rev.</i>	<i>European Constitutional Law Review</i>
<i>Eur. J. L. Ref.</i>	<i>European Journal of Law Reform</i>
<i>Eur. Pub. Law</i>	<i>European Public Law</i>
<i>Eur. Rev. Pub. Law</i>	<i>European Review of Public Law</i>
<i>Foro amm.</i>	<i>Foro amministrativo</i>
<i>Foro it.</i>	<i>Foro italiano</i>
<i>Foro pad.</i>	<i>Foro padano</i>
<i>Giur. cost.</i>	<i>Giurisprudenza costituzionale</i>
<i>Giur. pen.</i>	<i>Giurisprudenza penale</i>
<i>Giust. civ.</i>	<i>Giustizia civile</i>

<i>Jour. Ant. Enf.</i>	<i>Journal of Antitrust Enforcement</i>
<i>Leg. pen.</i>	<i>La Legislazione penale</i>
<i>Maastricht J. Eur. & Comp. L</i>	<i>Maastricht Journal of European and Comparative Law</i>
<i>Mod. Law Rev.</i>	<i>Modern Law Review</i>
<i>NJECL</i>	<i>New Journal of European Criminal Law</i>
<i>Quad. fior.</i>	<i>Quaderni fiorentini</i>
<i>Rass. dir. pub. eur.</i>	<i>Rassegna di diritto pubblico europeo</i>
<i>Resp. civ. prev</i>	<i>Responsabilità civile e previdenza</i>
<i>Rev. Aff. Eur.</i>	<i>Revue des Affaires Européennes</i>
<i>Rev. Eur. Com. & Int. Env. Law</i>	<i>Review of European Community & International Environmental Law</i>
<i>Rev. Mar. Com.</i>	<i>Revue du Marché Commun et de l'Union européenne</i>
<i>Rev. of Eur. Adm. Law</i>	<i>Review of European Administrative Law</i>
<i>Rev. trim. dr. hom</i>	<i>Revue trimestrielle des droits de l'homme</i>
<i>Riv. dir. agr.</i>	<i>Rivista di diritto agrario</i>
<i>Riv. dir. eur.</i>	<i>Rivista di diritto europeo</i>
<i>Riv. dir. int.</i>	<i>Rivista di diritto internazionale</i>
<i>Riv. dir. int. priv. proc.</i>	<i>Rivista di diritto internazionale privato e processuale</i>
<i>Riv. dir. trib.</i>	<i>Rivista di diritto tributario</i>
<i>Riv. it. dir. proc. pen.</i>	<i>Rivista italiana di diritto e procedura penale</i>
<i>Riv. it. dir. pub. com.</i>	<i>Rivista italiana di diritto pubblico comunitario</i>
<i>Riv. soc.</i>	<i>Rivista delle società</i>
<i>Riv. trim. dir. pen. ec.</i>	<i>Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia</i>
<i>RSC</i>	<i>Revue de science criminelle et de droit pénal comparé</i>
<i>RTDE</i>	<i>Revue trimestrielle de droit européen</i>
<i>ZiS</i>	<i>Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik</i>

CAPITOLO PRIMO
Principio di effettività e Unione europea
in una prospettiva statica e dinamica: l'affermazione dell'ordinamento sovranazionale e l'esigenza di tutela dei diritti di fonte sovranazionale.

SOMMARIO: 1. Inquadramento teorico del principio di effettività. – 2. L'effettività dell'ordinamento giuridico dell'Unione europea. – 3. L'effettività in senso statico: l'affermazione del sistema comunitario come ordinamento giuridico. – 4. L'effettività in senso “dinamico”, come esigenza di tutela dei diritti di origine sovranazionale. – 5. (*segue*): Il principio dell'autonomia procedurale degli Stati membri. – 6. I limiti all'autonomia procedurale. – 6.1. Il principio di equivalenza. – 6.2. Il principio di effettività. – 6.3. (*segue*): la loro relazione – 7. Il sindacato della Corte di giustizia sul rispetto dei principi-limite e i rimedi in caso di loro violazione. – 8. Il fondamento del rapporto tra Unione europea e Stati membri: l'obbligo di leale cooperazione. – 9. L'esigenza di garantire una tutela giurisdizionale effettiva: l'elaborazione come principio generale. – 9.1. (*segue*): la codificazione del principio in esame. Gli artt. 19 TUE e 47 CdfUE e il loro rapporto. – 9.2. (*segue*): L'art. 19 TUE come elemento costitutivo dello stato di diritto. – 9.3. Il rapporto tra la tutela giurisdizionale effettiva e l'effettività del diritto dell'Unione europea.

1. Inquadramento teorico del principio di effettività.

Il contenuto ed il significato del principio di effettività vengono ricostruiti in termini diversi e variabili a seconda del contesto storico, politico e giuridico rispetto al quale l'analisi è svolta.

Si tratta, secondo una affermazione che bene ne rispecchia il carattere poliedrico e mutevole, di un principio «di difficile inquadramento e di non agevole utilizzo»¹, che si presta – all'interno delle trattazioni che ne sono state, nel corso del tempo, offerte – ad indagini e collocazioni di vario tenore².

L'inquadramento non agevole del termine si accompagna altresì all'ambiguità semantica dello stesso: evidenziata tanto con riferimento al linguaggio ordinario quanto con riguardo al lessico giuridico³. Si tratta, secondo autorevole dottrina⁴, di un vero e proprio neologismo della lingua italiana, comparso nella seconda metà del secolo scorso ed impiegato dapprincipio in

¹ BILANCIA P., *L'effettività nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia tra realtà intergovernativa e prospettiva comunitaria*, in CATANIA A. (a cura di), *Dimensioni dell'effettività. Tra teoria generale e politica del diritto*, Milano, 2005, p. 3.

² PIOVANI P., *Effettività (principio di)*, in *Enc. dir.*, vol. XIV, Milano, 1965, p. 420.

³ BILANCIA P., *L'effettività nello spazio di libertà*, cit., p. 3.

⁴ PIOVANI P., *Effettività*, cit., p. 420.

trattazioni relative alla filosofia medievale, in cui viene impiegato per indicare un carattere dell'esistente.

Nella scienza giuridica, invece, ha trovato diffusione grazie all'influenza e alla diffusione del pensiero kelseniano; in particolare, nel lessico impiegato dalla dottrina nazionale, il termine si è affermato a discapito dell'ormai desueto "efficacità", ricavato dal pressoché assonante *efficacit * francese⁵.

Il principio di effettivit , all'interno della scienza giuridica, ha visto susseguirsi e proporsi differenti prospettazioni che, al pari degli sforzi definitivi assai eterogenei per approdi, sono una chiara dimostrazione delle numerose e diverse accezioni che sono state riconosciute alla nozione in esame⁶.

L'elaborazione del principio *de quo* ha radici risalenti, che risalgono fin al XVIII secolo, epoca in cui – sia pur *in nuce* – si inizia a configurare una teorizzazione del principio con riferimento alla *quaestio* del riconoscimento della nuova entit  statale (i futuri USA) che andava formandosi a seguito della rivoluzione delle colonie americane, stimolando un particolare interesse per la progressiva nascita di un nuovo ordinamento⁷.

In tempi successivi, dell'indagine sull'effettivit  si rinviene traccia anche all'interno di alcune pronunce giurisprudenziali, in cui i giudici erano stati investiti di questioni concernenti diritti sorti o condotte svoltesi nel territorio di uno Stato diverso da quello della giurisdizione adita: per il Tribunale o la Corte investiti della domanda di parte diveniva invero fondamentale, prima di pronunciarsi, accertare l'esistenza "concreta" di un ordinamento in cui il rapporto giuridico fosse regolato⁸. In queste pronunce, non mancano prime riflessioni di nozioni che, tra Ottocento e Novecento, sono state ampiamente analizzate nella teoria generale e nella filosofia del diritto.

Nella met  degli anni Cinquanta, il principio di effettivit  tende a varcare i confini della propria (ed originaria) dimensione internazionalistica⁹ per inserirsi in un contesto che pu  dirsi

⁵ Quanto all'impiego e al significato del termine *effectiveness* nella lingua inglese, v. la ricostruzione proposta da ACCETTO M., ZLEPTNIG S., *The Principle of Effectiveness: Rethinking Its Role in Community Law*, in *Eur. Pub. Law*, 2005, p. 375, spec. p. 377.

⁶ GAVAZZI G., *Effettivit  (principio di)*, in *Enc. giur.*, vol. XII, Roma, 1988; FALANGA M., *Il principio di effettivit *, in *Societ  e diritti*, 3/2017, p. 14.

⁷ PIOVANI P., *Effettivit *, cit., p. 421 e, per ulteriori e specifici riferimenti agli Autori che si occuparono del tema, v. i richiami ivi contenuti.

⁸ *Ivi*, 423.

⁹ Tra gli studi pi  significativi che, negli anni Cinquanta, esaminavano il principio in parola in ambito internazionalistico PIOVANI P., *Il significato del principio di effettivit *, Milano, 1953 e SALVIOLI G., *L'effettivit  in diritto internazionale*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1951, p. 274. In particolare, il primo Autore ricorda che l'effettivit  «  regola di diritto internazionale sulla cui base si considera come legittimamente costituita la comunit  politica nella quale esiste un governo che, per un periodo di tempo prolungatosi senza soluzione di continuit , esercita organicamente uno stabile, palese potere [...] [tanto] che, in base all'effettivit , si riconosce l'ordinamento solo quando sia ordinamento» (PIOVANI P., *Il significato del principio*, p. 79); il secondo Autore tende a ripudiare il ricorso a tale (solo) principio, perch  ammetterebbe la nascita di uno stato a partire da un fatto illecito («respingiamo la tesi che la forza

afferente al diritto pubblico interno. Specie grazie alle riflessioni di Hans Kelsen, colui che «dell'effettività è il più compiuto e consapevole teorico»¹⁰, l'attenzione viene posta non più sul piano della legittimazione di un nuovo ordinamento sulla scena giuridica internazionale, ma su quello della concreta esistenza ed applicazione (al proprio interno) delle norme giuridiche che ogni ordinamento produce, nell'ottica di scrutinare la capacità di un sistema di raggiungere gli scopi che esso si prefigge¹¹.

Invero, qualche suggestione in questo senso poteva già riscontrarsi nelle opere di Georg Jellinek¹², il quale aveva dedicato ampia parte della propria riflessione alla nozione di validità, che – in una certa misura – pare anticipare il concetto stesso di effettività. Egli sosteneva infatti che un ordinamento giuridico può dirsi tale soltanto in quanto valido, ovvero capace di realizzazione nei fenomeni che esso governa e, a questa sola condizione, effettivo. Le norme prodotte nell'ordinamento debbono, per avere valore, potersi far valere: soltanto in quest'ottica possono dirsi davvero esistenti¹³.

Il concetto di effettività interseca, nella trattazione che è stata offerta nella scienza giuridica, due categorie di particolare rilevanza in ambito giuridico, ovvero l'efficacia – termine con cui condivide *ictu oculi* l'origine etimologica – e la validità¹⁴ e, in generale, pone sempre al centro dell'attenzione il rapporto tra Stato, fatto e diritto¹⁵.

Come già accennato, studi di grande interesse sul tema sono stati sviluppati da Hans Kelsen, la cui riflessione evidenzia una stretta interconnessione tra i tre concetti appena accennati, ovvero efficacia, validità ed effettività¹⁶.

Per il filosofo tedesco, una norma può dirsi effettiva solo se è valida, cioè elaborata in senso conforme alle regole che trovano, nell'ordinamento, un rango superiore. Tuttavia, la singola disposizione, ancorché correttamente prodotta, può trovare osservanza all'ulteriore (e imprescindibile) condizione che il sistema nella quale si inserisce sia esso stesso capace di imporre ai

realizzata, il successo insomma, siano di per sé titolo di legittimità internazionale»: SALVIOLI G., *L'effettività*, p. 279). Sul tema, più recentemente, ZICCARDI CAPALDO G., *Legality vs Effectivity in the Global Community: the Overthrowing of Saddam Hussein*, in *Yearbook of International Law and Jurisprudence*, 2003, p. 107: l'Autrice, indagando le ragioni e i fondamenti dell'intervento militare degli USA in Iraq (e la deposizione del regime di Hussein), ha posto particolare attenzione al rapporto tra legalità ed effettività in una prospettiva diacronica. Se un tempo la seconda categoria poteva dirsi assolutamente prevalente rispetto alla prima, tanto da ritenere che l'effettiva nascita di uno Stato rettificasse la condizione di illegittimità in cui era sorto (p. 121), in un secondo momento si è verificata un'erosione del criterio di effettività a vantaggio della legalità, fino ad affermare che «the international structure was thus profoundly changed» (p. 125). Nella manualistica, *ex multis*, AA. VV., *Istituzioni di diritto internazionale*, Torino, 2016, p. 1.

¹⁰ PIOVANI P., *Effettività*, cit., p. 426.

¹¹ GAVAZZI G., *Effettività*, cit., p. 1.

¹² In particolare, v. JELLINEK G., *La dottrina generale dello Stato*, Milano, 1921.

¹³ *Ivi*, p. 70 ss.

¹⁴ TASSO T.G., *Oltre il diritto. Alla ricerca della giuridicità del fatto*, Padova, 2012.

¹⁵ PIOVANI P., *Effettività*, cit., p. 421.

¹⁶ Le teorie di Kelsen, oggetto di elaborazione in più opere, sono efficacemente sintetizzate in PIOVANI P., *Effettività*, cit., p. 425 ss. e BILANCIA P., *L'effettività nello spazio*, p. 6 ss.

consociati l'osservanza dei propri precetti: in questo senso, un sistema giuridico può quindi dirsi effettivo nella misura in cui sia applicato e osservato¹⁷. Di conseguenza, si può affermare che «l'effettività è *conditio sine qua non*, non *conditio per quam* della validità dell'ordinamento»¹⁸. Ad avviso di Kelsen, questa considerazione è fondamentale, poiché altrimenti qualsiasi comando che fosse capace di raggiungere il proprio scopo – e quindi dimostrarsi effettivo – potrebbe essere valido: ma perché sorgano situazioni di obbligo, è necessario che vi sia una norma positiva, creata tramite un processo costituzionale, che distingue i rapporti giuridici da quelli regolati in virtù della mera forza¹⁹.

Su una linea di pensiero comune si attesta Herbert L. A. Hart, secondo il quale la validità è una caratteristica della singola norma, mentre l'efficacia è un predicato dell'ordinamento giuridico considerato nella sua interezza; ancorché distinti, i due principi sono complementari, perché una norma può dirsi valida soltanto in quanto rispettata dai consociati e applicata dagli organi che a tal fine sono preposti²⁰.

Nella riflessione proposta dalla dottrina italiana, a Santi Romano si deve il merito di aver proposto interessanti riflessioni che, pur attraverso categorie e percorsi argomentativi differenti rispetto all'approccio kelseniano, approdano egualmente ad indagare il concetto di effettività di un ordinamento. Nel pensiero di Romano²¹ vi è una riflessione costante sull'*iter* genetico degli Stati nonché sul modo di atteggiarsi e declinarsi dell'ordinamento: in proposito, ben nota è l'affermazione secondo cui «diritto è soltanto quello che ha avuto la forza di imporsi come diritto positivo» e, di conseguenza, esiste e legittimo soltanto quel sistema giuridico cui è possibile attribuire stabilità e permanenza nel tempo.

Merita senz'altro un richiamo anche il pensiero di Norberto Bobbio, secondo il quale l'effettività è una caratteristica del potere (il quale dev'essere capace di imporsi e far rispettare i propri precetti), mentre efficace può essere una norma, che tale risulta se essa è osservata dai consociati cui è diretta²².

In sintesi, com'è stato lucidamente osservato²³, tutte le teorizzazioni prospettate, in forma più o meno ampia e ciascuna secondo una propria specificità, suggeriscono che l'ordinamento sussiste ed è vitale – *id est*, effettivo – soltanto nella misura in cui in esso si compiono, in modo

¹⁷ In particolare, v. KELSEN H., *Il fondamento della validità del diritto*, in *Riv. dir. int.*, 1957, p. 497.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ *Ivi*, p. 506-607.

²⁰ HART H.L.A., *Il concetto di diritto*, Torino, 1965, p. 123 ss.

²¹ ROMANO S., *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1946, spec. p. 44 ss.; ID., *L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione*, in ZANOBINI G. (a cura di), *Scritti minori*, Milano, 1950, spec. p. 146 ss.

²² BOBBIO N., *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, 1960, p. 65 ss. e ID., *Teoria della norma giuridica*, Torino, 1958, p. 938 ss.

²³ PIOVANI P., *Effettività*, cit., p. 427.

ordinato e regolare, gli atti umani; in quest'ottica, l'attenzione si è progressivamente spostata dall'indagine sulla validità (formale) di una norma alla verifica della concreta (e piena) attuazione delle disposizioni adottate nel sistema normativo²⁴.

All'ordinamento interessa – per poter essere effettivo – che non vi sia uno scostamento tra la normazione e l'attuazione della disciplina nell'esercizio del potere amministrativo e giudiziario.

Di conseguenza, l'effettività è sinonimo di garanzia di riuscita, in quanto consente ad un diritto di realizzarsi, ad un'azione giuridicamente rilevante di trovare compimento²⁵. Affinché dunque un ordinamento possa dirsi ben funzionante, non è necessario né sufficiente che sia riconosciuto come tale: è invero fondamentale che le norme giuridiche che esso impone siano in concreto osservate e, a questo fine, occorre porre mente a due diverse direttrici. In primo luogo, ove si tratti di disposizioni che attribuiscono posizioni giuridiche soggettive, è fondamentale che i titolari possano fruirne e invocarne la tutela²⁶; parimenti, il presidio di interessi o beni riconosciuti rilevanti da un ordinamento si articola anche mediante l'impiego di strumenti sanzionatori, tali da prevenire (e reagire alle) condotte illecite dei consociati e, dunque, da essi ottenere obbedienza²⁷.

2. L'effettività dell'ordinamento giuridico dell'Unione europea.

Se, come si è osservato in precedenza, l'effettività (come carattere di un sistema giuridico) è un principio che si lega ad una duplice dimensione – ogni ordinamento anela al riconoscimento in quanto tale e al conseguimento della propria realizzazione, nel senso di veder osservati i precetti ch'esso pone –, si deve altresì sottolineare che l'indagine di questo principio risente delle peculiarità del sistema che si esamina. Quest'affermazione si impone a maggior ragione quando l'oggetto dello studio sia un ordinamento che, sin dalle sue origini, ha dimostrato caratteri di particolarità e innovatività assolutamente spiccati: già dalla celebre sentenza *Van Gend en Loos*²⁸

²⁴ GAVAZZI G., *Effettività*, cit., p. 2 ss.

²⁵ FALANGA M., *Il principio*, cit., p. 12.

²⁶ FALANGA M., *Il principio*, cit., p. 12. Sulla possibile sovrapposizione, o comunque giustapposizione, tra effettività e tutela giurisdizionale effettiva, v. ORIANI R., *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale*, Napoli, 2008, p. 11 ss. nonché l'analisi svolta *infra*, par. 9.3 di questo capitolo.

²⁷ PIOVANI P., *Effettività*, cit., p. 430: «la definizione del principio di effettività che noi abbiamo data [...] richiede che: a) esista un raggruppamento di persone conviventi; b) vi sia un governo che le diriga; c) questo governo sia obbedito senza discontinuità; d) questo governo sia obbedito in modo palese, non clandestino».

²⁸ Corte giust., sent. 5 febbraio 1963, causa 26/62, *Van Gend en Loos*, ECLI:EU:C:1963:1, in cui si legge che «lo scopo del Trattato CEE, cioè l'instaurazione di un mercato comune il cui funzionamento incide direttamente sui soggetti della Comunità, implica che esso va al di là di un accordo che si limitasse a creare degli obblighi reciproci fra gli Stati contraenti. Ciò è confermato dal preambolo del Trattato il quale, oltre a menzionare i Governi, fa richiamo ai popoli e, più concretamente ancora, dalla instaurazione di organi investiti istituzionalmente di poteri sovrani da esercitarsi nei confronti sia degli Stati membri sia dei loro cittadini. [...] In considerazione di tutte queste

si è riconosciuto che le Comunità hanno costituito un contesto giuridico di «nuovo genere», originato dalla cessione di sovranità realizzata, a favore di esse, da parte degli Stati membri.

Di conseguenza, l'analisi del principio di effettività rispetto ad un ordinamento che presenta elementi di autonomia e eterogeneità rispetto a quelli statali – cui la scienza giuridica del Novecento aveva dedicato le proprie riflessioni – impone l'adozione di un approccio dogmatico diverso, da riparametrare alla luce dell'originalità del sistema istituito con le Comunità prima e con l'Unione poi²⁹. La peculiarità dell'ordinamento giuridico europeo³⁰, che si atteggia come un *phénomène nouveau*³¹, esige l'abbandono delle categorie solitamente impiegate per lo studio dei fenomeni nazionali, per adottare invece «un approccio comunitario al diritto»³².

Invero, tale operazione comporta un'ulteriore consapevolezza, ovvero la continua capacità dell'ordinamento dell'Unione europea di vivere fasi di evoluzione, ben attestate dal progressivo ricorso alla modificazione e integrazione dei trattati istitutivi: in questo senso, uno dei Padri fondatori dell'integrazione europea ha efficacemente sottolineato che «[l'Unione europea] è un processo di trasformazione che continua, quello da cui sono uscite, nel corso di una precedente fase storica, le nostre forme nazionali di vita. [...] la Comunità stessa non è che una tappa verso le forme di organizzazione del mondo di domani»³³.

All'evoluzione dell'integrazione europea ha fornito un contributo propulsivo e determinante la Corte di giustizia, che – per quanto qui rileva – sin dai tempi più risalenti ha garantito la continuità e la vitalità del percorso evolutivo delle Comunità, specie nelle fasi in cui, sul percorso delle stesse, si sono presentati motivi di difficoltà³⁴. Il ruolo del giudice lussemburghese – in linea con quanto appena osservato – è stato determinante quanto all'affermazione dell'effettività dell'ordinamento sovranazionale: per lungo tempo, sebbene al principio in esame non fosse dedicata alcuna «compelling Treaty base»³⁵, la giurisprudenza della Corte ha continuato ad

circostanze si deve concludere che la Comunità costituisce un ordinamento giuridico di nuovo genere nel campo del diritto internazionale, a favore del quale gli stati hanno rinunciato, anche se in settori limitati, ai loro poteri sovrani, ordinamento che riconosce come soggetti, non soltanto gli stati membri ma anche i loro cittadini».

²⁹ BERTI G., DE MARTIN G., *Le garanzie di effettività dei diritti nei sistemi policentrici*, Milano, 2003, p. 25.

³⁰ TESAURO G., *Alcune riflessioni sul ruolo della Corte di giustizia nell'evoluzione dell'Unione europea*, in *DUE*, 2013, p. 483, spec. p. 492.

³¹ FERRARO F., *La responsabilità risarcitoria degli Stati membri per violazione del diritto comunitario*, Milano, 2008, p. 1; l'espressione viene ripresa dall'Autore dal noto PESCATORE P., *Le droit de l'intégration*, cit. Per quanto concerne, in generale, l'evoluzione del sistema istituzionale e la natura stessa delle Comunità, v. *ex multis* CRAIG P., *The Nature of the Community*, in CRAIG P., DE BURCA G. (eds.), *The Evolution of EU Law*, Oxford, 1999.

³² TESAURO G., *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Napoli, 2018, p. 3.

³³ MONNET J., *Cittadino d'Europa*, Napoli, 2007, p. 461.

³⁴ CARBONE S., *Principio di effettività e diritto comunitario*, Napoli, 2009, p. 5; TESAURO G., *The Effectiveness of Judicial Protection and Co-operation between the Court of Justice and the National Courts*, in *Yearbook of European Law*, 1993, p. 1, spec. p. 2: l'Autore ivi osserva che «the Court of Justice has played a fundamental role in the development of that system, which has been described by the most authoritative observers, without exaggeration, as constituting a driving force».

³⁵ ROSS M., *Effectiveness in the European Legal Order(s): Beyond Supremacy to Constitutional Proportionality*, in *ELR*, 2006, p. 476, spec. p. 481. Una positiva attestazione della nozione di effettività si rinviene nei trattati soltanto in

affermare la necessità che il sistema giuridico creato potesse trovare concreta ed efficace realizzazione³⁶, tanto che quest'esigenza è stata, da parte della dottrina, elevata a «driver of constitutional evolution»³⁷.

Invero, l'utilizzo che il giudice lussemburghese ha fatto della categoria dell'effettività è ampio: proprio la ricorrenza della locuzione in un cospicuo novero di pronunce contribuisce non agevole la ricostruzione di uno statuto e di un significato unitario del principio. Proprio lo sviluppo frammentario³⁸ del *case law*, unito ad un impiego talora creativo³⁹ e mutevole⁴⁰ della categoria in esame, impone di analizzare le ragioni che hanno indotto la Corte di giustizia a richiamare con frequenza⁴¹ il principio di effettività, che nella giurisprudenza sembra – ad avviso della dottrina – un vero e proprio «operative mantra»⁴².

Nel silenzio dei trattati, il profluvio di pronunce in cui la locuzione ricorre offre due spunti di riflessione.

Un primo profilo riguarda la ragione della continua menzione e del costante impiego di tale principio. La reiterazione del richiamo all'effettività può spiegarsi in ragione del fatto che l'ordinamento giuridico comunitario esiste e utilmente opera in funzione dei propri scopi soltanto se è possibile affermarne la concreta osservanza da parte dei soggetti – Stati membri e privati – che ne fanno parte. Posto che il percorso di integrazione europea impone una necessaria dialettica tra l'Unione e gli Stati membri, in ragione della natura incompiuta e transitoria dell'ordinamento

occasione del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, il cui testo è stato pubblicato in *GUUE*, 16 dicembre 2004, C 310, p. 1, e su cui v., *ex multis*, LUCARELLI A., PATRONI GRIFFI A. (a cura di), *Studi sulla Costituzione europea. Percorsi e ipotesi*, Napoli, 2003; ROSSI L.S. (a cura di), *Il progetto di Trattato- Costituzione*, Milano, 2004; BARUFFI M. C. (a cura di), *La Costituzione europea: quale Europa dopo l'allargamento?*, Padova, 2006; GABRIELE F., *Europa: la Costituzione abbandonata*, Bari, 2008. In particolare, si segnalavano gli artt. I-19 ma, soprattutto, I-29. Se nella prima disposizione si scorge un rapido richiamo all'esigenza che il quadro istituzionale garantisca coerenza ed efficacia alle politiche dell'Unione, l'art. I-29 invece ha codificato – in termini poi analoghi all'odierno contenuto dell'art. 19, par. 1, co. 2, TUE – il ruolo (che già la Corte di giustizia aveva ben messo in luce) riconosciuto alle autorità giudiziarie nazionali nell'attuazione effettiva del diritto dell'Unione europea.

³⁶ CARBONE S., *Principio di effettività*, cit., p. 10; TRIDIMAS T., *The General Principles of EC Law*, Oxford, 2006, p. 418-419; ROSS M., *Effectiveness*, cit., p. 481; ACCETTO M., ZLEPTNIG S., *The Principle of Effectiveness*, cit., p. 388.

³⁷ ROSS M., *Effectiveness*, cit., p. 477.

³⁸ TRIDIMAS T., *The General Principles*, cit., p. 421.

³⁹ HERLIN-KARNELL E., *The Constitutional Dimension of European Criminal Law*, Oxford, 2012, p. 43-45.

⁴⁰ HERLIN-KARNELL E., *An Exercise in Effectiveness*, in *EBLR*, 2007, p. 1181, ove si legge «effectiveness has taken significantly [...] like a true chameleon concept».

⁴¹ Se si effettua, a mero titolo di esempio, una ricerca per la locuzione «principio di effettività» mediante l'apposito strumento sul sito *web* della Corte di giustizia, essa risulta ricorrente in 280 sentenze della sola Corte. Se a queste si aggiungono quelle nelle quali detto principio viene egualmente impiegato o menzionato ma mediante una diversa formulazione lessicale (ad esempio, «principio dell'effettività»), il numero è destinato ad incrementare ulteriormente.

⁴² ROSS M., *Effectiveness*, cit., p. 480; lo stesso Autore, a p. 486 del medesimo lavoro, parla anche di «leitmotif in judicial reasoning».

sovranazionale⁴³, l'esatto funzionamento di quest'ultimo può verificarsi soltanto all'imprescindibile condizione che, all'interno delle singole realtà nazionali, il diritto di fonte sovranazionale sia applicato in modo pieno e coerente.

Ogni volta in cui delle norme dell'Unione sia fornita un'interpretazione scorretta o sia fatta un'applicazione errata o parziale, si genera un *vulnus* a due principi chiave dell'intero sistema, ovvero la parità di trattamento e la solidarietà tra gli Stati⁴⁴. Già dal celebre *leading case Costa c. Enel* la Corte di giustizia ha avuto modo di osservare che «se l'efficacia del diritto comunitario variesse da uno stato all'altro in funzione delle leggi interne posteriori, ciò metterebbe in pericolo l'attuazione degli scopi del Trattato contemplata nell'art. 5, secondo comma, e causerebbe una discriminazione [...]. Gli obblighi assunti col trattato istitutivo della Comunità non sarebbero assoluti, ma soltanto condizionati, qualora le parti contraenti potessero sottrarsi alla loro osservanza mediante ulteriori provvedimenti legislativi»⁴⁵.

Pertanto, il principio di effettività trova ampia e continua riaffermazione nel *case law* della Corte perché resta sempre ferma l'esigenza di assicurare un funzionamento pieno, corretto e coerente all'ordinamento, in quanto unico e unitario, fonte dei medesimi precetti per ogni consociato⁴⁶.

Un secondo ordine di riflessioni concerne il significato che il giudice lussemburghese intende assegnare al principio di effettività. Sotto questo profilo, è ricorrente l'affermazione in dottrina secondo cui andrebbero distinte due diverse declinazioni dello stesso⁴⁷.

In una prima direzione – ed in senso più ampio – il principio in parola costituisce un parametro per valutare l'esistenza, l'integrità e il funzionamento dell'ordinamento giuridico in quanto tale (cd. effettività in senso statico). In pronunce assai note e risalenti – tra cui le già richiamate *Van Gend en Loos* e *Costa c. Enel* – la Corte di giustizia si è dedicata ad una prima (e preliminare) necessità, ovvero affermare che gli Stati membri hanno dato vita ad un ordinamento nuovo, che

⁴³ LOUIS J. V., *L'ordinamento giuridico comunitario*, Lussemburgo, 1995, p. 243.

⁴⁴ TESAURO G., *La sanction des infractions au droit communautaire*, in *Riv. dir. eur.*, 1992, p. 477, spec. p. 481; si ricordi che tale testo è la pubblicazione della relazione che lo stesso illustre Autore ha tenuto, come *rapporteur*, in occasione del XV Convegno FIDE, tenutosi a Lisbona nel settembre 1992, dedicato a *La sanction des infractions au droit communautaire*. In tema, si ricordano anche le chiare indicazioni già espresse in questo stesso senso in Corte giust., sent. 7 febbraio 1973, causa 39/72, *Commissione c. Italia*, ECLI:EU:C:1972:66, pt. 24, in cui si legge che ogni violazione dell'obbligo di osservanza delle norme dettate dalle (allora) Comunità «dele l'uguaglianza degli Stati membri dinanzi al diritto comunitario e determina discriminazioni a carico dei loro cittadini [...]». Questo venir meno ai doveri di solidarietà accettati dagli Stati membri con la loro adesione alla Comunità scuote dalle fondamenta l'ordinamento giuridico comunitario.

⁴⁵ Corte giust., sent. 15 luglio 1964, causa 6/64, *Flaminio Costa contro E.N.E.L.*, ECLI:EU:C:1964:66.

⁴⁶ ACCETTO M., ZLEPTNIG S., *The Principle of Effectiveness*, cit., p. 379-380.

⁴⁷ BECKER, F., *Application of Community Law by Member States' Public Authorities: Between Autonomy and Effectiveness*, in *CMLR*, 2007, p. 1035, spec. p. 1043; CARBONE S., *Principio di effettività*, cit., p. 90-92; NEBBIA P., *Do the Rules on State Aids have a Life of Their Own? National Procedural Autonomy and Effectiveness in the Lucchini case*, in *ELR*, 2008, p. 427, spec. p. 431; ROMITO A.M., *La tutela giurisdizionale nell'Unione europea tra effettività del sistema e garanzie individuali*, Bari, 2015, p. 9; TESAURO G., *Alcune riflessioni*, cit., p. 500.

esiste in quanto tale, che dev'essere riconosciuto e deve poter essere fonte di obblighi giuridici. Sotto questo profilo, quindi, la Corte si è dedicata ad affermare che le istituzioni nazionali hanno il dovere di applicare le disposizioni provenienti dall'ordinamento sovranazionale, senza potersi sottrarre agli obblighi che da esso derivano.

In una seconda (e più restrittiva) accezione – c.d. effettività in senso dinamico –, si tratta di un criterio che serve a valutare se e misurare come siano osservati gli obblighi e tutelati i diritti che le fonti comunitarie creano rispetto ai soggetti che partecipano all'ordinamento dell'Unione europea. In altri termini, se si dà per acquisita la capacità dell'ordinamento europeo di produrre norme giuridiche, occorre poi verificare che, nel momento della loro applicazione all'interno degli Stati membri, ne sia assicurata l'effettività.

La prima prospettiva concerne quella giurisprudenza della Corte di giustizia che si è dedicata a perimetrare, in capo agli Stati, l'*an debeatur*: ha quindi stabilito che le istituzioni e gli organi nazionali debbano applicare il diritto dell'Unione europea e ha precisato quali sono gli strumenti attraverso i quali si realizza questo dovere. La seconda dimensione dell'effettività induce a considerare il *quomodo*, cioè le concrete modalità attraverso le quali, nei singoli ordinamenti, le posizioni giuridiche e gli obblighi di fonte europea hanno trovato declinazione.

Risulta quindi necessario provvedere ad una separata analisi della nozione di effettività – nel suo aspetto c.d. statico dapprima e quindi in quello c.d. dinamico – allo scopo di metterne in evidenza le specificità e i risvolti concreti quanto ai rapporti tra l'ordinamento sovranazionale e quelli degli Stati membri.

3. L'effettività in senso statico: l'affermazione del sistema comunitario come ordinamento giuridico.

Sin dai primi tempi dell'esistenza delle Comunità, la Corte di giustizia ha affermato che il diritto comunitario costituisce un ordinamento autonomo, cui partecipano non soltanto gli Stati membri, ma anche ogni persona fisica o giuridica: anche questi ultimi (e non solo i primi e le istituzioni sovranazionali) sono soggetti destinatari dei precetti e dei diritti contenuti sia nei trattati, sia nel diritto secondario⁴⁸. Il *case law* del primo periodo di esistenza delle Comunità disvela il chiaro intento di legittimare la stessa giuridicità dell'ordinamento, come svincolato, a sé stante, rispetto alle altre esperienze più tradizionali nel diritto internazionale (da un lato) e ai singoli

⁴⁸ CARBONE S., *Principio di effettività*, cit., p. 14-15.

Stati membri (dall'altro)⁴⁹. In questo senso, si è altresì evidenziato che la preoccupazione di affermare l'effettività dell'ordinamento in quanto tale rispecchia l'interesse per il consolidamento del processo d'integrazione in guisa tale che ad esso siano riconosciute stabilità e coerenza⁵⁰.

Si tratta di un vero e proprio processo di “costruzione costituzionale”⁵¹ del sistema istituito dai trattati, che già negli anni Settanta – secondo autorevole dottrina da considerarsi addirittura come «un'epoca eroica»⁵² – risulta essersi completato nelle sue coordinate fondamentali, delle quali poi si è reso necessario soltanto un affinamento progressivo.

I *piliers*⁵³ dell'ordinamento sovranazionale sono stati cristallizzati dalla Corte di giustizia in assenza di alcuna espressa codificazione nei trattati, a dimostrazione – una volta ancora – del ruolo propulsivo sempre centrale del giudice lussemburghese⁵⁴: sebbene non dotati di alcun riferimento di diritto positivo, questi principi si sono progressivamente imposti, all'interno degli ordinamenti nazionali, superando le forme di resistenza o di difficoltà che la dottrina o la giurisprudenza abbiano, a livello statale, manifestato⁵⁵.

Quattro sono le pietre miliari che il giudice lussemburghese ha posto a fondamento dell'ordinamento giuridico istituito con le Comunità⁵⁶: (i) la propria autonomia; (ii) il primato sul diritto nazionale; (iii) l'efficacia diretta delle proprie previsioni e (iv) l'obbligo di interpretare ogni norma in modo coerente con gli scopi e gli obiettivi del sistema giuridico creato, dovere poi esteso alle disposizioni nazionali secondo il criterio dell'interpretazione conforme.

⁴⁹ *Ivi*, p. 90.

⁵⁰ TESAURO G., *La sanction*, cit., p. 480.

⁵¹ Il primo riferimento espresso alla natura costituzionale della cornice costituita dai trattati si ha nella sentenza *Les Verts* (Corte giust., sent. 23 aprile 1986, causa 294/83, *Parti Ecologiste Les Verts contro Parlamento europeo*, ECLI:EU:C:1986:166), al pt. 23, ove si legge che «a questo proposito si deve anzitutto sottolineare che la Comunità economica europea è una comunità di diritto nel senso che né gli Stati che ne fanno parte, né le sue istituzioni sono sottratti al controllo della conformità dei loro atti alla carta costituzionale di base costituita dal trattato». Invero, la dottrina aveva già evidenziato l'esistenza di una struttura costituzionale delle Comunità: v. BERNHARDT R., *Le fonti del diritto comunitario*, cit., p. 71.

⁵² WEILER J.H.H., *La Costituzione dell'Europa*, Bologna, 2003, p. 44 ss., l'espressione riportata è tratta da p. 76.

⁵³ Così li definisce, con un termine efficace per mettere in luce la capacità “strutturale” di questi principi, CARBONE S., *Principio di effettività*, cit., p. 14.

⁵⁴ TESAURO G., *The Effectiveness*, cit., p. 2.

⁵⁵ CARBONE S., *Principio di effettività*, cit., p. 16 ss. Può essere esemplificativo il percorso giurisprudenziale della Corte costituzionale italiana – che autorevole dottrina definisce come un “cammino” (BARILE P., *Il cammino comunitario della Corte*, in *Giur. cost.*, 1983, p. 2406) –, la quale, dopo un'iniziale negazione del principio del primato (Corte cost., sent. 7 marzo 1964, n. 14, ECLI:IT:COST:1964:14, pt. 6), l'ha poi pienamente condiviso con la celebre sentenza *Granital* (Corte cost., sent. 5 giugno 1984, n. 170, ECLI:IT:COST:1984:170, pt. 3-4). In un'ottica comparatistica, v. CELOTTO A., GROPPI T., *Diritto UE e diritto nazionale: primauté vs controlimiti*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2004, p. 1309; per una definizione dei rapporti in generale tra Stati membri e Unione europea, v. le osservazioni di DASHWOOD A., *The Relationship between the Members States and the European Union/European Community*, in *CMLR*, 2004, p. 355, spec. p. 376; KOVAR R., *Rapporti tra diritto comunitario e diritti nazionali*, in *AA.VV.*, *Trent'anni di diritto comunitario*, cit., p. 114, spec. p. 124 ss.

⁵⁶ In più pronunce la Corte non ha esitato a definirle come vere e proprie caratteristiche fondamentali e essenziali dell'ordinamento europeo: Corte giust., parere 14 dicembre 1991, 1/91, *Accord EEE – I*, ECLI:EU:C:1991:490, pt. 21; Corte giust., parere 18 dicembre 2014, 2/13, *Adbésion de l'Union à la CEDH*, ECLI:EU:C:2014:2454, pt. 166 e ss.

Sul primo aspetto, la Corte di giustizia ha costantemente ricordato «l'autonomia di cui gode il diritto dell'Unione rispetto al diritto dei singoli Stati membri nonché rispetto al diritto internazionale»⁵⁷. In questo senso, se è pure vero che l'Unione europea non ha assunto i caratteri strutturali di uno Stato, è altrettanto vero che non può neppure considerarsi alla stregua delle consuete organizzazioni internazionali, fondate sulla stipulazione di ordinari trattati⁵⁸; si tratta quindi di un ordinamento che, come già ricordato, ha marcata unicità⁵⁹, dotato di istituzioni proprie, a cui gli Stati membri hanno assegnato specifiche competenze mediante una corrispondente rinuncia, in settori sempre maggiori, alla propria sovranità⁶⁰.

Il carattere autonomo ed originale delle Comunità induce necessariamente ogni operatore o interprete del mondo giuridico a studiarne i connotati e le categorie adottando un approccio che rifletta questa specificità⁶¹. Inoltre, proprio la peculiarità del nuovo ordinamento sovranazionale e le esigenze di definire i rapporti tra questo e gli Stati che partecipano all'integrazione europea hanno suscitato l'elaborazione e l'evoluzione di principi, nozioni, istituti di carattere autonomo.

Il secondo dei *piliers* – la *primauté* del diritto dell'Unione europea rispetto alle fonti normative interne – costituisce a propria volta uno «spin-off from the effectiveness principle in this wider sense»⁶², in ragione del fatto che la garanzia dell'unità e della coerenza del sistema giuridico sovranazionale esige che quest'ultimo non possa trovare differenziata applicazione all'interno degli Stati membri, ma deve imporsi negli stessi termini in ciascuno di essi. Proprio grazie alla *primacy clause* e al combinato obbligo di non applicazione delle normative nazionali in contrasto con il diritto dell'Unione è possibile consentire a quest'ultimo la realizzazione della propria massima effettività, mediante modalità applicative eguali in tutto il proprio ambito di operatività⁶³.

⁵⁷ Da ultimo, Corte giust., parere 2/13, cit., pt. 170; in precedenza, l'autonomia del diritto della Comunità era un principio già sancito nella sentenza *Van Gend en Loos*, cit., nonché in Corte giust., sent. 17 dicembre 1970, causa 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, EU:C:1970:114, pt. 4.

⁵⁸ Corte giust., parere 2/13, cit., pt. 156.

⁵⁹ *Ivi*, pt. 157, nonché TESAURO G., *La sanction*, cit. p. 479, ove si legge che «construit grâce au moyen traditionnel de l'accord international, le système juridique communautaire a pour objectif et pour raison d'être un degré d'intégration qui n'a pas d'équivalent dans d'autres expériences de coopération internationale organisée, au point de constituer une expérience aboutement unique»

⁶⁰ Corte giust., sent. 10 dicembre 2018, causa C-621/18, *Wightman*, ECLI:EU:C:2018:999, pt. 44 e giurisprudenza *ivi* citata. Sul principio di attribuzione delle competenze, v. DE PASQUALE P., *Articolo 5 TUE*, in TIZZANO A. (a cura di), *Trattati dell'Unione Europea*, Milano, 2014, p. 45; BARATTA R., *Articoli 2, 3, 4, 5, 6, TFUE*, in TIZZANO A. (a cura di), *Trattati*, cit., p. 368 ss.; BARATTA R., *Le competenze interne dell'Unione tra evoluzione e principio di reversibilità*, in *DUE*, 2010, p. 517.

⁶¹ TESAURO G., *Manuale*, cit., p. 3.

⁶² BECKER F., *Application of Community*, cit., p. 1044.

⁶³ CARBONE S., *Principio di effettività*, cit., p. 16-17; sulla disapplicazione delle norme interne contrastanti, v. la celebre Corte giust., sent. 9 marzo 1978, causa 106/77, *Simmenthal*, ECLI:EU:C:1978:49, pt. 17.

In quest'ottica, il principio riflette in primo luogo un'esigenza indispensabile ai fini dell'esistenza stessa dell'ordinamento giuridico dell'Unione europea⁶⁴.

Come ben messo in luce dalla Corte sin dalla storica sentenza *Costa c. Enel*, non è infatti accettabile che uno Stato membro, dopo aver inteso – in condizione di reciprocità con altri Paesi – dar vita all'integrazione europea, possa, con un proprio atto unilaterale e successivo, impedire al diritto dell'Unione europea di vedersi applicato in modo pieno⁶⁵.

In questo senso, la *primacy clause* sviluppa uno dei principi di diritto internazionale⁶⁶ – elaborato nell'alveo del noto brocardo *pacta sunt servanda* – che efficacemente era stato espresso, in un'epoca storica ormai risalente, nel Consiglio della Società delle Nazioni: «il principio fondamentale [...] è la prevalenza del diritto convenzionale sul diritto nazionale. Tale prevalenza deriva dalla stessa natura delle cose. Perché si concluderebbero i trattati, perché si prenderebbero gli impegni internazionali, se fosse consentito a chi ha assunto tali obblighi di sottrarsi ad essi in virtù di un atto [...] che promana dalla propria autonoma potestà?»⁶⁷.

Si tratta di un principio che è rimasto saldo nella costruzione dei rapporti tra l'ordinamento sovranazionale e quelli interni e, secondo la giurisprudenza della Corte, esso deve trovare applicazione per tutte le norme di fonte comunitaria, non essendo un privilegio accordato alle sole previsioni dei trattati⁶⁸. Né è possibile presupporre una diversa declinazione del principio a seconda del rango della disposizione nazionale che si assuma contrastante con la fonte sovranazionale: di conseguenza, la *primauté* si impone anche quando l'incompatibilità riguardi una previsione dotata carattere costituzionale (si pensi, di recente ed in termini paradigmatici, alla vicenda *Melloni*⁶⁹). Con la conseguenza che le disposizioni del Trattato e degli atti che si connotano per diretta efficacia sono capaci di «rendere ipso iure inapplicabile, per il fatto stesso della loro

⁶⁴ PESCATORE P., *L'ordre juridique des Communautés européennes*, Bruxelles, 2006, p. 227: «en d'autres termes, le droit communautaire porte en lui une exigence "existentielle" de primauté: s'il n'est pas capable de l'emporter en toutes circonstances sur le droit national, il est inefficace et donc, pour autant, inexistant. L'idée même d'un ordre commun serait alors battue en brèche»; v. anche, per considerazioni in toni analoghi, KOVAR R., *Rapporti tra diritto comunitario*, cit., p. 115.

⁶⁵ KOVAR R., *Rapporti tra diritto comunitario*, cit., p. 117.

⁶⁶ ARENA A., *Sul carattere assoluto del primato del diritto dell'Unione europea*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2018, p. 317, spec. p. 320.

⁶⁷ Relazione del Conte Apponyi al Consiglio della Società delle Nazioni, in *Journal Officiel de la Société des Nations*, 1923, p. 887.

⁶⁸ Sin dalla sentenza Corte giust., sent. 14 dicembre 1971, causa 43/71, *Politi*, ECLI:EU:C:1971:122, adottata con specifico riguardo ad un regolamento.

⁶⁹ Corte giust., sent. 26 febbraio 2013, causa C-399/11, *Melloni*, ECLI:EU:C:2013:107, pt. 59. In tema, v., *ex multis*, AMALFITANO C., *Mandato d'arresto europeo: reciproco riconoscimento vs diritti fondamentali*, in *DPC*, 4 luglio 2013, spec. p. 9. Quanto alla successiva pronuncia – in senso conforme al *dictum* europeo – del Tribunale costituzionale spagnolo, v. VIGANÒ F., *Obblighi di adeguamento al diritto UE e "controlimiti": la Corte costituzionale spagnola si adegua, bon gré mal gré, alla sentenza dei giudici di Lussemburgo nel caso Melloni*, in *DPC*, 9 marzo 2014. L'affermazione del primato rispetto alle norme costituzionali interne è ben consolidata, nella giurisprudenza della Corte, già dalla nota sent. *Internationale Handelsgesellschaft*, cit.

entrata in vigore, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale preesistente»⁷⁰: ogni giudice (e, più in generale, soggetto di carattere pubblicistico) che si trovi a dover applicare una norma di fonte europea che sia *self executing* (o in ogni caso capace di produrre di effetti diretti) deve disapplicare, di propria iniziativa, la disciplina interna in contrasto – sia essa preventiva o di successiva adozione – senza che sia necessario (né possibile) alcun ulteriore scrutinio a livello nazionale, neppure attendere l’esito del giudizio di costituzionalità⁷¹.

Merita tuttavia una sottolineatura la progressiva (e recente) affermazione della natura non “assoluta” del principio in esame⁷²: la stessa Corte di giustizia, in tempi assai recenti, ha infatti ammesso che vi siano valori capaci di porsi come limiti all’obbligo di disapplicazione delle disposizioni nazionali in contrasto con le norme del diritto dell’Unione europea capaci di regolare, in concreto, il caso di specie e dunque – secondo il consueto schema – destinate ad imporsi sulle fonti interne.

In questo senso, si possono ricordare alcune sentenze – tra cui *Winner Wetten*⁷³, *Inter-Environnement Wallonie*⁷⁴ e *M.A.S. e M.B. (c.d. Taricco-bis)*⁷⁵ – come quelle in cui la Corte lussemburghese ha ammesso che, a titolo eccezionale, possa non procedersi alla disapplicazione della norma nazionale (che dal primato dovrebbe essere imposta), laddove siano in gioco principi di

⁷⁰ Corte giust., sent. *Simmenthal*, cit., pt. 17.

⁷¹ *Ibidem*.

⁷² La natura “assoluta” del principio del primato è questione assai risalente nella dottrina nazionale e straniera, sin dagli anni immediatamente successivi all’affermazione della *primacy clause*: *ex multis*, v. BEBR G., *How Supreme Is Community Law in the National Courts?*, in *CMLR*, 1974, p. 5, in cui l’Autore rileva l’esistenza di una «absolute, unconditional supremacy of the Community law over constitutional provisions». In ambito nazionale, oltre alla recente ricognizione di ARENA A., *Sul carattere assoluto*, cit., v. anche POLLICINO O., *Allargamento dell’Europa a Est e rapporto tra corti costituzionali e corti europee*, Milano, 2010, spec. p. 161.

⁷³ Corte giust., sent. 8 settembre 2010, causa C-409/06, *Winner Wetten*, EU:C:2010:503, ove, al pt. 67, si legge che esigenze imperative di certezza del diritto possono portare «a titolo eccezionale, a una sospensione provvisoria dell’effetto di disapplicazione esercitato da una norma di diritto dell’Unione direttamente applicabile rispetto al diritto nazionale in contrasto con detta norma», sebbene poi la Corte ritenga che «una siffatta sospensione, le cui condizioni potrebbero essere determinate solo dalla Corte, va senz’altro esclusa nel caso di specie, in considerazione dell’assenza di esigenze imperative di certezza del diritto tali da giustificarla».

⁷⁴ Corte giust., sent. 28 febbraio 2012, causa C-41/11, *Inter-Environnement Wallonie ASBL*, ECLI:EU:C:2012:103, pt. 58, in cui la Corte ha legittimato il giudice nazionale a conservare gli effetti di un provvedimento amministrativo nazionale contrario al diritto dell’Unione europea in presenza di un’esigenza imperativa di tutela dell’ambiente. Ivi si legge che «[i]n considerazione di tale obiettivo, il giudice remittente potrà, tenuto conto dell’esistenza di un’esigenza imperativa legata alla protezione dell’ambiente, essere eccezionalmente autorizzato ad applicare la disposizione nazionale che gli consente di mantenere determinati effetti di un atto nazionale annullato, purché siano rispettate le condizioni elencate qui di seguito». Sui risvolti di tale pronuncia, v. LOCK T., *Are there exceptions to a Member State's duty to comply with the requirements of a Directive? Inter-Environnement Wallonie*, in *CMLR*, 2013, p. 217. Il *dictum* della predetta sentenza è stato confermato da Corte giust., sent. 28 luglio 2016, causa C-375/15, *Association France Nature Environnement*, ECLI:EU:C:2016:603 nonché dalla ancor più recente Corte giust., sent. 29 luglio 2019, causa C-411/17, *Inter-Environnement Wallonie ASBL*, ECLI:EU:C:2019:622, pt. 177.

⁷⁵ Corte giust., sent. 5 dicembre 2017, causa C-42/17, *M.A.S. e M.B.*, ECLI:EU:C:2017:936, in cui si legge (pt. 61) che laddove «il giudice nazionale dovesse quindi essere indotto a ritenere che l’obbligo di disapplicare le disposizioni del codice penale in questione contrasti con il principio di legalità dei reati e delle pene, esso non sarebbe tenuto a conformarsi a tale obbligo, e ciò neppure qualora il rispetto del medesimo consentisse di rimediare a una situazione nazionale incompatibile con il diritto dell’Unione».

centrale importanza, quali la certezza del diritto, la protezione dell'ambiente e la legalità in ambito penale; tuttavia, la Corte di giustizia ha – almeno in via tendenziale – riservato a sé l'indicazione delle restrittive condizioni alle quali il giudice nazionale sia legittimato ad una tale operazione.

Del principio in esame – che, come visto, ha una matrice marcatamente pretoria – si era prospettata una forma di codificazione all'interno del Trattato costituzionale, in particolare nell'art. I-6, a mente del quale «[l]a Costituzione e il diritto adottato dalle istituzioni dell'Unione nell'esercizio delle competenze a questa attribuite prevalgono sul diritto degli Stati membri»⁷⁶. Questa previsione non è stata conservata a seguito dell'adozione del Trattato di Lisbona⁷⁷, il quale ha riservato alla *primauté* una collocazione secondaria, in quanto inserita in una dichiarazione (la n. 17⁷⁸) allegata ai trattati⁷⁹. La sistemazione della *primacy clause* in tal sede ben esprime – rispetto al progetto costituzionale – quella forma di «rigurgito delle sovranità statali»⁸⁰ che la dottrina ha evidenziato come un fenomeno rilevante dopo i referendum negativi in Francia e Paesi Bassi, ma al tempo stesso lascia intendere che gli Stati membri non hanno in alcun modo inteso negare o superare il principio in esame⁸¹.

Il terzo principio – quello dell'efficacia diretta – trova pur esso la propria *ratio essendi* nella peculiare natura delle Comunità: se lo scopo dell'integrazione europea è quello non già di dar vita ad un'organizzazione tra Stati, ma di creare uno spazio comune in cui si muovono gli individui, anche costoro debbono essere diretti destinatari delle norme su cui l'ordinamento sovranazionale si fonda⁸². Come ha rilevato autorevole dottrina, alle fonti dell'Unione europea si riconosce «[the] ability to impinge directly on lives of individuals, who are declared to be the

⁷⁶ Su cui v. DE WITTE B., *Article I-6*, in BURGORGUE-LARSEN L., LEVADE A., PICOD F. (sous la direction de), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Parties I et IV, Architecture constitutionnelle : commentaire article par article*, Bruxelles, 2005, p. 107.

⁷⁷ Come noto, a seguito del fallimento del progetto costituzionale, il Consiglio europeo di Bruxelles del 21-22 giugno 2007 (Conclusioni della Presidenza n. 11177/1/07 del 23 giugno 2007) ha decretato il definitivo abbandono di tale iniziativa, salvo conferire ad una conferenza intergovernativa il compito (prontamente adempiuto) di redigere un nuovo Trattato di revisione, poi firmato a Lisbona il 13 dicembre del 2007 e in vigore dal 1° dicembre 2009.

⁷⁸ In cui si legge che «[l]a conferenza ricorda che, per giurisprudenza costante della Corte di giustizia dell'Unione europea, i trattati e il diritto adottato dall'Unione sulla base dei trattati prevalgono sul diritto degli Stati membri alle condizioni stabilite dalla summenzionata giurisprudenza». Viene altresì allegato il parere del Servizio giuridico del Consiglio che richiama la natura fondamentale del principio in esame, desunto dalla consolidata giurisprudenza della Corte; si ha cura di osservare, nel predetto parere, che «[i]l fatto che il principio della preminenza non sarà incluso nel futuro trattato non altera in alcun modo l'esistenza del principio stesso e la giurisprudenza esistente della Corte di giustizia».

⁷⁹ STROZZI G., MASTROIANNI M., *Diritto dell'Unione europea. Parte istituzionale*, Torino, 2017, p. 28 e p. 36.

⁸⁰ *Ivi*, p. 35. Parla di un richiamo che può «aver spaventato i politici e giuristi riluttanti ad ammettere un'ulteriore evoluzione dell'Unione europea» ZILLER J., *La primauté nel diritto degli Stati membri. Da sei a ventotto*, in NASCIMBENE B. (a cura di), *Costa/Enel: Corte Costituzionale e Corte di Giustizia a confronto, cinquant'anni dopo*, Milano, 2015, p. 93, spec. p. 97.

⁸¹ ARENA A., *Sul carattere assoluto*, cit., p. 322.

⁸² KOVAR R., *Rapporti tra diritto comunitario*, cit., p. 145; WEILER J. H. H., *La Costituzione*, cit., p. 47.

“subjects” of the new legal order, entitled as such to invoke rights which become part of their legal heritage⁸³, così operando un rovesciamento rispetto ad un consueto assunto del diritto internazionale, secondo il quale gli obblighi sono assunti dagli (e si indirizzano soltanto nei confronti degli) Stati⁸⁴.

Proprio grazie alla giurisprudenza della Corte di giustizia è stato possibile imprimere alle norme di fonte europea quei caratteri e quegli effetti che sono una manifesta concretizzazione dell'esigenza di effettività dell'ordinamento stesso⁸⁵.

A tal proposito, è essenziale distinguere – a livello linguistico prima e giuridico poi – le categorie di “diretta applicabilità” e “efficacia diretta”⁸⁶.

In primo luogo, si deve ricordare che, tra le fonti dell'ordinamento dell'Unione europea, godono di diretta applicabilità nei sistemi nazionali, per espressa consacrazione dei trattati, i soli regolamenti (*ex art. 288, par. 2, TFUE*): con l'accennata locuzione, si intende una situazione di fatto, una qualità intrinseca della norma, in quanto le disposizioni sovranazionali filtrano e si inseriscono negli ordinamenti degli Stati membri in modo diretto, senza la necessità, da parte di questi ultimi, di alcun intervento *ad hoc*⁸⁷.

L'efficacia diretta è, invece, una categoria che attiene all'incidenza che le singole norme sono in grado di produrre sulle posizioni giuridiche degli individui e alla capacità di costoro di poter invocare la singola disposizione attributiva di un diritto ai fini di ottenerne la tutela. Pertanto, non tutte le norme europee sono suscettibili di essere invocate in modo diretto dinanzi al giudice o all'amministrazione, poiché non sono *ex se* capaci di governare la fattispecie concreta.

Il diverso grado di efficacia riconosciuto ad una disposizione di fonte europea varia in base ai destinatari della stessa e alla natura dell'obbligo in essa contenuto. Se la norma si rivolge sia agli Stati membri, sia a tutti i consociati (persone fisiche e giuridiche) e contiene una regolazione esplicita e incondizionata della fattispecie, allora avrà massima efficacia e potrà essere invocata, in quanto per tutti cogente, in qualsiasi tipologia di rapporto (tra singoli o nei rapporti tra Stato/individuo)⁸⁸.

⁸³ MANCINI G.F., KEELING D., *Democracy and the European Court of Justice*, in *Mod. Law Rev.*, 1994, p.184.

⁸⁴ WEILER J. H. H., *La Costituzione*, cit., p. 46.

⁸⁵ BOUVERESSE A., RITLÉNG D., *Avant-propos*, in BOUVERESSE A., RITLÉNG D., (sous la direction de), *L'effectivité du droit de l'Union européenne*, Bruxelles, 2018, p. 5.

⁸⁶ Distinzione su cui già da tempo si è soffermata la dottrina: v., sul punto, WINTER J.A., *Direct Applicability and Direct Effect, two Distinct and Different Conceptions in Community Law*, in *CMLR*, 1972, p. 425, oltre alle opere nelle note seguenti.

⁸⁷ CICIRIELLO M.C., *Diretta applicabilità ed effetto diretto delle norme comunitarie nella evoluzione giurisprudenziale e nella prassi degli Stati*, in AA.VV., *Scritti in onore di Giuseppe Tesaurò*, vol. II, Napoli, 2014, p. 1601, spec. p. 1602 ss; TESAURÒ G., *Manuale*, cit., p. 198 ss. Sulla diretta applicabilità, v. LUZZATTO R., *La diretta applicabilità nel diritto comunitario*, Milano, 1980.

⁸⁸ CICIRIELLO M.C., *Diretta applicabilità*, cit., p. 1602 ss.; KOVAR R., *Rapporti tra diritto comunitario*, cit., p. 145; LUZZATTO R., *La diretta applicabilità*, cit., p. 32

Secondo una progressiva elaborazione pretoria, l'efficacia diretta caratterizza le disposizioni dei trattati, come asserto nella già richiamata *Van Gend en Loos*, a condizione che si tratti di norme pattizie che risultano, nel loro contenuto, chiare, precise e incondizionate⁸⁹.

Parimenti, è stata riconosciuta (alle medesime condizioni) tale capacità anche ai principi generali dell'Unione europea⁹⁰, ai trattati stipulati dall'Unione europea con Paesi terzi⁹¹ e alle norme della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea⁹².

Al contrario, ove vi siano fonti che hanno per destinatari soltanto gli Stati membri, ai quali si impongono obblighi di risultato (come nel caso delle direttive, o di una decisione indirizzata ad un singolo Paese), l'efficacia di tali disposizioni può assumere un carattere meno intenso.

Secondo la giurisprudenza del giudice lussemburghese, anche queste fonti sono egualmente in grado di produrre un c.d. effetto diretto (o avere efficacia diretta), in quanto esse riconoscono ai singoli dei diritti che sorgono come «contropartita di precisi obblighi imposti agli Stati membri o alle istituzioni comunitarie, nel senso che ad un divieto chiaro e incondizionato dello Stato corrisponde un diritto del singolo alla sua osservanza»⁹³.

Si tratta di un approdo già evidente nella sentenza *Grad*⁹⁴ e poi più compiutamente raggiunto in sentenze storiche, come *Sace*, *Van Duyn* e *Ratti*⁹⁵, nelle quali si rinviene una piena affermazione della capacità di queste fonti di produrre effetti diretti in capo ai singoli, ancorché primariamente rivolte ai soli Stati membri.

Rispetto alle direttive – atti che pongono, come noto, obblighi di risultato quanto alla conformazione dell'ordinamento interno ai vincoli ivi dettati – gli effetti diretti possono prodursi in caso di previsione di obblighi negativi (*Van Duyn*), ovvero qualora vi sia un chiarimento della portata di obblighi già conseguenti dai trattati (*Sace*) e, infine (e soprattutto), qualora – una volta spirato il termine indicato per la propria attuazione – creino diritti a favore dei singoli ed abbiano

⁸⁹ ADAM R., TIZZANO A., *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2014, p. 138.

⁹⁰ *Ex multis*, v. Corte giust., sent. 22 novembre 2005, causa C-144/04, *Mangold*, ECLI:EU:C:2005:709, con nota di PICCONE V., SCIARRA S., *Principi fondamentali dell'ordinamento comunitario, obbligo di interpretazione conforme, politiche occupazionali*, in *Foro it.*, 2006, IV, c. 342.

⁹¹ *Inter alia*, Corte giust., sent. 24 novembre 2016, causa C-464/14, *SECIL*, ECLI:EU:C:2016:896, pt. 97.

⁹² V., in termini recenti, Corte giust., sent. 6 novembre 2018, causa C-684/16, *Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften eV*, ECLI:EU:C:2018:874; per una rassegna giurisprudenziale e ulteriori riferimenti in dottrina, CONDINANZI M., *Le direttive in materia sociale e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: un dialogo tra fonti per dilatare e razionalizzare (?) gli orizzonti dell'effetto diretto*, in *Federalismi*, 22 maggio 2019.

⁹³ TESAURO G., *Manuale*, cit., p. 199.

⁹⁴ Corte giust., sent. 6 ottobre 1970, causa 9/70, *Grad*, ECLI:EU:C:1970:78, pt. 5; detta pronuncia si riferisce, nello specifico, ad una decisione.

⁹⁵ Corte giust., sent. 17 dicembre 1970, causa 33/70, *Spa Sace*, ECLI:EU:C:1970:118, pt. 15; sent. 4 dicembre 1974, causa 41/74, *Van Duyn*, ECLI:EU:C:1974:133, pt. 12; sent. 5 aprile 1979, causa 148/78, *Procedimento penale a carico di Tullio Ratti*, ECLI:EU:C:1979:110, pt. 20 ss.

un contenuto precettivo chiaro, preciso e incondizionato (*Ratti*)⁹⁶. Il riconoscimento degli effetti diretti alle disposizioni delle direttive sorge come una garanzia minima di tutela delle posizioni giuridiche soggettive riconosciute ai singoli per reagire alle inadempienze del legislatore nazionale, che non ha trasposto, nell'ordinamento nazionale, il contenuto della fonte sovranazionale in modo corretto e tempestivo⁹⁷. In proposito, con riferimento alle direttive, occorre ricordare che la giurisprudenza della Corte di giustizia ammette l'invocazione di effetti diretti soltanto in termini verticali⁹⁸, cioè da parte del privato interessato nei confronti dello Stato inadempiente, in qualunque sua articolazione, sia dinanzi all'autorità giudiziaria, sia nel procedimento amministrativo⁹⁹.

Sono invece esclusi effetti orizzontali¹⁰⁰ – cioè nei rapporti tra i privati – o verticali cd. rovesciati, ovvero quelli che potrebbero verificarsi qualora fosse lo Stato ad invocare una conseguenza diretta da una direttiva non trasposta, ma con un (inaccettabile) detrimento per il singolo¹⁰¹, ivi includendosi la conseguenza di determinare o aggravare la responsabilità penale dei soggetti interessati¹⁰².

Anche alle disposizioni delle direttive – ove ritenute, alle condizioni di cui si è detto, suscettibili di effetto diretto – è riconosciuta, in forza della *primauté* del diritto dell'Unione europea rispetto a quello nazionale, la capacità di imporre la disapplicazione della disposizione nazionale contrastante con quella di scaturigine sovranazionale¹⁰³.

⁹⁶ Secondo CICIRIELLO M.C., *Diretta applicabilità*, cit., p. 1605, l'effetto diretto della direttiva deriva in sé dal carattere di "incondizionatezza" della disposizione, in virtù della quale si esclude ogni margine di scelta del legislatore sulle modalità di trasposizione circa gli obblighi da garantire.

⁹⁷ STROZZI G., MASTROIANNI M., *Diritto dell'Unione europea*, p. 301. Quella dell'effetto diretto viene definita una sanzione in senso lato, come mezzo per imporre il rispetto di una regola giuridica da TIMMERMANS C.W.A., *La sanction des infractions au droit communautaire*, XV Congresso FIDE, Lisbona, 1992, vol. 2, p. 17, spec. p. 20-21; la riflessione viene condivisa da CICIRIELLO M.C., *Diretta applicabilità*, cit., p. 1607.

⁹⁸ Corte giust., sent. 26 febbraio 1986, causa 152/84, *Marshall*, ECLI:EU:C:1986:84, pt. 48; sent. 11 giugno 1987, causa 14/86, *Pretore di Salò c. X*, ECLI:EU:C:1987:275, pt. 19.

⁹⁹ Il *leading case* è costituito da Corte giust., sent. 22 giugno 1989, causa 103/88, *Fratelli Costanzo*, ECLI:EU:C:1989:256, pt. 29 ss.; in termini più recenti, Corte giust., sent. 21 gennaio 2020, causa C-274/14, *Banco de Santander S.A.*, ECLI:EU:C:2020:17, pt. 78.

¹⁰⁰ Corte giust., sent. 14 luglio 1994, causa C-91/92, *Faccini Dori*, ECLI:EU:C:1994:292, pt. 20 ss.

¹⁰¹ Corte giust., sent. *Pretore di Salò*, cit.

¹⁰² Corte giust., sent. 8 ottobre 1987, causa 80/86, *Kolpinghuis Nijmegen*, ECLI:EU:C:1987:431, pt. 13 e sent. 3 maggio 2005, cause riunite C-387/02, C-391/02, C-403/02, *Berlusconi*, ECLI:EU:C:2005:270, pt. 73.

¹⁰³ Sui rapporti tra principio del primato ed effetto diretto, v. *ex multis*, CICIRIELLO M.C., *Diretta applicabilità*, cit., p. 1608 ss.; GALLO D., *Controlimiti, identità nazionale e i rapporti di forza nella saga Taricco*, in DUE, 2017, p. 249, spec. p. 274; LENAERTS K., CORTHAUT T., *Of birds and Hedges: the Role of Primacy in Invoking Norms of EU Law*, in ELR, 2006, p. 287. In particolare, GALLO D. ha evidenziato la necessità che la Corte di giustizia possa intervenire ad illustrare i fondamenti dogmatici dell'istituto dell'effetto diretto ed i suoi rapporti con il primato, in quanto pare – nella recente giurisprudenza, specie nella vicenda *Taricco* – potersi prospettare un impiego del principio dell'effetto diretto anche ove non vi sia il conferimento di una posizione di vantaggio per il singolo (p. 274-275). A questo proposito, Corte giust., sent. 24 giugno 2019, causa C-573/17, *Poptanski*, ECLI:EU:C:2019:530, seppur pronunciandosi sulla decisione-quadro 2002/584, ha chiaramente affermato che «l'Unione ha il potere di sancire, in modo generale e astratto, con effetto immediato, obblighi a carico dei singoli solo ove le sia attribuito il potere di adottare regolamenti» (pt. 66), escludendo così, in modo netto, che le direttive e le decisioni-quadro siano suscettibili di essere invocate a detrimento dei privati.

Da ultimo, l'esigenza di effettività del diritto dell'Unione europea si manifesta con pienezza laddove quest'ultimo esige che il giudice nazionale profonda uno sforzo interpretativo delle regole nazionali adottando, fra quelle esegesi che del testo normativo possono essere elaborate, «quella conforme alle prescrizioni della Comunità»¹⁰⁴. Come ben evidenziato dalla Corte di giustizia, l'interpretazione conforme del diritto nazionale secondo il testo e lo scopo del diritto dell'Unione europea è uno strumento inerente al sistema dei trattati, in quanto assicura la piena efficacia delle fonti sovranazionali¹⁰⁵. L'obbligo del giudice nazionale – e in generale di qualsiasi autorità nazionale investita di poteri pubblicistici¹⁰⁶ – di fornire un'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea degli atti normativi interni, pur non adottati allo specifico scopo di ottemperare a precisi obblighi di fonte sovranazionale, risponde alla consolidata esigenza di garantire all'ordinamento europeo il massimo grado di effettività¹⁰⁷. Peraltro, qualsiasi fonte del diritto derivato è capace di imporsi come parametro di riferimento nello svolgimento dell'operazione esegetica: così è stato riconosciuto per la direttiva¹⁰⁸, per un regolamento¹⁰⁹, per le decisioni-quadro¹¹⁰.

Con riguardo a quest'ultima tipologia di fonte, la Corte di giustizia – a partire dalla ben nota sentenza *Pupino*¹¹¹ – ha esteso l'obbligo di interpretazione conforme anche alla luce di quegli

¹⁰⁴ CARBONE S., *Principio di effettività*, cit., p. 19-20; TESAURO G., *Manuale*, cit., p. 211; l'espressione riportata è tratta da Corte cost., sent. *Granital*, cit., pt. 3 cons. in diritto.

¹⁰⁵ Corte giust., sent. 10 aprile 1984, causa 14/83, *Von Colson e Kamann*, ECLI:EU:C:1984:153, pt. 26, ove si legge che «l'obbligo degli Stati membri, derivante da una direttiva, di conseguire il risultato da questa contemplato, come pure l'obbligo loro imposto dall' art. 5 del Trattato di adottare tutti i provvedimenti generali o particolari atti a garantire l' adempimento di tale obbligo, valgono per tutti gli organi degli Stati membri [...] ne consegue che nell' applicare il diritto nazionale, e in particolare la legge nazionale espressamente adottata per l'attuazione della direttiva n. 76/207, il giudice nazionale deve interpretare il proprio diritto nazionale alla luce della lettera e dello scopo della direttiva onde conseguire il risultato contemplato dall' art. 189, 3° comma».

¹⁰⁶ Corte giust., sent. 7 agosto 2018, causa C-122/17, *Smith*, ECLI:EU:C:2018:631, al pt. 45 elenca anche «gli organi dell'amministrazione [dello Stato], ivi comprese autorità decentralizzate, o degli organismi o entità sottoposti all'autorità o al controllo dello Stato o a cui sia stato demandato da uno Stato membro l'assolvimento di un compito di interesse pubblico e che dispongono a tal fine di poteri che eccedono quelli risultanti dalle norme applicabili nei rapporti fra singoli».

¹⁰⁷ SNYDER F., *The Effectiveness of European Community Law: Institutions, Processes, Tools and Techniques*, in *Mod. Law Rev.*, 1993, p. 19, spec. p. 42.

¹⁰⁸ *Ex multis*, Corte giust., sent. 25 febbraio 1999, causa C-131/97, *Carbonari*, ECLI:EU:C:1999:98, pt. 48; sent. 5 ottobre 2004, cause riunite da C-397/01 a C-403/01, *Pfeiffer e a.*, ECLI:EU:C:2004:584, pt. 110 ss.

¹⁰⁹ Corte giust., sent. 19 novembre 2009, cause riunite C-402/07 e C-432/07, *Sturgeon*, ECLI:EU:C:2009:716.

¹¹⁰ Corte giust., sent. 16 giugno 2005, causa C-105/03, *Pupino*, ECLI:EU:C:2005:386; sent. 24 giugno 2019, *Popławski*, cit.

¹¹¹ Corte giust., sent. 16 giugno 2005, *Pupino*, cit. La vicenda è estremamente nota: la signora Pupino era indagata perché, in qualità di docente di scuola materna, il reato di abuso di mezzi di disciplina nei confronti di alcuni suoi alunni di età inferiore a cinque anni. Nel procedimento penale a suo carico, il pubblico ministero aveva chiesto al giudice per le indagini preliminari di raccogliere la deposizione di otto bambini testimoni e vittime prima dibattimento e mediante apposite cautele, sostenendo che la prova non avrebbe potuto essere differita sino al dibattimento a causa della minore età dei testimoni, dell'inevitabile modificazione del loro stato psicologico, nonché di un eventuale processo di rimozione. L'indagata, tuttavia, opponeva che l'accesso all'incidente probatorio fosse impossibile in quel caso, perché non espressamente previsto dall'art. 392 c.p.p. Il giudice tuttavia ha domandato alla Corte di giustizia se, alla luce di quanto prescritto dalla decisione quadro del Consiglio 2001/220/GAI, relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale, si dovesse ricorrere ad un'interpretazione conforme della disciplina nazionale rispetto alla fonte europea, ottenendo poi – come noto – una risposta affermativa; negli anni

strumenti normativi che, per espressa previsione dei trattati all'epoca vigenti, non potevano di spiegare effetti diretti, in quanto adottati all'interno del c.d. "terzo pilastro"¹¹².

L'obbligo di interpretazione del diritto nazionale in termini conformi alle fonti sovranazionali non è tuttavia un dovere senza limiti¹¹³: in particolare, si ricordano il rispetto di principi generali (quali la certezza del diritto e l'irretroattività delle norme)¹¹⁴, il divieto di affermare un'esegesi del testo che sia *contra legem*¹¹⁵ – in forza del quale non si può assegnare alla norma interna un significato che sia antitetico con quel che essa asserisce – e l'obbligo di non fondare (o aggravare) la responsabilità penale dell'individuo che abbia violato i precetti imposti dalla disciplina sovranazionale¹¹⁶.

Se, in ossequio alle esigenze di effettività, si impone un obbligo interpretativo quale quello anzi descritto, risulta evidente che questo non si limita ad atteggiarsi a mera tecnica esegetica¹¹⁷, ma piuttosto si tratta di uno strumento capace di produrre veri e propri effetti normativi: una disposizione (cd. norma-parametro o indiretta), nonostante rinunci (o non sia abile) a governare una data fattispecie in via diretta, provvede egualmente a tal scopo mediante l'interpretazione-applicazione di una norma oggetto (o diretta)¹¹⁸.

Di conseguenza, ad una tecnica del genere si ricorre nei casi in cui una disposizione sia strutturalmente incapace di conseguire in pratica i propri obiettivi (come le decisioni-quadro), ovvero sia funzionalmente sfornita della possibilità di realizzare gli effetti voluti a causa della presenza di un'altra norma, confliggente con la prima: in questo secondo caso, anziché provve-

successivi, il legislatore italiano ha modificato il codice di rito in modo da ammettere *ex lege* l'acquisizione anticipata della prova in casi simili (art. 492, co. 1-*bis*, c.p.p.). Sulla sentenza in esame, v. *ex multis* FLETCHER M., *Extending "Indirect Effect" to the Third Pillar: the Significance of Pupino?*, in *ELR*, 2005, p. 862; HERLIN-KARNELL E., *An Exercise*, cit.; MANES V., *L'incidenza delle "decisioni-quadro" sull'interpretazione in materia penale: profili di diritto sostanziale*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 1150; MARCHEGIANI M., *L'obbligo di interpretazione conforme alle decisioni quadro: considerazioni in margine alla sentenza Pupino*, in *DUE*, 2006, p. 563; SGUBBI F., MANES V. (a cura di), *L'interpretazione conforme al diritto comunitario in materia penale*, Bologna, 2007.

¹¹² Successivamente, l'obbligo di interpretazione conforme è stato esteso anche alla decisione-quadro che ha istituito il mandato d'arresto: v. Corte giust., sent. 5 settembre 2012, causa C-42/11, *Lopes Da Silva Jorge*, ECLI:EU:C:2012:517; sent. 24 giugno 2019, *Popławski*, cit. e ulteriori riferimenti ivi contenuti.

¹¹³ Non può, secondo una felice espressione, essere «a limitless obligation»: ROSS M., *Effectiveness*, cit., p. 491.

¹¹⁴ Corte giust., sent. 29 giugno 2017, C-579/15, *Popławski*, EU:C:2017:503, pt. 32.

¹¹⁵ Così, da ultimo, Corte giust., sent. 8 maggio 2019, causa C-486/18, *Praxair MRC*, ECLI:EU:C:2019:379, pt. 36 ss. ed ulteriore giurisprudenza, assolutamente consolidata, ivi richiamata.

¹¹⁶ Corte giust., sent. 29 giugno 2017, *Popławski*, cit., pt. 32; sent. 26 settembre 1996, causa C-168/95, *Arcaro*, ECLI:EU:C:1996:363, pt. 42.

¹¹⁷ Al contrario, parte della dottrina ritiene che sia un ordinario criterio interpretativo, fondato sulla necessità che, all'interno di ogni sistema normativo, si cerchi di conferire ad ogni norma il significato che meglio le renda coesistenti con le altre: sul punto v. BIN R., *L'interpretazione conforme. Due o tre cose che so di lei*, in BERNARDI A. (a cura di), *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea. Profili e limiti di un vincolo problematico*, Napoli, 2015, p. 17 e dottrina ivi citata.

¹¹⁸ CANNIZZARO E., *Interpretazione conforme tra tecniche ermeneutiche ed effetti normativi*, in BERNARDI A. (a cura di), *L'interpretazione conforme*, cit., p. 3, spec. p. 12.

dere alla caducazione della regola contrastante con la norma-parametro, si procede ad un'interpretazione conforme della norma-oggetto¹¹⁹. In questo senso, si percepisce la capacità dell'operazione esegetica di elevarsi a criterio capace di attestarsi come «succedaneo rispetto agli effetti diretti»¹²⁰, con la conseguenza di svincolare – se non addirittura superare – il divieto di far derivare dalle direttive effetti diretti nei rapporti orizzontali¹²¹.

I quattro principi sin qui esaminati hanno tutti – come visto – tratto la loro origine dall'esigenza di garantire all'ordinamento giuridico dell'Unione europea quella capacità di trovare applicazione e realizzazione, di governare in modo effettivo i fenomeni giuridici che in seno ad esso si svolgono. Nell'evoluzione giurisprudenziale che è stata, sia pur brevemente, esaminata, si riscontra un costante anelito del sistema delle Comunità, prima, e dell'Unione, poi, ad affermarsi come autonomo, che non può soffrire – a pena della sua inutilità – ostacoli o limitazioni nel suo concreto svolgersi a causa delle condotte inadempienti degli Stati membri. In questa prospettiva, secondo autorevole dottrina, si può concludere che l'impiego del principio di effettività si staglia sullo sfondo dei *piliers* che connotano l'ordinamento sovranazionale e, ad esso, si riconosce una «boundary marking capacity»: esso è stato impiegato in una strategia che è volta, nel contesto delle dinamiche dei rapporti tra fonti europee e nazionali¹²², ad evitare e, ove ciò non sia stato possibile, risolvere conflitti tra norme provenienti dall'uno e dall'altro sistema¹²³.

4. L'effettività in senso “dinamico”, come esigenza di tutela dei diritti di origine sovranazionale.

Si è osservato in precedenza che, una volta affermatosi come ordinamento effettivo, il sistema giuridico dell'Unione europea si è trovato a far fronte ad un ulteriore – e di non agevole inquadramento – profilo problematico. Se infatti esso è capace di produrre disposizioni capaci di rivolgersi a persone fisiche e giuridiche operanti sul territorio degli Stati membri, diviene essenziale affrontare la *quaestio* legata alle concrete modalità con cui le posizioni giuridiche di fronte sovranazionale possono essere *de facto* esercitate a livello nazionale: quand'anche l'ordinamento europeo fosse pienamente riconosciuto come tale – e quindi capace di imporre i propri precetti

¹¹⁹ *Ivi*, 13.

¹²⁰ *Ibidem*.

¹²¹ CARBONE S., *Principio di effettività*, cit., p. 22; STROZZI G., MASTROIANNI M., *Diritto dell'Unione europea*, cit., p. 308.

¹²² Sarebbe, in questo senso, un «governing principle», che consente all'ordinamento dell'Unione europea di ottenere effettività e coerenza nella propria relazione con gli Stati membri: ACCETTO M., ZLEPTNIG S., *The Principle of Effectiveness*, cit., p. 402; in termini simili, v. già HARDING C., *Member State Enforcement of European Community Measures: The Chimera of 'Effective' Enforcement*, in *Maastricht J. Eur. & Comp. L.*, 1997, p. 5, spec. p. 6.

¹²³ ROSS M., *Effectiveness*, cit., p. 491, da cui è tratta anche la citazione precedente.

– ma poi l'*enforcement* di questi ultimi non adeguatamente garantito livello nazionale, l'effettività del sistema giuridico sovranazionale sarebbe in concreto pregiudicata.

Alla luce di questa considerazione si spiega la ragione per cui, nonostante la Corte di giustizia abbia da tempo ormai risalente cristallizzato le caratteristiche dell'ordinamento europeo per garantirne un riconoscimento come tale, all'interno del *case law* del giudice lussemburghese i riferimenti alla (e le preoccupazioni per la) effettività siano costanti¹²⁴: ciò rivela che – nell'ambito di un modello di *multilevel governance* – diviene necessario garantire la coesistenza «tra l'ineludibile presenza [degli Stati] con l'efficacia e la legittimazione dell'azione degli organi comunitari»¹²⁵.

Questa necessità di “convivenza” si spiega agevolmente alla luce delle considerazioni che seguono.

Mentre gli ordinamenti nazionali sono dotati di una coerenza intrinseca, derivante dal fatto che dispongono di un proprio sistema di *enforcement* mediante il quale ad un diritto (sancito dal legislatore) viene riconosciuta tutela (o al comportamento ritenuto illecito segue l'applicazione di una sanzione¹²⁶), questo contrassegno difetta – almeno in larga parte – rispetto al sistema giuridico europeo. Quest'ultimo, caratterizzatosi per originalità, ma al tempo stesso per incompletezza e transitorietà, manifesta la necessità che siano altri soggetti ad assolvere in concreto all'attuazione degli obiettivi che gli sono propri e alla tutela delle posizioni giuridiche soggettive che da quell'ordinamento promanano¹²⁷. Nel percorso di integrazione non è stato mai costruito, in una dimensione sovranazionale, un apparato amministrativo e, come poi si vedrà, giudiziario che consenta di garantire quell'*enforcement* che ogni disposizione esige, a pena di risultare ineffettiva: aspetto, questo, bene evidenziato in una nota sentenza della Consulta, secondo cui «[s]arebbe invero arduo individuare quanto resterebbe di un diritto se non potesse essere fatto valere»¹²⁸. Proprio l'assenza di strumenti capillari, radicati sul territorio al pari, invece, di quelli esistenti a livello statale, rende imprescindibile, nella fase applicativa e coercitiva, l'apporto delle autorità nazionali, siano esse amministrative o giudiziarie¹²⁹: all'attività normativa dell'Unione europea non corrisponde un altrettanto incisivo potere esecutivo, che viene deferito, pressoché integralmente, agli Stati membri¹³⁰, affidatari del compito di “portare” la norma europea al livello

¹²⁴ TESAURO G., *La sanction*, cit., p. 480.

¹²⁵ CARBONE S., *Principio di effettività*, cit., p. 13.

¹²⁶ La realizzazione dell'effettività di un ordinamento attraverso l'impiego della sanzione sarà oggetto di analisi nel Capitolo secondo, cui si rinvia.

¹²⁷ Così LOUIS J.V., *L'ordinamento giuridico comunitario*, cit., p. 43; GAJA G., ADINOLFI A., *Introduzione al diritto dell'Unione europea*, Bari, 2014, p. 6.

¹²⁸ Corte cost., sent. 22 ottobre 2014, n. 238, ECLI:IT:COST:2014:238, pt. 3.4 cons. in diritto.

¹²⁹ CAPOTORTI F., *Il diritto comunitario dal punto di vista del giudice nazionale*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1977, p. 497.

¹³⁰ CASSESE S., *Diritto amministrativo comunitario e diritti amministrativi nazionali*, in CHITI M., GRECO G. (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, vol. I, Milano, 2007, p. 1.

di concretizzazione più prossimo possibile ai cittadini, che ne sono i naturali destinatari¹³¹. Se pur è vero che in alcuni contesti si è sviluppata un'attività amministrativa propria delle istituzioni dell'Unione europea – specie della Commissione – resta in ogni caso palese che le forme di esecuzione diretta (o di co-amministrazione tra autorità statali e sovranazionali) assumono connotati di eccezionalità e residualità¹³².

Di conseguenza, tutte le norme di fonte europea vengono prodotte in un ordinamento ma poi subiscono parte (spesso assai larga) della loro concretizzazione in un apparato organizzativo diverso. Questa forma di «interplay between the European and the national legal orders»¹³³ si accentua a maggior ragione laddove il legislatore dell'Unione europea ricorra all'impiego della direttiva – quale mezzo di armonizzazione e non di uniformazione delle discipline nazionali –, cosicché anche un segmento dell'attività normativa è demandato alle istituzioni degli Stati membri, a cui si richiede anche l'adozione dei provvedimenti necessari a raggiungere i risultati che la direttiva esige¹³⁴.

In questo senso, autorevole dottrina – sin da tempo non recente – ha osservato con chiarezza ed efficace sintesi che «les droits et obligations nés de celui-ci [cioè dall'Unione europea] arrivent le plus souvent “nus” dans le contexte national»¹³⁵, con la conseguenza che tali posizioni giuridiche debbono essere calate negli ordinamenti nazionali e, all'interno di essi, si intrecciano con le disposizioni, processuali e sostanziali, che necessariamente si pongono come complemento¹³⁶.

Appare evidente, quindi, che gli Stati membri costituiscono, in una certa misura, «des organes de la Communauté»¹³⁷: ed è proprio per questa forma di interrelazione, il cui livello viene addirittura definito come “sofisticato”¹³⁸, tra livello sovranazionale e nazionale che si suole distinguere l'Unione europea da ogni altra forma di sistema giuridico¹³⁹.

Perciò, nella misura in cui a livello sovranazionale non esistono i mezzi per garantire l'*enforcement* e si rimette tale attività agli Stati membri, si verifica una «séparation, dans un grand nombre

¹³¹ KOVAR R., *L'efficacité interne du droit communautaire*, in QUADEN G. (sous la direction de), *La Communauté et ses Etats membres*, Liegi, 1973, p. 201.

¹³² CARANTA R., *La tutela giurisdizionale (italiana, ma sotto l'influenza europea)*, in CHITI M., GRECO G. (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, cit., vol. II, p. 1031; SNYDER F., *The Effectiveness of European*, cit., p. 22.

¹³³ ACCETTO M., ZLEPTNIG S., *The Principle of Effectiveness*, cit., p. 383.

¹³⁴ CASSESE S., *Diritto amministrativo comunitario*, cit., p. 1.

¹³⁵ MERTENS DE WILMARS J., *L'efficacité des différentes techniques nationales de protection juridique contre les violations du droit communautaire par les autorités nationales et les particuliers*, in CDE, 1981, p. 379, spec. p. 391.

¹³⁶ LENAERTS K., *The Decentralised Enforcement of EU Law: The Principles of Equivalence and Effectiveness*, in AA.VV., *Scritti in onore di Giuseppe Tesaurò*, vol. II, Napoli, 2014, p. 1057: l'illustre Autore ben sintetizza questa relazione osservando che «there is effectively a division of functions between the EU and national legal systems, with the former providing the rights, and the latter the remedies».

¹³⁷ DUE O., *Article 5 du Traité CEE, une disposition de caractère fédéral?*, in *Collected Courses of the Academy of European Law*, 1991, vol. 2, p. 15, spec. p. 23; WEILER J. H. H., *La Costituzione*, cit., p. 120, parla di «agency situations».

¹³⁸ HARDING C., *Member State Enforcement*, cit., p. 6.

¹³⁹ SNYDER F., *The Effectiveness of European*, cit., p. 22.

de domaines, du pouvoir normatif [...] et du pouvoir de sanction»¹⁴⁰, una vera e propria asimmetria¹⁴¹ strutturale, che connota – ora come allora – il sistema giuridico europeo: per questa ragione, l’implementazione del diritto dell’Unione da parte delle autorità nazionali – chiamate a “sanzionare”, *id est* far sì che quest’ultimo sia rispettato ed applicato – pone specifici problemi in termini di effettività¹⁴².

Infatti, il ricorso all’amministrazione “indiretta” attraverso gli strumenti dei singoli Stati membri lascia nelle mani di questi ultimi l’individuazione delle istituzioni o degli organi chiamati ad occuparsi dell’*enforcement*, nonché a definire i modelli procedurali e processuali attraverso i quali vi si provvede¹⁴³. Ciò rende evidente – come ben evidenziato dall’avvocato generale nella ben nota causa *Reve* – che «[i]n casi di questo tipo il diritto comunitario e il diritto interno operano congiuntamente, applicandosi il secondo là dove finisce il campo d’applicazione del primo, nel senso ch’esso ne disciplina le conseguenze»¹⁴⁴.

L’accentuata intersecazione tra i due ambiti ordinamentali comporta, in primo luogo, che le posizioni giuridiche soggettive “create” a livello europeo non trovano realizzazione uniforme in tutti gli Stati membri, in quanto i rimedi per assicurarne la concretizzazione non sono identici: questa discrasia opera su un duplice piano, sia per quanto concerne la configurazione dei diritti stessi (le posizioni giuridiche vengono “filtrate” e inquadrate negli ordinamenti in modi differenti), sia per quanto riguarda l’apparato di regole procedurali di volta in volta applicabili¹⁴⁵. L’adozione di un *corpus* normativo comune a tutti i Paesi, volto a disciplinare ad ogni livello – sostanziale, esecutivo e processuale – le regole rilevanti in tema di *enforcement* «would be the ideal situation, of course, but it does not correspond with political and legal reality»¹⁴⁶, a causa del fatto che gli Stati hanno sempre manifestato una tradizionale resistenza ad accettare armonizzazione nell’ambito della loro organizzazione amministrativa e giudiziaria¹⁴⁷.

¹⁴⁰ MERTENS DE WILMARS J., *L’efficacité des différentes*, cit., p. 390.

¹⁴¹ CANNIZZARO E., *Effettività del diritto dell’Unione e rimedi processuali nazionali*, in *DUE*, 2013, p. 659, spec. p. 663.

¹⁴² SNYDER F., *The Effectiveness of European*, cit., p. 23. In questo senso, come rilevato da MERTENS DE WILMARS J., *L’efficacité des différentes*, cit., p. 390, il termine “sanzione” deve essere inteso nel senso più ampio possibile, tale cioè da ricomprendervi l’insieme dei mezzi che, all’interno di un ordinamento, assicurano il rispetto di un diritto o sanzionano la consumazione di un illecito, in quanto lesione di un interesse protetto.

¹⁴³ ACCETTO M., ZLEPTNIG S., *The Principle of Effectiveness*, cit., p. 394. CANNIZZARO E., *Effettività del diritto*, cit., p. 663 ss.

¹⁴⁴ Conclusioni dell’avvocato generale, 30 novembre 1976, causa 33/76, *Reve*, ECLI:EU:C:1976:167. Una compiuta analisi della vicenda *Reve* sarà svolta *infra*.

¹⁴⁵ VAN GERVEN W., *Of Rights, Remedies, and Procedures*, in *CMLR*, 2007, p. 501, spec. p. 521.

¹⁴⁶ *Ibidem*.

¹⁴⁷ ACCETTO M., ZLEPTNIG S., *The Principle of Effectiveness*, cit., p. 398, ove si legge che «PA and public law have long been seen as the last enclaves of the State»; v. anche DELLA CANANEA G., *Beyond the State: the Europeanization and Globalization of Procedural Administrative Law*, in *Eur. Pub. Law*, 2003, p. 563, spec. p. 571 e CANNIZZARO E., *Effettività del diritto*, cit., p. 660.

Tale situazione comporta, per l'ordinamento sovranazionale, una condizione di necessario affidamento agli ordinamenti nazionali e ai rimedi ivi previsti, sebbene ciò possa comportare una potenziale disparità di fruizione delle posizioni soggettive nei singoli contesti.

Nell'ottica di garantire la giustiziabilità dei diritti, nonché il superamento di eventuali ostacoli e disomogeneità nella loro tutela, un ruolo determinante è stato progressivamente riconosciuto ai singoli¹⁴⁸, cui è attribuita una «posizione centrale nel sistema comunitario, la cui effettività è stata sempre più stimolata dall'ampio impiego degli specifici meccanismi di tutela giurisdizionale previsti a loro favore»¹⁴⁹: i cittadini sono, in un certo senso, i guardiani dell'attribuzione concreta ed efficace di posizioni giuridiche loro attribuite¹⁵⁰. Ciò vale non soltanto con riguardo alla tutela in sede giurisdizionale – sebbene questo sia l'ambito in cui si sono posti i maggiori nodi problematici – ma anche rispetto all'amministrazione: come già si è detto, tutti gli apparati istituzionali, investiti di un potere pubblicistico, sono chiamati a dare piena realizzazione al diritto di fonte sovranazionale e a garantire, dunque, la piena effettività delle posizioni giuridiche consacrate a livello europeo¹⁵¹.

Giova anche aggiungere che gli ordinamenti nazionali debbono offrire tutela piena anche a quei diritti che, ancorché non espressamente sanciti dai trattati o dalle fonti derivate, possono dirsi egualmente funzionali ad assicurare l'effettiva protezione dei singoli¹⁵². Paradigmatica è, in questo senso, la sentenza *Courage*¹⁵³, in cui si legge che «nello stesso modo in cui impone ai singoli

¹⁴⁸ Secondo NEBBIA P., *The Double Life of Effectiveness*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2008, p. 287, spec. p. 288, «the ECJ [...] successfully recruited citizens as auxiliary watchdogs of EC law».

¹⁴⁹ CARBONE S., *Principio di effettività*, cit., p. 26. Al contrario, parte della dottrina evidenzia che l'obiettivo primario della Corte di giustizia non sarebbe stato tanto quello di affermare la protezione degli individui e dei loro diritti, bensì garantire l'effettività *tout court* del diritto dell'Unione europea: v., sul punto, GALETTA D.U., *L'autonomia procedurale degli stati membri dell'Unione europea: Paradise Lost? Studio sulla c.d. autonomia procedurale, ovvero sulla competenza procedurale funzionalizzata*, Torino, 2009, p. 23; DE PRETIS D., *La tutela giurisdizionale amministrativa in Europa fra integrazione e diversità*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 2005, p. 1, spec. p. 29; MORBIDELLI G., *La tutela giurisdizionale dei diritti nell'ordinamento comunitario*, Milano, 2001, p. 46.

¹⁵⁰ Circostanza già ben evidenziata da Corte giust., *Van Gend en Loos*, cit.: «la vigilanza dei singoli, interessati alla salvaguardia dei loro diritti, costituisce d'altronde un efficace controllo che si aggiunge a quello che gli articoli 169 e 170 affidano alla diligenza della Commissione e degli Stati membri». In dottrina, WEILER J. H. H., *La Costituzione*, cit., p. 47. Merita attenzione anche un profilo di recente osservato da WILMAN F.G., *The End of the Absence? The Growing Body of EU Legislation on Private Enforcement and the Main Remedies it Provides for*, in *CMLR*, 2016, p. 887, che, spec. a p. 888, evidenzia come né la Commissione, né le autorità nazionali, specie in tempi di difficoltà economiche e riduzione di risorse a loro disposizione, possano provvedere ad una tutela (mediante i relativi rimedi pubblicistici) che sia adeguatamente efficace. Proprio in questa prospettiva, il *private enforcement* diventa essenziale e capace di assicurare effettiva e uniforme applicazione del diritto dell'Unione europea.

¹⁵¹ V., da ultimo, Corte giust., sent. 4 dicembre 2018, causa C-378/17, *The Minister for Justice and Equality e Commissioner of the Garda Síochána*, ECLI:EU:C:2018:979: in quella sede, si trattava di una Commissione istituita dal legislatore irlandese per garantire l'applicazione del divieto di non discriminazione in ambito lavorativo, introdotta nella disciplina dello Stato membro in ossequio alla direttiva 2000/78/CE. V., nello specifico, pt. 36 e, poi, 45-46 della sentenza. Sull'influenza del diritto dell'Unione europea nella dilatazione della categoria di «pubblica amministrazione», v., *ex multis*, CHIEPPA R., GIOVAGNOLI R., *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2018, p. 234.

¹⁵² CANNIZZARO E., *Effettività del diritto*, cit., p. 666.

¹⁵³ Corte giust., sent. 20 settembre 2001, causa C-453/99, *Courage Ltd*, ECLI:EU:C:2001:465. La sentenza, assai nota, è stata oggetto di diffusa analisi da parte della dottrina; *ex multis*, v. ROSSI G., *"Take Courage"! La Corte*

degli obblighi, il diritto comunitario è altresì volto a creare diritti che entrano a far parte del loro patrimonio giuridico; questi diritti sorgono non solo nei casi in cui il Trattato espressamente li menziona, ma anche in relazione agli obblighi che il medesimo impone in maniera ben definita ai singoli, agli Stati membri e alle istituzioni comunitarie»¹⁵⁴.

Se è quindi chiaro che, nella specifica prospettiva in esame, si tratta di garantire l'effettiva affermazione e protezione dei diritti di origine sovranazionale all'interno dei singoli sistemi nazionali, questi ultimi sono chiamati a mettere a disposizione i propri mezzi procedurali per la loro concretizzazione. Infatti, le norme a carattere sostanziale emanate dall'Unione nell'esercizio delle proprie competenze – per quanto suscettibili di applicabilità o effetti diretti (perché inserite in regolamenti o direttive) – necessitano pur sempre dello strumento processuale (o amministrativo) nazionale per poter essere concretamente azionate: i mezzi approntati all'interno dei singoli Stati membri debbono dimostrarsi capaci di assicurare il pieno dispiego di effetti della norma europea.

Questo snodo costituisce un vero e proprio *punctum crucis*, il problematico incrocio tra diritto sostanziale (europeo) e diritto procedurale (nazionale), laddove al secondo si assegna il compito precipuo di assicurare la massima attuazione del primo. L'esigenza di effettività con riguardo al diritto dell'Unione europea impone di indagare in che misura i sistemi nazionali concorrano alla corretta applicazione del diritto dell'Unione e quale sia l'effetto su di esso del passaggio attraverso le regole procedurali e sostanziali nazionali.

Proprio in quest'ottica è stata elaborata l'ulteriore categoria del c.d. "effetto utile", utilizzata in termini risalenti da autorevole dottrina¹⁵⁵, che manifesta appunto l'esigenza che una disposizione sostanziale, proveniente dall'ordinamento dell'Unione europea, possa «esplicare pienamente i suoi effetti e che quindi vanno affermati e valorizzati tutti i principi che di tale obiettivo costituiscono il necessario corollario»¹⁵⁶.

di giustizia apre nuove frontiere per la risarcibilità del danno da illeciti antitrust, in *Foro it.*, 2002, IV, c. 90; MONTI G., *Anti-competitive agreements: the innocent party's right to damages*, in *ELR*, 2002, p. 382. Nella giurisprudenza nazionale si segnala Cass., Sez. Un. Civili, sent. 4 febbraio 2005, n. 2207, in *De Jure*, con cui le Sezioni Unite hanno affermato il diritto del consumatore di agire *ex art.* 33, legge 287/1990, per far rilevare la nullità del contratto realizzativo di un'intesa anticoncorrenziale; in detta pronuncia, si legge espressamente che «[v]a detto pure, atteso il rilievo interpretativo dei principi dell'ordinamento comunitario nella materia, che la sentenza della Corte di Giustizia, *Courage*, (n. 453 del 1999) tende ad ampliare l'ambito dei soggetti tutelati dalla normativa sulla concorrenza, in una prospettiva, sembra al collegio, che valorizza proprio le azioni risarcitorie, quali mezzi capaci di mantenere effettività alla struttura competitiva del mercato».

¹⁵⁴ Corte giust., sent. *Courage*, cit., pt. 19.

¹⁵⁵ MERTENS DE WILMARS J., *L'efficacité des différentes*, cit., p. 381.; v. MOUTON J.D., *Effet utile*, in BARAV A., PHILIP C. (sous la direction de), *Dictionnaire juridique des Communautés européennes*, Parigi, 1993, p. 449; TIZZANO A., *La tutela dei privati nei confronti degli Stati membri dell'Unione europea*, in *Foro it.*, 1995, IV, c. 13, spec. c. 23. Sulle origini della categoria in esame, nonché le diverse opzioni dottrinali sul punto, v. *amplius* INGRAVALLO I., *L'effetto utile nell'interpretazione del diritto dell'Unione europea*, Bari, 2017.

¹⁵⁶ TIZZANO A., *La tutela dei privati*, cit., spec. c. 23.

In sostanza, l'effetto utile è una categoria che si lega all'attività applicativa-interpretativa delle disposizioni¹⁵⁷ e che esprime l'esigenza che ogni norma possa conseguire, in modo più possibile efficace, il proprio obiettivo¹⁵⁸, secondo il risalente brocardo *ut res magis valeat quam pereat*: di conseguenza, secondo il *case law* del giudice lussemburghese, deve sempre essere ricercata ed impiegata la modalità che meglio riesca a garantire pieno effetto al diritto dell'Unione europea¹⁵⁹.

Ed è proprio allo scopo di garantire un *effet utile* ai diritti conferiti ai singoli dalle fonti sovranazionali che si spiega la giurisprudenza della Corte di giustizia che, già a partire dagli anni Settanta, si è occupata di verificare se, ed in che misura, gli Stati membri offrano adeguati strumenti per consentire la piena concretizzazione delle disposizioni di origine europea¹⁶⁰.

Nella misura in cui non vi siano specifiche regole dettate dall'Unione (all'epoca dalle Comunità) in materia procedurale, questa resta affidata agli Stati membri: ciò conduce ad esaminare un principio cruciale in materia, ovvero quello dell'autonomia procedurale.

5. (segue): Il principio dell'autonomia procedurale degli Stati membri.

L'elaborazione del principio in esame ha fonte pretoria, in quanto frutto della giurisprudenza della Corte di giustizia e della riflessione giuridica che è progressivamente maturata sul punto.

L'esistenza della figura giuridica dell'autonomia procedurale sorge all'esito di un ragionamento che può essere sintetizzato come segue.

La creazione di «Community rights for individuals»¹⁶¹ impone che questi, per essere effettivi, godano di un rimedio, ovvero di un'azione o di un ricorso dinanzi ad un giudice che possa

¹⁵⁷ INGRAVALLO I., *L'effetto utile*, cit., p. 73; TESAURO G., *Alcune riflessioni sul ruolo*, cit., p. 497; TRIDIMAS T., *The Court of Justice and Judicial Activism*, in *ELR*, 1996, p. 199; DUBOS O., *L'effet utile et l'effectivité dans l'Union européenne*, in BOUVERESSE A., RITLÉNG D., (sous la direction de), *L'effectivité du droit*, cit., p. 49, spec. p. 50 ss., ove l'Autore effettua una diffusa ricognizione sulle versioni linguistiche della locuzione "effetto utile" e sulle relazioni con la nozione di effettività.

¹⁵⁸ VILLANI U., *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, Bari, 2017, p. 272.

¹⁵⁹ MOUTON J.D., *Effet utile*, cit., p. 451 e *ivi* ulteriori riferimenti giurisprudenziali. In particolare, si evidenzia che la Corte di giustizia, nel far costante impiego della categoria in esame, ha escluso che le norme di diritto dell'Unione europea possano essere intese in modo da (i) privarle di qualsiasi effetto o (ii) da ridurre fortemente l'effetto pratico o, infine, (iii) da rendere impossibile o difficile il raggiungimento dei fini per cui l'atto è stato adottato.

¹⁶⁰ DE PRETIS D., *La tutela giurisdizionale*, cit., p. 29.

¹⁶¹ VAN GERVEN W., *Of Rights*, cit., p. 503.

accordargli la necessaria tutela, secondo il noto principio per cui *ubi ius, ibi et remedium*¹⁶². Sarebbero, altrimenti, diritti “disarmati”, privi del carattere di coercibilità necessario perché trovino effettiva soddisfazione¹⁶³.

Un secondo passaggio riguarda la designazione delle forme e dei contenuti di questi rimedi: in assenza di una disciplina comune (adottata a livello sovranazionale), la definizione degli stessi ricade – per necessità – nell’ambito delle competenze degli Stati membri. A questi ultimi non spetta soltanto designare le tipologie di azioni esperibili, ma anche le disposizioni di carattere processuale applicabili dinanzi ai singoli tribunali, nonché dettare la disciplina necessaria per l’organizzazione e il funzionamento dell’apparato giudiziario. In questo senso, ogni Stato membro contribuisce, con il proprio sistema, ad assicurare l’*enforcement* delle posizioni giuridiche soggettive originate a livello europeo, in linea con quella «philosophy of unity and diversity underlying the Union itself»¹⁶⁴.

Ciò rende evidente che i diritti di fonte europea trovano applicazione all’interno degli «environnements juridiques nationaux»¹⁶⁵ e che questi differenti contesti possono, in modo più o meno significativo, incidere sul concreto esercizio dei *Community rights*, generandosi una sorta di “zona grigia” dovuta alla non agevole distinzione tra il punto ove si arrestano le competenze dell’Unione europea e si innestano quelle proprie degli Stati membri. Una *grey area* che, a ben vedere, continua a generare «intriguing problems»¹⁶⁶ e che ha portato – come poi si vedrà – ad una copiosa giurisprudenza della Corte di giustizia, che all’autonomia procedurale degli Stati membri ha posto non indifferenti limiti.

In primo luogo, occorre osservare che – sebbene “autonomia procedurale” sia la locuzione più frequentemente impiegata per designare la condizione in cui gli ordinamenti nazionali si trovano rispetto alle esigenze di tutela giudiziale dei diritti di fonte europea – vi sono Autori che diversamente ricostruiscono e intendono tale nozione, fino al punto di negarne, addirittura, l’esattezza.

L’impostazione tradizionale osserva che la definizione del contesto nazionale entro cui i *Community rights* trovano applicazione e tutela compete agli Stati membri, i quali sono liberi di

¹⁶² *Ivi*, p. 521.

¹⁶³ ROMITO A.M., *La tutela giurisdizionale*, cit., p. 26; parla di diritti che «hanno denti per mordere» ma che necessariamente presuppongono strumenti di esercizio SUNSTEIN C., *Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse*, Bologna, 2000, p. 17.

¹⁶⁴ LENAERTS K., *The Rule of Law and the Coherence of the Judicial System of the European Union*, in CMLR, 2007, p. 1625.

¹⁶⁵ Espressione impiegata da MERTENS DE WILMARS J., *Réflexions sur le système d’articulation du droit communautaire et du droit des Etats membres*, in AA. VV., *L’Europe et le droit. Mélanges en hommage a Jean Boulois*, Parigi, 1991, p. 341.

¹⁶⁶ PRECHAL S., *Community Law in National Law: the Lessons from Van Schijndel*, in CMLR, 1998, p. 681.

disciplinare procedure, azioni, rimedi e sanzioni. In questo senso, la locuzione in esame costituisce un'espressione sintetica per designare il fatto che, fintantoché l'Unione europea non adotti (o non possa adottare, per l'assenza di basi giuridiche opportune) proprie regole, non ha altra possibilità che affidarsi all'impiego di quelle di carattere nazionale¹⁶⁷. Rispetto a questa forma di autonomia, la Corte di giustizia ha posto – già dalla nota sentenza *Rewe*¹⁶⁸ e con la giurisprudenza successiva – un duplice limite, quello dell'equivalenza e quello dell'effettività (su cui si dirà *infra*).

L'interazione tra i due ordinamenti può tuttavia spiegarsi in due diverse chiavi di lettura, ciascuna delle quali sembra aver trovato riconoscimento nella giurisprudenza della Corte di giustizia.

Una prima prospettiva, che la dottrina designa come “integrazionista”, afferma che i *Community rights* debbono essere attuati e tutelati esattamente mediante le medesime garanzie processuali offerte a livello nazionale, pur conservandosi, per il diritto dell'Unione, i suoi consueti caratteri della *primauté* e della produzione di effetti diretti delle proprie norme. Nella misura in cui si realizza una sintesi tra la normativa sostanziale dettata a livello europeo e quella procedurale nazionale, agli Stati membri non è richiesto di intervenire per conferire ai diritti di scaturigine sovranazionale alcuna specifica forma di tutela che già non sia dettata a livello nazionale, ma sarebbe sufficiente che si garantisse l'applicazione del corpo di disposizioni già operanti nel singolo Paese¹⁶⁹.

Al contrario, un approccio di matrice internazionalista – che pone l'accento sulla necessità di garantire piena ed assoluta effettività alle posizioni giuridiche garantite dal diritto europeo – tende ad incidere in modo assai significativo sulla legislazione nazionale, in quanto si impongono *ab externo* e richiedono piena attuazione. In questo senso, quindi, all'ordinamento sovranazionale non interessano le modalità con cui si garantisce la tutela: rileva soltanto che gli Stati membri – e le rispettive discipline processuali – non costituiscano alcun ostacolo all'effettiva e piena applicazione del diritto dell'Unione europea.

Le due opzioni ricostruttive, ancorché espressione di una evidente eterogeneità, non paiono in ogni caso inconciliabili e sembrano invece esprimere un comune carattere di funzionalità delle

¹⁶⁷ L'analisi in dottrina del principio in esame, in termini quali quelli accennati o sostanzialmente sovrapponibili, è assai vasta. Per tutti, v. CANNIZZARO E., *Effettività del diritto*, cit.; ID., *Sui rapporti fra sistemi processuali nazionali e diritto dell'Unione europea*, in *DUE*, 2008, p. 447; CARANTA R., *Giustizia amministrativa e diritto comunitario*, Napoli, 1992; ID., *La tutela giurisdizionale*, cit.; CHITI M.P., *Towards a Unified Judicial Protection in Europe?*, in *Eur. Rev. Pub. Law*, 1997, p. 553; GREVISSE F., BONICHOT J., *Les incidences du droit communautaire sur l'organisation et l'exercice de la fonction juridictionnelle dans les Etats membres*, in AA.VV., *L'Europe et le droit*, cit., p. 297, spec. p. 302 ss.; HOSKINS M., *Tilting the balance: Supremacy and national procedural rules*, in *ELR*, 1996, p. 365; MERTENS DE WILMARS J., *Réflexions sur le système*, cit., p. 391, spec. p. 403 ss.; MORBIDELLI G., *La tutela giurisdizionale*, cit.; PRECHAL S., *Community Law*, cit., p. 682 ss.; VITALE G., *Diritto processuale nazionale e diritto dell'Unione europea*, Catania, 2010, specie cap. I.

¹⁶⁸ Corte giust., sent. 16 dicembre 1976, causa 33/76, *Rewe*, ECLI:EU:C:1976:188.

¹⁶⁹ CANNIZZARO E., *Sui rapporti*, cit., p. 448-449. In termini pressoché adesivi, v. anche VITALE G., *Diritto processuale nazionale*, cit., p. 40.

norme nazionali procedurali rispetto alle posizioni giuridiche soggettive riconosciute dall'Unione europea¹⁷⁰.

Nella giurisprudenza della Corte di giustizia, i due approcci paiono avere entrambi riscontro, ferma la considerazione che il ricorso al secondo – che si connota per una maggior capacità di incidere sui sistemi interni – appare ricorrente ove le disposizioni nazionali si rivelino d'ostacolo alla piena applicazione dei *Community rights*¹⁷¹.

In ogni caso, queste considerazioni sembrano palesare qualche elemento di contraddizione rispetto alla nozione di “autonomia”, poiché – in ogni caso – dalla giurisprudenza della Corte, così come dalla riflessione della dottrina, sembra inferirsi una capacità non irrilevante del diritto dell'Unione europea di incidere sulla legislazione procedurale nazionale.

Per questo, non sono mancate ricostruzioni diverse dei rapporti tra *Community rights* (sostanziali) e norme interne a carattere processuale.

Secondo una prima (e alternativa) impostazione, si dovrebbe più correttamente parlare di “competenza procedurale funzionalizzata”¹⁷²: l'inesistenza di una base giuridica che, a trattati vigenti, consenta all'Unione di adottare provvedimenti normativi volti ad armonizzare o uniformare le discipline procedurali degli Stati membri dovrebbe portare, in ossequio al principio di attribuzione delle competenze, ad affermare che questi ultimi restano i soli che possono disciplinare tali settori. Questa considerazione dovrebbe indurre a ritenere che sia meglio «to abandon the term procedural autonomy and to speak of procedural competence of Member States»¹⁷³.

L'attività normativa a livello nazionale sarebbe tuttavia influenzata ed orientata dall'esigenza di garantire l'effetto utile delle disposizioni sostanziali di derivazione europea e, ancor prima, dalla necessità di garantire la piena effettività del diritto dell'Unione europea stesso: in questo senso, il *case law* della Corte di giustizia avrebbe sostanzialmente indirizzato l'autonomia degli Stati membri in funzione del conseguimento degli obiettivi sovranazionali¹⁷⁴. La dottrina che ha sostenuto quest'impostazione osserva che un regresso della competenza nazionale in materia procedurale si verifica soltanto quando – mediante il ricorso ad opportune disposizioni dei trattati e, di conseguenza, solo in alcuni, specifici settori – sia stato possibile ricorrere all'adozione

¹⁷⁰ VITALE G., *Diritto processuale nazionale*, cit., p. 44.

¹⁷¹ CANNIZZARO E., *Sui rapporti fra sistemi processuali*, cit., p. 450.

¹⁷² VAN GERVEN W., *Of Rights*, cit., p. 502, nonché, nella dottrina nazionale, GALETTA D.U., *L'autonomia procedurale*, cit., *passim*, che già dal titolo indica di preferire la dizione “competenza procedurale funzionalizzata”.

¹⁷³ VAN GERVEN W., *Of Rights*, cit., p. 502.

¹⁷⁴ FERRARO F., *La responsabilità risarcitoria*, cit., p. 102.

di direttive in materia procedurale: è il caso delle c.d. “direttive ricorsi” nel settore degli appalti pubblici o della tutela del consumatore¹⁷⁵.

Talvolta, ancora, è affiorata nella riflessione della dottrina la locuzione “sussidiarietà procedurale”: essa pone l’accento sul decentramento che la Corte di giustizia sembra favorire quanto alla definizione delle regole di carattere processuale¹⁷⁶.

In aperta contraddizione con le tesi fino a questo punto osservate si pone quell’orientamento, autorevolmente sostenuto¹⁷⁷, secondo il quale è radicalmente inesatto parlare di autonomia procedurale e si evidenzia, a tal fine, che gli Stati membri agiscono in funzione ancillare rispetto agli obblighi imposti dall’Unione europea: tant’è vero che, quand’anche si dovesse ammettere l’esistenza di una forma di autonomia, questa sarebbe «più apparente che reale»¹⁷⁸. Infatti, le disposizioni nazionali sono necessarie allo scopo di garantire l’osservanza del diritto sovranazionale e si impiegano alla duplice condizione (i) che non vi sia stato un previo intervento normativo da parte del legislatore europeo – che, in questo modo, vada ad armonizzare o uniformare il panorama disciplinare per tutti gli Stati membri – e (ii) che le disposizioni interne siano idonee a soddisfare le esigenze di tutela richieste dall’Unione europea. In quest’ultimo caso, infatti, risulterebbe – in presenza di disposizioni nazionali ostative – necessario ricorrere al consueto procedimento di disapplicazione¹⁷⁹.

¹⁷⁵ In relazione ai due settori in cui vi è stato un intervento del legislatore europeo, v. MORBIDELLI G., *La tutela giurisdizionale*, cit., p. 35 ss.; riferimenti a queste particolari materie oggetto di armonizzazione procedurale vi sono anche in VITALE G., *Diritto processuale nazionale*, cit., p. 24 ss., nonché diffusamente l’intero cap. III. In particolare, per quanto concerne le c.d. direttive ricorsi in materia di appalti pubblici, il riferimento è alle direttive 2007/66/CE (in *GUUE*, 20 dicembre 2007, L 335, p. 31), nonché alle precedenti 89/665/CEE (in *GUCE*, 30 dicembre 1989, L 395, p. 33) e 92/13/CEE (in *GUCE*, 23 marzo 1992, L 76, p. 14), tutte adottate sulla base dell’odierno art. 114 TFUE (all’epoca art. 95 TCE). Per quel che concerne le direttive in tema di protezione dei consumatori e loro diritti, si tratta delle n. 93/13/CEE (in *GUCE*, 21 aprile 1993, L 95, p. 29), 2005/29/CE (in *GUUE*, 11 giugno 2005, L 149, p. 22) e 2011/83/UE (in *GUUE*, 22 novembre 2011, L 304, p. 64). In entrambi i settori, le direttive sono state adottate sulla base della previsione del trattato – oggi art. 114 TFUE – che consente alle istituzioni legislative, deliberando secondo la procedura ordinaria e previa consultazione del Comitato economico e sociale, l’adozione delle misure relative al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri che hanno per oggetto l’instaurazione ed il funzionamento del mercato interno. Si osservi che tale base giuridica – come osservato da GALETTA D.U., *L’autonomia procedurale*, cit., p. 13 – non può essere intesa come uno strumento che consenta un intervento diffuso in qualsiasi settore: la stessa Corte di giustizia (sent. 5 ottobre 2000, causa C-376/98, *Germania c. Parlamento europeo e Consiglio*, ECLI:EU:C:2000:544) ha limitato il ricorso a tale norma pattizia per fondare l’attività normativa dell’Unione europea, in quanto prospettare «[u]na competenza generale a disciplinare il mercato interno non solo sarebbe contrario al tenore stesso delle disposizioni citate, ma sarebbe altresì incompatibile con il principio sancito all’art. 3 B del Trattato CE (divenuto art. 5 CE), secondo cui le competenze della Comunità sono competenze di attribuzione» (pt. 83). Per alcune considerazioni su quest’ultima sentenza, v. GOSALBO BONO R.: *L’arrêt "Tabac" ou l’apport de la Cour de justice au débat sur la délimitation des compétences*, in *RTDE*, 2001, p. 790.

¹⁷⁶ CAVALLINI J., *Le juge national du provisoire face au droit communautaire*, Bruxelles, 1995.

¹⁷⁷ KAKOURIS C. N., *Do the Member States Possess Judicial Procedural Autonomy?*, in *CMLR*, 1997, p. 1389; si tratta di una posizione condivisa anche da BOBEK M., *Why There is No Principle of “Procedural Autonomy of the Member States*, in DE WITTE B., MICKLITZ H. (eds), *The European Court of Justice and the Autonomy of Member States*, Antwerp, 2011, p. 305; VITALE G., *Diritto processuale nazionale*, cit., p. 44. Una tesi simile, seppur in termini assai sfumati, era già accennata da KOVAR R., *L’efficacité interne*, cit., spec. p. 253 ss.

¹⁷⁸ TESAURO G., *La sanction*, cit., p. 499.

¹⁷⁹ KAKOURIS C. N., *Do the Member States*, cit., p. 1396.

Se ne ricava che la categoria stessa dell'autonomia procedurale non si accorda in alcun modo con la realtà, perché suggerisce l'idea che gli Stati membri possano sottrarsi alla funzione ancillare e precaria cui sono relegati per esercitare un intervento legislativo frutto di una valutazione svincolata dalle esigenze imposte dal diritto sovranazionale¹⁸⁰: come è stato affermato, «[t]he use of the term “autonomy” would thus imply that there are areas of procedural law in which the Member States are “free” from any EU law constraints, uncontrolled by the Court of Justice. There are no such areas»¹⁸¹. Peraltro, si osserva – per rilevare, una volta di più, l'inesattezza del termine “autonomia” – che non esiste nessun *domaine réservé* nell'ambito del diritto nazionale, poiché – quand'anche l'Unione non avesse competenza alcuna nella materia procedurale – nessun settore dell'ordinamento interno è sottratto all'influenza di (e agli obblighi provenienti da) quello sovranazionale, al quale dovrebbe in ogni caso conformarsi¹⁸².

E, a ben vedere, un esito simile si può già inferire dall'esegesi delle pronunce della Corte di giustizia, sin già dalla sentenza *Rewe*, in cui ben si mette in luce la natura ancillare dei rimedi disposti a livello nazionale, i quali si applicano – secondo una sorta di *refrain* che appare in numerose, fondamentali pronunce¹⁸³ in tema di presunta “autonomia procedurale” – «in mancanza di una specifica disciplina comunitaria»¹⁸⁴.

Questa ricorrente espressione nelle sentenze della Corte di giustizia – a maggior ragione, in quelle che sono sovente considerate come espressione del principio di autonomia procedurale – deve essere invece intesa nel senso che le disposizioni nazionali sono impiegate soltanto allo scopo di colmare una lacuna del diritto dell'Unione europea, il quale non ha provveduto ad adottare una disciplina che uniformi o armonizzi gli “ambienti giuridici nazionali”¹⁸⁵.

In tempi più recenti, anche nella giurisprudenza della Corte di giustizia è apparsa la locuzione “autonomia procedurale”: una delle prime pronunce, in questo senso, è quella resa nel

¹⁸⁰ *Ivi*, p. 1395-1396.

¹⁸¹ BOBEK M., *Why There is No*, cit., p. 320.

¹⁸² Si tratta di un orientamento consolidato nella giurisprudenza della Corte, già da una nota e risalente sentenza, ovvero Corte giust., sent. 21 marzo 1972, causa 82/71, *SAIL*, ECLI:EU:C:1972:20, pt. 5. Con specifico riguardo al diritto processuale nazionale, v. Corte giust., sent. 1° luglio 1993, causa C-20/92, *Hubbard*, ECLI:EU:C:1993:280, in cui, al pt. 19, si legge che «[s]u questo punto, si deve ricordare, come la Corte ha già affermato nella sentenza 21 marzo 1972, causa 82/71, *Sail* [...] che l'efficacia del diritto comunitario non può variare a seconda dei diversi settori del diritto nazionale nei quali esso può spiegare i suoi effetti. Nella fattispecie, il diritto nazionale in cui tali effetti si spiegano, non è quello in cui rientra la controversia nel merito, ma il diritto processuale nazionale».

¹⁸³ *Ex multis*, v. Corte giust., sent. 27 marzo 1980, causa 61/79, *Amministrazione delle finanze dello Stato/Denkavit italiana*, ECLI:EU:C:1980:100, pt. 25; sent. 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e C-9/90, *Francoovich e Bonifaci*, ECLI:EU:C:1991:428, pt. 43; sent. 14 dicembre 1995, cause riunite C-430/93 e C-431/93, *van Schijndel*, ECLI:EU:C:1995:441, pt. 17.

¹⁸⁴ Corte giust., *Rewe*, cit., pt. 5. Si tratta di «incisi iniziali [che] contrariamente a quanto si potrebbe apparentemente pensare [...] presentano un rilievo tutt'altro che marginale», così VITALE G., *Diritto processuale nazionale*, cit., p. 20.

¹⁸⁵ KAKOURIS C. N., *Do the Member States*, cit., p. 1396 ss.

caso *Wells*, ove, in un passaggio della sentenza, si legge che «[l]e modalità processuali applicabili rientrano nell'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro in forza del principio dell'autonomia procedurale degli Stati membri [...]»¹⁸⁶. L'assenza di un espresso riferimento nella giurisprudenza della Corte fino al 2004 aveva portato autorevole dottrina¹⁸⁷ a trarre, da quest'aspetto, un ulteriore elemento a sostegno della tesi dell'impossibilità di discorrere di autonomia procedurale; al contrario, l'impiego della controversa espressione nella giurisprudenza del giudice lussemburghese ha fondato, in tempi più recenti, una critica proprio per l'inadeguatezza della locuzione, ritenuta non corrispondente al dato reale. Infatti, quand'anche fosse impiegata «just as a convenient nickname»¹⁸⁸ o come una «shorthand»¹⁸⁹ per indicare, in via sintetica, l'assetto di rapporti sopra accennato (cioè, competenza degli Stati membri soltanto ancillare e “precaria” fino all'eventuale intervento a livello europeo e, peraltro, entro i limiti dell'equivalenza e dell'effettività), si tratterebbe pur sempre di un utilizzo inopportuno. Infatti, si osserva che una tale “etichetta” sarebbe non conveniente, in quanto – seppur ormai elevata a simbolo e continuamente impiegata dalla dottrina e dalla giurisprudenza – designa in modo inesatto le relazioni intercorrenti tra il diritto (sostanziale) dell'Unione europea e il contesto procedurale nazionale in cui il primo trova realizzazione¹⁹⁰.

In conclusione, secondo quest'ultima tesi – volta, cioè, a negare recisamente l'esistenza di una vera e propria autonomia procedurale – si può ammettere soltanto una forma di “autonomia istituzionale”, nel senso che gli Stati membri conservano la propria sovranità quanto all'organizzazione e al funzionamento delle proprie istituzioni amministrative e giudiziarie: in questo senso, la locuzione è correttamente utilizzata perché «it represents reality»¹⁹¹.

Quale che sia l'impostazione preferibile di fronte ad una pluralità di opzioni tanto fra loro eterogenee (e tutte validamente sostenute), emergono con chiarezza due elementi che, in via trasversale, ricorrono in tutte le prospettazioni sin qui offerte del (presunto) principio dell'autonomia procedurale.

Un primo profilo essenziale riguarda la capacità – anche in assenza di una competenza, o di un suo esercizio, in capo al legislatore europeo – del diritto dell'Unione europea di influenzare

¹⁸⁶ Corte giust., sent. 7 gennaio 2004, causa C-201/02, *Wells*, ECLI:EU:C:2004:12, pt. 67. La stessa locuzione appare con più frequenza nell'iter argomentativo della Corte di giustizia a partire dall'ultimo decennio: v., *ex multis*, Corte giust., sent. 12 febbraio 2020, causa C-704/18, *Kolev*, ECLI:EU:C:2020:92, pt. 48; sent. 11 aprile 2019, causa C-691/17, *PORR*, ECLI:EU:C:2019:327, pt. 39; sent. 26 aprile 2017, C-564/15, *Farkas*, EU:C:2017:302, pt. 50 ss.; sent. *Inter-Environnement Wallonie ASBL*, cit., pt. 45.

¹⁸⁷ KAKOURIS C. N., *Do the Member States*, cit., p. 1407: si ricordi che tale lavoro risale al 1997, perciò a tempi che precedono le prime sentenze in cui la locuzione appare.

¹⁸⁸ BOBEK M., *Why There is No*, cit., p. 321.

¹⁸⁹ VAN GERVEN W., *Of Rights*, cit., p. 501.

¹⁹⁰ *Ibidem*; già KAKOURIS C.N., *Do the Member States*, cit., p. 1411, affermava che la locuzione autonomia procedurale fosse una distorsione dell'esistente («it distorts reality»).

¹⁹¹ KAKOURIS C. N., *Do the Member States*, cit., p. 1411.

la disciplina procedurale nazionale. In questo senso, i principi di equivalenza e di effettività, sanciti dalla sentenza *Reve* e poi rimasti fermi nella giurisprudenza successiva quali limitazioni alle scelte degli Stati membri in ambito procedurale, orientano le scelte legislative nazionali: si genera un vero e proprio obbligo di risultato – cioè garantire la realizzazione degli effetti che la norma sostanziale mirava a produrre – che la dottrina ha ritenuto *de facto* non dissimile da quello derivante da una direttiva europea¹⁹². In una certa misura, la Corte, in assenza di una legislazione dettata dalle istituzioni europee, ha saputo compensare l'inerzia normativa allo scopo di garantire adeguati standard di tutela all'interno degli Stati membri¹⁹³.

Un secondo profilo meritevole di attenzione concerne l'esistenza di basi giuridiche che consentono al legislatore europeo di adottare norme in materia procedurale: laddove siano adottati atti vincolanti (di regola, direttive) in questi settori, il diritto nazionale deve necessariamente essere adeguato agli obblighi imposti dalla fonte sovranazionale. In quest'ottica, emerge con chiarezza quella natura precaria e sussidiaria della disciplina interna, la quale esiste fintantoché l'Unione europea non sia abilitata a provvedere in modo da uniformare o armonizzare le disposizioni nazionali: già dalla giurisprudenza più risalente della Corte di giustizia emerge con chiarezza che questo «partage de compétences»¹⁹⁴ si declina di volta in volta in termini differenti, a seconda dell'adozione di atti di diritto derivato da parte dell'Unione europea e del grado di precisione che questi ultimi assumono nel limitare (o escludere) le scelte del legislatore nazionale¹⁹⁵.

Di conseguenza, l'intervento di carattere normativo costituisce lo strumento maggiormente utile e funzionale per assicurare condizioni di esercizio dei *Community rights* migliori, più piene e uniformi¹⁹⁶, ancorché sovente gli Stati membri manifestino una certa riluttanza nel promuovere

¹⁹² KOVAR R., *Droit communautaire et droit procédural national*, in *CDE*, 1977, p. 230, spec. p. 234 e p. 241; GALETTA D.U., *L'autonomia procedurale*, cit., p. 22.

¹⁹³ ADINOLFI A., *The "Procedural Autonomy" of Member States and the Constraints Stemming from the ECJ's Case Law*, in DE WITTE B., MICKLITZ H. (eds), *The European Court of Justice*, cit., p. 281, spec. p. 283.

¹⁹⁴ L'espressione è di MERTENS DE WILMARS J., *L'efficacité des différentes*, cit., p. 398.

¹⁹⁵ MERTENS DE WILMARS J., *L'efficacité des différentes*, cit., p. 399. L'illustre Autore riporta l'esempio della sentenza *Norddeutsches Vieh-und Fleischkontor* (Corte giust., sent. 15 maggio 1974, causa 186/73, ECLI:EU:C:1974:54), ove si è ritenuto che la nozione (e il regime) di restituzione della cauzione di cui al regolamento (CEE) 1373/70 «si deve quindi desumere da una nozione comunitaria, il cui senso e portata non possono dipendere dalle prassi doganali nazionali che non sono ancora state armonizzate».

¹⁹⁶ ADINOLFI A., *La tutela giurisdizionale nazionale delle situazioni soggettive individuali conferite dal diritto comunitario*, in *DUE*, 2001, p. 41, spec. p. 60. L'Autrice ricorda che già la stessa sentenza *Reve* aveva suggerito l'impiego di strumenti di ravvicinamento delle disposizioni procedurali; un progetto di armonizzazione di istituti processuali, elaborato da un gruppo di esperti (incaricati dalla Commissione), non è stato però preso in considerazione (l'esito di tale ricerca si legge in v. STORME M., *Rapprochement du Droit Judiciaire de l'Union européenne*, Dordrecht, 1994; una sintesi di tale proposta viene effettuata da VAN GERVEN W., *Of Rights*, cit., p. 522). L'auspicio di un intervento normativo era già stato formulato, in tempi meno recenti, da MERTENS DE WILMARS J., *L'efficacité des différentes*, cit., p. 406.

ed accettare forme di intervento sovranazionale nell'organizzazione dei propri sistemi procedurali, sia sul versante amministrativo, sia nell'ambito della tutela giurisdizionale¹⁹⁷: tanto che, quando la Corte interviene a ritenere che determinate regole nazionali non siano compatibili con i principi di equivalenza o effettività, si verifica una sorta di «critical response in the concerned Member State»¹⁹⁸.

Un recente esempio è rappresentato dalla direttiva 2014/104/UE in materia di *private enforcement* nel contesto del diritto antitrust¹⁹⁹. L'atto *de quo* è stato adottato sulla base degli artt. 103 e 114 TFUE al fine di «migliorare le condizioni alle quali i consumatori possono esercitare i diritti che derivano loro dal mercato interno [...] e ridurre le differenze fra gli Stati membri riguardo alle norme nazionali che regolano le azioni per il risarcimento del danno causato da violazioni sia del diritto della concorrenza dell'Unione che del diritto della concorrenza nazionale [...]. Un ravvicinamento di tali norme contribuirà a prevenire l'aumento di differenze fra le disposizioni degli Stati membri che disciplinano le azioni per il risarcimento del danno nei casi relativi alla concorrenza»²⁰⁰.

Non è casuale che, nel testo della direttiva, siano espressamente richiamati, in apertura, i principi di effettività²⁰¹ ed equivalenza (art. 4), ai quali fa seguito un *corpus* di disposizioni proprio nello specifico riguardanti peculiari aspetti dei procedimenti giudiziari, quali, ad esempio, la divulgazione delle prove (artt. 5-8), l'effetto vincolante delle decisioni adottate dalle Autorità garanti per la concorrenza (art. 9), la previsione di un termine di prescrizione non inferiore ai cinque anni (art. 10); la distribuzione dell'onere della prova nella quantificazione del danno e la presunzione di dannosità dei cartelli (art. 17).

Risulta evidente che questi istituti propri di ogni legislazione processuale nazionale – proprio perché oggetto di intervento da parte dell'Unione europea – sono stati conformati dalla direttiva, la quale ha comportato, per tutti gli Stati membri, l'obbligo di “plasmare” l'azione di

¹⁹⁷ BIAVATI P., *Diritto comunitario e diritto processuale civile italiano fra attrazione, autonomia e resistenza*, in *DUE*, 2000, p. 720, spec. p. 741, ove si tratta di una vera e propria “resistenza” degli Stati membri a fronte di forme di armonizzazione.

¹⁹⁸ ADINOLFI A., *The “Procedural Autonomy”*, cit., p. 286 ss., ove l'Autrice ricorda la reazione, a livello nazionale, per la sentenza *Lucchini*.

¹⁹⁹ Sulla direttiva in esame, pubblicata in *GUUE*, 5 dicembre 2014, L. 349, p. 1, v. PULEJO G., *Il risarcimento del danno antitrust alla luce della direttiva 2014/104/UE*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, p. 1082; TORIELLO F., *Regolazione del mercato e private enforcement*, 2018, Milano, p. 155 ss.; VILLA G.R., *La direttiva europea sul risarcimento del danno antitrust: riflessioni in vista dell'attuazione*, in *Corr. giur.*, 3/2015, p. 301; WILMAN F.G., *The end of the absence?*, cit.

²⁰⁰ Considerando n. 9, direttiva 2014/104/UE cit.

²⁰¹ Invero, la traduzione italiana parla di “efficacia”, tuttavia la formulazione dell'art. 4 lascia chiaramente intendere che si tratta dell'ordinaria nozione di effettività: «tutte le norme e procedure nazionali relative all'esercizio del diritto di chiedere il risarcimento del danno siano concepite e applicate in modo da non rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficoltoso l'esercizio del diritto, conferito dall'Unione, al pieno risarcimento per il danno causato da una violazione del diritto della concorrenza».

risarcimento del danno da illecito antitrust secondo il paradigma dettato a livello sovranazionale²⁰².

Fino all'adozione della direttiva del 2014, la Corte di giustizia era stata più volte interrogata dai giudici nazionali circa la compatibilità delle previsioni nazionali con le esigenze di assicurare effettiva tutela delle posizioni giuridiche soggettive riconosciute dai privati lesi da condotte anticoncorrenziali (artt. 101 e 102 TFUE). In questo senso, il giudice lussemburghese – dopo aver affermato che l'azione di risarcimento del danno dev'essere accordata, in tale ambito, non solo all'operatore economico leso dall'intesa o dall'abuso di posizione dominante, ma anche al singolo cittadino che abbia sofferto un nocumento dall'illecito²⁰³ – ha sempre sostenuto che la definizione delle disposizioni procedurali spettasse ai legislatori nazionali, pur nel doveroso rispetto dei limiti rappresentati dall'equivalenza e dall'effettività. In tal senso, la Corte si è soffermata su disposizioni in tema di autoresponsabilità²⁰⁴, di prescrizione²⁰⁵, di nesso causale²⁰⁶: aspetti che, come visto, sono oggi stati sottoposti ad un intervento in chiave armonizzatrice da parte del legislatore europeo e per cui invece, in passato, era affermata la competenza degli Stati membri.

6. I limiti all'autonomia procedurale.

Qualsiasi sia il significato che si attribuisce alla nozione di “autonomia procedurale” – ovvero che si arrivi, addirittura, a negarne l'impiego, osservandone l'inesattezza – è un'evidenza innegabile che, in difetto di un'armonizzazione delle procedure e dei rimedi che a livello nazionale sono predisposti per tutelare i *Community rights*, il diritto dell'Unione europea non possa che affidarsi agli Stati membri.

Risulta del pari evidente che – accanto al già accennato tema della disparità tra i singoli ordinamenti (condizione che potrebbe rendere le stesse situazioni sostanziali più o meno tutelate a seconda del luogo ove queste sono azionate) – lasciare agli Stati membri il compito di plasmare il contesto procedurale potrebbe produrre un *vulnus* quanto alla piena tutela dei diritti conferiti dall'Unione europea, il cui *enforcement* potrebbe risultare ostacolato o addirittura compromesso²⁰⁷.

²⁰² In Italia il recepimento è avvenuto mediante d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3; per un'analisi, v. *ex multis* MANZINI P. (a cura di), *Il risarcimento del danno nel diritto della concorrenza: Commento al d.lgs n. 3/2017*, Torino, 2017.

²⁰³ Corte giust., sent. *Courage*, cit., pt. 26.

²⁰⁴ Si tratta del ben noto principio per cui un soggetto non può invocare l'altrui responsabilità per un fatto illecito che lo stesso danneggiato ha concorso a provocare con un proprio atto antigiuridico. In questo senso, v. ancora Corte giust., sent. *Courage*, cit., pt. 31.

²⁰⁵ Corte giust., sent. 28 marzo 2019, causa C-637/17, *Cogeco*, ECLI:EU:C:2019:263, pt. 42.

²⁰⁶ Corte giust., sent. 5 giugno 2014, causa C-557/12, *Kone*, ECLI:EU:C:2014:1317, pt. 24; sent. 13 luglio 2006, cause riunite da C-295/04 a C-298/04, *Manfredi*, ECLI:EU:C:2006:461, pt. 64.

²⁰⁷ LENAERTS K., *The Decentralised Enforcement*, cit., p. 1059.

In questo senso, si è manifestata sin da tempo risalente una frizione tra i principi del primato e dell'effetto diretto da un lato e quello dell'autonomia procedurale dall'altro: come tutti i casi in cui «constitutional principles point in opposite directions, balancing emerges as the only viable solution»²⁰⁸.

Proprio in questo senso, la Corte di giustizia ha – sin dalle proprie prime pronunce che si sono occupate di scrutinare la compatibilità delle regole procedurali nazionali con il diritto dell'Unione europea – definito i due principi da impiegare come limiti dell'autonomia procedurale degli Stati membri: si tratta dei già richiamati criteri di equivalenza e di effettività, che costituiscono «i binari entro cui la autonomia procedurale degli Stati membri doveva collocarsi»²⁰⁹.

La genesi di tali principi suole ricondursi alla ben nota sentenza *Rewe*²¹⁰, nella quale – in uno degli snodi argomentativi più noti – si legge che «in assenza di [...] provvedimenti di armonizzazione, i diritti attribuiti dalle norme comunitarie devono essere esercitati, dinanzi ai giudici nazionali, secondo le modalità stabilite dalle norme interne. Una diversa soluzione sarebbe possibile soltanto qualora tali modalità e termini rendessero, in pratica, impossibile l'esercizio di diritti che i giudici nazionali sono tenuti a tutelare»²¹¹.

A ben vedere, quelli che sono divenuti noti come i “criteri Rewe” altro non sono che una maturazione di alcuni semi già presenti in due precedenti sentenze della Corte di giustizia. La prima, risalente al 1968, è la pronuncia *Luck*²¹², ove si legge che «detto articolo [l'art. 95 TCEE] non limita il potere dei giudici nazionali competenti di applicare, tra i vari mezzi offerti dall'ordinamento interno, quelli che appaiono loro più appropriati onde tutelare i diritti soggettivi attribuiti dal diritto comunitario [...] La scelta tra le alternative indicate dalla questione, ed anche fra qualunque altra, spetta pertanto al giudice proponente». A questa segue, qualche mese dopo, la sentenza *Salgoil*²¹³, nella quale si è specificato, in modo non dissimile, sia pur con termini differenti, che se «le disposizioni di cui trattasi attribuiscono ai singoli dei diritti che i giudici nazionali devono salvaguardare, questi ultimi devono garantire la tutela di detti diritti, restando inteso che spetta all'ordinamento giuridico di ciascuno stato membro il designare la giurisdizione competente e, a tale effetto, il qualificare detti diritti in base ai criteri del diritto nazionale».

I due principi menzionati – ovvero equivalenza ed effettività (qui da intendersi, appunto, in senso stretto o dinamico) – sono stati cristallizzati nei termini che seguono.

²⁰⁸ *Ibidem*. Del medesimo avviso, ACCETTO M., ZLEPTNIG S., *The Principle of Effectiveness*, cit., p. 400-401.

²⁰⁹ GALETTA D.U., *L'autonomia procedurale*, cit., p. 21.

²¹⁰ Corte giust., sent. *Rewe*, cit. La coeva sentenza *Comet* (causa 45/76, ECLI:EU:C:1976:191) ribadisce, con espressioni sovrappponibili, i medesimi principi.

²¹¹ Corte giust., sent. *Rewe*, cit., pt. 5; sent. *Comet*, cit., pt. 15-16.

²¹² Corte giust., sent. 4 aprile 1968, causa 34/67, *Luck*, ECLI:EU:C:1968:24.

²¹³ Corte giust., sent. 16 dicembre 1968, causa 13/68, *Salgoil*, ECLI:EU:C:1968:54.

6.1. Il principio di equivalenza.

Quanto al primo (equivalenza), si tratta di un criterio che esige, da parte degli Stati membri, che questi impieghino, per tutelare le posizioni giuridiche di fonte europea, regole procedurali che non siano meno favorevoli di quelle poste a presidio di analoghe posizioni di carattere nazionale²¹⁴. La *ratio* di un simile principio si apprende agevolmente: la Corte di giustizia vuole evitare disparità, cioè che non si applichino regole procedurali discriminatorie, differenziate (in senso peggiorativo), nei casi in cui è in gioco un *Community right* rispetto ad una posizione giuridica di analoga portata, ma di fonte interna. Quindi, un giudice – o un plesso dell'amministrazione – deve applicare sempre la medesima norma nazionale, se sussistono i presupposti, indifferentemente a fronte di *claims* in cui siano in gioco tanto posizioni di derivazione europea, quanto nazionale.

Come autorevolmente evidenziato, si tratta di una concreta declinazione del più generale principio di eguaglianza e non discriminazione che innerva l'intero diritto dell'Unione europea²¹⁵. In ogni caso, il principio non può essere inteso come l'obbligo di estendere l'applicazione delle disposizioni di maggior favore, tra tutte quelle previste dall'ordinamento, alle azioni fondate sul diritto dell'Unione europea²¹⁶: in questo senso, ove la normativa di uno Stato membro contempli, accanto a un termine di prescrizione ordinario, modalità particolari di azione meno favorevoli, se anche alcuni diritti di fonte nazionale sono soggetti a regimi più svantaggiosi, non v'è alcun contrasto con il principio di equivalenza. La soluzione sarebbe diversa solo qualora le predette modalità fossero applicabili unicamente alle azioni fondate sul diritto dell'Unione europea²¹⁷.

Si tratta, a ben vedere, di un criterio che non ha trovato frequente impiego da parte del *case law* della Corte e, per questo, non ha generato «many spectacular results»²¹⁸, sebbene lo si ritenga dotato di un ampio potenziale: non sono dunque molto numerosi i casi in cui la Corte ha ritenuto che le disposizioni procedurali applicabili alle posizioni giuridiche UE fossero meno favorevoli rispetto a quelle adottate per quelle nazionali, al punto da ritenerle incompatibili con il criterio di equivalenza²¹⁹.

²¹⁴ *Ex multis*, LENAERTS K., *The Decentralised Enforcement*, cit., p. 1060 ss.; PRECHAL S., *Community Law*, cit., p. 687; TRIDIMAS T., *The General Principles*, cit., p. 424 ss.; VITALE G., *Diritto processuale nazionale*, cit., p. 28.

²¹⁵ LENAERTS K., *The Decentralised Enforcement*, cit., p. 1060.

²¹⁶ BIONDI A., *The European Court of Justice and Certain National Procedural Limitations: Not Such a Tough Relationship*, in CMLR, 1999, p. 1271, spec. p. 1274.

²¹⁷ *Ex multis*, Corte giust., sent. 15 settembre 1998, causa C-231/96, *Edilizia Industriale Siderurgica Srl (Edis) contro Ministero delle Finanze*, ECLI:EU:C:1998:401.

²¹⁸ PRECHAL S., *Community Law*, cit., p. 688.

²¹⁹ Tra le sentenze che hanno fatto impiego del criterio in esame, si possono ricordare, tra le più note, le sentenze che seguono. Corte giust., sent. 29 giugno 1988, causa 240/87, *Denville*, ECLI:EU:C:1988:349, laddove la questione era legata ad una disposizione nazionale che restringeva la ripetizione dei soli tributi pagati in contrasto

Il vero *punctum crucis* del criterio di equivalenza risiede nella individuazione delle condizioni in presenza delle quali si può affermare l'omogeneità tra i ricorsi promossi a tutela di diritti "nazionali" o di derivazione europea.

Se pur è vero che l'applicazione del principio in esame dovrebbe presupporre uno studio comparativo, allo scopo di rendere più coerente e uniforme l'applicazione del criterio, la Corte di giustizia ha elaborato progressivamente alcuni criteri che possano fungere da guida nello scrutinio dei casi in cui sia in gioco il principio di equivalenza.

A tal scopo, tre sono i criteri da osservare²²⁰. In primo luogo, si deve verificare che vi sia una forma di analogia, di omogeneità tra le posizioni giuridiche conferite dal diritto nazionale e sovranazionale; in secondo luogo, si deve operare un vaglio che tenga conto non solo della singola disposizione procedurale, ma dell'intero contesto normativo; infine, occorre che le procedure applicabili alle differenti pretese azionate siano, a loro volta, comparabili²²¹.

Invero, giova osservare che, quand'anche la valutazione sia effettuata dalla Corte secondo i parametri sopra indicati, il *test* in punto di equivalenza rivela pur sempre qualche profilo critico, tanto che la dottrina ha ritenuto queste valutazioni un esercizio di comparazione «artificiale e difficile»²²², non risparmiando elementi di censura²²³.

Innanzitutto, si è evidenziato che ogni attività di comparazione postula un giudizio di valore su ciò che si possa ritenere confrontabile, così inserendo un aspetto soggettivo che ispira,

con le previsioni dei trattati; sent. 22 aprile 1997, causa C-180/95, *Draehmpaehl*, ECLI:EU:C:1997:208, ove si discorreva di disposizioni legislative nazionali (dettate per i casi di violazione di obblighi sanciti da una direttiva) che, a differenza delle altre previsioni nazionali civilistiche e giuslavoristiche, fissavano forme di ristoro meno favorevoli per i soggetti lesi; sent. 10 luglio 1997, causa C-261/95, *Palmisani*, ECLI:EU:C:1997:351, in tema di termini di prescrizione per il risarcimento del danno in caso di omessa trasposizione di una direttiva rispetto a quanto in generale previsto dal codice civile; sent. 15 settembre 1998, *Edilizia Industriale Siderurgica Srl (Edis)*, cit.; sent. 1° dicembre 1998, causa C-326/96, *Levez*, ECLI:EU:C:1998:577, vicenda in cui rilevavano i termini per la presentazione reclami di somme dovute a titolo retributivo e non corrisposte in violazione del principio di non discriminazione tra uomo e donna, limiti che, nel caso di specie, risultavano penalizzanti rispetto a quelli ordinariamente previsti; sent. 9 febbraio 1999, causa C-343/96, *Dilexport*, ECLI:EU:C:1999:59, sempre in tema di termini per la ripetizione dell'indebito, con differenze tra le norme ordinarie e quelle appositamente previste per alcuni tributi il cui versamento non era dovuto; sent. 2 ottobre 2003, causa C-147/01, *Weber's Wine World e a.*, ECLI:EU:C:2003:533, ove si trattava di norme in tema di restituzione di somme pagate a seguito di una dichiarazione di illegittimità costituzionale, le quali erano più favorevoli di quelle adottate per il caso di una sentenza della Corte di giustizia che avesse dichiarato incompatibile con il diritto dell'Unione le norme nazionali; sent. 26 gennaio 2010, causa C-118/08, *Transportes Urbanos*, ECLI:EU:C:2010:39, avente ad oggetto l'obbligo di esperire ricorsi amministrativi interni soltanto in caso di un'azione fondata su una posizione derivante dal diritto dell'Unione; sent. 29 luglio 2019, causa C-620/17, *Hochtief Solutions*, ECLI:EU:C:2019:630, ove si trattava di disposizioni che consentono di rivedere una sentenza passata in giudicato, qualora emerga una successiva incompatibilità tra questa ed una successiva pronuncia di un organo giurisdizionale, condizione che dev'essere ammessa, in pari condizioni, anche quando si tratti di sentenze della Corte di giustizia.

²²⁰ BIONDI A., *The European Court of Justice*, cit., p. 1273 e giurisprudenza ivi cit.; ADINOLFI A., *La tutela giurisdizionale*, cit., p. 46 ss.

²²¹ Una chiara formulazione del *test* si può rinvenire nelle Conclusioni dell'avvocato generale del 23 gennaio 1997, rese nella causa C-261/95, *Palmisani*, ECLI:EU:C:1997:34, pt. 26-27, nonché poi dalla pronuncia della Corte stessa in Corte giust., sent. *Levez*, cit., pt. 43-44.

²²² BIONDI A., *The European Court of Justice*, cit., p. 1274.

²²³ BOBEK M., *Why There is No*, cit., p. 315 ss., a cui si devono le considerazioni seguenti.

sin dal primo momento, ogni scrutinio in questo senso. Peraltro, quando questa valutazione sia effettuata dalla Corte di giustizia, quest'ultima si trova a dover vagliare una disciplina che ha matrice e provenienza nazionale: perciò, per quanta attenzione possa essere posta da parte del giudice lussemburghese ad approfondire le fonti disciplinari rilevanti, si tratta pur sempre di una conoscenza che difficilmente coglie in profondità le singole specificità di ognuno degli ordinamenti procedurali.

Peraltro, rispetto alla disciplina nazionale, il giudice lussemburghese non ha, né dovrebbe avere, alcuna competenza interpretativa.

Infine, è stato sottolineato che la progressiva adozione di strumenti di armonizzazione delle discipline nazionali mediante direttive potrebbe di fatto rendere impossibile ogni forma di confronto, poiché – a ben vedere – il giudizio comparativo sarebbe realizzato tra due regimi normativi uno dei quali è debitore all'altro quanto alla propria genesi e conformazione.

6.2. Il principio di effettività.

Il secondo limite rispetto all'autonomia procedurale degli Stati membri viene identificato nel principio di effettività, generalmente inteso nel senso che le regole procedurali nazionali non devono essere tali da rendere impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti riconosciuti dagli atti dell'Unione europea. Non è secondario osservare che, per quanto si concepisca tradizionalmente l'effettività come argine della competenza processuale nazionale, non manca dottrina che – dopo aver analizzato (come del resto si dirà *infra*) l'impatto del principio in esame e il suo frequente, penetrante impiego da parte della Corte di giustizia – ha osservato che «there is no doubt that the Court takes as its starting point the principle of effectiveness rather than the principle of national procedural autonomy»²²⁴.

Nella sua veste originaria, il principio era stato formulato soltanto nel senso di riferirsi a quelle sole situazioni in cui l'*enforcement* del *Community right* dovesse ritenersi impossibile, mentre in un secondo momento è stato esteso nel senso di ricomprendervi anche quelle circostanze in cui le disposizioni nazionali dovessero avere l'effetto di rendere più difficile l'esercizio del diritto di fonte europea²²⁵. Di conseguenza, la formulazione attuale del criterio in esame può oggi ritenersi consolidata, nel *case law* della Corte, nei termini che seguono: «il principio di effettività esige, con riferimento alle modalità procedurali dei ricorsi destinati a garantire la salvaguardia

²²⁴ TRIDIMAS T., *The General Principles*, cit., p. 424.

²²⁵ Invero, il parametro della "eccessiva difficoltà" ha fatto la propria comparsa – integrando quello della impossibilità – già poco tempo dopo rispetto ai *leading cases* rappresentati dalle sentenze *Rewe* e *Comet*: v., ad es., l'altrettanto nota Corte giust., sent. 9 novembre 1983, causa 199/82, *Amministrazione dello Stato contro SpA San Giorgio*, ECLI:EU:C:1983:318, pt. 14.

dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto dell'Unione, che tali modalità non rendano praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti così conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione»²²⁶.

A ben vedere, l'equiparazione tra "impossibilità" ed "eccessiva difficoltà" introduce, nell'alveo della valutazione del sufficiente grado di effettività accordato ad un *Community right*, qualche elemento di incertezza, tanto che – all'origine – tale criterio poteva apparire come «somewhat vague and particularly insignificant»²²⁷.

Infatti, se la nozione di impossibilità appare di immediata comprensione, in quanto fa riferimento a ipotesi in cui non vi sia alcun modo per accordare effettiva tutela alla posizione giuridica di derivazione sovranazionale (in quanto, ad esempio, l'ordinamento nazionale non appronta alcun rimedio o vieta espressamente l'accesso alla protezione giurisdizionale), la locuzione "eccessiva difficoltà" assume contorni ben più vaghi, rimessi – ancora una volta – ad una valutazione di stampo non oggettivo da parte dell'interprete.

Per fare fronte a questa potenziale indeterminatezza del criterio in esame, nonché alla conseguente (e possibile) incoerenza delle decisioni del giudice lussemburghese, la Corte di giustizia ha elaborato – in particolare nelle coeve sentenze *van Schijndel* e *Peterbroeck*²²⁸ – alcuni criteri («a sort of rule of reason»²²⁹) che possano apparire utili per orientare il giudizio in punto di effettività. In questo modo, si è tentato di restituire allo scrutinio sull'effettività – altrimenti «shapeless» – un margine un poco più consistente²³⁰.

Secondo il giudice lussemburghese, è necessario operare un giudizio di bilanciamento tra interessi contrapposti: da un lato, l'esigenza di garantire un sufficiente grado di effettività alla norma di fonte sovranazionale; dall'altro, emerge parimenti la necessità di tutelare principi dell'ordinamento (ad esempio, la certezza del diritto, la corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato) che non possono ritenersi *tout court* recessivi²³¹. Per compiere questa ponderazione, è necessario valutare la singola norma procedurale controversa all'interno del più ampio procedimento in cui essa si inserisce, nonché delle modalità con cui questo si svolge e delle peculiarità che lo connotano: è ovvio che, in questo contesto, verranno pur sempre in rilievo disposizioni – quali quelle sui termini di prescrizione o decadenza, sulle tempistiche per l'introduzione di

²²⁶ In termini recenti, Corte giust., sent. 21 giugno 2017, causa C-621/15, *N.W.*, ECLI:EU:C:2017:484, pt. 26.

²²⁷ PRECHAL S., *Community Law*, cit., p. 688.

²²⁸ Corte giust., sent. 14 dicembre 1995, *van Schijndel*, cit.; dello stesso giorno anche la sent. resa nella causa C-312/93, *Peterbroeck*, ECLI:EU:C:1995:437.

²²⁹ BIONDI A., *The European Court of Justice*, cit., p. 1277.

²³⁰ BOBEK M., *Why There is No*, cit., p. 315.

²³¹ PRECHAL S., *Community Law*, cit., p. 691.

domande nuove, sulla distribuzione dell'onere della prova, sui mezzi di prova, giusto per evidenziarne alcune – che esistono in ogni ordinamento, ivi incluso, com'è logico che sia, quello dell'Unione europea²³².

Questa disciplina, propria di ogni apparato processuale, riposa su principi che, come già accennato, sono assolutamente comuni e condivisi nelle tradizioni giuridiche europee: la certezza del diritto, il rispetto del diritto di difesa, la corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, il rispetto del *fair trial*, il contenimento della durata dei processi.

Di conseguenza, una disposizione nazionale può dirsi non conforme al principio di effettività soltanto qualora – pur essendo manifestazione di uno di questi (o altri) principi ispiratori di ogni sistema giurisdizionale – la comparazione tra contrapposti interessi sia stata effettuata in termini irragionevoli, tali da determinare un eccessivo, sproporzionato o non necessario sacrificio a scapito dell'effettivo *enforcement dei Community rights*²³³.

Trattandosi, in ogni caso, di un giudizio comparativo, ispirato a criteri di proporzionalità e ragionevolezza, non mancano – ancora una volta – profili di carattere problematico, evidenziati dalla dottrina. In primo luogo, il bilanciamento viene effettuato con riguardo al singolo caso concreto e, di conseguenza, si effettua rispetto alle specifiche disposizioni nazionali che, di volta in volta, assumono rilievo²³⁴. Inoltre, qualora il *test* venga effettuato dal giudice nazionale – senza il conforto di un rinvio pregiudiziale, o all'esito dello stesso (laddove la Corte affidi al remittente lo scrutinio nel caso di specie²³⁵) – vi è il rischio di un esito insoddisfacente, in ragione della difficoltà con cui gli ordinamenti nazionali accettano le ingerenze e le modificazioni sui sistemi procedurali interni e della vaghezza dei criteri che il giudice lussemburghese ha inteso fornire²³⁶. Peraltro, lo scrutinio sarebbe affidato ad un organo che, al tempo stesso, è giudice di diritto

²³² *Ivi*, 692.

²³³ Ai pt. 14 della sentenza *van Schijndel* e 19 della sentenza *Peterbroeck* si legge che «[a]lla luce di detti principi ciascun caso in cui si pone la questione se una norma processuale nazionale renda impossibile o eccessivamente difficile l'applicazione del diritto comunitario dev'essere esaminato tenendo conto del ruolo di detta norma nell'insieme del procedimento, dello svolgimento e delle peculiarità dello stesso, dinanzi ai vari organi giurisdizionali nazionali. Sotto tale profilo si devono considerare, se necessario, i principi che sono alla base del sistema giurisdizionale nazionale, quali la tutela dei diritti della difesa, il principio della certezza del diritto e il regolare svolgimento del procedimento». In questi esatti termini, di recente, v. Corte giust., sent. 26 giugno 2019, causa C-407/18, *Kuhar*, ECLI:EU:C:2019:537, pt. 48.

²³⁴ BOBEK M., *Why There is No*, cit., p. 317, in cui la critica appare davvero serrata. L'Autore evidenzia infatti che il giudizio potrebbe finire per dipendere «on the drafting of the question, other materials before the Court and on the composition of the respective chamber», con la conseguenza che «can result in declaring a time limit of 2 years incompatible with EU law one day and, in quite similar factual circumstances, in approving of a 1 year time limit two weeks later».

²³⁵ V., da ultimo, Corte giust., sent. 7 novembre 2019, causa C-280/18, *Flausch e a.*, ECLI:EU:C:2019:928, pt. 43, ove si legge che «[s]petta al giudice del rinvio verificare se il principio di effettività sia stato, a tale riguardo, rispettato nella procedura di cui trattasi nel procedimento principale».

²³⁶ BIONDI A., *The European Court of Justice*, cit., p. 1277.

comune e giudice “decentrato” del diritto dell’Unione europea: una tensione tra le norme provenienti tra le due fonti è, per questa forma di convergenza, inevitabile²³⁷. Infine, è lecito osservare che larga parte – se non la totalità – delle disposizioni adottate da un ordinamento processuale si fonda su principi quali quelli in precedenza enunciati: di conseguenza, ciascuna norma procedurale potrebbe affermarsi come espressione di esigenze fondamentali all’interno del sistema giudiziario di riferimento ed esigere di imporsi rispetto al (contrapposto) bisogno di effettività invocato dall’Unione europea²³⁸.

A ciò si aggiunge che talora è stata la stessa Corte di giustizia a valutare alcune norme nazionali rispetto al criterio di effettività, ma senza ricorrere agli indicatori elaborati nelle sentenze appena citate²³⁹: se il *test* non risulta sempre applicato, non può che risultare accentuata la percezione che vi sia un «*ad hoc* approach»²⁴⁰ e, di conseguenza, un’applicazione case by case²⁴¹.

In ogni caso, sono stati messi in luce alcuni innegabili aspetti positivi di una forma di concettualizzazione del canone dell’effettività, poiché l’operazione di bilanciamento induce necessariamente – almeno nei casi più delicati – ad un’indagine accurata della disposizione nazionale in esame e dello scopo che questa ambisce a realizzare. Inoltre, ogni attività di ponderazione di principi contrapposti postula un giudizio in termini di proporzionalità, per cui in ogni caso nessuno di questi può ritenersi un «overpowering principle», tale da sopravanzare ogni altro diritto o interesse accordato dall’ordinamento²⁴². Non è facile, tuttavia, poter raggiungere un risultato che sia in grado di coniugare la massima applicazione del diritto dell’Unione europea e soddisfare le (contrapposte) esigenze del diritto processuale nazionale: per questo, permarrà pur sempre una forma di «tough relationship»²⁴³.

6.3. (*segue*): La loro relazione.

In via tradizionale, si ritiene che la relazione tra questi due criteri sia da impostare in termini di complementarità, in quanto i due canoni sottendono e riflettono esigenze differenti²⁴⁴: ancorché talvolta percepiti come un’endiadi, debbono essere considerati ciascuno separatamente

²³⁷ *Ivi*, 1281.

²³⁸ HOSKINS M., *Tilting the Balance*, cit., p. 373.

²³⁹ Ad esempio, in Corte giust., sent. 8 febbraio 1996, causa C-212/94, *FMC e a.*, ECLI:EU:C:1996:40; sent. 12 marzo 1996, causa C-441/93, *Pafitis*, ECLI:EU:C:1996:92, sentenze di poco successive ai *leading cases* appena richiamati.

²⁴⁰ PRECHAL S., *Community Law*, cit., p. 691.

²⁴¹ ADINOLFI A., *The “Procedural Autonomy”*, cit., p. 288.

²⁴² PRECHAL S., *Community Law*, cit., p. 693 ss. e 705 ss.

²⁴³ BIONDI A., *The European Court of Justice*, cit., sin dal titolo.

²⁴⁴ TRIDIMAS T., *The General Principles*, cit., p. 423.

(e, quindi, in questa dimensione risultano complementari), tenuto conto che non necessariamente a una valutazione in termini soddisfacenti alla luce di un criterio corrisponde il medesimo esito attraverso il prisma dell'altro.

Come è stato accuratamente osservato, la Corte di giustizia effettua dapprincipio il giudizio in punto di equivalenza: qualora si accerti che non intercorra alcuna discrasia tra la legge applicabile ai diritti nazionali e di fonte sovranazionale (perché ve n'è una sola – e quindi il problema non si pone – o perché le disposizioni sono tra loro equivalenti), ciò non implica necessariamente che il complesso di norme procedurali interne sia adeguato per soddisfare le richieste in punto di effettività. Infatti, per quanto possa non esservi alcun *differential treatment* tra *Community rights* e posizioni giuridiche nazionali, potrebbe registrarsi un difetto di effettività, a cagione del quale l'esercizio dei primi è reso, di fatto, impossibile o complesso²⁴⁵.

Si pensi alla celebre sentenza *Factortame*²⁴⁶: nel caso di specie, secondo la tradizione britannica, era impossibile accordare provvedimenti cautelari da parte del giudice nei confronti della Corona. L'assenza di un rimedio provvisorio non era dunque limitata alle sole questioni in cui in gioco vi era un *Community right*, in quanto tale preclusione si sarebbe puntualmente riproposta qualora il provvedimento cautelare fosse stato richiesto sulla base di una norma nazionale. In questo senso, il criterio di effettività offre un apporto significativo anche laddove il legislatore nazionale non abbia in alcun modo inteso realizzare una sperequazione tra posizioni giuridiche soggettive richiedenti una tutela omogenea.

Alla luce di queste considerazioni, la relazione tra i due criteri in esame può essere meglio intesa se alla congiunzione “e” si sostituisse la “o”: l'autonomia procedurale degli Stati membri

²⁴⁵ BOBEK M., *Why There is No*, cit., p. 318.

²⁴⁶ Corte giust., sent. 19 giugno 1990, causa C-213/89, *The Queen c. Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd*, ECLI:EU:C:1990:257. Nel caso di specie, la *Factortame* (e altre imprese coinvolte), tutte società di diritto britannico, possedevano e gestivano talune navi da pesca, immatricolate nel registro delle navi britanniche ai sensi della legge del 1894 sulla navigazione mercantile. Tale disciplina era stata modificata con legge del 1988, la quale esigeva come condizione per l'iscrizione al registro e, dunque, per il riconoscimento del diritto di pesca, requisiti basati sulla nazionalità britannica dei proprietari e degli esercenti delle navi. Le società contestavano la legittimità della legge del 1988 dinanzi alle autorità giurisdizionali e invocavano opportuna tutela cautelare (cioè l'ammissione al registro dei propri natanti); la vicenda approdava alla *House of Lords*. Questa ha ritenuto che, in forza del diritto nazionale i giudici britannici non avessero il potere di pronunciare provvedimenti provvisori, poiché vi ostava l'antica norma di *common law* secondo la quale nessun provvedimento provvisorio può essere emesso contro la Corona (poi positivizzata nel *Crown Proceeding Act* del 1947). Alla luce di simili considerazioni, la *House of Lords* si è rivolta alla Corte di giustizia, per domandare se, in casi del genere, il diritto (all'epoca) comunitario imponesse l'adozione di una misura cautelare. In merito alla sentenza *Factortame* la riflessione giuridica è assai vasta: *ex multis*, si possono ricordare CARANTA R., *Effettività della garanzia giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione e diritto comunitario: il problema della tutela cautelare*, in *Foro amm.*, 1992, p. 1889; MUSCARDINI M., *Potere cautelare dei giudici nazionali in materie disciplinate dal diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 1991, p.1057; TESAURO G., *Tutela cautelare e diritto comunitario*, *ivi*, 1992, p.131; ID., *The Effectiveness*, cit. Sulle conclusioni dell'avvocato generale Tesauero, rese il precedente 17 maggio 1990 (ECLI:EU:C:1990:216) e puntualmente seguite dalla Corte, v. FERRARO F., *Riflessioni sulle conclusioni dell'avvocato generale Tesauero nelle cause Brasserie du Pêcheur e Factortame*, in AA.VV., *Scritti in onore di Giuseppe Tesauero*, cit., p. 1005.

viene limitata quando anche uno solo dei due principi (equivalenza o effettività) non appaia rispettato²⁴⁷, non essendo necessaria – quindi – una valutazione negativa sotto entrambi i profili.

7. Il sindacato della Corte di giustizia sul rispetto dei principi-limite e i rimedi in caso di loro violazione.

Se il diritto dell'Unione europea deve necessariamente rivolgersi agli Stati membri e ai loro rimedi procedurali, ciò impone, come visto, che i rimedi nazionali si conformino in modo tale da assicurare agli individui una protezione adeguatamente efficace²⁴⁸.

Tuttavia, l'ordinamento sovranazionale – in particolare, la Corte di giustizia – non solo si avvale degli apparati giudiziari (ed amministrativi) interni, ma provvede costantemente, per tramite dello strumento del rinvio pregiudiziale²⁴⁹, alla verifica della loro adeguatezza e del loro corretto impiego. Si tratta di una giurisprudenza assai copiosa, che ha tratto l'abbrivio – almeno in via simbolica – dai *leading cases* *Rewe* e *Comet* del 1976.

Il giudice lussemburghese si è sempre riservato, *in subiecta materia*, una competenza assai ampia, definita da autorevole dottrina alla stregua di un vero e proprio *droit de regard*²⁵⁰, attraverso il quale è stata costantemente vagliata, attraverso un sindacato profondo e incisivo, l'adeguatezza degli strumenti procedurali nazionali²⁵¹. Tuttavia, nel corso del tempo, l'orientamento della Corte di giustizia in merito alle modalità di attuazione del *droit de regard* non è rimasto costante: molti sono gli autori che hanno tentato di effettuare una suddivisione in fasi o periodi del *case law* e di individuare, all'interno della giurisprudenza, quelle pronunce capaci di atteggiarsi a veri e propri snodi fondamentali nell'approccio del giudice del Kirchberg, ora più intenso, ora, invece, più rispettoso dell'autonomia nazionale²⁵². Merita altresì essere segnalata quell'opposta tesi ad avviso della quale non è possibile effettuare una scansione diacronica delle pronunce in tema

²⁴⁷ BOBEK M., *Why There is No*, cit., p. 320.

²⁴⁸ KOVAR R., *Voies de droit ouvertes aux individus devant les instances nationales en cas de violation des normes et décisions du droit communautaire*, in BLECKMANN A., DELANNAY P. (sous la direction de), *Le recours des individus devant les instances nationales en cas de violation du droit européen*, Bruxelles, 1978, p. 245, spec. p. 283.

²⁴⁹ Sul ruolo determinante del rinvio pregiudiziale quale strumento di dialogo e cooperazione tra i giudici nazionali e la Corte di giustizia v., da ultimo, le riflessioni di TESAURO G., *Sui vincoli (talvolta ignorati) del giudice nazionale prima e dopo il rinvio pregiudiziale*, in *Federalismi*, 18 marzo 2020.

²⁵⁰ TIZZANO A., *La tutela dei privati*, cit., c. 24.

²⁵¹ Parla di «an in-depth review of national rules» ADINOLFI A., *The "Procedural Autonomy"*, cit., p. 282; HARDING C., *Member State Enforcement*, cit., p. 7, evidenzia parimenti che «the Court of Justice has become increasingly incursive»; PRECHAL S., *Community Law*, cit., p. 688, invece, sottolinea l'emersione di «a deeper scrutiny» da parte del giudice lussemburghese.

²⁵² Favorevoli ad una scansione in tre fasi sono, ad esempio, TRIDIMAS T., *The General Principles*, cit., p. 420; DOUGAN M., *National Remedies Before the Court of Justice*, Oxford, 2004, p. 227 – 233: per entrambi gli Autori, ad una prima fase di *self restraint* sarebbe seguita, specie ad inizio degli anni Novanta, una fase di maggiore interventismo (con sentenze quali – giusto per individuarne alcune – *Factortame*, *Franovich*, *van Schijndel*, *Peterbroeck*), seguita da un'ulteriore forma di regresso verso una minore incisività. Altrove, si evidenzia solamente il passaggio da una fase di integrazione negativa ad una di carattere positivo (CANNIZZARO E., *Effettività del diritto*, cit., p. 672), oppure l'adozione di una forma di controllo più rigoroso (ACCETTO M., ZLEPTNIG S., *The Principle of Effectiveness*, cit., p. 388).

di scrutinio dell'autonomia procedurale degli Stati membri, sul rilievo che «[u]nfortunately, the case law of the Court of Justice in this area resists any conceptualisation. The area is vast, and its various segments move at different speed. [...] The changes in case law in the area of procedures and remedies tend to be spasmodic»²⁵³.

In disparte ogni considerazione circa la scansione di differenti fasi nel *case law* della Corte, non può che essere evidenziato che le prime sentenze (anni Settanta e fino alla metà degli anni Ottanta) si contrascegnavano per un approccio di carattere ispirato a un «high degree of deference as to the choice of national remedies»²⁵⁴, una sorta di prudente scrupolo nell'accostarsi alle regole procedurali nazionali alla luce dei canoni di equivalenza e, soprattutto, di effettività.

In un secondo momento, la Corte lussemburghese ha avviato una fase di integrazione positiva, in quanto ha messo in luce gli elementi e i requisiti necessari per soddisfare veri e propri *standard* europei di tutela giudiziaria, anche in assenza di interventi legislativi operati dalle istituzioni europee²⁵⁵: se, da un lato, non sono mancate critiche a questa prassi, caratterizzata da qualche eccesso di «intrusion into national procedural autonomy»²⁵⁶, è pur vero che, in questo modo, è stato possibile per la Corte di giustizia assicurare costantemente una tutela piena ed effettiva delle posizioni giuridiche sostanziali nascenti dal diritto dell'Unione europea²⁵⁷.

Se lo scopo è garantire al titolare di posizioni giuridiche soggettive di fonte europea un adeguato livello di tutela nel contesto procedurale nazionale²⁵⁸, è dunque opportuno verificare quali possono essere le conseguenze di un giudizio negativo da parte della Corte di giustizia: in altri termini, quali sono gli strumenti cui fare ricorso in caso di insufficiente effettività del rimedio o di sperequazione quanto ai mezzi predisposti dall'ordinamento.

In primo luogo, quando la protezione del *Community right* sia impedita o resa eccessivamente difficile da una disposizione nazionale, viene in rilievo il tradizionale mezzo di soluzione delle antinomie tra una norma di diritto dell'Unione europea e una di fonte nazionale: la disapplicazione della seconda, in ragione del principio del primato e della diretta efficacia delle norme di fonte sovranazionale. In questo modo, viene rimosso l'ostacolo ad un pieno ed effettivo presidio

²⁵³ BOBEK M., *Why There is No*, cit., p. 312.

²⁵⁴ ACCETTO M., ZLEPTNIG S., *The Principle of Effectiveness*, cit., p. 388.

²⁵⁵ CANNIZZARO E., *Effettività del diritto*, cit., p. 672; TIZZANO A., *La tutela dei privati*, cit., c. 23 e 26 ss.

²⁵⁶ HOSKINS M., *Tilting the balance*, cit., p. 372. Negli stessi termini, BIONDI A., *The European Court of Justice*, cit., p. 1280.

²⁵⁷ TESAURO G., *Alcune riflessioni*, cit., p. 503. Interessante è la ricostruzione proposta da CANNIZZARO E., *Effettività del diritto*, cit., p. 661 ss., secondo cui la Corte di giustizia avrebbe, in taluni casi, realizzato una forma di integrazione degli ordinamenti processuali nazionali mediante principi generali, dai quali inferire la necessità di inserire rimedi nei sistemi dei singoli Paesi membri o di declinarli diversamente. V., in questo senso, anche PRECHAL S., *Competence Creep and General Principle of Law*, in *Rev. of Eur. Adm. Law.*, 2010, p. 5, spec. p. 11-13.

²⁵⁸ TESAURO G., *Alcune riflessioni*, cit., p. 500.

del diritto altrimenti non adeguatamente tutelato²⁵⁹. In questo senso, numerosi esempi possono sorgere dalla giurisprudenza in tema di *time limits*²⁶⁰, ovvero dei termini entro i quali un'azione dev'essere esercitata per non incorrere in preclusioni di carattere processuale (variamente qualificate, a seconda degli ordinamenti, come decadenza o prescrizione). Se la legislazione nazionale impone l'esercizio di un diritto entro termini tali da rendere impossibile, o eccessivamente difficile, la tutela del singolo, questi può invocare, dinanzi al giudice nazionale, la disapplicazione della norma processuale controversa, in modo che essa non osti (più) alla verifica, nel merito, della fondatezza della pretesa azionata in giudizio²⁶¹.

Talvolta il ricorso alla disapplicazione si rivela, tuttavia, uno strumento assolutamente insoddisfacente: vi sono circostanze in cui, nell'ordinamento nazionale, è radicalmente assente uno strumento che consenta al privato, titolare di un *Community right*, di trovare tutela. Pertanto, la coppia *supremacy clause*-disapplicazione, in circostanze simili, non costituisce uno strumento utile, perché non vi è alcuna disposizione nazionale che ostacoli o renda *de facto* onerosa o complessa la tutela del singolo. In questi casi, le esigenze di assicurare un *enforcement* immediato ed uniforme dei diritti di fonte sovranazionale impongono la garanzia di un rimedio anche dove, nel contesto procedimentale nazionale, non ve ne siano²⁶². In quest'ottica, è stato autorevolmente osservato che «if Community law gives a right, whatever the nature of the right (to damages, injunction, interim relief, a declaration), national courts must provide an appropriate, complete and effective remedy - the fact that national law does not itself provide it, or says that it should not be provided, is irrelevant»²⁶³.

Uno dei primi settori in cui la Corte di giustizia ha manifestato l'esigenza che i giudici nazionali siano capaci di accordare una forma di tutela non espressamente previsto dalla legge è, senz'ombra di dubbio, quello delle misure cautelari, necessarie – come noto – a garantire che lo svolgimento del giudizio non comprometta l'utilità finale che può essere accordata dalla sentenza. In questo contesto la Corte di giustizia ha portato a compimento – mediante un'espressa

²⁵⁹ ACCETTO M., ZLEPTNIG S., *The Principle of Effectiveness*, cit., p. 388, KAKOURIS C. N., *Do the Member States*, cit., p. 396 e, poi, 408; VITALE G., *Diritto processuale nazionale*, cit., p. 35.

²⁶⁰ Si tratta di uno dei profili su cui si concentra larga parte della giurisprudenza in punto di effettività ed equivalenza: nelle note sentenze *Rene* e *Comet*, proprio di termini per l'esperimento di azioni di ripetizione di discorreva. Per una rassegna, v. MORBIDELLI G., *La tutela giurisdizionale*, cit., p. 14-15; TRIDIMAS T., *The General Principles*, cit., p. 427 ss.

²⁶¹ Per una nota vicenda relativa all'ordinamento italiano, v. Corte giust., sent. 26 aprile 2003, causa C-327/00, *Santex*, ECLI:EU:C:2003:109, pt. 46 ss. su cui, per una complessiva analisi, si può rinviare a LEONE C., *Disapplicabilità dell'atto amministrativo in contrasto con la disciplina comunitaria? Finalmente una parola chiara da parte della Corte di giustizia*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 2003, p. 898; in termini generali, e più recenti (con ivi riferimenti alla giurisprudenza consolidata della Corte), v. Corte giust., sent. 11 settembre 2019, causa C-676/17, *Calin*, ECLI:EU:C:2019:700, pt. 50 ss.

²⁶² TESAURO G., *The Effectiveness*, cit., p. 7; ID., *La sanction*, cit., p. 500.

²⁶³ TEMPLE LANG J., *Community Constitutional Law: Article 5 Eec Treaty*, in *CMLR*, 1990, p. 645, spec. p. 650.

puntualizzazione nell'ambito della tutela *ante causam* – principi che potevano dirsi già consolidati nel rapporto tra i giudici nazionali e quello lussemburghese²⁶⁴.

L'analisi non può, in quest'ottica, prescindere da un richiamo alla celebre e già richiamata sentenza *Factortame*. Se pur è vero che, nel caso di specie, la tutela dei ricorrenti poteva essere ottenuta mediante la disapplicazione della norma nazionale che, nel caso specifico, impediva al giudice di accordare l'ordinanza cautelare, non si può certo trascurare che l'obbligo sancito dalla pronuncia in esame ha avuto una portata dirompente per tutti gli ordinamenti, all'interno dei quali operano strumenti processuali diversi e, in alcuni dei quali, la tutela in via provvisoria potrebbe anche non essere prevista²⁶⁵. La sentenza in esame – sia pur con un itinerario argomentativo piuttosto scarno e, soprattutto, senza indicare, in alcun modo, i presupposti in presenza dei quali debbano accordarsi gli strumenti cautelari²⁶⁶ – introduce uno specifico obbligo a carico di ogni giudice nazionale che sia chiamato a conoscere di un *Community right*: quello, cioè, di tutelare già in via provvisoria il diritto, qualora vi sia il rischio che lo svolgimento del processo possa compromettere l'esito (eventualmente) favorevole della controversia.

La necessità di garantire la tutela in sede cautelare è stata ribadita dalla (di poco) successiva sentenza *Zuckerfabrik*²⁶⁷: in questa vicenda, a differenza del caso *Factortame*, l'esigenza di un provvedimento provvisorio si contestualizzava in una causa nella quale si discuteva della possibilità che il giudice nazionale sospendesse l'efficacia di un atto amministrativo interno adottato in esecuzione di un regolamento comunitario di cui si contestava la validità. Nella propria decisione, il giudice lussemburghese ha osservato che anche in questi casi dev'essere possibile accordare una forma di tutela cautelare, la quale non può variare a seconda del fatto che si dubiti della validità di un atto di diritto derivato o della compatibilità del diritto nazionale con quello dell'Unione europea: in ogni caso, la prerogativa del singolo sarebbe vanificata o lesa ove una misura provvisoria non potesse essere riconosciuta²⁶⁸. In aggiunta, rispetto alla sentenza *Factortame*, si segnala un'opportuna riflessione in merito ai requisiti necessari all'adozione di un provvedimento cautelare²⁶⁹: in particolare, quest'ultimo può essere accordato ove, accanto al *fumus*

²⁶⁴ TESAURO G., *Tutela cautelare e diritto comunitario*, cit., p. 131-132.

²⁶⁵ VITALE G., *Diritto processuale nazionale*, cit., p. 74.

²⁶⁶ Lungo queste due direttrici si appuntano le principali critiche alla sentenza: v. JOLIET R., *Protection juridictionnelle provisoire et droit communautaire*, in *Riv. dir. eur.*, 1992, p. 253, spec. p. 277 ss.; MUSCARDINI M., *Potere cautelare*, cit., *passim*; SIMON D., BARAV A., *Le droit communautaire et la suspension provisoire des mesures nationales. Les enjeux de l'affaire Factortame*, in *Rev. Mar. Com.*, 1990, p. 591, spec. p. 594 ss.

²⁶⁷ Corte giust., sent. 21 febbraio 1991, cause riunite C-143/88 e C-92/89, *Zuckerfabrik*, ECLI:EU:C:1991:65, su cui, oltre a TESAURO G., *Tutela cautelare e diritto comunitario*, cit., e VITALE G., *Diritto processuale nazionale*, cit., p. 78, v. anche BARONE A., *Questione pregiudiziale di validità di un regolamento comunitario e poteri cautelari del giudice nazionale*, in *Foro it.*, 1992, IV, c. 3.

²⁶⁸ Corte giust., sent. *Zuckerfabrik*, cit., pt. 17 ss.

²⁶⁹ *Ivi*, pt. 22 ss., con riferimento ai provvedimenti cautelari (e ai relativi presupposti) adottabili nel giudizio dinanzi alla Corte di giustizia.

boni iuris (cioè una valutazione fondata in ordine alla pretesa invocata dal ricorrente) e al *periculum in mora* (vale a dire il rischio di patire un pregiudizio grave ed irreparabile), si tenga conto pienamente degli interessi dell'Unione europea. La considerazione di questi ultimi potrebbe imporre al richiedente la prestazione di un'adeguata garanzia e di verificare che, a causa della misura sospensiva adottata, non si deprivi radicalmente l'atto di diritto derivato di ogni capacità di produrre i propri effetti giuridici.

Nel *case law* seguente, la Corte di giustizia ha sempre tenuto per fermi i principi sin qui espressi²⁷⁰, esplicitando – peraltro – che la tutela cautelare non si limita a provvedimenti di ordine sospensivo, ma anche a misure che impongano un obbligo di *facere*²⁷¹.

In ossequio al principio di effettività, la necessità di prevedere un meccanismo di tutela giudiziale si è manifestata anche in altre circostanze: tra queste, interessanti sono alcune pronunce in materia di procedimenti di co-amministrazione tra organi collocati nell'ordinamento nazionale e dell'Unione europea²⁷².

Nota è, in primo luogo, la sentenza *Borelli*²⁷³: in quella vicenda, l'operatore economico aveva impugnato un atto della Commissione con cui era stato comunicato di non poter accordare all'impresa un contributo, in ragione di un parere negativo reso dal Consiglio regionale ligure (in Liguria aveva sede l'impresa). La *Borelli* impugnava l'atto dell'istituzione europea dinanzi alla Corte di giustizia, poiché riteneva che, altrimenti, essa non avrebbe potuto trovare adeguata tutela, in quanto il parere predetto assumeva la natura di atto preparatorio, non sindacabile dal giudice amministrativo italiano. Il giudice lussemburghese, pur affermandosi non competente a conoscere della controversia, ha invece osservato che l'operatore economico ha il diritto di vedersi riconosciuto uno strumento di tutela, in modo che il controllo sulla legittimità dell'atto – che comprime la posizione giuridica soggettiva dell'interessato – possa essere sempre assicurata. Ad avviso della Corte, è compito dei giudici nazionali statuire, se necessario all'esito di un apposito rinvio pregiudiziale, sulla legittimità di tale parere, secondo le modalità di controllo giurisdizionale applicate a qualsiasi atto definitivo che, emanato dalla stessa autorità nazionale, possa recare pregiudizio all'istante o al terzo, e di conseguenza considerare ricevibile il ricorso

²⁷⁰ *Ex multis*, v. Corte giust., sent. 13 marzo 2007, causa C-432/05, *Unibet*, ECLI:EU:C:2007:163, pt. 67 ss.

²⁷¹ Corte giust., sent. 9 novembre 1995, causa C-465/93, *Atlanta*, ECLI:EU:C:1995:369, pt. 25-26.

²⁷² Sul punto, v. FALCON G., *La tutela giurisdizionale*, in CHITI M., GRECO G. (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, cit., vol. II, p. 697, spec. p. 758.

²⁷³ Corte giust., sent. 3 dicembre 1992, causa C-97/91, *Oleificio Borelli*, ECLI:EU:C:1992:491, su cui v. CARANTA R., *Sull'impugnabilità degli atti endoprocedimentali adottati dalle autorità nazionali nelle ipotesi di coamministrazione*, in *Foro amm.*, 1994, p.752; GARCÍA DE ENTERRÍA E., *The Extension of the Jurisdiction of National Administrative Courts by Community Law: the Judgment of the Court of Justice in Borelli and Article 5 of the EC Treaty*, in *Yearbook of European Law*, 1994, p. 19; MENGOLZI P., *La tutela davanti ai giudici nazionali dei diritti riconosciuti ai singoli ed i principi generali del diritto dell'Unione*, Milano, 2011, p. 31.

proposto a questo scopo, anche qualora le norme procedurali nazionali non lo prevedano in un caso del genere²⁷⁴.

Ancora, può essere interessante la vicenda *Greenpeace*²⁷⁵, relativa alla disciplina dei prodotti geneticamente modificati prevista dalla direttiva 90/220/CEE²⁷⁶: anche in questo caso, si è posto il problema di organizzare la tutela giurisdizionale in relazione agli atti adottati in seno al procedimento, sia avverso quelli di origine europea, sia rispetto a quelli nazionali. Nel caso di specie, l'atto che si riteneva essere affetto da patologia proveniva da un'autorità nazionale (in particolare, si trattava dell'esame della esatta notifica alla Commissione del fascicolo del procedimento, insieme ad un parere favorevole): pertanto, sarà il giudice nazionale a dover essere adito, provvedendo poi questi al rinvio pregiudiziale di validità ove, in conseguenza del vizio dell'atto nazionale, si discuta anche della legittimità della decisione poi adottata dall'organo comunitario all'esito del procedimento di co-amministrazione²⁷⁷. Perciò, anche laddove gli ordinamenti nazionali non dovessero disporre di un rimedio che consenta di accertare l'illegittimità degli atti endoprocedimentali, non potrà essere negato l'accesso alla tutela giurisdizionale, in quanto necessaria a proteggere una posizione giuridica che si radica (anche) nel diritto dell'Unione europea: così, ancora una volta, si assiste ad una «rilevante intrusione nei sistemi nazionali»²⁷⁸.

Non dissimile, ancora, è la pronuncia della Corte di giustizia nella sentenza *Eribrand*²⁷⁹. Anche in questo caso, a fronte di una decisione di autorità nazionali competenti all'applicazione del regolamento (CEE) 3665/87²⁸⁰, è stato sancito, dal giudice lussemburghese, che l'operatore economico coinvolto deve poter accedere ad un rimedio avverso la decisione adottata dall'amministrazione incaricata: all'ordinamento nazionale spetta definire le condizioni e le modalità della tutela, ma questa deve, pur sempre, esser predisposta²⁸¹.

Da ultimo, è fondamentale ricordare una terza modalità di tutela dei *Community rights* che la Corte di giustizia ha elaborato a favore dei privati, in modo da garantire loro un rimedio effettivo: la responsabilità dello Stato membro per l'illecito "anti-comunitario"²⁸².

²⁷⁴ Corte giust., sent. *Oleificio Borelli*, cit., pt. 13.

²⁷⁵ Corte giust., sent. 21 marzo 2000, causa C-6/99, *Greenpeace*, ECLI:EU:C:2000:148, in merito alla quale v. CARANTA R., *Coordinamento e divisione dei compiti tra Corte di giustizia delle comunità europee e giudici nazionali nelle ipotesi di coamministrazione: il caso dei prodotti modificati geneticamente*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 2000, p. 1133.

²⁷⁶ Direttiva 90/220/CEE in *GUCE*, 8 maggio 1990, L 117, p. 15.

²⁷⁷ Corte giust., sent. *Greenpeace*, cit., p. 53.

²⁷⁸ CARANTA R., *Coordinamento e divisione dei compiti*, cit., p. 1145.

²⁷⁹ Corte giust., sent. 19 giugno 2003, causa C-467/01, *Eribrand*, ECLI:EU:C:2003:364.

²⁸⁰ Regolamento (CEE) 3665/1987, in *GUCE*, 14 dicembre 1987, L 351, p. 1.

²⁸¹ Corte giust., sent. *Eribrand*, cit., pt. 64.

²⁸² Sulla responsabilità dello Stato membro per l'illecito del legislatore (dapprima) e poi di ogni suo organo o articolazione istituzionale per violazione del diritto dell'Unione europea v'è una produzione scientifica davvero ampia, che risale – quanto alla riflessione scientifica – anche a tempi che precedono le pronunce della Corte di giustizia in materia. *Ex multis*, BARAV A., *Damages in the Domestic Courts for Breach of Community Law by National Public*

Il giudice lussemburghese, allo scopo di assicurare piena protezione dei diritti conferiti dall'Unione europea, ha sviluppato quest'ulteriore strumento, quale mezzo residuale di tutela per tutte quelle ipotesi in cui la protezione giudiziaria non possa altrimenti essere assicurata. Riecheggia, in questo senso, il celebre insegnamento di Chiovenda²⁸³, secondo cui di regola è preferibile offrire al titolare di una posizione giuridica «tutto quello e proprio quello che egli ha diritto di conseguire», salvo apprestare – soltanto in via residuale – la tutela per equivalente economico.

A partire dalla celebre sentenza *Francoovich*²⁸⁴, la Corte di giustizia ha affermato l'obbligo, per lo Stato membro, di risarcire i privati le cui posizioni giuridiche soggettive – che trovano fonte nell'ordinamento sovranazionale – non siano state adeguatamente garantite e protette, così comportando una lesione apprezzabile a carico di colui che, del *Community right*, non si è potuto avvalere²⁸⁵. Come è stato affermato nel *leading case* appena menzionato, «sarebbe messa a repentaglio la piena efficacia delle norme comunitarie e sarebbe infirmata la tutela dei diritti da esse

Authorities, in SCHERMERS H., HEUKELS T., MEAD P. (eds.), *Non Contractual Liability of the European Communities*, Leida, 1988, p. 149; DI MARCO A., *La responsabilità extracontrattuale dello stato per violazioni del diritto dell'UE*, Napoli, 2017; FERRARO F., *La responsabilità risarcitoria*, cit.; FUMAGALLI L., *La responsabilità degli Stati membri per la violazione del diritto comunitario*, Milano, 2000; MASTROIANNI R., *La responsabilità patrimoniale dello Stato italiano per violazione del diritto dell'Unione: il caso della direttiva sull'indennizzo delle vittime dei reati*, in AA.VV., *Scritti in onore di Giuseppe Tesauro*, p. 1087; PESCATORE P., *Responsabilité des Etats membres en cas de manquement au règles communautaires*, in *Foro pad.*, 1972, p. 10; PORCHIA O., *La responsabilità dello Stato membro per danni derivanti ai singoli dalla mancata attuazione del diritto comunitario*, in *Dir. com. sc. int.*, 1993, p. 129; STROZZI G., *Responsabilità degli Stati membri per fatto del giudice in violazione del diritto comunitario*, in *DUE*, 2009, p. 881; TESAURO G., *Les sanctions pour le non-respect d'une obligation découlant du droit communautaire par les États membre*, nonché VAN GERVEN W., *Non-contractual Liability of Member States, Community Institutions and Individuals for Breaches of Community Law with a View to a Common Law for Europe*, entrambi in VAN GERVEN W., ZULEEG M. (eds.), *Remedies and Sanctions for the Enforcement of Community Law*, Colonia, 1996, rispettivamente p. 7 e p. 29. Per un'analisi sulla più recente giurisprudenza italiana che ha inteso qualificare la responsabilità in parola come *ex lege* (quindi di natura sostanzialmente indennitaria) v. AMALFITANO C., PERSANO F., *Responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'Unione europea e decorrenza del termine di prescrizione dell'azione risarcitoria*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2012, p. 111.

²⁸³ CHIOVENDA G., *Dell'azione nascente dal contratto preliminare*, in *Saggi di diritto processuale civile (1900-1930)*, vol. I, Roma, 1930, p. 110.

²⁸⁴ Corte giust., sent. 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e C-9/90, *Francoovich e Bonifaci c. Italia*, ECLI:EU:C:1991:428; le conclusioni dell'avvocato generale Mischo erano state presentate il precedente 28 maggio 1991 (ECLI:EU:C:1991:221). Su questa sentenza la produzione giuridica è, ancora una volta, estremamente ampia: basti ricordare, tra i numerosi contributi (e limitando l'indagine alla sola lingua italiana), CAFAGNO M.: *Ordinamento comunitario e responsabilità per lesione di interessi legittimi*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 1992, p. 147; CAMPESAN A., DAL FERRO A., *La responsabilità dello Stato per la violazione degli obblighi ad esso incombenti in forza del diritto comunitario alla luce della sentenza Francoovich*, in *DUE*, 1993, p. 313; MORI P., *Novità in tema di tutela dei singoli nei confronti dello Stato inadempiente a direttive comunitarie: il caso Francoovich e Bonifaci*, in *Giust. civ.*, 1992, p. 513; PONZANELLI G., *L'Europa e la responsabilità civile*, in *Foro it.*, 1992, IV, c. 150; RUSSO SPENA F., *La Corte di giustizia ridefinisce la responsabilità degli Stati membri per violazione del diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 1992, p. 163.

²⁸⁵ Può essere utile richiamare brevemente il caso di specie. Due giudici veneti, aditi dai signori Francoovich e Bonifaci, domandavano alla Corte di giustizia di interpretare l'odierno art. 288 TFUE e la direttiva 80/987/CEE, concernente il riavvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative alla tutela dei lavoratori subordinati in caso di insolvenza del datore di lavoro, non tempestivamente trasposta dalla Repubblica Italiana. Il sig. Francoovich e la sig.ra Bonifaci, entrambi dipendenti trovatisi in circostanze che potevano rientrare nell'ambito applicativo dell'atto comunitario, lamentavano – a causa dell'inerzia normativa interna – di non aver potuto godere dei diritti riconosciuti dalla direttiva: le questioni proposte miravano dunque ad accertare se la direttiva, in tema di tutela dei lavoratori, avesse efficacia diretta e a delineare l'esistenza e la portata della responsabilità dello Stato per i danni cagionati dalla violazione degli obblighi ad esso incombenti

riconosciuti se i singoli non avessero la possibilità di ottenere un risarcimento ove i loro diritti siano lesi da una violazione del diritto comunitario imputabile ad uno Stato membro»²⁸⁶. Con questa sentenza è stato quindi compiutamente affermato un principio che già *in nuce* era stato accennato, sin da tempo risalente, dalla Corte di giustizia, ma mai di fatto sviluppato in pienezza come nel caso *Francoovich*²⁸⁷.

Il principio espresso in questa storica pronuncia è stato poi oggetto di ulteriore specificazione e illustrazione nel successivo *case law* della Corte, che ha espresso alcune fondamentali precisazioni del proprio *dictum*.

In primo luogo, la responsabilità dello Stato membro deve poter essere affermata non soltanto per il fatto illecito del legislatore – che abbia ommesso di trasporre in modo tempestivo e/o corretto una direttiva – ma anche per la condotta o l’omissione di qualsiasi altra articolazione del potere esecutivo o giudiziario, dalla quale derivi un pregiudizio di un diritto sancito, a vantaggio dell’individuo, da parte del diritto dell’Unione europea²⁸⁸.

Inoltre, va osservato che se il caso *Francoovich* concerneva un’ipotesi di un atto di diritto derivato incapace di produrre effetti diretti, la successiva giurisprudenza – specie a partire dalla sentenza *Brasserie du pêcheur* – ha avuto cura di sancire che l’obbligo risarcitorio sorge come conseguenza della lesione di qualsiasi posizione giuridica soggettiva che l’ordinamento dell’Unione europea conferisce, a prescindere dalla capacità della norma sovranazionale di essere (o meno) immediatamente invocata dal singolo e dall’eventuale maggiore o minore spazio discrezionale accordato al legislatore (o all’organo nazionale)²⁸⁹.

La pronuncia appena segnalata rileva, altresì, perché in essa si afferma chiaramente che i due strumenti invocabili – il risarcimento del danno e la diretta applicazione della norma sovranazionale – sono fra loro complementari: il primo dei rimedi non è, quindi, subordinato all’assenza di effetti diretti della disciplina sovranazionale.

²⁸⁶ Corte giust., sent. *Francoovich*, cit., pt. 33.

²⁸⁷ Corte giust., sent. 16 dicembre 1960, causa 6/60, *Humblet*, ECLI:EU:C:1960:48, in cui si legge che «ove in una sua sentenza la Corte accerti che un atto legislativo od amministrativo degli organi di uno Stato membro contrasta col diritto comunitario, l’art. 86 del Trattato Ceca impone a tale Stato tanto di revocare l’atto di cui trattasi quanto di riparare gli illeciti effetti che ne possono essere derivati». La previsione di una responsabilità dello Stato membro per l’illecito anticomunitario è stata *ex professo* oggetto di un quesito pregiudiziale formulato dal TAR Lombardia nel procedimento che ha dato luogo a Corte giust., sent. 13 luglio 1989, causa C-380/87, *Enichem Base e a. c. Comune di Cinisello Balsamo*, ECLI:EU:C:1989:318, senza però trovare, in quella sede, risposta esplicita dalla Corte.

²⁸⁸ In tal senso, per il fatto del giudice, v. le note pronunzie Corte giust., sent. 30 settembre 2003, causa C-224/01, *Köbler*, ECLI:EU:C:2003:513 e, per il caso in cui la responsabilità del magistrato sia di fatto esclusa dalla legge, sent. 13 giugno 2006, causa C-173/03, *Traghetti del Mediterraneo*, ECLI:EU:C:2006:391. Anche su queste sentenze è notevole il contributo della dottrina: basti rinviare a STROZZI G., *Responsabilità degli Stati membri*, cit.

²⁸⁹ Corte giust., sent. 5 marzo 1996, cause riunite C-46/93 e C-48/93, *Brasserie du pêcheur*, ECLI:EU:C:1996:79, pt. 48 ss.

Da ultimo, sempre nella sentenza appena menzionata, la Corte di giustizia si è soffermata sugli elementi costitutivi della responsabilità dello Stato membro. In particolare, secondo un noto passaggio della pronuncia in esame, «un diritto al risarcimento è riconosciuto dal diritto comunitario in quanto siano soddisfatte tre condizioni, vale a dire che la norma giuridica violata sia preordinata a conferire diritti ai singoli, che si tratti di violazione sufficientemente caratterizzata e, infine, che esista un nesso causale diretto tra la violazione dell'obbligo incombente allo Stato e il danno subito dai soggetti lesi»²⁹⁰, ovvero in condizioni sostanzialmente analoghe a quelle che fondano la responsabilità extracontrattuale in capo alla stessa Unione europea.

Spetta poi – secondo i già osservati principi di autonomia procedurale, effettività ed equivalenza – a ciascuna giurisdizione nazionale assicurare le forme e le modalità tramite cui lo strumento risarcitorio possa in concreto essere esercitato da parte dei singoli²⁹¹.

Com'è stato rilevato in dottrina, la procedura d'infrazione – strumento che i trattati conoscono sin dall'origine delle Comunità per censurare gli inadempimenti degli Stati membri – non è uno strumento sufficiente a garantire che questi ultimi ottemperino, con costanza ed esattezza, agli obblighi che loro derivano dall'appartenenza all'Unione europea: l'obbligo di risarcire i danni che, a causa delle proprie mancanze, derivano agli individui è sicuramente un mezzo per far intendere con chiarezza, agli ordinamenti nazionali, che violare gli obblighi «non paga»²⁹².

Si tratta – ancora una volta – di un principio di tutela affermato in via pretoria, che si è discusso di inserire nei trattati²⁹³, ma che, nonostante le molteplici occasioni di revisione degli strumenti pattizi, gli Stati membri non hanno mai consacrato in una disposizione scritta: tuttavia, è fondamentale rilevare che mai è stata revocata in dubbio né dalla dottrina né, tantomeno, dai Paesi stessi o dai loro organi di giustizia ordinaria o costituzionale²⁹⁴.

Grazie alla giurisprudenza inaugurata dalla sentenza *Francoovich*, com'è stato rilevato da autorevole dottrina²⁹⁵, si è quindi plasmato un vero e proprio «diritto al diritto, che sorge nell'ordinamento giuridico dell'Unione a favore degli individui e a carico degli Stati membri», la cui

²⁹⁰ *Ivi*, pt. 51.

²⁹¹ Corte giust., sent. 25 novembre 2010, causa C-429/09, *Fuß*, ECLI:EU:C:2010:717, pt. 74: in tale sentenza, la Corte ha riconosciuto che viola il principio di effettività pretendere che il privato abbia impiegato ogni mezzo di ricorso o rimedio interno diverso dall'azione di risarcimento, quando ciò comporti oneri e difficoltà eccessivi a suo carico.

²⁹² In questi esatti termini, TIZZANO A., *La tutela dei privati*, cit., c. 27. Rileva la capacità deterrente degli obblighi risarcitori anche MASTROIANNI R., *La responsabilità patrimoniale*, cit., p. 1091.

²⁹³ TIZZANO A., *La tutela dei privati*, cit., c. 27, ove si sottolinea che l'incapacità di delineare una formulazione linguistica soddisfacente, unita al timore di limitare sviluppi giurisprudenziali hanno poi indotto i Signori dei trattati ad abbandonare tale proposito. Una disposizione scritta che afferma il principio in esame si rinviene nell'art. 22 dell'Accordo sul tribunale unificato dei brevetti, in *GUUE*, 20 giugno 2013, C 175, p. 1, atto che, tuttavia, come evidenziato dalla dottrina (MASTROIANNI R., *La responsabilità patrimoniale*, cit., p. 1089), è almeno formalmente estraneo all'organizzazione istituzionale dell'Unione europea.

²⁹⁴ MASTROIANNI R., *La responsabilità patrimoniale*, cit., p. 1089.

²⁹⁵ CANNIZZARO E., *Effettività del diritto*, cit., p. 667-668, da cui è tratta la citazione seguente.

genesi si rinviene proprio nell'assenza di un meccanismo giuridico che, nell'ordinamento nazionale, sia idoneo a far fronte all'inadempimento dell'obbligo dello Stato di consentire piena tutela del *Community right*.

In sintesi, l'analisi – sia pur in termini rapidi e procedendo per macro-tipologie di intervento – della giurisprudenza della Corte rivela, in effetti, che nel corso del tempo essa ha affiancato all'integrazione “negativa” (ad una sorta – per utilizzare categorie cartesiane – di *pars destruens*), un intervento in chiave positiva (*pars construens*), affermando che all'interno degli ordinamenti nazionali alcune posizioni giuridiche debbano necessariamente essere previste e tutelate, secondo standard o elementi costitutivi definiti già dalla stessa giurisprudenza lussemburghese.

8. Il fondamento del rapporto tra Unione europea e Stati membri: l'obbligo di leale cooperazione.

All'esito di questa ricognizione – necessaria per indagare come avvenga quella forma di interazione tra ordinamenti nazionali e sovranazionali che consente ai *Community rights* di trovare adeguato *enforcement* attraverso gli apparati nazionali – risulta fondamentale individuare il perno su cui questo rapporto si è dapprima costruito e poi consolidato.

In via pressoché univoca, la giurisprudenza della Corte²⁹⁶ e la dottrina²⁹⁷ hanno rinvenuto nell'obbligo di leale collaborazione l'autentica chiave di lettura di questo sistema. Questa peculiare, inedita forma di articolazione e relazione tra Unione europea e ordinamenti nazionali si costruisce attorno alla clausola di fedeltà oggi sancita dall'art. 4, par. 3, TUE²⁹⁸: la versione attuale della disposizione risente di un'integrazione del testo precedentemente vigente (art. 10 TCE,

²⁹⁶ Pressoché tutte le sentenze richiamate – come osservato nell'ampio studio di BLANQUET M., *L'article 5 du Traité CEE : recherche sur les obligations de fidélité des États membres de la Communauté*, Parigi, 1994, *passim* – che hanno sviluppato i principi di effettività e equivalenza come limiti dell'autonomia procedurale e che hanno poi offerto spunti utili a definire livelli positivi di tutela da parte della Corte di giustizia, contengono un riferimento alla *fidelity clause*: così è stato nelle sent. *Rene*, cit., pt. 5; *Factortame*, cit., pt. 19; *Franovich*, cit., pt. 36; *Brasserie du Pêcheur*, cit., pt. 39; *van Schijndel*, cit., pt. 16.

²⁹⁷ ACCETTO M., ZLEPTNIG S., *The Principle of Effectiveness*, cit., p. 402; CANNIZZARO E., *Effettività del diritto*, cit., p. 664; CARBONE S., *Principio di effettività*, cit., p. 12; GALETTA D.U., *L'autonomia procedurale*, cit., p. 36; HARDING C., *Member State Enforcement*, cit., p. 7; *L'efficacité des différentes*, cit., p. 392; NIZZO C., *L'art. 5 del Trattato CE e la clausola generale di buona fede nell'integrazione europea*, in *DUE*, 1997, p. 381, spec. p. 387; TEMPLE LANG J., *The Duties of Cooperation of National Authorities and Courts under Article 10 EC: two more Reflection*, in *ELR*, 2001, p. 84, spec. p. 86; TRIDIMAS T., *The General Principles*, cit., p. 422.

²⁹⁸ L'odierno art. 4, par. 3, TUE era, in origine, numerato come art. 5 TCE(E), divenuto poi art. 10 TCE (a seguito delle modifiche apposte con il Trattato di Amsterdam). Il tenore letterale della disposizione, fino all'avvento del Trattato di Lisbona, si limitava a sancire, al primo paragrafo, che «[g]li Stati membri adottano tutte le misure di carattere generale o particolare atte ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dal presente Trattato ovvero determinati dagli atti delle istituzioni della Comunità. Essi facilitano quest'ultima nell'adempimento dei propri compiti» e, al successivo par. 2, che «[e]ssi si astengono da qualsiasi misura che rischi di compromettere la realizzazione degli scopi del presente Trattato». Per una complessiva analisi, anche sull'evoluzione della formulazione e del contenuto della *fidelity clause*, v., *ex multis*, CONDINANZI M., *Leale cooperazione*, in AA.VV., *Europa. Un'utopia in costruzione*, Roma, 2018, p. 122; KLAMERT M., *The Principle of Loyalty in EU Law*, Oxford, 2014, p. 10 ss.; IANNONE C., *Art. 4, par. 3, TUE*, in TIZZANO A. (a cura di), *Trattati*, cit., p. 28.

prima ancora art. 5 TCE e TCEE) operata con la revisione dei trattati effettuata tra il 2007 e il 2009, quando è stata inserita un'esplicita formulazione della *fidelity clause*, in ossequio alla quale «in virtù del principio di leale cooperazione, l'Unione e gli Stati membri si rispettano e si assistono reciprocamente nell'adempimento dei compiti derivanti dai trattati».

Questa previsione si è aggiunta ai precetti già rivolti agli Stati membri dalla disposizione pattizia nella sua risalente formulazione (art. 5 TCEE).

Da un lato, essa imponeva obblighi di *facere*, declinati in due direzioni, ovvero (i) adottare ogni misura generale o particolare funzionale ad assolvere ai doveri derivanti dal trattato o dagli atti di diritto secondario, nonché (ii) facilitare l'adempimento dei compiti riservati alle Comunità²⁹⁹. Dall'altro, l'obbligo in esame si manifestava anche in un'ottica negativa, in quanto imponeva agli Stati membri di astenersi da ogni misura o comportamento che potesse compromettere il raggiungimento degli obiettivi dell'Unione stessa³⁰⁰.

Da questa coppia di precetti, la giurisprudenza e la dottrina avevano già ricavato ciò che vi era pacificamente sotteso (e che oggi si legge nell'art. 4, par. 3, co. 1, TUE), ovvero quell'obbligo variamente definito come dovere di leale collaborazione o cooperazione o, ancora, come espressione del principio di diligenza, buona fede o lealtà europea³⁰¹.

Si tratta di una previsione la cui centralità – e la cui capacità di sintetizzare i principi generali, strutturali e normativi, dell'integrazione europea³⁰² – risulta ben attestata dalla collocazione in apertura dei trattati: una sede che è sempre stata propria del principio in esame³⁰³ e che rispecchia l'importanza, pressoché fondamentale, ch'essa ha giocato nell'evoluzione storica delle Comunità e dell'Unione europea³⁰⁴.

Peraltro, anche l'impiego che la Corte di giustizia ha fatto della *fidelity clause* ne rispecchia l'essenzialità quanto all'articolazione dei rapporti tra i due ordinamenti, dimostrandosi strumento utile per rispondere alle esigenze di una relazione in continua evoluzione e, soprattutto, allo scopo di garantire, in modo sempre più pieno e diffuso, l'applicazione delle norme di origine

²⁹⁹ Per una specifica analisi, v. TEMPLE LANG J., *Community Constitutional Law*, cit., p. 647 e la giurisprudenza ivi citata.

³⁰⁰ Quanto agli obblighi derivanti dalla seconda parte dell'art. 5 TCE (odierno art. 4, par. 3, co. 3, TUE), in termini di *non facere*, v. NIZZO C., *L'art. 5 del Trattato CE*, cit., p. 401; IANNONE C., *Art. 4, par. 3*, cit., p. 40.

³⁰¹ NIZZO C., *L'art. 5 del Trattato CE*, cit., p. 387 e *ivi* ulteriori indicazioni quanto alle locuzioni utilizzate. Talvolta la Corte di giustizia ha utilizzato l'espressione, invero assai evocativa, «spirito di leale cooperazione»: v. Corte giust., sent. 26 aprile 2005, causa C-494/01, *Commissione c. Irlanda*, ECLI:EU:C:2005:250, pt. 45.

³⁰² TIZZANO A., *Le competenze della Comunità*, in AA.VV., *Trent'anni di diritto comunitario*, cit., p. 45, spec. p. 70.

³⁰³ BLANQUET M., *L'article 5*, cit., p. 9. La centralità si comprende evidenzia ancor più se si paragona la collocazione nel TCE con quella riservata all'omologo principio nei trattati istitutivi delle altre due Comunità (art. 192 Tr. Euratom e 86 Tr. CECA), come è stato rilevato da DUE O., *Article 5*, cit., p. 18.

³⁰⁴ TIZZANO A., *Le competenze della Comunità*, cit., p. 70.

europea, fino a ritenere che l'art. 4, par. 3, TUE abbia «indirectly provided what the EC Treaty lacked»³⁰⁵.

Per quanto siano frequenti i richiami³⁰⁶ che il giudice lussemburghese ha operato all'obbligo di leale cooperazione nel proprio *case law*³⁰⁷, non è facile ricostruire, in termini esatti e univoci, né il fondamento teorico della disposizione, né la portata applicativa, essendo ampio e indifferenziato il richiamo (talvolta persino implicito³⁰⁸) all'art. 4, par. 3, TUE³⁰⁹.

In relazione alla *ratio essendi* dell'obbligo in esame, è stato evidenziato che la previsione nasce dalla necessità di enunciare, agli Stati membri, le conseguenze della loro appartenenza al percorso di integrazione³¹⁰, in modo non dissimile dai doveri di fedeltà propri delle organizzazioni nazionali a sfondo federalista³¹¹.

Se, in una prospettiva storica più risalente, la *fidelity clause* veniva intesa, pur da autorevole dottrina, come la reiterazione (e declinazione) del noto principio internazionalistico per cui *pacta sunt servanda*³¹², una tale impostazione è stata progressivamente superata dalla totalità degli interpreti, i quali hanno evidenziato che nessuna ragione vi sarebbe stata per dover sancire l'obbligo di rispettare, in capo agli Stati membri, disposizioni che essi hanno il dovere di osservare³¹³. Non si tratta, in sostanza, di una mera ripetizione né del dovere di rispettare i patti assunti in sede

³⁰⁵ TEMPLE LANG J., *Community Constitutional Law*, cit., p. 647 ss.; l'espressione citata è tratta da TEMPLE LANG J., *The Duties of Cooperation*, cit., p. 84.

³⁰⁶ Interessante, al proposito, l'esame svolto da BLANQUET M., *L'article 5*, cit., Parigi, 1994, p. 14 ss., il quale osserva che nel periodo 1958-1974 l'obbligo di leale cooperazione è comparso, nelle sentenze della Corte di giustizia, soltanto tredici volte, mentre nei successivi anni (la ricerca si arresta al 1991) l'impiego esplicito dell'art. 5 TCE incrementa sensibilmente (136 pronunce ne fanno menzione). Il *trend* appare ampiamente confermato in tempi odierni: se si effettua, tramite il sito web della Corte di giustizia, una ricerca sulle sentenze adottate nell'anno 2019, risultano, dell'art. 4, par. 3, TUE, 29 citazioni all'interno dell'apparato motivazionale: sono state opportunamente escluse dal conteggio quelle pronunce in cui la disposizione ricorre soltanto perché menzionata negli atti introduttivi dei giudizi – sovente nelle ordinanze di rinvio da parte degli organi autori del rinvio pregiudiziale – in quanto poi la Corte non fa alcun impiego della *fidelity clause*. Il dato quantitativo, dunque, continua a sottolineare la rilevanza della disposizione nei più vari ambiti di applicazione del diritto dell'Unione europea.

³⁰⁷ Sebbene questa sede non consenta ulteriori approfondimenti, la giurisprudenza della Corte di giustizia ha progressivamente “declinato” il principio in esame anche oltre l'obbligo degli Stati membri di cooperare con l'Unione europea. In primo luogo, ne è stata fornita una lettura in termini “rovesciati”, cioè come obbligo delle istituzioni europee di cooperare con quelle nazionali: per una recente analisi in materia, v. ROSSI L.S., 2, 4, 6 (TUE)... *L'interpretazione dell'Identity Clause alla luce dei valori fondamentali dell'UE*, in AA.VV., *Liber amicorum in onore di Antonio Tizzano*, Torino, 2018, p. 859, spec. p. 864 ss. Inoltre, dall'art. 4, par. 3, TUE è stato ricavato un dovere di collaborazione interistituzionale e, a livello reciproco, tra gli Stati membri. Sul punto, v. IANNONE C., *Art. 4, par. 3, TUE*, cit., p. 30; RINOLDI D., *Articolo 10 TCE*, in POCAR F., ADINOLFI A. (a cura di), *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione europea*, Padova, 2001, p. 115, spec. p. 117.

³⁰⁸ NIZZO C., *L'art. 5 del Trattato CE*, cit., p. 382; TEMPLE LANG J., *Community Constitutional Law*, cit., p. 647.

³⁰⁹ Evidenzia la difficoltà ricostruttiva FERRARO F., *La responsabilità risarcitoria*, cit., p. 102.

³¹⁰ COSTANTINESCO V., *Article 5*, in COSTANTINESCO V., KOVAR R., JACQUE J., SIMON D. (sous la direction de), *Traité instituant la CEE, Commentaire article par article*, Parigi, 1992, p. 55.

³¹¹ FERRARO F., *La responsabilità risarcitoria*, cit., p. 104.

³¹² MONACO R., *Caratteri istituzionali della Comunità economica europea*, in *Riv. dir. int.*, 1958, p. 20.

³¹³ Così già QUADRI R., *Articolo 5*, in QUADRI R., MONACO R., TRABUCCHI A. (a cura di), *Trattato istitutivo della Comunità economica europea: commentario CEE*, Milano, 1965, p. 51, spec. p. 53. Per un'efficace analisi del rapporto tra l'obbligo di leale cooperazione e il principio del *pacta sunt servanda*, v. CONDINANZI M., *Leale cooperazione*, cit., p. 124.

internazionale, né degli obblighi che già i trattati (e gli atti di diritto derivato) sanciscono a carico degli Stati membri³¹⁴.

La funzione dell'art. 4, par. 3, TUE, che all'origine parte della dottrina aveva pur sempre limitato ad una dimensione esegetico-interpretativa³¹⁵, si è progressivamente consolidata nel senso che a tale disposizione si deve attribuire una capacità precettiva propria ed autonoma³¹⁶. Al proposito, però, deve essere riconosciuto che la portata vincolante della *fidelity clause* non deve essere tale da introdurre obblighi nuovi e ulteriori in termini tali da produrre un'estensione delle competenze attribuite all'Unione europea dai trattati³¹⁷.

Per quanto rileva rispetto agli obblighi di cooperazione che insistono sugli Stati membri, è stato evidenziato che – proprio per il *deficit* strutturale che caratterizza l'ordinamento dell'Unione europea quanto al *pouvoir de sanction* – l'art. 4, par. 3, TUE ha assolto (e assolve anche oggi) alla fondamentale necessità di assicurare un'applicazione immediata e diffusa delle norme di fonte europea. Il ruolo della *fidelity clause* si apprezza dunque – nella già ampiamente analizzata relazione tra gli ordinamenti – nel senso di costituire quel medio logico grazie al quale la Corte di giustizia ha potuto definire le specifiche e concrete modalità di efficace declinazione delle norme europee e, così, ottenere un'adeguata protezione dei diritti³¹⁸.

I trattati, per quanto analitici, non prevedono, per ogni singola sfera di competenza o interesse dell'Unione europea, un corpo di norme puntuali quanto agli obblighi (e alle conseguenze delle rispettive violazioni) che da questi discendono nei confronti dello Stato membro: ove – come spesso accade – manchi una specifica disciplina, il dovere di leale collaborazione opera come mezzo capace di imporre egualmente dei doveri a carico degli ordinamenti nazionali, anche ove non siano dettagliati e specifici³¹⁹. In questo senso, dunque, l'art. 4, par. 3, TUE si pone come norma di chiusura del sistema, per garantire ad esso la massima coerenza³²⁰.

In questa prospettiva, la disposizione in esame ha assunto una dimensione pratica, funzionalistica³²¹, nel senso di saper garantire l'effetto utile del diritto dell'Unione europea e consentire il superamento delle lacune che, quanto all'*enforcement* dello stesso, si manifestavano negli Stati membri³²²: è stato proprio l'obbligo di diligenza, gravante su questi ultimi, il canale idoneo a garantire l'effettività dell'ordinamento dell'Unione europea.

³¹⁴ DUE O., *Article 5*, cit., p. 23.

³¹⁵ QUADRI R., *Articolo 5*, cit., p. 54.

³¹⁶ NIZZO C., *L'art. 5 del Trattato CE*, cit., p. 386.

³¹⁷ DUE O., *Article 5*, cit., p. 35; TEMPLE LANG J., *Community Constitutional Law*, cit., p. 647.

³¹⁸ NIZZO C., *L'art. 5 del Trattato CE*, cit., p. 388.

³¹⁹ TEMPLE LANG J., *The Duties of Cooperation*, cit., p. 91.

³²⁰ NIZZO C., *L'art. 5 del Trattato CE*, cit., p. 405-406.

³²¹ TIZZANO A., *Le competenze della Comunità*, cit., p. 71.

³²² DUE O., *Article 5*, cit., p. 35: osservazioni poi condivise e sviluppate da ACCETTO M., ZLEPTNIG S., *The Principle of Effectiveness*, cit., p. 386-387.

Da ultimo, merita attenzione il tema – oggetto di attenzione da parte della dottrina – relativo al riconoscimento di efficacia diretta all’obbligo di leale collaborazione. Appare, in proposito, dominante l’orientamento secondo il quale l’art. 4, par. 3, TUE non è suscettibile di invocazione da parte (e nei confronti) dei privati³²³, come peraltro ha sancito anche la Corte di giustizia in alcune sue pronunce³²⁴. Le argomentazioni che di regola sono addotte a tal fine sono sostanzialmente due: la generalità della formulazione della clausola e, in aggiunta, l’esistenza di margini di libertà e discrezionalità accordati agli Stati membri nell’adempimento degli obblighi loro derivanti (di regola configurati secondo lo schema dell’obbligazione di risultati).

Non manca, tuttavia, un orientamento di segno differente³²⁵, che – dopo aver sottoposto a critica l’approccio maggioritario³²⁶ – sottolinea che alla disposizione in esame si devono riconoscere effetti diretti quantomeno in ragione della capacità della *fidelity clause* di “combinarsi”³²⁷ con altre disposizioni dei trattati che impongono, agli Stati membri, di rispettare quei «valori giuridici essenziali che toccano da vicino anche – ed anzi, soprattutto – l’individuo»³²⁸. Proprio per questa capacità dell’obbligo di leale collaborazione di fondersi con altre disposizioni dei trattati o del diritto derivato, si evidenzia che l’efficacia diretta è *de facto* riconosciuta³²⁹.

Sebbene alcune implicazioni della *fidelity clause* siano – per la formulazione delle previsioni convenzionali e per l’impiego giurisprudenziale che ne è stato fatto – non del tutto chiare e

³²³ NIZZO C., *L’art. 5 del Trattato CE*, cit., p. 406 e dottrina *ivi* citata, ancorché poi l’Autore manifesti una chiara apertura alla teoria di segno opposto. Per una rassegna delle posizioni emerse, v. anche BLANQUET M., *L’article 5*, cit., p. 265.

³²⁴ Corte giust., sent. 15 gennaio 1986, causa 44/84, *Hurd*, ECLI:EU:C:1986:2, pt. 48.

³²⁵ Favorevoli al riconoscimento di effetti diretti, oltre a NIZZO C., *L’art. 5 del Trattato CE*, cit., p. 407-409, anche LUZZATTO R., *Note sul diritto dei singoli ad una tutela giurisdizionale piena ed effettiva contro le violazioni del diritto comunitario*, in *Jus*, 1/1999, p. 373, spec. p. 386-387. Dello stesso avviso l’avvocato generale Tesauo, come si apprende dalle conclusioni rese il giorno 11 luglio 1991, nella causa C-78/90, *Société Compagnie Commerciale de l’Ouest*, ECLI:EU:C:1991:313, ove si legge «[l]’efficacia diretta della disposizione è in generale esclusa: a mio avviso a torto, salvo approfondimenti che non ritengo opportuni in questa sede. Mi sembra invero almeno ipotizzabile che la norma, e segnatamente il secondo comma, possa assumere autonoma portata normativa quale fonte di situazioni giuridiche soggettive. È sicuro peraltro che l’art. 5 sia comunque destinato a venire in rilievo solo in via del tutto residuale. Nella normalità dei casi una misura incompatibile con il disposto dell’articolo 5, n. 2, rientrerà nella sfera di applicazione di altra e più specifica norma precettiva del trattato».

³²⁶ In particolare, come evidenzia lucidamente NIZZO C., *L’art. 5 del Trattato CE*, cit., p. 407 ss., la natura generale di una disposizione non è d’ostacolo ad accordare ad essa effetti diretti, in quanto l’efficacia e la generalità sono due categorie tra loro non interferenti. Ad esempio, norme come quelle in tema di responsabilità extracontrattuale sono concepite in molti ordinamenti in termini generali (nell’ordinamento italiano è tale, senz’ombra di dubbio, l’art. 2043 c.c.), ma non per questo rimangono confinate in una dimensione programmatica, incapace di invocazione da parte dei privati. Inoltre, quanto al secondo argomento, viene messo in luce che, per quanto possa essere accordato agli Stati membri – e solo in taluni casi – un margine più o meno ampio, è evidente che questi restano pur sempre soggetti ad un obbligo, e non ad una mera facoltà di cooperazione.

³²⁷ BLANQUET M., *L’article 5*, cit., p. 269, parla di un «*effet direct par combinaison*», sebbene non vi sia alcuna traccia, nella giurisprudenza della Corte o nella precedente dottrina, di una teorizzazione simile. Considerazioni di segno analogo sono svolte da CONDINANZI M., *Leale cooperazione*, cit., p. 125.

³²⁸ NIZZO C., *L’art. 5 del Trattato CE*, cit., p. 408.

³²⁹ Come evidenzia, tra gli altri, RINOLDI D., *Articolo 10 TCE*, cit., p. 116.

oggetto di esatta e univoca delineazione, è innegabile che l'obbligo di leale collaborazione gravante sugli Stati membri ha costituito lo strumento attraverso il quale si è imposto alle autorità nazionali il dovere di adottare ogni misura idonea per assicurare efficacia e corretta applicazione del diritto dell'Unione europea, alla luce del complesso equilibrio istituzionale e del riparto di competenze di cui si è detto in precedenza³³⁰.

In questo senso, come si è già ampiamente osservato, un ruolo prioritario è stato riconosciuto all'autorità giudiziaria e all'attività che essa svolge: è proprio nel potere di *ius dicere*, quindi di accordare tutela ai diritti, che si concretizza la capacità di effettività di un ordinamento. Risulta palese che se al presidio delle posizioni giuridiche soggettive di fonte europea provvedono, in larga parte, le corti nazionali, diventa essenziale non soltanto assicurare che i *Community rights* siano adeguatamente tutelati, una volta adita la giurisdizione, ma – ancor di più – non può mancare uno strumento di accesso a quest'ultima.

Proprio in questa direzione, il *case law* della Corte di giustizia ha portato ad emersione, accanto all'obbligo di leale collaborazione – nonché all'esigenza di assicurare effettività ai *Community rights*, un ulteriore e fondamentale principio, cui già qualche cenno è stato talvolta fatto: quello, cioè, della tutela giurisdizionale effettiva.

9. L'esigenza di garantire una tutela giurisdizionale effettiva: l'elaborazione come principio generale.

L'esigenza di garantire la piena effettività del diritto dell'Unione costituisce, come visto, un vero e proprio *fil rouge* nella giurisprudenza della Corte di giustizia: è pressoché ovvio sottolineare che, se non ci sono mezzi per accedere alla tutela giurisdizionale, il riconoscimento di una posizione giuridica soggettiva di vantaggio resta confinata *in the books*.

Di conseguenza, quando la tutela non sia direttamente accordata dinanzi all'organo giurisdizionale dell'Unione europea, a quest'incombente debbono provvedere gli Stati membri e i rispettivi apparati giudiziari: un accesso effettivo al giudice (e, quindi, ad un procedimento dinanzi a quest'ultimo) deve sempre essere garantito³³¹.

Si tratta – secondo una consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia, che ha nel caso *Johnston*³³² la propria pietra miliare – di un principio generale dell'ordinamento dell'Unione europea: «[i]l sindacato giurisdizionale che [si] vuole sia garantito costituisce espressione di un

³³⁰ GREVISSE F., BONICHOT J.C., *Les incidences du droit communautaire sur l'organisation et l'exercice de la fonction juridictionnelle dans les États membres*, in AA. VV., *L'Europe et le droit*, cit., p. 297, spec. p. 302.

³³¹ LENAERTS K., MASELIS I., GUTMAN K., *EU Procedural Law*, Oxford, 2014, p. 111.

³³² Corte giust., sent. 15 maggio 1986, causa 222/84, *Johnston*, ECLI:EU:C:1986:206. Nel caso di specie, il Tribunale di Belfast aveva sottoposto varie questioni pregiudiziali alla Corte di giustizia in merito alla direttiva 76/207 del Consiglio, relativa all'attuazione del principio della parità di trattamento fra uomini e donne, e all'art.

principio giuridico generale su cui sono basate le tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri. Detto principio è stato del pari sancito dagli artt. 6 e 13 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, stipulata il 4 novembre 1950. [...] Qualsiasi persona ha il diritto di esperire un ricorso effettivo dinanzi a un giudice competente avverso gli atti che essa ritenga contrastanti col principio della parità di trattamento fra uomini e donne stabilito dalla direttiva [...]»³³³. Quest'affermazione costituisce poi una vera e propria costante in numerose e successive pronunce³³⁴.

Con la sentenza resa nel caso *Johnston*, la Corte di giustizia – richiamandosi, all'interno del proprio itinerario argomentativo agli artt. 6 e 13 CEDU³³⁵, secondo cui gli Stati debbono garantire un ricorso effettivo davanti ad un giudice nazionale – ha segnato un passaggio fondamentale, poiché configura l'esigenza di una tutela giurisdizionale come un diritto dell'individuo e non già (o non solo) come un (mero) obbligo rivolto agli Stati membri per garantire l'*enforcement* delle disposizioni comunitarie³³⁶.

In questo senso, è stato dunque osservato da autorevole dottrina che la Corte di giustizia ha riconosciuto ai privati un vero e proprio “diritto al giudice”³³⁷: quest'ultimo dev'essere dotato di una sfera di competenza che gli permetta di conoscere nel merito l'istanza di tutela avanzata dal singolo³³⁸. Perciò il giudice nazionale, quando è chiamato a pronunciarsi su un'azione o un ricorso che si fondino (anche) sul diritto dell'Unione europea, è una *longa manus* dell'ordinamento

224 TCE (ora divenuto art. 347 TFUE). Tali questioni erano state sollevate nell'ambito di una controversia tra la sig.ra Johnston e la dirigenza delle forze di polizia dell'Ulster, a fronte del rifiuto opposto, da parte del corpo di polizia, al rinnovo del contratto di lavoro della Johnston ed al diniego, nei confronti della signora, all'accesso a corsi di addestramento al maneggio e all'uso di armi da fuoco: costei si doleva infatti di essere vittima di una discriminazione illegittima, e si richiamava alla direttiva predetta per ottenere tutela delle proprie ragioni, in ossequio al diritto – sancito dall'art. 6 della direttiva in parola - di far valere i propri diritti per via giudiziaria.

³³³ *Ivi*, pt. 18-19.

³³⁴ Si possono menzionare, nel corso degli anni, alcune pronunce quali: Corte giust., sent. 15 ottobre 1987, causa 222/86, *Heylens*, ECLI:EU:C:1987:442, pt. 14; sent. *Oleificio Borelli*, cit., pt. 13-14; sent. 11 gennaio 2001, causa C-226/99, *Siples*, ECLI:EU:C:2001:14, pt. 17-20; sent. 19 settembre 2006, causa C-506/04, *Wilson*, ECLI:EU:C:2006:587, pt. 46.

³³⁵ L'art. 6 CEDU compendia una serie di garanzie necessarie a garantire “un equo processo”, tra cui la trattazione pubblica, lo svolgimento entro un termine ragionevole, la presenza di un giudice indipendente, imparziale e costituito per legge. L'art. 13 CEDU prevede invece che ogni lesione di un diritto o di una libertà garantita dalla Convenzione deve poter essere suscettibile di un ricorso effettivo dinanzi ad un'autorità giudiziaria nazionale. Sul punto, v. Corte Edu, sent. 3 luglio 2012, ric. 13579/09, *Razvyazkin c. Russia*; sent. 6 marzo 2014, ric. 31535/09, *Gorbulya c. Russia*, pt. 53, entrambe in *echr.coe.int*.

³³⁶ FERRARO F., *La responsabilità risarcitoria*, cit., p. 101; ROMITO A.M., *La tutela giurisdizionale*, cit., p. 79.

³³⁷ BARAV A., *La plénitude de compétence du juge national en sa qualité de juge*, in AA. VV., *L'Europe et le droit*, cit., p. 15.

³³⁸ PICOD F., *Le droit au juge en droit communautaire*, in RIDEAU J. (sous la direction de), *Le droit au juge dans l'Union européenne*, Parigi, 1998, p. 141, spec. p. 144-145.

sovrana³³⁹ o, secondo una nota definizione, un «giudice decentrato»³⁴⁰, soggetto che ha avuto (e che continua ad avere) «un rôle capital dans la promotion du droit communautaire»³⁴¹.

9.1. (*segue*): La codificazione del principio in esame. Gli artt. 19 TUE e 47 CdfUE e il loro rapporto.

Negli anni successivi, il principio in esame ha trovato, com'è noto, un'espressa codificazione all'interno del diritto primario dell'Unione europea³⁴²: ad esso, infatti, si riferiscono sia l'art. 19, par. 1, co. 2 TUE, sia l'art. 47, par. 1, CdfUE.

Quanto alla prima disposizione, è evidente che l'ampia giurisprudenza della Corte di giustizia non è passata, nel corso degli anni, inosservata, ma ha indotto gli estensori dei trattati ad assicurare al principio della tutela giurisdizionale effettiva un'adeguata consacrazione in termini positivi: se pur è vero che non siano mancate perplessità, anche da parte della dottrina più autorevole, quanto alla collocazione³⁴³, non può non rilevarsi la valorizzazione completa e significativa di uno dei fondamenti dell'ordinamento europeo³⁴⁴. La stessa formulazione del precetto – in particolare l'utilizzo della forma verbale “stabiliscono” all'indicativo presente, che appare incisiva ed espressione di un'esigenza immediata, e non di altra perifrasi o forma meno esplicita – sembra esprimere la chiara volontà di assicurare la piena tutela del diritto al giudice a favore dei singoli³⁴⁵.

La codificazione del principio in discorso gli ha assicurato, inoltre, un ulteriore valore aggiunto: in questo modo, la garanzia della tutela giurisdizionale effettiva si svincola dal singolo diritto fatto valere in giudizio e si afferma come un'esigenza da assicurare, a livello sovranazionale e nazionale, a prescindere dalle esigenze di effettività del diritto dell'Unione europea³⁴⁶.

Il diritto al giudice si declina nel contesto nazionale e, di conseguenza, compete a ciascun ordinamento nazionale individuare il giudice competente: ma, come già si osservava prima dell'inserimento dell'art. 19, par. 1, co. 2, TUE, non è escluso che la Corte di giustizia possa

³³⁹ ROMITO A.M., *La tutela giurisdizionale*, cit., p. 22; parla di «Community law courts of ordinary jurisdiction» HOPSTOTTER B., *Non-compliance of national courts: remedies in European Community law and beyond*, L'Aia, 2005, p. 10.

³⁴⁰ TIZZANO A., *La tutela dei privati*, cit., c. 17.

³⁴¹ GREVISSE F., BONICHOT J.C., *Les incidences*, cit., p. 304.

³⁴² Già nel progetto costituzionale, poi fallito, vi era un riconoscimento in termini positivi del principio in esame, in particolare all'interno dell'art. I-29: sul punto, v. PICOD F., *Article I-29*, in BURGORGUE-LARSEN L., LEVADE A., PICOD F. (sous la direction de), *Traité établissant*, cit., p. 384.

³⁴³ TESAURO G., *Alcune riflessioni*, cit., p. 484; ADINOLFI A., *The “Procedural Autonomy”*, cit., p. 283. Parte della dottrina aveva evidenziato l'opportunità di collocare tale disposizione nella norma corrispondente all'odierno art. 4 TUE, in continuità con il principio di leale collaborazione (TIZZANO A., *La costituzione europea e il sistema giurisdizionale comunitario*, in *DUE*, 2003, p. 455, spec. p. 463).

³⁴⁴ FERRARO F., *La responsabilità risarcitoria*, cit., p. 103.

³⁴⁵ TESAURO G., *Alcune riflessioni*, cit., p. 483.

³⁴⁶ SCHEPISI C., *Aiuti di Stato e tutela giurisdizionale*, Torino, 2012, p. 307.

essere chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità di certi elementi della disciplina nazionale riguardante l'organizzazione della giurisdizione, ove questi possano denotare una frizione con l'esigenza di assicurare una via d'accesso al giudice³⁴⁷. Ciò non significa che sia imposto un modello europeo di ordinamento giudiziario: implica soltanto che possano essere rimessi in discussione istituti e regole nazionali che possano impedire l'esercizio del *droit au juge*³⁴⁸.

Alla dottrina più attenta, non era sfuggito – già da tempo risalente – che aderire al progetto comunitario comporta partecipare ad un sistema democratico, fondato sullo stato di diritto: di conseguenza, se gli organi e le istituzioni nazionali sono organizzati in modo tale che non ne sia garantito un funzionamento adeguato, potrebbero venire meno quelle condizioni necessarie per appartenere all'ordinamento sovranazionale³⁴⁹.

Proprio alla luce di queste considerazioni – che hanno poi trovato concretizzazione nella crisi della *rule of law* in Polonia³⁵⁰ – si è manifestata l'esigenza che le istituzioni dell'Unione si facciano carico di presidiare i fondamentali requisiti necessari affinché i giudici nazionali possano offrire una tutela giurisdizionale effettiva, così ammettendo uno scrutinio, a livello europeo, delle disposizioni nazionali che concernono l'organizzazione della magistratura.

La seconda disposizione di diritto primario in cui ha trovato affermazione il principio in esame è l'art. 47, par. 1, CdfUE³⁵¹. Essa replica – nel contesto della Carta – una previsione già espressa da altre fonti a livello convenzionale, sia a livello continentale (è il caso, come già detto, degli artt. 6 e 13 CEDU), sia mondiale: si pensi all'art. 8 della Dichiarazione universale dei diritti umani del 1948 o all'art. 2, co. 3, lett. a) del Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966³⁵². Se inizialmente – anche dopo il riconoscimento, alla Carta, di un valore pari a quello dei trattati, per effetto del nuovo art. 6 TUE – la Corte di giustizia continuava a richiamare, nelle proprie sentenze, anche le disposizioni della CEDU, l'art. 47 CdfUE sembra essere, di recente,

³⁴⁷ PICOD F., *Le droit au juge*, cit., p. 152.

³⁴⁸ GREVISSE F., BONICHOT J.C., *Les incidences*, p. 302; PICOD F., *Le droit au juge*, cit., p. 170.

³⁴⁹ MERTENS DE WILMARS J., *L'efficacité des différentes*, cit., p. 381.

³⁵⁰ Tanto che, la Commissione – per la prima volta nella storia europea – ha attivato (per ora senza particolari esiti) la procedura di cui all'art. 7, par. 1, TUE, con proposta motivata del dicembre 2017 (COM (2017) 835 def., del 20 dicembre 2017). Sulla crisi della *rule of law* in Polonia, sulle reazioni delle istituzioni europee e a livello nazionale polacco la letteratura è ormai vastissima: *ex multis*, basti richiamare SADURSKI W., *Poland's Constitutional Breakdown*, Oxford, 2019.

³⁵¹ Su cui v. AA.VV., *Article 47. Right to an Effective Remedy and to a Fair Trial*, in PEERS S., HERVEY T., KENNER J., WARD A. (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Oxford, 2014, p. 1197; DOMENICUCCI D., FILPO F., *Articolo 47*, in MASTROIANNI R., POLLICINO O., ALLEGREZZA S., PAPPALARDO F., RAZZOLINI O. (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, 2017, p. 863; MASTROIANNI R., *L'effettività della tutela giurisdizionale alla prova della Carta dei diritti fondamentali*, in AA.VV., *Liber amicorum in onore di Antonio Tizzano*, cit., p. 586.

³⁵² Dedicare attenzione a questi “antecedenti” MAK C., *Rights and Remedies: Article 47 EUCFR and Effective Judicial Protection in European Private Law Matters*, in MICKLITZ H. (ed.), *Constitutionalization of European private law*, Oxford, 2014, p. 236, spec. p. 238.

l'unico parametro normativo invocato nei casi in cui sia in gioco l'effettività della tutela giurisdizionale³⁵³.

Quanto al valore – e all'utilità pratica – della previsione in esame, l'inserimento del diritto al giudice nel catalogo della Carta ha sicuramente il pregio di conferire al principio in esame la dignità di un vero e proprio *constitutional right* – che consente agli individui, ove sia in gioco l'applicazione del diritto dell'Unione europea, di esigere un concreto ed effettivo accesso alla giurisdizione – ma, al tempo stesso, in ragione dell'art. 51 CdfUE, trova una limitazione quanto al proprio ambito applicativo³⁵⁴.

Quest'ultimo profilo è emerso in relazione alle recenti pronunce della Corte di giustizia che – in alcuni casi adita dalla Commissione mediante ricorsi per inadempimento³⁵⁵, in altri in via pregiudiziale³⁵⁶ – si sono soffermate sulle riforme dell'ordinamento giudiziario polacco, ritenute a tal punto gravi e pervasive da mettere in seria discussione il rispetto del principio dello stato di diritto in quel Paese. In particolare, nella sentenza *Commissione c. Polonia* del giugno 2019, la Corte di giustizia, avallando la linea argomentativa dell'avvocato generale³⁵⁷, ha circoscritto l'esame delle disposizioni polacche censurate al solo perimetro dell'art. 19, par. 1, co. 2, TUE, senza ritenere che – per mezzo di tale norma, ritenuta non idonea come *trigger rule*³⁵⁸ – fosse applicabile l'art. 47 CdfUE, al quale è stato riconosciuto un ruolo utile sul solo piano interpretativo³⁵⁹.

Anche in virtù dei limiti applicativi della Carta, la dottrina ha evidenziato che la codificazione nell'art. 47 CdfUE non pare aver prodotto conseguenze di particolare novità o rilievo nel *case law* della Corte, in particolare per quanto concerne lo scrutinio delle misure nazionali di

³⁵³ DOMENICUCCI D., FILPO F., *Articolo 47*, cit., p. 865.

³⁵⁴ Sulle limitazioni derivanti dall'art. 51 CdfUE, v. LAZZERINI N., *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: I limiti di applicazione*, Milano, 2018, spec. p. 183 ss. (nonché i numerosi riferimenti indicati dall'Autrice a p. 184); TIZZANO A., *L'applicazione de la Charte de droits fondamentaux dans les États membres à la lumière de son article 51, paragraphe 1*, in *DUE*, 2014, p. 429. Nello specifico, per quanto concerne l'art. 47 e i limiti nella relativa applicazione in virtù dell'art. 51, DOMENICUCCI D., FILPO F., *Articolo 47*, cit., p. 869.

³⁵⁵ V. Corte giust., sent. 24 giugno 2019, causa C-619/18, *Commissione c. Polonia (Indépendance de la Cour suprême)*, ECLI:EU:C:2019:531; 5 novembre 2019, causa C-192/18, *Commissione c. Polonia (Indépendance des juridictions de droit commun)*, ECLI:EU:C:2019:924. Pende, allo stato, un altro procedimento (causa C-791/19), il cui ricorso è stato depositato il 25 ottobre 2019 e nel quale, con ord. 8 aprile 2020, ECLI:EU:C:2020:277, è stata imposta alla Polonia l'immediata sospensione delle misure controverse.

³⁵⁶ Corte giust., 19 novembre 2019, cause riunite C-624/18, C-625/18, C-585/19, *AK e a.*, ECLI:EU:C:2019:982. Numerosi sono i rinvii pregiudiziali pendenti e che hanno ad oggetto anche l'interpretazione dell'art. 47 CdfUE: si tratta dei procedimenti iscritti con i numeri di causa C-522/18, C-537/18, C-558/18 e C-563/18, C-668/18, C-824/18, C-487/19, C-508/19, da C-748 a C-754/19, C-763/19, C-764/19, C-765/19.

³⁵⁷ Conclusioni dell'avvocato generale Tanchev, 11 aprile 2019, causa C-619/18, ECLI:EU:C:2019:325.

³⁵⁸ Così viene definita quella norma che permette di affermare l'applicabilità della Carta da SARMIENTO D., *Who's Afraid of the Charter? The Court of Justice, National Courts and the New Framework of Fundamental Rights Protection in Europe*, in *CMLR*, 2013, p. 1267, spec. p. 1277.

³⁵⁹ Per un approfondimento, anche con spunti critici quanto alla ricostruzione dell'avvocato generale poi seguita dalla Corte, v. LAZZERINI N., *Inapplicabile, ma comunque rilevante? La Carta dei diritti fondamentali nella giurisprudenza recente della Corte di giustizia sull'indipendenza dei giudici nazionali*, in AA.VV., *Temi e questioni di diritto dell'Unione europea. Scritti offerti a Claudia Morviducci*, Bari, 2019, p. 171.

accesso alla tutela giurisdizionale, già assicurato dall'art. 19 TUE e, prima, dal principio generale elaborato in via pretoria³⁶⁰.

Ciò non toglie che l'art. 47 CdfUE possa aver svolto una propria, utile funzione nell'affermare l'esigenza di una piena tutela del *droit au juge*. Ad esempio, il giudice lussemburghese ne ha fatto impiego come previsione che impone (o rafforza l'obbligo già esistente *ex art. 19 TUE*) di adottare nuovi mezzi di ricorso al giudice, ove questi non fossero espressamente previsti³⁶¹; ancora, è una disposizione che, in quanto dotata di efficacia diretta, conduce a disapplicare la disciplina nazionale che escluda regole incompatibili³⁶².

La dottrina ha evidenziato che l'art. 47 CdfUE ha svolto una funzione non secondaria anche in chiave interpretativa rispetto a regole contenute in altri atti di diritto derivato³⁶³; parimenti, alla stessa disposizione della Carta la dottrina riconosce la capacità di rafforzare, nello svolgimento del *test* in punto di effettività, le esigenze di tutela dei *Community rights* attribuiti ai singoli per mezzo degli atti normativi dell'Unione europea³⁶⁴. Per quanto non si tratti di un diritto assoluto³⁶⁵, è evidente che l'esigenza di garantire un accesso ad una tutela giurisdizionale piena può incidere sul vaglio che la Corte di giustizia opera quando ai principi generali sottesi ad ogni ordinamento processuale (quali quelli già segnalati a partire dalle sentenze *van Schijndel* e *Peterbroeck*) si contrappone, come detto, l'urgenza di rendere effettivo il presidio delle posizioni giuridiche attribuite ai singoli³⁶⁶.

La codificazione del medesimo principio in due fonti, entrambe di diritto primario, ha imposto, infine, una necessaria riflessione sul rapporto tra le due diverse disposizioni.

La diversa collocazione delle due norme costituisce la chiave di lettura della “duplice” enunciazione. L'art. 19 TUE si inserisce nella definizione del quadro organizzativo-istituzionale dell'Unione europea e vincola gli Stati membri all'adozione di un assetto di rimedi interno adeguato; diversamente, l'art. 47 CdfUE appartiene ad un catalogo di diritti fondamentali dell'individuo, riconosciuti e tutelati a livello sovranazionale e, sia pur attraverso le maglie dell'art. 51

³⁶⁰ MAK C., *Rights and Remedies: Article 47 EUCFR*, cit., p. 239; MASTROIANNI R., *L'effettività della tutela*, cit., p. 590.

³⁶¹ Corte giust., sent. 19 marzo 2015, causa C-510/13, *E.ON Földgáz Trade Zrt*, ECLI:EU:C:2015:189, pt. 50-51; sent. 23 ottobre 2014, causa C-104/13, *Olainfarm*, ECLI:EU:C:2014:2316, pt. 35-36; sent. 17 settembre 2014, causa C-562/12, *Liivimaa Libaveis MTÜ*, ECLI:EU:C:2014:2229, pt. 67.

³⁶² Corte giust., sent. 29 luglio 2019, causa C-556/17, *Torubarov*, ECLI:EU:C:2019:626, pt. 73-74.

³⁶³ Tra le più recenti, v. Corte giust., sent. 29 gennaio 2020, causa C-785/18, *GAEC Jeanningros*, ECLI:EU:C:2020:26, pt. 46; sent. 4 settembre 2019, causa C-347/18, *Salvoni*, ECLI:EU:C:2019:661, pt. 33 ss.

³⁶⁴ MAK C., *Rights and remedies: Article 47 EUCFR*, cit., p. 239.

³⁶⁵ Come ben evidenzia Corte giust., sent. 18 marzo 2010, cause riunite da C-317/08 a C-320/08, *Alassini*, ECLI:EU:C:2010:146, pt. 61.

³⁶⁶ *Ivi*, pt. 47 ss.

CdfUE, interno. Di conseguenza, quest'ultima norma è attributiva di un diritto, che appare un vero e proprio “rovescio” della medaglia rispetto all'obbligo imposto agli Stati³⁶⁷.

In questo senso, le due previsioni hanno un carattere di evidente specularità e complementarietà: contrassegni che bene emergono in un passaggio argomentativo di una recente pronuncia del giudice lussemburghese, che ha evidenziato che «secondo ben consolidata giurisprudenza della Corte, spetta ai giudici degli Stati membri, in base al principio di leale cooperazione sancito all'articolo 4, paragrafo 3, TUE, garantire la tutela giurisdizionale dei diritti attribuiti ai singoli dal diritto dell'Unione, ove l'articolo 19, paragrafo 1, TUE impone, peraltro, agli Stati membri di stabilire i rimedi giurisdizionali necessari per garantire una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione [...] A tale obbligo incombente agli Stati membri corrisponde il diritto ad un ricorso effettivo dinanzi ad un giudice imparziale sancito dall'articolo 47 della Carta, che costituisce una riaffermazione del principio di tutela giurisdizionale effettiva»³⁶⁸.

9.2. (segue): L'art. 19 TUE come elemento costitutivo dello stato di diritto.

In termini assai recenti, all'art. 19, par. 1, co. 2, TUE è stata riconosciuta una dimensione assiologica ancor più rilevante e centrale: come già era stato evidenziato da autorevole dottrina, infatti, ogni ordinamento che voglia rispettare il principio dello stato di diritto deve garantire un effettivo strumento di *judicial review* a tutela degli interessi e dei diritti dei cittadini. come concretizzazione dello stato di diritto³⁶⁹. In particolare, l'art. 19 TUE è stato inteso come un corollario o complemento dell'art. 2 TUE, disposizione che annovera tra i valori fondamentali proprio la *rule of law*: ciò implica che, in quanto principio assiologico condiviso tra tutti gli Stati membri, ciascuno di esso deve accordare, al proprio interno, un controllo in sede giurisdizionale di ogni atto o provvedimento dell'autorità, nonché la possibilità di tutela dinanzi ad un giudice imparziale, indipendente e precostituito³⁷⁰. Nel nuovo *framework* elaborato dalla Commissione, nel 2014, a tutela dello stato di diritto³⁷¹, era già stato sancito che un controllo giurisdizionale effettivo ed indipendente costituisce una necessaria declinazione della *rule of law* e implica il diritto di ciascun individuo di potersi rivolgere ad un giudice. In una recente comunicazione, l'istituzione guardiana dei trattati è tornata a sottolineare che il concetto di stato di diritto riguarda «anche

³⁶⁷ MASTROIANNI R., *L'effettività della tutela*, cit., p. 589.

³⁶⁸ Corte giust., sent. *GAEC Jeanningros*, cit., pt. 32-33.

³⁶⁹ MERTENS DE WILMARS J., *L'efficacité des différentes*, cit., p. 381: questo principio, per l'ordinamento europeo, è stato sancito dalla storica pronuncia Corte giust., sent., *Les Verts c. Parlamento europeo*, cit. In termini attuali, e con estrema chiarezza, il rapporto tra *rule of law*, tutela giurisdizionale effettiva e garanzie al sistema giudiziario viene esaminato da LENAERTS K., *New Horizons for the Rule of Law within the EU*, in *German Law Journal*, 2020, p. 29.

³⁷⁰ VON BOGDANDY A., *I principi fondamentali dell'Unione europea*, Napoli, 2011, p. 131.

³⁷¹ Comunicazione della Commissione COM(2014) 158 def., 11 marzo 2014.

questioni istituzionali, quali l'indipendenza e l'imparzialità degli organi giurisdizionali» cui è affidata la tutela dei diritti dei cittadini³⁷².

Questa “nuova” lettura dell'art. 19 TUE ha trovato consacrazione nella recente giurisprudenza della Corte lussemburghese, inaugurata dalla sentenza *ASJP*³⁷³ e poi maturata nel contesto di una serie di pronunce successive, numerose delle quali relative alla già citata situazione di *breakdown* in Polonia.

La sentenza *ASJP* – pronuncia storica, tanto da essere ritenuta *ground-breaking* e *surprising*³⁷⁴ – ha affermato a chiare lettere che l'organizzazione dei sistemi giudiziari non è una questione meramente domestica³⁷⁵: le disposizioni dell'ordinamento processuale che riguardino i giudici (anche sotto il profilo organizzativo e dell'assicurazione delle adeguate guarentigie) che possono essere chiamati a pronunciarsi sul (e a interpretare il) diritto dell'Unione europea rientrano nell'ambito di interesse dell'Unione europea³⁷⁶. Tutti i tribunali e le Corti nazionali sono giudici “decentrati” del diritto sovranazionale e, in quanto tali, gli Stati membri non possono privare i propri magistrati di quei requisiti di indipendenza, imparzialità e precostituzione *ex lege* che sono imprescindibili per l'effettività del *judicial review*.

Quest'ordine di considerazioni ha costituito lo snodo cruciale per legittimare la Commissione all'apertura di alcune procedure d'infrazione a carico della Polonia, Stato membro cui sono

³⁷² Comunicazione della Commissione COM(2019) 343 def., 17 luglio 2019, p. 2.

³⁷³ Corte giust., sent. 27 febbraio 2018, causa C-64/16, *Associação Sindical dos Juízes Portugueses*, ECLI:EU:C:2018:117. Nel caso di specie, il legislatore portoghese aveva previsto, dall'ottobre 2014, una riduzione delle retribuzioni di taluni funzionari pubblici, da realizzare mediante opportuni provvedimenti amministrativi; venivano interessati da queste misure anche i giudici della Corte dei conti lusitana. L'associazione sindacale dei magistrati contabili (ASJP) ha proposto un ricorso dinanzi alla Corte amministrativa suprema, allo scopo di conseguire l'annullamento di tali atti. A fondamento del ricorso, l'ASJP ha sostenuto che le misure di riduzione salariale violano il principio dell'indipendenza dei giudici, previsto dalla Costituzione portoghese, nonché dagli artt. 19, par. 1, TUE e 47 Carta. Secondo il giudice del rinvio, le misure di riduzione si basavano su esigenze imperative (indicate anche dalle istituzioni dell'Unione europea) volte a rimediare all'eccessivo deficit di bilancio; tuttavia, posto che l'indipendenza della magistratura dipende anche da un adeguato livello retributivo, il giudice portoghese ha inteso domandare alla Corte di giustizia se, considerate le esigenze di eliminazione del disavanzo di bilancio, il principio dell'indipendenza dei giudici, di cui agli artt. 19, par. 1, co. 2, TUE e 47 Carta potesse ostare a misure di riduzione retributiva quali quelle indicate. La Corte di giustizia ha fatto salve le misure portoghesi di *austerity*, ma, nel proprio impianto argomentativo, ha fornito una serie di fondamentali osservazioni quanto al principio della tutela giurisdizionale effettiva e al rapporto con l'art. 2 TUE. La sentenza ha ricevuto un numero assai elevato di commenti; tra questi, si possono menzionare BONELLI M., CLAES M., *Judicial serendipity: how Portuguese judges came to the rescue of the Polish judiciary*, in *Eur. Const. Law Rev.*, 2018, p. 622; MIGLIO A., *Indipendenza del giudice, crisi dello stato di diritto e tutela giurisdizionale effettiva negli Stati membri dell'Unione europea*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2018, p.421; PARODI M., *Il controllo della Corte di giustizia sul rispetto del principio dello Stato di diritto da parte degli Stati membri: alcune riflessioni in margine alla sentenza Associação Sindical dos Juízes Portugueses*, in *European papers*, n. 2/2018, p. 985. In una vicenda pressoché analoga a quella portoghese, ma in relazione ad una legge spagnola, la Corte di giustizia è giunta ad approdi esattamente sovrapponibili a quelli in esame: v. Corte giust., sent. 7 febbraio 2019, causa C-49/18, *Vindel*, ECLI:EU:C:2019:106.

³⁷⁴ BONELLI M., CLAES M., *Judicial serendipity*, cit., p. 622.

³⁷⁵ Per una ricostruzione – non senza qualche spunto critico – sull'argomentazione della Corte su questo specifico punto, BONELLI M., CLAES M., *Judicial serendipity*, cit., p. 632.

³⁷⁶ Corte giust., sent. *ASJP*, cit., pt. 32.

state imputate, nel corso degli ultimi anni, riforme tali da pregiudicare, in modo grave e profondo, il principio della tutela giurisdizionale effettiva, specie a causa del progressivo svuotamento delle principali guarentigie necessarie a presidiare l'attività giurisdizionale³⁷⁷.

I passaggi chiave della sentenza *ASJP* – già peraltro intesi, dalla dottrina, come un chiaro segnale a Polonia (e Ungheria)³⁷⁸ – sono stati ulteriormente sviluppati e concretizzati proprio nelle pronunce rese dalla Corte di giustizia all'esito dell'esame dei ricorsi depositati dalla Commissione nei confronti della Polonia³⁷⁹. In una di queste ultime pronunce, il giudice lussemburghese ha affermato che, qualora le disposizioni nazionali in merito all'organizzazione del sistema giudiziario siano tali da non consentire che il procedimento si svolga dinanzi ad un'autorità indipendente, si deve far ricorso all'ordinario principio della disapplicazione per contrasto con l'art. 19 TUE, in modo tale che la questione possa essere esaminata da un organo che soddisfi i requisiti necessari³⁸⁰.

Pertanto, ad oggi, non v'è dubbio sul fatto che «l'articolo 19 TUE, che concretizza il valore dello Stato di diritto affermato all'articolo 2 TUE, affida ai giudici nazionali e alla Corte il compito di garantire la piena applicazione del diritto dell'Unione in tutti gli Stati membri nonché la tutela giurisdizionale spettante ai singoli in forza di detto diritto». Di conseguenza, è altresì stabilito che «gli Stati membri stabiliscono i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare ai singoli il rispetto del loro diritto a una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione. In tal senso, spetta agli Stati membri prevedere un sistema di rimedi giurisdizionali e di procedimenti che garantisca un controllo giurisdizionale effettivo in detti settori»³⁸¹.

9.3. Il rapporto tra la tutela giurisdizionale effettiva e l'effettività del diritto dell'Unione europea.

³⁷⁷ Sull'impiego della procedura d'infrazione per la violazione dell'art. 2 TUE, v. già, da tempo, PICOD F., *Le droit au juge*, cit., p. 152. Più recentemente, i contributi sono assai numerosi. Nella dottrina straniera, *ex multis*, KOCHENOV D., *On Policing Article 2 TEU Compliance: Reverse Solange and Systemic Infringements Analyzed*, in *Polish Yearbook of International Law*, 2014, p. 145, spec. p. 162; ID., *The Acquis and Its Principles The Enforcement of the 'Law' versus the Enforcement of 'Values' in the EU*, in JAKAB A., KOCHENOV D., *The Enforcement of EU Law and Values: Ensuring Member States' Compliance*; Oxford, 2018, p. 9; SCHEPPELE K.L., *What Can the European Commission Do When Member States Violate Basic Principles of the European Union? The Case for Systemic Infringement Actions*, in *Verfassungsblog*, novembre 2013; ID., *EU Commission v. Hungary: The Case for the "Systemic Infringement Action"*, in *Verfassungsblog*, 22 novembre 2013. In Italia, v. MORI P., *L'uso della procedura d'infrazione a fronte di violazioni dei diritti fondamentali*, in *DUE*, 2018, p. 363; PARODI M., *Il controllo della Corte di giustizia*, cit., p. 991.

³⁷⁸ BONELLI M., CLAES M., *Judicial serendipity*, cit., p. 623.

³⁷⁹ In particolare, sent. *Commissione c. Polonia (Indépendance de la Cour suprême)*, cit., pt. 47; sent. *Commissione c. Polonia (Indépendance des juridictions de droit commun)*, cit., pt. 98. Analoghi principi erano già stati ribaditi nella nota vicenda Celmer, in Corte giust., sent. 25 luglio 2018, causa C-216/18 PPU, *Minister for Justice and Equality (Carenze del sistema giudiziario)*, EU:C:2018:586, pt. 50 ss.

³⁸⁰ Corte giust., sent. *AK*, cit., pt. 166.

³⁸¹ Da ultimo, Corte giust., sent. *Commissione c. Polonia (Indépendance des juridictions de droit commun)*, cit., pt. 99-100.

Un'ultima considerazione deve essere svolta. Si è osservato che la *fidelity clause* ha imposto, in particolare attraverso la elaborazione pretoria del giudice lussemburghese, agli Stati membri di tutelare, seppur nel rispetto della loro autonomia istituzionale e procedurale, le posizioni giuridiche soggettive accordate dal diritto dell'Unione europea in modo *effettivo* e, parimenti, anche di garantire una tutela giurisdizionale *effettiva* ai singoli.

È innegabile – non foss'altro per il ricorrere della comune aggettivazione – che questi due obblighi, gravanti sugli Stati membri nell'ottica di garantire pieno *enforcement* del diritto dell'Unione europea, siano fra loro strettamente interconnessi ed inscindibilmente collegati³⁸², tanto da essere definiti – sin da tempo risalente – come due lati della stessa medaglia³⁸³.

Se entrambi costituiscono canoni attraverso i quali la Corte di giustizia può valutare l'adeguatezza delle disposizioni processuali degli Stati membri al fine di garantire adeguata applicazione del diritto sovranazionale, restano in ogni caso autonomi e distinti sul piano concettuale: da un lato, il criterio dell'effettività mira ad assicurare una posizione soggettiva sostanziale, mentre il principio di cui agli artt. 19 TUE e 47 CdfUE è teso ad assicurare un bene di carattere processuale³⁸⁴. O, in altri termini, l'effettività ha per obiettivo la garanzia di uniformità nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto dell'Unione europea in tutti i sistemi nazionali; il secondo, in via correlata ma distinta, ambisce ad attribuire, alle posizioni giuridiche accordate ai singoli da norme promananti dall'ordinamento giuridico dell'Unione, una protezione adeguata dinanzi ad un giudice³⁸⁵.

Risulta ovvio che la distinzione sfuma – fino quasi a non essere più tale – nel caso in cui il *Community right* di cui si invochi piena tutela abbia, esso stesso, una dimensione processuale: si pensi, ad esempio, alle direttive che stabiliscono l'obbligo, a carico degli Stati membri, di prevedere rimedi stragiudiziali di risoluzione delle controversie, predisposti allo scopo di rendere meno onerosa e più rapida la definizione delle stesse, specie quando coinvolgono i consumatori³⁸⁶. O, ancora, a direttive che impongano di fornire mezzi giurisdizionali adeguati ed efficaci – sia a tutela dei singoli, sia mediante azioni di categoria – per far cessare condotte abusive³⁸⁷: in

³⁸² Come già evidenziato *supra*, in conclusione del par. 1, in particolare con riferimento alle riflessioni di ORIANI R., *Il principio di effettività*, cit. Nello specifico, per quanto concerne le esigenze imposte a livello europeo, v. ROMITO A.M., *La tutela giurisdizionale*, cit., p. 31: l'Autrice svolge, nelle pagine seguenti, una ricostruzione molto dettagliata sulle diverse tesi prospettate, in Italia e da parte di dottrina straniera, circa il rapporto tra i due principi.

³⁸³ MEAD P., *The Obligation to Apply European Law: Is Duke Dead?*, in *ELR*, 1991, p. 490.

³⁸⁴ CANNIZZARO E., *Effettività del diritto*, cit., p. 673; GROUSSOT X., *General Principles of Community Law*, Groningen, 2006, p. 236-240, distinguendo i due principi, osserva che per il secondo «is difficult to give an exact positioning [...] it appears however from the case-law, that this principle constitutes a fundamental right [...] which is deflected into the procedural field».

³⁸⁵ VITALE G., *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale nella Carta dei diritti fondamentali*, in *Federalismi*, 28 febbraio 2018, p. 4.

³⁸⁶ Ad es., nella direttiva 2002/22/CE (in GUCE, 24 febbraio 2002, L 108, p. 51), l'art. 34: previsione su cui si è appunto soffermata Corte giust., sent. *Alasini*, cit.

³⁸⁷ Ad es., l'art. 7 della direttiva 1993/13/CEE, cit.

questi casi, invocare l'enforcement del diritto di derivazione sovranazionale significa esigere una via di accesso ad una giurisdizione o, comunque, ad un organo preposto alla tutela.

La difficoltà di ricostruire in termini esatti e univoci la relazione che intercorre tra i due principi si spiega anche alla luce del fatto che il rapporto tra *ius* e *remedium* (cioè tra diritto sostanziale e processuale) non è sempre di agevole definizione nell'ambito di un contesto ordinamentale, quale quello dell'Unione europea, che deve confrontarsi con tradizioni nazionali assai diverse: se, infatti, nei paesi di tradizione continentale si suole affermare che *ubi ius, ibi remedium*, è altrettanto vero che i paesi di *common law* hanno maturato un approccio esattamente opposto, per cui *ubi remedium, ibi ius*. In quei contesti, infatti, si osserva – in termini pragmatici – che se non esiste uno strumento di tutela, significa che non vi è alcun interesse che possa essere tutelato³⁸⁸.

Questa duplicità di approcci, unita ad un *case law* che, per sua natura, si misura di volta in volta con specificità dei singoli ordinamenti, può quindi dar luogo a fenomeni di *overlapping* tra le due categorie esaminate.

In conclusione, si può condividere che non è strettamente imprescindibile stabilire l'esatto rapporto tra effettività del diritto e della tutela giurisdizionale dei singoli, né definire – come talvolta ha fatto la dottrina³⁸⁹ – quale dei due prevalga, nella giurisprudenza della Corte di giustizia: ciò perché sono a tal punto interdipendenti, specie sul piano funzionale ed operativo, che sarebbe elevatamente improbabile immaginare un sistema che valorizzi la tutela delle posizioni giuridiche di derivazione europea, ma non salvaguardi l'effettività di quello stesso ordinamento da cui esse promanano³⁹⁰.

³⁸⁸ ROMITO A.M., *La tutela giurisdizionale*, cit., p. 39-40.

³⁸⁹ A mero titolo di esempio delle posizioni sostenute, CARANTA R., *Effettività della garanzia*, cit., o TESAURO G., *Alcune riflessioni*, cit., i quali ritengono che la Corte di giustizia tenda ad anteporre la tutela del singolo, anche in sede giurisdizionale, alle esigenze di effettività dell'ordinamento; *contra*, si segnalano alcuni autori, tra cui GALETTA D.U., *L'autonomia procedurale*, cit.; MORBIDELLI G., *La tutela giurisdizionale*, cit.; TIZZANO A., *La tutela dei privati*, cit., i quali invece ritengono che ogni intervento della Corte sia preferibilmente teso a garantire l'effettività dell'ordinamento dell'Unione europea e, solo di riflesso, la protezione delle posizioni dei singoli.

³⁹⁰ VITALE G., *Il principio di effettività*, p. 6-7.

CAPITOLO SECONDO
La sanzione come strumento per assicurare l'effettività di un ordina-
mento:
il *pouvoir de sanction* delle istituzioni europee.

SOMMARIO: 1. Il concetto di sanzione e il rapporto con il principio di effettività. – 2. L'esigenza di assicurare una capacità sanzionatoria all'ordinamento giuridico dell'Unione europea. – 3. Le “sanzioni” nei confronti degli Stati membri. – 3.1. (*segue*): Le misure sanzionatorie in caso di violazione dei valori fondamentali (art. 7 TUE). – 4. I poteri sanzionatori nei confronti delle persone fisiche e giuridiche. – 5. La competenza ad adottare sanzioni amministrative. – 5.1. (*segue*): Il regolamento (CE, Euratom) n. 2988/1995 e l'influenza dell'impiego di sanzioni amministrative negli ordinamenti nazionali. – 6. Le tipologie di sanzioni amministrative e i principi ad esse applicabili. – 7. Le sanzioni amministrative tra modello accentrato e decentrato: il ruolo degli Stati membri e gli obblighi gravanti su di essi. – 7.1. (*segue*): La codificazione dei principi elaborati dalla Corte di giustizia nel diritto primario e derivato. – 8. Diritto dell'Unione europea e diritto penale. Una relazione in continua evoluzione. – 9. Gli effetti del diritto dell'Unione europea sul diritto penale nazionale: i riflessi negativi. – 10. (*segue*): Gli effetti di carattere positivo sul diritto penale degli Stati membri – 10.1. (*segue*): Il ricorso al diritto penale in virtù degli obblighi di assimilazione e di adeguatezza. – 10.2. (*segue*): Obblighi di incriminazione e di effettività dei sistemi sanzionatori nazionali – 11. Le competenze attribuite all'Unione europea in materia penale e le tipologie di atti adottabili previste dai trattati. – 12. Il “doppio binario” e la giurisprudenza della Corte di giustizia negli anni 2005-2007.

1. Il concetto di sanzione e il rapporto con il principio di effettività.

Si è già fatto cenno, nel capitolo che precede, all'asimmetria strutturale che connota il sistema giuridico dell'Unione europea: alle istituzioni sovranazionali gli Stati membri hanno riconosciuto competenze legislative in settori sempre maggiori e più ampi (*pouvoir normatif*) ma senza che, a tale attribuzione, corrisponda la realizzazione di un apparato organizzativo che, in termini concreti, provveda alla *mise en œuvre* delle norme che, in seno a quell'ordinamento, vengono prodotte (*pouvoir de sanction*)¹.

Con la seconda locuzione – “potere di sanzionare” – si fa riferimento, secondo l'autorevole dottrina cui si deve la distinzione in esame, non soltanto alla capacità di adottare un provvedimento afflittivo che faccia seguito ad una condotta illecita: il *sanctioning power* deve essere inteso *lato sensu*, tale cioè da ricomprendere l'insieme dei mezzi che, all'interno di un ordinamento, assicura che le norme da questo emanate siano osservate da tutti i consociati. Ciò impone che siano predisposti tanto mezzi di tutela delle posizioni giuridiche soggettive, quanto strumenti di

¹ MERTENS DE WILMARS J., *L'efficacité des différentes*, cit., p. 390.

punizione-reazione a fronte della violazione dei precetti imposti, dal medesimo ordinamento, a tutela di specifici beni e interessi.

Nel capitolo primo è stata posta attenzione ai principi, alle forme, alle modalità secondo cui si svolge, all'interno degli Stati membri, la tutela dei *Community rights*: in altri termini, si è osservato quali sono gli obblighi a carico delle istituzioni nazionali affinché le posizioni giuridiche individuali siano protette e, di conseguenza, i singoli possano invocare tale protezione dinanzi agli organi (dell'amministrazione e della giustizia) nazionali.

Tuttavia, l'effettività di un ordinamento si misura anche lungo una seconda direttrice. Lo rivela, con estrema chiarezza, un passaggio delle conclusioni dell'avvocato generale Kokott nel noto *affaire Berlusconi*: «[i]l principio di effettività non si applica solo quando un soggetto fa valere i suoi diritti derivanti dall'ordinamento comunitario nei confronti di uno Stato membro, ma anche al contrario, quando uno Stato membro applica nei confronti di un soggetto i precetti del diritto comunitario»². Questa considerazione illustra che la realizzazione di un ordinamento postula non solo la tutela dei diritti che esso attribuisce, ma esige anche il rispetto degli obblighi imposti ai consociati. A tal proposito, da tempo risalente, è ben consolidata la convinzione secondo la quale alla realizzazione effettiva e strutturale di un ordinamento – cioè fare concreta applicazione di ciò che un sistema giuridico impone da un punto di vista formale – si giunge anche grazie ad un apparato sanzionatorio *stricto sensu* inteso, cioè alla previsione di forme di punizione per la violazione dei precetti imposti³. In questo senso, l'effettività di un ordinamento giuridico – *id est* l'idoneità ad indirizzare in concreto la condotta dei consociati – dipende in larga misura dalle conseguenze, dapprima prevedibili e poi concretamente derivate, dalla mancata osservanza degli obblighi impartiti⁴.

Nella riflessione giuridico-filosofica contemporanea, per sanzione si suole intendere una misura predisposta dall'ordinamento per rafforzare l'osservanza delle proprie norme ed eventualmente porre rimedio agli effetti della loro violazione. Infatti, è comune consapevolezza che ogni norma può non essere rispettata e che ciò, in maggiore o minor misura, accade per qualsiasi disposizione: di conseguenza, si comprende agevolmente la ragione per cui ogni ordinamento abbia l'esigenza di non essere «dissolto dalla generale inosservanza», e, quindi, di servirsi di mezzi preventivi e successivi che permettano di mantenere un adeguato grado di effettività dello stesso⁵. Per quanto si evidenzia che nelle organizzazioni statali contemporanee siano previste,

² Conclusioni rese il 14 ottobre 2004, cause riunite C-387/02, C-391/02 e C-403/02, *Berlusconi e a.*, ECLI:EU:C:2004:624, pt. 88.

³ BOBBIO N., *Sanzione*, in *Nov. Dig. It.*, vol. XVI, 1969, p. 531, spec. p. 539; QUADRI R., *Le fondement du caractère obligatoire du droit international public*, in *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 1952, p. 579, spec. p. 623.

⁴ FORLATI PICCHIO M. L., *La sanzione nel diritto internazionale*, Padova, 1974, p. 572.

⁵ BOBBIO N., *Sanzione*, cit., p. 537, cui si deve anche la citazione che precede.

allo scopo di garantire il diffuso ossequio, misure di carattere premiale, per i soggetti che tengano comportamenti conformi ai comandi impartiti⁶, è pur vero che i mezzi sanzionatori permangono pur sempre gli strumenti principali a tal fine: essi si contraddistinguono perché permettono l'uso della coazione, ovvero per imporre, al soggetto che non vi provveda volontariamente, il rispetto del comando che gli viene imposto⁷.

Già in una nota opera aristotelica, l'illustre filosofo ha evidenziato, quanto agli obblighi imposti ai consociati, che «bisogna che [costoro] li mettano in pratica e che vi si siano abituati, anche per questo campo abbiamo bisogno di leggi, e quindi in generale per tutta la vita: il popolo, infatti, ubbidisce di più alla necessità che al ragionamento, e più alle punizioni che al bello»⁸. Questo breve passaggio dimostra che, oggi come allora – e così in qualunque società – la sanzione costituisce lo strumento essenziale perché un ordinamento possa esistere e funzionare. La radice etimologica dell'odierno termine “sanzione” ne è l'attestazione migliore: nell'antica Roma, infatti, la reazione punitiva era il mezzo per rendere *sanctus*, cioè osservato, il diritto⁹.

In ogni caso, da questa breve disamina, si apprende che la sanzione – quale che sia il tipo e il grado di afflittività o cogenza – è pur sempre uno strumento reattivo, un *posterius* rispetto ad un *prius*¹⁰; proprio per questa consequenzialità (condotta illecita-punizione), negli ordinamenti contemporanei, il processo di creazione e applicazione dei precetti sanzionatori è stato oggetto di una lunga elaborazione (in larga parte dovuta al temperamento con la tutela dei diritti dei singoli) e segue, di regola, una scansione in quattro *step*¹¹. Occorre (*i*) designare i comportamenti che esigono una risposta sanzionatoria da parte dell'ordinamento, quindi (*ii*) determinare la misura in cui deve contenersi la reazione, poi (*iii*) individuare il soggetto che decide se l'atto compiuto rientra tra quelli per cui la sanzione è stata introdotta e (*iv*) fissare le regole in base alle quali il processo di applicazione si svolge.

2. L'esigenza di assicurare una capacità sanzionatoria all'ordinamento giuridico dell'Unione europea.

Si è considerato che ogni ordinamento giuridico giunge alla propria affermazione concreta e piena soltanto se i suoi comandi sono osservati: perché quest'obiettivo possa trovare raggiungimento, deve avere la possibilità di reagire alle violazioni dei singoli rispetto alle prescrizioni impartite e violate.

⁶ *Ivi*, p. 538.

⁷ KELSEN H., *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, 1995, p. 45.

⁸ ARISTOTELE, *Etica Nicomachea* (trad. a cura di Mazzarelli C.), Milano, 2000, p. 404.

⁹ TESAURO G., *La sanction*, cit., p. 478.

¹⁰ GAVAZZI G., *Sanzione*, in *Enc. giur.*, vol. XXVIII, 1992, p. 2.

¹¹ BOBBIO N., *Sanzione*, cit., p. 539.

Di conseguenza, si comprende la ragione per cui, tanto a livello istituzionale, quanto nella riflessione giuridica, sia stata avvertita l'esigenza di indagare in quali termini l'ordinamento dell'Unione europea – pur al netto del *deficit* di apparati amministrativi ed esecutivi che la contrassegna¹² – possa esercitare una competenza sanzionatoria. Si tratta di un tema che è progressivamente emerso e rimasto costante nel corso della parabola evolutiva dell'integrazione europea, tanto da essere definito come un «vexing problem»¹³ o, in generale, come una questione sempre attuale e delicata¹⁴, che rispecchia tanto un vivo interesse, quanto preoccupazioni non trascurabili¹⁵.

Da un lato, l'obiettivo di consolidare e rendere armonico il processo di integrazione dell'Unione europea costituisce una prima ragione di interesse per affermare una capacità sanzionatoria dell'ordinamento sovranazionale; infatti, forme di disomogeneità tra gli Stati membri comportano, per gli obiettivi dell'integrazione, ostacoli o impedimenti all'uniforme realizzazione del disegno di unificazione avviato a livello continentale¹⁶. In questo senso, è stato più volte evidenziato anche il problema dei ritardi e delle inesattezze che si verificano, all'interno dei Paesi, quanto all'adeguamento formale e sostanziale dei singoli sistemi giuridici agli obblighi derivanti dall'ordinamento sovranazionale¹⁷.

Dall'altro, si è altresì segnalato che le istituzioni europee manifestano la necessità di un proprio intervento sanzionatorio in quanto, al pari di ogni altro ordinamento, anche quello delle Comunità ha portato all'emersione di propri interessi autonomi, ancorché simili, a quelli propri degli Stati membri: anch'essi meritevoli di protezione e, dunque, bisognosi di mezzi che ne permettano la salvaguardia dinanzi alle condotte lesive dei singoli¹⁸.

Pertanto, studiare il fenomeno sanzionatorio nel sistema giuridico dell'Unione europea significa considerare un eterogeneo complesso di modalità attraverso le quali è possibile rilevare

¹² In proposito, qualche cenno merita il sempre più ampio ricorso all'istituzione e all'attività delle agenzie. In proposito, la nozione di “agenzia dell'Unione europea” appare controversa, a maggior ragione in virtù del silenzio dei Trattati e degli atti di diritto derivato in materia e nonostante la proliferazione, a partire dal 1975, di un numero sempre maggiore di agenzie, dotate, peraltro, di compiti eterogenei. Per un'ampia ricostruzione, che evidenzia la varietà del panorama in materia e limitando le indicazioni alla sola dottrina nazionale, v. ALBERTI J.F., *Le agenzie dell'Unione europea*, Milano, 2018; CHITI E., *Le agenzie europee: unità e decentramento nelle amministrazioni comunitarie*, Padova, 2002; ID., *An important part of EU's institutional machinery: features, problems and perspectives of european agencies*, in *CMLR*, 2009, p. 1398; TOVO C., *Le agenzie decentrate dell'Unione europea*, Napoli, 2016.

¹³ BIANCARELLI J., *Does the Community Legal Order Have the Power to Institute Sanctions?*, in DELMAS-MARTY M., SUMMERS M. (ed.), *What Kind of Criminal Policy for Europe?*, L'Aia, 1996, p. 249.

¹⁴ JACQUE J.-P., *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Parigi, 2003, p. 562; POELEMANS M., *La sanction dans l'ordre juridique communautaire*, Bruxelles, 2004, p. 39.

¹⁵ TESAURO G., *La sanction*, cit., p. 479.

¹⁶ TESAURO G., *La sanction*, cit., p. 480.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ Il tema era già stato con lucidità notevole prospettato da BRICOLA F., *Alcune osservazioni in materia di tutela penale degli interessi delle Comunità europee*, in BETTIOL G. (a cura di), *Prospettive per un diritto penale europeo. IV convegno di diritto penale - Bressanone 1967*, Padova, 1968, p. 189; per una ricostruzione più recente, PISANESCHI A., *Le sanzioni amministrative comunitarie*, Padova, 1998, p. 1.

le (e reagire alle) infrazioni commesse rispetto alle regole poste dall'ordinamento sovranazionale, al fine di garantirne l'effettività: infatti, al pari di quanto accade in ogni altro sistema giuridico, anche in questa sede le sanzioni adempiono ad una finalità reattiva e punitiva (incisiva sul singolo e sui suoi interessi), ma al tempo stesso sono necessarie per proteggere l'ordinamento nel suo complesso¹⁹.

L'assoluta peculiarità dell'Unione europea – i cui precetti si rivolgono tanto agli Stati membri, quanto agli individui – impone di affrontare l'indagine dei poteri sanzionatori ad essa attribuiti in base alle diverse categorie di destinatari dei propri obblighi: da un lato, dunque, si debbono considerare le procedure volte a reagire alle infrazioni commesse dai Paesi membri, dall'altro, invece, le modalità e le forme con cui un *sanctioning power* delle istituzioni europee può declinarsi nei confronti dei singoli.

3. Le “sanzioni” nei confronti degli Stati membri: l'art. 260 TFUE.

Il principale strumento che consente di censurare le violazioni degli Stati membri rispetto agli obblighi nei loro confronti gravanti in ragione dell'appartenenza all'Unione europea è costituito dalla procedura d'infrazione, prevista – sin dagli esordi della Comunità economica europea – dagli artt. 169-170 TCEE, i quali corrispondono, a seguito della progressiva evoluzione (dei contenuti ancor prima che delle numerazioni), agli odierni artt. 258 ss. TFUE²⁰.

Questa procedura – a cui, com'è stato rilevato, è stato fatto ricorso sempre più frequente da parte della Commissione, seppur dopo qualche timidezza iniziale²¹, e che può essere attivata anche da un singolo Stato membro nei confronti di un altro²² – è tesa a ottenere (se lo Stato membro non abbia prontamente reagito alle sollecitazioni della fase pre-contenziosa) una sentenza con cui la Corte di giustizia dichiara l'esistenza di un inadempimento di un qualsiasi obbligo derivante dal diritto dell'Unione europea gravante sullo Stato membro: ovvero, si tratta di

¹⁹ POELEMANS M., *La sanction*, cit., p. 41-42; MITSILEGAS V., *From Overcriminalisation to Decriminalisation: the Many Faces of Effectiveness in European Criminal Law*, in *NEJCL*, 2014, p. 416, spec. p. 417; MONTALDO S., COSTAMAGNA F., MIGLIO A., *Introduction*, in MONTALDO S., COSTAMAGNA F., MIGLIO A. (eds.), *European Union Law Enforcement: The Evolution of Sanctioning Powers*, forthcoming, p. 3 del dattiloscritto, ove si evidenzia che «*jus puniendi* pursues the well-established goals of fostering the effectiveness of Union policies and overseeing the proper implementation of EU law at domestic level. This is further confirmed by the fact that the strengthening of the EU's sanctioning capabilities is often a reaction to a perceived lack of effectiveness of the relevant legal framework».

²⁰ Data l'importanza del tema e la sua centralità nell'evoluzione del percorso storico delle Comunità, la letteratura è, sul punto, assai vasta: *ex multis*, in termini recenti, AMALFITANO C., *La procedura di “condanna” degli Stati membri dell'Unione europea*, Milano, 2012; PRETE L., *Infringement Proceedings in EU Law*, Alphen aan den Rijn, 2017. Nella manualistica, v., per tutti, STROZZI G., MASTROIANNI M., *Diritto dell'Unione europea*, cit., p. 344.

²¹ CURTI GIALDINO C., *La Commissione europea dinanzi alla crisi costituzionale polacca: considerazioni sulla tutela dello stato di diritto nell'Unione*, in *Federalismi*, 15 giugno 2016, p. 25.

²² Lo prevede l'odierno art. 259 TFUE, norma che è risultata di scarso utilizzo nel corso del tempo, come osservato da STROZZI G., MASTROIANNI M., *Diritto dell'Unione europea*, cit., p. 357. Per una sentenza della Corte di giustizia che, da ultimo, si è pronunciata su ricorso di uno Stato membro, v. Corte giust., sent. 31 gennaio 2020, causa C-457/18, *Slovenia c. Croazia*, ECLI:EU:C:2020:65.

una pronuncia che, pur non potendo imporre alcuna condotta al convenuto, lo induce a conformarsi all'obbligo, in virtù del già osservato principio di leale collaborazione, che da sempre innerva i trattati e le relazioni tra Unione europea e ordinamenti nazionali²³. Parimenti, si tratta di una misura finalizzata al ripristino della legalità europea, vulnerata dalla condotta del Paese inadempiente, anche nel caso in cui l'attivazione della procedura sia riconducibile all'iniziativa di un altro Stato membro *ex art. 259 TFUE*²⁴.

Tuttavia, nel corso del tempo, gli Stati membri si sono rivelati restii a rispettare i propri obblighi, anche quando i propri inadempimenti fossero stati cristallizzati dalle sentenze della Corte di giustizia: tanto che aveva trovato sviluppo la prassi della “doppia condanna”, nel senso che il giudice lussemburghese veniva adito, in un secondo momento, dalla Commissione perché si accertasse l'ulteriore inadempimento consistente nell'inerzia dello Stato membro rispetto all'infrazione già rilevata²⁵.

Per porre rimedio a queste condotte «assai poco responsabili degli Stati membri, che continuavano a non conformare il proprio ordinamento al diritto comunitario, nonostante sentenze della Corte di giustizia dichiarative delle loro infrazioni»²⁶, alcune istituzioni hanno invocato l'introduzione, nei trattati, di forme di coercizione o sanzione a carico degli Stati membri²⁷: auspicio che ha trovato concretizzazione soltanto con l'adozione del trattato di Maastricht, con cui è stato inserito l'art. 171, par. 2, TCE, corrispondente – seppur all'esito di alcune modifiche apposte soprattutto con il trattato di Lisbona – all'odierno art. 260, par. 2, TFUE²⁸. Tale strumento costituisce, pur con i limiti che sono stati evidenziati, «the most effective mean to increase the costs of non-compliance by (the threat of) sanctions»²⁹.

Con questa nuova previsione della “seconda procedura”³⁰, ove uno Stato membro risulti inadempiente rispetto all'accertamento contenuto nella prima sentenza da parte della Corte di

²³ TESAURO G., *La sanction*, cit., p. 481.

²⁴ AMALFITANO C., *La procedura di “condanna”*, cit., p. 1-6.

²⁵ La prima sentenza, in questo senso, è Corte giust., sent. 13 luglio 1972, causa 48/71, *Commissione c. Italia*, ECLI:EU:C:1972:65, relativa all'omessa esecuzione della precedente pronuncia del 10 dicembre 1968, causa 7/68, *Commissione c. Italia*, ECLI:EU:C:1968:51.

²⁶ AMALFITANO C., *La procedura di “condanna”*, cit., p. 8.

²⁷ Sul punto, v. le proposte della Corte di giustizia in merito all'Unione europea, in *Bollettino CE*, suppl. n. 9/75, p. 17. Per l'introduzione di sanzioni pecuniarie, v. la risoluzione del Parlamento europeo del 9 febbraio 1983 sulla responsabilità degli Stati membri in ordine all'applicazione e al rispetto del diritto comunitario, in *GUCE*, 14 marzo 1983, C 68, p. 32.

²⁸ Sull'evoluzione della disposizione e sulle modifiche intercorrenti tra le diverse formulazioni che si sono succedute, v. AMALFITANO C., *La procedura di “condanna”*, cit., p. 11-13 e, specie per quanto concerne le novità con il trattato di Lisbona, p. 56 ss.

²⁹ BÖRZEL T., HEIDBREDE E. G., *Enforcement and Compliance*, in HARLOW C., LEINO-SANDBERG P., DELLA CANANEA G., *Research Handbook on EU Administrative Law*, Cheltenham, 2017, p. 241, spec. p. 247.

³⁰ In tempi immediatamente seguenti l'adozione del trattato di Maastricht, sull'art. 171 TCE, v. CAPOTORTI F., *La procedura sanzionatoria nei confronti degli Stati membri autori di illeciti comunitari, ai sensi dell'art. 171 del Trattato istitutivo della Comunità europea*, in AA.VV., *Scritti in onore di Elio Fazzalari*, vol. IV, Milano, 1993, p. 705; DIEZ-HOCHLEITNER J., *Le Traité de Maastricht et l'inexécution des arrêts de la Cour de justice par les États membres*, in *Rev. Marché Un. Eur.*, 1994,

giustizia³¹, la Commissione – mediante un procedimento che oggi si connota per maggiore rapidità del procedimento d'infrazione ai sensi dell'art. 260, par. 2, TFUE rispetto a quanto disposto dal precedente art. 228, par. 2 TCE – può presentare un ulteriore ricorso dinanzi alla Corte di giustizia (dopo aver posto lo Stato membro in condizione di poter presentare osservazioni) e domandare che quest'ultima commini, a carico del Paese convenuto, una sanzione di carattere pecuniario.

La Commissione ha, come è stato osservato, piena discrezionalità nella gestione della procedura³²: quando adisce la Corte con il secondo ricorso, essa formula una domanda in relazione alle sanzioni che invoca e alla rispettiva misura. Una volta instaurato il contraddittorio, la Corte di giustizia valuta le richieste della Commissione e, all'esito della trattazione della causa, può irrogare la sanzione: il tenore lessicale dell'art. 260, par. 2, co. 2, TFUE ammette, per il giudice lussemburghese, una discrezionalità sia sull'*an*, sia sul *quantum*. La Corte stessa ha dimostrato di non ritenersi vincolata alle indicazioni della Commissione, le quali svolgono una funzione di indirizzo o parametro, ma non operano in senso vincolante³³, né si ritiene che operi il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato³⁴.

Quanto alle sanzioni che possono applicarsi, se ne evidenziano, come noto, due tipologie³⁵.

Una prima corrisponde alla penalità di mora, costruita secondo il rimedio della c.d. "astreinte"³⁶: essa si sostanzia nell'obbligo di pagare una somma in denaro direttamente commisurata al periodo di ritardo nell'inadempimento, a partire dal giorno della notificazione della sentenza "di condanna" e sino al momento in cui permanga l'inadempimento. La penalità viene

p. 111; MORI P., *Il nuovo art. 171, par. 2, del Trattato CE e le sanzioni per gli Stati membri inadempienti*, in *Riv. dir. int.*, 1994, p. 58; ID., *Le sanzioni previste dall'art. 171 del Trattato CE: i primi criteri applicativi*, in *DUE*, 1996, p. 1015; TE-SAURO G., *La sanction*, cit., p. 486. In termini più recenti, CONDINANZI M., AMALFITANO C., *La procedura di infrazione: un bilancio dieci anni dopo l'entrata in vigore del trattato di Lisbona*, in *Federalismi*, 17 giugno 2020; JACK B., *Article 260(2) TFEU: An Effective Judicial Procedure for the Enforcement of Judgements?*, in *ELJ*, 2013, p. 404; PRETE L., *Infringement Procedures and Sanctions under Article 260 TFEU: Evolution, Limits and Future Prospects*, in MONTALDO S., COSTAMAGNA F., MIGLIO A. (eds), *European Union Law Enforcement*, cit.; TIZZANO A., *Les développements récents de la procédure de 'manquement sur manquement'*, in TIZZANO A., ROSAS A., SILVA DE LAPUERTA R., LENAERTS K., KOKOTT J. (sous la direction de), *La Cour de Justice de l'Union européenne sous la présidence de Vassilios Skouris (2003-2015) – Liber Amicorum Vassilios Skouris*, Bruxelles, 2015, p. 647; WENNERAS P., *Making effective use of Article 260 TFEU*, in JAKAB A., KOCHENOV D., *The Enforcement of EU Law and Values*, cit., p. 79.

³¹ Come osservato da AMALFITANO C., *La procedura di "condanna"*, cit., p. 38, anche le sentenze con cui la Corte di giustizia definisce una procedura avviata da uno Stato membro contro un altro, ai sensi dell'art. 259 TFUE, sono suscettibili – ove non eseguite – di dar luogo alla successiva pronuncia *ex art. 260, par. 2, TFUE*.

³² AMALFITANO C., *La procedura di "condanna"*, cit., p. 15.

³³ Corte giust., sent. 4 luglio 2000, causa C-387/97, *Commissione c. Grecia*, ECLI:EU:C:2000:356, pt. 89.

³⁴ Corte giust., sent. 12 luglio 2005, causa C-304/02, *Commissione c. Francia*, ECLI:EU:C:2005:444, pt. 91.

³⁵ AMALFITANO C., *La procedura di "condanna"*, cit., p. 77 ss.

³⁶ Dalla voce verbale latina *adstringo*, è il mezzo tipicamente impiegato, in numerosi ordinamenti processuali, per indurre il debitore di una prestazione, già condannato, ad ottemperare all'obbligo nei suoi confronti formulato, specie quando si tratti di prestazioni di *facere* a carattere infungibile.

impiegata per indurre a una sollecita regolarizzazione; può essere disposta su base giornaliera oppure per periodi più ampi³⁷, talvolta anche su base decrescente³⁸.

La somma forfettaria ha invece un carattere dissuasivo e generalpreventivo, in quanto costituisce una sanzione che “reagisce” alla condotta inerte dello Stato, cui si addebita il mantenimento di una situazione antiggiuridica nel tempo.

Come è stato osservato dalla Commissione nella propria documentazione istituzionale in materia di quantificazione delle (richieste di) sanzioni, è necessario tener conto del criterio di proporzionalità, che impone di adeguare gli importi alla natura e alla gravità delle violazioni lamentate, nonché dei canoni di effettività e dissuasività, allo scopo di consentire il dispiego di un *effet utile* da parte delle sentenze della Corte di giustizia³⁹.

La Commissione ha facoltà di domandare l'una o l'altra sanzione, ovvero il loro cumulo e la Corte di giustizia può in ogni caso, indipendentemente dalla richiesta della Commissione, disporre l'una e/o l'altra: la complementarietà delle due forme sanzionatorie, evidente in ragione del fatto che ciascuna delle due risponde a logiche diverse, era già stata posta in evidenza dalla dottrina⁴⁰ ed è stata quindi condivisa dalla Corte di giustizia⁴¹. Tuttavia, specie per quanto concerne il profilo della quantificazione della sanzione, si è rilevato che spesso il giudice lussemburghese effettua una valutazione equitativa⁴², non avallando le richieste della Commissione⁴³ ma senza fornire un'adeguata motivazione quanto alle diverse scelte operate⁴⁴.

Deve in ogni caso essere evidenziato – come già lucidamente suggerito da autorevole dottrina poco dopo l'introduzione dell'art. 171, par. 2, TCE⁴⁵ – che l'adozione di mere sanzioni pecuniarie potrebbe non rappresentare uno strumento sanzionatorio sufficientemente capace di deterrenza: il pagamento degli importi potrebbe essere infatti una sorta di “minore dei mali”

³⁷ Ad es., su base semestrale, in Corte giust., sent. *Commissione c. Francia* (C-304/02), cit.

³⁸ In questo senso, Corte giust., sent. 17 novembre 2011, causa C-496/09, *Commissione c. Italia*, ECLI:EU:C:2011:740.

³⁹ V., in particolare, la comunicazione della Commissione SEC (2005) 1658, p. 2 ss., che a propria volta riprende e sviluppa le comunicazioni del 1996 (in *GUCE* 21 agosto 1996, C 242, p. 6) e del 1997 (in *GUCE*, 28 febbraio 1997, C 63, p. 2). Per un richiamo ai criteri di dissuasività e proporzionalità, v. da ultimo Corte giust., sent. 12 marzo 2020, causa C-576/18, *Commissione c. Italia*, ECLI:EU:C:2020:202, pt. 148 e 165.

⁴⁰ DIEZ-HOCHLEITNER J., *Le Traité de Maastricht et l'inexécution*, cit., p. 141.

⁴¹ Corte giust., sent. *Commissione c. Francia* (C-304/02), cit., pt. 80 ss.

⁴² Sui due metodi di conteggio delle sanzioni KORNEZOV A., *Imposing the Right Amount of Sanctions Under Article 260(2) TFEU: Fairness v. Predictability, or How to “Bridge The Gaps”*, in *Columbia Journal of European Law*, 2014, p. 307.

⁴³ Le cui richieste sono, invece, elaborate sulla base di una serie di criteri e indicatori che essa stessa ha elaborato, allo scopo di assumere una linea quanto più possibile coerente. V., in particolare, le comunicazioni successive a quelle menzionate alla precedente nota n. 39 e pubblicate, a propria volta, in *GUUE* 19 gennaio 2007, C 18, p. 10; in *GUUE* 15 gennaio 2011, C 12, p. 1; in *GUUE* 25 febbraio 2019, C 70, p. 1.

⁴⁴ V., in particolare, VAN RIJN T., *Les sanctions pécuniaires de l'Article 260 TFEU: 5 ans après le traité de Lisbonne*, in *CDE*, 2014, p. 557, spec. p. 572. Per un recente caso in cui la Corte di giustizia si è discostata dalle proposte della Commissione, v. la già citata Corte giust., sent. 12 marzo 2020, *Commissione c. Italia*, cit.

⁴⁵ TESAURO G., *La sanction*, cit., p. 486.

rispetto ai costi che comporterebbe conformare l'ordinamento interno agli obblighi previsti dal diritto dell'Unione europea.

Per questo, non sono mancate – all'epoca come, più recentemente, all'esito delle riforme apportate dal trattato di Lisbona⁴⁶ – proposte volte a rendere più incisivo l'intervento della Corte di giustizia, quali l'adozione di strumenti sanzionatori ulteriori, l'imposizione di misure alternative e/o complementari, oppure ancora la sospensione di forme di finanziamento da parte dell'Unione europea, o l'inserimento di un meccanismo assimilabile alla “costituzione di parte civile” da parte di cittadini o associazioni degli stessi i cui interessi siano stati lesi⁴⁷. I privati, come già osservato *supra*, hanno in ogni caso a propria disposizione lo strumento – loro “conferito” dalla Corte di giustizia ove già non fosse esperibile o previsto negli ordinamenti interni – del risarcimento del danno cagionato dallo Stato per la propria condotta contraria agli obblighi imposti dall'Unione europea. La dottrina ha recisamente escluso che possa essere invocato il principio del *ne bis in idem* nel caso in cui si verifichi la contestuale pronuncia di una sentenza di condanna da parte della Corte di giustizia e da parte di un organo giudiziario nazionale in relazione al medesimo obbligo non rispettato⁴⁸.

Quanto alle principali novità verificatesi a seguito dell'ultima modifica dei trattati, è stata introdotta – *ex art. 260, par. 3, TFUE*⁴⁹ – la possibilità che la Commissione domandi (e la Corte di giustizia commini) le sanzioni di cui al par. 2 già con il “primo” ricorso ai sensi dell'art. 258 TFUE, nel caso in cui l'inadempimento lamentato concerna l'omessa comunicazione di misure di attuazione di una direttiva adottata secondo procedura legislativa. Si tratta dunque di un meccanismo che ibrida i caratteri delle due procedure consuete (la prima di accertamento, la seconda di condanna), allo scopo di aumentare la capacità deterrente e di rendere più rapido l'intero procedimento di controllo sull'operato degli Stati membri⁵⁰.

⁴⁶ AMALFITANO C., *La procedura di “condanna”*, cit., p. 285 ss.

⁴⁷ TESAURO G., *La sanction*, cit., p. 487.

⁴⁸ AMALFITANO C., *La procedura di “condanna”*, cit., p. 306; PEERS S., *Sanctions for Infringement of EU Law after the Treaty of Lisbon*, in *ELR*, 2012, p. 33, spec. p. 49.

⁴⁹ Su cui AMALFITANO C., *La procedura di “condanna”*, cit., p. 61; CONDINANZI M., AMALFITANO C., *La procedura di infrazione*, cit., par. 10.

⁵⁰ Corte giust., sent. 8 luglio 2019, causa C-543/17, *Commissione c. Belgio*, ECLI:EU:C:2019:573, pt. 52, ove si evidenzia che «l'obiettivo perseguito dall'introduzione del meccanismo di cui all'articolo 260, paragrafo 3, TFUE è non solo di stimolare gli Stati membri a porre fine quanto prima a un inadempimento che, in mancanza di una misura siffatta, tenderebbe a persistere, ma anche di snellire e accelerare il procedimento di imposizione delle sanzioni pecuniarie per inadempimenti dell'obbligo di comunicare una misura nazionale di attuazione di una direttiva adottata secondo la procedura legislativa, fermo restando che, prima dell'introduzione di detto meccanismo, poteva accadere che una sanzione pecuniaria a carico di uno Stato membro che non si era conformato entro i termini a una precedente sentenza della Corte e che non aveva rispettato l'obbligo di recepimento fosse inflitta soltanto molti anni dopo quest'ultima sentenza».

La prima pronuncia all'esito di una procedura simile è stata adottata dalla Corte di giustizia il giorno 8 luglio 2019⁵¹, con una sentenza che ha definito una controversia avviata dalla Commissione nei confronti del Belgio. Con tale sentenza, il Paese è stato condannato al pagamento, a partire dalla data della sentenza e fino all'avvenuto recepimento della direttiva, di una penalità di mora, per non aver adottato (e, quindi, non aver comunicato alla Commissione) le misure necessaria alla trasposizione di un atto di diritto derivato del 2016⁵².

L'art. 260, par. 3, TFUE costituisce quindi uno strumento più incisivo ed immediato per indurre gli Stati membri ad una pronta e sollecita trasposizione, nei rispettivi ordinamenti, delle direttive: il giudice lussemburghese ha fatto propria l'impostazione suggerita dalla Commissione, ad avviso della quale il procedimento accelerato *ex art. 260, par. 3, TFUE* è teso a censurare tanto la violazione procedurale (cioè l'omissione comunicazione delle misure di trasposizione), quanto quella sostanziale (la mancata trasposizione) e, ancora, non solo l'inadempimento totale, ma anche quello parziale. Risulta palese che, in un'ottica pratica, all'obbligo di notifica viene attribuito un ruolo meramente formale e ancillare, in quanto conseguente alla trasposizione – non avrebbe senso, infatti, immaginare che uno Stato adempia ai doveri, ma dimentichi la comunicazione della propria ottemperanza, a maggior ragione ove sia stata inviata la lettera di messa in mora – e finalizzato a consentire alla Commissione di accertare il rispetto dell'obbligo di recepimento⁵³.

3.1. (*segue*): Le misure sanzionatorie in caso di violazione dei valori fondamentali (art. 7 TUE).

In termini recenti, ha assunto rilievo – a seguito dell'attivazione, nei confronti di Polonia e Ungheria, della procedura prevista dall'art. 7 TUE⁵⁴ – anche la possibilità che gli Stati nei cui riguardi sono stati aperti i procedimenti a tutela dei valori fondamentali dell'Unione europea

⁵¹ V. nota precedente per la completa indicazione della sentenza. Per un primo commento, PINGEL I., *Première application de l'article 260, paragraphe 3 TFUE par la Cour de justice de l'Union européenne et premiers enseignements*, in RTDE, 2019, p.663; CONDINANZI M., AMALFITANO C., *La procedura di infrazione*, cit., p. 273. Il 16 luglio 2020 sono state adottate due ulteriori pronunce *ex art. 260, par. 3, TFUE*: Corte giust., sent. 16 luglio 2020, causa C-549/18, *Commissione c. Romania*, ECLI:EU:C:2020:563 e causa C-550/18, *Commissione c. Irlanda*, ECLI:EU:C:2020:564. Sulle due sentenze, per un commento, v. AMALFITANO C., *Commission v Romania and Commission v Ireland: a Step Forward in Clarifying the Accelerated Infringement Procedure Under Article 260(3) TFEU*, in *EU Law Live*, 22 luglio 2020.

⁵² Segnatamente, la direttiva 2014/61/UE, in *GUUE*, 23 maggio 2014, L 155, p. 1.

⁵³ CONDINANZI M., AMALFITANO C., *La procedura di infrazione*, cit., p. 274.

⁵⁴ Come noto, dopo l'avvio della procedura nei confronti della Polonia nel dicembre 2017 (v. *supra*, Capitolo Primo, par. 9), anche nei confronti dell'Ungheria è stato attivato il medesimo meccanismo, sia pur all'esito della votazione del Parlamento europeo. Cfr., sul punto, la risoluzione del Parlamento europeo del 12 settembre 2018, su una proposta recante l'invito al Consiglio a constatare, a norma dell'articolo 7, paragrafo 1, del trattato sull'Unione europea, l'esistenza di un evidente rischio di violazione grave da parte dell'Ungheria dei valori su cui si fonda l'Unione. Testo approvato con atto n. P8_TA(2018)0340.

possano essere sottoposti a sanzione⁵⁵. Infatti, il Consiglio – ai sensi dell’art. 7, par. 3, TUE – può decidere, a maggioranza qualificata, la sospensione di alcuni diritti derivanti allo Stato membro in virtù della propria *membership*, seppur tenendo conto delle conseguenze che un tale provvedimento potrebbe avere su diritti ed obblighi dei privati e senza mai poter disporre, tuttavia, la sospensione della condizione di Paese membro dell’Unione europea o la sua espulsione, né poterlo costringere al recesso⁵⁶.

In attuazione di questa disposizione, si potrebbe verificare una sospensione dei diritti derivanti allo Stato dall’applicazione dei trattati – incluso il diritto di voto in sede di Consiglio, per espressa previsione del trattato, – così come potrebbe essere temporaneamente interrotta l’applicazione di alcuni strumenti di diritto derivato dell’Unione⁵⁷. Ad esempio, potrebbe essere sospeso il funzionamento della decisione-quadro sul mandato d’arresto europeo⁵⁸, in quanto, al considerando n. 10 della stessa, si prevede che tale meccanismo non sarà applicabile *pro tempore* allo Stato membro che abbia subito una pronuncia di cui all’art. 7, par. 2, TUE, in ragione del fatto che tale constatazione costituisce un determinante *vulnus* al principio della fiducia reciproca tra gli Stati.

Inoltre, si osservi che è possibile che lo Stato membro censurato possa, a titolo di sanzione, essere privato di taluni benefici finanziari derivanti dall’appartenenza all’Unione europea⁵⁹: ciò è stato prospettato dalla dottrina ed è stato paventato in una recente proposta legislativa avanzata dalla Commissione, tesa ad adottare – anche in assenza di una pronuncia *ex art. 7 TUE* – un meccanismo di controllo che subordina i finanziamenti agli Stati membri alla loro *compliance* rispetto agli obblighi in punto di tutela dei valori di cui all’art. 2 TUE⁶⁰.

⁵⁵ Sul punto, v. la recente analisi di BONELLI M., *Sanctioning Breaches of the EU’s Founding Values: Art. 7 TEU and Alternative Tools*, in MONTALDO S., COSTAMAGNA F., MIGLIO A. (eds.), *European Union Law Enforcement*, cit.

⁵⁶ In questo senso, BESSELINK L. F., *The Bite, the Bark and the Howl. Art. 7 TEU and the Rule of Law Initiatives*, in JAKAB A., KOCHENOV D., *The Enforcement of EU Law and Values*, cit., p. 128; CURTI GIALDINO C., *La Commissione europea*, cit., p. 7.

⁵⁷ SANNA C., *Articolo 7 TUE*, in TIZZANO A. (a cura di), *Trattati*, cit., p. 78.

⁵⁸ Nel testo della decisione-quadro (2002/584/GAI, in *GUCE*, 18 luglio 2002, L 190, p. 1), il riferimento è all’art. 7, par. 1, TUE del testo all’epoca vigente; tuttavia, a seguito delle modifiche apposte dal trattato di Nizza, detta previsione ha cambiato numerazione (art. 7, par. 2, TUE) in ragione dell’inserimento della procedura di *early warning*. Pertanto, il rinvio operato, nel testo, all’art. 7, par. 1, TUE deve intendersi oggi effettuato verso l’art. 7, par. 2, TUE.

⁵⁹ Ipotesi avanzata da CURTI GIALDINO C., *La Commissione europea*, cit., p. 7, con riferimento ad una lettera del 6 marzo 2013 dei Ministri degli esteri di Danimarca, Finlandia, Germania e Paesi Bassi (disponibile *online* in www.rijksoverheid.nl) agli allora presidenti di Commissione e Consiglio: in questa missiva (p. 2) si auspica che, seppur come *extrema ratio*, iniziative sugli stanziamenti economici siano adottate («As a last resort, the suspension of EU funding should be possible»). Dello stesso avviso anche BESSELINK L.F., *The Bite the Bark*, cit., p. 130.

⁶⁰ Si tratta di una proposta di regolamento sulla tutela del bilancio dell’Unione in caso di carenze generalizzate riguardanti lo Stato di diritto negli Stati membri, pubblicata in COM (2018) 324 def. del 3 maggio 2018, su cui ha preso posizione, in prima lettura, il Parlamento europeo il successivo 4 aprile 2019. Su questa proposta di regolamento v. BACHMAIER L., *Compliance with the Rule of Law in the EU and the Protection of the Union’s Budget*, in *EUCrim*, 2/2019, p. 120.

Per quanto concerne l'esercizio del *sanctioning power* di cui all'art. 7, par. 3, TUE, non v'è allo stato alcuna prassi applicativa e – anzi – è stata evidenziata, sia in dottrina⁶¹, sia a livello istituzionale⁶², l'evidente ineffettività della procedura prevista dai trattati: basti ricordare che il Consiglio, a distanza di quasi tre anni dall'attivazione del meccanismo *de quo* contro la Polonia, ancora non ha assunto una formale deliberazione *ex art. 7, par. 1, TUE*.

Ciò spiega perché la Commissione abbia fatto ricorso alla procedura d'infrazione *ex art. 258 TFUE*⁶³ a fronte delle stesse condotte già sottoposte a censura *ex art. 7 TUE*: con la prospettiva, che la guardiania dei trattati ricorra, in assenza di una sollecita reazione da parte degli Stati coinvolti, all'art. 260, par. 2, TFUE per ottenere una pronuncia di carattere sanzionatorio, capace di conferire maggior effettività alle iniziative di tutela dei fondamenti assiologici dell'Unione europea.

4. I poteri sanzionatori nei confronti delle persone fisiche e giuridiche.

Nel primo capitolo si è rilevato che l'ordinamento dell'Unione europea non si limita a sanzionare obblighi a carico degli Stati membri: è sufficiente porre mente, in questo senso, alla celebre sentenza *Van Gend en Loos*, in cui si legge – in uno dei punti salienti – che «la Comunità costituisce un ordinamento giuridico di nuovo genere nel campo del diritto internazionale [...] ordinamento che riconosce come soggetti, non soltanto gli stati membri ma anche i loro cittadini»⁶⁴. La Corte di giustizia ha profuso ogni sforzo allo scopo di garantire che i diritti accordati dai trattati e dagli atti di diritto derivato fossero concretamente invocabili da parte degli individui e non restassero confinati alla sola dimensione di doveri gravanti sugli Stati membri, senza alcun utile riflesso a vantaggio dei privati.

Progressivamente, è emerso il delicato tema legato alla capacità dell'ordinamento sovranazionale di esigere non soltanto dagli Stati membri, ma anche dai cittadini e dalle imprese il rispetto di specifici doveri su di loro gravanti. In altri termini, si tratta di indagare se esista – e in quale misura – la possibilità che l'ordinamento sovranazionale, in ragione del fatto che si rivolge ai privati (persone fisiche e giuridiche) come destinatari della propria produzione giuridica, possa imporre a questi ultimi anche divieti e obblighi, a propria volta presidiati da sanzioni.

⁶¹ Da ultimo, sull'incapacità del meccanismo di cui all'art. 7, par. 1, TUE di produrre alcun effetto utile, v. MORI P., *La questione del rispetto dello Stato di diritto in Polonia e in Ungheria: recenti sviluppi*, in *Federalismi*, 1° aprile 2020.

⁶² Comunicazione della Commissione COM(2019) 343 def., 17 luglio 2019, *passim*; risoluzione del Parlamento europeo del 16 gennaio 2020 sulle audizioni in corso a norma dell'art. 7, par. 1, TUE, concernenti la Polonia e l'Ungheria, (2020/2513 RSP).

⁶³ V. *supra*, Capitolo Primo, par. 9.2.

⁶⁴ Corte giust., sent. *Van Gend en Loos*, cit.

La delicata *quaestio* della capacità degli atti di diritto derivato dell'Unione europea di prevedere misure repressive-punitive si collega alla capacità dei singoli di assumere condotte capaci di ledere quei beni giuridici (dapprincipio – in una dimensione marcatamente economica – la libera concorrenza e il regime degli scambi commerciali) che costituiscono i primari interessi e obiettivi dell'ordinamento sovranazionale⁶⁵.

Tuttavia, il potere sanzionatorio è sempre stato gelosamente conservato dagli Stati membri, i quali – mentre non hanno palesato particolari ritrosie nel riconoscere alle Comunità la capacità di attribuire diritti ai singoli – hanno manifestato scrupoli più profondi nella cessione della competenza sanzionatoria all'Unione europea⁶⁶. Quest'ultima ha, in direzione del tutto opposta, manifestato un sempre maggior interesse a dotarsi di strumenti propri di “reazione” nei confronti di quelle condotte che fossero lesive dei propri interessi: proprio perché, come già è stato considerato, la sanzione costituisce un mezzo che un ordinamento impiega per garantire la propria effettività.

Di conseguenza, si spiega in questi termini il «fierce debate»⁶⁷ che si è sviluppato attorno alla capacità delle Comunità europee di stabilire e applicare sanzioni nei confronti degli operatori e dei privati che agiscono sul comune territorio europeo.

L'analisi dell'articolazione dei poteri sanzionatori riflette, quanto alle relazioni tra Unione europea e Stati membri, lo stesso ordine di problemi già considerati – nel Capitolo primo – in merito all'assenza di un apparato esecutivo e giudiziario autonomo dell'ordinamento sovranazionale, che gli permetta di sviluppare in concreto un proprio *corpus* di misure a presidio dei propri interessi. Per questa ragione – dunque, ancora una volta, per la dicotomia tra poteri normativi e sanzionatori – larga parte dell'attività punitiva si svolge per necessità a livello nazionale⁶⁸, alla luce di obblighi che promanano in primis dalla *fidelity clause* e, ove sia stata riconosciuta una competenza espressa, dagli atti di diritto derivato adottati dal legislatore europeo.

Considerare le competenze dell'Unione europea quanto alla capacità di imporre (ed eseguire) sanzioni nei confronti dei singoli risulta un'operazione più agevole se si separa l'indagine quanto alle misure civili-amministrative e a quelle penali. Per quanto il giudice lussemburghese

⁶⁵ TESAURO G., *La sanction*, cit., p. 503.

⁶⁶ BERNARDI A., *L'europeizzazione del diritto penale e della scienza penale*, in *Quad. fior.*, 2002, p. 462, spec. p. 499; BIANCARELLI J., *Does the Community*, cit., p. 251; DELMAS-MARTY M., *Verso un diritto penale comune europeo?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 543; MONTALDO S., *I limiti della cooperazione in materia penale nell'Unione europea*, Napoli, 2015, p. 26; TIEDEMANN K., *L'europeizzazione del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 3.

⁶⁷ HERLIN-KARNELL E., *Is Administrative Law still Relevant? How the Battle of Sanctions Has Shaped EU Criminal Law*, in MITSILEGAS V., BERGSTRÖM M., KONSTADINIDES T., *Research Handbook on EU Criminal Law*, Cheltenham, 2016, p. 233, spec. p. 234.

⁶⁸ TIMMERMANS C.W.A., *La sanction des infractions*, cit., p. 31. Come esponente della Commissione al Congresso FIDE del 1992, egli sottolineò proprio che «la possibilità di una politica centralizzata di repressione a livello europeo delle infrazioni sconta limiti di ordine pratico». Le stesse considerazioni sono condivise da HARDING C., *Member State Enforcement*, cit., p. 8; PISANESCHI A., *Le sanzioni amministrative*, cit., p. 41.

abbia fatto proprio l'insegnamento della Corte Edu⁶⁹ – secondo cui non è l'etichetta formale, ma la dimensione sostanziale a conferire carattere penale ad una sanzione – resta in ogni caso evidente che al diverso grado di afflittività delle due tipologie di misure corrisponde un diverso grado di capacità del legislatore europeo di prevederne l'irrogazione⁷⁰. La dicotomia tra i due mezzi punitivi risiede altresì, tradizionalmente, quanto al soggetto che ne fa applicazione: se nella Comunità esiste, seppur in termini incompleti, un apparato amministrativo cui può essere demandata la funzione sanzionatoria di tale portata, manca, del tutto radicalmente, un soggetto giudicante dinanzi al quale, nelle forme di un procedimento penale, possa essere irrogata una pena.

Di conseguenza, il riconoscimento di una competenza dell'Unione europea assai più ampia in materia di sanzioni amministrative e, invece, più ristretta quanto alle misure di carattere penale si può spiegare alla luce delle ragioni che, in breve, sono state qui accennate.

Per quest'ordine di ragioni, l'analisi quanto alle competenze e alle tipologie di sanzioni cui alla Comunità (prima) e all'Unione (oggi) è consentito ricorrere può svolgersi in modo migliore separando i due diversi paradigmi accennati.

5. La competenza ad adottare sanzioni amministrative.

Se si effettua una valutazione in termini diacronici, si osserva che la Comunità ha manifestato, in origine, la tendenza a lasciare agli Stati membri l'esercizio della competenza sanzionatoria in relazione all'esecuzione delle politiche europee; in tempi progressivamente più recenti, al completo "affidamento" agli apparati punitivi-reattivi degli Stati si è sostituita una diversa forma di interazione tra l'Unione europea e gli ordinamenti nazionali, in cui il ruolo della prima si è fatto progressivamente più incisivo.

⁶⁹ Corte giust., sent. 5 giugno 2012, causa C-489/10, *Bonda*, ECLI:EU:C:2012:319 che, ai pt. 36-37, per valutare la natura penale o meno di una sanzione prevista dal regolamento (CE) 1973/2004, richiama espressamente i criteri (ben noti) formulati da Corte Edu, sent. 8 giugno 1976, ric. 5100/71 e a., *Engel c. Paesi Bassi*, in *eabr.coe.int*.

⁷⁰ Secondo uno studio risalente ma le cui considerazioni sono tutt'ora di grande attualità (PALIERO C.E., *Materia penale e illecito amministrativo secondo la Corte europea dei diritti dell'Uomo: una questione classica a una svolta radicale*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 1985, p. 915), i due sistemi condividono uno scopo intimidatorio, preventivo-repressivo (c.d. omologia finalistica), ma lo fanno in modo differente. Se i due tipi di illecito si considerano omogenei sotto il profilo contenutistico e strutturale, si discostano per il grado e l'intensità dell'aggressione ai medesimi beni giuridici; da un punto di vista sanzionatorio, ciò corrisponde ad un'eterogeneità nella misura in cui le sanzioni portano con sé un diverso disvalore e conseguenze su un piano etico-giuridico. La differenza non risiede quindi nell'oggetto o nello scopo della tutela, bensì nella diversa proporzione rispetto alla gravità dell'illecito e nella capacità di raggiungere finalità preventive con un minore "costo sociale" di applicazione. In termini più recenti, v. CONSULICH F., *«Materia penale» e tutela dei beni giuridici nello spazio unitario europeo*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2006, p. 65; MAZZACUVA F., *Le pene nascoste: Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino, 2017, p. 16 ss.; PROVENZANO P., *Note minime in tema di sanzioni amministrative e "materia penale"*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 2018, p. 1043.

Il tema della competenza sanzionatoria è stato affrontato in modo più approfondito dalla dottrina a partire dagli anni Ottanta⁷¹: se era chiaro che alle Comunità non spettasse alcuna competenza in materia penale⁷², diversamente «it was still unclear as to whether the EU had the competence to prescribe non criminal sanctions at all»⁷³. Riguardo a quest'ultime, si è ben messo in evidenza che esse hanno sempre formato una parte cruciale della strategia di *enforcement* del diritto dell'Unione europea, specie rispetto alle sanzioni in materia di *competition* nonché nell'ambito agricolo e della pesca, anche dopo che è stata acquisita, da parte delle istituzioni sovranazionali, una (sia pur limitata) competenza penale⁷⁴. In questo senso, si è osservato il progressivo sviluppo di una sorta di «quasi criminal law system»⁷⁵.

Quanto all'ammissibilità (e alle potenzialità) di una competenza ad adottare sanzioni amministrative, è interessante ricordare che nel settore di attività delle altre due Comunità (CECA e EURATOM) i rispettivi trattati avevano ammesso, in capo alle istituzioni ivi operanti, un potere di intervento assai significativo nei confronti delle imprese operanti nei settori interessati⁷⁶.

Nel trattato CECA⁷⁷ vi era un apparato sanzionatorio completo, sovrapponibile all'ambito di applicazione materiale. Si tratta di un testo che, sotto questo profilo, aveva carattere «legislativo»⁷⁸, in quanto gli estensori avevano valutato *ex ante* quali potessero essere le violazioni che si sarebbero potute commettere rispetto agli obblighi convenuti e, di conseguenza, avevano già predeterminato la risposta sanzionatoria per queste ipotesi, attribuendo specifici poteri, in tal senso, alla Commissione⁷⁹. Si tratta di misure che, pur aventi carattere repressivo, si limitavano alla sfera pecuniaria e, di conseguenza, sono state ritenute dalla Corte di giustizia dotate di carattere amministrativo e non penale⁸⁰.

⁷¹ Sebbene non mancassero, già nella più attenta dottrina degli anni Sessanta e Settanta, alcuni studi sul punto: v., ad esempio, BETTIOL G. (a cura di), *Prospettive*, cit.; BIANCONI L., *Vers un droit pénal communautaire?*, in *Rev. Mar. Com.*, 1975, p. 33; DE PRECIGOUT J., *La sanction des infractions aux règlement de la CEE*, in *Rev. Mar. Com.*, 1962, p. 142.

⁷² Corte giust., sent. 11 novembre 1981, causa 203/80, *Casati*, ECLI:EU:C:1981:261, pt. 27, ove si legge che «in via di principio, la legislazione penale e le norme di procedura penale restano di competenza degli Stati membri». La medesima formula ricorre in Corte giust., sent. 2 febbraio 1989, causa 186/87, *Cowan*, ECLI:EU:C:1989:47.

⁷³ HERLIN-KARNELL E., *Is Administrative Law still Relevant?*, cit., p. 235.

⁷⁴ *Ibidem*.

⁷⁵ *Ivi*, p. 237.

⁷⁶ FORNASIER R., *Le pouvoir répressif des Communautés européennes et la protection de leurs intérêts financiers*, in *Rev. Mar. Com.*, 1982, p. 398, spec. p. 399 ss.; POELEMANS M., *La sanction*, cit., p. 87 ss.

⁷⁷ Il trattato istitutivo della Comunità europea del Carbone e dell'Acciaio (Tr. CECA) ha concluso di produrre i propri effetti il 23 luglio 2002, in ragione della durata cinquantennale che gli Stati stabilirono al momento della stipulazione.

⁷⁸ FORNASIER R., *Le pouvoir répressif*, cit., p. 403.

⁷⁹ In tal senso, ne sono esempi gli artt. 47; 50, par. 3; 54, par. 6; 58, par. 4; 59, par. 7; 65, par. 5; 66, par. 6, Tr. CECA.

⁸⁰ POELEMANS M., *La sanction*, cit., p. 88; Corte giust., sent. 16 novembre 1983, causa 188/82, *Thyssen AG c. Commissione*, ECLI:EU:C:1983:329. Il tema è stato nello specifico affrontato nelle conclusioni dell'Avvocato generale Van Themaat, 6 luglio 1983, ECLI:EU:C:1983:194, pt. 2, il quale ha espressamente qualificato come amministrative e non penali le sanzioni in esame.

Nel trattato Euratom, è egualmente previsto un sistema repressivo per la violazione delle disposizioni ivi contenute: nello specifico, l'art. 83 Tr. Euratom prevede che in caso di infrazione da parte delle persone o delle imprese rispetto agli obblighi loro imposti dalle disposizioni di cui agli articoli seguenti, la Commissione può pronunciare sanzioni nei loro confronti, quali alcuni richiami, la revoca di vantaggi, l'amministrazione coatta da parte di commissari designati o il ritiro, totale o parziale, delle materie impiegate. Nell'unica sentenza resa in materia, la Corte di giustizia, seppur non in via espressa, ha – come osservato dalla dottrina⁸¹ – lasciato intendere che dette sanzioni non hanno natura penale, sebbene si connotino per finalità retributive e di prevenzione⁸².

Si deve quindi osservare che in questi due trattati gli autori degli stessi hanno inteso delineare un sistema completo di sanzioni, senza riservare alle istituzioni sovranazionali alcun potere che li abiliti a introdurre ulteriori misure, ma solo ad applicare quelle previste; al contrario, il TCEE si atteggiava come un “trattato-quadro”, nel quale il sistema di definizione degli obblighi (e delle relative conseguenze in punto di loro violazione) non è capillare e “chiuso”, bensì delinea gli obiettivi e le procedure necessarie per l'adozione delle norme stesse⁸³.

La comparazione tra i tre trattati suggerisce una riflessione quanto ai poteri sanzionatori di cui la CEE potesse in origine (e oggi l'Unione europea) disporre: si tratta, cioè, di comprendere se e in che misura alle istituzioni si consenta di formulare, a livello normativo, il giudizio sul “bisogno” di sanzione per determinate fattispecie che si assumano lesive di interessi europei.

Tre sono le tesi che sono state prospettate sul punto⁸⁴.

Una prima muove da una lettura strettamente ancorata al principio di attribuzione delle competenze: le istituzioni possono formulare obblighi sanzionatori soltanto ove espressamente vi sia un'espressa previsione in tal senso da parte del trattato. In altri termini, non si può ricavare una generalizzata capacità della Comunità di adottare atti contenenti misure a carico dei singoli⁸⁵. A sostegno di questa tesi, si è sostenuto che il trattato istitutivo avesse ammesso, soltanto in una sede, l'adozione di atti di diritto derivato che prescrivano l'irrogazione di misure sanzionatorie: si trattava dell'art. 87, par. 2, lett. a), TCEE, ad avviso del quale, per garantire l'osservanza dei

⁸¹ POELEMANS M., *La sanction*, cit., p. 91.

⁸² Corte giust., sent. 21 gennaio 1993, causa C-308/90, *Advanced Nuclear Fuels c. Commissione*, ECLI:EU:C:1993:23, pt. 23 e ss.

⁸³ FORNASIER R., *Le pouvoir répressif*, cit., p. 402; POELEMANS M., *La sanction*, cit., p. 92.

⁸⁴ Già parevano accennate, in tempi assai risalenti, da BIANCONI L., *Vers un droit pénal*, cit., poi sono state sviluppate dalla dottrina successiva nei termini di cui *infra*.

⁸⁵ DRAETTA U., *Articolo 87*, in QUADRI R., MONACO R., TRABUCCHI A. (a cura di), *Trattato istitutivo*, cit., p. 646, spec. p. 648; DE PRECIGOUT, *La sanction des infractions*, cit.

divieti in tema di concorrenza tra le imprese, era ammessa la previsione di ammende e penalità di mora⁸⁶.

Una seconda tesi, invece, si è mostrata maggiormente favorevole all'adozione di sanzioni di carattere amministrativo in quegli ambiti nei quali i trattati, pur non prevedendo una disposizione *ad hoc* come nel caso del settore *antitrust* di cui si è detto in precedenza, contenessero locuzioni tali da legittimare le istituzioni all'adozione di "ogni misura utile o necessaria" ai fini della realizzazione di uno specifico obiettivo⁸⁷. Tra queste norme, si possono ricordare quelle (con riferimento alla numerazione originaria del TCEE) di cui agli artt. 40, par. 3 (in tema di politica agricola), 49-51 (quanto alla libera circolazione dei lavoratori), 75 e 79, par. 3 (sui trasporti).

Quest'impostazione pare avallata dalla lettura di un'ulteriore disposizione del trattato, ovvero l'art. 172 TCEE⁸⁸, a tenore del quale «[i] regolamenti [...] possono attribuire alla Corte di giustizia una competenza giurisdizionale anche di merito per quanto riguarda le sanzioni previste nei regolamenti stessi». Come è stato osservato, una formulazione in termini tanto ampi e generici sarebbe del tutto illogica, se si dovesse intendere che l'unica norma abilitante la Comunità ad adottare sanzioni sia l'art. 87 TCEE già citato: di conseguenza, al tenore letterale dell'art. 172 TCEE dovrebbe corrispondere una pari capacità delle istituzioni di formulare precetti sanzionatori, a fronte dei quali sia possibile attribuire piena giurisdizione al giudice lussemburghese⁸⁹.

Pare essere questo l'orientamento condiviso dalle istituzioni europee, le quali, nel corso del tempo, hanno adottato regolamenti che, seppur estranei – per ambito applicativo – a quello tracciato dall'art. 87 TCEE, contenevano talune previsioni di carattere sanzionatorio nei confronti dei privati, in tal senso avallando l'opzione per cui la politica punitiva europea (sebbene circoscritta alle sole misure amministrative) non fosse circoscritta alle limitate ipotesi in cui i trattati espressamente avessero accordato tali poteri. Si pensi al sistema delle cauzioni, sovente

⁸⁶ DRAETTA U., *Articolo 87*, cit. Alla previsione pattizia in discorso è stata fornita concretizzazione mediante il regolamento (CEE) n. 17/62, in *GUCE*, 21 febbraio 1962, C 204, p. 62.

⁸⁷ Questa è la tesi autorevolmente sostenuta, nella dottrina italiana, da GRASSO G., *Comunità europee e diritto penale*, Milano, 1989, p. 85, nonché poi da BERNARDI A., *I tre volti del "diritto penale comunitario"*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 1999, p. 333, spec. p. 340 (si ricordi che tale lavoro dell'Autore sviluppa, in termini aggiornati e con medesimo titolo, l'analogo lavoro contenuto in PICOTTI L. (a cura di), *Possibilità e limiti di un diritto penale dell'unione europea*, Milano, 1998, p. 41). Nella dottrina straniera, BIANCARELLI J., *Les principes généraux du droit communautaire applicables en matière pénale*, in *RSC*, 1987, p. 154; STUYCK J., DENYS C., *Les sanctions communautaires*, in TULKENS F., BOSLY H. (sous la direction de), *La justice pénale et l'Europe*, Bruxelles, 1996, p. 487. Invero, la tesi risulta già attestata in tempi più risalenti: LOUIS J.V., *Les règlements de la Communauté Economique Européenne*, Bruxelles, 1969, p. 325.

⁸⁸ Odierno art. 261 TFUE.

⁸⁹ GRASSO G., *Comunità europee*, cit., p. 84.

previste da atti di diritto derivato (in specie, regolamenti), già adottati in tempi risalenti⁹⁰ e la cui legittimità non ha mai formato oggetto di censura⁹¹.

Infine – e all’esatto opposto della prima opzione prospettata – non manca una ricostruzione in dottrina ad avviso della quale la definizione di precetti e sanzioni non costituisce una competenza: tale attività si attegga a strumento perché l’attività normativa e amministrativa in un dato settore possa essere utilmente esercitata. In altri termini, non avrebbe senso attribuire al legislatore europeo la possibilità di disciplinare taluni ambiti, senza che si possa predicare una parallela, equivalente potestà punitiva, almeno sul piano amministrativo⁹². Se si comprende la sanzione come mezzo per rendere effettiva la *norma agendi*, come misura complementare e strumentale alla norma di diritto materiale, non si può esitare ad affermare che vi sia una competenza dell’Unione in materia sanzionatoria, poiché altrimenti si farebbe della produzione giuridica delle istituzioni sovranazionali «une espèce de *lex imperfecta* dont aucune sanction ne viendrait assurer le respect»⁹³. Inoltre, un interessante spunto *a contrario* si potrebbe scorgere dalla lettura comparativa tra il TCEE e gli altri due trattati istitutivi⁹⁴: quest’ultimi, come già s’è detto, sono ispirati ad un criterio di completezza e, per raggiungere tale obiettivo, hanno disciplinato ogni specifica misura necessaria alla repressione delle condotte illecite. Al contrario, si può intendere il “silenzio” del TCE non in senso di negare recisamente ogni competenza, ma – anzi – come la necessità di attribuire alle istituzioni il compito di designare le fattispecie meritevoli di una sanzione.

Quest’impostazione sembra essere stata adottata anche dalla Corte di giustizia. In una pronuncia risalente alla fine degli anni Settanta – la sentenza *Amsterdam Bull*⁹⁵ – il giudice lussemburghese ha avuto modo di osservare che «qualora la normativa comunitaria non commini sanzioni particolari a carico dei singoli che non si conformino a quanto da essa disposto, gli Stati membri hanno la facoltà di stabilire le sanzioni che ritengano opportune». Di conseguenza, si tratterebbe di un paradigma che ricalca quello sancito, sul versante della tutela dei diritti di fonte sovranazionale, dalle sentenze *Rewe* e *Comet* di pochi mesi precedenti: la potestà sanzionatoria è lasciata – anche quanto alla scelta dei mezzi – agli ordinamenti nazionali, fintantoché non vi sia

⁹⁰ Ad es., regolamento n. 120/67/CEE, in *GUCE* 13 giugno 1967, L 117, p. 2269, art. 12, su cui Corte giust., sent. *Internationale Handelsgesellschaft*, cit.; regolamento n. 499/76/CEE, in *GUCE* 5 marzo 1976, L 59, p. 18, art. 3, sui cui Corte giust., sent. 20 febbraio 1979, causa 122/78, *Buitoni*, ECLI:EU:C:1979:43: in entrambe le sentenze citate, la Corte stabilisce chiaramente che il trattenimento della cauzione costituisce una sanzione, ma sfornita di carattere penale

⁹¹ POELEMANS M., *La sanction*, cit., p. 119.

⁹² FORNASIER R., *Le pouvoir répressif*, cit., p. 403; TESAURO G., *La sanction*, cit., p. 503. Sembra orientato in questo senso JESCHECK H.H., *Lo stato attuale del diritto penale europeo*, in BETTIOL G., *Prospettive*, cit., p. 321, spec. p. 328.

⁹³ TESAURO G., *La sanction*, cit., p. 503.

⁹⁴ *Ivi*, p. 504.

⁹⁵ Corte giust., sent. 2 febbraio 1977, causa 50/76, *Amsterdam Bull*, ECLI:EU:C:1977:13.

un intervento normativo da parte del legislatore sovranazionale, per il quale pure si lascia intendere che possano esservi i presupposti.

La dottrina ha ritenuto eccessivamente prudente e riduttiva la sentenza in esame⁹⁶, in quanto il generico obbligo posto in capo agli Stati membri di adottare strumenti idonei a tutelare i beni giuridici di interesse europeo avrebbe lasciato a questi ultimi un margine di eccessiva manovra quanto alla scelta degli strumenti e non sarebbe stata adeguatamente sviluppata la riflessione sulla capacità sanzionatoria in capo alle Comunità. Invero, la scarsa incisività del *dictum* della Corte di giustizia nel caso di specie può essere giustificata nella misura in cui si tiene conto della peculiarità della fattispecie, in quanto già l'ordinamento olandese (da cui proveniva la controversia) adottava misure sufficientemente incisive, anche di carattere penale⁹⁷.

In merito alla competenza sanzionatoria delle Comunità risulta decisivo lo snodo rappresentato da una nota sentenza del 1992, *Germania c. Commissione*⁹⁸. Nel caso in esame, lo Stato tedesco aveva impugnato alcune disposizioni contenute in un regolamento della Commissione – che aveva agito in quanto delegata dal Consiglio – in materia di politiche agricole: tali norme imponevano, per gli operatori economici autori di irregolarità, tanto l'esclusione da alcuni aiuti nelle successive campagne di sostegno dell'attività agricola, quanto il versamento di un importo pecuniario in maggiorazione rispetto all'erogazione indebitamente conseguita. Secondo le difese presentate dal governo tedesco, il potere di imporre sanzioni come l'esclusione non poteva riconoscersi alla Comunità, perché il trattato (con riferimento all'allora vigente art. 87, n. 2, lett. a, TCEE) legittimava, da parte di quest'ultima, soltanto l'imposizione di ammende e penali di mora (e in certi soli settori), non essendovi alcuna disposizione dei trattati che ammettessero misure sanzionatorie di diversa natura. Sulla scorta di quanto già osservato dall'avvocato generale⁹⁹, il giudice lussemburghese ha ritenuto che «il potere di adottare le sanzioni che sono necessarie per l'applicazione effettiva dei regolamenti esistenti nel campo della politica agricola comune è stato riconosciuto ripetutamente dalla Corte alla Comunità. Questo potere è basato sull'art. 40, n. 3 e sull'art. 43, n. 2 del trattato. [...] Questo potere sanzionatorio comporta che, nel campo della politica agricola comune, la Comunità è autorizzata ad adottare sanzioni applicabili dalle autorità nazionali nei confronti degli operatori economici che si sono resi colpevoli di frode»¹⁰⁰.

⁹⁶ FORNASIER R., *Le pouvoir répressif*, cit., p. 401; GRASSO G., *Diritto penale dell'economia, normativa comunitaria e coordinamento delle disposizioni sanzionatorie nazionali*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1987, p. 230; HARDING C., *Member State Enforcement*, cit., p. 8.

⁹⁷ HARDING C., *Member State Enforcement*, cit., p. 8; PISANESCHI A., *Le sanzioni amministrative*, cit., p. 17.

⁹⁸ Corte giust., sent. 27 ottobre 1992, causa C-240/90, *Germania c. Commissione*, ECLI:EU:C:1992:408.

⁹⁹ Conclusioni dell'avvocato generale, 3 giugno 1992, causa C-240/90, cit., ECLI:EU:C:1992:237, pt. 8-16.

¹⁰⁰ Corte giust., sent. *Germania c. Commissione*, cit., pt. 11-13.

L'affermazione di una competenza sanzionatoria si fonda sul fatto che gli articoli richiamati del trattato consentono, nel settore della politica agricola comune, l'adozione di ogni misura che sia necessaria al raggiungimento degli obiettivi ivi menzionati, perciò i limiti dell'art. 87 TCEE non risultavano applicabili al caso di specie: di conseguenza, doveva ritenersi possibile e legittima l'imposizione di misure quali quelle indicate da parte del legislatore europeo e, come nel caso di specie, dalla Commissione allo scopo delegata dal Consiglio.

Con questa sentenza – la prima che ha revocato in dubbio la competenza sanzionatoria della Comunità – la Corte di giustizia ha pienamente legittimato il ricorso a misure amministrative da parte delle istituzioni europee¹⁰¹, quantomeno per quel che concerne il giudizio sulla necessità di proteggere un determinato bene giuridico mediante una sanzione di tal genere.

Trova così avallo quell'opzione della dottrina ad avviso della quale «le silence du traité peut même vouloir confirmer le caractère superfétatoire d'une disposition expresse et le fait que le pouvoir de régler emporte celui de sanctionner»¹⁰²: la Comunità deve poter disporre di un potere normativo che le permetta di adottare sanzioni destinate ad assicurare il rispetto delle regole che essa ha competenza ad adottare, in quanto ciò è necessario per una garanzia di piena effettività delle misure adottate dalle istituzioni europee¹⁰³.

5.1. (segue): Il regolamento (CE, Euratom) n. 2988/1995 come modello sanzionatorio e la successiva influenza dell'impiego di misure amministrative negli ordinamenti nazionali.

L'ampia competenza a formulare il giudizio sulla necessità di sanzioni amministrative e il progressivo ricorso a strumenti che le prevedano è ben evidenziato – pochi anni dopo rispetto alla sentenza richiamata – dall'adozione del c.d. regolamento PIF (n. 2988/1995¹⁰⁴), con il quale è stato compiuto un determinante passo nel percorso di protezione delle finanze comunitarie dalle forme di aggressione commesse dai privati.

Questo regolamento – adottato sulla base dell'art. 235 TCE (odierno art. 325 TFUE, noto anche come “clausola di flessibilità”) – si è connotato per l'ampiezza dell'ambito applicativo, come ben chiarisce il suo art. 1, par. 1, il quale recita che «[a]i fini della tutela degli interessi

¹⁰¹ BERNARDI A., *I tre volti*, cit., p. 339; GRASSO G., *Recenti sviluppi in tema di sanzioni amministrative comunitarie*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1994, p. 739, spec. p. 745; POELEMANS M., *La sanction*, cit., p. 125; SCHOCKWEILER F., *La répression des infractions au droit communautaire*, in AA.VV., *La protection du budget communautaire et l'assistance entre États: la coopération en matière pénale et la lutte contre la fraude au budget communautaire*, Lussemburgo, 1995, p. 67.

¹⁰² TESAURO G., *La sanction*, cit., p. 504.

¹⁰³ SCHOCKWEILER F., *La répression des infractions*, p. 72.

¹⁰⁴ Regolamento (CE, Euratom) n. 2988/1995, in *GUCE*, 23 dicembre 1995, L 312, p. 1. Sul regolamento in esame, v. per tutti MAUGERI A.M., *Il regolamento n. 2988/95. Un modello di disciplina del potere punitivo Comunitario*, in GRASSO G. (a cura di), *La lotta contro la frode agli interessi finanziari della Comunità europea tra prevenzione e repressione: l'esempio dei fondi strutturali*, Milano, 2000, p. 149.

finanziari delle Comunità europee è adottata una normativa generale relativa a dei controlli omogenei e a delle misure e sanzioni amministrative riguardanti irregolarità relative al diritto comunitario». Lo stesso considerando n. 8 afferma che il ricorso a misure di carattere amministrativo, già impiegate nel settore della politica agricola, «dovranno anche essere previste in altri campi».

Per quanto attiene al contenuto, il regolamento in parola si segnala per la descrizione delle “irregolarità” che possono essere commesse a danno delle finanze comunitarie (art. 1) e delle misure da impiegarsi nel caso di tali condotte (artt. 4 ss.). Esse risultano suddivise in sanzioni (art. 5), aventi carattere repressivo, e misure, caratterizzate soltanto da una natura restitutoria (art. 4).

Inoltre, tale atto conteneva, già nei primi articoli, la formulazione di una serie di principi di carattere generale – ricavati dalle tradizioni costituzionali degli Stati membri – che ispirano l’elaborazione e l’applicazione delle sanzioni comunitarie: si tratta di principi quali quello di sussidiarietà, di legalità, di proporzione (art. 2, rispettivamente par. 1, 2, 3) e quello di colpevolezza, desunto dall’art. 5¹⁰⁵. Ad essi, si aggiungono regole comuni in tema di prescrizione e di cumulo di procedimenti amministrativi e penali (artt. 3 e 6).

Il regolamento PIF è stato poi completato, nell’anno seguente e sulla base di quanto indicato dal suo art. 10, con una disciplina organica sui controlli effettuabili dalla Commissione in materia di protezione degli interessi finanziari. Scopo di tale intervento era quello di assicurare omogeneità alle modalità ispettive impiegate nei confronti degli operatori economici sospettati di aver compiuto irregolarità¹⁰⁶.

Rispetto al regolamento PIF e alla sua portata “trasversale” – nonché alla significativa intenzione, manifestata dalla Commissione, di estendere l’impiego di sanzioni amministrative ad altri e ulteriori settori – sono stati evidenziati alcuni aspetti di carattere positivo quanto al ricorso a questa tipologia di misure. Tra queste, si è sottolineato, da parte della dottrina, la garanzia di condizioni di eguaglianza tra gli interessati e il superamento di sperequazioni tali da generare “paradisi criminali”, in quanto le misure sono destinate ad applicarsi in modo eguale su tutto il territorio dell’Unione europea, senza le disparità che ordinariamente deriverebbero dalla libertà di ciascun sistema nazionale di adottare una risposta sanzionatoria di tenore e consistenza differente¹⁰⁷.

Inoltre, l’irrogazione di misure di carattere amministrativo ha prodotto conseguenze di non poco conto sui sistemi sanzionatori nazionali, poiché ha promosso tanto lo sviluppo di un apparato di misure amministrative negli Stati che non conoscevano altro rimedio punitivo che

¹⁰⁵ Su tali principi, cfr. *amplius* MAUGERI A.M., *Il regolamento n. 2988/95*, cit., p. 194.

¹⁰⁶ Regolamento (Euratom, CE) n. 2185/96, in *GUCE*, 15 novembre 1996, L. 292, p. 1.

¹⁰⁷ BERNARDI A., *I tre volti*, cit., p. 346-347; HARDING C., *Member State Enforcement*, cit., p. 13.

quello penale¹⁰⁸, quanto – nei Paesi che già avevano un “doppio binario” – l’attuazione di un percorso di deflazione criminale e la valorizzazione del principio di *extrema ratio*¹⁰⁹.

Invero, ad oggi – nonostante il riconoscimento di un espresso potere, in capo alle istituzioni europee, di prevedere specifici obblighi di criminalizzazione (e di ricorso, dunque, alle misure penali) – l’impiego di regolamenti volti a sanzionare in via amministrativa gli operatori economici non ha cessato di manifestarsi: il legislatore dell’Unione europea, confortato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia e in ossequio a quanto già indicava l’atto del 1995, ha continuato ad impiegare quest’ultimo tipo di misure, specie in settori in cui «this is beneficial for the effectiveness of the system»¹¹⁰.

In particolare, è stata evidenziata l’utilità di strumenti sanzionatori amministrativi in alcuni specifici contesti.

L’adozione di misure restrittive nel contrasto al terrorismo¹¹¹, sulla base dell’art. 75 TFUE, costituisce il primo settore d’interesse: tale previsione legittima il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando mediante regolamenti secondo la procedura legislativa ordinaria, a definire un insieme di misure amministrative concernenti i movimenti di capitali e i pagamenti, quali il congelamento dei capitali, dei beni finanziari o dei proventi economici appartenenti, posseduti o detenuti da persone fisiche o giuridiche o qualsiasi ente in generale¹¹².

Un secondo settore di impiego di misure di carattere amministrativo si rinviene nell’attività di contrasto al riciclaggio di denaro: le ultime direttive adottate in materia, infatti, hanno continuato a vincolare il legislatore all’impiego di un composito sistema sanzionatorio, al cui interno gli strumenti amministrativi (specie in chiave preventiva) occupano un ruolo primario¹¹³. Nella c.d. quarta direttiva (la 2015/849/UE) è previsto infatti un ampio ventaglio di ipotesi in cui il

¹⁰⁸ PISANESCHI A., *Le sanzioni amministrative*, cit., p. 59.

¹⁰⁹ SICURELLA R., *Diritto penale e competenze dell’Unione europea. Linee guida di un sistema integrato di tutela dei beni giuridici sovrannazionali e dei beni giuridici di interesse comune*, Milano, 2005, p. 172 e, ancora, MAUGERI A.M., *Il regolamento n. 2988/95* cit., p. 172. All’analisi di questo specifico profilo è dedicato il par. 4.1 di BERNARDI A., *Il costo “di sistema” delle opzioni europee sulle sanzioni punitive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, p. 557. L’Autore, dopo aver distinto la depenalizzazione in senso lato – ovvero un intervento del giudice che disapplica una norma penale e manda assolto l’imputato perché la disposizione interna è in contrasto con il diritto UE – e in senso stretto, quale operazione del legislatore che, in ragione del principio di *extrema ratio*, trasforma l’illecito (e la sanzione) da penale a amministrativo, evidenzia l’utilità che può sortire l’intervento del legislatore europeo quanto all’obbligo di impiegare le sanzioni amministrative, con conseguenti ricadute in punto di maggior efficacia e dissuasività dell’intero sistema punitivo.

¹¹⁰ HERLIN-KARNELL E., *Is Administrative Law still Relevant?*, cit., p. 233.

¹¹¹ *Ivi*, p. 239.

¹¹² Su cui si è soffermata Corte giust., sent. 19 luglio 2012, causa C-130/10, *Parlamento c. Consiglio*, ECLI:EU:C:2012:472. Per un’analisi sulle novità apportate dal trattato di Lisbona in materia e una lettura della sentenza, v. BARTOLONI M.E., *Tutela dei diritti fondamentali e basi giuridiche di sanzioni UE nei confronti di persone, o enti non statali, collegati con attività terroristiche*, in *Dir. umani e dir. int.*, 2013, p. 222 e ivi ulteriori riferimenti.

¹¹³ Si tratta della quarta e quinta direttiva antiriciclaggio, rispettivamente la direttiva 2015/849/UE, in *GUUE*, 5 giugno 2015, L 141, p. 73 e la successiva 2018/843/UE, in *GUUE*, 19 giugno 2018, L 156, p. 43. Per una ricognizione della disciplina europea in tema di riciclaggio, nonché per comprendere le ragioni dell’adozione, sin da tempi risalenti, di misure in materia, v. BERGSTRÖM M., *Money Laundering*, in MITSILEGAS V., BERGSTRÖM M., KONSTADINIDES T., *Research Handbook on EU Criminal Law*, cit., p. 335.

legislatore deve prevedere l'applicazione, se non di misure penali, quanto meno di sanzioni amministrative (artt. 58 ss., direttiva 2015/849/UE)¹¹⁴.

Parimenti, anche nell'ambito degli abusi di mercato non mancano obblighi, in capo agli Stati membri, di ricorrere a sanzioni amministrative¹¹⁵: nel sistema istituito dai cd. MAR¹¹⁶ e MAD¹¹⁷ del 2014, infatti, è previsto tanto il ricorso a illeciti penali, quanto amministrativi. Per questi ultimi, basta porre mente all'elencazione che ne è fatta agli artt. 30 e ss. MAR.

Risulta interessante osservare, con riferimento ai due settori appena richiamati, che i provvedimenti istitutivi di obblighi sanzionatori di carattere amministrativo si sono fondati su quella previsione – l'art. 114 TFUE – che abilita il legislatore europeo al ravvicinamento delle disposizioni degli Stati membri al fine di favorire l'instaurazione e il funzionamento del mercato interno: proprio quella disposizione (art. 100 TCEE) che, secondo risalente dottrina, avrebbe legittimato le istituzioni europee all'adozione di sanzioni di tenore amministrativo anche ove i trattati non l'avessero *apertis verbis* consentito¹¹⁸.

6. Le tipologie di sanzioni amministrative e i principi ad esse applicabili.

Già negli anni Ottanta, si registrava, in ambito europeo, un largo ricorso a misure di carattere amministrativo, che risultavano impiegate – sin da quell'epoca – in almeno una trentina di ipotesi¹¹⁹. Tra i settori in cui maggiormente si verificava tale impiego, oltre alla materia della concorrenza – per cui, come già accennato *supra*, vi era un'espressa base giuridica nei trattati – si ricordano i trasporti (art. 79 TCEE, odierno art. 95 TFUE), in cui dal 1960 era stato adottato un regolamento¹²⁰ che accordava alla Commissione il potere di adottare sanzioni nei confronti degli autotrasportatori e delle imprese autori di specifiche violazioni della normativa europea in materia. A queste, poi, si aggiunge un articolato sistema di regolamenti in materia di politiche

¹¹⁴ HERLIN-KARNELL E., *Is Administrative Law still Relevant?*, cit., p. 241.

¹¹⁵ *Ivi*, p. 242-243.

¹¹⁶ Regolamento (UE) n. 596/2014, in *GUUE*, 12 giugno 2014, L 173, p. 1.

¹¹⁷ Direttiva 2014/57/UE, in *GUUE*, 12 giugno 2014, L 173, p. 179.

¹¹⁸ FORNASIER R., *Le pouvoir répressif*, cit., p. 406.

¹¹⁹ BIANCARELLI J., *Does the Community*, cit., p. 251: l'Autore riporta la dichiarazione di un membro della Commissione che, ad un seminario organizzato dall'istituzione, avrebbe evidenziato l'esistenza di trenta misure che potevano essere considerate come tali e, proprio per questo motivo, si palesava la necessità di conferire una forma di coerenza al sistema. TIMMERMANS C.W.A., *La sanction des infractions*, cit., p. 40 evidenzia che, specie nei settori della politica agricola comune e della pesca, vi erano (nel 1992) numerose ipotesi sanzionatorie di carattere amministrativo.

¹²⁰ Regolamento (CEE) n. 11/1960, in *GUCE*, 16 agosto 1960, L 52, p. 1121; in particolare, v. gli artt. 16 e 17.

agricole, pesca, commercio di prodotti agro-alimentari in cui non pochi sono gli esempi di sanzioni amministrative, irrogate dalla Commissione o a livello decentrato¹²¹.

All'interno di questo articolato novero di sanzioni – che la dottrina non ha esitato a definire, per la complessità e pluralità, come «tangled system of the so-called administrative sanctions»¹²² – è stato possibile individuare la fisionomia di alcuni modelli tipologici ricorrenti.

Tra le principali categorie di sanzioni che sono state riconosciute non contrassegnate da carattere penale – e dunque compatibili con i limiti riconosciuti all'azione dell'Unione europea – si possono riscontrare, in primo luogo, misure quali l'esclusione da benefici ulteriori e/o futuri, le ammende di carattere pecuniario, il trattenimento di somme versate a titolo di cauzione, la decadenza dal diritto di percepire determinate utilità, l'obbligo di ripetere le somme versate con incrementi in termini percentuali rispetto all'indebito percepito. Quindi, accanto alle tradizionali ammende e penalità di mora, si è inserito un complesso ventaglio di misure interdittive e patrimoniali che rendono evidente quella «varietà tipologica» che concorre a rafforzarne le finalità preventive, sia in termini generali, sia a carattere speciale¹²³.

In pressoché tutte queste ipotesi, la Corte di giustizia ha stabilito che tali strumenti non costituiscono misure di carattere penale: già dalla nota sentenza *Internationale Handelsgesellschaft* – quanto al sistema delle cauzioni – tale connotato è stato escluso sul rilievo che «la disciplina delle cauzioni [...] non può essere assimilata al diritto penale giacché costituisce unicamente la garanzia dell'adempimento di un obbligo volontariamente assunto»¹²⁴. Parimenti, è stato riconosciuto il carattere non penale di quei sistemi di contribuzione in cui, al decorso di un termine perentorio, consegue *ipso iure* l'incameramento di una somma o la perdita di un beneficio¹²⁵. Allo stesso esito è pervenuta la Corte lussemburghese considerando le ipotesi degli obblighi restitutori di somme pagate (o cauzioni già svincolate), con l'aggiunta di una somma – nel caso di specie, pari al 20% dell'importo – a titolo di maggiorazione¹²⁶.

Merita essere evidenziato che l'affermazione della natura amministrativa (e non penale) di talune sanzioni – che pure sono capaci di un certo grado di invasività – deriva, di fatto, da una

¹²¹ BIANCARELLI J., *Does the Community*, cit., p. 252; per uno specifico approfondimento sulla materia agro-alimentare, v. BERNARDI A., *La difficile integrazione tra diritto comunitario e diritto penale: il caso della disciplina agroalimentare*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 995.

¹²² HERLIN-KARNELL E., *The Constitutional Dimension of European Criminal Law*, Oxford, 2012, p. 11.

¹²³ BERNARDI A., *I tre volti*, cit., p. 340-341.

¹²⁴ Corte giust., sent. *Internationale Handelsgesellschaft*, cit., pt. 18. Analogamente, Corte giust., sent. 25 settembre 1984, causa 117/83, *Könecke*, ECLI:EU:C:1984:288.

¹²⁵ Corte giust., sent. 27 novembre 1991, causa C-199/90, *Italtrade SpA*, ECLI:EU:C:1991:445, pt. 10-11.

¹²⁶ Corte giust., sent. 18 novembre 1987, causa 137/85, *Maizena*, ECLI:EU:C:1987:493, pt. 22-24; già in precedenza, Corte giust., sent. 5 febbraio 1987, causa 288/85, *Hauptzollamt*, ECLI:EU:C:1987:67.

scelta di carattere formale da parte degli atti di diritto derivato¹²⁷: opzione poi confermata dalla Corte di giustizia, che non ha mai negato tale qualificazione alle misure¹²⁸.

Ciò nonostante, non sono mancate pronunce in cui è stato ricordato che a queste ultime debbano in ogni caso applicarsi taluni principi fondamentali – poi ribaditi nel regolamento (CE, Euratom) n. 2988/1995 – solitamente propri delle sanzioni penali: questi devono essere affermati per ogni misura che, nell’ordinamento, abbia la funzione di “reagire” ad una condotta illecita.

Dei principi che la Corte di giustizia ha inteso affermare, il primo è quello di legalità: il giudice lussemburghese ha avuto cura di chiarire che una misura sanzionatoria può essere inflitta solo «qualora abbia un fondamento giuridico chiaro ed inequivoco»¹²⁹ e ove tale base normativa risulti chiara e non ambigua¹³⁰. A queste, si aggiunge il divieto di irretroattività, che del principio innanzi ricordato è un fondamentale corollario: l’estensione alle sanzioni non penali è chiaramente prospettata dall’art. 2, par. 2, regolamento (CE, Euratom) n. 2988/1995¹³¹.

Altrettanto, si ricorda il fondamentale principio di proporzionalità, il quale costituisce una vera e propria «condition indispensable dans le système répressif de l’Union»¹³²: quanto alle misure amministrative, la Corte di giustizia ha già ricordato che tale canone dev’essere tenuto conto sia quanto alla scelta del legislatore di ricorrere allo strumento sanzionatorio¹³³, sia per quel che concerne la determinazione del quantum, ove la fissazione della sanzione sia rimessa all’autorità amministrativa entro limiti fissati dall’atto normativo¹³⁴. Sotto questo secondo aspetto, si tratta di un principio espresso anche dal regolamento (CE, Euratom) n. 2988/1995 (all’art. 2, par. 1).

Non manca, infine, un riferimento necessario al principio di colpevolezza, in ossequio al quale non è possibile infliggere una sanzione – di quale natura essa sia – se non è possibile

¹²⁷ POELEMANS M., *La sanction*, cit., p. 256, ove l’Autrice svolge ulteriori considerazioni sulla ragionevolezza di questa qualificazione. In termini precedenti, ma pur sempre attuali per il valore delle osservazioni, v. anche le considerazioni di GRASSO G., *Comunità europee*, cit., p. 49: in particolare, sono indici della natura amministrativa delle sanzioni il soggetto che le irroga, il carattere non stigmatizzante delle sanzioni, la loro applicazione anche alle persone giuridiche, specie in epoche in cui il principio *societas delinquere non potest* aveva ancora pieno riconoscimento, il ricorso ai mezzi di esecuzione di carattere civilistico.

¹²⁸ Come evidenzia BERNARDI A., *I tre volti*, cit., p. 343, in alcuni ordinamenti – cui era ignota la categoria della sanzione amministrativa e, di conseguenza, la differenza con quella penale – non è stato semplice superare le resistenze a qualificare certe misure (reattivo-punitive) come estranee all’ambito criminale. L’Autore offre, nello specifico, l’esempio del Belgio, con riferimento a dottrina ivi citata (nota n. 33).

¹²⁹ Corte giust., sent. *Könecke*, pt. 11. Lo stesso principio è stato più volte ribadito, in termini sostanzialmente analoghi, in sentenze successive, *ex multis*, v. Corte giust., sent. 11 luglio 2002, causa C-210/00, *Käserer Champignon Hofmeister*, ECLI:EU:C:2002:440, pt. 52. In tema, v. POELEMANS M., *La sanction*, cit., p. 547.

¹³⁰ Corte giust., sent. 28 ottobre 2010, causa C-367/09, *Belgisch Interventie en Restitutiebureau*, ECLI:EU:C:2010:648, pt. 61; sent. *Maizena*, cit., pt. 18.

¹³¹ In questa materia, il *leading case* è Corte giust., sent. 10 luglio 1984, causa 63/83, *Kirk*, ECLI:EU:C:1984:255, pt. 22. Per talune considerazioni, specie per l’applicazione alla materia non penale, v. POELEMANS M., *La sanction*, cit., p. 557-559.

¹³² POELEMANS M., *La sanction*, cit., p. 565.

¹³³ Corte giust., sent. 21 gennaio 1992, causa C-319/90, *Pressler Weingut*, ECLI:EU:C:1992:28, pt. 11.

¹³⁴ Corte giust., sent. 11 luglio 1989, causa 265/87, *Schröder*, ECLI:EU:C:1989:303, pt. 21.

muovere un rimprovero, quanto meno a titolo di colpa, nei confronti dell'autore della condotta. L'analisi di testi normativi dell'Unione europea (insieme alla considerazione della giurisprudenza della Corte lussemburghese) permette di ritenere che – sebbene questo principio non fosse annoverato tra quelli generali, comuni a tutti gli ordinamenti – «le principe *nulla poena sine culpa* a toujours été reconnu et appliqué, bien que parfois de façon moins stricte, par les institutions communautaires dans l'exercice de leurs pouvoirs de sanction»¹³⁵. In questa prospettiva, appare assai rilevante il richiamo all'art. 15, regolamento n. 17/62 in materia di sanzioni *antitrust*: si prevede, in quel caso, che le ammende possano essere irrogate nei confronti delle imprese che sono autrici della condotta rilevante soltanto se siano state commesse “intenzionalmente o per negligenza”. Impostazione poi pienamente confermata dal regolamento (CE) 1/2003¹³⁶, che al proprio art. 23 – ove disciplina il regime di ammende irrogabili nei confronti delle imprese – esige la presenza della volontà o, quantomeno, della colpa in capo all'autore del fatto materialmente rilevante. Com'è stato anche più recentemente evidenziato, il diritto dell'Unione europea in tema di concorrenza ha sempre adottato una concezione ispirata alla necessaria presenza di un elemento soggettivo perché l'illecito possa dirsi sussistente¹³⁷. Allo stesso modo, è richiesta l'intenzione o la negligenza dall'art. 5 del regolamento (CE, Euratom) n. 2988/1995. La valorizzazione del principio per cui *nulla poena sine culpa* deriva, nell'itinerario argomentativo della Corte di giustizia, dalla funzione non soltanto repressiva, ma anche dissuasiva che viene riconosciuta alle sanzioni amministrative: non avrebbe senso mirare a forme di prevenzione se non a fronte di condotte che siano rimproverabili all'agente¹³⁸.

Resta, da ultimo, da richiamare un importante principio, oggetto di recente attenzione da parte della Corte di giustizia¹³⁹ (quanto della Corte Edu¹⁴⁰ e delle giurisdizioni nazionali¹⁴¹):

¹³⁵ SICURELLA R., *Nulla poena sine culpa: un véritable principe commun européen?*, in RSC, 2002, p. 15.

¹³⁶ Regolamento (CE) n. 1/2003, in GUCE, 4 gennaio 2003, L 1, p. 1.

¹³⁷ BOUSCANT R., *La faute dans les infractions aux règles de concurrence en droit européen*, in RTDE, 2000, p. 67.

¹³⁸ POELEMANS M., *La sanction*, cit., p. 578; SICURELLA R., *Nulla poena sine culpa*, p. 19. La correlazione è ben rilevata in Corte giust., sent. 8 febbraio 1983, cause riunite da 100/80 a 103/80, *SA Musique Diffusion français*, ECLI:EU:C:1983:158, pt. 115.

¹³⁹ Tra le ultime – ma soprattutto per gli approdi a cui giungono – si ricordano le tre sentenze coeve del 20 marzo 2018: Corte giust., sent. 20 marzo 2018, causa C-537/16, *Garlsson*, ECLI:EU:C:2018:193; causa C-524/15, *Menci*, ECLI:EU:C:2018:197; causa C-596/16, *Di Puma*, ECLI:EU:C:2018:192. Per un commento, v. LO SCHIAVO G., *The Principle of Ne Bis in Idem and the Application of Criminal Sanctions: of Scope and Restrictions*, in *Eur. Const. Law Rev.*, 2018, p. 644; in generale, per una panoramica complessiva, v. NASCIBENE B., *Il divieto di bis in idem nella elaborazione della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Sistema penale*, 4/2020, p. 94; VAN BOCKEL B. (ed.), *Ne Bis in Idem in EU Law*, Cambridge, 2016.

¹⁴⁰ Corte Edu, sent. 15 novembre 2016, ric. nn. 24130/11 e 29758/11, *A. e B. contro Norvegia*, in *ecbr.coe.int*, su cui, *ex multis* (e per ulteriori riferimenti alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo), v. CALAFIORE G., *La sentenza A e B c. Norvegia della Corte di Strasburgo ridimensiona la portata del principio ne bis in idem*, in *European Papers*, 2016, p. 243.

¹⁴¹ Da ultimo, Cass., Sez. V pen., sent. 15 aprile 2019, n. 39999, in *De Jure*, su cui v. PAGELLA C., *L'inafferrabile concetto di “connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta”: la Cassazione ancora su ne bis in idem e insider trading*, in *Sistema penale*, 9 gennaio 2020. Nella sentenza citata si rinviengono numerosi riferimenti a ulteriori pronunce della Suprema Corte in materia.

quello, cioè, del *ne bis in idem*. Quest'ultimo è stato oggetto di una significativa attenzione per tutte le ipotesi in cui possano essere adottate, per il medesimo fatto commesso dallo stesso soggetto, due sanzioni. A differenza di alcune legislazioni nazionali, ove tale principio è espressamente sancito soltanto per il procedimento penale¹⁴², a livello sovranazionale l'applicazione di tale principio rileva qualora il medesimo soggetto, per un *idem factum*, possa subire una risposta sanzionatoria duplicata, a prescindere dalla qualificazione fornita alle misure impiegate.

Senza poter, in questa sede, svolgere una diffusa analisi in merito a tutti i settori in cui il *ne bis in idem* ha trovato applicazione, giova in primo luogo richiamare le condotte in tema di *insider trading* e manipolazione del mercato, ambito in cui si è sviluppata una significativa giurisprudenza tanto a livello nazionale, quanto sovranazionale: a carico della stessa persona fisica, risulta sovente applicata sia una sanzione penale, sia una misura a carattere amministrativo, sebbene quest'ultima assuma un carattere di afflittività non dissimile da quello proprio dello strumento criminale. Senza voler ripercorrere, in questa sede, la ricca produzione del *case law* delle Corti europee in tema, la convergenza di entrambe le tipologie di sanzioni è ammessa qualora la prima che di esse è stata irrogata, tenuto conto del danno causato alla società dal reato commesso, non sia idonea a reprimere tale illecito in maniera efficace, proporzionata e dissuasiva. Se le due misure risultano complementari, perché espressive di forme di tutela differenti (e non ispirate a mera duplicazione), presentano una sufficiente correlazione da un punto di vista cronologico e non esorbitano rispetto ai canoni indicati, allora è possibile che trovino entrambe applicazione¹⁴³.

Particolare interesse ha suscitato l'applicazione del principio nel settore *antitrust*: infatti, l'applicazione del diritto della concorrenza all'interno dell'Unione europea pone il rischio, attualmente alimentato dalle modalità dell'*enforcement* del regolamento (CE) n. 1/2003, che una medesima società risulti sottoposta a una pluralità di procedimenti e sanzionata per la medesima condotta illecita, in quanto contraria sia alla legislazione nazionale, sia quella europea¹⁴⁴. Parimenti,

¹⁴² Si consideri, ad esempio, l'ordinamento italiano, in cui l'art. 649 c.p.p. limita espressamente il proprio ambito di applicazione al procedimento penale. Nonostante siano state sollevate, in tempi recenti, questioni di legittimità costituzionale dell'articolo richiamato, in quanto non applicabile al caso della previa irrogazione di una sanzione amministrativa rispetto a quella penale, la Consulta non si è mai pronunciata in tal senso: v. Corte cost., sent. 8 marzo 2016, n. 102, ECLI:IT:COST:2016:102; sent. 24 gennaio 2018, n. 43, ECLI:IT:COST:2018:43; sent. 15 luglio 2019, n. 222, ECLI:IT:COST:2019:222. La prima e la terza pronuncia si concludono con la declaratoria di inammissibilità dei quesiti formulati dai rimettenti; la seconda, invece, aveva disposto la restituzione degli atti al giudice *a quo* per la sopravvenienza, *medio tempore*, della pronuncia *A. e B. contro Norvegia*.

¹⁴³ Corte giust., sent. *Garlsson*, cit., pt. 63.

¹⁴⁴ Sul punto, già da tempo risalente, v. Corte giust., sent. 13 febbraio 1969, causa 14/68, *Wilhelm*, ECLI:EU:C:1969:4, spec. pt. 9, ove si legge che «finché un regolamento adottato in forza dell'articolo 87 del trattato non abbia disposto diversamente, nulla osta a che le autorità nazionali instaurino un procedimento nei confronti di un'intesa, secondo il loro diritto nazionale, anche qualora la commissione stia già esaminando la posizione della stessa intesa sotto il profilo del diritto comunitario, restando fermo che il procedimento parallelo dinanzi alle autorità nazionali non può pregiudicare la piena ed uniforme applicazione del diritto comunitario né l'efficacia degli atti adottati in esecuzione dello stesso. Se la possibilità di un duplice procedimento dovesse implicare una doppia

si è posto il medesimo profilo controverso per le ipotesi in cui lo stesso contegno risulti punito tanto dalla Commissione, quanto da organi *antitrust* di Stati terzi¹⁴⁵.

In questa materia, la Corte di giustizia ha adottato tuttavia un'interpretazione restrittiva della nozione di *idem*: come si legge nelle note sentenze *Aalborg Portland*¹⁴⁶ e *Toshiba*¹⁴⁷, il principio in esame può essere fatto valere solo ove vi sia esatta sovrapposibilità dei fatti, dell'autore degli stessi e dell'interesse giuridico tutelato¹⁴⁸. Invero, rispetto al tre requisiti cumulativi appena indicati, è stato segnalato in dottrina¹⁴⁹ – e dalle conclusioni degli avvocati generali Kokott (in *Toshiba*¹⁵⁰) e Wahl (in *Powszechny Zakład Ubezpieczeń na Życie*¹⁵¹) – l'opportunità di escludere il terzo elemento (l'omologia dell'interesse giuridico tutelato) per rendere l'applicazione del principio del *ne bis in idem* uniforme rispetto ad ogni altro settore in cui questo è suscettibile di applicarsi. In termini recenti, la Corte di giustizia, con la sentenza resa nel caso *Powszechny Zakład Ubezpieczeń na Życie*¹⁵², non ha fatto espressa menzione dei requisiti cui si è fatto cenno, ma si è soffermata soltanto sul requisito della proporzionalità della sanzione: in questo senso, non è mancato chi abbia letto che, in questo modo, «siano state poste le basi per un eventuale *revirement*»¹⁵³.

In sintesi, si può evidenziare che l'ordinamento dell'Unione europea ha sempre esteso alle sanzioni formalmente non penali, a presidio dei singoli, principi tipicamente propri del settore punitivo più afflittivo¹⁵⁴: tendenza che appare in netta affermazione anche negli ordinamenti

sanzione, un'esigenza generale di equità implica che si tenga conto, nel determinare la sanzione, delle decisioni repressive anteriori».

¹⁴⁵ Era il caso oggetto di Corte giust., sent. 14 dicembre 1972, causa 7/72, *Boehringer Mannheim*, ECLI:EU:C:1972:125, in cui l'impresa sanzionata dalla Commissione aveva subito, per la medesima condotta anti-concorrenziale, un'ammenda da parte della *District Court of New York*.

¹⁴⁶ Corte giust., sent. 7 gennaio 2004, cause riunite C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P, C-219/00 P, *Aalborg Portland e a. c. Commissione*, ECLI:EU:C:2004:6, pt 338.

¹⁴⁷ Corte giust., sent. 14 febbraio 2012, causa C-17/10, *Toshiba*, ECLI:EU:C:2012:72, pt. 93 ss., su cui v. MONTI G., *Managing Decentralized Antitrust Enforcement: Toshiba*, in *CMLR*, 2014, p. 261

¹⁴⁸ Sebbene la Corte di giustizia non abbia mai fornito una chiara indicazione su come debba intendersi quest'ultimo elemento, è stato evidenziato che tale requisito renda impossibile applicare il *ne bis in idem* quando siano in gioco condotte che si assumono lesive tanto della legislazione nazionale quanto delle disposizioni di carattere europeo: v., per una critica sul punto, NAZZINI R., *Fundamental Rights beyond Legal Positivism: Rethinking the Ne Bis in Idem Principle in EU Competition Law*, in *Jour. Ant. Enf.*, 2014, p. 270, spec. p. 284-285.

¹⁴⁹ MONTI G., *Managing decentralized*, cit., p. 269; NAZZINI R., *Fundamental rights*, cit., p. 284.

¹⁵⁰ Conclusioni dell'avvocato generale Kokott, 8 settembre 2011, causa C-17/10, *Toshiba*, ECLI:EU:C:2011:552, pt. 114 ss.

¹⁵¹ Conclusioni dell'avvocato generale Wahl, 29 novembre 2018, causa C-617/17, *Powszechny Zakład Ubezpieczeń na Życie*, ECLI:EU:C:2018:976, pt. 38 ss., su cui v. ROSANÒ A., SALMINI STURLI E., *L'ultima legal suasion dell'AG Wahl in tema di ne bis in idem applicato alla concorrenza e un'occasione mancata per la Corte di giustizia*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 30 giugno 2019.

¹⁵² Corte giust., sent. 3 aprile 2019, causa C-617/17, *Powszechny Zakład Ubezpieczeń na Życie*, ECLI:EU:C:2019:283, spec. pt. 36 ss., su cui v. GIANNACCARI A., *Corte di giustizia UE, tutela della concorrenza e principio del "ne bis in idem"*, in *Mercato concorrenza regole*, 2019, p.157.

¹⁵³ ROSANÒ A., SALMINI STURLI E., *L'ultima legal suasion*, par. 4.

¹⁵⁴ Tanto che parte della dottrina ha, specie negli anni Ottanta e Novanta, contestato la natura dichiaratamente amministrativa delle sanzioni previste dall'Unione europea: v. LEGROS R., *L'arrêt BMW et le droit pénal européen*, in *CDE*, 1980, p. 220; HENNAU-HUBLET M., *Les sanctions en droit communautaire: réflexions d'un pénaliste*, in TULKENS F., BOSLY H. (sous la direction de), *La justice pénale et l'Europe*, cit., p. 487, spec. p. 488.

nazionali¹⁵⁵, a rivelare, una volta in più, la non agevole demarcazione tra le due tipologie sanzionatorie e la capacità delle fonti sovranazionali di produrre, per il settore delle misure amministrative, l'estensione dello statuto garantistico più ampio.

7. Le sanzioni amministrative tra modello accentrato e decentrato: il ruolo degli Stati membri e gli obblighi su essi gravanti.

Come è stato già accennato in precedenza, per quanto sia corretto osservare che la Comunità, sin da tempo ormai risalente, era abilitata a prevedere, nei propri atti di diritto derivato, sanzioni di carattere amministrativo, è del pari evidente che la possibilità di istituire una vera e propria politica centralizzata di repressione a livello europeo delle infrazioni avrebbe scontato – e tutt'ora sconta – limiti di ordine pratico¹⁵⁶. In altre parole, la Comunità (e l'Unione oggi) ha delegato agli Stati membri (i quali sono, come a breve si dirà, vincolati sia dagli obblighi imposti dalla *fidelity clause*, sia da quelli poi scaturenti dagli atti di diritto derivato) l'adozione di misure nei confronti degli individui non tanto per la volontà di non esercitare simili poteri, quanto piuttosto per l'incapacità di poter gestire, mediante le proprie risorse strutturali, la fase amministrativo-esecutiva che l'esercizio di un *sanctioning power* implica¹⁵⁷.

Perciò, in modo nient'affatto dissimile dall'articolazione già osservata quanto all'effettiva tutela dei *Community rights*, anche il presidio degli interessi dell'ordinamento europeo postula la necessità di una fattiva collaborazione da parte degli organi nazionali.

In questo senso, i due piani – quello interno e quello sovranazionale – si intersecano in modo diverso e danno luogo a tre diversi modelli di relazione tra Stati e Unione europea quanto all'esercizio dei poteri sanzionatori a protezione dei beni di rilevanza comunitaria.

Un primo modello – quello che ha, tuttavia, una minore applicazione in termini concreti – presuppone che tanto l'attività normativa, quanto quella amministrativo-esecutiva si collochino al livello delle istituzioni europee. Un sistema del genere, ancorché pienamente compatibile in via astratta con la capacità del legislatore europeo di imporre sanzioni per certe tipologie di condotta, risulta però di scarsa applicazione perché presuppone che le autorità sovranazionali siano dotate di apparati e risorse sufficienti allo svolgimento di tali attività.

L'esempio più significativo è rappresentato dalle sanzioni in materia *antitrust*¹⁵⁸.

¹⁵⁵ VITALE S., *Le sanzioni amministrative tra diritto nazionale e diritto europeo*, Torino, 2018, spec. capp. IV, V, VI.

¹⁵⁶ TIMMERMANS C.W.A., *La sanction des infractions*, cit., p. 31.

¹⁵⁷ HARDING C., *Member State Enforcement*, cit., p. 7; PISANESCHI A., *Le sanzioni amministrative*, cit., p. 41; TE-SAURO G., *La sanction*, cit., p. 504.

¹⁵⁸ Per una recente panoramica, anche in chiave diacronica, dei poteri sanzionatori dell'Unione europea in materia, v. CALZOLARI L., *Sanctions in EU Competition Law. Ensuring Deterrence within the Decentralised Enforcement System of Articles 101 and 102 TFEU*, in MONTALDO S., COSTAMAGNA F., MIGLIO A. (eds), *European Union Law Enforcement*, cit.; VEENBRINK M., *Criminal Law Principles and the Enforcement of EU and National Competition Law: A Silent Takeover*, Alphen aan den Rijn, 2019, p. 139.

Questo paradigma, che fa perno sulle previsioni di cui agli artt. 101 ss. TFUE (un tempo artt. 85 ss. TCEE), prevede «un apparato e un procedimento centralizzato al fine di accertare e reprimere eventuali comportamenti lesivi della libertà di concorrenza»¹⁵⁹, sebbene il regolamento (CE) n. 1/2003 abbia provveduto, rispetto al sistema istituito dal precedente regolamento n. 17/62, ad un ampio decentramento dell'attività *antitrust* presso le autorità nazionali competenti. Queste ultime – insieme alla Commissione – compongono un *network* istituzionale preposto all'applicazione della disciplina (e delle sanzioni) in materia. Il regolamento (CE) n. 1/2003 contiene, al proprio art. 11, i criteri distributivi della competenza tra il livello centralizzato e nazionale, prevenendo tuttavia specifici poteri di intervento e di avocazione in capo alla Commissione stessa.

Per quanto ad oggi l'attività si svolge in termini condivisi tra l'istituzione guardiana dei trattati e le *authorities* nazionali¹⁶⁰, resta fermo il fatto che l'esercizio di un *sanctioning power*¹⁶¹ nei confronti dei singoli operatori risulta (oggi come all'epoca) uno strumento imprescindibile per assicurare un'effettiva realizzazione delle politiche europee¹⁶².

In quest'ottica, si segnala anche un processo di attribuzione di poteri sanzionatori in capo a nuovi soggetti istituzionali, ovvero le agenzie dell'Unione europea, cui sono demandati poteri di *enforcement* del diritto sovranazionale¹⁶³. Il quadro normativo che le istituisce prevede talvolta l'esercizio di poteri sanzionatori indiretti – che si concretizzano mediante la richiesta alla Commissione di adottare misure nei confronti degli operatori da parte della Commissione¹⁶⁴, ovvero, in termini ancor più incisivi, nell'esercizio del potere di imporre direttamente delle sanzioni (*sub*

¹⁵⁹ CANNIZZARO E., PACE L.F., *Le politiche di concorrenza*, in STROZZI G., MASTROIANNI R., *Diritto dell'Unione europea. Parte speciale*, Torino, 2017, p. 327, spec. p. 348.

¹⁶⁰ Per un'interessante indagine quanto alle interrelazioni tra il livello europeo e quello nazionale – quest'ultimo caratterizzato dalla cooperazione tra autorità giudiziaria e amministrativa –, v. PISTOIA E., *The Quest for Uniformity between National Competition Authorities and Courts*, in *EBLR*, 2014, p. 893.

¹⁶¹ Si può ricordare che la prima sanzione in materia *antitrust* è stata adottata dalla Commissione, nel 1969, nel caso del “cartello del chinino” (*Quinine cartel*), su cui v. HARDING C., *The Use of Fines as a Sanction in EEC Competition Law*, in *CMLR*, 1979, p. 591. Il provvedimento che aveva imposto le ammende era stato, peraltro, impugnato dalle imprese coinvolte, dando luogo alle coeve sentenze della Corte giust., sent. 15 luglio 1970, causa 41/69, *Chemiefarma c. Commissione*, ECLI:EU:C:1970:71; causa 44/69, *Buchler c. Commissione*, ECLI:EU:C:1970:72; causa 45/69, *Boehringer c. Commissione*, ECLI:EU:C:1970:73, su cui TIZZANO A., *In tema di ammende inflitte dalla Commissione per violazione delle regole di concorrenza della CEE*, in *Foro it.*, 1971, IV, c. 33.

¹⁶² CALZOLARI L., *Sanctions in EU competition law*, cit., p. 4 del dattiloscritto.

¹⁶³ Per un'ampia ricognizione in materia, v. ALBERTI J.F., *Le agenzie dell'Unione europea*, cit. Quanto alla genesi del percorso di *agencification* che ha caratterizzato e continua a connotare l'Unione europea, v., *ex multis*, CHITI E., *The emergence of a community administration: the case of European agencies*, in *CMLR*, 2000, p. 341.

¹⁶⁴ ALBERTI J.F., *New Actors on the Stage: the Emerging Role of EU Agencies in Exercising Sanctioning Powers*, in MONTALDO S., COSTAMAGNA F., MIGLIO A. (eds), *European Union Law Enforcement*, cit., p. 9 del dattiloscritto; SCHOLTEN M., LUCHTMAN M., SCHMIDT E., *The Proliferation of EU Enforcement Authorities: a New Development in Law Enforcement in the EU*, in SCHOLTEN M., LUCHTMAN M., *Law Enforcement by EU Authorities*, Cheltenham, 2017, p. 1.

specie di ammende)¹⁶⁵. Un potere simile è accordato soltanto, per ora, a ESMA¹⁶⁶ e SRB¹⁶⁷, le quali sono abilitate ad irrogare direttamente penalità nei confronti degli operatori economici del settore.

In disparte questo primo modello – per cui tutta l’attività, ovvero normativa, applicativa ed esecutiva viene esercitata a livello sovranazionale – gli altri due paradigmi sono accomunati dal fatto che vi è, in entrambi i casi, un esercizio di un «pouvoir “incomplet”»¹⁶⁸, in quanto le istituzioni sovranazionali si limitano a formulare il giudizio quanto al bisogno di ricorrere ad una sanzione per una determinata condotta, lasciando tuttavia agli Stati il compito di intervenire in concreto¹⁶⁹.

Il secondo dei prospettati modelli presuppone che l’ordinamento dell’Unione europea provveda integralmente a disciplinare tanto le condotte doverose, quanto le tipologie, i contenuti, l’entità delle sanzioni, ma che queste ultime siano oggetto di esecuzione da parte delle autorità nazionali¹⁷⁰. In questo caso, il legislatore sovranazionale esaurisce la funzione normativa, ma non interviene in alcun modo nella fase di *enforcement*. Si tratta di un paradigma che aveva trovato una certa diffusione nell’ambito della politica agricola, nel cui settore i regolamenti delle istituzioni prevedono già un compiuto sistema di esclusioni o limitazioni, che poi spetta all’organo nazionale attuare¹⁷¹. In questo caso, quindi, c’è una scissione tra la sede di formazione della norma sanzionatoria e quella della sua applicazione.

7.1. (*segue*): gli obblighi derivanti dal dovere di leale collaborazione.

¹⁶⁵ ALBERTI J.F., *New actors*, cit., p. 11 del dattiloscritto.

¹⁶⁶ European Securities and Markets Authority (Autorità europea degli strumenti finanziari e dei mercati), istituita con regolamento (UE) n. 1093/2010, in *GUUE*, 15 dicembre 2010, L 331, p. 12. Quanto ai poteri sanzionatori, v. artt. 66 ss., regolamento (UE) n. 648/2012, in *GUUE*, 27 luglio 2012, L 201, p. 1 e artt. 36a)-36d), regolamento (CE) n. 1060/2009, in *GUUE*, 17 novembre 2009, L 302, p. 1, come successivamente modificato dal regolamento (UE) n. 513/2011, in *GUUE*, 31 maggio 2011, L 145, p. 30.

¹⁶⁷ Single Resolution Board (Comitato di risoluzione unico), istituito con regolamento (UE) n. 806/2014, in *GUUE*, 30 luglio 2014, L 225, p. 1, spec. artt. 38 ss.

¹⁶⁸ FORNASIER R., *Le pouvoir répressif*, cit., p. 401.

¹⁶⁹ SOTIS C., *Un diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano, 2008, p. 44.

¹⁷⁰ Ne offre uno studio GRASSO G., *Nuove prospettive in tema di sanzioni amministrative comunitarie*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 1994, p. 863, spec. p. 865 ss., con precipuo riguardo al settore dell’agricoltura e della pesca.

¹⁷¹ A titolo d’esempio, l’art. 9, par. 6, regolamento (CEE) n. 714/1989, in *GUCE*, 21 marzo 1989, L 78, p. 38, secondo il quale «se l’autorità competente constata che si tratta di una dichiarazione deliberatamente falsa o di negligenza grave, il produttore in causa è escluso dal beneficio del regime del premio per un periodo di 12 mesi a decorrere dalla data di tale constatazione». Da ultimo, la disciplina in materia è contenuta in testi normativi comuni a tutti i settori della produzione agricola, tra cui i regolamenti (UE) nn. 1306-1308/2013, in *GUUE*, 20 dicembre 2013, L 347, p. 549 ss., che dettano disposizioni comuni quanto all’organizzazione, finanziamento, gestione e monitoraggio delle politiche agricole. Anche in questi atti, sono previste formule sanzionatorie adottate poi, in concreto, dalle autorità nazionali: in particolare, v. artt. 63 ss. regolamento 1306/2013.

L'ultimo – e più diffuso modello – di relazione tra i due ordinamenti è quello che prevede, a livello europeo, la formulazione di un obbligo, a carico degli Stati membri, di sanzionare una determinata condotta aggressiva di un bene giuridico, ma senza che i caratteri della misura siano conformati da un atto di diritto derivato dell'Unione europea.

Tuttavia, la genesi dell'obbligo di sanzionare può scaturire tanto da un dovere di carattere generale – quello che deriva dalla *fidelity clause*, di cui già si è detto nel Capitolo precedente – quanto da una previsione specifica e puntuale, contenuta in un atto di diritto derivato.

Quanto alla prima delle due ipotesi, dalla quale occorre muovere, si deve ricordare che nell'alveo dell'odierno art. 4, par. 3, TFUE si colloca il dovere, in capo agli Stati membri, di assumere le misure necessarie, sia in termini generali, sia particolari, perché sia garantita la piena effettività del diritto dell'Unione europea: così come quella norma costituisce la chiave di volta del sistema di protezione delle posizioni giuridiche soggettive di vantaggio, così anche impone agli Stati membri di adottare gli opportuni strumenti (normativi ed amministrativi) necessari a presidiare, mediante sanzioni, i beni giuridici di interesse sovranazionale¹⁷².

Dopo che, nella già richiamata sentenza *Amsterdam Bulb*, la Corte di giustizia aveva soltanto evocato questo scenario, il rilievo nell'ambito in esame del principio di leale cooperazione è stato sancito *apertis verbis* nella ben nota pronuncia resa nel caso *Mais greco*¹⁷³.

La pronuncia in questione traeva origine da una frode perpetrata, a metà anni Ottanta, nell'ambito dell'importazione di granoturco: grazie alla complicità degli operatori ellenici, talune partite di mais erano introdotte e commerciate nell'Europa continentale come provenienti dalla Grecia, ancorché di origine iugoslava. Ciò consentiva, in virtù della regolamentazione comunitaria vigente, un indebito vantaggio per le imprese; i servizi della Commissione attivarono un'inchiesta, nel corso della quale erano state riscontrate notevoli resistenze da parte delle autorità elleniche, poco inclini a fornire specifiche indicazioni sui movimenti delle merci. Tale condotta indusse l'esecutivo comunitario ad avviare nei confronti della Grecia una procedura d'infrazione e, definita la fase amministrativa senza esito, a promuovere un ricorso per inadempimento contro il Paese ellenico.

¹⁷² Sulla capacità dell'obbligo di cooperazione quale specifico fondamento di un *devoir de sanction* POELEMANS M., *La sanction*, cit., p. 128.

¹⁷³ Si tratta di Corte giust., sent. 21 settembre 1989, causa 68/88, *Commissione delle Comunità europee contro Repubblica ellenica*, ECLI: ECLI:EU:C:1989:339: data la vicenda su cui la Corte si è soffermata, si tratta di una sentenza di regola menzionata come "*mais greco*". La sentenza è stata, all'epoca come in tempi più recenti, oggetto di grande attenzione da parte della dottrina: *ex multis*, SALAZAR L., *Diritto penale e diritto comunitario: la strana coppia*, in *Cass. pen.*, 1992, p. 1658; più recentemente, invece, GIUFFRIDA F., *Effectiveness, Dissuasiveness, Proportionality of Sanctions and Assimilation Principle: the Long-Lasting Legacy of the Greek Maize Case*, in MITSILEGAS V., DI MARTINO A., MANCANO L., *The Court of Justice and European Criminal Law: Leading Cases in a Contextual Analysis*, Oxford, 2019, p. 107; nello stesso volume, SICURELLA R., *The Greek Maize Case. From Sincere Cooperation to Criminal Law Integration in the EU*, p. 122.

La Corte di giustizia, in particolare, si è soffermata sul profilo riguardante l'omissione, da parte della convenuta, di idonei interventi amministrativo-giudiziari nei confronti degli autori di tali condotte. Nella motivazione della sentenza, il giudice lussemburghese ha affermato che, laddove gli atti comunitari non indichino le sanzioni da irrogare in caso di violazione delle disposizioni, gli Stati membri sono tenuti ad adottare ogni misura atta a garantire la portata e l'efficacia del diritto comunitario: questo dovere sorge proprio dal principio di leale cooperazione di cui all'allora art. 5 TCEE¹⁷⁴.

Prima facie, quest'affermazione sembrerebbe essere ripetitiva di quanto già era stato affermato nella precedente *Amsterdam Bull*; tuttavia, l'*iter* argomentativo della Corte di giustizia si è arricchito quanto alla previsione di specifici criteri restrittivi della libertà accordata al legislatore. Il margine entro cui gli Stati membri operano è infatti conformato da due parametri, ovvero (i) le sanzioni impiegate per reprimere le violazioni comunitarie devono essere analoghe a quelle applicate per i casi di rilevanza interna, sia sotto il profilo sostanziale, sia sotto quello processuale (c.d. principio di equivalenza o obbligo di assimilazione) e (ii) esse debbono essere proporzionate, efficaci e sufficientemente dissuasive, cioè atte a raggiungere gli scopi preventivi e repressivi che le sanzioni medesime presuppongono (talvolta si tratta di un criterio indicato come principio di adeguatezza)¹⁷⁵.

Con questa sentenza, la Corte di giustizia ha superato la propria precedente impostazione «by establishing [...] the framework for a more intrusive scrutiny of domestic legislation»¹⁷⁶: ad avviso di parte della dottrina¹⁷⁷, si tratta non tanto di un *revirement*, quanto piuttosto della necessità di specificare dei limiti all'autonomia decisionale e operativa degli Stati membri, dettata anche dal fatto che – nel caso di specie – erano evidenti le lacune del sistema nazionale quanto all'assicurazione di un'adeguata protezione degli interessi comunitari¹⁷⁸. Si può quindi cogliere come i criteri enunciati in questa sede ricalchino quelli prospettati dalla giurisprudenza in tema di tutela dei *Community rights*: sono tanto dei modelli cui il legislatore deve ispirarsi, quanto paradigmi alla luce dei quali sarà poi condotto lo scrutinio di compatibilità comunitaria da parte della Corte di giustizia. Il rilievo della pronuncia si percepisce nel senso che, per la prima volta *in subjecta materia*, il giudice lussemburghese ha declinato i criteri alla luce dei quali in seguito (visto

¹⁷⁴ In questo senso, già le conclusioni dell'avvocato generale Tesouro del 30 giugno 1989, ECL:EU:C:1989:281, in cui si legge, al pt. 12, che «[l]'obbligo, che l'art. 5 del trattato impone agli Stati membri, di adottare tutte le misure di carattere generale e particolare atte ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dal trattato ovvero determinati dagli atti delle istituzioni delle Comunità implica infatti il dovere di perseguire e di sanzionare in maniera adeguata gli autori di violazioni del diritto comunitario in maniera tale da evitare che ne sia pregiudicata l'efficacia».

¹⁷⁵ Corte giust., *Mais greco*, pt. 24.

¹⁷⁶ SICURELLA R., *The Greek Maize Case*, cit., p. 125.

¹⁷⁷ HARDING C., *Member State Enforcement*, cit., p. 10; PISANESCHI A., *Le sanzioni amministrative*, cit., p. 19.

¹⁷⁸ Come evidenzia, in modo assolutamente condivisibile, HARDING C., *Member State Enforcement*, cit., p. 10.

che, nel caso di specie, gli apparati di controllo e sanzione erano in radice assenti) avrebbe operato il sindacato di ragionevolezza e idoneità degli strumenti nazionali preposti a soddisfare gli obblighi derivanti dall'art. 5 TCEE¹⁷⁹.

La Commissione, con una propria ufficiale comunicazione¹⁸⁰, ha accolto con favore i termini espliciti e incisivi con cui il giudice lussemburghese ha configurato gli obblighi degli Stati membri in punto di repressione delle violazioni del diritto dell'Unione europea: essa ha dichiarato di intendere il dovere derivante dalla *fidelity clause* come fondamentale al fine di apprestare adeguata tutela agli interessi dell'Unione europea e che, nell'esercizio delle proprie prerogative di “guardiana dei trattati”, essa avrebbe poi impiegato la procedura d'infrazione perché gli Stati membri adempiano correttamente agli obblighi definiti dalla Corte.

L'impostazione della pronuncia *Mais greco* è stata poi pienamente avallata (e concretamente applicata) da due pronunce del luglio 1990, ovvero la sentenza *Hansen*¹⁸¹ e l'ordinanza *Zwartveld*¹⁸².

Nella prima, il giudice lussemburghese – dopo aver confermato gli obblighi gravanti sugli Stati membri in virtù della *fidelity clause* e i già richiamati principi di assimilazione e di adeguatezza – ha sancito che forme di responsabilità oggettiva – peraltro in casi di ammende aventi carattere penale¹⁸³ – possono essere ammesse se risultano coerenti con la disciplina nazionale e a condizione che, per quanto assicurino l'efficacia e la dissuasività, rispettino il canone di proporzionalità. In questo caso, dunque, la Corte di giustizia ha fatto applicazione dei criteri indicati nella propria giurisprudenza inaugurata, pochi mesi prima nel caso *Mais greco*, al fine di vagliare se le sanzioni danesi controverse fossero conformi alle esigenze imposte dall'art. 5 TCEE: a una valutazione in punto di equivalenza – rispetto a cui lo scrutinio è positivo, poiché ammende penali potevano, anche in altri casi di carattere nazionale, essere imposte sulla base di una forma di *vicarious liability*¹⁸⁴ – è infatti seguito un vaglio in punto di adeguatezza delle sanzioni, anch'esso di esito favorevole¹⁸⁵, in quanto si è nello specifico evidenziato che misure quali quelle in esame si rivelano utili ad indurre i datori di lavoro ad adottare i mezzi organizzativi necessari per la tutela dei lavoratori e della sicurezza nei trasporti.

¹⁷⁹ GIUFFRIDA F., *Effectiveness, Dissuasiveness, Proportionality*, cit., p. 110.

¹⁸⁰ Comunicazione della Commissione, in *GUCE*, 16 giugno 1990, C 147, p. 3.

¹⁸¹ Corte giust., sent. 10 luglio 1990, causa C-326/88, *Hansen*, ECLI:EU:C:1990:291.

¹⁸² Corte giust., ord. 13 luglio 1990, causa C-2/88 IMM, *Zwartveld*, ECLI:EU:C:1990:440.

¹⁸³ Si trattava di sanzioni applicate, in Danimarca, ai titolari di imprese di autotrasporti nelle ipotesi di trasgressione delle norme comunitarie da parte di un proprio dipendente: in tali casi, il datore di lavoro poteva essere assoggettato ad un'ammenda sul solo presupposto che la condotta fosse stata tenuta principalmente nell'interesse di quest'ultimo e senza che fosse necessario il previo accertamento del dolo o della colpa. Tali misure erano state adottate al fine di garantire il rispetto dei tempi di riposo prescritti dal c.d. “regolamento tachigrafi” del 1969, in tema di trasporti su strada.

¹⁸⁴ Corte giust., sent. *Hansen*, pt. 18.

¹⁸⁵ *Ivi*, pt. 19.

Di pochi giorni successiva alla pronuncia *Hansen* è l'ordinanza resa nella causa *Zwartveld*. In questo caso, la Corte di giustizia ha introdotto una precisazione non indifferente: l'obbligo di prestare una cooperazione leale implica l'adozione di «tutte le misure, atte a garantire, se necessario anche penalmente, la portata e l'efficacia del diritto comunitario»¹⁸⁶. Si aggiunge, quindi, il richiamo alle misure penali: sebbene la Comunità europea non avesse alcuna competenza a formulare precetti di tale natura, la Corte di giustizia avverte che, ove per garantire l'effettività del diritto comunitario occorra, lo Stato membro non può che ricorrere al modello sanzionatorio più afflittivo e incisivo.

La necessità di ricorrere ad un ventaglio di misure sanzionatorie compatibile con i requisiti forniti a partire dalla sentenza *Mais greco* è stata ribadita nella giurisprudenza successiva: in particolare, una chiara affermazione si coglie nella pronuncia *Nunes e de Matos*, in cui è stato espressamente sancito che ove gli atti comunitari già impongano l'adozione di misure di carattere civile, non è affatto escluso che gli Stati membri – per assicurare una tutela conforme ai principi di assimilazione e di adeguatezza – possano (o addirittura debbano) ricorrere ad ulteriori sanzioni di carattere penale¹⁸⁷.

La valutazione, da parte del giudice lussemburghese, circa l'idoneità degli strumenti sanzionatori nazionali è stata effettuata, nel corso del tempo, in una pluralità di pronunce, che da un lato confermano l'approccio tracciato nella sentenza *Mais greco*, dall'altro ne fanno concreta applicazione. Talune sono state rese all'esito di un rinvio pregiudiziale, strumento mediante il quale l'autorità nazionale domanda alla Corte di giustizia la compatibilità dell'apparato sanzionatorio interno alla luce degli obblighi gravanti sulle istituzioni nazionali; altre, invece, nascono – secondo il paradigma rappresentato dal caso *Mais greco* – dal ricorso per inadempimento promosso dalla Commissione nei confronti degli Stati membri che si siano sottratti ai doveri loro imposti.

Esemplificativa della prima tipologia di pronunce è la sentenza *Unilever*¹⁸⁸, nella quale la Corte di giustizia si è soffermata sulla normativa austriaca di recepimento di una direttiva in tema di imballaggio ed etichettatura dei cosmetici, in ossequio alla quale gli ordinamenti nazionali sono tenuti a prevenire condotte degli operatori economici che impieghino diciture, denominazioni, marchi, immagini o altri segni, che, in modo scorretto, attribuiscono ai prodotti stessi caratteristiche non rispondenti al vero. La legislazione austriaca aveva adottato alcune misure particolarmente incisive, in quanto impedivano *tout court* la pubblicizzazione di prodotti che contenessero talune sostanze; valutando queste forme di intervento, è stato osservato il particolare rilievo che merita il principio di proporzionalità, che in questo caso – ad avviso della Corte di

¹⁸⁶ Corte giust., ord. *Zwartveld*, pt. 17.

¹⁸⁷ Corte giust., sent. 8 luglio 1999, causa C-186/98, *Nunes e de Matos*, ECLI:EU:C:1999:376.

¹⁸⁸ Corte giust., sent. 28 gennaio 1999, causa C-77/97, *Unilever*, ECLI:EU:C:1999:30, pt. 28 ss.

giustizia – non risultava rispettato, in quanto imponeva misure eccessivamente restrittive. In un *obiter dictum*, tuttavia, viene precisato che valori quali la tutela della salute e dei consumatori impongono, a fronte di violazioni gravi, una risposta sanzionatoria capace di dissuasione mediante norme di carattere penale¹⁸⁹.

Non poche sono le pronunce sui singoli sistemi sanzionatori promosse dai giudici nazionali, ai quali sovente la Corte di giustizia ha anche rimesso – una volta interpretate le disposizioni rilevanti del diritto dell’Unione europea – il giudizio sull’adeguatezza dei mezzi sanzionatori nazionali¹⁹⁰.

Quanto all’impiego della procedura d’infrazione merita attenzione una pronuncia del 2001, all’esito di un procedimento nei confronti dell’Irlanda¹⁹¹. Ad avviso della guardiana dei trattati, lo Stato membro si sarebbe sottratto ai doveri imposti dalla *fidelity clause* in quanto, nella trasposizione di una direttiva in tema di protezione degli animali a fini scientifici, avrebbero previsto ammende di carattere meramente simbolico. In quella sede, la Corte ha ricordato che, qualora dall’atto di diritto derivato non sia prevista alcuna ammenda o penalità specifica, grava sugli Stati membri il preciso dovere, ai sensi del principio di leale collaborazione, di adottare tutte le misure idonee ad assicurare l’esecuzione del diritto dell’Unione europea: in ciò, è inclusa l’adozione di ogni forma sanzionatoria utile a presidiare i beni giuridici di volta in volta rilevanti e, di conseguenza, misure simboliche o di episodica applicazione sono insufficienti a soddisfare lo standard necessario.

In sintesi, da queste pronunce emerge un paradigma che può essere sintetizzato nel senso che, una volta individuato un bene giuridico che appaia meritevole di tutela, il legislatore europeo impone l’esistenza di un mezzo sanzionatorio, ma si attesta su una posizione agnostica¹⁹² quanto alla scelta da effettuare in termini concreti: a ciò provvede l’ordinamento nazionale, che è libero di operare secondo i criteri giuridico-politici che, nel singolo contesto, ispirano l’adozione degli strumenti più adeguati¹⁹³. Tuttavia, la Corte di giustizia si riserva (sia mediante i rinvii pregiudiziali, sia quando pronuncia su ricorsi per inadempimento) un *droit de regard* nella misura in cui può effettuare un vaglio quanto alla capacità degli strumenti scelti di fornire il livello di tutela che, a partire dalla sentenza *Mais greco*, è stato richiesto agli Stati membri¹⁹⁴.

¹⁸⁹ *Ivi*, pt. 36.

¹⁹⁰ *Ex multis*, Corte giust., sent. 7 dicembre 2000, causa C-213/99, *De Andrade*, ECLI:EU:C:2000:678, pt. 24; sent. 16 ottobre 2003, causa C-91/02, *Hannl+Hofstetter*, ECLI:EU:C:2003:556, pt. 22; sent. 26 febbraio 2013, causa C-617/10, *Åkerberg Fransson*, ECLI:EU:C:2013:105, pt. 34-36.

¹⁹¹ Corte giust., sent. 18 ottobre 2001, causa C-354/99, *Commissione c. Irlanda*, ECLI:EU:C:2001:550.

¹⁹² SICURELLA R., *Diritto penale e competenze*, cit., p. 213; SOTIS C., *Obblighi comunitari di tutela e opzione penale: una dialettica perpetua?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 171, spec. p. 194.

¹⁹³ *Ivi*, p. 194-195.

¹⁹⁴ SOTIS C., *Un diritto senza codice*, cit., p. 46.

Meritano, da ultimo, qualche cenno illustrativo più approfondito i due principi che la Corte di giustizia ha elaborato per vincolare le scelte degli ordinamenti nazionali.

Il primo canone è quello dell'equivalenza. Secondo una recente formulazione, «la libertà di scelta di cui dispongono gli Stati membri, conformemente alla loro autonomia istituzionale e procedurale, per sanzionare le violazioni del diritto dell'Unione è limitato dall'obbligo, per questi ultimi, di provvedere affinché tali sanzioni, sotto il profilo sostanziale e procedurale, abbiano forme analoghe a quelle applicabili alle violazioni del diritto nazionale simili per natura e importanza»¹⁹⁵. In quest'ottica, si fa ricorso ad uno schema nient'affatto inusuale nei rapporti tra Unione europea e Stati membri: questi ultimi sono tenuti a non operare alcuna distinzione tra gli strumenti che impiegano per tutelare i propri beni rispetto a quelli che utilizzano per presidiare gli interessi omologhi di pertinenza sovranazionale. Si tratta, ad avviso della dottrina, di un criterio “statocentrico”¹⁹⁶: infatti, ove si imponga un'equiparazione di questo tipo, non si sancisce altro che un obbligo di estensione di scelte punitive (e procedimentali) già operate a livello nazionale. In altri termini, si impone un “divieto di disparità di trattamento”, per cui a interessi assimilabili (nazionali – sovranazionali) deve corrispondere lo stesso rigore punitivo¹⁹⁷.

Il secondo canone viene talvolta designato come principio di adeguatezza o, per sineddoche, di effettività¹⁹⁸. Quest'ultimo, già dalla nota sentenza *Mais greco*, si articola in tre indici – ovvero, la nota terna “effettività, dissuasività, proporzionalità” – cui debbono ispirarsi le scelte sanzionatorie dello Stato membro.

Il primo dei tre – richiamato costantemente dalla Corte, senza tuttavia che vi sia un adeguato sforzo definitorio nella propria giurisprudenza¹⁹⁹ – identifica un nesso relazionale tra la disposizione e gli obiettivi che essa si prefigge; in altri termini misura e rivela la capacità della sanzione adottata di reagire alla trasgressione del precetto e di raggiungere il proprio fine, ovvero

¹⁹⁵ Corte giust., sent. 2 maggio 2018, causa C-574/15, *Scialdone*, ECLI:EU:C:2018:295.

¹⁹⁶ BERNARDI A., *Il costo “di sistema”*, cit., p. 562.

¹⁹⁷ SOTIS C., *Obblighi comunitari di tutela*, cit., p. 197.

¹⁹⁸ A quest'ultima locuzione ricorre Corte giust., sent. *Scialdone*, cit., pt. 31 e 52. In quest'ultimo caso, l'impiego del termine “effettività” implica una sorta di sineddoche, poiché – a ben vedere – il criterio utilizzato per indicare l'intero è, in senso stretto, un'articolazione del più ampio giudizio di adeguatezza.

¹⁹⁹ POELEMANS M., *La sanction*, cit., p. 272. Peraltro, si evidenzia che talora, nella “terna”, effettività viene sostituito da efficacia: i due termini sono, in questa sede, intesi come fra loro equivalenti: in questo senso, sono esemplificative le conclusioni dell'avvocato generale Van Gerven, 5 dicembre 1989, *Hansen*, ECLI:EU:C:1989:609, il quale richiama sovente la formula *Mais greco* ma sempre utilizzando il termine “efficacia”. Anche l'avvocato generale Kokott, nelle conclusioni rese nelle cause riunite C-387/02, C-391/02 e C-403/02, *Berlusconi e a.*, cit., dimostra di prediligere il secondo dei termini. In questo caso, però, l'avvocato generale ritiene che l'efficacia del sistema sanzionatorio sia un corollario del più ampio principio di effettività; al pt. 88, ove viene offerta una definizione delle categorie in esame, si legge con chiarezza questa distinzione: «[e]fficace è una disciplina sanzionatoria strutturata in modo tale che l'irrogazione della sanzione prevista (e quindi la realizzazione degli scopi previsti dal diritto comunitario non venga resa praticamente impossibile o eccessivamente difficile. Ciò discende dal principio di effettività il quale, secondo la giurisprudenza, trova applicazione in tutti i casi in cui una fattispecie ha una relazione con il diritto comunitario, ma – ad esempio, per la procedura da seguire – non esiste una disciplina comunitaria e di conseguenza gli Stati membri applicano norme nazionali».

l'adeguata protezione del bene protetto²⁰⁰. In questo senso, non importa quale sia la forma della sanzione né impone al legislatore che sia preferita una misura di carattere penale ad altre e diverse²⁰¹: ciò che rileva è che essa sia idonea a riaffermare il valore della regola violata e a riflettere la rilevanza della violazione stessa²⁰². Invero, la riflessione della dottrina – ma anche della stessa Corte di giustizia – suggerisce di riferire il carattere dell'effettività non già alla singola e specifica norma sanzionatoria²⁰³, ma al complesso novero di disposizioni che vengono in rilievo quanto all'irrogazione ed esecuzione della stessa: vi possono essere fattispecie che, pur minacciando in astratto reazioni vigorose dell'ordinamento, in realtà risultano essere punite in modo marginale e/o infrequente²⁰⁴.

La dissuasività²⁰⁵ – secondo carattere che la *fidelity clause* impone per le sanzioni adottate dal legislatore nazionale – presuppone la capacità di indurre un individuo ad astenersi dalla trasgressione del precetto. In quest'ottica, la misura che si impiega per reprimere un illecito dev'essere adeguatamente severa, in modo tale che i destinatari del precetto percepiscano la serietà della reazione dell'ordinamento alla violazione del comando loro imposto e, per questo, orientino la loro condotta in modo da astenersi da contegni *contra legem*.

La proporzionalità – quale elemento costitutivo di una forma di adeguata reazione ai fatti illeciti – presuppone, anche in questo caso, una valutazione in termini di relazione: essa richiede l'impiego di un livello di risorse ed un esercizio di potere che siano appropriate alla natura dell'interesse da proteggere²⁰⁶. Come già accennato in precedenza, il canone in esame impone una duplice valutazione: dapprincipio, l'individuazione del metodo di *enforcement*, che esige un

²⁰⁰ HARDING C., *Member State Enforcement*, cit., p. 9; PISANESCHI A., *Le sanzioni amministrative*, cit., p. 68.

²⁰¹ POELEMANS M., *La sanction*, cit., p. 273.

²⁰² Per una riflessione più ampia sull'effettività della sanzione, specie nel sistema penale, PALIERO C.E., *Il principio di effettività nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 430; GIUNTA F., *L'effettività della pena nell'epoca del dissolvimento del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 414.

²⁰³ PALIERO C.E., *Il principio di effettività*, cit., *passim*. In questo senso, anche l'accurata ricostruzione dell'avvocato generale Kokott nell'*affaire Berlusconi*.

²⁰⁴ Questo è, a ben vedere, il cuore dell'intera vicenda *Taricco* e di altre, successive pronunce della Corte di giustizia, che si è soffermata su disposizioni penali e processuali che, di fatto, finiscono per escludere l'applicazione delle sanzioni previste in astratto (su cui v. *infra*, par. 10). Una scarsa capacità in termini di effettività è stata di recente lamentata dalla Corte costituzionale a proposito delle pene pecuniarie, i cui meccanismi di esazione – governati da norme differenti da quelle sostanziali – sono a tal punto farraginosi e lacunosi da lasciare ineseguita larga parte delle condanne. Il riferimento va, in particolare, a Corte cost., sent. 16 gennaio 2020, n. 15, ECLI:IT:COST:2020:15, ove la Consulta esorta un intervento normativo «volto a restituire effettività alla pena pecuniaria, anche attraverso una revisione degli attuali, farraginosi meccanismi di esecuzione forzata e di conversione in pene limitative della libertà personale. E ciò nella consapevolezza che soltanto una disciplina della pena pecuniaria in grado di garantirne una commisurazione da parte del giudice proporzionata tanto alla gravità del reato quanto alle condizioni economiche del reo, e assieme di assicurarne poi l'effettiva riscossione, può costituire una seria alternativa alla pena detentiva, così come di fatto accade in molti altri ordinamenti contemporanei». In precedenza, sullo stesso tema, v. anche Corte cost., sent. 6 novembre 2019, n. 279, ECLI:IT:COST:2019:279.

²⁰⁵ POELEMANS M., *La sanction*, cit., p. 273; HARDING C., *Member State Enforcement*, cit., p. 17-18.

²⁰⁶ POELEMANS M., *La sanction*, cit., p. 566. Per un'ampia analisi sul principio di proporzionalità, v. MONTALDO S., *EU Sanctioning Power and the Principle of Proportionality*, in MONTALDO S., COSTAMAGNA F., MIGLIO A. (eds), *European Union Law Enforcement*, cit., spec. parr. 2.2 e 3.2.

confronto tra il bene giuridico da proteggere e la maggiore o minore carica afflittiva della sanzione (ad es., misure civili, amministrative o penali), in modo tale che la scelta del legislatore non comporti un indebito sacrificio di interessi contrapposti²⁰⁷. In secondo luogo, la proporzionalità presuppone, di regola, la possibilità di una graduabilità della reazione dell'autorità rispetto all'illecito, in modo tale che, anche nel caso concreto del singolo illecito, la sanzione applicata rifletta la gravità della condotta²⁰⁸.

Specie per quel che concerne i due ultimi sub-criteri, ovvero proporzionalità e dissuasività, è parso evidente alla dottrina (anche in ragione del fatto che la Corte di giustizia non ha provveduto ad illustrare appieno le interrelazioni tra questi due principi) che questi possano porsi, tra loro, in termini quantomeno contraddittori, se non addirittura come un vero e proprio ossimoro²⁰⁹. Come è stato rilevato²¹⁰, i due requisiti in esame sono necessariamente connessi, poiché concorrono a definire il modello sanzionatorio entro due poli fra loro contrapposti: da un lato, l'esigenza di severità e deterrenza, imposta dalla dissuasività, ma dall'altro il bisogno di evitare eccessi, in quanto sanzioni troppo rigorose, al pari di misure troppo permissive e simboliche, concorrono a delineare un sistema inefficace.

La complessiva analisi del criterio di adeguatezza – che è stato scomposto nei suoi tre elementi – permette di affermare che si tratta di un criterio “euro-centrico”, in quanto tende a sottoporre le norme punitive degli Stati membri «ad un controllo sovranazionale di congruità che prescinde da ogni esame in parallelo della restante normativa sanzionatoria nazionale, si rivela ispirato ad un criterio centralista»²¹¹. Si tratta, peraltro, di un principio da cui deriva, a carico degli Stati membri, un obbligo di risultati – in termini poi non dissimili da quelli imposti da una direttiva²¹², in quanto essi sono chiamati a intervenire in via complementare rispetto all'opera “incompleta” di un altro legislatore²¹³ – e su cui la Corte di giustizia si è riservata la valutazione, mediante un rinvio pregiudiziale o in seguito ad un ricorso per inadempimento, circa l'idoneità degli interventi degli ordinamenti nazionali.

Questo secondo criterio, considerato nella sua interezza, appare inoltre essenziale perché pone rimedio agli esiti insoddisfacenti cui il mero obbligo di equivalenza condurrebbe²¹⁴, in virtù

²⁰⁷ HARDING C., *Member State Enforcement*, cit., p. 15.

²⁰⁸ Corte giust., sent. *Buitoni*, cit., spec. pt. 20; sent. 21 giugno 1979, causa 240/78, *Atlanta*, ECLI:EU:C:1979:160, pt. 15, ove viene messa in luce l'incompatibilità con il principio in esame di sanzioni fisse, non graduabili.

²⁰⁹ HERLIN-KARNELL E., *The Constitutional Dimension*, cit., p. 16.

²¹⁰ HARDING C., *Member State Enforcement*, cit., p. 16; conclusioni dell'avvocato generale nella causa *Hansen*, cit., in cui, al pt. 8, le due “condizioni” vengono congiuntamente esaminate.

²¹¹ BERNARDI A., *Il costo “di sistema”*, cit., 562.

²¹² SOTIS C., *Un diritto senza codice*, cit., p. 45.

²¹³ FORNASIER R., *Le pouvoir répressif*, cit., p. 401.

²¹⁴ GIUFFRIDA F., *Effectiveness, Dissuasiveness, Proportionality*, cit., p. 112.

dell'ovvia considerazione – già svolta, per il medesimo principio, in punto di tutela dei *Community rights* – per cui non è certo sufficiente l'estensione dei mezzi esistenti in un ordinamento, se questi appaiono, quanto alla loro reale capacità sanzionatoria, del tutto insufficienti o lacunosi. Inoltre, il ricorso alla mera equiparazione comporta necessariamente delle disparità: se ogni Stato membro dovesse proteggere gli interessi europei mediante un'estensione degli strumenti di tutela nazionali impiegati per beni “interni” analoghi, si finirebbe per avere un ventaglio di rimedi sanzionatori assai eterogenei per fronteggiare identiche condotte, egualmente lesive degli stessi interessi²¹⁵.

Ciò spiega perché la Corte di giustizia, quando chiamata a pronunciarsi sull'adeguatezza degli strumenti sanzionatori di uno Stato membro, non limiti la propria considerazione al primo dei criteri, ma estenda sempre lo scrutinio alla dimensione dell'adeguatezza²¹⁶.

7.1. (segue): La codificazione dei principi elaborati dalla Corte di giustizia nel diritto primario e derivato.

La formula²¹⁷ elaborata dalla sentenza *Mais greco* e poi ribadita nella giurisprudenza della Corte di giustizia è stata prontamente recepita, in termini di *ius positum*, nelle fonti scritte del diritto comunitario. Anche in questo caso, la domanda di tutela è formulata a livello sovranazionale – seppur non attraverso il principio di leale cooperazione, ma mediante una specifica disposizione – e ad essa corrisponde un'offerta di protezione da parte dei legislatori (e degli apparati amministrativo-esecutivi) nazionali.

Quanto alle fonti primarie, un primo segnale in questa direzione è rappresentato dalla previsione, inserita con il trattato di Maastricht all'art. 209 A TCE²¹⁸, secondo cui gli Stati membri combattono le frodi lesive degli interessi finanziari della Comunità con «le stesse misure che adottano per combattere le frodi che ledono i loro interessi finanziari».

Il testo dell'articolo in esame, pur riprendendo in modo pedissequo il principio espresso dalla giurisprudenza, ha tuttavia ommesso di menzionare il secondo degli *standard* di tutela, ovvero il criterio dell'adeguatezza; l'art. 209 A TCE ha avuto, in ogni caso, il pregio – secondo parte della dottrina – di inserire un obbligo espresso agli Stati membri e di richiamare l'attenzione su un bene giuridico (gli interessi finanziari) di livello primario nell'ottica delle politiche europee²¹⁹.

²¹⁵ Le evidenziava già BRICOLA F., *Alcune osservazioni in materia*, cit., p. 189.

²¹⁶ Un esempio recente si ha nella già menzionata Corte giust., sent. *Scialdone*, cit.

²¹⁷ Talvolta la dottrina parla di “formulette pigre”: SOTIS C., *Un diritto senza codice*, cit., p. 45 e, ancor prima, BERNARDI A., *Osservazioni sui principi e criteri direttivi in tema di sanzioni previsti dalle leggi comunitarie 1995-1997 e 1998*, in *Riv. dir. agr.*, 1999, p. 229, spec. p. 236.

²¹⁸ La dottrina ha proprio evidenziato che «the Member States consequently consecrated this case law in Article 209a TEU»: così DELMAS-MARTY M., *The European Union and Penal Law*, in *ELJ*, 1998, p. 87, spec. p. 104.

²¹⁹ INGHERAM J.F.H., *Legal and Institutional Aspects of the European Anti-Fraud Office – An Analysis with a Look Forward to a European Public Prosecutor's Office*, Groningen, 2011, p. 7

Il complemento della disposizione, con l'inserimento del richiamo al canone di adeguatezza, si è registrato pochi anni dopo, con il trattato di Amsterdam: il “nuovo” art. 280 TCE, corrispondente al risalente art. 209 A, ha previsto, al proprio par. 1, che per fronteggiare le frodi e le altre attività lesive, gli Stati membri adottano misure dissuasive e tali da permettere un livello di protezione efficace.

Non mancano poi numerosi riferimenti ai principi di assimilazione e di adeguatezza negli atti di diritto derivato.

Anche in questa dimensione, dapprima si sono segnalati strumenti in cui il richiamo è stato limitato all'equivalenza: si pensi a previsioni di tenore quale l'art. 10, par. 4, regolamento (CE) n. 1831/1994²²⁰, a mente del quale «[l]e informazioni comunicate o acquisite a norma del presente regolamento [...] beneficiano della protezione concessa ad informazioni analoghe dalla legislazione nazionale dello Stato membro che le ha ricevute e dalle omologhe disposizioni relative alle istituzioni comunitarie».

In termini più recenti, l'impiego delle c.d. “formulette pigre”, riproduttive degli obblighi codificati a partire dall'*affaire Mais greco*, è assai ricorrente, sia in regolamenti²²¹, sia in direttive²²². Talvolta si segnalano alcuni atti nei quali, oltre che dal ricorso ai consueti principi, la discrezionalità degli Stati membri è ulteriormente limitata dall'indicazione di alcune esemplificazioni delle tipologie sanzionatorie da adottare: si pensi, a titolo d'esempio, all'art. 19, par. 2, regolamento (UE) 995/2010²²³, il quale – dopo aver sancito che le sanzioni devono essere effettive, proporzionate e dissuasive – esplicita che queste possono comprendere ammende commisurate al

²²⁰ Regolamento (CE) n. 1831/1994, in *GUCE*, 27 luglio 1994, L 191, p. 9. BERNARDI A., *I tre volti*, cit., p. 370 per ulteriori riferimenti normativi.

²²¹ Come esempi recenti, si può menzionare il regolamento (UE) 2019/796, in tema di misure restrittive contro gli attacchi informatici, (in *GUUE*, 17 maggio 2019, L 129, p. 1), art. 15, par. 1, secondo cui «[g]li Stati membri stabiliscono le norme sulle sanzioni applicabili alle violazioni delle disposizioni del presente regolamento e adottano tutte le misure necessarie per garantirne l'attuazione. Le sanzioni previste sono effettive, proporzionate e dissuasive». Segue poi il regolamento (UE) 2019/125, relativo al commercio di beni utilizzabili per la tortura o altri trattamenti inumani, (in *GUUE*, 31 gennaio 2019, L 30, p. 1), art. 33, par. 1, a tenore del quale «[g]li Stati membri stabiliscono le norme relative alle sanzioni applicabili per la violazione del presente regolamento e adottano tutte le misure necessarie per la loro attuazione. Tali sanzioni devono essere effettive, proporzionate e dissuasive. Ancora, il regolamento (UE) 2018/1672, sui controlli circa i flussi di denari in contante, (*GUUE*, 12 novembre 2018, L 284, p. 6), al proprio art. 14, par. 1, prevede che «[o]gni Stato membro stabilisce sanzioni da applicare in caso di inosservanza dell'obbligo di dichiarazione di denaro contante accompagnato di cui all'articolo 3 [...]» e, al par. 4., aggiunge che «tali sanzioni devono essere effettive, proporzionate e dissuasive».

²²² A mero titolo di esempio, si può citare la direttiva 2016/681/UE, in tema di uso dei codici PNR a fini di prevenzione e indagine penale (in *GUUE*, 4 maggio 2016, L 119, p. 132), art. 14, a mente del quale «[g]li Stati membri stabiliscono le sanzioni applicabili alle violazioni delle disposizioni nazionali adottate a norma della presente direttiva e adottano le misure necessarie per garantirne l'attuazione. Tali sanzioni devono essere effettive, proporzionate e dissuasive»; altrettanto, la direttiva 2008/50/CE, in tema di qualità dell'aria (in *GUUE*, 11 giugno 2008, L 152, p. 1), all'art. 30, sancisce che «[g]li Stati membri determinano il regime di sanzioni da comminare in caso di violazione delle disposizioni nazionali adottate a norma della presente direttiva e adottano tutti i provvedimenti necessari per la loro applicazione. Le sanzioni previste devono essere effettive, proporzionate e dissuasive».

²²³ Regolamento (UE) n. 995/2010, in *GUUE*, 12 novembre 2010, L 295, p. 23, in tema di commercializzazione di prodotti in legno e derivati.

danno cagionato all'ambiente (bene giuridico protetto) e a quello economico, nonché forme di sequestro e confisca e, infine, la sospensione o revoca delle autorizzazioni allo svolgimento dell'attività commerciale.

Appare evidente che, con il ricorso a queste specificazioni degli obblighi sanzionatori e delle loro modalità, il paradigma che prevede un'articolazione di competenze tra legislatore dell'Unione europea e Stati membri si presenta con ampia frequenza e nei più vari settori: alla prima, spetta indicare quali beni giuridici devono essere adeguatamente tutelati e quali condotte devono essere oggetto di una sanzione; ai secondi, invece, compete l'organizzazione di un sistema repressivo che, libero quanto alle forme, deve in ogni caso rispondere ai requisiti imposti, verificabili da parte della Corte di giustizia²²⁴.

8. Diritto dell'Unione europea e diritto penale. Una relazione in continua evoluzione.

Quanto sin qui osservato ha riguardato la genesi e il rilievo – oggi ancora di grande attualità – delle sanzioni amministrative (o comunque, *per viam negationis*, non penali) nell'ordinamento dell'Unione europea. Per quel che, invece, concerne il ricorso al diritto penale, per lungo tempo si è ripetuto il *leitmotiv* della totale incapacità delle fonti sovranazionali di stabilire modelli sanzionatori di carattere criminale²²⁵. In tal senso, è sufficiente richiamare la posizione delle istituzioni. Nell'ottava relazione generale sull'attività delle Comunità europee, risalente al 1975, si osservava che, a tale momento storico, «il diritto penale non rientra nelle competenze della Comunità ma in quelle di ciascuno stato membro»²²⁶. Si tratta di un'asserzione che è stata ribadita e confermata dalla relazione presentata nel 1977 dalla Commissione giuridica del Parlamento europeo sulla correlazione fra il diritto comunitario e il diritto penale²²⁷ nonché da alcune pronunce rese dalla Corte di giustizia, la quale ha avuto modo di stabilire, con altrettanta lapidaria chiarezza, che «il diritto e la procedura penale appartengono alla competenza degli Stati»²²⁸.

In questo senso, quindi, non sorprende che la dottrina, in tempi ormai non recenti, si riferisse alla relazione intercorrente tra diritto penale e Comunità europee in termini sovente pessimistici – basti ricordare, per tutte, la nota affermazione per cui si tratterebbe di una «sad history»²²⁹ – o di una relazione dai connotati ossimorici²³⁰: queste considerazioni venivano svolte

²²⁴ SOTIS C., *Un diritto senza codice*, cit., p. 45 ss.

²²⁵ RIZ R., *Diritto penale e diritto comunitario*, Padova, 1984, p. 5.

²²⁶ *Ottava Relazione generale sull'attività delle Comunità Europee del 1974*, Bruxelles-Lussemburgo, 1975, p. 145.

²²⁷ Relazione presentata a nome della Commissione giuridica sulla correlazione fra il diritto comunitario e il diritto penale, doc. 531/76, 2 febbraio 1977, pubblicato in *Riv. dir. eur.*, 1977, p. 195.

²²⁸ V., per tutte, Corte giust., sent. *Casati*, cit.; sent. *Cowan*, cit.

²²⁹ SEVENSTER H., *Criminal Law and EC Law*, in *CMLR*, 1992, p. 29.

²³⁰ DELMAS-MARTY M., *The European Union*, cit., p. 87; SALAZAR L., *Diritto penale e diritto comunitario*, cit.

in un periodo storico (in particolare, fine anni Ottanta – inizio anni Novanta) in cui si affermava con sempre maggiore frequenza il ricorso alle sanzioni di carattere amministrativo.

Tanta attenzione nell'affermare, in modo netto, che alle Comunità non poteva competere alcun intervento in materia penale non riflette, però, un anelito sempre ben presente nella storia europea: a livello continentale, si riscontrava già da tempo un'apertura sempre più significativa verso la formazione di uno spazio sovranazionale unico, nel quadro di un'integrazione che non si limitasse al solo piano economico e commerciale, ma che estendesse il proprio raggio d'azione anche all'affermazione di standard giurisdizionali armonizzati, capaci di offrire forme di tutela penale che, tra gli Stati membri, potessero risultare simili, se non omogenee²³¹. Sintomo di questo approccio – proprio negli anni in cui le istituzioni europee affermavano l'espressa assenza di loro competenze in materia penale – può essere rappresentato dalla proposta, risalente al 1977²³², del Presidente francese Valéry Giscard d'Estaing, secondo cui alla realizzazione di uno spazio giudiziario europeo sarebbero stati funzionali meccanismi di cooperazione giudiziaria e di polizia: è proprio a questa iniziativa che si fa risalire la genesi della locuzione «spazio di libertà, sicurezza e giustizia», odierno, primario obiettivo che l'Unione europea si prefigge di raggiungere (art. 3, par. 2, TUE).

Parimenti, non deve essere sottaciuto che sin dagli albori della vita delle Comunità si sono sempre succedute proposte, iniziative, studi volti a indagare le forme e le possibilità di una convergenza delle discipline penalistiche degli Stati membri, tanto che – a fine degli anni Sessanta – un'autorevole voce della penalistica italiana presagiva come «un traguardo raggiungibile, almeno ipoteticamente» la nascita e lo sviluppo di una codificazione penale almeno parzialmente comune²³³.

In primo luogo, si deve ricordare il trattato istitutivo della Comunità europea di difesa (CED), sottoscritto a Parigi nel 1952 tra i sei Paesi fondatori, ma mai entrato in vigore per il rifiuto alla ratifica successivamente opposto dal Parlamento francese nel 1954²³⁴: nel testo con-

²³¹ V., per il settore penale, KOSTORIS R.E., *Manuale di procedura penale europea*, Milano, 2017, p. 1. La sensibilità della dottrina penalistica per un'opera unificatrice a livello continentale è già attestata da tempo risalente: la più significativa attestazione si rinviene nell'attività del *Bureau International pour l'Unification du Droit Pénal*, i cui lavori sono stati inaugurati dal 1928, ma hanno risentito della difficile situazione storica in cui presero avvio. Una ricostruzione dell'attività svolta è contenuta nel contributo di JESCHECK H.H., *Lo stato attuale del diritto penale europeo*, cit., p. 326 ss.

²³² Ne fa menzione, *ex multis*, SALAZAR L., *La costruzione di uno spazio di sicurezza, libertà e giustizia dopo il Consiglio europeo di Tampere*, in *Cass. pen.*, 2000, p. 1114.

²³³ MANTOVANI F., *Sugli effetti della Convenzione europea nell'ordinamento penale italiano*, in BETTIOL G., *Prospettive*, cit., p. 77, spec. p. 79.

²³⁴ GRASSO G., *Comunità europee*, cit., p. 42.

venzionale si rinveniva un vero e proprio sistema penale sovranazionale, in quanto si trasferivano espresse competenze alle istituzioni quanto alla capacità di reprimere i reati che potessero esser commessi dai membri delle forze europee di difesa²³⁵.

La necessità di organizzare forme di convergenza delle sanzioni criminali degli Stati membri ha attirato le preoccupazioni della Commissione già dal 1962²³⁶: a quell'anno risalgono i primi lavori di un *panel* di esperti degli Stati membri per verificare le possibilità di una convergenza quanto alle modalità di repressione omogenea degli illeciti penali. I lavori hanno vissuto fasi alterne, per poi riprendere con maturata convinzione nel 1971, quando i Ministri della giustizia nazionali, riunitisi il 3 luglio a Lussemburgo, hanno deciso di promuovere uno studio dei principali aspetti problematici di una futura convergenza e cooperazione in materia penale, sebbene quest'ultima iniziativa risultasse – in modo pragmatico – limitata soltanto ad alcuni aspetti di ordine pratico²³⁷.

Due bozze di trattati sono state delineate all'esito dei lavori, nel 1976: l'una riguardava la responsabilità e la tutela penale dei funzionari e degli agenti delle Comunità, l'altra concerneva un sistema di protezione penale degli interessi finanziari delle stesse²³⁸. Tuttavia, le due proposte sono rimaste per lungo tempo tali e non hanno trovato alcuna concretizzazione²³⁹.

Questa continua oscillazione – da un lato, studi e proposte per muovere i primi passi verso una convergenza in materia penale, dall'altro, una immediata ritrosia nel dar seguito a tali iniziative – riflette con chiarezza ordini di ragioni tra loro contrapposti.

Da un lato, si ricorda che il diritto penale è materia che si interseca con le libertà civili, con la sicurezza e l'ordine pubblico, con l'esercizio della giurisdizione: si tratta dell'area della legislazione più intimamente connessa con la sovranità di uno Stato. La repressione dell'attività delittuosa e l'esercizio di *ius puniendi* costituiscono sin da tempo risalente la più evidente manifestazione del potere statale, il contrassegno di un ordinamento capace di reagire alle violazioni dei propri precetti²⁴⁰.

²³⁵ Così, in particolare, prevedevano gli artt. 18 e 19 del Protocollo giurisdizionale allegato al trattato CED.

²³⁶ SEVENSTER H., *Criminal Law*, cit., p. 35.

²³⁷ Tra i profili che lo studio avrebbe dovuto indagare, si segnalano (i) l'identificazione di alcuni ambiti limitati cui applicare le regole di potenziale definizione (ad es., qualità dei prodotti industriali e alimentari, politiche dei trasporti); (ii) la definizione di regole in tema di riparto della giurisdizione penale, fondato su un metodo di semplificazione, mediante la soluzione della *transmission des poursuites*, per cui il paese cui la competenza appartiene può chiedere allo Stato di provenienza dell'autore dell'illecito di procedere; (iii) approntare una forma di protezione penale dei fondi comunitari secondo il principio di assimilazione; (iv) prevedere forme di mutualità nella soluzione di problemi pratici. Sul punto, v. diffusamente BIANCONI L., *Vers un droit pénal*, cit., p. 38.

²³⁸ FORNASIER R., *Le pouvoir répressif*, cit., p. 408; GRASSO G., *Comunità europee*, cit., p. 209 ss.

²³⁹ *Ivi*, p. 251-252; SEVENSTER H., *Criminal Law*, cit., p. 36.

²⁴⁰ ALBRECHT P.-A., BRAUM S., *Deficiencies in the Development of European Criminal Law*, in *ELJ*, 1999, p. 293, spec. p. 297-298; DELMAS-MARTY M., *The European Union*, cit., p. 87; LEMONDE M., *De la Convention européenne des droits de l'homme au Traité sur l'Union européenne: Pluralité des logiques*, in DELMAS-MARTY M. (sous la direction de), *Quelle politique pénale pour l'Europe?*, Parigi, 1993, p. 15; POELEMANS M., *La sanction*, cit., p. 245; SEVENSTER H., *Criminal Law*, cit., p. 39.

Altrettanto, si evidenzia che all'attribuzione di competenze penali alle istituzioni europee ostava il ben noto limite del *deficit democratico*²⁴¹. Il principio di legalità, che governa il diritto penale, esige un pieno monopolio parlamentare quanto alla decisione di prevedere, per talune condotte, la più incisiva e stigmatizzante delle sanzioni: dunque, nessuna opzione di politica criminale si sarebbe potuta rimettere ad un sistema in cui mancava una piena capacità legislativa dell'assemblea rappresentativa dei consociati²⁴². La ragione sottesa alla scelta di assegnare il monopolio dello *ius puniendi* al solo potere legislativo si rinviene nella rappresentatività di quest'ultimo, espressione dell'intero popolo: soltanto coloro che rappresentano la collettività possono, in virtù del consenso democratico, esercitare l'individuazione delle condotte da punire, perché «solo il popolo può legiferare contro se stesso»²⁴³.

Peraltro – e in modo tale da assorbire ogni ulteriore profilo – si osservava che l'ordinamento sovranazionale si fonda sul principio delle competenze di attribuzione: di conseguenza, se per una certa materia non v'è stata cessione di sovranità, significa che, a livello europeo, ne è precluso l'esercizio²⁴⁴. Le stesse istituzioni, consapevoli di ciò, sono sempre state assai caute e prudenti nel richiedere agli Stati membri il riconoscimento di una propria capacità di incidere sulle scelte di politica criminale degli Stati membri²⁴⁵.

Dall'altro lato, tuttavia, militano ragioni non meno incisive che, da sempre, hanno stimolato la riflessione sull'opportunità di riconoscere all'Unione europea una competenza che le consentisse di armonizzare i sistemi penali degli Stati membri e di fissare obblighi di criminalizzazione per talune condotte illecite.

In primo luogo, si è evidenziato che l'affermazione di un nuovo ordinamento porta con sé la necessaria genesi di nuovi e diversi beni giuridici meritevoli di essere tutelati. Se alcuni di essi trovano già adeguato presidio attraverso gli ordinari precetti nazionali (ad es., le norme in tema di integrità personale, salute, proprietà privata, ordine pubblico), altri – di carattere marcatamente pubblicistico – sono invece sforniti di protezione: si pensi alla tutela del corretto funzionamento degli apparati istituzionali e amministrativi europei da condotte quali quelle corruttive,

²⁴¹ In tema, v. VILLANI U., *Il deficit democratico nella formazione delle norme comunitarie*, in *Dir. com. sc. int.*, 1992, p. 600; nella manualistica, STROZZI G., MASTROIANNI M., *Diritto dell'Unione europea. Parte istituzionale*, cit., p. 88.

²⁴² *Ex multis*, BERNARDI A., *I tre volti*, cit., p. 361; WEYEMBERGH A., *L'harmonisation des législations : condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, Bruxelles, 2004, p. 143. L'Autrice evidenzia che l'acquisizione di maggiore democraticità nel processo di adozione degli atti normativi europei (che già si prefigurava con il trattato costituzionale in quegli anni in discussione) avrebbe sicuramente rappresentato un motivo di maggior apertura da parte degli Stati membri a forme di ravvicinamento delle legislazioni interne. Deve tuttavia registrarsi l'opzione di segno contrario espressa da TESAURO G., *La sanction*, cit., ad avviso del quale invocare il *deficit* democratico per negare l'attribuzione all'Unione europea di competenze in materia penale implica rimettere in dubbio il trasferimento di tutte le competenze alle istituzioni sovranazionali, in quanto tutte sarebbero esercitate in una condizione contraria alle esigenze di democraticità.

²⁴³ VASSALLI G., *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1994, p. 282.

²⁴⁴ BERNARDI A., *I tre volti*, cit., p. 361.

²⁴⁵ POELEMANS M., *La sanction*, cit., p. 247.

o, in modo altrettanto evidente, il proprio bilancio²⁴⁶. Si tratterebbe, dunque, di poter colmare una lacuna evidente o di estendere, quantomeno, gli strumenti sanzionatori esistenti a livello nazionale in modo che, in termini quanto più possibile omogenei, offrano protezione agli interessi comunitari.

Una seconda considerazione nasce dal fatto che gli sforzi operati per poter offrire, ai cittadini come agli operatori economici, un unico, grande spazio continentale in cui esercitare le proprie libertà, implicano l'adozione di strumenti sanzionatori capaci di garantire, al tempo stesso, (i) una certa parità di trattamento tra i cittadini e (ii) un più efficace funzionamento del mercato comune²⁴⁷. In questo senso, è essenziale evitare quei fenomeni di *forum shopping*²⁴⁸ (o di *Delaware effect*²⁴⁹) per cui un soggetto decide di commettere un determinato illecito in uno specifico Stato membro in virtù del minor rigore sanzionatorio cui quei comportamenti vanno, nel diverso Paese, soggetti²⁵⁰: ipotesi ben delineata dalla dottrina che, in tempi risalenti, contrassegnava queste fattispecie parlando dei «pendolari del crimine»²⁵¹.

Infine, la possibilità di ravvicinare – se non addirittura uniformare – la legislazione penale degli Stati membri potrebbe portare alla creazione di un sentimento di giustizia comune, condiviso da tutti i cittadini europei, consapevoli che agli interessi propri e della collettività viene assicurata una tutela simile in tutti gli ordinamenti²⁵².

La continua tensione tra questi elementi – che da un lato premono verso l'armonizzazione dei sistemi punitivi, dall'altro invece tendono a conservare la materia penale entro gli stretti confini nazionali – spiega perché, come poi si vedrà nel dettaglio, l'attribuzione di una competenza all'Unione europea in materia penale sia stata caratterizzata da un'evoluzione prudente e

²⁴⁶ BRICOLA F., *Alcune osservazioni in materia*, cit., p. 190; GRASSO G., *Comunità europee*, cit., p. 5; SGUBBI F., *Diritto penale comunitario*, in *Dig. pen.*, Torino, 2002, p. 98. Sulla tutela degli interessi finanziari, v. la ricostruzione, anche in chiave storica, operata da MEZZETTI E., *La tutela penale degli interessi finanziari dell'Unione Europea. Sviluppi e discrasie nella legislazione penale degli Stati membri*, Padova, 1994, p. 5.

²⁴⁷ AMALFITANO C., *Conflitti di giurisdizione e riconoscimento delle decisioni penali nell'Unione europea*, Milano, 2006, p. 177; ID., *La competenza penale dell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, in CAMALDO L., *L'istituzione del Procuratore europeo e la tutela penale degli interessi finanziari dell'Unione europea*, Torino, 2014, p. 3, spec. p. 14; WEYEMBERGH A., *L'armonisation*, cit., p. 183.

²⁴⁸ AMALFITANO C., *La competenza penale*, cit., p. 14; SICURELLA R., *Il titolo VI del Trattato di Maastricht e il diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 1307, spec. p. 1309.

²⁴⁹ HARDING C., *Member State Enforcement*, cit., p. 14: si tratta di una locuzione mutuata dal lessico statunitense, ove essa indica, nel diritto tributario, la particolare condizione di favore per le imprese che ivi si registrano, con la conseguenza che un elevato numero di operatori economici era solito fissare la propria sede legale in quello Stato.

²⁵⁰ In SEVENSTER H., *Criminal Law*, cit., p. 30 vi è, in esordio, la ricostruzione di alcune vicende che, in quegli anni, avevano posto l'attenzione su questo specifico profilo di disparità delle legislazioni e di scelta, specie nel settore dei *white collar crimes*, sul luogo ove commettere il reato già programmato in base alla mitezza delle sanzioni. Si riporta, ad esempio, il caso di un rapinatore di banche che, pur non essendo olandese, aveva compiuto diversi reati nei Paesi Bassi confidando nella minore severità della disciplina locale in tema di reati contro il patrimonio.

²⁵¹ MALINTOPPI A., *I pendolari del crimine*, in *Riv. dir. int.*, 1975, p. 861.

²⁵² AMALFITANO C., *La competenza penale*, cit., p. 14; si tratta di un auspicio già espresso, a commento della nota vicenda *Cowan*, da WEATHERILL S., *Case 186/87, Cowan v. Le Tresor Public. Preliminary Reference under Art. 177 EEC by the Commission d'indemnisation des victimes des infraction du Tribunal de Grande Instance de Paris, on the Interpretation of Art. 7 EEC. Decision of the European Court of Justice of 2 February 1989*, in *CMLR*, 1989, p. 563, spec. p. 579.

progressiva e si sia esercitata, per lungo tempo, mediante forme e strumenti assai peculiari rispetto a quelli già consolidati nell'integrazione europea.

Se è innegabile che una capacità di integrazione positiva sia maturata soltanto con fatica e in termini recenti, è altrettanto evidente che, da tempo risalente, si sono sempre manifestate delle forme di influenza – che attenta dottrina indicava come “effetti riflessi”²⁵³ – da parte del diritto dell'Unione europea sul settore penale: per quanto il legislatore sovranazionale non avesse alcuna capacità di intervenire sulla formulazione dei precetti e delle sanzioni, è innegabile che nemmeno il diritto penale – al pari di ogni altra branca dell'ordinamento – è sottratto alle conseguenze dell'appartenenza degli Stati membri al percorso di integrazione. Con la locuzione appena richiamata si designano quindi le interferenze che il diritto dell'Unione europea ha realizzato (e produce tutt'ora) nei sistemi penali: conseguenze che si producono per la generale operatività dei principi che regolano il rapporto tra ordinamento europeo e singoli sistemi nazionali²⁵⁴.

Nella più ampia categoria, è stata operata una distinzione tra gli effetti “negativi”²⁵⁵ – i quali comportano la riduzione del novero delle condotte penalmente rilevanti, in ragione del contrasto tra diritto interno e regole comunitarie – e “positivi”, cioè quelli che scaturiscono da obblighi gravanti sugli Stati membri in forza della loro appartenenza all'ordinamento sovranazionale e che conducono ad un ampliamento del perimetro operativo del diritto penale.

Com'è stato lucidamente osservato, «[i]n both cases, however, one could speak of limitations of the Member State's sovereignty»: ciò rivela che, seppur in forma implicita e non emergente, un fenomeno di erosione dei confini del giardino segreto²⁵⁶, storicamente rappresentato

²⁵³ GRASSO G., *Comunità europee*, cit., p. 255 ss., poi ripresa da BERNARDI A., *I tre volti*, cit., p. 349, nonché da MAZZINI G., *Prevalenza del diritto comunitario sul diritto penale interno ed effetti nei confronti del reo*, in *DUE*, 2000, p. 350.

²⁵⁴ Corte giust., sent. *SAIL*, cit., pt. 5; con specifico riguardo alla materia penale, si ricordano Corte giust., sent. *Casati*, cit., pt. 27 e, più recentemente, sent. 28 aprile 2011, causa C-61/11 PPU, *El Dridi*, ECLI:EU:C:2011:268, pt. 53.

²⁵⁵ Indicati con varie locuzioni dalla dottrina: talvolta si parla di “efficacia paralizzante” (PEDRAZZI C., *L'influenza della produzione giuridica della CEE sul diritto penale italiano*, in CAPPELLETTI V., PIZZORUSSO A. (a cura di), *L'influenza del diritto europeo sul diritto italiano*, 1982, p. 612, spec. p. 620) o di “neutralizzazione” del diritto penale nazionale (DELMAS-MARTY M., *L'influence du droit communautaire sur le droit pénal interne*, in AA.VV., *La protection juridique des intérêts financiers de la Communauté*, Lussemburgo, 1990, p. 233, spec. p. 234).

²⁵⁶ MONTALDO S., *I limiti*, cit., p. 26, ove l'Autore utilizza appunto l'espressione del “giardino segreto” per evocare, in modo assai efficace, la “difesa” della materia penale quale massima estrinsecazione della sovranità nazionale.

dall'esercizio di *ius puniendi*, era quindi già in corso²⁵⁷, ben prima del riconoscimento di competenze espresse, in materia penale²⁵⁸, alle Comunità.

9. Gli effetti del diritto dell'Unione europea sul diritto penale nazionale: i riflessi negativi.

La restrizione del campo di applicazione delle disposizioni penali nazionali costituisce un primo ordine di conseguenze dell'interazione tra diritto interno e diritto dell'Unione europea: anche nell'esercizio della giurisdizione penale, infatti, gli organi incaricati di *ius dicere* sono tenuti a fare applicazione delle previsioni di fonte sovranazionale, come è stato chiarito dalla costante giurisprudenza della Corte di giustizia. Di conseguenza, le norme europee che di volta in volta vengono in rilievo debbono essere impiegate anche in ambito penalistico e, in caso di loro conflitto con le previsioni interne, queste ultime sono disapplicate, secondo il consueto modello già considerato. In proposito, giova anche ricordare che, in forza del principio di leale cooperazione, gli Stati membri debbono astenersi dall'adozione o dalla conservazione di atti normativi che risultino contrastanti con il diritto dell'Unione europea: di conseguenza, se al giudice compete la disapplicazione della disciplina nazionale, al legislatore spetta invece il compito di intervenire affinché sia garantita la coerenza delle norme interne con i vincoli sovranazionali²⁵⁹.

La delimitazione delle condotte penalmente rilevanti può avvenire secondo diversi metodi di interazione tra le norme penali e quelle di fonte europea²⁶⁰.

In primo luogo²⁶¹, si può verificare che un precetto penale incrimini una condotta in radicale contrasto con il diritto dell'Unione europea: in quest'ipotesi, l'intero campo applicativo della fattispecie risulta del tutto incompatibile con una fonte normativa di carattere sovranazionale. Si tratta, cioè, di un fatto che il legislatore nazionale considera (e punisce come) illecito, mentre

²⁵⁷ Principio che, invero, la Corte di giustizia aveva già segnalato in modo netto: in termini assai chiari, si può ricordare un passaggio di Corte giust., sent. *Coman*, cit., pt. 19, ove si legge che «si deve ricordare che, se la legislazione penale e le norme di procedura penale, nel novero delle quali rientra la controversa disposizione nazionale, sono in linea di principio riservate alla competenza degli Stati membri, tuttavia dalla giurisprudenza costante della Corte [...] risulta che il diritto comunitario pone dei limiti a tale competenza. Le norme considerate non possono infatti porre in essere discriminazioni nei confronti di soggetti cui il diritto comunitario attribuisce il diritto alla parità di trattamento né limitare le libertà fondamentali garantite dal diritto comunitario».

²⁵⁸ Specie per quanto riguarda la parte speciale, più che gli istituti di parte generale: v. GRASSO G., *Comunità europee*, cit., p. 266; PEDRAZZI C., *L'influenza della produzione giuridica*, cit., p. 612.

²⁵⁹ ASP P., *European Criminal Law and National Criminal Law*, in MITSILEGAS V., BERGSTRÖM M., KONSTADINIDES T., *Research Handbook on EU Criminal Law*, cit., p. 315, spec. p. 324.

²⁶⁰ La dottrina che, in modo più approfondito, ha studiato il tema propone di separare le considerazioni relative alla parte precettiva e quella sanzionatoria della fattispecie penale (v. GRASSO G., *Comunità europee*, cit., rispettivamente p. 269 e 309 ss.). In questa sede, data l'esigenza di sintesi, sarà effettuata una ricognizione più breve.

²⁶¹ GRASSO G., *Comunità europee*, cit., p. 272.

tale non può essere secondo l'ordinamento europeo: l'esempio più noto è integrato dalla sentenza della Corte di giustizia *El Dridi*²⁶². Nel caso di specie, il giudice lussemburghese ha ritenuto che – per quanto la direttiva europea²⁶³ consentisse l'adozione di misure anche coercitive per eseguire la decisione di rimpatrio²⁶⁴ – i canoni di proporzionalità e del rispetto della dignità umana, nonché dei diritti fondamentali, dovessero in radice escludere l'irrogazione di pene detentive per procedere all'espulsione dei cittadini extracomunitari, come invece prevedeva la legislazione italiana vigente (e in quel caso applicata). All'esito della pronuncia della Corte di giustizia, la Suprema Corte di Cassazione ha affermato che il *dictum* reso nel caso *El Dridi* fosse equiparabile, per i soggetti già sottoposti a procedimento, ad una forma di *abolitio criminis* e, di conseguenza, potesse fondare una sentenza assolutoria secondo la formula «perché il fatto non è più previsto come reato»²⁶⁵.

Per conformarsi alla pronuncia della Corte di giustizia e rispettare gli obblighi scaturenti dalla direttiva europea del 2008²⁶⁶, il legislatore italiano²⁶⁷ ha poi sostituito alla pena della reclusione quella della multa.

Un secondo paradigma di contrasto tra norma penale nazionale e diritto dell'Unione europea si può verificare con riferimento al solo segmento della sanzione, quando, cioè, la tipologia o la misura di quest'ultima risulti non conforme alle esigenze imposte dall'ordinamento sovranazionale, il quale invece non osta a che il fatto sia ritenuto illecito. Qualora si verifichi una

²⁶² Corte giust., sent. *El Dridi*, cit. Nel caso in esame, il sig. El Dridi, cittadino di un paese terzo, era entrato illegalmente in Italia e nei suoi confronti era stato emanato dapprima un decreto di espulsione e, successivamente, un ordine di lasciare il territorio nazionale. Il sig. El Dridi, tuttavia, non si era conformato a tale ordine e veniva condannato, ex art. 14, co. 5-ter, d.lgs. 286/1998, dal Tribunale di Trento ad un anno di reclusione. Tale pronuncia veniva impugnata dinanzi alla Corte d'appello di Trento, che si è rivolta, in via pregiudiziale, alla Corte di giustizia per domandare se la direttiva sul rimpatrio dei cittadini di paesi terzi il cui soggiorno sia irregolare osti ad una normativa di uno Stato membro che preveda l'irrogazione della pena della reclusione al cittadino di un paese terzo il cui soggiorno sia irregolare per la sola ragione che questi, in violazione di un ordine di lasciare entro un determinato termine il territorio nazionale, vi sia rimasto senza motivo. La vicenda ha avuto notevole impatto in Italia ed è stata oggetto di ampio approfondimento da parte della dottrina: v., *ex multis*, AMALFITANO C., *La reclusione degli immigrati irregolari per violazione dell'ordine di allontanamento del questore non è compatibile con le prescrizioni della c.d. direttiva rimpatri*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 2786; DE PASQUALE P., *L'espulsione degli immigrati irregolari nell'Unione europea: a valle di El Dridi*, in *DUE*, 2011, p. 927.

²⁶³ Direttiva 2008/115/CE, in *GUUE*, L 24 dicembre 2008, L 348, p. 188.

²⁶⁴ L'art. 8 della direttiva citata prevede che gli Stati adottino ogni misura necessaria per eseguire il rimpatrio, ivi inclusi strumenti coercitivi, ma non eccessivi quanto all'impiego della forza.

²⁶⁵ Cass., sez. I pen., sent. 28 aprile 2011, n. 22105, e sent. 29 aprile 2011, n. 22130, in *De Jure*. Come è stato osservato dalla dottrina (tra cui GAMBARDELLA M., *Disapplicazione o abolitio criminis per i reati in materia di immigrazione che contrastano con la direttiva "rimpatri"?*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 1230, spec. p. 1233), a tale esito – e a tale formula assolutoria – si giungerebbe più che di un criterio riconducibile alla successione delle leggi penali nel tempo (cui hanno fatto cenno alcune sentenze), si dovrebbe pervenire per la piena applicazione della *primacy clause* che, comportando il “non impiego” del precetto penale, conduce a non dover più considerare il fatto come reato.

²⁶⁶ Secondo l'insegnamento della Corte (Corte giust., sent. 24 marzo 1988, causa 104/86, *Commissione c. Italia*, ECLI:EU:C:1988:171) «la preminenza e l'efficacia diretta delle disposizioni del diritto comunitario non sottraggono gli Stati membri all'obbligo di eliminare dal loro ordinamento giuridico interno le disposizioni incompatibili col diritto comunitario: infatti, il mantenimento in vigore delle stesse crea una situazione di fatto ambigua, in quanto mantiene gli interessati in uno stato d'incertezza circa le possibilità loro garantite di fare appello al diritto comunitario».

²⁶⁷ D.L. 23 giugno 2011, n. 89, conv. con modificazioni dalla legge 2 agosto 2011, n. 129.

circostanza del genere, la dottrina²⁶⁸ suggerisce di distinguere le ipotesi di un'antinomia che riguardi pene con carattere accessorio, da quelle invece che hanno ad oggetto le sanzioni principali.

Nel primo caso, il contrasto dovrebbe risolversi in favore della non applicazione della sanzione accessoria, in quanto non verrebbe preclusa l'irrogazione di una pena per un fatto che, previsto dalla legge come reato, può essere sanzionato. Nel secondo caso, invece, occorre verificare in prima battuta se l'esercizio del potere discrezionale di regola accordato (in Italia, ad esempio, secondo i canoni di cui all'art. 133 c.p.) consenta al giudice di evitare il contrasto con la disciplina sovranazionale. Tale ipotesi è stata presa in considerazione dalla Corte di Lussemburgo in occasione della sentenza *Sagulo*²⁶⁹: in quel caso, è stato rilevato che, se il legislatore non ha adeguato la risposta sanzionatoria alle esigenze espresse dal diritto europeo, «il giudice nazionale dovrà far uso della libertà di valutazione riservatagli al fine di pervenire all'applicazione di una pena adeguata alla natura e allo scopo delle norme comunitarie di cui si vuole reprimere l'infrazione»²⁷⁰.

In quest'ottica si possono leggere alcune recenti pronunce dei giudici italiani che, chiamati ad irrogare, per la fattispecie penale di *insider trading*, la pena prevista dall'art. 184 TUF, hanno disapplicato i limiti edittali ivi previsti, in quanto gli imputati erano già stati colpiti dalle incisive ammende amministrative di cui all'art. 187-*bis* TUF²⁷¹. Infatti, per quanto l'art. 187-*terdecies* TUF sancisca che, in caso di applicazione della doppia sanzione, si debba tener conto della misura punitiva già impiegata, si è reso necessario – proprio per garantire la proporzionalità della reazione dell'ordinamento al singolo fatto illecito – provvedere alla disapplicazione, almeno parziale, della disciplina nazionale che prevede l'irrogazione della pena per il delitto di cui all'art. 184 TUF²⁷².

²⁶⁸ GRASSO G., *Comunità europee*, cit., p. 332.

²⁶⁹ Corte giust., sent. 14 luglio 1977, causa 8/77, *Sagulo*, ECLI:EU:C:1977:131.

²⁷⁰ *Ivi*, pt. 13.

²⁷¹ Come si è già accennato in precedenza, l'attuale disciplina in tema di *market abuse* consente il cumulo delle due forme sanzionatorie, ma entro i limiti che la Corte di giustizia ha recentemente tratteggiato nelle sentenze del 20 marzo 2018 (*supra*, nota n. 139)

²⁷² Cass., sez. V pen., sent. 15 aprile 2019, n. 39999, in *De Jure*; sez. V pen., sent. 21 settembre 2018, n. 49869, in *De Jure*; Trib. Milano, sez. III pen., sent. 15 novembre 2018, n. 14767 (dep. 2019), Pres. Zucchetti, Est. Secchi, in *DPC* con nota di MUCCIARELLI F., "Doppio binario" sanzionatorio degli abusi di mercato e ne bis in idem: prime ricadute pratiche dopo le sentenze della CGUE e la (parziale) riforma domestica, in *DPC*, 15 marzo 2019. Nella prima delle sentenze citate (la n. 39999/2019 cit.) si legge «[l]a disapplicazione della disciplina penale potrà avere luogo soltanto nell'ipotesi in cui la sanzione amministrativa già inflitta in via definitiva sia strutturata in maniera e misura tali da assorbire completamente il disvalore della condotta ("coprendo" sia aspetti rilevanti a fini penali che a fini amministrativi e, in particolare, offrendo tutela complessivamente e pienamente adeguata e soddisfacente all'interesse protetto dell'integrità dei mercati finanziari e della fiducia del pubblico negli strumenti finanziari), poiché in tal caso il cumulo delle sanzioni risulta radicalmente sproporzionato [...] Nel valutare la proporzionalità della sanzione dovrà tenersi conto, con riguardo alla pena della multa, del meccanismo "compensativo" previsto dall'art. 187-*terdecies* TUF, secondo cui, quando per lo stesso fatto è stata applicata a carico del reo o dell'ente una sanzione amministrativa pecuniaria ai sensi dell'art. 187-*septies*, la esazione della pena pecuniaria e della sanzione pecuniaria dipendente da

Qualora il conflitto tra la pena principale e la disciplina europea non possa essere superato attraverso il normale uso del potere discrezionale attribuito al giudice, si dovrà concludere ritenendo l'intera norma incriminatrice contraria al diritto dell'Unione europea e, così, procedere alla disapplicazione, poiché all'autorità giudiziaria non è consentito applicare una pena diversa da quelle previste dal legislatore stante il principio di legalità che governa il sistema penale²⁷³.

Una limitazione dell'area delle condotte penalmente rilevanti si verifica qualora un comportamento, che integra gli elementi costitutivi di un reato, risulti tuttavia scriminato dall'esercizio di un diritto che l'ordinamento dell'Unione europea accorda: ciò per effetto, nell'ordinamento nazionale, della causa di giustificazione di cui all'art. 51 c.p.²⁷⁴. In questo caso, la posizione giuridica soggettiva attribuita dalla normativa europea, ove dotata di efficacia diretta, paralizza – per quel caso – l'operatività della fattispecie penale interna: quest'ultima continuerà ad applicarsi in quelle ipotesi che non siano giustificate dalla fonte sovranazionale²⁷⁵. Di conseguenza, in queste circostanze non viene in luce un conflitto tra norme, bensì l'impiego del parametro europeo come norma che “integra” la causa di esclusione dell'antigiuridicità.

Oltre alla ben nota vicenda *Auer*²⁷⁶, in termini più recenti si può richiamare anche la sentenza *Nilsson*²⁷⁷: in quest'ultima ipotesi, gli imputati erano stati tratti a processo per alcune condotte legate all'importazione e utilizzo, per fecondazione artificiale, di sperma di tori appartenenti ad una specifica razza. Per la circolazione, in ambito europeo, di tale materiale, erano stati adottati alcuni regolamenti e, per coloro che l'avessero acquistato e impiegato in conformità alla disciplina europea, non si poteva prospettare l'applicazione di una sanzione penale: non perché, come nel caso *El Dridi*, si tratti di un precetto in antitesi con il diritto dell'Unione europea, bensì

reato è limitata alla parte eccedente quella riscossa dall'autorità amministrativa. L'art. 187-terdecies, pur essendo una norma dai limitati effetti, che risolve il problema del doppio binario sanzionatorio soltanto dal punto di vista della sanzione pecuniaria complessivamente irrogata, tuttavia dovrà essere tenuto in conto al momento di commisurare la pena pecuniaria in sede penale, una volta divenuta definitiva la sanzione pecuniaria amministrativa. [...] Ovviamente, la rimodulazione del trattamento sanzionatorio dovrà essere compiuta mediante una verifica complessiva che attenga sia alla pena principale che alla confisca ex art. 187 TUF ed alle pene accessorie.

²⁷³ GRASSO G., *Comunità europee*, cit., p. 333.

²⁷⁴ GRASSO G., *Comunità europee*, cit., p. 269; MAZZINI G., *Prevalenza del diritto comunitario*, cit. p. 353.

²⁷⁵ Sul punto, v. MARINUCCI G., DOLCINI E., GATTA E., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2018, p. 292. Di recente, v. Cass., sez. II pen., sent. 7 giugno 2019, n. 38277, in *De Jure*, ove si legge (pt. 5.5.) che «[l]e fonti dell'UE (come premesso, ontologicamente distinte dalla Convenzione EDU) potrebbero prevedere, con efficacia immediatamente vincolante per il giudice interno, nuove cause di giustificazione, attribuendo diritti il cui esercizio potrebbe scriminare l'agente ex art. 51 c.p.: questo caso è stato discusso, in giurisprudenza di merito, da Pret. Lodi 17 maggio 1984, che ha ritenuto non punibile lo straniero comunitario, accusato di esercizio abusivo della professione veterinaria ex art. 348 c.p. - cui era abilitato unicamente nello Stato di appartenenza - in applicazione (all'epoca) dell'art. 52 Trattato CE, comma 2 e art. 57 Trattato CE, che riconoscono il diritto di stabilimento».

²⁷⁶ Corte giust., sent. 22 settembre 1983, causa 271/82, *Auer*, ECLI:EU:C:1983:243. La vicenda, ben riassunta da GRASSO G., *Comunità europee*, cit., p. 270, riguardava l'esercizio della professione di veterinario all'estero, in virtù delle direttive del 1978 in tema di reciproco riconoscimento dei diplomi abilitanti allo svolgimento di tale attività. In base a tale disciplina, e all'interpretazione fornitane dalla Corte di giustizia, l'imputato è stato assolto dal reato di esercizio abusivo della professione.

²⁷⁷ Corte giust., sent. 19 novembre 1998, causa C-126/97, *Nilsson*, ECLI:EU:C:1998:554.

in ragione dell'esigenza di consentire l'esercizio, nel caso di specie, dello specifico diritto all'acquisto e utilizzo del materiale *de quo*.

Si può poi ricordare che l'influenza sui precetti interni si evidenzia qualora le norme penali contengano elementi normativi: quelli, cioè, che presuppongono, per la loro comprensione, la mediazione di una norma ulteriore e diversa da quella penale²⁷⁸. In questi casi, se la disposizione integratrice è di fonte sovranazionale, la modifica – in senso limitativo – dell'ambito applicativo della stessa produce un effetto parimenti destinato a ridurre parallelamente l'area dei fatti penalmente rilevanti²⁷⁹.

Parimenti, qualora vi siano disposizioni dell'Unione europea dotate di efficacia diretta, capaci di disciplinare in modo completo lo svolgimento di una determinata attività, non recepite dal legislatore nazionale, i singoli che abbiano conformato la propria condotta alla disciplina sovranazionale non possono essere in alcun modo sanzionati: in questo caso, la cornice normativa cui gli operatori devono prestare ossequio è infatti definita dalla norma sovranazionale. Si tratta dello schema della nota vicenda nota *Ratti*²⁸⁰: in tal caso, l'imputato era stato chiamato a processo per non aver rispettato i precetti nazionali in tema di etichettatura di taluni solventi, disposizioni però superate da una direttiva (dotata di effetti diretti, scaduta, non trasposta) rispetto alla quale l'attività dell'imprenditore era conforme. In queste ipotesi, dunque, l'effetto "sostitutivo" che la disciplina sovranazionale produce comporta che le disposizioni nazionali vengano disapplicate e, di conseguenza, gli imputati debbono essere assolti.

In tutti i casi sin qui evidenziati, per quanto le forme dell'interazione tra diritto penale nazionale e fonti sovranazionali si siano declinate in modo diverso, l'esito (in questo caso comune) è l'effetto limitativo, restrittivo dell'area di ciò che, negli ordinamenti nazionali, è penalmente rilevante: di conseguenza, non si generano particolari problemi di compatibilità con principi quali quello di legalità (*sub specie* della riserva di legge), perché in ogni caso si tratta di effetti *in bonam partem*, a tutto vantaggio dell'imputato.

10. (segue): Gli effetti di carattere positivo sul diritto penale degli Stati membri.

²⁷⁸ MARINUCCI G., DOLCINI E., GATTA E., *Manuale di diritto penale*, cit., p. 96.

²⁷⁹ BERNARDI A., *I tre volti*, cit., p. 351 ove l'Autore ricorda la rilevanza che ebbe la direttiva 77/780/CEE, in materia bancaria, la quale, affermando la natura imprenditoriale dell'attività creditizia, produsse la conseguenza di sottrarre i dipendenti delle banche all'applicazione dei (più) rigorosi reati propri previsti per gli incaricati di pubblico servizio e i pubblici ufficiali.

²⁸⁰ Corte giust., sent. *Ratti*, cit., pt. 23-24, su cui, per questo specifico aspetto, v. CAPELLI F., *Direttive comunitarie e normativa penale degli Stati membri*, in *Foro pad.*, 1979, IV, p. 91; per riferimenti ad altre pronunce della Corte di giustizia in tema, v. GRASSO G., *Comunità europee*, cit., p. 288.

L'interazione tra diritto penale e diritto dell'Unione europea – in disparte la considerazione sui poteri di quest'ultima di dettare obblighi di incriminazione – non si è arrestata a limitare, con effetti *in bonam partem*, il perimetro applicativo delle ipotesi di reato nazionali: la stessa interrelazione tra le norme di fonte sovranazionale e nazionale potrebbe comportare una serie di conseguenze ampliative del novero delle condotte sanzionabili²⁸¹.

Tuttavia, in queste ipotesi si produrrebbe una forma di espansione dei confini della penalità, attraverso strumenti che, qualora differenti dalla legge nazionale (ad esempio, quella adottata allo scopo di dare trasposizione a una direttiva), entrano in frizione con il principio di legalità, poiché fonti diverse dalla legge nazionale si troverebbero a determinare «la creazione, l'estensione o l'accentuazione della risposta repressiva, nelle due componenti del precetto e/o della sanzione»²⁸².

Si coglie dunque la ragione per cui la dottrina ha, da tempo, manifestato una certa prudenza dinanzi a forme di espansione dell'area delle condotte penalmente rilevanti in virtù di un mero “effetto riflesso” prodotto da una norma di fonte europea.

A questo proposito, occorre ricordare che tecniche normative quali quelle del “rinvio” a disposizioni europee in cui sono definite talune nozioni, nonché l'impiego di elementi normativi il cui significato dev'essere esso stesso ricercato nella disciplina sovranazionale – meccanismi assai frequenti in ambiti che sono di competenza europea e sono connotati da elevato grado di complessità tecnica²⁸³ – hanno suscitato la censura di parte della dottrina, poiché si rimetterebbe la definizione degli elementi della fattispecie penale ad una fonte dell'ordinamento diversa dalla legge nazionale²⁸⁴ e perché non sempre risultano coerenti con i principi di tassatività e determinatezza²⁸⁵.

Altra (e parimenti rilevante) considerazione dev'essere svolta rispetto all'impiego delle direttive che, pur dettate a livello europeo per disciplinare specifiche materie e senza, quindi, che provvedano ad armonizzare i precetti penali interni, potrebbero essere capaci di incidere, in termini espansivi, sull'ambito delle condotte sanzionabili a livello nazionale. A questo proposito, giova essere ricordato che alla direttiva, in quanto atto di diritto derivato dal carattere flessibile e capace di lasciare al legislatore interno un margine di autodeterminazione, è stato fatto largo

²⁸¹ Su cui si sofferma, in particolare, MANACORDA S., *L'efficacia espansiva del diritto comunitario sul diritto penale*, in *Foro it.*, 1995, IV, c. 55.

²⁸² *Ivi*, c. 58.

²⁸³ Tra i settori in cui gli effetti “espansivi” sono stati profondamente avvertiti si ricordano la materia agro-alimentare, su cui v. BERNARDI A., *La difficile integrazione*, p. 995, nonché il diritto penale ambientale (con particolare riferimento a quest'ultimo, BERNASCONI C., *Il reato ambientale*, Pisa, 2008, p. 108 ss.).

²⁸⁴ BERNARDI A., *I tre volti*, cit., p. 353; BERNASCONI C., *L'influenza del diritto comunitario sulle tecniche di costruzione delle fattispecie penale*, in *Indice penale*, 1996, p. 455.

²⁸⁵ MANACORDA S., *L'efficacia espansiva*, cit., c. 62.

ricorso, per ragioni di opportunità politica, proprio a fronte della necessità di disciplinare fenomeni di nuova emersione, che pure potrebbero essere oggetto di interventi sanzionatori²⁸⁶. Invero, sul punto, la Corte di giustizia ha sempre e recisamente negato²⁸⁷ che da una direttiva possano *ex se* prodursi, in capo ai singoli, conseguenze tali da determinare o aggravare la responsabilità penale di questi ultimi, neppure laddove sia impiegata come parametro per l'attività interpretativa: quest'ordine di effetti può derivare soltanto per l'adozione di una norma nazionale. Con tali pronunce – specie in *Kolpinghuis Nijmegen* – il giudice lussemburghese ha affermato la centralità dei principi di legalità (e certezza del diritto), nonché di irretroattività della legge penale, e il rispettivo valore quale presidio dei diritti dei cittadini²⁸⁸. Tali affermazioni sono poi state replicate nella altrettanto nota (e controversa) sentenza *Berlusconi* del 2005: nel caso di specie, la Corte di giustizia ha sancito che, qualora la disciplina sanzionatoria nazionale applicabile risulti non conforme agli standard *Mais greco*, non è in ogni caso ammissibile che i singoli imputati siano sottoposti ad un trattamento più rigoroso (ma conforme ai parametri indicati) in virtù dell'applicazione, a loro detrimento, degli effetti che potrebbero ricavarsi da una direttiva²⁸⁹. In tale pronuncia, è stato evidenziato che le sanzioni più severe discenderebbero non da una legge nazionale (che pure, al *tempus commissi delicti*, era ispirata a maggior rigore), bensì dagli obblighi di effettività imposti da una direttiva; tuttavia, quest'ultima non può comportare l'esclusione dell'applicazione della retroattività *in mitius*, elevata a diritto fondamentale e principio generale del diritto comunitario.

²⁸⁶ *Ivi*, c. 63, ove si riporta l'esempio delle direttive 89/592 sull'*insider trading* e 91/308 sul riciclaggio di danaro. In entrambi i casi, ancorché i testi delle direttive non esigessero la previsione di sanzioni penali, è risultato pressoché evidente che i legislatori nazionali abbiano fatto largo ricorso a tali strumenti per contrastare gli illeciti in materia.

²⁸⁷ Le pronunce storiche, in materia, sono senz'altro le due del 1987, ovvero Corte giust., sent. 11 giugno 1987, causa 14/86, *Pretore di Salò*, ECLI:EU:C:1987:275, pt. 18-20; sent. 8 ottobre 1987, causa 80/86, *Kolpinghuis Nijmegen BV*, ECLI:EU:C:1987:431, pt. 13-14. Specie su quest'ultima, v. la recente analisi MARIN L., *The General Principles of European Criminal Law as Limitation to the Enforcement of EU Law*, in MITSILEGAS V., DI MARTINO A., MANCANO L., *The Court of Justice*, cit., p. 7; in termini più recenti, il consolidato principio è espresso da Corte giust., sent. 24 giugno 2019, *Popławski*, cit.; sent. 4 marzo 2020, causa C-183/18, *Bank BGŻ BNP Paribas*, ECLI:EU:C:2020:153, pt. 67 e ulteriori sentenze *ivi* citate.

²⁸⁸ MARIN L., *The General Principles*, cit., p. 8.

²⁸⁹ Corte giust., sent. *Berlusconi*, pt. 73 ss., su cui v. BIONDI A., MASTROIANNI R., *Joined Cases C-387/02, C-391/02 and C-403/02, Berlusconi and others*, in CMLR, 2006, p. 553; MUNARI F., *Direttive comunitarie non correttamente trasposte e loro effetti nei confronti degli individui*, in DUE, 2006, p. 211. I due contributi in esame rispecchiano l'eterogenea reazione suscitata dalla pronuncia, accresciuta dalla notorietà dei soggetti coinvolti nei procedimenti penali nazionali: il secondo contributo ritiene chiara e condivisibile la sentenza, tanto che «pare difficile pensare ad una soluzione migliore» da parte della Corte (p. 212). Nel primo dei contributi citati, gli Autori non risparmiano critiche alla pronuncia, definendola «ambigua» (p. 558) e contraddittoria rispetto a pronunce precedenti della Corte stessa (Corte giust., sent. 11 novembre 2004, causa C-457/02, *Niselli*, ECLI:EU:C:2004:707, pt. 30; sent. 25 giugno 1997, cause riunite C-304/94, C-330/94, C-342/94, C-224/95, *Tombesi*, ECLI:EU:C:1997:314, pt. 43). Infatti, è stato evidenziato che, nella sentenza *Berlusconi*, la responsabilità penale sorgeva dalla violazione di precetti vigenti al tempo del fatto, compatibili (a differenza di quelle, più miti, subentrante in corso di procedimento) con gli *standard* di tutela imposti dal diritto dell'Unione europea: di conseguenza – a ben vedere – le sanzioni sarebbero state irrogate non certo sulla base dell'efficacia diretta di una direttiva. Inoltre, anche la definizione del principio della *lex mitior* quale principio generale, comune alle tradizioni costituzionali degli Stati membri, è stata soggetta a censure (p. 562).

Di conseguenza, le direttive che contengano “sollecitazioni a incriminare” – sia perché inducono gli Stati membri a valorizzare un peculiare bene giuridico, sia per l’obbligo loro imposto di adottare sanzioni efficaci, dissuasive e proporzionate che debbono assumere, in base alla politica criminale nazionale, le sembianze della pena – possono produrre effetti soltanto in quanto il legislatore interno provveda in tal senso. In questo modo, risulta sopita ogni frizione con il principio di legalità, in quanto l’estensione dell’area della penalità o l’irrigidimento delle modalità punitive discendono direttamente dalla legge interna.

Gli obblighi gravanti sugli Stati membri di adottare una legislazione adeguata a reprimere talune, specifiche condotte – specie a presidio di beni giuridici di interesse europeo – sono sorti (e continuano oggi a scaturire) da doveri di assimilazione e di adeguatezza, che hanno trovato, come già *supra* si è evidenziato, cristallizzazione nella sentenza *Mais greco*: principi che talvolta non si limitano ad imporre al legislatore l’introduzione di una sanzione, ma esigono, di fatto, il ricorso allo strumento penale. Ad essi è, quindi, opportuno riservare una riflessione che estende (e specifica) le considerazioni già svolte, ma con riguardo al settore penalistico.

10.1. (segue): Il ricorso al diritto penale in virtù degli obblighi di assimilazione e di adeguatezza.

I due principi menzionati nel *case law* inaugurato dal caso *Mais greco* svolgono una funzione essenziale, in quanto inquadrano nell’ottica della *fidelity clause* il dovere degli Stati membri di adottare gli strumenti sanzionatori necessari alla protezione dei beni giuridici che si affermano a livello europeo. Se è vero che dall’applicazione dei canoni sanciti in quella giurisprudenza non derivano specifici obblighi di tutela penale, è pur tuttavia evidente – anche per le sollecitazioni della giurisprudenza della Corte di giustizia – che tali criteri hanno prodotto un impatto significativo e profondo (nonché necessario) sulle scelte sanzionatorie, specie in chiave criminale, da parte degli Stati membri.

Sotto un profilo di ordine strettamente diacronico, la prima forma di integrazione positiva capace di produrre effetti espansivi dell’area delle condotte penalmente rilevanti si deve all’impiego di tecniche normative fondate sul principio di assimilazione, che già era stato utilizzato, in tempi risalenti (e ben precedenti al caso *Mais greco*), nei rapporti tra Comunità e Stati membri. Si tratta di ipotesi ridotte per numero e non certo tali da realizzare un sistema organico, anche perché fondate sul mero riferimento agli strumenti vigenti negli ordinamenti nazionali; in queste forme si scorgono tuttavia i primi obblighi, per i Paesi, di criminalizzare condotte che altrimenti sarebbero state estranee al precetto penale. In questi rarissimi casi – gli esempi più noti sono

rappresentati dagli artt. 194 Tr. Euratom²⁹⁰ e 30 Statuto della Corte di Giustizia²⁹¹ (oltre ad alcuni regolamenti²⁹²) – la disposizione sovranazionale di diritto primario ha imposto agli Stati membri di estendere le proprie previsioni sanzionatorie (quindi anche quelle penali)²⁹³ in modo che si applicassero agli analoghi interessi delle Comunità.

Può essere interessante soffermarsi sulle disposizioni contenute nello Statuto, il quale sanciva (ora come oggi) che ogni Paese dovesse estendere i propri illeciti penali in tema di falsità commesse dai testimoni e dai periti dinanzi al giudice lussemburghese. In tali casi, il comportamento del soggetto chiamato dinanzi alla Corte in tali vesti è suscettibile di essere sanzionato – dinanzi al proprio giudice nazionale – sulla base di una fattispecie che nasce, di fatto, dalla combinazione della norma comunitaria con le disposizioni vigenti nei singoli ordinamenti. Parte della dottrina ha in ogni caso evidenziato che si dovrebbe trattare di una tutela penale di carattere mediato²⁹⁴, in quanto al bisogno di protezione di un certo bene giuridico – la genuinità dell'apporto conoscitivo dei testi e dei periti – si addivene mediante uno strumento formalmente proprio dell'ordinamento nazionale. Si evidenzia, tuttavia, che la disposizione comunitaria non interviene soltanto ad estendere l'ambito applicativo delle norme interne, ma ne modifica la struttura e l'oggettività: pertanto, l'innesto delle due norme comporta, di fatto, la nascita di nuove fattispecie incriminatrici, seppur modellate su quelle interne²⁹⁵.

Questa tecnica rivela un vantaggio evidente – cioè quello di non imporre ai sistemi penali l'esercizio di *ius puniendi* a fronte di ipotesi strutturalmente diverse da quelle già in essi esistenti²⁹⁶

²⁹⁰ Nello specifico, al par. 2 si sancisce che «[o]gni Stato membro considera tutte le violazioni di tale obbligo come un attentato ai suoi segreti protetti che, sia per il merito che per la competenza, sono soggetti alle disposizioni della sua legislazione applicabile in materia di attentato alla sicurezza dello Stato ovvero di divulgazione del segreto professionale. Esso procede contro ogni autore di una violazione del genere sottoposto alla sua giurisdizione, su istanza di qualsiasi Stato membro interessato o della Commissione». In materia, v. GRASSO G., *Comunità europee*, cit., p. 138 ss.; PEDRAZZI C., *La tutela penale del segreto nel trattato dell'Euratom*, in AA.VV., *Il diritto dell'energia nucleare*, Milano, 1961, p. 413.

²⁹¹ Vi erano, in origine, tre disposizioni di analogo tenore nei protocolli allegati ai tre trattati istitutivi delle Comunità, ciascuno dei quali conteneva lo Statuto della Corte, ovvero gli artt. 27 dello Statuto della Corte della CEE, 28 Statuto della Corte EURATOM, 28 Statuto della Corte CECA. Il testo originario è divenuto l'odierno art. 30 dello Statuto della Corte (versione consolidata al 1.5.2019, online sul sito della Corte di giustizia) e prevede che «[o]gni Stato membro considera qualsiasi violazione dei giuramenti dei testimoni e dei periti alla stregua del corrispondente reato commesso davanti a un tribunale nazionale giudicante in materia civile. Su denuncia della Corte di giustizia esso procede contro gli autori di tale reato davanti al giudice nazionale competente». Sulla disposizione, v. SETARI A., *Articolo 30 St.*, in AMALFITANO C., CONDINANZI M., IANNUCELLI P., *Le regole del processo dinanzi al giudice dell'Unione europea. Commento articolo per articolo*, Napoli, 2017, p. 162; in chiave penalistica, GRASSO G., *Comunità europee*, cit., p. 138

²⁹² Si possono ricordare, in proposito, l'art. 5, regolamento (CEE) n. 188/1964, in *GUCE*, 24 dicembre 1946, L 214, p. 3634; l'art. 19, regolamento (CEE) n. 1468/1981, in *GUCE*, 2 giugno 1981, L 144, p. 1.

²⁹³ Per quanto le disposizioni segnalate non contengano un espresso richiamo al diritto penale, è evidente che, siccome gli Stati membri proteggono – pressoché sempre – tali beni giuridici con sanzioni penali, il principio di assimilazione ha inciso su norme incriminatrici e non su disposizioni sanzionatorie di altro tenore: così GIUFFRIDA F., *Effectiveness, Dissuasiveness, Proportionality*, cit., p. 115.

²⁹⁴ Sempre GRASSO G., *Comunità europee*, p. 129.

²⁹⁵ BRICOLA F., *Alcune osservazioni in materia*, cit., p. 197.

²⁹⁶ VALENTI A., *La tutela degli interessi nelle Comunità europee*, Milano, 1963, p.138.

– ma al tempo stesso manifesta un palese inconveniente, già in precedenza accennato²⁹⁷: proprio perché si tratta di una tutela mediata, che presuppone l'impiego degli strumenti nazionali, la differenza tra i singoli apparati sanzionatori nazionali produce una parallela, altrettanto evidente disparità di tutela del medesimo bene giuridico. In proposito, può richiamarsi l'esempio, già formulato da risalente e autorevole dottrina²⁹⁸, del falso colposo: mentre in Italia i reati di cui agli artt. 372 ss. c.p. esigono, come elemento soggettivo, quello del dolo, in Germania il §158 StGB punisce le medesime condotte anche a titolo di colpa. La disparità è evidente: per il medesimo fatto – una dichiarazione non veritiera, la cui falsità deriva da negligenza – un cittadino tedesco sarebbe punito, non quello italiano.

Un secondo ordine di problemi potrebbe verificarsi in ordine al difetto di determinatezza del precetto penale, in ragione del fatto che gli articoli dello Statuto della Corte sopra richiamati non comprendono che un generico richiamo ad un “gruppo” di fattispecie. Di conseguenza, non risulta neppure agevole comprendere quali delle norme previste dai singoli codici penali debbano in effetti trovare (o meno) estensione²⁹⁹.

Alla tecnica dell'assimilazione, come detto, facevano ricorso anche alcune disposizioni di diritto derivato, per cui si sono posti esattamente le stesse questioni già evidenziate³⁰⁰, oltre all'art. 209A TCE, introdotto con il trattato di Maastricht e di cui già si è detto, e a numerose previsioni delle proposte di trattati avanzate nel 1976.

Va inoltre evidenziato che la tecnica dell'assimilazione sconta, in materia penale, un limite assai evidente, ovverosia quello derivante dal principio di legalità. Per quanto possano esservi disposizioni di diritto primario e derivato che impongano l'estensione della penalità, ciò che osta ad un loro immediato impiego è, appunto, la necessità che all'ampliamento dell'area delle condotte penalmente rilevanti provveda il legislatore nazionale (anche allo scopo di colmare il difetto di determinatezza di cui si è detto): di conseguenza, parte della dottrina ha evidenziato che le norme europee volte a imporre obblighi di assimilazione in ambito penale non possono mai essere capaci di diretta efficacia, ma esigono sempre l'intervento legislativo³⁰¹.

Quanto al secondo canone elaborato dalla sentenza *Mais greco* si può osservare che – a differenza delle osservazioni svolte rispetto all'assimilazione – non si riscontra, nella specifica ma-

²⁹⁷ BRICOLA F., *Alcune osservazioni in materia*, cit., p. 203.

²⁹⁸ *Ibidem*.

²⁹⁹ BERNARDI A., *Codificazione penale e diritto comunitario. La modificazione del codice penale ad opera del diritto comunitario*, Ferrara, 1996, p. 54.

³⁰⁰ MANACORDA S., *L'efficacia espansiva*, cit., c. 61, per opportuni riferimenti alle disposizioni dei regolamenti di interesse. In questi, è contenuta una disposizione che prevede, in caso di condotte che violano i beni giuridici di volta in volta indicati, l'estensione della disciplina nazionale.

³⁰¹ *Ibidem*.

teria sanzionatoria, un previo utilizzo del criterio dell'adeguatezza. L'impiego della terna "effettività, dissuasività, proporzionalità" compare soltanto nella celebre pronuncia testé richiamata e, come già osservato in termini più generali, risulta poi ampiamente ricorrente non solo nella giurisprudenza della Corte di giustizia, ma anche – e in termini via via ricorrenti – nella produzione normativa. Va osservato che questo principio non impone *in re ipsa* il ricorso alla criminalizzazione³⁰², ancorché il giudice lussemburghese abbia lasciato intendere, in pronunce come *Zwartveld* e *Unilever*, che talvolta la sanzione penale è l'unica adeguata a reprimere le condotte lesive di beni giuridici di particolare rilievo.

Il fatto che il principio di adeguatezza compaia in termini successivi all'assimilazione può spiegarsi proprio alla luce delle sperequazioni cui quest'ultimo conduceva e, in fin dei conti, all'insufficienza degli strumenti posti dagli Stati membri a presidio di taluni beni giuridici³⁰³: in questo senso, interpretare la *fidelity clause* nel senso che è necessario apprestare una tutela non solo analoga a quella prevista su scala nazionale, ma anche idonea alla protezione degli interessi in gioco significa rendere gli obblighi in capo ai Paesi assai più stringenti e significativi.

10.2. (segue): Obblighi di incriminazione e effettività dei sistemi sanzionatori nazionali.

Come è già stato evidenziato in precedenza, il canone di adeguatezza – e, in particolare, il criterio di effettività – dev'essere saggiato non rispetto alla singola e specifica norma sanzionatoria, ma all'insieme di norme che, in un ordinamento, incidono sull'irrogazione e sull'esecuzione delle stesse. Proprio questa considerazione ha costituito lo spunto per una recente giurisprudenza della Corte di giustizia sull'adeguatezza delle disposizioni nazionali penali e processuali.

Infatti, come vi possono essere fattispecie minacciano in astratto reazioni assai severe da parte dell'ordinamento, così possono poi, in termini concreti, essere vanificate dall'applicazione di disposizioni (quali cause estintive della pena o di non punibilità o altri istituti di diritto sostanziale e processuale) che rendono l'applicazione della sanzione in concreto episodica o simbolica, così da vanificare l'esigenza di effettività.

Di conseguenza, il parametro in esame costituisce uno strumento attraverso il quale viene valutata la complessiva idoneità dell'intero apparato di misure predisposte, da parte degli Stati membri, in ottemperanza agli obblighi imposti dal diritto dell'Unione europea: così, è necessario che l'irrogazione della sanzione non sia resa un risultato impossibile o eccessivamente difficile, perché altrimenti la tutela del bene giuridico di interesse sovranazionale verrebbe meno. Perciò,

³⁰² DELMAS-MARTY M., *The European Union*, cit., p. 90.

³⁰³ GIUFFRIDA F., *Effectiveness, Dissuasiveness, Proportionality*, cit., p. 118.

il sindacato esercitato dal giudice lussemburghese non guarda (soltanto) allo *ius positum*, ma indaga il modo “concreto” di esercitare gli strumenti sanzionatori, in modo tale che questi risultino adeguatamente impiegati al fine di fornire quella tutela che l’obbligo di leale cooperazione esige.

Dalle considerazioni sin qui svolte, si apprende che la valutazione in termini di effettività presuppone un approccio concreto e che abbraccia, nel suo complesso, l’intero apparato sanzionatorio nazionale. A questo proposito, attenta dottrina ha osservato che «anche l’aspetto “processuale” deve essere tenuto in debita considerazione, in quanto, intuitivamente, in presenza di sanzioni pur severe ma non applicate [...], potrebbe giungersi ad una valutazione negativa rispetto alla conformità dell’ordinamento interno ai parametri comunitari. Lo stesso vale per il comportamento di quello Stato membro che, pur adottando disposizioni sulla carta del tutto efficaci per garantire la repressione di comportamenti non conformi ai vincoli comunitari, di fatto non provveda ad applicarle o lo faccia in maniera poco diligente per il disinteresse degli organi a ciò preposti»³⁰⁴.

Si tratta, peraltro, di un approdo cui la Corte di giustizia era già giunta in tema di verifica dell’effettiva tutela dei *Community rights*: la valutazione sull’adeguatezza dello standard di tutela viene condotta avendo riguardo non alla singola norma, ma rispetto al complesso di disposizioni che l’ordinamento nazionale rende applicabili al diritto di fonte sovranazionale³⁰⁵. E, siccome «[il] principio di effettività non si applica solo quando un soggetto fa valere i suoi diritti derivanti dall’ordinamento comunitario nei confronti di uno Stato membro, ma anche al contrario, quando uno Stato membro applica nei confronti di un soggetto i precetti del diritto comunitario»³⁰⁶, lo scrutinio va effettuato, anche quanto all’impiego di strumenti sanzionatori, nei medesimi – e più ampi – termini.

Un esempio in tal senso può trarsi – prima di indagare alcune recenti e note pronunce in materia – da una sentenza della Corte di giustizia, resa all’esito di una procedura d’infrazione nei confronti della Francia, nota come il caso dei “contadini francesi” o delle “fragole spagnole”³⁰⁷. In quella sentenza, il giudice lussemburghese ha ritenuto che il Paese transalpino avesse violato le disposizioni dei trattati in tema di libera circolazione delle merci e di leale collaborazione in quanto aveva (sistematicamente) omesso di esercitare l’azione penale a fronte di condotte gravi – quali atti di vandalismo commessi nei confronti di mezzi che trasportavano prodotti agricoli

³⁰⁴ MASTROIANNI R., *Sanzioni nazionali per violazione del diritto comunitario: il caso del "falso in bilancio"*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 2003, p. 621, spec. p. 642.

³⁰⁵ V. *supra*, Capitolo Primo, par. 7.

³⁰⁶ Conclusioni avvocato generale Kokott, *Berlusconi e a.*, cit., pt. 88

³⁰⁷ Corte giust., sent. 9 dicembre 1997, causa C-265/95, *Commissione c. Francia*, ECLI:EU:C:1997:595, su cui, con specifico riguardo al deficit di effettività, BÖSE M., *The Obligation of Member States to Penalise Infringements of Community Law: From Greek Maize to French Farmers*, in *Rev. Aff. Eur.*, 2001-2002, vol. I, p. 103; MUYLLE K., *Angry Farmers and Passive Policemen: Private Conduct and the Free Movement of Goods*, in *ELR*, 1998, p. 467.

(fragole) provenienti da altri Stati – e assai diffuse sul territorio nazionale, poste in essere dagli agricoltori francesi per indurre la grande distribuzione a preferire le produzioni autoctone. Nel caso di specie, è ovvio che la legislazione francese prevedesse precetti e sanzioni penali per condotte quali quelle descritte: ma è altresì palese che, avendo manifestato inerzia e ritrosia nel ricorrere a simili misure, l'effettività delle stesse era risultata, in concreto, pressoché nulla³⁰⁸. Il tema si è posto – in tempi recenti – nella ben nota vicenda *Taricco*³⁰⁹ nonché in altre, immediatamente seguenti, sentenze della Corte di giustizia³¹⁰, che si è pronunciata in merito all'incompatibilità, con il diritto dell'Unione europea, di disposizioni nazionali, di ordine sostanziale e processuale, che ostano all'applicazione in concreto delle sanzioni penali previste dalla disciplina nazionale, con la conseguenza di non assicurare una protezione adeguatamente effettiva al bene giuridico di rango sovranazionale: rappresentato, in termini costanti, dagli interessi finanziari dell'Unione europea, alla cui tutela gli Stati membri sono chiamati in virtù dell'art. 325 TFUE³¹¹.

³⁰⁸ Corte giust., *Commissione c. Francia*, cit., pt. 49 ss.: l'azione penale era stata esercitata in un numero esiguo di casi e le forze di polizia non intervenivano sollecitamente.

³⁰⁹ Corte giust., sent. 8 settembre 2015, causa C-105/14, *Taricco e a.*, ECLI:EU:C:2015:555 e, a seguito dell'ulteriore rinvio pregiudiziale da parte della Corte costituzionale italiana, Corte giust., sent. *M.A.S. e M.B.*, cit. La vicenda *Taricco* è al punto nota che si ritiene di poterne omettere, in questa sede, una capillare ricostruzione. La controversia riguardava la possibilità di disapplicare, in caso di procedimenti penali riguardanti condotte fraudolente in materia di versamenti dell'IVA, le norme che disciplinano l'interruzione della prescrizione e l'individuazione del termine massimo entro cui tale causa estintiva matura (artt. 160 e 161 c.p.). Al rinvio pregiudiziale del Tribunale di Cuneo (Trib. Cuneo, Uff. GUP, ord. 17 gennaio 2014, est. Boetti, in *DPC*) ha fatto seguito la sentenza della Corte di giustizia dell'8 settembre 2015, cit., in cui è stato sancito che il giudice nazionale deve disapplicare le disposizioni nazionali controverse qualora queste impediscano di sanzionare in modo effettivo le condotte lesive degli interessi finanziari ovvero ledano il canone dell'assimilazione. Il *dictum* di tale sentenza è parso, però, da subito difficilmente compatibile con alcuni principi costituzionali – segnatamente, quello di legalità – tanto che sia la Corte d'appello di Milano (Corte d'Appello di Milano, sez. II Pen., n. 6421/14 R.G.A., ord. 18 settembre 2015, in *DPC*) quanto la Corte di Cassazione (Cass., sez. III pen., ord. 30 marzo 2016, n. 28346, in *De Jure*) hanno domandato alla Consulta di reagire, alla *regola Taricco*, ricorrendo ai controlimiti; invero, la Corte costituzionale, con propria, successiva ordinanza (ord. 26 gennaio 2017, n. 24, ECLI:IT:COST:2017:24), ha nuovamente adito il giudice del Kirchberg, per domandare, mediante lo strumento dialogico ex art. 267 TFUE, alcune precisazioni in merito alla sentenza del settembre 2015. Ai quesiti pregiudiziali, la Corte di giustizia ha risposto con la citata sentenza *M.A.S. e M.B.* (5 dicembre 2017) e, da ultimo, la *querelle* si è conclusa con la definitiva sentenza 31 maggio 2018, n. 115 (ECLI:IT:COST:2018:115) della Corte costituzionale. La complessità della vicenda e le numerose pronunce adottate dai singoli organi giurisdizionali ha determinato una profonda riflessione della dottrina e stimolato un vivace dibattito interdisciplinare: ne sono sintesi i (ricchi) volumi AMALFITANO C. (a cura di), *Primato del diritto dell'Unione europea*, cit.; BERNARDI A. (a cura di), *I controlimiti: primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Napoli, 2017; BERNARDI A., CUPELLI C. (a cura di), *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, Napoli, 2017. In ciascuno dei volumi sono offerti contenuti di primaria rilevanza su tutte le pronunce che, tra il 2015 e il 2018, si sono succedute. Non sono mancati contributi da parte di autori di lingua straniera, ex multis v. LABAYLE H., *Du dialogue des juges à la diplomatie judiciaire entre juridictions constitutionnelles : la saga Taricco devant la Cour de justice*, in *Revue française de droit administratif*, 2018, p. 521; MITSILEGAS V., *Judicial Dialogue in Three Silences: Unpacking Taricco*, in *NJECCL*, 2018, p. 38; RAUCHEGGER C., *National Constitutional Rights and the Primacy of EU law: M.A.S.*, in *CMLR*, 2018, p. 1521.

³¹⁰ Corte giust., sent. 5 giugno 2018, causa C-612/15, *Kolev e a.*, ECLI:EU:C:2018:392, su cui v. GIUFFRIDA F., *Taricco Principles Beyond Taricco. Some Thoughts on Three Pending Cases (Scialdone, Kolev and Menci)*, in *NJECCL*, 2018, p. 31; sent. 17 gennaio 2019, causa C-310/16, *Dzjivev e a.*, ECLI:EU:C:2019:30.

³¹¹ Sulla genesi e sulla portata della previsione in esame, v. *infra*, Capitolo Quarto, par. 3. Basti qui accennare che l'art. 325 TFUE costituisce la disposizione degli odierni trattati che impone agli Stati membri di lottare contro la frode e ogni altra attività illegale, lesiva degli interessi europei, mediante misure dissuasive, tali da consentire una protezione efficace di tale bene giuridico (par. 1) e in modo analogo a quanto gli ordinamenti nazionali fanno per la tutela dei propri, omogenei interessi (par. 2).

La *saga Taricco* costituisce senz'altro uno snodo centrale del *case law* del giudice lussemburghese in punto di effettività dei sistemi sanzionatori. La Corte di giustizia ha affermato, infatti, che ove all'interno di un ordinamento – quale era, in specie, quello italiano – vi siano disposizioni che comportino «in un numero considerevole di casi, l'impunità penale a fronte di fatti costitutivi di una frode grave», lesivi degli interessi finanziari dell'Unione europea, «si dovrebbe constatare che le misure previste dal diritto nazionale [...] non possono essere considerate effettive e dissuasive»³¹², con la conseguenza che al giudice nazionale spetta la disapplicazione delle norme interne che ostano alla sanzione degli illeciti. A questo rimedio si può non ricorrere se – come ha puntualizzato³¹³ la sentenza *Taricco-bis* – la disapplicazione comportasse un *vulnus* al principio di legalità in materia penale³¹⁴.

Nel caso di specie, il particolare clamore che la vicenda ha suscitato deriva dal fatto che la dottrina penalistica italiana³¹⁵ e la giurisprudenza nazionale³¹⁶ hanno da sempre considerato – in termini costanti e univoci – la prescrizione quale istituto di carattere sostanziale, cui si applica il canone costituzionale espresso dall'art. 25, co. 2, Cost., da cui deriva l'impossibilità di applicare all'imputato una disciplina più rigorosa sopravvenuta rispetto al *tempus commissi delicti*.

Sempre sul tema dell'adeguata repressione delle frodi lesive degli interessi finanziari sovranazionali si è soffermata la sentenza *Kolev*. In quel caso, l'impunità per gli autori delle condotte fraudolente derivava non da disposizioni di carattere sostanziale, bensì dall'applicazione della disciplina del codice di procedura penale bulgaro, il quale prevede una forma di archiviazione obbligatoria dei procedimenti penali ad alcune condizioni, legate – in sintesi – alla durata delle indagini preliminari. Ad avviso della Corte di giustizia, una normativa di quel tenore potrebbe ostacolare l'effettività dell'apparato sanzionatorio posto a presidio degli interessi finanziari dell'Unione europea: se al legislatore spetta quindi l'obbligo di conformare l'ordinamento in modo che questi siano debitamente tutelati, al giudice si impone, invece, l'obbligo di disapplicare la disciplina nazionale in contrasto con gli obblighi sovranazionali, sebbene restino ferme le esigenze di tutela dei diritti fondamentali degli indagati³¹⁷.

³¹² Corte giust., sent. *Taricco*, cit., pt. 48; sent. *M.A.S. e M.B.*, cit., pt. 36 e 39.

³¹³ Invero, già la prima sentenza *Taricco* aveva stabilito, seppur in termini non troppo marcati, che il giudice dovesse porre attenzione, in caso di disapplicazione, alla tutela dei diritti degli imputati: si legge al pt. 53 che «egli [il giudice] dovrà allo stesso tempo assicurarsi che i diritti fondamentali degli interessati siano rispettati. Questi ultimi, infatti, potrebbero vedersi infliggere sanzioni alle quali, con ogni probabilità, sarebbero sfuggiti in caso di applicazione delle suddette disposizioni di diritto nazionale».

³¹⁴ Corte giust., sent. *M.A.S. e M.B.*, cit., pt. 61.

³¹⁵ *Ex multis*, GIUNTA F., MICHELETTI D., *Tempori cedere: prescrizione del reato e funzioni della pena nello scenario della ragionevole durata del processo*, Torino, 2003, p. 79 ss.; NOBILI M., STORTONI L., DONINI M., VIRGILIO M., ZANNOTTI M., MAZZACUVA N., *Prescrizione e irretroattività fra diritto e procedura penale*, in *Foro it.*, 1998, c. 317; ROMANO M., *Articolo 157*, in ROMANO M., GRASSO G., PADOVANI T., *Commentario sistematico del codice penale*, vol. III, Milano, 1996, p. 63.

³¹⁶ Corte cost., sent. 115/2018, cit., e *ivi* ulteriori riferimenti.

³¹⁷ Corte giust., sent. *Kolev*, cit., pt. 68.

In una successiva pronuncia (*Dzjiven*) – anch’essa resa all’esito di una questione pregiudiziale proveniente da un tribunale bulgaro – la Corte di giustizia si è soffermata sulla possibilità che debbano essere disapplicate le disposizioni processuali nazionali che impediscono di utilizzare intercettazioni telefoniche acquisite sulla base di provvedimenti autorizzativi viziati, qualora – a causa dell’inutilizzabilità di tali prove – derivi l’impunità degli imputati. In questo caso, il giudice lussemburghese – dopo aver richiamato gli obblighi discendenti dall’art. 325 TFUE e, segnatamente, quello di effettività³¹⁸ – ha affermato che non è possibile procedere alla disapplicazione, in quanto ciò comporterebbe una manifesta lesione dei diritti fondamentali dei soggetti sottoposti al procedimento penale: ogni forma di ingerenza nella vita privata deve avere un fondamento normativo chiaro e preciso e i requisiti imposti *ex lege* debbono sempre essere rigorosamente rispettati. Di conseguenza, per quanto i colloqui captati dalle autorità potessero essere fondamentali per affermare la penale responsabilità degli imputati (e, così, garantire la piena effettività del diritto dell’Unione europea), non è possibile che siano disapplicate le norme processuali che vietano l’impiego di intercettazioni acquisite in modo illegittimo³¹⁹.

L’analisi, seppur in termini sommari, di queste pronunce permette di formulare due importanti considerazioni.

Una prima concerne il pieno avallo di quanto già la Corte di giustizia e la dottrina avevano sottolineato in precedenza: l’effettività non comporta una valutazione ristretta alla sola sanzione in sé, ma impone uno scrutinio che estende il proprio perimetro alla complessiva disciplina (sostanziale e processuale) di cui ogni ordinamento dispone. Le sentenze da ultimo esaminate lo dimostrano chiaramente: norme quali quelle in tema di prescrizione dei reati, di archiviazione “obbligatoria” dei procedimenti, di acquisizione dei mezzi probatori interferiscono con l’esercizio effettivo del potere sanzionatorio e, ove siano tali da compromettere le esigenze manifestate dal diritto dell’Unione europea, debbono essere disapplicate.

Una seconda valutazione riguarda il carattere non assoluto dell’obbligo di effettività, il quale trova un contemperamento con la altrettanto necessaria tutela dei diritti fondamentali degli individui³²⁰, a cui provvede il giudice penale, incaricato di un «delicato ruolo, residuale ed emergenziale» che gli deriva dalla pronuncia della Corte di giustizia³²¹. In altri termini, quest’ultima delinea, di regola, i valori in gioco – ossia, l’esigenza di effettività dell’Unione europea e il principio o diritto che vi si contrappone – che risultano dall’esame della norma di diritto sovranazionale rilevante nel caso di specie; sebbene sia poi rimessa al giudice nazionale la valutazione

³¹⁸ Corte giust., sent. *Dzjiven*, cit., pt. 32.

³¹⁹ *Ivi*, pt. 33 ss.

³²⁰ Su cui si sofferma, nello specifico, DI FEDERICO G., *La “saga Taricco”: il funzionalismo alla prova dei contro-limiti (e viceversa)*, in AMALFITANO C., *Primato del diritto*, cit., p. 107, spec. p. 119 ss.

³²¹ *Ivi*, p. 124.

in merito alla disapplicazione (o meno), è evidente che le indicazioni da parte della Corte di giustizia risultano formulate in termini assai espliciti³²².

Oltre agli obblighi di disapplicazione, l'altro – e fondamentale strumento – che resta a disposizione delle istituzioni europee per sanzionare un *deficit* di effettività è la procedura d'infrazione³²³, come peraltro è stato rilevato anche in occasione della sentenza *Taricco*³²⁴: *a fortiori* in materia penale (o comunque sanzionatoria), è auspicabile che sia il legislatore nazionale, opportunamente stimolato dall'eventuale accertamento dell'inadempimento, ad intervenire, senza affidare al giudice un complesso scrutinio *case by case*³²⁵.

11. Le competenze attribuite all'Unione europea in materia penale e le tipologie di atto previste dai trattati.

Dopo aver fatto oggetto d'analisi le forme di interferenza tra diritto dell'Unione europea e sistemi penali nazionali che costituiscono il “riflesso” delle ordinarie forme di interazione tra gli ordinamenti, occorre prendere in considerazione quel percorso di progressivo riconoscimento di una capacità delle istituzioni sovranazionali di adottare atti di diritto derivato in materia penale. In questo senso, la gradualità e la prudenza con cui la cessione di competenze si è verificata rivelano quanto forti fossero le tensioni tra le contrapposte ragioni di cui già si è fatto cenno: alla tutela della sovranità nazionale e del principio di legalità si contrapponevano, con esigenze non meno vive, le necessità di affrontare il contrasto alla criminalità su scala continentale, in modo da offrire uno spazio europeo di libera e sicura circolazione ai cittadini. Per questa ragione, sembra cogliere nel segno la definizione del “diritto penale europeo” come di un «working title»³²⁶, un contesto in perenne evoluzione, in ragione del fatto che si innesta in un quadro «fisiologicamente complesso»³²⁷, segnato dall'ambizione dell'Unione europea di vedersi riconoscere competenze in materia penale: la capacità di esercizio dello *ius puniendi* significa, per un

³²² Si pensi, oltre alla sentenza *Dzjivev* accennata, alla (prima) sentenza *Taricco*: sebbene la Corte di giustizia abbia riconosciuto la necessità di una ponderazione rispetto ai diritti dei singoli, essa aveva *de facto* ritenuto insussistente (seppur con una valutazione assai sommaria) una lesione del principio di legalità.

³²³ MASTROIANNI R., *Sanzioni nazionali*, cit., p. 644: v., in proposito, l'esempio dei *Contadini francesi* e, in modo ancor più evidente, il caso del *Mais greco*, pronunce originate proprio da ricorsi per inadempimento della Commissione.

³²⁴ *Ex multis*, BIN R., *La prima sentenza “post Taricco” della Cassazione*, in *Arch. pen.*, 1/2016, p. 14; EUSEBI L., *Nemmeno la Corte di giustizia dell'Unione europea può erigere il giudice a legislatore*, in *DPC*, dicembre 2015, p. 6; MANACORDA S., *Le garanzie penalistiche nei rapporti con il diritto dell'Unione e il problematico ricorso al rinvio pregiudiziale: una lettura contestualizzata del caso Taricco*, in BERNARDI A. (a cura di), *I controlimiti*, cit., p. 177, spec. p. 190.

³²⁵ Questa considerazione – che, come visto, appare condivisa da numerosi Autori – si fonda anche sulla necessità di rispettare il principio della *rule of law*, che in sé riassume tanto l'esigenza di garantire una reale separazione dei poteri, quanto la legalità e la certezza del diritto (v., in tal senso, la definizione offerta dalla Commissione nella propria Comunicazione COM (201) 158 def., 11 marzo 2014, allegato 1).

³²⁶ ALBRECHT P.A., BRAUM S., *Deficiencies in the Development*, cit., p. 297.

³²⁷ SOTIS C., *Il Trattato di Lisbona e le competenze penali dell'Unione europea*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 326, spec. p. 327.

ordinamento (specie se in continua evoluzione), dimostrare una legittimazione e un'identità collettiva comune particolarmente forti³²⁸.

Il primo snodo cruciale quanto all'affermazione di una forma (seppur primigenia) di competenza in materia penale in capo alle istituzioni sovranazionali si registra con il trattato di Maastricht, quello con il quale ha avuto genesi la stessa Unione europea: uno *step* determinante, invocato da tempo dalle istituzioni.

Infatti, oltre alla giurisprudenza della Corte di giustizia – che tra il 1989 e il 1990 aveva manifestato significativi sviluppi quanto agli obblighi degli Stati membri di adottare adeguati strumenti sanzionatori – anche il Parlamento europeo aveva preso espressa posizione per invocare l'attribuzione alle Comunità di una sfera di competenza in ambito penale, che si correlasse, contestualmente, a un rafforzamento delle garanzie democratiche nel sistema di produzione degli atti europei³²⁹.

A queste prime manifestazioni da parte delle istituzioni comunitarie ha fatto quindi seguito l'introduzione, nel TUE³³⁰, di un intero titolo – il sesto – dedicato integralmente alla cooperazione nei settori della cooperazione nei settori della giustizia e degli affari interni; materie che, sin dall'origine, furono identificate sotto l'etichetta del c.d. terzo pilastro³³¹. A differenza delle disposizioni afferenti al primo pilastro, tuttavia, le previsioni del terzo non hanno costituito un'espressione di diritto comunitario *stricto sensu*³³²: agli articoli costituenti il titolo VI si è riconosciuta, *ab origine*, una funzione politica di persuasione e sensibilizzazione nei rapporti tra gli Stati membri. Come la dottrina ha sottolineato, nell'ambito del titolo VI si poteva riscontrare

³²⁸ SOTIS C., *Il diritto senza codice*, cit., p. 162; ID., *Il Trattato di Lisbona*, cit., p. 328.

³²⁹ Risoluzione del Parlamento europeo, in *GUCE*, 25 novembre 1991, C 305, p. 106; su cui v. SALAZAR L., *Diritto penale*, cit., p. 1664.

³³⁰ Il cui testo è pubblicato in *GUCE*, 29 luglio 1992, C 191, p. 1 ed è entrato in vigore il successivo 1° novembre 1993. Per una complessiva analisi, v. CURTI GIALDINO C., *Il Trattato di Maastricht sull'Unione europea*, Roma, 1993.

³³¹ Secondo la tipica identificazione dell'Unione europea come un tempio greco poggiato su tre colonne, la prima delle quali raccoglieva le competenze già proprie delle Comunità europee, la seconda concerneva le politiche estere e di sicurezza comune, c.d. PESC. V., in tal senso, l'introduzione di TIZZANO A., *Codice dell'Unione europea*, Padova, 1995, p. XIX ss. Nella manualistica, per tutti, v. STROZZI G., MASTROIANNI M., *Diritto dell'Unione europea*, cit., p. 12.

³³² SICURELLA R., *Il titolo VI del Trattato*, cit., p. 1310.

un modello di carattere prevalentemente intergovernativo³³³, sia pure in presenza di evidenti e consistenti interconnessioni con le materie, le istituzioni ed i meccanismi di primo pilastro³³⁴.

Con il trattato di Maastricht sono stati individuate sia specifiche aree di intervento da parte dell'Unione europea, sia peculiari strumenti giuridici mediante cui la competenza poteva essere esercitata.

L'articolo K.1 TUE ha individuato determinate materie di interesse comune per la realizzazione degli obiettivi dell'Unione, tra cui rientravano *ex professo* «la lotta contro la tossicodipendenza» nonché «la lotta contro le frodi su scala internazionale» (rispettivamente, artt. K.1.4 e K.1.5), ambiti nei quali ogni intervento non poteva che presupporre l'impiego del diritto penale³³⁵.

Specifica distinzione rispetto al primo pilastro dell'Unione europea si rinviene quanto ai paradigmi di atto che potevano essere utilizzati nelle materie di cui al Titolo VI: *ex art.* K.3 TUE, infatti, potevano essere impiegate soltanto le “posizioni comuni”, le “azioni comuni” o le “convenzioni”, laddove queste ultime altro non erano che i tradizionali strumenti propri del diritto internazionale pattizio, ancorché la stipulazione fosse facilitata dai lavori preparatori svolti in seno al Consiglio³³⁶. L'utilizzo della convenzione conservava ai Paesi alcuni vantaggi – in primo luogo, era conservata intatta la propria sovranità, al pari del formale rispetto della legalità – ma lasciava aperto lo “storico” problema delle negoziazioni, sia pure agevolate dall'opera mitigante e preparatrice delle istituzioni comunitarie.

Secondo quanto espressamente previsto dall'art. K.3, le posizioni e le azioni comuni venivano adottate – su iniziativa di un qualunque Stato membro o, per alcuni settori, della Commissione – dal Consiglio, allo scopo di promuovere l'attività di cooperazione tra i paesi nonché l'adozione di interventi comuni a tutti i Paesi. Quanto alle convenzioni, l'art. K.3.2, lett. c) riservava al Consiglio la possibilità di elaborare convenzioni la cui adozione sarebbe stata raccomandata agli Stati membri «conformemente alle loro rispettive norme costituzionali». Il Parlamento

³³³ ADAM R., *La cooperazione nel campo della giustizia e degli affari interni: da Schengen a Maastricht*, in *Riv. dir. eur.*, 1994, p. 225; BERNARDI A., *Il ruolo del terzo pilastro UE nella europeizzazione del diritto penale. Un sintetico bilancio alla vigilia della riforma dei Trattati*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2007, p. 1160, spec. p. 1167; LABAYLE H., *La coopération dans les domaines de la justice et des affaires intérieures*, in LABOUZ M. F., *Les accords de Maastricht et la constitution de l'Union européenne*, Parigi, 1992, p. 417; O'KEEFFE D., *La cooperazione intergovernativa e il terzo pilastro dell'Unione europea*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 1997, p. 651; PISTOIA E., *Cooperazione penale nei rapporti fra diritto dell'Unione europea e diritto statale*, Napoli, 2008, p. 8 ss; SICURELLA R., *Il titolo VI del Trattato*, cit.; TIZZANO A., *Brevi note sul «terzo pilastro» del Trattato di Maastricht*, in *DUE*, 1996, p. 391.

³³⁴ GRASSO G., *Introduzione*, in GRASSO G., SICURELLA R. (a cura di), *Lezioni di diritto penale europeo*, Milano, 2007, p. 83 e 84.

³³⁵ BACIGALUPO E., *Le strategie penali dell'Unione europea*, in GRASSO G., SICURELLA R. (a cura di), *Per un rilancio del progetto europeo: esigenze di tutela degli interessi comunitari e nuove strategie di integrazione penale*, Milano, 2008, p. 652, spec. p. 656.

³³⁶ Sulla natura e sulla portata di questi atti, v. LO MONACO A., *Les instruments juridiques de coopération dans le domaine de la Justice et des Affaires Intérieures*, in *RSC*, 1995, p. 11; SICURELLA R., *Il titolo VI del Trattato*, cit., p. 1318 ss.

europeo aveva – nello scenario in esame – un ruolo marginale: seppur informato costantemente dalla Commissione delle attività intraprese nell’ambito del terzo pilastro, era sfornito di qualsivoglia potere d’intervento. Tale previsione (di cui all’art. K.6) non permetteva quindi di definire superato il *deficit* democratico che, da tempo, costituiva – come già accennato – uno dei più delicati profili circa l’attività normativa delle Comunità, specie sotto il profilo sanzionatorio. Infine, su tali strumenti era escluso ogni controllo da parte della Corte di Lussemburgo, a meno che gli Stati membri intendessero deferire ad essa la competenza interpretativa rispetto alle convenzioni sottoscritte (art. K.3, ultimo paragrafo).

Lo strumento più noto adottato dalle istituzioni sulla base del quadro di competenze definito dall’art. K TUE è, senz’ombra di dubbio, la Convenzione PIF (“protezione degli interessi finanziari”)³³⁷: essa ha definito (art. 1) una serie di condotte che configurano forme di lesione degli interessi finanziari dell’Unione europea e previsto che, per esse, gli Stati membri dovessero (art. 2) prevedere sanzioni penali “effettive, proporzionate e dissuasive”³³⁸.

Da questa breve analisi del Titolo VI dell’originario TUE, appare evidente che il trattato di Maastricht ha comportato una «prima irruzione dell’approccio comunitario in settori particolarmente nevralgici della sovranità degli Stati membri»³³⁹, attestando altresì una presa di coscienza della necessità dell’intervento europeo in taluni delicati ambiti. Tuttavia, numerosi furono gli aspetti critici: tra i principali, la dottrina ha avuto modo di sottolineare la difficoltà di funzionamento dei meccanismi e delle procedure (definiti «macchinosi e fortemente burocratizzati»), l’assenza di forme di controllo democratico e giurisdizionale, l’omessa esplicitazione di obiettivi che il Titolo VI dovesse perseguire³⁴⁰. Si coglie *ictu oculi* l’incapacità delle disposizioni inserite con il trattato di Maastricht di far fronte, in modo efficace, alle esigenze di intervenire, in modo significativo, nel processo di armonizzazione delle disposizioni penali degli Stati membri.

Sin dal 1994, lo stesso Consiglio europeo³⁴¹ ha avuto contezza di quanto la dottrina aveva con chiarezza evidenziato e ha avviato un percorso di riflessione sull’assetto del TUE che ha

³³⁷ Atto del Consiglio del 26 luglio 1995, che stabilisce la convenzione relativa alla protezione degli interessi finanziari delle Comunità europee, in *GUCE*, 27 novembre 1995, C 316, p. 48.

³³⁸ Per un’analisi della Convenzione, del suo testo e dell’impatto, v., per tutti, VENEGONI A., *La protezione degli interessi finanziari dell’Unione Europea*, Milano, 2018, p. 59.

³³⁹ SICURELLA R., *Il titolo VI del Trattato*, cit., p. 1317.

³⁴⁰ TIZZANO A., *Brevi note sul «terzo pilastro»*, cit., p. 392, cui si deve l’espressione citata. Ulteriori considerazioni di ordine critico si possono leggere in LO MONACO A., *Les instruments juridiques*, cit., nonché in O’KEEFE D., *La cooperazione intergovernativa e, in generale, in pressoché tutti i contributi che ebbero modo, negli anni immediatamente successivi al 1992-1993, di soffermarsi sul tema.*

³⁴¹ STROZZI G., MASTROIANNI M., *Diritto dell’Unione europea*, cit., p. 15.

trovato esito nel trattato di Amsterdam³⁴², sottoscritto il 2 ottobre 1997 e in vigore dal successivo 1° maggio 1999³⁴³.

Questo *step* rappresenta – a maggior ragione per il settore in analisi – una cesura concettuale fondamentale³⁴⁴: con la nuova versione del TUE (che è stato integralmente rivisto e rinumerato), *in primis*, è stato introdotto, per l’Unione europea, un nuovo obiettivo primario, ovvero lo sviluppo di uno “spazio di libertà, sicurezza e giustizia”³⁴⁵ (c.d. SLSG), che presupponeva necessariamente una forte cooperazione e convergenza tra gli Stati membri in settori di grande delicatezza. In particolare, senza stravolgere l’impostazione delle “colonne”, talune competenze di questo pilastro sono state “comunitarizzate” (ad esempio, i settori relativi ad immigrazione, visti e asilo, nonché alla cooperazione giudiziaria in materia civile); altre, in special modo quelle legate alla cooperazione nel settore di polizia e giudiziaria penale, sono rimaste pertinenza del terzo pilastro, il quale è stato tuttavia notevolmente ravvicinato al primo quanto ai meccanismi di funzionamento³⁴⁶. Alla creazione di uno SLSG³⁴⁷ si doveva giungere anche attraverso un’azione comune a livello di cooperazione di polizia e giudiziaria, in particolare – secondo quanto indicato dall’ultimo trattino dell’art. 29 TUE – a mezzo del «ravvicinamento, ove necessario, delle normative degli Stati membri in materia penale». Con questa previsione, è stata superata, in modo piuttosto netto, la tradizionale impostazione in ossequio alla quale il diritto penale non sarebbe mai rientrato nelle competenze comunitarie: l’impiego di misure di natura penalistica, con il trattato di Amsterdam, è divenuto imprescindibile allo scopo di raggiungere uno degli scopi propri dell’Unione europea³⁴⁸.

In base all’art. 31, lett. e) TUE, l’azione comune si doveva realizzare grazie alla progressiva adozione di misure volte a fissare «norme minime relative agli elementi costitutivi dei reati e alle sanzioni»: tale ravvicinamento, inoltre, aveva una propria specifica finalità in relazione alla formazione del già citato SLSG. Infatti, rendere omogenee – almeno negli elementi essenziali – le disposizioni incriminatrici degli Stati può significare (finalmente) la formazione di un sentimento di giustizia comune a tutti i paesi, nonché evitare il fenomeno del *forum shopping* a vantaggio degli

³⁴² In *GUCE*, 10 novembre 1997, C 340, p. 1.

³⁴³ In generale, sulle novità apportate, v. TIZZANO A., *Il Trattato di Amsterdam*, Padova, 1997; nella manualistica, v. STROZZI G., MASTROIANNI M., *Diritto dell’Unione europea*, cit., p. 16-19.

³⁴⁴ Locuzione mutuata da SICURELLA R., *Diritto penale e competenze dell’Unione europea*, cit., p. 113. Per le novità in materia, v. diffusamente MUNARI F., AMALFITANO C., *Il “terzo pilastro” dell’Unione europea: problematiche istituzionali, sviluppi giurisprudenziali, prospettive*, in *DUE*, 2007, p. 773.

³⁴⁵ Art. 29 TUE.

³⁴⁶ SALAZAR L., *La costruzione di uno spazio penale comune europeo*, in GRASSO G., SICURELLA R. (a cura di), *Lezioni di diritto penale europeo*, cit., p. 410.

³⁴⁷ Come osserva GRASSO G., *Introduzione*, in GRASSO G., SICURELLA R. (a cura di), *Lezioni di diritto penale europeo*, cit., la locuzione che designa questo obiettivo riprende evidentemente la proposta di Giscard d’Estaing del 1977.

³⁴⁸ GRASSO G., *Introduzione*, cit., p. 5 e p. 86.

autori di reati di carattere transnazionale³⁴⁹. Tale attività di ravvicinamento poteva esercitarsi nelle materie elencate dagli artt. 29 e 31, par. 1, lett. e), TUE, sebbene ampia parte della dottrina ritenesse tale elencazione meramente esemplificativa e non esaustiva o tassativa: quelli menzionati sarebbero settori in cui l'intervento era particolarmente auspicabile³⁵⁰.

Nevralgiche sono le novità apportate dal trattato di Amsterdam anche per quanto attiene agli atti utilizzabili³⁵¹: le molteplici difficoltà incontrate in sede di negoziazione³⁵² delle convenzioni nonché la scarsa efficacia degli altri strumenti (azioni e le posizioni comuni) hanno indotto ad una profonda rivisitazione dei mezzi di intervento in questo settore, peraltro notevolmente avvicinati a quelli propri del primo pilastro. L'art. 34, par. 2 TUE – pur mantenendo le possibilità, di cui alla lettera a) di adottare posizioni comuni e di cui alla lettera d) di promuovere la stipulazione di convenzioni tra gli Stati membri – ha introdotto due tipologie di atti, rispettivamente le decisioni-quadro (lettera b) e le decisioni (lettera c)³⁵³.

Nello specifico, la decisione-quadro (a cui poi, negli anni seguenti, si è fatto ampio ricorso) poteva essere adottata allo scopo di ravvicinare le disposizioni normative degli Stati membri, in quanto essa poteva vincolare i legislatori nazionali al risultato da ottenere, pur lasciando, secondo il consueto paradigma dell'obbligazione di risultato, libertà quanto ai mezzi da impiegare. Questo atto – che secondo l'attenta analisi della dottrina sostituiva la poco efficace azione comune³⁵⁴ – presentava notevoli affinità con le direttive³⁵⁵, ma da essa si distingueva perché l'art. 34, par. 2 lett. b), ultimo periodo, ha affermato che le decisioni quadro «non hanno efficacia diretta», con ciò escludendo *per tabulas* la possibilità di invocarne il c.d. effetto diretto³⁵⁶. Tuttavia, come già osservato in tema di interpretazione conforme, la Corte di giustizia ha sancito, con la

³⁴⁹ AMALFITANO C., *La competenza penale*, cit., p. 14; GRASSO G., *Introduzione*, cit., p. 87.

³⁵⁰ AMALFITANO C., *Articolo 83*, in TIZZANO A. (a cura di), *Trattati*, cit., p. 897, spec. p. 901; FLORE D., *Une justice pénale européenne après Amsterdam*, in *Journal des tribunaux. Droit européen*, 1999, p. 121, spec. p. 122; SALAZAR L., *La costruzione di uno spazio*, cit., p. 1122. Tale esegesi pare avallata dalle Conclusioni del Consiglio europeo di Tampere (15-16 ottobre 1999), pt. 48, il cui testo è consultabile in AMALFITANO C., *Codice di cooperazione giudiziaria penale dell'Unione europea*, Torino, 2017, p. 3. Osserva inoltre MONTALDO S., *I limiti*, cit., p. 66, che invero il legislatore europeo era intervenuto anche in settori non esplicitamente menzionati, così condividendo l'opzione segnalata.

³⁵¹ Sugli atti utilizzabili, nonché sulle conseguenze relative alla produzione di effetti dopo l'adozione del trattato di Lisbona, v. ZEDER F., *Typology of pre-Lisbon acts and their legal effects according to Protocol no. 36*, in *NJECL*, 2015, p. 485.

³⁵² BERNARDI A., *Il ruolo del terzo pilastro*, cit., p. 1170.

³⁵³ In materia, CONDINANZI M., *Fonti del «terzo pilastro» dell'Unione europea e ruolo della Corte costituzionale*, in *DUE*, 2007, p. 513; ID., *Articolo 34*, in TIZZANO A. (a cura di), *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, Milano, 2004, p. 130; MUNARI F., AMALFITANO C., *Il «terzo pilastro»*, cit., p. 784 ss.; ZEDER F., *Typology of pre-Lisbon Acts*, cit., p. 487.

³⁵⁴ PICOTTI L., *Superamento della cd. tecnica del «doppio testo» e tutela penale degli interessi europei*, in GRASSO G., SICURELLA R. (a cura di), *Per un rilancio*, cit., p. 324, spec. p. 338.

³⁵⁵ CONDINANZI M., *Fonti del «terzo pilastro» dell'Unione europea*, cit., p. 517 ss.

³⁵⁶ PISTOIA E., *Cooperazione penale nei rapporti*, cit., p. 51 ss., nonché ID., *Decisioni-quadro, efficacia diretta ed effetto di esclusione*, in RAFARACI T. (a cura di), *L'area di libertà, sicurezza e giustizia: alla ricerca di un equilibrio fra priorità repressive ed esigenze di garanzia*, Milano, 2007, p. 593.

ben nota sentenza *Pupino*³⁵⁷, che sugli Stati membri grava l'obbligo di interpretare il diritto nazionale – anche le disposizioni non adottate all'esatto scopo di trasporre le decisioni-quadro – alla luce della disciplina dettata dall'Unione europea. Si è trattato di un intervento di stampo «evolutivo-creativo»³⁵⁸, che si atteggia «as a historic judgement»³⁵⁹: il giudice lussemburghese è giunto ad affermare che anche rispetto alle decisioni-quadro deve operare il canone dell'interpretazione conforme alla luce del principio di leale collaborazione, ritenuto operante anche nella materia del terzo pilastro, sebbene in assenza di una specifica menzione nel TUE³⁶⁰. Si tratta dell'unico strumento che consente a tali atti, in difetto di qualsiasi capacità di dispiegare diretti effetti nei confronti dei singoli, di poter raggiungere un (pur minimo) grado di effettività³⁶¹; grazie a questo intervento – e ad alcune altre pronunce relative a strumenti del terzo pilastro³⁶² – si è progressivamente avviato un percorso di erosione della distinzione in pilastri (c.d. “depillarization effect”³⁶³) che ha trovato compimento soltanto con l'adozione del trattato di Lisbona.

Per quel che concerne, invece, la decisione, di cui alla lettera c) dell'articolo in analisi, essa era concepita come strumento capace di raggiungere qualsiasi altro obiettivo previsto dal Titolo VI, fatto salvo qualsiasi ravvicinamento delle disposizioni normative. Un impiego in tal senso si riscontra per istituire agenzie operanti nel campo del terzo pilastro, tra cui spicca Eurojust³⁶⁴.

Quanto alle procedure, la competenza ad assumere gli atti rimaneva attribuita al solo Consiglio, che deliberava all'unanimità su iniziativa di uno Stato membro o della Commissione (art. 34, par. 2, TUE). L'art. 39 TUE riservava al Parlamento europeo un mero compito consultivo, poiché a tale istituzione si riconosceva la possibilità di esprimere il proprio parere entro un prefissato termine; *de facto*, il Parlamento permaneva (così come prima delle riforme operate con il trattato di Amsterdam) estraneo al processo decisionale in queste materie.

³⁵⁷ Su cui v. *supra*, Capitolo Primo, par. 3.

³⁵⁸ MUNARI F., AMALFITANO C., *Il “terzo pilastro”*, cit., p. 792.

³⁵⁹ HERLIN-KARNELL E., *An Exercise*, cit., p. 1182.

³⁶⁰ WEYEMBERGH A., *L'effectivité du troisième pilier de l'Union européenne et l'exigence de l'interprétation conforme: la Cour de justice pose ses jalons*, in GRASSO G., SICURELLA R. (a cura di), *Per un rilancio*, cit., p. 353, spec. p. 367.

³⁶¹ *Ivi*, p. 1183. Come osservato da CANNIZZARO E., BARTOLONI M. E., *La «costituzionalizzazione» del terzo pilastro dell'Unione europea*, in DUE, 2007, p. 471, spec. p. 474, ove si legge che, in questo specifico caso, «la dottrina dell'interpretazione conforme finisce quindi con l'essere una sorta di versione minore della dottrina dell'effetto diretto, della quale essa mutua sia gli elementi funzionali che quelli strutturali».

³⁶² Corte giust., sent. 13 settembre 2005, causa C-176/03, *Commissione c. Consiglio*, ECLI:EU:C:2005:542; 23 ottobre 2007, causa C-440/05, *Commissione c. Consiglio*, ECLI:EU:C:2007:625; 3 settembre 2008, cause riunite C-402/05 P e C-415/05 P, *Kadi e a.*, ECLI:EU:C:2008:461.

³⁶³ HERLIN-KARNELL E., *An Exercise*, cit., p. 1182. In merito, v. anche GARBAGNATI KETVEL M., *La giurisprudenza della Corte comunitaria in materia penale: verso un ravvicinamento tra i pilastri dell'Unione europea?*, in DUE, 2007, p. 395.

³⁶⁴ Decisione 2002/187, in GUCE, 5 marzo 2002, L 63, p. 1. Sull'impiego delle decisioni e sulle più rilevanti tra quelle adottate, v. MUNARI F., AMALFITANO C., *Il “terzo pilastro”*, cit., p. 786.

L'art. 35 TUE – quanto alle prerogative della Corte di giustizia³⁶⁵ – riconosceva al giudice del Kirchberg la competenza a pronunciarsi in via pregiudiziale sulla validità e sull'interpretazione delle decisioni-quadro e delle decisioni (nonché sulla interpretazione delle convenzioni sottoscritte ai sensi dell'art. 35 TUE stesso), ma alla condizione che ogni Stato membro ne avesse espressamente accettata la competenza (art. 35, par. 2); il par. 6, invece, introduceva una sorta di ricorso per annullamento, avente ad oggetto la valutazione della “legittimità” delle decisioni quadro³⁶⁶. La Corte, inoltre, poteva statuire sulle controversie tra Stati membri quanto all'interpretazione di atti adottati *ex art.* 34, par. 2, mentre alla Commissione non era riconosciuto alcuno strumento giuridico per indurre lo Stato inadempiente (per mancata, non tempestiva o incorretta attuazione) a conformarsi agli obblighi previsti dagli atti comunitari: in altre parole, non era in alcun modo attivabile una procedura d'infrazione³⁶⁷.

Il passo in avanti compiuto dal trattato di Amsterdam è certamente innegabile e numerosi sono stati, sin dai primi anni Duemila, gli interventi dell'Unione europea fondati sui nuovi strumenti di terzo pilastro³⁶⁸, sulla scorta della forte volontà politica espressa nel corso della riunione del Consiglio europeo di Tampere del 1999, le cui conclusioni³⁶⁹ attestavano una reale, radicata intenzione di progredire a rapidi passi verso la creazione di quello SLSG che ha un presupposto fondamentale nella definizione di un'efficace politica criminale a livello sovranazionale³⁷⁰.

Gli esiti raggiunti non debbono, però, far passare in secondo piano il fatto che la continua elaborazione di una effettiva strategia criminale a livello europeo ha evidenziato la assoluta lacunosità dei meccanismi della produzione normativa previsti nel terzo pilastro. Almeno due

³⁶⁵ *Ivi*, p. 780.

³⁶⁶ Sul delicato e complesso tema dei rimedi giurisdizionali avverso gli atti del terzo pilastro, v. CANNIZZARO E., BARTOLONI M. E., *La «costituzionalizzazione» del terzo pilastro*, p. 475 ss. e, nello specifico, le considerazioni svolte da Corte giust., sent. 27 febbraio 2007, causa C-355/04 P, *Segi*, ECLI:EU:C:2007:116, pt. 52-55. Uno specifico approfondimento della pronuncia in esame si può rinvenire, oltretutto nel contributo appena citato, in MARCIALI S., *Le droit à un recours effectif en droit de l'Union européenne: quelques progrès, beaucoup d'ambiguïtés*, in *Rev. trim. dr. hom.*, 2007, p. 1153.

³⁶⁷ BERNARDI A., *Il ruolo del terzo pilastro*, cit., p. 1172; cfr. anche ADAM R., *La cooperazione*, cit., p. 489 ss.

³⁶⁸ Per limitare l'intervento al solo ravvicinamento in materia penale sostanziale, si tratta delle decisioni quadro n. 2000/383/GAI, in *GUCE*, 14 giugno 2000, L 140, p. 1 (lotta alla falsificazione delle monete); 2001/413/GAI, in *GUCE*, 2 giugno 2001, L 149, p. 1 (lotta contro le frodi e le falsificazioni di mezzi di pagamento diversi dai contanti); 2002/475/GAI, in *GUCE*, 22 giugno 2002, L 164, p. 3 (lotta al terrorismo); 2002/629/GAI, in *GUCE*, 1 agosto 2002, L 203, p. 1 (lotta alla tratta degli esseri umani); 2002/946/GAI, in *GUCE*, 5 dicembre 2002, L 328, p. 1 (repressione del favoreggiamento all'ingresso, transito, soggiorno illegali); 2003/568/GAI, in *GUUE*, 31 luglio 2003, L 192, p. 54 (lotta alla corruzione privata); 2004/68/GAI, in *GUUE*, 20 gennaio 2004, L 13, p. 44 (lotta alla prostituzione e pornografia minorile); 2004/757/GAI in *GUUE*, 11 novembre 2004, L 335, p. 8 (traffico illecito di stupefacenti); 2005/222/GAI, in *GUUE*, 16 marzo 2005, L 69, p. 67 (lotta contro gli attacchi ai sistemi informatici); 2008/841/GAI, in *GUUE*, 11 novembre 2008, L 300, p. 42 (lotta alla criminalità organizzata); 2008/913/GAI, in *GUUE*, 6 dicembre 2008, L 328, p. 55 (lotta alle forme di razzismo e xenofobia); 2008/919/GAI, in *GUUE*, 9 dicembre 2008, L 330, p. 21 (modifica della decisione quadro 2002/475). Per un'analisi complessiva, v. MITSILEGAS V., *EU Criminal Law*, Oxford, 2009, p. 86 ss.

³⁶⁹ In AMALFITANO C., *Codice di cooperazione*, cit., p. 3.

³⁷⁰ PICOTTI L., *Superamento*, cit., p. 338.

sono i profili problematici: *in primis*, il Parlamento europeo restava relegato, come già visto, in secondo piano e, con l'incremento degli interventi nel settore penale, il *deficit* democratico non poteva che farsi sempre più evidente³⁷¹. Inoltre, la possibilità degli Stati membri di non riconoscere la competenza della Corte di Lussemburgo e l'assenza di una procedura d'infrazione attivabile dalla Commissione verso gli Stati costituivano un vero *punctum dolens* del sistema, poiché non consentivano di garantire piena vincolatività degli atti assunti dal Consiglio³⁷², in quanto gli Stati potevano facilmente sfuggire a qualsivoglia censura nei propri confronti, specie in ragione del fatto che gli atti (in particolare, le decisioni-quadro) erano sforniti della capacità di produrre un effetto diretto negli ordinamenti nazionali³⁷³.

12. Il “doppio binario” e la giurisprudenza della Corte di giustizia negli anni 2005-2007.

La ricostruzione che è stata sin qui svolta propone, a ben vedere, due modelli diversi quanto alla capacità delle istituzioni sovranazionali di esigere dagli Stati membri l'adozione di sanzioni di carattere penale. Un primo è rappresentato dall'obbligo – ricavato dalla leale collaborazione e poi sancito dalla sentenza *Mais greco* e dalla successiva giurisprudenza della Corte di giustizia – di intervenire con strumenti effettivi, dissuasivi e proporzionati, a tutela dei beni giuridici di interesse europeo: come si è visto, il principio ivi stabilito è poi stato impiegato in numerosi atti di diritto derivato, in cui si esplicita che gli ordinamenti nazionali debbono adottare le misure idonee a garantire un'adeguata risposta sanzionatoria³⁷⁴. Il secondo modello prevede – specie attraverso le decisioni-quadro – un intervento da parte dello stesso legislatore europeo che consente la fissazione di norme minime quanto agli elementi costitutivi dei reati e delle sanzioni negli ambiti indicati dagli artt. 29-31 TUE: quindi, seppur nel perimetro tracciato *ratione materiae*, l'Unione europea è stata abilitata a esigere espressamente il ricorso all'incriminazione.

Le due forme di armonizzazione – l'una esercitata mediante atti del primo pilastro, l'altra attraverso i mezzi del terzo – hanno trovato, in termini pressoché immediati, un coordinamento nel modello detto del doppio binario o del doppio testo: questo paradigma prevedeva che a una direttiva che detta istanze di intervento (le quali restano configurate come “richieste di tutela adeguata, proporzionata e dissuasiva”, senza far alcun riferimento alla natura della tutela stessa) si accompagni una decisione-quadro che contiene l'armonizzazione delle disposizioni penali,

³⁷¹ AMALFITANO C., *La competenza penale*, cit., p. 5 e ulteriore dottrina ivi citata; per un'analisi approfondita anche in chiave diacronica, PELLEGRINI L., *Riserva di legge e competenza penale europea*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2/2011.

³⁷² BERNARDI A., *Il ruolo del terzo pilastro*, cit., p. 1178-1179

³⁷³ ADAM R., *La cooperazione in materia di giustizia e affari interni tra comunitarizzazione e metodo intergovernativo*, in *DUE*, 1998, p. 481, spec. p. 488; CANNIZZARO E., BARTOLONI M. E., *La «costituzionalizzazione» del terzo pilastro*, cit., p. 473 ss.

³⁷⁴ MONTALDO S., *EU Sanctioning Power*, cit., par. 2.2. del dattiloscritto.

ritenute necessarie a garantire effettiva attuazione alle discipline di settori appartenenti alle competenze di primo pilastro³⁷⁵.

Si può, in proposito, richiamare uno dei più evidenti esempi di tale tecnica al fine di meglio comprenderne la struttura e i limiti. In tema di favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali nel territorio degli Stati membri, le istituzioni europee hanno adottato contestualmente (il 28 novembre 2002) una direttiva (la n. 2002/90/CE) e una decisione quadro (la n. 2002/946/GAI)³⁷⁶. Tra i due testi è evidente un coordinamento, come emerge dai numerosi riferimenti reciproci³⁷⁷: quanto al contenuto, la direttiva si preoccupa di delineare precisamente la fattispecie di favoreggiamento di ingresso, transito e soggiorno illegali – e richiama anche le forme di tentativo e concorso – ma si limita, per ciò che concerne le sanzioni, a replicare il noto *leitmotiv* delle misure “effettive, proporzionate e dissuasive”. La decisione-quadro, invece, si sofferma pressoché esclusivamente sullo sviluppo dell'apparato sanzionatorio: dopo aver ribadito il principio già espresso dalla direttiva, l'art. 1 (ai parr. 2 e seguenti) detta una serie di misure accessorie e di sicurezza che gli Stati membri devono aggiungere alle pene *sensu stricto* e fissa alcuni limiti alla relativa cornice edittale, secondo il consueto modello della soglia minima della pena massima.

Il modello in discorso si struttura quindi su coppie di strumenti che vengono coordinati in termini analoghi a quello appena evidenziato³⁷⁸: tuttavia, è corretto ricordare che i due atti derivano da procedure di adozione differenti, si fondano su presupposti e basi giuridiche eterogenei. Divergenze che hanno portato all'emersione di aspetti problematici di non poco conto³⁷⁹: forme di sovrapposizione contenutistica, emersione di conflitti interistituzionali, rallentamento nelle procedure di adozione, scelte di armonizzazione assai limitate, applicazione parziale degli effetti diretti, diversa definizione di competenze per Commissione e Corte di giustizia.

³⁷⁵ Il metodo è efficacemente descritto in PICOTTI L., *Superamento della cd. tecnica del “doppio testo”*, cit., specie i parr. 4 e 5 del testo; v. anche MITSILEGAS V., *The Third Wave of Third. Which Direction for EU Criminal Justice?*, in *ELR*, 2009, p. 523, spec. p. 532 ss.; WASMEIER M., THWAITES N., *The “Battle of the Pillars”: Does the European Community Have the Power to Approximate National Criminal Laws?*, in *ELR*, 2004, p. 613; WHITE S., *Harmonisation of Criminal Law under the First Pillar*, in *ELR*, 2006, p. 81.

³⁷⁶ Entrambe in *GUCE*, 5 dicembre 2002, L 328, rispettivamente p. 17 la direttiva e p. 1 la decisione-quadro.

³⁷⁷ Sin già dal considerando n. 3 in apertura di ciascuno dei testi. In quello collocato nella decisione-quadro è riportato chiaramente il rapporto di intima complementarietà tra i testi: «[...]è essenziale pervenire ad un ravvicinamento delle disposizioni giuridiche vigenti, in particolare, da un lato, la definizione precisa dell'illecito e delle relative circostanze esimenti oggetto della direttiva 2002/90/CE del Consiglio, del 28 novembre 2002, volta a definire il favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali e, dall'altro, le regole minime per le sanzioni previste, la responsabilità delle persone giuridiche e la competenza giurisdizionale, oggetto della presente decisione quadro».

³⁷⁸ Un altro esempio si può rinvenire già dalla prima delle decisioni-quadro adottate in materia di armonizzazione in ambito penale sostanziale: in quel caso, essa completava il regolamento (CE) n. 974/1998, relativo all'introduzione dell'euro (*GUCE*, 11 maggio, L 139, p. 1). Altra ipotesi è quella (su cui v. *infra*) che ha dato luogo alla sentenza della Corte di giustizia nella causa C-440/05.

³⁷⁹ WHITE S., *Harmonisation of Criminal*, cit., p. 90.

Su tale *quaestio*, che evidentemente attestava, una volta ancora, la farraginosità del sistema e dei meccanismi derivanti dalla complessità dei rapporti tra primo e terzo pilastro, si è pronunciata la Corte di giustizia, la cui giurisprudenza si è rivelata, ancora una volta, dinamica e incisiva³⁸⁰: si tratta di due sentenze³⁸¹ nate proprio da un contrasto interistituzionale tra Commissione e Consiglio quanto alle competenze a (e le basi giuridiche in forza delle quali) adottare atti che stabiliscono obblighi di incriminazione a carico degli Stati membri.

La prima delle due sentenze in esame è stata resa il 13 settembre 2005 (cd. pronuncia sui *reati ambientali*)³⁸² e ha preso le mosse da un ricorso di annullamento proposto dalla Commissione (sostenuta dal Parlamento) *ex art. 35 TUE* nei confronti del Consiglio, con riferimento alla decisione-quadro del Consiglio 2003/80³⁸³, relativa alla protezione dell'ambiente attraverso il diritto penale. In questo caso, si profilava una forma di “conflitto tra pilastri”, in quanto – contrariamente a quanto fatto dal Consiglio – la Commissione riteneva che l'atto impugnato avrebbe dovuto assumere le forme di una direttiva e non di una decisione-quadro: infatti, l'esatta base giuridica per l'assunzione dell'atto contestato (in specie, per gli artt. 1-7 della decisione-quadro, quelli aventi una portata penale), non doveva essere rappresentata tanto gli artt. 29 e 31 TUE, bensì, piuttosto, dagli artt. 3, 174 e 176 TCE.

Ciò, però, senza esigere il riconoscimento, al legislatore europeo, di una competenza generale in materia penale, ma secondo la convinzione per cui, sulla base dell'art. 175 TCE, agli Stati membri può essere imposto l'obbligo di adottare sanzioni penali per reprimere condotte lesive dell'interesse presidiato dalla normativa comunitaria, qualora tale modalità sia l'unica capace di garantire l'efficacia necessaria alle disposizioni comunitarie³⁸⁴. La Corte, nella propria motivazione, si è soffermata a ricordare che non si può impedire al legislatore europeo di adottare provvedimenti «in relazione al diritto penale degli Stati membri», laddove questi dovessero risultare necessari a garantire piena efficacia alle norme in materia ambientale³⁸⁵. Inoltre, a detta del giudice di Lussemburgo, gli artt. 1-7 dell'atto impugnato avevano ad oggetto principale la

³⁸⁰ BERNARDI A., *Il ruolo del terzo pilastro*, cit., p. 1179; TESAURO G., *Diritto comunitario, Corte di giustizia e diritto penale*, in GRASSO G., SICURELLA R. (a cura di), *Per un rilancio*, cit., p. 665, spec. p. 668.

³⁸¹ Si tratta delle sentenze Corte giust., sent. 13 settembre 2005, *Commissione c. Consiglio*, cit. e 23 ottobre 2007, *Commissione c. Consiglio*, cit., le quali sono state oggetto di grande attenzione da parte della dottrina, nazionale e straniera. In particolare, v. MANNOZZI G., CONSULICH F., *La sentenza della Corte di giustizia C-176/03: riflessi penalistici in tema di principio di legalità e politica dei beni giuridici*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2006, p. 899; MARCOLINI S., *Decisione quadro o direttiva per proteggere l'ambiente attraverso il diritto penale?*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 243; MITSILEGAS V., *The Third Wave*, cit.; MONTALDO S., *La competenza dell'Unione europea ad adottare norme di diritto penale ex art. 83, par. 2, TFUE e sue possibili applicazioni*, in *St. int. eur.*, 2013, p. 101; SCHIANO DI PEPE L., *Competenze comunitarie e reati ambientali: il caso dell'inquinamento provocato da navi*, in *DUE*, 2006, p. 769; TOBLER C., *Case C-176/03*, in *CMLR*, 2006, p. 835; WHITE S., *Harmonisation of Criminal Law*, cit.

³⁸² Corte giust., sent. 13 settembre 2005, *Commissione c. Consiglio*, cit.

³⁸³ In *GUCE*, 5 febbraio 2003, L 29, p. 55.

³⁸⁴ Corte giust., sent. 13 settembre 2005, *Commissione c. Consiglio*, cit., pt. 19-20.

³⁸⁵ *Ivi*, pt. 47.

protezione dell'ambiente e, quindi, il fondamento corretto per l'adozione di un atto in materia si sarebbe dovuto rinvenire nell'art. 175 TCE (e, quindi, nel primo pilastro): sulla scorta di queste considerazioni, la Corte ha condiviso l'opzione proposta dalla Commissione e annullato integralmente la decisione-quadro per violazione dell'art. 47 TUE.

La portata di questa sentenza è apparsa, sin da subito, manifesta, ed è stata corroborata dalla comunicazione della Commissione in merito alle conseguenze di tale pronuncia³⁸⁶: a detta dell'istituzione guardiana dei trattati, infatti, si tratta di una sentenza «di principio, che travalica ampiamente la materia specifica» e che, dunque, si poteva applicare ad ogni altra politica comune della Comunità³⁸⁷. Tanto più che, in chiusura di questa comunicazione, la Commissione ha identificato una serie di testi normativi già vigenti e di proposte ancora pendenti che avrebbero dovuto essere trasfusi in direttive, anziché restare configurate e venire adottate come decisioni-quadro³⁸⁸.

La Corte di Lussemburgo, in una successiva controversia (denominata *sicurezza marittima* e, in questo caso, relativa proprio ad un caso di “doppio testo”)³⁸⁹, ha dato continuità alla sentenza testé analizzata e ha nuovamente accolto un ricorso della Commissione, orientato ad ottenere l'annullamento della decisione-quadro 2005/667/GAI³⁹⁰ sulla repressione dell'inquinamento marittimo.

L'argomentazione del giudice del Kirchberg ripercorre i passi della sentenza del 2005 appena citata, per giungere ad osservare che «il legislatore comunitario, allorché l'applicazione di sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive da parte delle competenti autorità nazionali costituisce una misura indispensabile di lotta contro danni ambientali gravi, può imporre agli Stati membri l'obbligo di introdurre tali sanzioni per garantire la piena efficacia delle norme che emana in tale ambito»³⁹¹. Tuttavia, in questa pronuncia, la Corte di giustizia ha inteso precisare che gli atti di primo pilastro non possono fissare le tipologie e i livelli delle sanzioni penali da applicarsi, bensì è possibile effettuare soltanto una valutazione circa l'esigenza di ricorrere alla pena³⁹².

Le due sentenze esaminate non hanno, in ogni caso, esaurito la complessa dinamica del “doppio binario”: com'è stato correttamente evidenziato, se anche le direttive di primo pilastro

³⁸⁶ PICOTTI L., *Superamento della cd. tecnica del “doppio testo”*, cit., p. 348. La Comunicazione in questione è la COM(2005) 583 def., 23 novembre 2005.

³⁸⁷ *Ivi*, p. 3.

³⁸⁸ *Ivi*, p. 7 ss.

³⁸⁹ Corte giust., sent. 23 ottobre 2007, *Commissione v. Consiglio*, cit.

³⁹⁰ In *GUUE*, 30 settembre 2009, L. 255, p. 164. Essa era stata adottata come complemento, in sede penale, della direttiva (coeva) 2005/35/CE, pubblicata *ivi*, p. 11 (v., in quest'ultimo testo, i considerando nn. 6 e 8 che esprimono con chiarezza il livello di interrelazione tra i due atti).

³⁹¹ Corte giust., sent. 23 ottobre 2007, *Commissione v. Consiglio*, cit., pt. 66.

³⁹² *Ivi*, pt. 70.

potavano esigere dagli Stati membri il ricorso a sanzioni penali, permaneva in ogni caso l'esigenza di adottare delle decisioni-quadro per operare il ravvicinamento delle discipline nazionali, quanto alla tipologia e alla misura delle sanzioni applicabili³⁹³.

L'approdo cui giunge la giurisprudenza non ha tardato a manifestarsi, in termini concreti, nell'adozione di una direttiva – proprio in materia ambientale – al cui interno sono stati collocati specifici obblighi di incriminazione: si tratta della direttiva 2008/99/CE³⁹⁴. Questo atto è nato in ragione del fatto che i sistemi sanzionatori vigenti non fossero adeguati a garantire la piena osservanza delle norme in materia ambientale: perciò, a presidio di tale bene giuridico doveva essere necessaria l'adozione di misure penali, in quanto «indice di una riprovazione sociale di natura qualitativamente diversa rispetto alle sanzioni amministrative o ai meccanismi risarcitori di diritto civile»³⁹⁵. Di conseguenza, si è previsto che una serie di condotte – enunciate all'art. 3 – dovessero essere considerate come illeciti penali e punite con sanzioni penali efficaci, dissuasive e proporzionate (art. 5).

L'azione della Commissione e avallata dalla Corte di giustizia – ovvero stimolare lo spostamento verso il primo pilastro dei testi normativi di carattere penale – non poteva che implicare un progressivo rafforzamento della politica criminale europea³⁹⁶, a fronte invece della persistente (e sempre meno tollerabile) contrapposizione tra i due pilastri.

Le due pronunce esaminate (e, del resto, l'adozione della direttiva 2008/99/CE) portano ad affermare che, ad avviso della Corte di giustizia e della Commissione, una competenza in materia penale esistesse già – quantomeno in forma implicita³⁹⁷ – in assenza di un'indicazione nei trattati che, *apertis verbis*, attribuisse alle istituzioni legislative la capacità di formulare, a carico degli Stati membri, specifici obblighi di incriminazione, seppur senza poter fissare le soglie punitive. Com'è stato osservato, già da tempo era emersa l'esigenza di inquadrare, in modo chiaro, la capacità delle istituzioni europee di formulare *inputs* di penalizzazione: ma appare altrettanto palese che gli Stati membri non hanno mai ritenuto di provvedervi espressamente, anche se l'assenza di un'esplicita limitazione in tal senso può apparire – *a contrario* – come una conferma di un potere di sancire obblighi di incriminazione³⁹⁸.

³⁹³ PICOTTI L., *Superamento della cd. tecnica del "doppio testo"*, cit., p. 327.

³⁹⁴ Direttiva 2008/99/CE, in *GUUE*, 6 dicembre 2008, L 328, p. 28, adottata sulla base dell'art. 175, par. 1, TCE; per un'analisi, v. *infra*, Capitolo Quarto, par. 4.

³⁹⁵ Direttiva 2008/99/CE, cons. n. 3.

³⁹⁶ BERNARDI A., *Il ruolo del terzo pilastro*, cit., p. 1186.

³⁹⁷ Come ritenuto, ad es., dalle conclusioni dell'avvocato generale Mazàk, 28 giugno 2007, causa C-440/05, Commissione c. Consiglio, ECLI:EU:C:2007:393, pt. 87, su cui v. *funditus* PEERS S., *The European Community's criminal law competence: the plot thickens*, in *ELR*, 2008, p. 399, spec. p. 403 ss.

³⁹⁸ PEERS S., *The European Community's criminal law*, cit., p. 406. Si può evidenziare che ove i trattati – nei testi vigenti all'epoca delle sentenze della Corte esaminate – avevano inteso escludere il ricorso a strumenti di penalizzazione, l'avevano palesamente escluso (ad es., l'art. 280, par. 4, TCE): di conseguenza, poteva certo valere il noto principio per cui *ubi lex voluit, dixit, ubi noluit, tacuit*.

Traspare quindi quell'approccio che già veniva evocato dalla dottrina con generale riferimento alle competenze sanzionatorie esercitabili dalle Comunità: non occorre affermare che un ordinamento abbia la capacità di punire condotte illecite, perché nel momento stesso in cui può imporre o vietare un comportamento di un individuo, deve poter anche presidiare la violazione della norma con una sanzione³⁹⁹. In questo senso, quindi, il potere di armonizzare e ravvicinare le legislazioni degli Stati membri (riconosciuto dagli artt. 29-31 TUE) si atteggierebbe a potere "supplementare" dell'Unione europea rispetto a quello, ordinario e proprio della Comunità, che a quest'ultima serve per raggiungere i propri obiettivi e garantire l'effettività delle proprie politiche⁴⁰⁰.

Ove non fosse stata ammessa la capacità della Comunità di esigere dagli Stati membri il ricorso alla sanzione penale, le norme emanate dalle istituzioni avrebbero corso il rischio di risultare vane, perché non presidiate o tutelate dai Paesi soltanto con misure insufficienti. Ciò non significa che il diritto penale costituisca, in quanto tale, una "politica comunitaria": implica soltanto che l'azione della Comunità, per poter conferire effettività alla propria produzione giuridica, deve potersi avvalere del potere di imporre, agli ordinamenti nazionali, l'impiego delle forme sanzionatorie più rigorose⁴⁰¹. Questo snodo logico, di carattere cruciale, risulta assai ben compendiato in un passaggio delle conclusioni dell'avvocato generale Colomer rese nella causa *reati ambientali*: vi si legge che «[i]l potere di comminare sanzioni civili, amministrative o penali va qualificato come competenza strumentale, diretta a garantire l'effettività del diritto comunitario. Se l'integrità di tale ordinamento giuridico richiede provvedimenti repressivi, gli Stati membri devono definire i meccanismi necessari allo scopo, la cui natura dev'essere stabilita dalla Comunità, sempreché essa sia in condizione di esaminarne l'utilità rispetto allo scopo perseguito, giacché, diversamente, il compito incombe alle autorità legislative nazionali. Per quanto riguarda l'ambiente, è chiaro che la reazione di fronte ai comportamenti gravemente lesivi dello stesso deve avere carattere penale, ma, in tale contesto, la scelta della sanzione con cui reprimere tali comportamenti e rendere effettivo il diritto comunitario spetta agli Stati membri»⁴⁰².

In quest'ottica, il principio di effettività non assolve (più) alla funzione di garantire alla corretta attuazione degli obblighi gravanti sugli Stati membri, ma, a partire dalle sentenze analizzate, si erge a criterio di allocazione delle competenze: non opera come limite al *pouvoir de sanction* il cui esercizio compete agli Stati membri, ma diviene il presupposto su cui si fonda una (possibile)

³⁹⁹ V. *supra*, in questo Capitolo, par. 5.

⁴⁰⁰ PICOTTI L., *Superamento della cd. tecnica del "doppio testo"*, cit., p. 343.

⁴⁰¹ Questa tesi era già stata avanzata, in tempi risalenti, da HARTLEY T.C., *L'impact du droit communautaire sur le procès pénal*, in AA.VV., *Droit communautaire et droit pénal*, Milano, 1981, p. 33, ove l'Autore aveva affermato che il diritto comunitario potesse imporre agli Stati membri l'adozione di norme penali.

⁴⁰² Conclusioni dell'avvocato generale Colomer, 26 maggio 2005, causa C-176/03, *Commissione c. Consiglio*, ECLI:EU:C:2005:311, pt. 86.

politica criminale europea, che si accompagna alla capacità dell'Unione europea stessa di intervenire nei (e disciplinare i) settori che sono stati attribuiti alla sua competenza dagli ordinamenti nazionali⁴⁰³.

Pertanto, in quest'ottica appare evidente – una volta ancora – il ruolo del principio di effettività, a cui la Corte di giustizia ricorre dinanzi alle situazioni di difficoltà o di *impasse*: e, come poi si vedrà, nel capitolo seguente, le sentenze degli anni 2005-2007 hanno segnato una svolta decisiva nell'affermazione della capacità dell'Unione europea di intervenire sul diritto penale degli Stati membri e hanno, in misura assai significativa, inciso sull'attuale formulazione delle previsioni del TFUE attributive di competenze *in subjecta materia*⁴⁰⁴.

⁴⁰³ HERLIN-KARNELL E., *What Principles Drive (or Should Drive) European Criminal Law*, in *German Law Journal*, 2010, p. 1115, spec. p. 1122.

⁴⁰⁴ Cui è dedicato l'intero successivo capitolo.

CAPITOLO TERZO

Le attuali competenze dell'Unione in materia penale: presupposti, modalità, finalità e limiti dell'intervento europeo.

SOMMARIO: 1. La “svolta” con il trattato di Lisbona. – 1.1. (*segue*): Il principio di attribuzione delle competenze nel quadro istituzionale successivo al trattato di Lisbona. – 2. Gli scopi e le funzioni delle competenze penali attualmente riconosciute all'Unione europea. – 3. L'art. 83 TFUE: l'attuale base giuridica per l'intervento dell'Unione europea in materia penale. – 3.1. Le norme minime relative alla definizione dei reati. – 3.2. Le norme minime relative alle sanzioni. – 3.3. L'esclusione del ravvicinamento della parte generale del diritto penale. – 3.4. Il freno di emergenza e la cooperazione rafforzata. – 4. La competenza penale autonoma: elementi caratterizzanti dell'art. 83, par. 1, TFUE. – 4.1. La lista degli “eurocrimini”. – 4.2. (*segue*): I requisiti della gravità e della transnazionalità. – 5. La competenza penale accessoria: elementi caratterizzanti dell'art. 83, par. 2, TFUE. – 5.1. La previa armonizzazione. – 5.2. (*segue*): Il giudizio di indispensabilità. – 5.3. (*segue*): La garanzia di attuazione efficace. – 5.4. (*segue*): La necessità come “limite” alla capacità espansiva dell'effettività. – 5.5. (*segue*): Il diritto penale è davvero capace di garantire effettività? – 6. Ulteriori (possibili) basi giuridiche per l'esercizio di competenze penali. – 7. Caratteri e principi della politica penale europea. – 7.1. Il principio del legittimo scopo di tutela. – 7.2. Il principio di ultima *ratio*. – 7.3. Il principio di legalità. – 7.4. Il principio di colpevolezza. – 7.5. Il principio di sussidiarietà. – 7.6. Il principio di coerenza. – 7.7. Brevi considerazioni conclusive.

1. La “svolta” con il trattato di Lisbona.

Il trattato di Lisbona, in vigore dal 1° dicembre 2009, ha apportato una significativa rivisitazione dell'architettura europea¹ e, in tale contesto, ha inaugurato una fase nuova nei rapporti tra Unione europea e diritto penale nazionale²: nella misura in cui quest'ultimo è stato inserito

¹ In merito alle principali novità che il trattato ha comportato, nonché rispetto al percorso storico che ha condotto all'adozione (prima) e all'entrata in vigore (poi) dello stesso, la bibliografia è assai ampia; *ex multis*, v. BARATTA R., *Le principali novità del Trattato di Lisbona*, in DUE, 2008, p. 21; BILANCIA P., D'AMICO M. (a cura di), *La nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona*, Milano, 2009; GRILLER S., ZILLER J., *The Lisbon Treaty: EU Constitutionalism without a Constitutional Treaty*, Vienna, 2008; JACQUÉ J.P., *Le traité de Lisbonne: une vue cavalière*, in RTDE, 2008, p. 439; PIRIS J.C., *Il Trattato di Lisbona*, Milano, 2013.

² Anche per quanto concerne questo specifico aspetto la bibliografia è davvero assai ampia. Senza pretesa di esaustività, v. AMALFITANO C., *La competenza penale dell'Unione europea dopo il trattato di Lisbona*, in CAMALDO L. (a cura di), *L'istituzione del Procuratore europeo e la tutela penale degli interessi finanziari dell'Unione europea*, Torino, 2014, p. 3; AMBOS K., *European Criminal Law*, Cambridge, 2018, p. 6 ss.; GRASSO G., *La competenza penale dell'Unione europea nel quadro del Trattato di Lisbona*, in GRASSO G., PICOTTI L., SICURELLA R. (a cura di), *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Milano, 2011, p. 683; ID., *Il trattato di Lisbona e le nuove competenze penali dell'Unione europea*, in BERTOLINO M., EUSEBI L., FORTI G. (a cura di), *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, p. 2307; HERLIN-KARNELL E., *The Lisbon Treaty. A Critical Analysis of its Impact on EU Criminal Law*, in *EU Crim*, 2/2010, p. 59; EAD., *EU Competence in Criminal Law after Lisbon*, in BIONDI A., EECKHOUT P., RIPLEY S. (eds.), *EU Law after Lisbon*, Oxford, 2012, p. 331; MIETTINEN S., *The Evolution of Competence Distribution Between the European Union and the Member States in the Criminal Field*, in BRIÈRE C., WEYEMBERGH A. (eds.), *The Needed Balances in EU Criminal Law: Past, Present and Future*, Oxford, 2018, p. 35, spec. p. 57 ss.; MITSILEGAS V., *European Criminal Law and Resistance to Communautarisation after Lisbon*, in *NJECL*, 2010, p. 458; ID., *EU Criminal Law after Lisbon: Rights, Trust*

«within the core of the EU Law project»³, si è registrata una svolta determinante quanto all'integrazione europea e alla capacità dell'ordinamento sovranazionale di incidere sulle scelte nazionali in tema di *ius puniendi*⁴. L'attribuzione di una specifica competenza in materia penale all'Unione europea si inserisce nell'ottica di assicurare – alla luce della chiara previsione dell'art. 3, par. 2, TUE – ai cittadini uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia (SLSG) senza frontiere, che consenta la libera circolazione delle persone e, al tempo stesso, realizzi adeguate forme di prevenzione e contrasto della criminalità.

In particolare, l'abolizione del terzo pilastro⁵ – con la conseguente “comunitarizzazione” della competenza penale – ha rappresentato il più significativo degli sviluppi per quanto qui interessa, in quanto la potestà dell'Unione europea di intervenire nella più sensibile materia punitiva si è così inserita nel contesto costituzionale ordinario⁶. Dopo oltre quindici anni, è caduta la distinzione tra primo e terzo pilastro (la materia PESC, caratterizzante il secondo pilastro, continua a conservare proprie specificità) e il percorso (già in parte avviato con il trattato di Amsterdam) si è concluso con la netta e definitiva affermazione della necessaria correlazione tra la creazione dello SLSG e la libera circolazione delle persone⁷.

Questa fondamentale tappa nel percorso d'integrazione europeo ha comportato talune novità di ampia portata, che meritano di essere analizzate con particolare attenzione.

Il superamento del modello a pilastri ha determinato, in primo luogo, l'abbandono del paradigma intergovernativo che caratterizzava l'intervento dell'Unione europea in materia penale e, di conseguenza, è stato posto sostanziale rimedio al noto problema del *deficit* democratico, in quanto all'*iter* di adozione degli atti in materia penale è stato esteso, pur al netto di qualche specifica e residuale peculiarità di cui si dirà *infra*, il procedimento legislativo ordinario⁸, con il coinvolgimento diretto del Parlamento europeo in veste di co-legislatore⁹.

and the Transformation of Justice in Europe, Oxford, 2016; PEERS S., *EU Criminal Law and the Treaty of Lisbon*, in *ELR*, 2008, p. 507; SOTIS C., *Il Trattato di Lisbona e le competenze penali dell'Unione europea*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 1146; ID., *Le novità in tema di diritto penale europeo*, in BILANCIA P., D'AMICO M. (a cura di), *La nuova Europa*, cit., p. 137; ID., *Le competenze penali dell'Unione previste nel Trattato di Lisbona: una lettura d'insieme*, in PALIERO C.E., VIGANÒ F. (a cura di), *Europa e diritto penale*, Milano, 2013, p. 33.

³ HERLIN-KARNELL E., *What Principles Drive*, cit., p. 1115.

⁴ In termini di «dramatic step forward» si esprime SICURELLA R., *EU Competence in Criminal Matters*, in MITSILEGAS V., BERGSTRÖM M., KONSTADINIDES T., *Research Handbook on EU Criminal Law*, cit., p. 49, spec. p. 68.

⁵ MITSILEGAS V., *European Criminal Law*, cit., p. 107, ove l'Autore parla di un «collapse of the Third Pillar».

⁶ MITSILEGAS V., *European Criminal Law and Resistance*, cit., p. 458.

⁷ AMALFITANO C., *La competenza penale dell'Unione europea*, cit., p. 3-4.

⁸ *Ivi*, p. 6.

⁹ SIEBERSON S.C., *The Treaty of Lisbon and its Impact on the EU's Democratic Deficit*, in *Columbia Journal of European Law*, 2008, p. 445, spec. p. 463, ove l'Autore, dopo aver passato in rassegna le più significative censure avanzate dalla dottrina prima della riforma dei trattati, evidenzia che ora «[t]he democratically elected and representative European Parliament will play a somewhat more significant role as a full co-legislator».

Anche in merito alle tipologie di atto impiegabili, il trattato di Lisbona ha permesso di estendere, per i provvedimenti che realizzano forme di armonizzazione in materia penale, l'impiego degli stessi (ordinari) strumenti – di cui all'art. 288 TFUE¹⁰ – che possono essere adottati in ogni altro settore di competenza dell'Unione europea. A questo proposito, l'art. 82, par. 1, TFUE consente – in tema di reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie – l'adozione di qualsiasi tipologia di atto, ivi inclusi anche i regolamenti¹¹. Per quel che concerne gli artt. 82, par. 2 e 83 TFUE, l'impiego delle direttive (in luogo delle decisioni-quadro) costituisce uno sviluppo significativo, in quanto questo tipo di atto è suscettibile di produrre effetti diretti: se ciò è chiaramente impossibile qualora l'intervento avvenga in tema di armonizzazione di reati e sanzioni¹², può invece trattarsi di uno strumento utile per coloro che siano interessati ad avvalersi delle forme di tutela previste dalle direttive che, ai sensi dell'art. 82 TFUE, intendono conferire ai soggetti coinvolti nei procedimenti penali specifici diritti¹³.

La *reductio ad unitatem* delle competenze dell'Unione europea ha consentito di esercitare forme di controllo sugli atti e sulle condotte degli Stati membri secondo gli ordinari meccanismi e principi, così superandosi i limiti prima previsti dall'art. 35 TUE nella versione *post* Amsterdam, che avevano indotto la dottrina a sottolineare un vero e proprio *deficit* di tutela giurisdizionale¹⁴. Tale novità dev'essere accolta con particolare favore perché, in questo modo, viene meno l'impossibilità, da parte dell'Unione europea, di reagire alle violazioni compiute dagli Stati membri mediante le procedure d'infrazione¹⁵. Con riferimento agli atti adottati prima del 2009, è stata

¹⁰ Ovvero regolamenti, direttive e decisioni, ancorché come poi si vedrà il ricorso al regolamento è, in materia penale, uno strumento il cui impiego è talora escluso *per tabulas* o, in ogni caso, di impiego difficilmente prevedibile. Il primo utilizzo del regolamento in materia penale (adottato sulla base dell'art. 82, par. 1, lett. a, TFUE) si segnala soltanto nel 2018: si tratta del regolamento (UE) 2018/1805 relativo al reciproco riconoscimento dei provvedimenti di congelamento e confisca (in *GUUE*, 28 novembre 2018, L 303, p. 1). Al regolamento si era altresì fatto ricorso per l'istituzione della Procura europea (regolamento (UE) 2017/1939, in *GUUE*, 31 ottobre 2017, L 283, p. 1), tuttavia secondo una scelta obbligata dall'art. 86 TFUE.

¹¹ V., alla nota che precede, il regolamento sulla confisca.

¹² Come già evidenziato *supra*, Capitolo Secondo, par. 10, nota n. 286, la Corte di giustizia ha sempre recisamente negato che la direttiva possa, da sola, avere l'effetto di comportare la penale responsabilità (o l'aggravamento della sanzione applicabile) a carico di un singolo: a ciò può provvedere soltanto il legislatore nazionale.

¹³ AMALFITANO C., *La competenza penale dell'Unione europea*, cit., p. 16.

¹⁴ ADINOLFI A., *La Corte di giustizia dell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, in *Riv. dir. int.*, 2010, p. 45, spec., sul punto, il par. 7; GRASSO G., *La competenza penale*, cit., p. 685. Sulle forme di tutela giurisdizionale nell'ambito della cooperazione penale, cfr. MONTALDO S., *La Corte di Giustizia dell'Unione europea e la cooperazione giudiziaria in materia penale: profili istituzionali e prospettive per la tutela giurisdizionale*, in *DPC*, 19 dicembre 2012.

¹⁵ Allo stato, non risultano sentenze della Corte di giustizia che accertino l'inadempimento di uno Stato membro rispetto a obblighi loro incombenti in materia penale sostanziale. Risultano tuttavia pendenti, secondo i dati riportati dal Dipartimento per le politiche europee nell'apposita banca dati (<http://eurinfra.politichecomunitarie.it>, pagina web consultata il 22 novembre 2020) quattro procedure di infrazione nei confronti dell'Italia: per mancata ottemperanza alla direttiva UE 2011/93 in tema di lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia infantile (procedura n. 2018_2335); per mancata ottemperanza della direttiva 2013/40/UE relativa agli attacchi contro i sistemi di informazione (procedura n. 2019_2033); per mancata ottemperanza alla direttiva 2012/29/UE sulle norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato (procedura n. 2019_2104) e, infine, per mancata ottemperanza alla direttiva 2014/57/UE relativa alle sanzioni penali in caso di abuso di mercato (procedura 2019_2130).

introdotta la possibilità che i Paesi membri vengano chiamati a rispondere delle loro omissioni e violazioni – in ragione di quanto previsto dall’art. 10 del Protocollo n. 36 allegato ai trattati –, seppure si sia dovuto attendere, a tal fine, il decorso del c.d. periodo transitorio, pari a cinque anni dall’entrata in vigore del trattato di Lisbona, salvo che in questo arco temporale tali atti fossero stati oggetto di modifica mediante apposite direttive¹⁶. Deve osservarsi che non poche decisioni-quadro conservano tutt’ora vigenza e, in termini recenti, il Consiglio ha manifestato con chiarezza che «per il momento non sembra essere necessaria un’ulteriore “lisbonizzazione”»¹⁷.

Altro aspetto di cruciale importanza riguarda il valore giuridico pari ai trattati che è stato riconosciuto, *ex art. 6 TUE*, alla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea¹⁸. Come la Commissione ha avuto modo di sottolineare, gli obblighi di penalizzazione imposti dal legislatore sovranazionale possono condurre alla privazione della libertà e, proprio per questa capacità stigmatizzante e afflittiva delle misure penali, è fondamentale aver posto «limiti forti all’intervento dell’Unione in questo campo: rappresentando in qualche modo la bussola delle politiche dell’UE, la Carta sancisce una serie di norme di base vincolanti a tutela dei cittadini»¹⁹. In questa prospettiva, il trattato di Lisbona ha fornito un contributo determinante allo scopo di valorizzare adeguatamente le garanzie e i diritti fondamentali degli individui, al cui rispetto sono *in primis* tenute le istituzioni.

Tuttavia, le decisive novità sin qui considerate non sono state accolte senza perplessità o difficoltà, né sono mancate resistenze a livello nazionale²⁰, ispirate dalla stretta interrelazione che lega l’esercizio di *ius puniendi* alla sovranità statale, ragione per cui gli Stati membri hanno sempre mostrato particolare prudenza nella cessione di competenze in materia²¹.

Alla luce di queste considerazioni si spiega l’esistenza di alcune peculiarità dell’attività delle istituzioni e dei procedimenti normativi rispetto al paradigma costituzionale “ordinario”²².

In primo luogo, è stato evidenziato che l’intero Titolo V del TFUE è connotato da non pochi richiami all’esigenza di rispettare la diversità degli ordinamenti giuridici e delle tradizioni

¹⁶ Sul punto, v. AMALFITANO C., *Scaduto il regime transitorio per gli atti del terzo pilastro. Da oggi in vigore il sistema “ordinario” di tutela giurisdizionale della Corte di giustizia*, in *Eurojus*, 1° dicembre 2014. Sulle forme di c.d. “lisbonizzazione” delle decisioni-quadro, v. anche SATZGER H., *Legal Effects of Directives Amending or Repealing pre-Lisbon Framework Decisions*, in *NJECL*, 2015, p. 528.

¹⁷ Relazione della Presidenza del Consiglio, *Il futuro del diritto penale sostanziale dell’UE*, Bruxelles, 28 maggio 2019, doc. n. 9726/19, p. 8.

¹⁸ AMBOS K., *European Criminal Law*, cit., p. 10.

¹⁹ Comunicazione della Commissione COM(2011) 573 def., 20 settembre 2011, dal titolo *Verso una politica penale dell’Unione europea: garantire l’efficace attuazione delle politiche dell’Unione attraverso il diritto penale*, p. 4.

²⁰ MITSILEGAS V., *European Criminal Law and Resistance*, cit., p. 459.

²¹ SUOMINEN A., *Effectiveness and Functionality of Substantive EU Criminal Law*, in *NJECL*, 2014, p. 388.

²² Dedicata un’ampia analisi a questi aspetti MITSILEGAS V., *European Criminal Law and Resistance*, cit., p. 460 ss.

costituzionali degli Stati membri (art. 67, par. 1, TFUE). In materia penale, rilevano in quest'ottica le disposizioni (artt. 82, par. 2, e 83 TFUE) alla luce delle quali l'Unione europea, ove provveda ad armonizzare le discipline nazionali, deve ricorrere alla sola direttiva, in modo tale che vi sia un vincolo limitato soltanto al risultato da conseguire, mentre i legislatori restano così liberi di scegliere le forme e i metodi per raggiungere tali obiettivi. Allo stesso modo, appare evidente l'intento di preservare le peculiarità costituzionali e disciplinari degli Stati membri nel contesto del controllo *ex ante* del rispetto del principio di sussidiarietà secondo il modello enunciato dal protocollo n. 2 allegato ai trattati: l'art. 7, par. 2, ultima frase del medesimo dispone che la soglia che impone il riesame del progetto di atto normativo sia abbassata a un quarto del totale dei voti attribuiti ai parlamenti dei Paesi membri²³.

La tutela delle specificità degli ordinamenti nazionali emerge poi con chiarezza nella previsione – riprodotta in materia processuale (art. 82, par. 3, TFUE) come in ambito sostanziale (art. 83, par. 3, TFUE) – che consente ad un membro del Consiglio, ove il progetto normativo impatti su «aspetti fondamentali del proprio ordinamento giuridico penale», di chiedere che il Consiglio europeo sia investito della questione, con sospensione della procedura, in attesa della discussione in seno a quest'ultima istituzione (c.d. freno di emergenza)²⁴.

Inoltre, l'esercizio delle competenze dell'Unione europea in materia penale soggiace a presupposti rigorosi ed esaustivamente definiti, nonché di limiti di intervento tali che, per quanto concerne l'ambito materiale suscettibile di intervento da parte dell'Unione europea, autorevole dottrina ha evidenziato come vi sia stata una limitazione rispetto a quanto era consentito dal sistema previgente²⁵.

Ancora, è stato evidenziato che gli Stati membri conservano – secondo quanto detta l'art. 76 TFUE – un ruolo centrale nell'attività normativa in materia penale, in quanto sono abilitati a presentare proposte di atti legislativi, purché tali iniziative provengano da almeno un quarto dei

²³ Delle tre volte in cui la procedura di *early warning* (o del c.d. cartellino giallo) è stata attivata (su cui v. GRANAT K., *The Principle of Subsidiarity and its Enforcement in the EU Legal Order: The Role of National Parliaments in the Early Warning System*, Oxford, 2018, p. 57), in una occasione ha avuto ad oggetto una proposta in materia penale: si tratta, come noto, dell'iniziativa della Commissione COM (2013) n. 534 del 17 luglio 2013 quanto all'istituzione della Procura europea ex art. 86 TFUE. In particolare, erano stati espressi 18 voti contrari; con la successiva comunicazione della Commissione COM(2013) 851 def., 27 novembre 2013 la Commissione ha dato atto di aver esaminato i pareri motivati inviati dai parlamenti nazionali, ma di non ritenere in alcun modo la propria proposta lesiva del principio di sussidiarietà: invero, numerose censure dei legislatori degli Stati membri riguardavano aspetti del tutto estranei a quelli che dovrebbero essere considerati. In proposito, v. WIECZOREK I., *The EPPO Draft Regulation Passes the First Subsidiarity Test: An Analysis and Interpretation of the European Commission's Hasty Approach to National Parliaments' Subsidiarity Arguments*, in *German Law Journal*, 2015, p. 1247.

²⁴ Su cui v., più ampiamente, *infra*, par. 3.4.

²⁵ MITSILEGAS V., *European Criminal Law and Resistance*, cit., p. 463-464. Anche DE BONDT W., *The Missing Link between Necessity and Approximation of Criminal Sanctions in the EU*, in *ECLR*, 2014, p. 147, spec. p. 148, evidenzia, specie rispetto all'art. 83, par. 1, TFUE, che il trattato di Lisbona non ha comportato significativi sviluppi quanto agli ambiti di intervento del legislatore europeo, se non una maggiore perimetrazione dei settori in cui l'esercizio di competenze è ammesso.

Paesi: risulta quindi eroso il consueto monopolio della Commissione, a favore degli Stati membri che, in quest'ambito, riassumono in sé tanto la funzione di attivazione della procedura legislativa, quanto della successiva discussione e adozione del testo normativo²⁶.

I poteri e le facoltà riservati ai Paesi in caso di iniziative *ex artt.* 82 e 83 TFUE hanno – oltre a quanto già rilevato – reso talvolta poco agevoli e più lunghe le negoziazioni dei testi degli atti: sintomo di ciò si trae dal fatto che l'articolato appare spesso largamente emendato rispetto alla proposta proveniente dalla Commissione e corredato da un numero assai corposo di considerando²⁷.

Infine, con due appositi protocolli (rispettivamente, i numeri 21 e 22) allegati ai trattati, è stato previsto un regime giuridico peculiare per tre Stati membri, ovverosia Regno Unito (prima, ovviamente, del recesso), Irlanda e Danimarca, dotati di un vero e proprio «right not to participate»²⁸. Per quest'ultimo Paese, nessun atto in materia di SLSG produce effetti vincolanti; i Paesi d'oltremania, invece, sono stati legittimati a scegliere, con riferimento ad ogni singolo atto adottato in materia di cooperazione giudiziaria penale, se partecipare o meno all'adozione (e, quindi, se vincolarsi al rispetto) dell'atto volta a volta oggetto di adozione. Il Regno Unito, prima che ne venisse formalizzato, il 31 gennaio 2020, il recesso dall'Unione europea²⁹, aveva goduto di un regime ulteriormente peculiare, caratterizzato (*ex art.* 10, protocollo n. 36 allegato ai trattati) dalla facoltà di esercitare il c.d. *black opt-out* (o *opt-out en masse*) rispetto a tutti gli atti adottati nella vigenza del regime precedente, ferma la possibilità di effettuare una selezione rispetto ai provvedimenti cui il Regno Unito avrebbe poi deciso di aderire nuovamente. Come noto, tale prerogativa era stata impiegata e la Gran Bretagna, a fronte degli oltre 130 atti rilevanti, aveva inteso continuare a partecipare soltanto a 35 di essi, escludendo – per quanto in questa sede d'interesse – tutte le decisioni-quadro in materia penale sostanziale³⁰.

²⁶ MITSILEGAS V., *European Criminal Law and Resistance*, cit., p. 467.

²⁷ NOWELL-SMITH H., *Behind the Scenes in the Negotiation of EU Criminal Justice Legislation*, in *NJECL*, 2012, p. 381. L'Autrice riporta in particolare gli esempi delle direttive 2011/93/UE in tema di lotta all'abuso e allo sfruttamento sessuale dei minori e pornografia infantile e 2012/29/UE in tema di diritti delle vittime della criminalità.

²⁸ L'espressione è di MITSILEGAS V., *European Criminal Law and Resistance*, cit., p. 471. Sul punto, v. anche AMALFITANO C., *La competenza penale dell'Unione europea*, cit., p. 7-8 e MONTALDO S., *L'integrazione differenziata e la cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale nell'UE: il caso degli opt-out di Regno Unito, Irlanda e Danimarca*, in *Leg. pen.*, 2 febbraio 2016; con specifico approfondimento sul Regno Unito e sull'esercizio della prerogativa riservata al Paese anglosassone, MONTALDO S., *Scadenza del regime transitorio per gli atti del terzo pilastro: il block opt-out del Regno Unito e il suo successivo opt-in per 35 misure*, in *Eurojus*, 1° dicembre 2014. Con riferimento ai regimi di *opt-out* previsti, in termini generali, dal trattato di Lisbona, cfr. BARATTA R., *Le principali novità*, cit., p. 61 ss.

²⁹ Decisione (UE) 2020/135 del Consiglio del 30 gennaio 2020 relativa alla conclusione dell'accordo sul recesso del Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord dall'Unione europea e dalla Comunità europea dell'energia atomica, in *GUUE*, 31 gennaio 2020, L 29, p. 1. Sui rapporti tra Brexit e cooperazione giudiziaria in materia penale, v. MITSILEGAS V., *European Criminal Law after Brexit*, in *Criminal Law Forum*, 2017, p. 219; BRIÈRE C., *Brexit and its Consequences for Cooperation in Criminal Matters*, in *European Law Blog*, 3 febbraio 2020.

³⁰ BLANCHET T., *The Genesis of Protocol n. 36*, in *NJECL*, 2015, p. 434, spec. p. 435 ss.; MONTALDO S., *Scadenza del regime transitorio*, cit., p. 4. La lista degli atti di terzo pilastro cui il Regno Unito era rimasto vincolato è pubblicata

L'Irlanda, unico Stato membro per il quale vige oggi lo specifico regime dettato dal protocollo n. 21, aderisce a otto delle undici direttive adottate sulla base dell'art. 83, parr. 1 e 2, TFUE³¹; il Regno Unito, invece, aveva espresso il proprio *opting-in* per due soli degli atti³².

Da ultimo, si deve sottolineare che i Tribunali e le Corti costituzionali di alcuni Stati membri si sono pronunciati, secondo le previsioni nazionali, sulla compatibilità del trattato di Lisbona con le proprie Carte fondamentali³³. In particolare, alcune di queste sentenze si sono soffermate sulle competenze penali attribuite all'Unione europea; la più nota è, senz'altro, quella resa dal Tribunale costituzionale tedesco del 30 giugno 2009³⁴. Nell'*iter* argomentativo, i giudici di Karlsruhe hanno puntato l'attenzione, in modo particolarmente critico, sull'estensione delle competenze dell'Unione nel settore penale: infatti, la decisione riguardo alla punibilità di una condotta dovrebbe esigere una decisione adottata dal legislatore nazionale, su base democratica e il ricorso al diritto penale non potrebbe degradarsi a strumento tecnico-giuridico meramente funzionalizzato a garantire maggiore effettività alla disciplina (già) adottata dall'Unione europea stessa³⁵. Inoltre, proprio per la capacità di incidere su aspetti che attengono al cuore dell'identità costituzionale degli Stati membri, le basi giuridiche che legittimano un intervento in materia penale (processuale e sostanziale) debbono essere interpretate in modo restrittivo ed esercitate soltanto previa accurata motivazione³⁶.

1.1. (segue): Il principio di attribuzione delle competenze nel quadro istituzionale successivo al trattato di Lisbona.

in *GUUE*, 1° dicembre 2014, C 430, p. 23. La lettera del 24 luglio 2013 con cui lo Stato aveva comunicato l'*opt-out* è riprodotta nel documento del Consiglio n. 12750/13.

³¹ In particolare, quanto alle direttive adottate sulla base dell'art. 83, par. 1, TFUE, l'Irlanda ha aderito alle nn. 2011/36/UE concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani, 2011/93/UE relativa alla lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori, 2013/40/UE relativa agli attacchi contro i sistemi di informazione, 2014/42/UE relativa al congelamento e alla confisca, 2014/62/UE sulla protezione dell'euro, 2017/2103 relativa all'inclusione nuove sostanze psicoattive nella definizione di «stupefacenti» di cui alla decisione-quadro 2004/757/GAI; quanto a quelle adottate ex art. 83, par. 2, TFUE, ha partecipato ad entrambi gli atti fondati su tale base, ossia le direttive 2014/57/UE relativa alle sanzioni penali in caso di abusi di mercato e 2017/1371 relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione.

³² Il Regno Unito aveva manifestato il proprio *opt-in* per le sole direttive 2011/93/UE relativa alla lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e 2013/40/UE relativa agli attacchi contro i sistemi di informazione.

³³ AMBOS K., *European Criminal Law*, cit., p. 11 e *ivi* ulteriori riferimenti alle singole sentenze. In particolare, si sono pronunciate le Corti di Repubblica ceca, Germania, Lituania, Polonia e Francia.

³⁴ Trib. Cost. tedesco, sent. 30 giugno 2009, ric. 2 BvR 1010/2008, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08, 2 BvR 5/08 e 2 BvR 182/09, in www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen (anche in lingua inglese), spec. parr. 252 ss.; sulla sentenza sono numerosi i commenti, tra cui BÖSE M., *La sentenza della Corte costituzionale tedesca sul trattato di Lisbona e il suo significato per la europeizzazione del diritto penale*, in *Criminalia*, 2009, p. 267; EDITORIAL COMMENTS, *Karlsruhe Has Spoken: Yes to the Lisbon Treaty, but...*, in *CMLR*, 2009, p. 1023; ROSSI L.S., *I principi enunciati dalla sentenza della Corte costituzionale tedesca sul Trattato di Lisbona: un'ipoteca sul futuro dell'integrazione europea?*, in *Riv. dir. int.*, 2009, p. 993.

³⁵ BÖSE M., *La sentenza della Corte costituzionale*, cit., p. 272.

³⁶ EDITORIAL COMMENTS, *Karlsruhe Has Spoken*, cit., p. 1029; AMBOS K., *European Criminal Law*, cit., p. 12.

La competenza legislativa dell'Unione europea, in modo non dissimile da quanto accade per le organizzazioni a carattere internazionale, è regolata dal principio di attribuzione: ciò significa che in tanto l'intervento delle istituzioni è legittimo, in quanto vi sia una base giuridica che stabilisca la possibilità e le modalità di esercizio di determinate competenze. Questo principio viene ribadito, nell'attuale impianto dei trattati, in più sedi (artt. 1, 4, 5 TUE; artt. 1-7 TFUE) e con una ripetitività considerata, da autorevole dottrina, financo ridondante³⁷.

Il trattato di Lisbona ha portato, anche sotto questo specifico aspetto, un elemento di novità significativo³⁸. In passato, la distribuzione delle competenze tra l'Unione europea e gli Stati membri non si fondava su clausole generali, né su liste di ripartizione delle stesse. Ne seguiva che l'attribuzione di un potere d'intervento in un dato settore derivava da una ricostruzione di ordine sistematico, con la conseguente produzione di incertezze, risolte, nei casi patologici, in via contenziosa³⁹. Infatti, come evidenziato da autorevole dottrina, l'assenza di un'enumerazione o elencazione delle competenze ha fatto in modo che «it has never been easy to specify an exact division of competence between the EU and Member States»⁴⁰. L'estensione e l'incisività delle competenze delle istituzioni risultavano variabili in ragione del campo d'azione e delle finalità, secondo un approccio funzionalista⁴¹.

Il trattato di Lisbona ha avuto il pregio di conferire maggior organicità e chiarezza alla ripartizione di competenze, avendo provveduto non solo all'enumerazione delle sfere d'intervento dell'Unione europea, ma anche all'esplicitazione delle tipologie (esclusive, concorrenti o parallele) in cui esse si articolano. In questo senso, gli estensori del trattato hanno accolto la dichiarazione formulata dal Consiglio europeo di Laeken del 2001, in cui si è ritenuto «necessario chiarire la ripartizione delle competenze tra l'Unione e gli Stati membri, semplificarla e adeguarla alla luce delle nuove sfide che si presentano all'Unione. Ciò può implicare tanto la riattribuzione

³⁷ STROZZI G., MASTROIANNI M., *Diritto dell'Unione europea. Parte istituzionale*, cit., p. 72; TESAURO G., *Alcune riflessioni*, cit., p. 485, ove l'Autore evidenzia, con chiarezza, che «[v]a subito ricordato che l'ordinamento giuridico dell'Unione è fondato sul principio delle competenze di attribuzione, com'è stato sottolineato in più occasioni e con inusitato zelo nel TUE e nel TFUE, quasi che non fosse stato da sempre, e senza contestazione alcuna, un principio fondamentale e inerente al sistema». Con espressione icastica, STROZZI G., *Prime considerazioni sul trattato di Lisbona*, in *Sud in Europa*, febbraio 2008, identifica, nella modifica del quadro istituzionale, taluni «rigurgiti di sovranità», riferendosi proprio «alle meticolose e ripetitive precisazioni concernenti le competenze»

³⁸ V., sull'attribuzione delle competenze dopo il trattato di Lisbona, DRAETTA U., *Le competenze dell'Unione europea nel Trattato di Lisbona*, in *Dir. com. sc. int.*, 2008, p. 245; LENAERTS K., GUTIERREZ FONS J.A., *The Constitutional Allocation of Powers and General Principles of EU Law*, in *CMLR*, 2010, p. 1629; ROSSI L.S., *Does the Lisbon Treaty Provide a Clearer Separation of Competences Between EU and Member States?*, in BIONDI A., EECKHOUT P., RIPLEY S. (eds.), *EU Law after Lisbon*, cit., p. 85; TRIDIMAS T., *Competence after Lisbon. The Elusive Search for Bright Lines*, in ASHIAGBOR D., COUNTROURIS N., LIANOS I. (eds.), *The European Union After the Treaty of Lisbon*, Cambridge, 2012, p. 47.

³⁹ BARATTA R., *Le competenze interne dell'Unione tra evoluzione e principio di reversibilità*, in *DUE*, 2010, p. 517, spec. p. 519.

⁴⁰ Così, testualmente, CRAIG P., *Competence: Clarity, Conferral, Containment and Consideration*, in *ELR*, 2004, p. 323.

⁴¹ BARATTA R., *Le competenze interne*, cit., p. 523.

di taluni compiti agli Stati membri quanto l'attribuzione all'Unione di nuove missioni, o un'estensione delle sue attuali competenze»⁴². Occorreva quindi, ad avviso del Consiglio europeo, chiarire il quadro complessivo dei settori attribuiti secondo formule più trasparenti e comprensibili, con l'obiettivo di contemperare le opposte esigenze di impedire un ampliamento «strisciante»⁴³ delle competenze dell'Unione, e di rafforzare, al tempo stesso, l'integrazione europea.

Ciò che emerge, dalla complessiva lettura delle disposizioni in tema di attribuzione delle competenze, è il tentativo di adoperare un inquadramento rigido, che argini i rischi di sconfinamento dell'ordinamento sovranazionale rispetto alle attribuzioni che gli Stati membri hanno operato: rischi che si erano palesati con evidenza nelle sentenze della Corte di giustizia del biennio 2005-2007 quanto agli *inputs* di penalizzazione mediante atti di primo pilastro⁴⁴.

Sembra dunque condivisibile l'affermazione della dottrina secondo cui lo scopo fondamentale degli estensori del trattato, in tema di competenze, fosse quello di consolidare il sistema delle competenze in termini netti, piuttosto che di provvedere ad un ampliamento; tuttavia, merita in ogni caso essere evidenziato che, nonostante questo intento, sussistono tutt'ora alcuni profili problematici, legati tanto all'enunciazione elastica e esemplificativa delle materie rientranti nelle competenze concorrenti, quanto all'esigenza di combinare, di volta in volta, le previsioni generali dettate dagli artt. 3 ss. TFUE con le norme speciali rilevanti⁴⁵.

Di conseguenza, l'apprezzamento delle attuali basi giuridiche in forza delle quali il legislatore europeo può intervenire in materia penale dev'essere condotto attraverso i filtri sin qui indicati, tenendo adeguato conto dell'importante e centrale ruolo che gioca il principio di attribuzione⁴⁶: il quadro di competenze delineato dall'art. 83 TFUE riflette (anche) la *ratio* di contenimento che ha ispirato l'azione riformatrice del trattato di Lisbona.

2. Gli scopi e le funzioni delle competenze penali attualmente riconosciute all'Unione europea.

Il riconoscimento di una competenza penale in capo all'Unione europea è oggi espressamente previsto dalle disposizioni del Capo IV, Titolo V (dedicato allo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia) della Parte III del TFUE.

⁴² Conclusioni del Consiglio europeo di Laeken, 14 e 15 dicembre 2001, *Dichiarazione di Laeken sul futuro dell'Unione europea*, allegato n. 1, p. 4.

⁴³ *Ivi*, p. 5.

⁴⁴ BARATTA R., *Le competenze interne*, cit., p. 520.

⁴⁵ TRIDIMAS T., *Competence after Lisbon*, cit., p. 49.

⁴⁶ LABAYLE H., *The Institutional Framework*, in MITSILEGAS V., BERGSTRÖM M., KONSTADINIDES T., *Research Handbook*, cit., p. 29, spec. p. 34.

Nonostante una formulazione non molto felice dell'art. 82, par. 1, che sembrerebbe percepire l'opera di ravvicinamento delle disposizioni penali nazionali in una posizione funzionale alla cooperazione giudiziaria⁴⁷, la competenza dell'Unione europea ha assunto una spiccata autonomia, in quanto non più finalizzata soltanto agli scopi di coordinamento tra le autorità nazionali incaricate di contrastare i fatti criminosi, come invece si ricavava dalla lettura degli artt. 29 e 31 TUE pre-Lisbona⁴⁸.

In particolare, con il nuovo assetto, l'Unione europea diviene «definitivamente competente a svolgere il giudizio di necessità di pena ma non ad esercitare la potestà punitiva»⁴⁹: in tal senso, essa può esercitare strategie di intervento, le quali avevano peraltro già dato (seppur con gli strumenti del terzo pilastro) luogo a profonde novità a livello nazionale⁵⁰. Tuttavia, la capacità delle scelte in sede europea di incidere sull'esercizio dello *ius puniendi* – uno degli aspetti più strettamente connessi alla sovranità – ha imposto non solo l'esigenza di delineare gli obiettivi della politica criminale sovranazionale, ma anche un limitato e prudente impiego delle basi giuridiche previste dai trattati⁵¹. In effetti (e come progressivamente si vedrà), l'armonizzazione in materia penale costituisce una forma di integrazione significativa per l'impatto che produce sugli ordinamenti nazionali, i quali, dopo il trattato di Lisbona, sono sottoposti al controllo – quanto al puntuale rispetto degli obblighi discendenti dall'ordinamento sovranazionale – da parte della Commissione europea: in questo modo si è posto rimedio al *deficit* di effettività che discendeva dalle peculiarità del regime del terzo pilastro e, nello specifico, delle decisioni-quadro⁵².

Appare quindi fondamentale indagare gli obiettivi che l'attività armonizzatrice delle istituzioni europee in materia penale mira a realizzare: alla luce di tali funzioni si possono delineare, nonché indagare criticamente, i tratti essenziali della politica criminale sovranazionale⁵³.

⁴⁷ GRASSO G., *La competenza penale*, cit., p. 694-695.

⁴⁸ AMALFITANO C., *Articolo 83 TFUE*, in TIZZANO A. (a cura di), *Trattati dell'Unione Europea*, cit., p. 897, spec. p. 899; BERNARDI A., *La competenza penale accessoria dell'Unione europea: problemi e prospettive*, in *DPC*, 1/2012, p. 43, spec. p. 44. Nella vigenza del TUE risalente alla fase pre-Lisbona, la dottrina italiana aveva lamentato una forma di inversione del rapporto tra diritto penale sostanziale e processuale, in quanto il primo risultava funzionale rispetto al secondo, in una logica esattamente opposta a quella consueta. Ne seguiva, secondo tale impostazione, che l'adozione di strumenti di cooperazione potesse portare ad una progressiva “processualizzazione” dell'intero sistema, con la conseguenza specifica di riconoscere al diritto penale (e al suo statuto garantistico a favore del reo) un ruolo sempre più ancillare e deteriore rispetto all'ambito processuale, nonché di provocare un'indebita armonizzazione delle fattispecie delittuose nazionali. Così MANACORDA S., *Il mandato d'arresto europeo nella prospettiva sostanzial-penalistica: implicazioni teoriche e ricadute politico-criminali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 788, spec. p. 791 e ulteriore dottrina ivi citata.

⁴⁹ SOTIS C., *Il Trattato di Lisbona*, cit., p. 1151-1152.

⁵⁰ *Ivi*, p. 1153.

⁵¹ DE BOND T W., *The Missing Link*, cit., p. 147.

⁵² WEYEMBERGH A., *The Functions of Approximation of Penal Legislation within the European Union*, in *Maastricht J. Eur. & Comp. L.*, 2005, p. 149, spec. p. 153.

⁵³ BERNARDI A., *Opportunità de l'harmonisation*, in DELMAS-MARTY M., GIUDICELLI-DELAGE G., LAMBERT-ABDELGAWAD E. (s.d.d.), *L'harmonisation des sanctions penales en Europe*, Parigi, 2003, p. 451

La dottrina suggerisce di distinguere funzioni di carattere autonomo e ausiliario⁵⁴.

Tra le prime, spicca la necessità di contrastare la criminalità in modo effettivo: affinché la lotta a certe forme di attività delittuose possa condurre ad un maggior grado di sicurezza per i consociati, è necessario che sia svolta su basi condivise tra gli Stati membri. Peraltro, come è stato messo in luce dalla Commissione a seguito di un'apposita ricerca condotta tra i cittadini europei, la necessità di fronteggiare la criminalità a livello sovranazionale e ben coordinato, allo scopo di garantire adeguata tutela ai singoli, è avvertita in modo significativo⁵⁵.

In particolare, occorre evitare che gli autori di illeciti possano avvalersi dell'esistenza delle diversità tra gli ordinamenti penali per mettersi al riparo dall'esercizio della giurisdizione, per scegliere ove commettere i reati in modo tale da ottenere il miglior trattamento a proprio favore, specie per quei delitti per i quali è indifferente il luogo di commissione (tra cui, a mero titolo di esempio, il riciclaggio di denaro, l'alterazione di sistemi informatici e in generale i cd. *computer crimes*). In questo senso, l'obiettivo è evitare che, tra gli Stati membri, alcuni di questi possano divenire "santuari" o "porti sicuri" ove l'attività criminale possa essere impunemente coltivata o dove gli autori possano trovare, appunto, riparo⁵⁶.

Inoltre, come è stato ben evidenziato⁵⁷, l'elevata permeabilità delle frontiere e l'accentuata mobilità degli individui rendono il singolo ordinamento ormai incapace di provvedere – da solo e senza interrelazioni quantomeno con i Paesi contermini – al mantenimento di un adeguato *standard* di sicurezza e controllo sociale. Di conseguenza, la presunta perdita di sovranità in materia penale potrebbe rivelarsi, al contrario, proprio il mezzo per permettere agli Stati membri di contrastare più efficacemente la criminalità e, in una certa misura, di riacquistare la capacità di esercitare utilmente lo *ius puniendi* a fronte dei fenomeni delittuosi più significativi⁵⁸: com'è stato autorevolmente affermato, «it is difficult to argue for the virtues of a criminal law restricted within the boundaries of the European nation states if crime itself does not respect these boundaries»⁵⁹.

L'esistenza (e la permanenza) di differenze, talora macroscopiche, tra le legislazioni applicabili nei singoli ordinamenti, potrebbe suscitare forme di sfiducia nei confronti del singolo

⁵⁴ In particolare, una ricostruzione nei termini che seguono è prospettata da WEYEMBERGH A., *L'harmonisation des législations : condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, Bruxelles, 2004, *passim*; EAD., *L'harmonisation des procédures pénales au sein de l'Union Européenne*, in *Archives de politique criminelle*, 2004, p. 37; EAD., *The Functions of Approximation of Penal*, cit.

⁵⁵ Comunicazione della Commissione, *Verso una politica penale*, cit., p. 2.

⁵⁶ BERNARDI A., *Opportunité de l'harmonisation*, cit., p. 461.

⁵⁷ HABERMAS J., *Après L'Etat-nation*, Parigi, 2000, p. 47.

⁵⁸ WEYEMBERGH A., *The Functions of Approximation of Penal*, cit., p. 165.

⁵⁹ AMBOS K., *Is the Development of a Common Substantive Criminal Law for Europe Possible - Some Preliminary Reflections*, in *Maastricht J. Eur. & Comp. L.*, 2005, p. 173, spec. p. 174.

sistema repressivo nazionale, in quanto percepito – in confronto a quelli degli altri Paesi – incapace di perseguire adeguatamente talune forme di criminalità o, al contrario, eccessivamente severo: in ciascuno di questi due casi, viene perduta la capacità di prevenzione generale che, di regola, si assegna alle sanzioni penali⁶⁰. Addirittura, alcuni studi hanno messo in luce, in modo approfondito, le potenzialità criminogene dell'eterogeneità di disciplina in contesti geografici tra loro contigui⁶¹.

In secondo luogo, il contrasto alle forme di criminalità è necessario ai fini della stessa esistenza dell'Unione europea: vi sono illeciti che comportano una lesione diretta di beni di interesse sovranazionale ed è dunque ovvio che l'ordinamento *de quo* intenda agire affinché questi risultino adeguatamente protetti⁶². Si tratta di un'esigenza già segnalata dalla più attenta dottrina penalistica degli anni Sessanta⁶³: non è pensabile, ad esempio, che l'attività amministrativa o giudiziaria dell'Unione europea non risulti presidiata da opportune sanzioni, anche di carattere penale. Parimenti, è necessario proteggere le risorse economico-finanziarie di un ordinamento affinché questo possa altresì sviluppare in modo adeguato le proprie politiche⁶⁴. Queste considerazioni inducono a ritenere fondamentale lo sviluppo di forme quantomeno armonizzate di contrasto e sanzione nei confronti di tutte quelle condotte e omissioni lesive dei beni giuridici d'interesse europeo.

Un'ulteriore funzione che il ravvicinamento in materia penale sostanziale può dispiegare riguarda il rafforzamento della tutela dei diritti e delle libertà degli individui: e ciò s'intende in una duplice direzione.

In primo luogo, è necessario valorizzare la funzione protettiva del diritto penale, in quanto strumento che permette di preservare i singoli dall'impatto che la criminalità può avere nei loro confronti, ma anche come mezzo che garantisce adeguata protezione agli individui dalle pretese punitive dello Stato⁶⁵. In questo senso, il rafforzamento di principi in materia penale sostanziale (quali la legalità, la proporzionalità, la colpevolezza, la proporzionalità della sanzione) e proces-

⁶⁰ BERNARDI A., *Opportunité de l'harmonisation*, cit., p. 462.

⁶¹ PASSAS N., *Globalization, Criminogenic Asymmetries and Economic Crime*, in *Eur. J. L. Ref.*, 1999, p. 399, spec. p. 402 ss. e la dottrina *ivi* citata.

⁶² SIEBER U., *Memorandum on a European Model Penal Code*, in *Eur. J. L. Ref.*, 1999, p. 445, spec. p. 458.

⁶³ BRICOLA F., *Alcune osservazioni in materia di tutela penale degli interessi delle Comunità europee*, in BETTIOL G. (a cura di), *Prospettive per un diritto penale europeo*, cit., *passim*.

⁶⁴ Comunicazione della Commissione, *Verso una politica penale*, cit., p. 3: in tal sede viene particolarmente evidenziata la necessità di ricorrere all'armonizzazione penale come strumento per garantire l'attuazione delle politiche europee.

⁶⁵ Talvolta si definisce quest'ambiguità del diritto penale con la duplice metafora dello scudo e della spada: v. CARTUYVELS Y., *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal*, Bruxelles, 2007. Già ben radicata, nella penalistica, è l'idea per cui il codice penale è da intendersi come la *magna Charta* del reo, felice espressione riconducibile a Von Liszt, su cui v. MARINUCCI G., DOLCINI E., GATTA E., *Manuale di diritto penale*, cit., p. 8.

suale offre senz'altro un contributo determinante al fine di realizzare uno spazio comune europeo di libertà e giustizia. Altrettanto, l'affermazione di un elevato grado di armonizzazione conferisce maggior tutela ai soggetti già condannati in uno Stato membro, mettendoli al riparo dall'ulteriore esercizio dell'azione penale nei loro confronti per il medesimo reato e consente altresì di agevolare una proporzionata ed equa commisurazione di eventuali ulteriori sanzioni per lo stesso illecito, ove non operi il principio del *ne bis in idem*⁶⁶.

Inoltre, il singolo soggetto autore di un reato che possa essere perseguito da una pluralità di giurisdizioni sarebbe posto al riparo da forme di *prosecutorial forum shopping*, ovvero dalla possibilità che le autorità degli Stati membri decidano di esercitare l'azione penale ove sia vigente la legislazione più severa per il singolo illecito: anche in questo caso, l'esistenza di un denominatore comune alle singole normazioni in materia criminale potrebbe evitare rischi di tal genere⁶⁷.

Ancora, attraverso la convergenza delle norme penali, si potrebbe favorire un maggior senso di condivisione e di eguaglianza. In questo modo verrebbe rafforzato il valore della cittadinanza europea e, in specie, il diritto di circolare e soggiornare liberamente nel territorio dell'Unione (che allo *status civitatis* espressamente si collega, *ex art. 21 TFUE*): vi sarebbe infatti una diffusa consapevolezza circa l'esistenza di forme di protezione – nella duplice accezione di cui sopra, cioè tanto dal crimine quanto dall'impiego indiscriminato della sanzione penale – che si caratterizzano per omogeneità. Di conseguenza, verrebbero rimosse anche quelle disparità di trattamento, che certo non possono essere tollerate in un contesto che ambisce ad offrire un comune spazio di giustizia. In generale, sotto questo profilo, verrebbe valorizzato un effetto utile consistente nella creazione o nel rafforzamento di una identità condivisa tra i popoli europei; anche la fiducia reciproca tra i singoli ordinamenti ne ricaverebbe giovamento⁶⁸.

Infine, l'elevato grado di mobilità degli individui rischia di porre costoro a confronto con una pluralità di ordinamenti penali, ciascuno connotato da regole proprie e differenti: la definizione di un comune denominatore nei sistemi repressivi dei Paesi membri eviterebbe al singolo di dover conoscere (e rispettare) legislazioni tra loro profondamente eterogenee, a tutto vantaggio della chiarezza e della comprensibilità delle norme, in quanto «everybody should have easy access to the rules of the game»⁶⁹.

Gli obiettivi paventati paiono certamente ambiziosi, ma – ove tradottisi in politiche e strumenti ben coordinati – raggiungibili: se ne ha evidenza dall'analisi di alcune esperienze sia a

⁶⁶ BERNARDI A., *Opportunité de l'harmonisation*, cit., p. 459.

⁶⁷ Sul punto, v. LUCHTMAN M., *Choice of Forum in Cooperation Against EU Financial Crime: Freedom, Security and Justice and the Protection of Specific EU-interests*, L'Aja, 2013.

⁶⁸ Già lo evidenziava SIEBER U., *Union européenne et droit pénal européen. Proposition pour l'avenir du droit pénal européen*, in RSC, 1993, p. 262.

⁶⁹ WEYEMBERGH A., *The Functions of Approximation of Penal*, cit., p. 167.

livello continentale, sia in Stati extraeuropei a carattere federale. In primo luogo, il ravvicinamento delle disposizioni penali tra i cinque Paesi che hanno sottoscritto il Trattato di Helsinki del 1957⁷⁰ ha dimostrato, nel corso del tempo, ottimi risultati, nel senso che l'elevato grado di convergenza ha favorito la mobilità tra gli Stati coinvolti, è stato incrementato il senso di solidarietà ed è risultato nettamente migliorato il livello di integrazione tra i cittadini dei diversi Paesi⁷¹. In Canada, USA e Svizzera – tutti connotati da una struttura federale – la frammentazione in una pluralità di legislazioni penali a livello dei singoli Stati è stata, in termini recenti, progressivamente superata, con forme di ravvicinamento delle singole normative, giustificate sulla base di argomentazioni non dissimili da quelle testé spese rispetto all'Unione europea⁷².

Il ravvicinamento delle legislazioni penali può poi certamente assolvere a funzioni ausiliarie, strumentali rispetto ad ulteriori obiettivi, pur tutti convergenti verso il generale e più ampio fine di realizzare quello spazio che l'art. 3, par. 2, TUE designa come uno dei principali fini dell'integrazione europea: se è vero che il trattato di Lisbona ha superato l'impostazione del risalente art. 29 TUE, è innegabile che, almeno in termini riflessi e mediati, l'armonizzazione delle norme penali sostanziali dispiega effetti anche sul piano della cooperazione tra gli Stati membri. In questo senso, risulta certamente più agevole il mutuo riconoscimento dei provvedimenti emessi dalle singole autorità giudiziarie⁷³. Anche in questo caso, riscontri positivi vengono dal modello realizzato dai cinque Paesi scandinavi, nonché da quelle esperienze a carattere federale in cui all'accentramento *tout court* della legislazione penale si preferisce un modello di armonizzazione e cooperazione tra le autorità giudiziarie⁷⁴.

Inoltre, l'esistenza di legislazioni ravvicinate può favorire l'attività delle agenzie dell'Unione europea che operano nell'ambito della cooperazione giudiziaria in materia penale e di polizia, quali Eurojust ed Europol, nonché delle squadre investigative comuni⁷⁵.

⁷⁰ Trattato di cooperazione tra Danimarca, Finlandia, Islanda, Norvegia e Svezia, stipulato il 23 marzo 1962 e progressivamente emendato e integrato, il cui testo è consultabile *online* al sito www.norden.org. In particolare, l'art. 5 prevede che «[t]he High Contracting Parties should seek to establish uniform rules relating to criminal offences and the penalties for such offences. With regard to criminal offences committed in one of the Nordic countries, it shall, as far as circumstances allow, be possible to investigate and prosecute the offence in another Nordic country».

⁷¹ LAPPI-SEPPÄLÄ T., TONRY M., *Crime, Criminal Justice, and Criminology in the Nordic Countries*, in *Crime and Justice*, 2011, p. 1.

⁷² WEYEMBERGH A., *The Functions of Approximation of Penal*, cit., p. 169-170.

⁷³ Sul rapporto tra ravvicinamento, reciproco riconoscimento e fiducia reciproca, v., *ex multis*, AMALFITANO C., *Conflitti di giurisdizione*, cit., p. 180 ss.; BARD K., *The Impact of the Lisbon Treaty in the Field of Criminal Procedural Law*, in *NJECL*, 2011, p. 9, spec. p. 13; BERNARDI A., *Opportunità de l'armonisation*, cit., p. 457; PISTOIA E., *Lo status del principio di mutua fiducia nell'ordinamento dell'Unione secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia. Qual è l'intruso?*, in *Freedom, Security & Justice*, 2/2017, p. 26, spec. p. 29 ss.; MONTALDO S., *On a Collision Course! Mutual Recognition, Mutual Trust and the Protection of Fundamental Rights in the Recent Case-law of the Court of Justice*, in *European Papers*, 1/2016, p. 965; SCHROEDER W., *Limits to European Harmonisation of Criminal Law*, in *EU Crim*, 1° aprile 2020; SICURELLA R., *Fostering a European Criminal Law Culture: In Trust We Trust*, in *NJECL*, 2018, p. 308.

⁷⁴ WEYEMBERGH A., *The Functions of Approximation of Penal*, cit., p. 161.

⁷⁵ *Ivi*, p. 162.

In conclusione, risulta evidente che molteplici ragioni – unite alle esperienze maturate in altri contesti, sia a livello di cooperazione, sia in Stati a carattere federale – si pongono a fondamento di una progressiva forma di armonizzazione delle legislazioni penali sostanziali dei Paesi membri e attestano la legittimità e la bontà di questo modello: ispirato ad una logica di convergenza delle legislazioni⁷⁶, vengono evitati tanto gli ostacoli che deriverebbero da un paradigma fondato sull'unificazione, quanto le disarmonie che scaturirebbero dall'impiego di soli mezzi di cooperazione e coordinamento.

3. L'art. 83 TFUE: l'attuale base giuridica per l'intervento dell'Unione europea in materia penale.

L'art. 83 TFUE, collocato nel Capo IV, Titolo V, Parte III del trattato in esame, costituisce la disposizione che abilita espressamente le istituzioni legislative dell'Unione europea all'adozione di atti normativi volti ad armonizzare, nei termini ed entro i limiti di cui si dirà *infra*, le legislazioni penali sostanziali degli Stati membri.

L'attuale testo dell'art. 83 TFUE rappresenta una forma di razionalizzazione e sintesi tanto della competenza penale espressa che già era attribuita all'Unione europea dagli artt. 29 e 31, par. 1, lett. e) del previgente TUE (c.d. competenza di terzo pilastro, odierno art. 83, par. 1, TFUE), quanto della potestà implicita, riconosciuta dalle sentenze della Corte di giustizia del biennio 2005-2007 (c.d. competenza di primo pilastro, attuale art. 83, par. 2, TFUE). La scelta di compendiare le basi giuridiche per l'intervento in materia penale in un'unica sede, nonché di esplicitarle in modo dettagliato rispecchia l'orientamento già segnalato dal trattato costituzionale del 2004 – l'attuale testo dell'art. 83 TFUE rispecchia pressoché pedissequamente l'art. III-271 Tr. cost.⁷⁷ – e costituisce una manifestazione di quel chiaro intento (di cui si è fatto cenno *supra*) di cristallizzare in modo netto gli ambiti suscettibili di intervento da parte dell'Unione europea.

La disposizione in esame si articola in tre paragrafi.

⁷⁶ WEYEMBERGH A., *L'harmonisation des législations*, cit., p. 31-36, ove l'Autrice fornisce una nozione di armonizzazione e conclude nel senso che ravvicinamento e armonizzazione possono considerarsi sinonimi. Condivide quest'approccio anche MITSILEGAS V., *EU Criminal Law*, cit., p. 59.

⁷⁷ Con specifico riferimento alle novità che il trattato costituzionale avrebbe apportato in materia penale, v. *ex multis* KLIP A., *The Constitution for Europe and Criminal Law: A Step Not Far Enough*, in *Maastricht J. Eur. & Comp. L.*, 2005, p. 115, ove l'Autore manifesta l'insoddisfazione per l'assenza di un vero e proprio slancio innovativo quanto alla politica criminale dell'Unione europea. In particolare, egli evidenzia che «[t]he chosen method of development is thus counter-productive. The real influence of the harmonisation model has so far been marginal, or even absent» (p. 116). Occorre in ogni caso sottolineare che il testo dell'art. III-271 Tr. Cost. è stato poi di fatto riprodotto integralmente dall'attuale art. 83 TFUE, salvo due differenze: in primo luogo, il riferimento alla legge quadro europea è stato sostituito dalla direttiva; in secondo luogo, il meccanismo del freno di emergenza prevedeva la possibilità che i soggetti proponenti (Commissione o Stati membri) potessero presentare, su richiesta del Consiglio europeo, un nuovo progetto, onde superare l'*impasse*.

Il primo delinea un ambito di intervento dell'Unione europea mediante direttive adottate da Parlamento europeo e Consiglio all'esito della procedura legislativa ordinaria, circoscritto alle sole norme minime relative alla definizione di reati e sanzioni, in sfere di criminalità che siano considerate particolarmente gravi e manifestino una natura transnazionale (c.d. competenza autonoma⁷⁸ o con funzione securitaria⁷⁹). Il successivo art. 83, par. 1, co. 2, TFUE enuncia le specifiche condotte o aree delittuose per cui l'intervento normativo è possibile: si tratta di una restrizione *ratione materiae* operata direttamente dagli estensori dei trattati, i quali hanno tuttavia previsto che, per la mutevolezza e la variabilità delle attività criminali, il Consiglio possa adottare – all'unanimità e previa approvazione del Parlamento europeo – una decisione con cui tale elencazione possa essere estesa a ulteriori settori (art. 83, par. 1, co. 3, TFUE).

Allo stato attuale, a partire dall'entrata in vigore dei nuovi trattati, sono state adottate nove direttive *ex* art. 83, par. 1, TFUE⁸⁰.

Il secondo paragrafo della disposizione in esame perimetra, in termini espressi, quella competenza – definita sovente come accessoria o ancillare⁸¹ o, ancora, connotata da una logica funzionale⁸² – che la Corte di giustizia aveva già *de facto* affermato esistere nelle sentenze già richiamate degli anni 2005-2007. Anche in questo caso, le istituzioni legislative dell'Unione europea possono intervenire mediante direttive che stabiliscano norme minime concernenti la definizione dei reati e delle sanzioni che gli Stati membri dovranno prevedere nei propri ordinamenti. L'esercizio di questa competenza è subordinato alla condizione che una precedente politica dell'Unione europea, già oggetto di armonizzazione, necessiti, in termini di indispensabilità, di

⁷⁸ BERNARDI A., *La competenza penale accessoria*, cit., *passim*.

⁷⁹ MITSILEGAS V., *EU Criminal Law Competence After Lisbon: From Securitised to Functional Criminalisation*, in ACOSTA ARCARAZO D., MURPHY C. (eds.), *EU Security and Justice Law after Lisbon and Stockholm*, Oxford, 2014, p. 110, ove l'Autore evidenzia che «EU competence to criminalise can be justified in a twofold manner: upon the need for the Union to address security threats (securitised criminalisation) and upon the need for the Union to use criminal law in order to ensure the effectiveness of Union law (functional criminalisation)».

⁸⁰ Rispettivamente: direttiva 2011/36/UE concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani, in *GUUE*, 15 aprile 2011, L 101, p. 1; direttiva 2011/93/UE relativa alla lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori, in *GUUE*, 17 dicembre 2011, L 335, p. 1; direttiva 2013/40/UE relativa agli attacchi contro i sistemi di informazione, in *GUUE*, 14 agosto 2013, L 218, p. 8; direttiva 2014/42/UE relativa al congelamento e alla confisca, in *GUUE*, 29 aprile 2014, L 127, p. 27; direttiva 2014/62/UE sulla protezione dell'euro, in *GUUE*, 21 maggio 2014, L 151, p. 1; direttiva (UE) 2017/541 sulla lotta contro il terrorismo, in *GUUE*, 31 marzo 2017, L 88, p. 6; direttiva (UE) 2017/2013 che modifica la decisione quadro 2004/757/GAI del Consiglio al fine di includere nuove sostanze psicoattive nella definizione di «stupefacenti», in *GUUE*, 21 novembre 2017, L 305, p. 12; direttiva (UE) 2018/1673 sulla lotta al riciclaggio, in *GUUE*, 12 novembre 2018, L 284, p. 22; direttiva (UE) 2019/713 sulle frodi e le falsificazioni di mezzi di pagamento diversi dai contanti, in *GUUE*, 10 maggio 2019, L 123, p. 18;

⁸¹ AMALFITANO C., *La competenza penale dell'Unione europea*, cit., p. 20; AMBOS K., *European Criminal Law*, cit., p. 322 e 336 ss.; ASP P., *The Substantive Criminal Law Competence of the EU*, Stoccolma, 2012, p. 92; ID., *European Criminal Law and National Criminal Law*, in MITSILEGAS V., BERGSTRÖM M., KONSTADINIDES T., *Research Handbook*, cit., p. 315, spec. p. 321, ove l'Autore descrive la competenza di cui all'art. 83, par. 2, TFUE come «as an annex or a supplement to the general competences»; BERNARDI A., *La competenza penale accessoria*, cit., già dal titolo del lavoro, nonché poi a p. 46.

⁸² MITSILEGAS V., *EU Criminal Law Competence After Lisbon*, cit., p. 110.

un intervento di ravvicinamento delle disposizioni penali nazionali, al fine di garantire un'attuazione efficace degli obiettivi sovranazionali. L'ultima frase dell'art. 83, par. 2, TFUE prevede che la direttiva in materia penale sia adottata mediante la stessa procedura (ordinaria o speciale) che è stata impiegata per varare la disciplina armonizzatrice cui si intende assicurare piena effettività.

Allo stato attuale, sono state adottate due direttive sulla base dell'art. 83, par. 2, TFUE: l'una in tema di *market abuse*⁸³, l'altra nell'ambito della protezione degli interessi finanziari dell'Unione europea⁸⁴.

L'ultimo paragrafo dell'art. 83 non disciplina una ulteriore forma di competenza, bensì delinea il particolare meccanismo del c.d. freno di emergenza, comune ai parr. 1 e 2⁸⁵.

Un esame, anche solo *ictu oculi*, dell'art. 83 TFUE, disvela un aspetto fondamentale dell'intervento sovranazionale in materia penale: si tratta sempre di una potestà incriminatrice (e sanzionatoria) a carattere indiretto⁸⁶, in quanto sia alla luce del par. 1, sia in virtù del par. 2 dell'articolo in esame è possibile l'adozione di sole direttive⁸⁷, le quali postulano necessariamente un intervento del legislatore nazionale. Attraverso le direttive – che pure vincolano in modo assai significativo le scelte dei Parlamenti degli Stati membri – l'Unione europea individua i beni giuridici meritevoli di protezione, le condotte e le omissioni meritevoli di sanzione, gli elementi costitutivi della fattispecie e le soglie punitive⁸⁸. Non si tratta, dunque, di una competenza limitata all'*an*, ma si estende anche al *quantum* della pena⁸⁹. Spetta in ogni caso ai legislatori nazionali

⁸³ Direttiva 2014/57/UE relativa alle sanzioni penali in caso di abusi di mercato, in *GUUE*, 12 giugno 2014, L 173, p. 179.

⁸⁴ Direttiva (UE) 2017/1371 relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione, in *GUUE*, 28 luglio 2017, L 198, p. 29.

⁸⁵ Su cui v. *infra*, par. 3.4.

⁸⁶ Si era discusso, prima dell'adozione della direttiva (UE) 2017/1371 e del regolamento istitutivo della Procura europea (regolamento (UE) 2017/1939, in *GUUE*, 31 ottobre 2017, L 283, p. 1), della possibilità che l'art. 86 TFUE offrisse la base giuridica per un intervento penale diretto da parte dell'Unione europea, abilitata a determinare, mediante regolamento, le fattispecie per cui la Procura sarebbe stata competente: è questa la tesi sostenuta da PICOTTI L., *Le basi giuridiche per l'introduzione di norme penali comuni relative ai reati oggetto della competenza della Procura europea*, in *DPC*, 13 novembre 2013 e da VERVAELE, J.A.E., *The Material Scope of Competence of the European Public Prosecutor's Office*. Lex incerta and unpraevia?, in BRIÈRE C., WEYEMBERGH A. (eds.), *The Needed Balances*, cit., p. 413, spec. p. 428. Invero, altra parte della dottrina (GRASSO G., *Il trattato di Lisbona e le nuove*, cit., p. 2344; SOTIS C., *Il Trattato di Lisbona*, cit., p. 1161 ss.) ha ritenuto impossibile ammettere una competenza penale diretta, ritenuta da GRASSO G. addirittura un'ipotesi eversiva (p. 2345). Il regolamento adottato nel 2017 sulla base dell'art. 86 TFUE non contiene di fatto alcun precetto penale "europeo", ma definisce il campo d'intervento della Procura con rinvio ai reati oggetto di armonizzazione mediante la (pressoché coeva) direttiva PIF: sul punto, v. BOGENBERGER W., *Article 86 TFEU*, in KELLERBAUER M., KLAMERT M., TOMKIN J. (eds.), *Commentary on the EU Treaties and the Charter of Fundamental Rights*, Oxford, 2019, p. 916, spec. p. 921; MONICI S., *La procura europea prende vita a vent'anni dall'originaria proposta*, in *Leg. pen.*, 23 ottobre 2017, p. 6.

⁸⁷ Così BERNARDI A., *La competenza penale accessoria*, cit., p. 45; KLIP A., *Towards a General Part of Criminal Law for the European Union*, in KLIP A. (ed.), *Substantive Criminal Law of the European Union*, Anversa, 2011, p. 15, spec. p. 24; SOTIS C., *Il Trattato di Lisbona*, cit., p. 1153.

⁸⁸ GRASSO G., *La competenza penale*, cit., p. 696.

⁸⁹ SATZGER H., *Le carenze della politica criminale europea. Appendice al manifesto del gruppo scientifico internazionale "European Criminal Policy Initiative"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 1278, spec. p. 1279.

plasmare i propri ordinamenti interni in modo tale che simili obblighi siano adeguatamente recepiti.

Il ricorso alla sola direttiva deriva dal fatto che, come già si è sottolineato, l'intervento dell'Unione europea in materia penale sostanziale è volto non a sostituire la disciplina nazionale, bensì a promuovere e realizzare forme di convergenza delle legislazioni degli Stati membri: di conseguenza, l'utilizzo di questo atto è assolutamente corrispondente agli scopi che innervano l'intervento sovranazionale nell'ambito dello *ius puniendi*. Inoltre, questa scelta si coniuga al meglio con il presidio del principio di legalità a livello nazionale: il legislatore resta il solo soggetto istituzionale capace di introdurre precetti penali, come altrimenti non potrebbe essere in caso di regolamenti.

La lettura sinottica dei paragrafi di cui si compone l'art. 83 TFUE mette in luce l'esistenza di alcuni tratti comuni alle due basi giuridiche e, ovviamente, anche le specificità di ciascuna delle norme attributive della competenza dell'Unione europea. Quanto agli elementi omogenei ai due paragrafi, si segnala non soltanto la limitazione alla direttiva quale unico strumento di armonizzazione, ma anche che essa può essere impiegata soltanto per delineare "norme minime" relative alla definizione "dei reati e delle sanzioni". Inoltre, è comune ad entrambe le previsioni il limite del freno di emergenza.

Ciascuna delle due basi giuridiche si connota, poi, per la presenza di aspetti caratterizzanti, che concorrono a delineare le aree suscettibili di intervento da parte delle istituzioni sovranazionali. L'esistenza di elementi di carattere eterogeneo, che specializzano e distinguono il par. 1 dal par. 2 dell'art. 83 TFUE, induce a valorizzare l'autonomo rilievo di ciascuna delle due disposizioni, escludendo che vi sia un rapporto di genere a specie o una qualsiasi forma di subordinazione o dipendenza tra le due⁹⁰.

All'art. 83, par. 1, TFUE infatti può farsi ricorso soltanto ove la fattispecie rispetto a cui viene operato il ravvicinamento rientri nell'elenco delle sfere di criminalità e alla duplice condizione della natura grave e transnazionale del reato *de quo*. L'art. 83, par. 2, TFUE, invece, può essere impiegato qualora vi sia una previa armonizzazione di una politica europea, la quale difetta di un'efficace attuazione e, onde colmare tale *deficit*, si intenda ricorrere al diritto penale.

Di conseguenza, per evitare una trattazione che sfoci nella ripetizione di alcuni aspetti e che trascuri le necessarie forme di interrelazione tra le due basi giuridiche, si procederà all'analisi dapprincipio degli elementi comuni, per poi soffermare l'attenzione su quelli che qualificano e caratterizzano le due diverse competenze tratteggiate dai parr. 1 e 2 della norma in esame.

⁹⁰ MONTALDO S., *I limiti*, cit., p. 67.

3.1. Le norme minime relative alla definizione dei reati.

Come si è già accennato in precedenza, le direttive adottate *ex art. 83*, parr. 1 e 2, TFUE devono limitarsi alle sole “norme minime” relative alla definizione dei reati: si tratta di una previsione che rievoca l’art. 31, par. 1, lett. e), ove tuttavia – in modo più esteso – si indicava che le norme concernessero gli «elementi costitutivi dei reati». La locuzione in esame, che perimetra la capacità armonizzatrice del legislatore europeo, è impiegata anche dall’art. 82, par. 2, TFUE, ma non compare in alcuna altra sede dei trattati: si può quindi riconoscere che essa contraddistingue l’esercizio del potere normativo sovranazionale nell’ambito penale, sia sostanziale, sia processuale.

Con riguardo all’art. 82, par. 2, TFUE, il sintagma ha un significato facilmente comprensibile: le direttive adottate in base a tale previsione costituiscono una soglia minima di tutela dei diritti degli interessati al di sotto del quale il legislatore nazionale non può attestarsi, essendo loro consentito soltanto mantenere o introdurre un livello più penetrante di presidio delle posizioni giuridiche soggettive (art. 82, par. 2, co. 3, TFUE). La Corte di giustizia ha avuto modo di sottolineare che ove le direttive impongano norme minime, gli Stati membri sono liberi non solo di ampliare il contenuto dei diritti previsti al fine di assicurare un livello di tutela più elevato, ma anche di consentirne il godimento in situazioni non espressamente contemplate⁹¹.

In materia penale sostanziale, invece, il richiamo alle norme minime non è altrettanto agevole da intendere.

In primo luogo, occorre comprendere quale significato debba attribuirsi alla nozione di “reato”, ovvero l’oggetto dell’intervento in chiave armonizzatrice da parte delle direttive *ex art. 83* TFUE. La delimitazione della competenza ai soli reati (e alle sanzioni relative) rivela l’intento degli estensori dei trattati di limitare l’opera di ravvicinamento delle legislazioni nazionali soltanto ad alcuni aspetti del diritto penale: in particolare, l’intervento sarebbe ammesso soltanto con riguardo alle norme della c.d. “parte speciale”, cioè agli elementi strutturali dei singoli illeciti⁹². Al contrario, risulterebbero del tutto esclusi tutti quegli istituti che caratterizzano la c.d.

⁹¹ Così, da ultimo, Corte giust., sent. 13 giugno 2019, causa C-646/17, *Moro*, ECLI:EU:C:2019:489, pt. 54. A questo proposito, occorre però ricordare che il mantenimento di standard di tutela più elevati da parte degli Stati membri non può pregiudicare «il primato, l’unità e l’effettività» del diritto dell’Unione europea: v. Corte giust., sent. 26 febbraio 2013, causa C-399/11, *Melloni*, ECLI:EU:C:2013:107.

⁹² La tradizionale distinzione tra parte generale e speciale è comune all’Italia e a numerosi altri Stati membri: essa rispecchia esigenze di razionalità, completezza e semplificazione, in quanto la prima “parte” si occupa di disciplinare – in via comune a ogni illecito penale – i criteri, oggettivi e soggettivi, di imputazione del fatto al suo autore, delle conseguenze del reato e di ogni altro aspetto che riguardi la punibilità, la seconda, invece, contiene l’elenco dei comportamenti illeciti. Cfr., sul punto, FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2019, p. 36-37, con richiami alla dottrina tedesca; per quanto concerne la dottrina francese, *ex multis*, cfr. PIN X., *Droit pénal général*, Parigi, 2017, l’intero par. 4 del capitolo introduttivo; per i riferimenti agli Stati della tradizione di *common law*, v. AMBOS K., *Is the Development*, cit., p. 177.

“parte generale” del diritto penale di ciascuno Stato membro, sebbene assumano rilevanza fondamentale in quanto incidono sul modo di essere e di operare in concreto dello *ius puniendi*⁹³.

La limitazione ai soli “reati” implica che il legislatore europeo può definire il perimetro delle fattispecie penalmente rilevanti; tuttavia, se un illecito penale costituisce – in ogni ordinamento – un fatto tipico e colpevole (secondo la teoria bipartita), oppure tipico, antiggiuridico e colpevole (ad avviso dell’impostazione tripartita)⁹⁴, è evidente che nella singola previsione di parte speciale possono essere inseriti elementi che riguardano non solo il fatto tipico, ma anche l’individuazione del grado di colpevolezza necessario affinché il reato si perfezioni o le eventuali condizioni che escludono l’illiceità della condotta, per quanto tipica (c.d. scriminanti o cause di esclusione dell’antigiuridicità).

Se si osservano i contenuti delle direttive adottate dall’Unione europea sulla base dell’art. 83 TFUE, emerge con chiarezza che la limitazione ai “reati” è stata tendenzialmente intesa come relativa alla definizione dei soli elementi materiali costitutivi delle fattispecie ritenute meritevoli di sanzione. Secondo un’interpretazione che riprende, in chiave storica, la formulazione dell’art. 31, par. 1, lett. e), TUE, pressoché tutte le direttive contengono un apparato di disposizioni volte a delineare – talvolta anche con estrema precisione – le condotte umane da criminalizzare⁹⁵, nonché eventuali presupposti dei singoli reati⁹⁶ o, ancora, le caratteristiche soggettive (qualità o

⁹³ La riflessione, specie della dottrina straniera, sulle possibilità e sull’utilità di forme di armonizzazione della parte generale del diritto penale risale già alla fine degli anni Novanta e risulta ancor oggi di significativa attualità, come ben evidenziato da KLIP A., *Towards a general part*, cit., p. 32 «tremendous importance of conceptualising a general part». In merito, v. AMBOS K., *Is the Development*, cit.; KLIP A., *Towards a General Part of Criminal Law for the European Union* e SICURELLA R., *Some Reflections on the Need for a General Theory of the Competence of the European Union in Criminal Law*, entrambi in KLIP A., *Substantive Criminal law of the European Union*, cit., rispettivamente p. 15 e p. 233; MELANDER S., *Effectiveness in EU Criminal Law and its Effects on the General Part of Criminal Law*, in NJECL, 2014, p. 274; PALIERO C.E., *La fabbrica del Golem: progettualità e metodologia per la parte generale di un codice penale dell’Unione europea*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 466; ROSSI F., *Presente e futuro del processo di armonizzazione europea della parte generale del diritto penale*, in DPC, 4/2015, p. 108; SIEBER U., *Memorandum on a European Model Penal Code*, cit.; VIGANÒ F., *Verso una “Parte generale europea”?*, in GRASSO G., ILLUMINATI G., SICURELLA R., ALLEGREZZA S. (a cura di), *Le sfide dell’attuazione di una Procura europea: definizione di regole comuni e loro impatto sugli ordinamenti interni*, Milano, 2014, p. 123.

⁹⁴ Per una chiara ricostruzione delle due teorie, v., nella penalistica tradizionale italiana, FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 194; in chiave comparatistica, all’interno degli ordinamenti degli Stati membri dell’Unione, v. AMBOS K., *Is the Development*, cit., p. 179-181.

⁹⁵ Si tratta, di regola, dei primi articoli, a partire dall’art. 2 o 3 (solitamente l’art. 1 di ogni direttiva ne definisce l’oggetto, talvolta poi l’art. 2 detta alcune definizioni comuni). In direttive maggiormente ricche di obblighi di incriminazione, la definizione dei reati occupa più articoli: ad es., la direttiva (UE) 2017/541 prevede un *corpus* normativo piuttosto articolato (artt. 3-14); la direttiva 2013/40/UE sui *cyber crimes* dedica gli artt. 3-7 a tale finalità. Altre invece compendiano la perimetrazione dei fatti tipici in una sola disposizione, eventualmente declinata in più commi o paragrafi, come nel caso delle direttive (UE) 2018/1673 sul riciclaggio (art. 3), 2014/62 in tema di protezione dell’euro (art. 3) o 2011/36/UE relativa alla tratta di esseri umani (art. 2).

⁹⁶ Il caso più significativo è senz’altro legato alla direttiva (UE) 2018/1673 in tema di riciclaggio: posto che tale delitto può configurarsi soltanto se vi è una (seconda) condotta delittuosa relativa a beni provenienti da un (primo) comportamento criminoso, è possibile che il reato si consumi soltanto a condizione che – come presupposto – vi sia un illecito “a monte”. La direttiva in esame si occupa, mediante il combinato disposto degli artt. 2 e 3, di definire rispetto a quali reati “presupposto” debba potersi avere l’incriminazione per il successivo riciclaggio.

condizioni personali) degli autori⁹⁷; al contrario, risultano pressoché infrequenti le indicazioni quanto alla colpevolezza⁹⁸ e solo in un singolo caso⁹⁹ si rinvencono disposizioni rilevanti sul piano dell'antigiuridicità. Tuttavia, ove le direttive contengano nozioni rilevanti in tema di elemento soggettivo e di cause scriminanti, esse non sono espressamente definite dagli atti normativi, così rimettendo *de facto* alle legislazioni nazionali la delimitazione del significato di tali concetti.

Tutte le direttive che contengono espliciti obblighi di incriminazione impongono – per tutti o solo alcuni dei reati armonizzati – la punibilità anche di forme di manifestazione del reato (il concorso e il tentativo) e di quelle condotte, prodromiche o successive (istigazione e favoreggiamento), che sono strettamente funzionali ai reati oggetto di armonizzazione¹⁰⁰. Anche in quest'ottica, tuttavia, il legislatore europeo si limita a formulare *inputs* di penalizzazione, senza fornire una definizione degli istituti appena richiamati: ciò perché si tratta di clausole che estendono l'area della punibilità e che sono di regola definite dai singoli codici penali nella propria parte generale, spesso con discipline assai eterogenee¹⁰¹.

Una volta delineato cosa possa intendersi per “reati” (cioè elementi materiali costitutivi delle fattispecie), è possibile comprendere cosa si intenda per “norme minime” ad essi relative.

Siccome l'art. 83 TFUE abilita le istituzioni europee a fissare obblighi quanto alla rilevanza penale di una condotta – quindi comporta fenomeni di nuova incriminazione, ovvero di estensione dei precetti già esistenti o, ancora, la modifica della severità sanzionatoria – l'espressione “norme minime” è stata tradizionalmente intesa nel senso che si impone allo Stato membro di criminalizzare quantomeno le azioni e le omissioni indicate dal testo della direttiva, mentre non sarebbe possibile conformare le fattispecie penali in modo da introdurre elementi che restringano l'area della penalità. Al contrario, i singoli legislatori sarebbero liberi di estendere il novero

⁹⁷ A titolo di esempio, l'art. 3, par. 3, direttiva 2014/57/UE restringe l'ambito di applicazione soggettiva del reato delineato da quella previsione ai soli soggetti che si trovino in una delle condizioni enunciate; ancor più significativa è la definizione di funzionario pubblico di cui all'art. 4, par. 4, direttiva (UE) 2017/1371, fondamentale in quanto taluni reati (ad es., quello di corruzione passiva, di cui al medesimo art. 4, par. 2) possono essere consumati soltanto da soggetti che rivestano tale qualifica (c.d. reati propri).

⁹⁸ Ad es., nell'art. 4, par. 2, lett. c), direttiva 2011/36/UE si prevede il requisito della “colpa grave”; altrove, invece, le direttive richiedono espressamente una forma di intenzionalità (artt. 3 e 4, direttiva (UE) 2019/713; art. 3, direttiva 2014/62/UE). L'art. 9, direttiva 2011/93/UE, prevede che, perché sia integrato l'elemento circostante ivi disciplinato, l'agente abbia operato deliberatamente o per negligenza. In alcuni casi vi sono esempi di c.d. dolo specifico, ovvero indicazioni sul fine per cui l'autore del delitto ha agito, senza necessità che tale obiettivo sia poi raggiunto: v., ad esempio, l'art. 3, par. 1, lett. a), direttiva (UE) 2018/1673.

⁹⁹ Art. 2, par. 4, direttiva 2011/36/UE, ove si legge che il consenso della vittima della tratta di esseri umani allo sfruttamento, programmato o effettivo, è irrilevante in presenza di una delle condizioni di cui al par. 1.

¹⁰⁰ Art. 3 direttiva 2011/36/UE; art. 7 direttiva 2011/93/UE; art. 8 direttiva 2013/40/UE; art. 6 direttiva 2014/57/UE; art. 4 direttiva 2014/62/UE; art. 14 direttiva 2017/541 (in questo caso non è prevista l'incriminazione per favoreggiamento); art. 5 direttiva 2017/1371; art. 4 direttiva 2018/1673 (*idem*); art. 8 direttiva 2019/713.

¹⁰¹ Sul punto, nello specifico per il tentativo e il concorso, v. AMBOS K., *European Criminal Law*, cit., *passim*. Per taluni specifici aspetti relativi ai paesi nordici, v. ELHOLM T., *Does EU Criminal Cooperation Necessarily Mean Increased Repression*, in *EJCLCJ*, 2009, p. 191, spec. p. 205.

di condotte sottoposte a sanzione, sia attraverso incriminazioni ulteriori, sia mediante l'adozione di elementi costitutivi della fattispecie meno restrittivi¹⁰².

Ciò comporta che l'intervento armonizzatore dell'Unione europea ha sempre un carattere «one-sided and repressive», in quanto quand'anche il legislatore nazionale non dovesse prevedere ad un'ulteriore estensione del perimetro punitivo fissato dalla direttiva, quest'ultimo sarà in ogni caso tenuto a reprimere quantomeno le condotte delineate da quell'atto¹⁰³. In questo senso, perciò, l'armonizzazione *ex art. 83 TFUE* non porta ad una diminuzione dell'area della penalità, ma fornisce sempre e solo *inputs* di penalizzazione, che non determinano l'adozione di nuove fattispecie soltanto quando la singola normativa nazionale dovesse risultare già pienamente compatibile con gli obblighi di risultato imposti.

Tuttavia, il richiamo alle norme minime ha indotto la dottrina ad alcune riflessioni di carattere ulteriore, che hanno sollecitato una diversa (ma non condivisa) esegesi della nozione di “minimo”.

In primo luogo, si è proposto di intendere la locuzione in esame con riferimento all'obiettivo che la singola direttiva ambisce a realizzare: perciò, l'obbligo di criminalizzazione si dovrebbe intendere non (soltanto) nel senso di imporre al legislatore nazionale un *minimum* degli elementi costitutivi necessari nella singola fattispecie, bensì dovrebbe comprendersi alla luce della finalità per cui l'atto è stato adottato¹⁰⁴. Pertanto, il legislatore nazionale dovrebbe prevedere precetti penali che soddisfino tale standard, cioè quello di tutela minimo previsto dalla singola direttiva¹⁰⁵. Altrimenti, se le disposizioni si limitassero a fissare una soglia di penalizzazione minima, gli Stati membri godrebbero di una libertà eccessivamente ampia, in quanto sarebbe loro consentito un intervento repressivo illimitato¹⁰⁶.

Una lettura dell'espressione “norme minime” in chiave funzionale è stata prospettata anche assumendo a parametro non tanto gli scopi della singola direttiva, quanto piuttosto gli obiettivi dei trattati in tema di creazione di uno SLSG: in particolare, si sottolinea che «these minimum rules are related to the Treaty objectives, including equivalent protection and common provisions when dealing with cross-border crime or enforcement of EU policies. This means that the

¹⁰² Questa è l'interpretazione tradizionale, fornita da AMBOS K., *European Criminal Law*, cit., p. 320-321; ASP P., *The Substantive Criminal Law Competence*, cit., p. 110; KLIP A., *Towards a General Part*, p. 24. Ad es., se la direttiva prevede che una condotta debba qualificarsi come illecita solo se commessa da certe categorie di soggetti, il legislatore nazionale può rimuovere questo limite e ritenere punibili altri soggetti; non è ammesso, invece, il contrario.

¹⁰³ ASP P., *The Importance of the Principles of Subsidiarity and Coherence in the Development in EU Criminal Law*, in *ECLR*, 2011, p. 44, spec. p. 50, da cui è tratta anche l'espressione citata.

¹⁰⁴ ASP P., *The Substantive Criminal Law Competence*, cit., p. 113, ha ritenuto condivisibile tale impostazione, ancorché espressa in termini non particolarmente espliciti.

¹⁰⁵ KLIP A., *European Criminal Law. An Integrative Approach*, Oxford, 2012, p. 67.

¹⁰⁶ *Ivi*, p. 162 ss.

concept of minimum rules is functional to the objectives of the Treaty and not an autonomous criterion»¹⁰⁷.

Un'ulteriore voce in dottrina¹⁰⁸ ha rilevato che la locuzione in esame non potrebbe essere intesa secondo la ricostruzione tradizionale: approccio che viene definito «however hardly defensible» perché consentirebbe ai singoli legislatori scelte pressoché arbitrarie, con la conseguenza di veder trascurati i principi di certezza del diritto e di non discriminazione. Infatti, ad avviso di chi ha sostenuto questa tesi, l'attività armonizzatrice consentirebbe ai Paesi di replicare quelle forme di eterogeneità tra le loro legislazioni che danno luogo agli inconvenienti che proprio l'intervento in chiave di ravvicinamento vorrebbe superare. In questo senso, le *minimum rules* nel caso di interventi in materia penale andrebbero intese anche come *maximum rules*, sostanzialmente tali da costituire *unifying instruments*: a tal fine, si evidenzia che mentre nel caso dell'art. 82 TFUE è espressamente prevista la possibilità per gli Stati membri di superare la soglia minima dettata dalle singole direttive, l'art. 83 TFUE non ha abilitato i singoli legislatori a prevedere una forma di protezione più intensa degli interessi da presidiare con le norme penali¹⁰⁹.

L'opportunità di intendere la locuzione “norme minime” non soltanto come permissiva di qualsiasi intervento sanzionatorio ulteriore, ma anche in chiave limitativa è stata condivisa anche da altra e autorevole dottrina¹¹⁰: l'azione normativa *ex art. 83 TFUE* dovrebbe porre barriere al potere di iper-criminalizzazione – anche allo scopo di tutelare i diritti degli individui – e imporre agli Stati membri un contenimento delle proprie scelte punitive a quanto sia strettamente funzionale ad affrontare il fenomeno socialmente problematico su cui il precetto penale si estende¹¹¹.

L'esegesi dell'espressione *de qua* nei termini appena ripercorsi è però stata sottoposta a significative censure. Infatti, per quanto possa percepirsi in modo favorevole il richiamo ai legislatori nazionali a non estendere in modo eccessivo i contorni delle fattispecie penali adottate in virtù delle direttive – a tale necessità provvedono i numerosi principi che, in ogni ordinamento, esprimono un limite al legislatore quanto all'indiscriminato ricorso alla penalizzazione – è altrettanto evidente che intendere le norme minime come “massime” sarebbe «difficult to reconcile with the wording of Art. 83(1) TFEU – which does not provide for such a limitation – and,

¹⁰⁷ VERVAELE J. A. E., *European Criminal Justice in the post-Lisbon Area of Freedom, Security and Justice*, Trento, 2014, p. 42.

¹⁰⁸ NILSSON H.G., *How to Combine Minimum Rules with Maximum Legal Certainty?*, in *Europarättslig Tidskrift*, 2011, p. 665, spec. 674-6, da cui è tratta l'espressione che segue sotto.

¹⁰⁹ *Ibidem*.

¹¹⁰ MITSILEGAS V., *EU Criminal Law after Lisbon*, cit., p. 62.

¹¹¹ *Ivi*, p. 63.

more importantly, completely incompatible with the Member States' sovereign domain about their domestic criminal law»¹¹².

La preferenza per l'opzione tradizionale traspare con chiarezza dalle motivazioni contenute in apertura delle direttive adottate. Ad esempio, nei considerando di esordio della direttiva 2014/57/UE sul *market abuse*, si legge che «[p]oiché la presente direttiva prevede norme minime, gli Stati membri sono liberi di adottare o mantenere norme di diritto penale più severe in materia di abusi di mercato» e, successivamente, si precisa che «[g]li Stati membri possono, ad esempio, stabilire che la manipolazione del mercato commessa con grave colpa o negligenza costituisca reato»¹¹³. Perciò, i legislatori nazionali sono tenuti ad incriminare – come soglia minima – le condotte descritte ove commesse a titolo doloso: ma un ampliamento rispetto al livello “base” può essere operato prevedendo che costituiscano illeciti penali anche comportamenti gravemente colposi. Di medesimo tenore è il considerando n. 13 in apertura della direttiva (UE) 2018/1673: evidenziato che tale atto prevede norme minime, «gli Stati membri sono liberi di adottare o mantenere norme di diritto penale più severe in tale ambito. Gli Stati membri dovrebbero poter stabilire, ad esempio, che il riciclaggio commesso con leggerezza o per negligenza grave costituisce reato».

In sintesi, dunque, pare che la tesi tradizionale – quella, cioè, che intende le norme minime come capaci di delineare un livello di criminalizzazione che consente al legislatore soltanto forme di ulteriore (e non inferiore) ricorso allo *ius puniendi* rispetto a quanto previsto dalle direttive – sia preferibile da un punto di vista concettuale e, soprattutto, appare chiaramente sottesa all'attività normativa da parte delle istituzioni europee.

3.2. Le norme minime relative alle sanzioni.

L'art. 83 TFUE consente una forma di ravvicinamento anche sotto il profilo sanzionatorio: mediante le proprie direttive, le istituzioni dell'Unione europea possono tracciare una soglia minima della pena al di sotto della quale il legislatore dello Stato membro non può collocarsi. Tale competenza è ammessa tanto nel caso del par. 1 – profilo rispetto al quale non risulta alcuna novità rispetto al previgente art. 31, par. 1, lett. e) TUE – quanto con riferimento al par. 2, ovvero rispetto alla c.d. competenza ancillare: in questo senso, si registra una significativa novità,

¹¹² AMBOS K., *European Criminal Law*, cit., p. 321-322. Critiche simili sono state mosse anche da CAEIRO P., *The Relationship Between European and International Criminal Law and the Absent(?) Third*, in MITSILEGAS V., BERGSTRÖM M., KONSTADINIDES T., *Research Handbook*, cit., p. 580, spec. p. 595, ove si evidenziano anche serie perplessità sul fatto che intendere le “norme minime” come “massime” possa produrre apprezzabili risultati sul piano della certezza del diritto, posto che in ogni caso vi sarebbe la necessità di un'intermediazione da parte del legislatore nazionale, che conserva necessariamente margini di autonomia nel proprio intervento.

¹¹³ Rispettivamente, considerando 20 e 21.

in quanto la Corte di giustizia – specie con la sentenza *sicurezza marittima* del 2007¹¹⁴ – aveva sancito che, mediante gli interventi di primo pilastro, il legislatore europeo poteva soltanto imporre agli Stati membri l’obbligo di ricorrere a sanzioni penali, senza però essere abilitato ad alcuna armonizzazione in materia¹¹⁵. A partire dalla riforma operata a Lisbona, dunque, si assiste ad una «iperproduzione nel contesto politico-istituzionale dell’UE di norme minime che danno indicazioni più precise»¹¹⁶ quanto alle sanzioni da adottare in caso di *inputs* di penalizzazione.

In via preliminare, appare opportuno sottolineare che non v’è nei trattati alcuna definizione della locuzione “sanzione penale”. Posto che di regola la pena viene definita, nei suoi contenuti e nelle sue tipologie, dalla c.d. parte generale del diritto penale – in quanto poi le singole fattispecie si limitano a prevedere gli edittali, quindi il *quantum* di pena irrogabile – questa lacuna può apparire la conseguenza della limitazione tracciata dall’art. 83 TFUE stesso. La mancanza di una ricostruzione in termini generali di una classificazione delle sanzioni applicabili appare dalla lettura delle direttive: in alcuni casi, si fa menzione alla “pena detentiva”, in altre, invece, si menziona la “reclusione”, senza specificare se le due locuzioni siano coincidenti o se, come accade ad esempio in Italia, anche forme di esecuzione della pena al domicilio (quindi alternative a quella – tradizionale – *in vinculis*) possano considerarsi come misure detentive¹¹⁷.

In proposito, la Corte di giustizia, nella propria giurisprudenza¹¹⁸, ha adottato un approccio marcatamente sostanzialistico quanto al riconoscimento del carattere penale di una sanzione, di fatto condividendo i criteri enunciati dalla Corte EDU sin dal noto *leading case Engel c. Paesi Bassi*. Ai fini della qualificazione di una misura come penale, sono rilevanti tre criteri: la qualificazione giuridica dell’illecito nel diritto nazionale, la natura dell’illecito e il grado di severità della sanzione in cui l’interessato rischia di incorrere. Perciò, è evidente che – ad avviso delle istituzioni europee – non è la sola qualificazione formale a fare di una sanzione una pena, né le misure che possono assumere quest’ultima “etichetta” debbono necessariamente avere matrice detentiva. Pare, ad esempio, che a livello sovranazionale la confisca costituisca senz’altro una sanzione penale¹¹⁹, in

¹¹⁴ Corte giust., sent. 23 ottobre 2007, *Commissione c. Consiglio*, cit.

¹¹⁵ *Ivi*, pt. 69-70. In coerenza con quest’affermazione della Corte, le tre direttive di primo pilastro contenenti obblighi di penalizzazione adottate (la direttiva 2008/99/CE in materia ambientale, già citata; la direttiva 2009/52/CE sulle sanzioni per l’impiego irregolare di cittadini extraeuropei, in *GUUE*, 30 giugno 2009, L 168, p. 24 e la direttiva 2009/123/CE relativa all’inquinamento provocato dalle navi e all’introduzione di sanzioni per violazioni, in *GUUE*, 27 ottobre 2009, L 280, p. 52) si sono limitate a esigere, dagli Stati, sanzioni efficaci, dissuasive, proporzionate.

¹¹⁶ VOZZA D., *Le tecniche gradate di armonizzazione delle sanzioni penali nei recenti interventi dell’Unione europea*, in *DPC*, 3/2015, p. 16, spec. p. 22.

¹¹⁷ Ad es., le forme di detenzione domiciliare previste dagli artt. 47-ter, 47-quater, 47-quinquies, legge 26 luglio 1975, n. 354.

¹¹⁸ Corte giust., sent. *Garlsson*, cit., pt. 28; sent. *Akerberg Fransson*, cit., pt. 35; sent. *Bonda*, cit., pt. 37.

¹¹⁹ Non in tutti gli ordinamenti, invece, ciò si verifica: basti ricordare che il codice penale italiano, all’art. 240 c.p., configura la confisca – almeno nella forma c.d. diretta – come una misura di sicurezza.

quanto proprio sulla base dell'art. 83, par. 1, TFUE è stata adottata una direttiva volta a ravvicinare i regimi normativi degli Stati membri in materia.

In proposito, occorre evidenziare che gli interventi volti a dettare norme minime in tema di sanzioni penali prevedono la fissazione della soglia minima della pena massima irrogabile per la fattispecie oggetto di armonizzazione: rispetto a tale standard, il legislatore nazionale rimane libero di operare scelte in termini più rigorosi, prevedendo quindi sanzioni più gravi o aggiungendone di ulteriori¹²⁰.

La prassi di individuare il *minimum* rispetto all'edittale massimo si è sviluppata in ragione del fatto che non tutti gli ordinamenti degli Stati membri prevedono, all'interno della propria codificazione penale, una pena minima per ciascuna fattispecie¹²¹: tanto che gli estensori dei trattati avevano, in occasione della riforma di Amsterdam, allegato ai testi pattizi una dichiarazione in cui si leggeva che l'adozione di strumenti contenenti obblighi di criminalizzazione non comportava «l'obbligo di adottare pene minime per lo Stato membro il cui ordinamento giuridico non le prevede»¹²². Questa dichiarazione non è stata riprodotta a seguito della revisione di Lisbona: di conseguenza, la Commissione ha proposto, in due occasioni, di armonizzare anche i minimi della pena, tuttavia incontrando la ferma resistenza del legislatore, tanto che già il Parlamento europeo ha provveduto a espungere le disposizioni sulle soglie inferiori dall'articolato della proposta, sia nel caso del progetto di direttiva per la tutela penale dell'euro¹²³, sia nel caso della c.d. direttiva PIF¹²⁴. Le argomentazioni poste dalla Commissione a fondamento della proposta di

¹²⁰ DE BONDT W., MIETTINEN S., *Minimum Criminal Penalties in the European Union. In Search of Credible Justification*, in *ELJ*, 2015, p. 722, spec. p. 724; PEERS S., *EU Justice and Home Affairs*, Oxford, 2012, p. 803.

¹²¹ Sull'assenza di soglie minime di pena in taluni ordinamenti, v. BERNARDI A., *La competenza penale accessoria*, cit., p. 67. Nel 2015, è stato pubblicato (<https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/1226bed2-be78-11e5-9e54-01aa75ed71a1/language-en>) un ampio studio, promosso dalla Commissione europea, dal titolo *Study on Minimum Sanctions in the EU Member States*, in cui vengono messe in evidenza le profonde divergenze tra gli Stati membri quanto all'esistenza e alle modalità di individuazione del minimo sanzionatorio all'interno dei singoli ordinamenti. In particolare, v. l'intero capitolo secondo (p. 15 ss.), da cui emerge un panorama estremamente eterogeneo, in quanto alcune legislazioni penali fissano minimi comuni per categorie di reati, altre soglie minime a livello generale, altre invece (almeno per alcune forme di criminalità) non tracciano alcun livello.

¹²² Dichiarazione n. 8 relativa all'art. 31, par. 1, lett. e), allegata ai trattati.

¹²³ DE BONDT W., MIETTINEN S., *Minimum Criminal Penalties*, cit., p. 724. Si trattava, in particolare, della proposta (COM (2013) 42 def., 5 febbraio 2013) poi sfociata nella direttiva 2014/62/UE sulla protezione dell'euro. Nel progetto di direttiva, erano previste soglie minime tanto per l'edittale inferiore quanto per quello superiore (art. 5, par. 4). Tuttavia, la Commissione per le libertà civili, la giustizia e gli affari interni del Parlamento europeo, con relazione del 10 gennaio 2014, ha rilevato, in relazione alla fissazione delle soglie di pena minima che «un numero significativo di Stati membri ritiene che tali sanzioni siano eccessivamente ambiziose e in contrasto con il principio di sussidiarietà. Inoltre, [...] è suscettibile di provocare effetti deterrenti discordanti nell'Unione, e quindi rivelarsi controproducente». Di conseguenza, il riferimento è stato rimosso.

¹²⁴ Nella proposta COM (2012) 363 def., 11 luglio 2012, all'art. 8, erano stati dettati i minimi sanzionatori per entrambi gli edittali, minimi e massimi. Anche in questo caso, come indicato dalla Commissione per le libertà civili, la giustizia e gli affari interni del Parlamento europeo, con relazione del 25 marzo 2014, sono stati espunti i riferimenti ai minimi dei minimi, in quanto «non rispettano la diversità dei sistemi giudiziari e l'esigenza della discrezionalità giudiziale. Inoltre, la loro introduzione in questa sede non sarebbe coerente con la posizione adottata dal Parlamento in merito alla proposta di direttiva sulla protezione mediante il diritto penale dell'euro e di altre monete contro la falsificazione».

ravvicinamento anche delle pene minime – e non solo dei consueti parametri massimi – concernano la maggior capacità deterrente delle sanzioni (in quanto sicuramente non inferiori ad una determinata soglia), il superamento dei problemi legati al *forum shopping* e alla circolazione dei criminali e, infine, la possibilità che l’armonizzazione sui minimi possa favorire la cooperazione giudiziaria tra le autorità nazionali. Si tratta, tuttavia, di considerazioni che non sono state condivise dal Parlamento europeo, ad avviso del quale non sarebbe garantito un incremento in termini di prevenzione e, soprattutto, non sarebbe risolto il problema dell’eterogeneità tra gli ordinamenti nazionali¹²⁵; inoltre, la dottrina che, in modo più analitico, ha indagato i potenziali effetti di un ravvicinamento delle pene minime ha messo in luce evidenti fragilità nelle argomentazioni della Commissione¹²⁶. In particolare, è stato sottolineato che la fissazione di una soglia minima di pena non è garanzia di una concreta armonizzazione delle sanzioni, in quanto ogni ordinamento conosce istituti – tanto di diritto sostanziale, quanto processuale – che permettono *de facto* l’irrogazione di sanzioni al di sotto del livello edittale¹²⁷: di conseguenza, non sarebbe garantito alcun effetto utile quanto alla cooperazione penale, in quanto sovente essa opera in base alla pena in concreto determinata dal giudice¹²⁸. Inoltre, non vi sono studi che attestino la maggior deterrenza quanto alla scelta di rendere più rigorosi i minimi edittali, in quanto il fattore che, di regola, produce un incremento della prevenzione è la certezza della pena¹²⁹. Infine, difettano elementi empirici che attestino una correlazione tra la fissazione delle sanzioni minime e luogo di consumazione dei reati: anzi, vi sono alcune rilevazioni che, proprio rispetto agli illeciti per cui la Commissione ha proposto il ravvicinamento del *minimum* delle pene, disvelano l’insensibilità di alcune attività delittuose alla maggiore o minore severità delle cornici edittali¹³⁰.

Di conseguenza, le decisioni-quadro e, anche in seguito, le direttive si sono limitate a intervenire sulle soglie sanzionatorie massime.

¹²⁵ V. le note precedenti.

¹²⁶ DE BOND T W., MIETTINEN S., *Minimum Criminal Penalties*, cit., *passim*.

¹²⁷ V. *Study on Minimum Sanctions in the EU Member States*, cit., p. 75 ss.

¹²⁸ DE BOND T W., MIETTINEN S., *Minimum Criminal Penalties*, cit., p. 733. Ad esempio, l’art. 2, par. 1, decisione-quadro 2002/584/GAI relativa al mandato d’arresto europeo prevede che un MAE a fini esecutivi può essere emesso soltanto per l’esecuzione di pene dalla durata non inferiore a quattro mesi; l’art. 9, par. 1, lett. h), decisione-quadro 2008/909 relativa al reciproco riconoscimento delle sentenze che irrogano sanzioni detentive prevede che possa essere rifiutato il riconoscimento se la durata della pena da scontare in concreto, al momento del ricevimento della pronuncia straniera, sia inferiore a sei mesi.

¹²⁹ BOTTOMS A., VON HIRSCH A., *The Crime-Preventive Impact of Penal Sanctions*, in CANE P., KRITZER H. (eds.), *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research*, Oxford, 2010, p. 97, spec. p. 105.

¹³⁰ DE BOND T W., MIETTINEN S., *Minimum Criminal Penalties*, cit., p. 732: gli Autori, riferendosi ad un documento di lavoro della Commissione (n. SWD (2013) 19 final, 5 febbraio 2013) hanno evidenziato che larga parte delle attività di contraffazione dell’euro vengono commesse nel Sud Italia, nonostante le pene minime previste per tali condotte siano altrove molto meno severe rispetto a quelle italiane.

Se il modello di ravvicinamento più ricorrente è quello che stabilisce un livello (fissato rispetto ad una pena detentiva) minimo per l'editto superiore, non mancano forme di armonizzazione diversamente articolate. In alcuni casi, la direttiva si limita a richiamare la necessità di predisporre sanzioni efficaci, dissuasive e proporzionate¹³¹; in altri, si richiede che, almeno per i casi gravi, debba irrogarsi una misura a carattere privativo della libertà personale¹³². In passato, in alcune decisioni-quadro era stato impiegato delle c.d. “forchette”¹³³: per alcune forme di incriminazione era cioè individuato un intervallo tra due parametri, entro cui il legislatore doveva fissare l'editto massimo, sebbene il livello superiore non costituisse, secondo le indicazioni poi fornite dalla Commissione, un limite oltre il quale il legislatore nazionale non potesse attestarsi¹³⁴. Tale metodo, all'evidenza inutilmente farraginoso, è stato abbandonato nella prassi normativa più recente¹³⁵.

Le modalità di intervento delle direttive volte a ravvicinare i minimi dei massimi delle sanzioni penali previste per le fattispecie oggetto di armonizzazione hanno suscitato alcune critiche.

In particolare, si è sottolineato¹³⁶ che il legislatore europeo ha sempre concentrato la propria attenzione su sanzioni a carattere privativo della libertà personale ed ha sostanzialmente ommesso di considerare – o comunque relegato in secondo piano – tutte quelle misure che, pur avendo carattere penale, possono rappresentare adeguate alternative alla detenzione. Ad esempio, misure a carattere interdittivo per le persone fisiche sono dettate attualmente dalla sola direttiva 2011/93/UE, all'art. 10; sono talvolta previste forme di confisca¹³⁷, che, per gli atti successivi al 2014, contengono un richiamo alla disciplina generale fornita dalla direttiva 2014/42/UE.

A fronte del fatto che le istituzioni europee, ove intervengano per stabilire norme minime in tema di sanzioni penali, si riferiscano costantemente a misure di carattere detentivo, la dottrina

¹³¹ V., ad es., art. 9, par. 1, direttiva (UE) 2019/713.

¹³² Cfr., ad es., art. 3, direttiva (UE) 2017/1371.

¹³³ VOZZA D., *Le tecniche gradate*, cit., p. 25.

¹³⁴ Un modello scandito in quattro *step* di gravità, ciascuno correlato ad una soglia minima del massimo, era stato prospettato dalle Conclusioni del Consiglio del 24 e 25 aprile 2002 (Conclusioni del Consiglio, 27 maggio 2002, doc. 9141/02). Ivi, dopo esser stato evidenziato che era necessario adottare un approccio generale in tema di armonizzazione delle sanzioni, si è delineata una graduazione su quattro livelli sanzionatori. Il più basso (livello 1) avrebbe previsto una sanzione massima non inferiore ad un numero di anni di reclusione compreso fra uno e tre; il più alto (livello 4) avrebbe invece imposto una reclusione nel massimo non inferiore ad anni dieci. La Commissione europea, nel Libro Verde sul ravvicinamento, il reciproco riconoscimento e l'esecuzione delle sanzioni penali nell'Unione europea, COM (2004) 334 def., 30 aprile 2004, fugando ogni dubbio sulla struttura e la funzione delle c.d. forchette, ha sottolineato che «hanno lo scopo di fissare il minimo del massimo editto della pena» e «sono puramente descrittive: in realtà, esclusivamente il grado più basso di ciascun livello è pertinente, trattandosi di un massimo applicabile che deve essere almeno pari a 1, 2, 5 e 10 anni rispettivamente».

¹³⁵ VOZZA D., *Le tecniche gradate*, cit., p. 25.

¹³⁶ DE BOND T W., *The Missing Link*, cit., p. 150 e ulteriore dottrina ivi citata.

¹³⁷ La stessa comunicazione della Commissione del 2011 configura la confisca come una “misura aggiuntiva” rispetto alla sanzione principale. Tra i casi in cui è previsto il ricorso a tale strumento, v. art. 9, direttiva (UE) 2018/1673; art. 10, direttiva (UE) 2017/1371; art. 20, direttiva (UE) 2017/541; art. 11, direttiva 2011/93/UE; art. 7, direttiva 2011/36/UE;

ha evidenziato più di qualche perplessità, fino a ritenere paradossale che, ove si discorra di un livello minimo di pena, si faccia immediato e solo riferimento alla privazione della libertà¹³⁸. In proposito, il principio di *extrema ratio* – che opera tanto sul piano dell'*an* della pena, quanto sulla scelta della tipologia della stessa – dovrebbe anzitutto guidare la configurazione del sistema sanzionatorio nel senso di limitare, per quanto possibile, il ricorso alla privazione della libertà, così com'è stato evidenziato dalla dottrina¹³⁹ ma anche dal Consiglio d'Europa¹⁴⁰. La Commissione europea, nella propria comunicazione del 2011 sulla politica penale, aveva evocato la possibilità di impiegare tipologie di sanzioni diverse dalla reclusione e dalle ammende, onde valorizzare i criteri di efficacia, dissuasività e proporzionalità; tuttavia, nelle direttive *ex art. 83 TFUE* non sono state mai previsti (né proposti *ab origine*) obblighi per gli Stati membri che comportino sì il ricorso alla pena, ma a misure non necessariamente detentive.

Può tuttavia essere interessante osservare che, in tempi assai recenti, il Consiglio si è soffermato sull'opportunità di ricorrere a forme non detentive di sanzione penale¹⁴¹. Nelle proprie conclusioni, l'istituzione ha sottolineato che è opinione condivisa che la restrizione *in vinculis* debba essere utilizzata soltanto in ultima istanza e, dunque, l'applicazione di misure non privative della libertà appare non soltanto opportuno, ma anche utile per risolvere problematiche quali i costi del sistema carcerario o il sovraffollamento degli istituti di esecuzione della pena. Di conseguenza, la Commissione è stata esortata dal Consiglio a promuovere l'impiego di sanzioni non detentive, nonché ad effettuare uno studio comparativo che analizzi i sistemi nazionali e favorisca la diffusione dei paradigmi che si rivelino più efficienti.

Un secondo ordine di censure ha riguardato l'esistenza di marcate forme di eterogeneità a livello sanzionatorio tra gli Stati membri: divergenze ancor più esasperate dal fatto che gli istituti della parte generale del diritto penale – sottratti all'intervento europeo – che incidono fortemente sulla fase del *sentencing*. Per questa ragione, la dottrina ha sottolineato che «[t]he diversity

¹³⁸ MOCCIA S., *Funzione della pena ed implicazioni sistematiche: tra fonti europee e Costituzione italiana*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, p. 921; VOZZA D., *Le tecniche gradate*, cit., p. 26.

¹³⁹ DOVA M., *Pena prescrittiva e condotta reintegratoria*, Torino, 2017, p. 18 ss., il quale evidenzia (p. 21) che attualmente gli ordinamenti sembrano orientati a ricorrere al carcere come *prima ratio*, con onerose conseguenze, quali il sovraffollamento degli istituti di pena, il carattere criminogeno della permanenza in detenzione, l'ineffettività della pena. Su posizioni simili, già DE MURO G.P., *Ultima ratio. Alla ricerca dei limiti di espansione del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1654, spec. p. 1661-1662 e PALIERO C.E., *Metodologie de lege ferenda: per una riforma non improbabile del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 510, spec. p. 560.

¹⁴⁰ *In primis* la risoluzione 1938 del 2013 dell'Assemblea plenaria del Consiglio d'Europa, su cui v. DOVA M., *Pena prescrittiva*, cit. p. 19. Nel testo, si evidenzia che, siccome la pena detentiva costituisce la risposta punitiva maggiormente afflittiva e produttiva di effetti desocializzanti, dovrebbe essere riservata alle sole e più gravi forme di aggressione a interessi fondamentali che richiedono una più intensa prevenzione generale e neutralizzazione del pericolo.

¹⁴¹ Conclusioni del Consiglio sulle misure alternative alla detenzione, in *GUUE*, 16 dicembre 2019, C 422, p. 9. Per un breve commento, WAHL T., *Council Conclusions on Alternative Measures to Detention*, in *EUCrim*, 22 febbraio 2020.

in those myriads makes it difficult to develop a coherent and effective EU-level penalty policy»¹⁴². Il ricorso al modello del *minimum maximum* ha comportato non solo un'accentuazione delle divergenze, ma ha rivelato addirittura una vera e propria incapacità di raggiungere risultati soddisfacenti¹⁴³, con conseguenze di ordine fortemente negativo, in quanto tale sistema «leads to an increase in punitivity, tends to destroy the coherence of national systems and affects the proportionality of national penal concepts»¹⁴⁴. Paradigmatico il caso della Finlandia, ordinamento nel quale era previsto, fino all'avvento della legislazione europea antiterrorismo, un massimo della pena pari a dodici anni: per conformarsi agli obblighi previsti dapprima dalla decisione-quadro 2002/475/GAI e poi dalla direttiva (UE) 2017/541, si è dovuta innalzare tale soglia a quindici anni di reclusione¹⁴⁵.

Di conseguenza, è stato suggerito, all'esito di uno studio condotto da accademici di numerosi Stati membri¹⁴⁶, di superare il paradigma delle *minimum maximum penalties*, mediante l'individuazione di un sistema di ravvicinamento capace di garantire l'effettività delle scelte operate a livello sovranazionale, senza che sia eccessivamente incisa la coerenza degli ordinamenti nazionali.

A tal fine, nella misura in cui non è possibile alcun intervento in termini di uniformazione del sistema sanzionatorio, pare preferibile un modello fondato su quella che viene definita «relative comparability»¹⁴⁷: il legislatore europeo sarebbe legittimato a esprimere, per ciascuna delle fattispecie per le quali formula un *input* di criminalizzazione, un livello di gravità, secondo una graduazione precedentemente cristallizzata (gli autori di questa proposta ritengono sufficienti cinque categorie di gravità)¹⁴⁸. Agli Stati membri competerebbe poi indicare, a seconda degli strumenti sanzionatori di cui ciascuno di essi dispone, a quale tipologia e quantità di pena corrisponda il singolo *step*. Il modello in esame avrebbe quindi il favorevole esito di consentire agli ordinamenti nazionali di non alterare drasticamente la coerenza del proprio sistema punitivo, ma al tempo stesso garantirebbe che ogni reato per cui vi è stata un'armonizzazione su scala

¹⁴² DE BONDT W., MIETTINEN S., *Minimum Criminal Penalties*, cit., p. 722.

¹⁴³ *Ibidem*, v. anche SATZGER H., *The Harmonisation of Criminal Sanctions in the European Union. A New Approach*, in *EU Crim*, 2/2019, p. 115, spec. p. 117.

¹⁴⁴ SATZGER H., *The Harmonisation of Criminal Sanctions*, cit., p. 116.

¹⁴⁵ FOFFANI L., *Il manifesto sulla politica criminale europea*, in *Criminalia*, 2010, p. 657, spec. p. 671.

¹⁴⁶ Si tratta dello studio condotto dall'European Criminal Policy Initiative, i cui risultati sono, ad oggi, enunciati in SATZGER H., *The Harmonisation of Criminal Sanctions*, cit., in attesa che siano pubblicati (come si legge nel lavoro appena richiamato) in termini più estesi dallo stesso Autore.

¹⁴⁷ SATZGER H., *The Harmonisation of Criminal Sanctions*, cit., p. 118.

¹⁴⁸ Tra le numerose proposte che, nei primi anni Duemila, i Paesi avevano elaborato per guidare le scelte in ambito sanzionatorio, ve ne sono alcune che già avevano prospettato un modello strutturato su più *step* connessi al livello di gravità: cfr. *amplius* GIANNAKOULA A., *Approximation of Criminal Penalties in the EU: Comparative Review of the Methods Used and the Provisions Adopted – Future Perspectives and Proposals*, in *ECLR*, 2015, p. 133, spec. p. 135.

europea sia considerato egualmente grave da parte di tutti i legislatori: in sintesi, il ravvicinamento che verrebbe a realizzarsi riguarda non tanto le sanzioni in sé, quanto la gravità del singolo illecito.

La libertà degli Stati membri nell'esercizio della loro «filling discretion» rispetto agli *step* previsti dalle istituzioni europee non risponde, tuttavia, a mero arbitrio. Essi, in virtù del noto principio di leale collaborazione, sarebbero tenuti a prevedere, per i singoli livelli di gravità, sanzioni adeguate e la sussistenza di questo requisito potrebbe essere oggetto di accertamento mediante una procedura d'infrazione¹⁴⁹.

Allo stato attuale, questa proposta non risulta accolta, in quanto – per tutti gli strumenti di ravvicinamento adottati *ex art.* 83 TFUE – il modello impiegato è quello tradizionale, ormai radicato in circa due decenni di armonizzazione in materia penale sostanziale.

3.3. L'esclusione del ravvicinamento della parte generale del diritto penale.

Come si è già accennato in precedenza, l'esegesi letterale dell'art. 83 TFUE non consente alcun ravvicinamento che non abbia ad oggetto gli elementi costitutivi dei reati o le sanzioni per questi ultimi previste e si suole così affermare che è estranea alla competenza dell'Unione europea qualsiasi forma di intervento che ambisca ad armonizzare gli istituti della c.d. parte generale del diritto penale¹⁵⁰.

La tradizionale resistenza a consentire un ravvicinamento, anche solo parziale, rispetto alla parte generale si lega al fatto che essa riflette le scelte più strettamente connesse alla sovranità¹⁵¹ e, di conseguenza, legate a quell'identità nazionale che trova riconoscimento nell'art. 4, par. 2, TUE¹⁵². A tal proposito, si è manifestato il timore di una «harmonisation en cascade»¹⁵³, che porti ad un'eccessiva ingerenza delle categorie di origine europea rispetto agli istituti che costituiscono espressione della tradizione nazionale.

Non manca, tuttavia, una diffusa riflessione¹⁵⁴ sull'opportunità di procedere, almeno in parte, ad un'opera armonizzatrice anche di nozioni e disposizioni di carattere generale¹⁵⁵. Il bisogno di tracciare coordinate comuni per gli istituti che riguardano, in generale, l'esercizio dello

¹⁴⁹ SATZGER H., *The Harmonisation of Criminal Sanctions*, cit., p. 118.

¹⁵⁰ Sulla definizione delle categorie concettuali di parte generale e speciale, v. *supra*, nota 92 nonché, nello specifico, SICURELLA R., *Some Reflections*, cit., p. 245.

¹⁵¹ MELANDER S., *Effectiveness in EU Criminal Law*, cit., p. 290.

¹⁵² KLIP A., *European Criminal law*, cit., p. 166.

¹⁵³ SICURELLA R., *Some Reflections*, cit., p. 246.

¹⁵⁴ V. la dottrina di cui *supra*, nota n. 93 nonché una considerazione della Comunicazione della Commissione, *Verso una politica penale*, cit., p. 15, in cui si legge «[d]ovrebbe esservi un'intesa comune sui principi ispiratori della normativa dell'Unione in materia penale, quali l'interpretazione di concetti giuridici di base usati nel diritto penale dell'Unione e i modi in cui le sanzioni penali possono apportare valore aggiunto a livello di Unione».

¹⁵⁵ AMBOS K., *Is the Development*, cit., p. 175.

ius puniendi è emerso in quanto questi incidono in modo determinante sulla struttura dei reati, sul loro accertamento, sull'irrogazione delle sanzioni previste¹⁵⁶. Di conseguenza, l'eterogeneità esistente tra gli Stati membri produce ripercussioni negative sull'effettività dell'armonizzazione delle legislazioni penali¹⁵⁷.

A questo proposito, possono essere svolti due ordini di considerazioni.

Un primo si lega all'esistenza, in pressoché tutti gli ordinamenti, di categorie comuni, rispondenti alle medesime logiche di fondo: si pensi al tentativo e al concorso di persone, alle circostanze aggravanti e attenuanti, alle norme che escludono la punibilità o che conducono all'estinzione dei reati (tra queste, spicca sempre la prescrizione). Per quanto si tratti di istituti che compaiono in ogni codice penale europeo, la loro disciplina e la loro applicazione sovente divergono in modo sostanziale. Paradigmatico è il concorso di persone nel reato: alcuni legislatori nazionali distinguono le forme di partecipazione in base all'intensità e alla rilevanza del contributo apportato al fatto tipico e prevedono una graduazione della risposta sanzionatoria; altre codificazioni, invece, fanno proprio un modello unitario, per cui qualsiasi apporto, materiale o morale, che rilevi ai fini della consumazione del reato, determina la penale responsabilità per ciascun concorrente, senza distinzioni in termini di pena, e tutti costoro soggiacciono ai medesimi edittali¹⁵⁸.

Ancora, ci sono ordinamenti nei quali la disciplina sul tentativo presuppone la distinzione tra atti preparatori – che non sono punibili – ed esecutivi, gli unici che rivelano l'esordio dell'*iter criminis* e, in quanto tali, risultano sanzionabili; in altri Stati membri, invece, tale distinzione non ricorre e qualsiasi condotta prodromica al reato può fondare l'affermazione della penale responsabilità dell'autore¹⁵⁹.

Un secondo profilo meritevole di attenzione concerne l'impatto prodotto dagli istituti di parte generale sull'irrogazione delle sanzioni: a questo proposito, è assai interessante quanto emerge dallo studio comparativo sulle sanzioni penali minime promosso dalla Commissione¹⁶⁰, in cui si attesta che, più ancora che per le disparità in termini di compassi edittali, le diverse

¹⁵⁶ KLIP A., *Towards a General Part*, cit., p. 32.

¹⁵⁷ ROSSI F., *Presente e futuro del processo*, cit., p. 113.

¹⁵⁸ AMBOS K., *Is the Development*, cit., p. 186.

¹⁵⁹ *Ivi*, p. 176.

¹⁶⁰ *Study on Minimum Sanctions in the EU Member States*, cit., p. 116 ss., ove si ipotizza il trattamento sanzionatorio riservato da ciascun legislatore a fronte di tre "reati" parametro, ovvero il furto commesso da un adulto incensurato, la partecipazione ad un'associazione per delinquere finalizzata al traffico di stupefacenti da parte di un soggetto che poi cooperi con le forze dell'ordine e, infine, la violenza sessuale commessa su un minore da parte di un soggetto recidivo. Le differenze appaiono rilevanti, non soltanto per la diversità degli edittali, ma per l'incidenza che aspetti di parte generale (ad es., la recidiva, l'applicazione delle aggravanti) possono dispiegare sul computo della pena finale.

risposte punitive tra gli Stati divergono proprio perché ogni legislazione fa discendere conseguenze differenti da istituti concettualmente analoghi. Peraltro, queste norme, incidendo sia sull'*an*, sia sul *quantum* della sanzione, possono spiegare un'influenza determinante in merito alla capacità di effettività della pena¹⁶¹.

La dottrina ha, in ogni caso, osservato che – sia pure in via frammentaria – qualche forma di convergenza della parte generale dei sistemi penali si è prodotta a causa dell'obbligo degli Stati membri di conformare il proprio regime normativo agli obblighi derivanti dalle singole direttive¹⁶²: infatti, in alcune di esse si rinvengono delle “tracce” di intervento su alcuni istituti di parte generale, i quali, una volta modificati per rispettare i vincoli sovranazionali, si applicano poi in quei termini a tutto il diritto penale nazionale¹⁶³.

In quest'ottica, si deve sottolineare che pressoché tutte le direttive adottate sulla base dell'art. 83 TFUE prevedono, per tutte o alcune delle fattispecie per cui ricorrono gli obblighi di penalizzazione, l'estensione della punibilità anche alle forme di tentativo, concorso, istigazione e favoreggiamento. Si tratta, però, di categorie la cui definizione e portata applicativa non è oggetto di una definizione autonoma da parte del legislatore europeo; ciononostante, gli Stati membri devono fare in modo che per quelle forme di manifestazione dei reati sia prevista la punibilità, specie qualora ciò non fosse possibile in precedenza, come accaduto, ad esempio, in Svezia e Finlandia¹⁶⁴.

Parimenti, in molte direttive¹⁶⁵ sono previste circostanze che aggravano o attenuano il reato a cui accedono: per quanto queste siano dettate con riguardo a singole fattispecie, una volta trasposte nell'ordinamento, esse interagiscono con la disciplina comune dettata in tema e, soprattutto, possono eventualmente applicarsi anche a crimini diversi, ove il legislatore nazionale non ne abbia esplicitamente ristretto l'impiego.

Un significativo esempio di interferenza nella parte generale del diritto penale¹⁶⁶ si rinviene nella direttiva in materia di protezione degli interessi finanziari, ove, all'art. 12, direttiva (UE)

¹⁶¹ KLIP A., *Towards a General Part*, cit., p. 32; VIGANÒ F., *Verso una “parte generale europea”?*, cit., p. 126.

¹⁶² KLIP A., *European Criminal Law*, cit., p. 166.

¹⁶³ BERNARDI A., *La competenza penale accessoria*, cit., p. 56.

¹⁶⁴ In questi Paesi, sulla base degli strumenti di ravvicinamento adottati già prima del trattato di Lisbona, è stato necessario estendere l'area di applicazione del tentativo e del concorso: v. ELHOLM T., *Does EU Criminal Cooperation*, cit., p. 205.

¹⁶⁵ In proposito, v. art. 9, direttiva 2011/93/UE; art. 9, direttiva 2013/40/UE; art. 16, direttiva (UE) 2017/541; art. 8, direttiva (UE) 2017/1371; art. 6, direttiva (UE) 2018/1673.

¹⁶⁶ Per gli Stati membri che hanno dell'istituto una qualificazione in chiave sostanziale, come Italia, Spagna e Germania. Sul punto, per un approfondimento comparatistico, v. SILVANI S., *Il giudizio del tempo*, Bologna, 2009, p. 291.

2017/1371, il legislatore europeo ha dettato alcuni obblighi di durata minima del tempo necessario a prescrivere i reati e l'esecuzione delle pene¹⁶⁷.

Ancora, due spunti interessanti si possono trarre dalla direttiva 2011/36/UE in tema di lotta alla tratta degli esseri umani. In primo luogo, l'art. 2, par. 4 prevede che, per talune fattispecie, sia irrilevante il consenso della persona offesa al fatto che essa subisce: di conseguenza, gli Stati membri che prevedono una causa che esclude l'antigiuridicità per i casi in cui il fatto sia commesso con l'assenso di chi poteva disporre del bene leso (come l'art. 50 c.p. italiano) non debbono consentire che le specifiche condotte enunciate dalla direttiva possano risultare scriminate.

Altrettanto, nella direttiva in parola vi è una disposizione concernente il regime di procedibilità dei reati oggetto di armonizzazione: l'art. 9, nello specifico, impone agli Stati membri che, per le fattispecie ivi previste, si proceda d'ufficio e si prescinda dalla querela di parte. Allo stesso modo dispone l'art. 15 della direttiva 2011/93/UE.

La Corte di giustizia, nella sentenza *Intertanko*¹⁶⁸, ha avuto modo di chiarire che non vi è alcuna lesione del principio di prevedibilità della legge penale ove si faccia ricorso a locuzioni e categorie non puntualmente definite da parte dell'atto legislativo europeo, ma destinate ad essere intese secondo il diritto nazionale, in quanto si tratta di nozioni «pienamente integrate ed utilizzate nei rispettivi sistemi giuridici degli Stati membri»¹⁶⁹. Il Consiglio ha avuto modo di sottolineare, ancor di recente, che sono gli stessi Paesi a non voler provvedere alla definizione delle nozioni di carattere generale, preferendo conservare un margine di flessibilità rispetto al contenuto delle stesse¹⁷⁰.

In conclusione, per quanto l'art. 83 TFUE attribuisca una competenza esplicitamente limitata ai reati e alle sanzioni¹⁷¹, le direttive di ravvicinamento sin qui adottate hanno, più che in qualche caso, prodotto effetti riflessi sulle disposizioni della parte generale o condotto a qualche frammentaria forma di armonizzazione; si può invece escludere, in via pressoché categorica (e proprio per la lettera dell'art. 83 TFUE), che l'Unione europea possa ricorrere ad uno strumento normativo avente a oggetto gli istituti di carattere generale.

¹⁶⁷ Intervento che è stato letto anche in relazione alla vicenda *Taricco*: v. BASILE E., *Brevi note sulla nuova direttiva PIF*, in *DPC*, 12/2017, p. 63, spec. p. 70. Una lettura delle ricadute di quella sentenza sulla (allora) proposta di direttiva PIF è offerta da VENEGONI A., *La sentenza Taricco: un'ulteriore lettura sotto il profilo dei riflessi sulla potestà legislativa dell'Unione in diritto penale nell'area della lotta alle frodi*, in *DPC*, 29 ottobre 2015.

¹⁶⁸ Corte giust., sent. 3 giugno 2008, causa C-308/06, *Intertanko*, ECLI:EU:C:2008:312; la rilevanza della sentenza ai fini qui in esame è illustrata da MELANDER S., *Effectiveness in EU Criminal Law*, cit., p. 291.

¹⁶⁹ Corte giust., sent. *Intertanko*, cit., pt. 74.

¹⁷⁰ *Il futuro del diritto penale sostanziale dell'UE*, cit., p. 8.

¹⁷¹ Può essere interessante osservare che, secondo MELANDER S., *Effectiveness in EU Criminal Law*, cit., p. 298, il ricorso a basi giuridiche diverse dall'art. 83 TFUE potrebbe permettere, in caso di intervento in materia penale, di non ritenere operante il limite che restringe la competenza alle norme minime relative a reati e sanzioni, così consentendosi anche un ravvicinamento della parte generale.

3.4. Il freno di emergenza e la cooperazione rafforzata.

Rispetto a qualsiasi misura di ravvicinamento – proposta sulla base del par. 1 o par. 2 – è consentito il ricorso al c.d. freno di emergenza¹⁷²: ogni Stato membro può così sospendere il procedimento di adozione che abbia ad oggetto l’armonizzazione delle disposizioni penali nazionali qualora ritenga che il progetto di direttiva incida su aspetti fondamentali del proprio ordinamento. Il riferimento agli “aspetti fondamentali” induce a ritenere che non qualsiasi perplessità può legittimamente fondare l’impiego del freno: soltanto principi essenziali – come quelli di legalità, colpevolezza o la tutela di diritti inalienabili degli individui – potrebbero legittimare una decisione del genere da parte di un governo. Si è invocato al proposito un intervento da parte della Corte di giustizia affinché – qualora dovesse farsi ricorso all’istituto in esame – siano chiariti significato ed estensione del sintagma “aspetti fondamentali”¹⁷³.

Al pari di quanto accade per l’art. 82, par. 3, TFUE in materia processuale, la norma prevede che la questione sia rimessa al Consiglio europeo per un termine massimo di quattro mesi: entro tale scadenza, previa discussione in seno alla predetta istituzione (e ove sia stata raggiunta una convergenza su un testo comune), il progetto viene restituito al Consiglio.

In difetto di un’intesa, l’iter normativo è bloccato, salvo che almeno nove Stati membri si trovino d’accordo nell’instaurazione di una forma di cooperazione rafforzata¹⁷⁴: gli interessati debbono informare il Parlamento europeo, il Consiglio e la Commissione e possono procedere in tal senso senza che sia necessario acquisire l’autorizzazione che, di regola, verrebbe rilasciata ai sensi dell’art. 20, par. 2, TUE e art. 329, par. 1, TFUE. Per questa ragione, si tratta di una forma di cooperazione che gode di una «fast-track procedure»¹⁷⁵; restano poi applicabili tutte le consuete regole in tema di cooperazione rafforzata.

Come è stato notato, qualora il freno d’emergenza venisse impiegato rispetto ad un progetto promosso sulla base dell’art. 83, par. 2, TFUE, lo Stato membro che si fosse sottratto all’applicazione della direttiva volta a ravvicinare le norme penali sarebbe tuttavia sempre sottoposto agli obblighi derivanti dalle misure originarie di armonizzazione della politica rispetto a cui il secondo intervento è ancillare¹⁷⁶.

¹⁷² Su cui v. AMALFITANO C., *Articolo 83 TFUE*, cit., p. 909; EAD., *La competenza penale dell’Unione europea*, cit., p. 9 ss.; AMBOS K., *European Criminal Law*, cit., p. 322; LABAYLE H., *The Institutional Framework*, cit., p. 46.

¹⁷³ HUOMO-KETTUNEN M., *EU Criminal Policy at a Crossroads Between Effectiveness and Traditional Restraints for the Use of Criminal Law*, in *NJECL*, 2014, p. 301, spec. p. 317; LABAYLE H., *The Institutional Framework*, cit., p. 47.

¹⁷⁴ In questo senso, viene definita come procedura di “freno e acceleratore”: v. PIRIS J.C., *Il Trattato di Lisbona*, cit., p. 216-217.

¹⁷⁵ PEERS S., *EU Criminal Law*, cit., p. 523; MITSILEGAS V., *European Criminal Law and Resistance*, cit., p. 471 parla di «speedier action» per gli Stati membri egualmente interessati.

¹⁷⁶ AMALFITANO C., *Articolo 83 TFUE*, cit., p. 910.

Si tratta di un istituto che esprime una logica di tutela di interessi fondamentali di un singolo Stato membro, non certo nuova nel percorso di integrazione comunitario¹⁷⁷ e che sembra in una qualche misura compensare la perdita del diritto di veto di cui ciascun Paese godeva nella vigenza del regime intergovernativo del terzo pilastro. In questo senso, si è ritenuto che il freno di emergenza possa costituire un limite significativo allo sviluppo di una politica criminale europea effettiva e capace di raggiungere i propri obiettivi¹⁷⁸: se, come si è visto *supra*, l'esercizio di competenze in materia penale è teso a garantire il superamento di eterogeneità tra i sistemi penali e il rafforzamento di un comune sentimento di giustizia, un meccanismo a “geometria variabile” si potrebbe porre in contrasto rispetto a queste finalità.

Secondo autorevole dottrina, il meccanismo del freno di emergenza potrebbe trovare impiego ove – ammessa una competenza dell'Unione europea a dettare norme in materia penale sulla base di altre norme dei trattati¹⁷⁹ – vi fossero progetti di atti legislativi volti egualmente a incidere sullo *ius criminale* dei Paesi membri: si tratterebbe, di fatto, di un'applicazione analogica¹⁸⁰.

Tuttavia, ancorché il freno di emergenza possa apparire come attraente per uno Stato membro pur di sottrarsi alle iniziative di armonizzazione¹⁸¹, allo stato attuale nessun Paese ha mai invocato l'art. 83, par. 3, TFUE per paralizzare alcun progetto normativo in materia penale sostanziale¹⁸².

4. La competenza penale autonoma: elementi caratterizzanti dell'art. 83, par. 1, TFUE.

L'art. 83, par. 1, TFUE prevede un intervento di ravvicinamento mediante direttive, da adottare secondo la procedura legislativa ordinaria, che contengono norme minime relative alla definizione di reati e alle soglie minime di sanzioni irrogabili. La disposizione in esame restringe però il campo d'intervento attraverso tre forme di limitazione: il co. 1 prevede che l'armonizzazione sia possibile soltanto qualora si tratti di sfere di criminalità particolarmente gravi e che abbiano un carattere transnazionale, requisito che si desume dal carattere, dalle implicazioni dei reati o da una particolare necessità di contrastarli su basi comuni. Il successivo co. 2 detta l'elenco delle sfere di criminalità, che vengono quantificate in dieci specifici settori; la lista è

¹⁷⁷ AMALFITANO C., *La competenza penale dell'Unione europea*, cit., p. 9, con riferimento al noto compromesso di Lussemburgo del 1966.

¹⁷⁸ HERLIN-KARNELL E., *Recent Developments in the Area of European Criminal Law*, in *Maastricht J. Eur. & Comp. L.*, 2007, p. 15.

¹⁷⁹ V. *infra*, par. 6.

¹⁸⁰ AMBOS K., *European Criminal Law*, cit., p. 324.

¹⁸¹ HERLIN-KARNELL E., *What Principles Drive*, cit., p. 1117.

¹⁸² BOGENSBERGER W., *Article 83 TFEU*, in KELLERBAUER M., KLAMERT M., TOMKIN J. (eds.), *Commentary*, cit., p. 900.

suscettibile, ai sensi del seguente co. 3, di incremento mediante una decisione unanime da parte del Consiglio, previa approvazione da parte del Parlamento europeo.

Già *ictu oculi* appare evidente che i tre requisiti necessari affinché possa essere esercitata la competenza armonizzatrice in materia penale comportano una severa riduzione, *ratione materiae*, degli ambiti suscettibili di intervento da parte del legislatore europeo. Peraltro, secondo la dottrina assolutamente prevalente¹⁸³, i tre presupposti operano congiuntamente, nel senso che non solo una direttiva potrà essere adottata se riguarda una delle sfere di criminalità elencate, ma anche se, all'interno di esse, le singole fattispecie presentano una connotazione grave e transnazionale, quest'ultimo carattere da intendersi secondo uno dei tre criteri alternativamente dettati dall'art. 83, par. 1, TFUE.

4.1. La lista degli "eurocrimini".

L'art. 83, par. 1, co. 2, TFUE contiene un'elencazione di dieci sfere di criminalità che, di fatto, costituiscono una codificazione della prassi precedente, consolidatasi nella vigenza dei risalenti artt. 29 e 31, par. 1, lett. e), TUE¹⁸⁴. Tali forme delittuose vengono sovente definiti come eurocrimini o, in con locuzione anglofona, *EU core crimes*¹⁸⁵.

A differenza di quel che accadeva con riferimento all'esegesi delle disposizioni del TUE nella loro risalente versione, in cui si intendeva la lista fornita dal combinato disposto degli artt. 29 e 31 TUE soltanto esemplificativa, l'attuale trattato presenta una enumerazione a carattere tassativo¹⁸⁶: ciò appare palese in ragione del fatto che lo stesso art. 83, par. 1, TFUE detta un meccanismo ampliativo, altrimenti superfluo ove l'elenco dovesse (tuttora) intendersi come paradigmatico. Inoltre, la già richiamata volontà degli estensori dei trattati di definire le competenze dell'Unione europea al fine di limitarle in modo netto sembra avallare questa esegesi. Per quanto concerne il fenomeno del razzismo e della xenofobia, benché non compaiano nell'art. 83, par. 1, TFUE, si ritiene che si possano egualmente adottare strumenti normativi volti a garantire prevenzione e lotta rispetto a tali fenomeni alla luce dell'art. 67, par. 3, TFUE¹⁸⁷. L'altra

¹⁸³ AMALFITANO C., *La competenza penale dell'Unione europea*, cit., p. 18 ss.; MITSILEGAS V., *EU Criminal Law Competence After Lisbon*, cit., p. 114; SICURELLA R., "Prove tecniche" per una metodologia dell'esercizio delle nuove competenze concorrenti dell'Unione europea in materia penale, in GRASSO G., PICOTTI L., SICURELLA R. (a cura di), *L'evoluzione del diritto penale*, p. 3, spec. p. 24.

¹⁸⁴ SICURELLA R., *EU Competence in Criminal Matters*, cit., p. 71.

¹⁸⁵ Si tratta di un termine impiegato anche dalla comunicazione della Commissione, *Verso una politica penale*, cit., p. 5; in dottrina, v., *ex multis*, AMALFITANO C., *Articolo 83 TFUE*, cit., p. 900-901; MIETTINEN S., *Criminal Law and Policy in the European Union*, Londra, 2013, p. 145; SUOMINEN A., *Effectiveness and Functionality*, cit., p. 390 impiega l'ultima espressione riportata nel testo.

¹⁸⁶ AMALFITANO C., *La competenza penale dell'Unione europea*, cit., p. 19; MITSILEGAS V., *EU Criminal Law Competence After Lisbon*, cit., p. 114.

¹⁸⁷ AMALFITANO C., *Articolo 83 TFUE*, cit., p. 902.

significativa novità consiste nella espunzione, dalla lista, delle attività fraudolente a danno degli interessi finanziari dell'Unione europea: omissione che, come si vedrà in seguito, ha comportato la necessità di inquadrare l'esatta base giuridica per un intervento in materia¹⁸⁸.

L'elencazione resta, in ogni caso, caratterizzata da una certa eterogeneità quanto ai contenuti, in quanto essa annovera – a ben vedere – sfere di criminalità assai diverse; ciò concorre a rendere non facile l'esercizio di una politica penale ispirata a criteri di ragionevolezza, laddove gli ambiti suscettibili di intervento siano essi stessi particolarmente vari e differenti gli uni dagli altri¹⁸⁹.

Tuttavia – ancorché apparentemente esaustiva – l'elencazione non deve intendersi alla stregua di un vero e proprio *numerus clausus* per un duplice ordine di ragioni.

In primo luogo, è stato evidenziato¹⁹⁰ che l'ultimo comma dell'art. 83, par. 1, TFUE accorda alle istituzioni dell'Unione europea, secondo una procedura *ad hoc* delineata in quella sede, la facoltà di estendere la lista di reati: per quanto siano richiesti requisiti stringenti sia a livello procedurale (nello specifico, l'unanimità in sede di Consiglio) sia sostanziale – in quanto, secondo la dottrina, occorrerebbe che tali sfere di criminalità manifestino un carattere di gravità e transnazionalità¹⁹¹ – è in ogni caso possibile un ampliamento, seppur a oggi mai verificatosi. Si tratta di una norma che, analogamente all'art. 48, par. 6, TUE, legittima *de facto* una modifica dei trattati in senso estensivo, senza necessità di ricorrere alla ratifica e all'approvazione da parte degli Stati membri¹⁹². Il requisito dell'unanimità può dunque leggersi come il mezzo attraverso il quale gli estensori dei trattati abbiano posto i Paesi al riparo dal possibile (eccessivo) utilizzo di questo strumento, circostanza che ha peraltro meritato qualche critica perché, in questo modo, sarebbe la stessa istituzione del Consiglio (cioè il soggetto istituzionale chiamato a fare esercizio della competenza così come estesa) a decidere dell'impiego della stessa¹⁹³.

Inoltre, l'elencazione non avrebbe carattere tassativo nella sostanza in quanto la lista rivela, più che un novero di reati (cioè specifiche fattispecie delittuose), una serie di settori di attività delittuosa¹⁹⁴: espressioni come terrorismo, corruzione, criminalità informatica o organizzata possono costituire locuzioni di ampia esegesi¹⁹⁵, al punto di ricomprendervi numerose condotte e

¹⁸⁸ V. *infra*, par. 6.

¹⁸⁹ OUWERKERK J.W., *Criminalisation as a Last Resort: A National Principles Under the Pressure of Europeanisation*, in NJECL, 2012, p. 228, spec. p. 233.

¹⁹⁰ AMBOS K., *European Criminal Law*, cit., p. 320; OUWERKERK J.W., *Criminalisation as a Last Resort*, cit., p. 233: in questo senso, l'elenco sarebbe esaustivo, ma non definitivo.

¹⁹¹ PEERS S., *EU Justice*, cit., p. 672 prevede che l'elenco potrebbe essere "allungato" soltanto per reati che in ogni caso abbiano quelle caratteristiche di gravità e transnazionalità.

¹⁹² AMALFITANO C., *Articolo 83 TFUE*, cit., p. 901.

¹⁹³ Un rischio simile è paventato dalla sentenza del Trib. Cost. tedesco, sent. 30 giugno 2009, cit., par. 319, come evidenzia BÖSE M., *La sentenza della Corte costituzionale*, cit., p. 270.

¹⁹⁴ MITSILEGAS V., *EU Criminal Law after Lisbon*, cit., p. 59.

¹⁹⁵ BERNARDI A., *La competenza penale accessoria*, cit., p. 45, riconosce "non del tutto chiari" i termini impiegati.

omissioni¹⁹⁶. Del resto, nella misura in cui il TFUE assume – al pari del TCE un tempo – le sembianze di un “trattato cornice” e non legislativo¹⁹⁷, sarebbe stato difficile immaginare che l’art. 83, par. 1, TFUE potesse contenere un’enumerazione di fattispecie e non una mera indicazione dei contesti criminosi in cui l’intervento armonizzatore è ammesso. Il ricorso ad elencazioni non contenenti fattispecie precise si rinviene parimenti anche all’interno degli atti volti a delineare meccanismi di reciproco riconoscimento: l’esempio più noto è senz’altro costituito dall’art. 2, par. 2, decisione-quadro 2002/584/GAI¹⁹⁸.

La capacità di alcune sfere di criminalità di costituire la base per consentire un intervento normativo dell’Unione europea assai ampio può essere compresa dalla lettura di una direttiva in questo senso paradigmatica, ovvero quella adottata nel 2017 in tema di lotta al terrorismo: infatti, accanto ai reati espressamente qualificati come “terrorismo” (art. 3) o “riconducibili a un gruppo terroristico” (art. 4), già *ex se* numerosi e delineati con riferimento a molteplici condotte, si prevede l’incriminazione di un’ulteriore serie di delitti (“connessi ad attività terroristiche”, art. 5 ss.) che assumono rilevanza ai fini dell’intervento del legislatore europeo soltanto perché possono risultare funzionali o prodromici rispetto al gesto terroristico *tout court*. Grazie a questa forma di nesso teleologico, la direttiva può così armonizzare le sanzioni in tema di furto, estorsione, produzione o utilizzo di documenti falsi (art. 12): fattispecie che, a ben vedere, poco o nulla hanno a che fare con la sfera di criminalità legata al terrorismo.

Perciò, appare fondata l’affermazione di chi ha utilizzato, per delineare talune sfere di criminalità dai contorni assai ampi, l’etichetta di «cavalli di Troia»¹⁹⁹: attraverso un intervento in termini di ravvicinamento in quei settori, il legislatore europeo può agevolmente estendere il

¹⁹⁶ MITSILEGAS V., *EU Criminal Law Competence After Lisbon*, cit., p. 116; OUWERKERK J. W., *Criminalization Powers of the European Union and the Risks of Cherry-Picking Between Various Legal Bases: the Case for a Single Legal Framework for EU-Level Criminalization*, in *Col. J. of Eur. Law*, 2017, p. 503, spec. p. 508, parla di «very broad range of human actions», con specifico riguardo ai *computer crimes*. L’Autrice evidenzia che in quest’espressione si potrebbe di fatto ricomprendere ogni illecito penale che possa essere commesso mediante un apparato informatico, ancorché non abbia quest’ultimo come oggetto della condotta delittuosa.

¹⁹⁷ V. *supra*, Capitolo Secondo, par. 11.

¹⁹⁸ La questione appariva, appena adottata la decisione-quadro, particolarmente controversa, in quanto la formulazione dei trentadue reati era effettuata secondo una tecnica che talvolta indicava singole fattispecie (omicidio, lesioni, truffa, estorsione), talaltra, invece, designava delle categorie non descrittive di condotte penalmente antigiuridiche, ma solo come nuclei di disvalore (ad es., terrorismo), da “colmare” mediante le puntuali figure tipiche nazionali. In origine, si era ritenuto che tale formulazione, eccessivamente generica (DAMATO A., *Il mandato di arresto europeo e la sua attuazione nel diritto italiano (II)*, in *DUE*, 2005, p. 203, spec. p. 205), potesse comportare la compromissione della legalità: così, *ex multis*, CAIANIELLO V., VASSALLI G., *Parere sulla proposta di decisione quadro sul mandato d’arresto europeo*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 462). Proprio per questa ragione, è stata adita, in via pregiudiziale, la Corte di giustizia, la quale, con sent. 3 maggio 2007, causa C-303/05, *Advocaten voor de Wereld*, ECLI:EU:C:2007:261, ha chiarito che il principio di legalità non è violato da una tecnica di elencazione quale quella prevista dalla decisione-quadro in esame, in quanto la definizione delle fattispecie criminosi e delle singole pene resta sempre e comunque di pertinenza del legislatore nazionale.

¹⁹⁹ BRAUM S., *Europäisches Strafrecht im Fokus konfligierender Verfassungsmodelle Stoppt das Bundesverfassungsgericht die europäische Strafrechtsentwicklung?*, in *ZiS*, 2009, p. 418, spec. p. 421: l’Autore usa l’espressione tedesca «Trojanische Pferde», la cui traduzione, del tutto letterale, è appunto “cavalli di Troia”.

proprio raggio d'azione anche a fattispecie che, a prima vista, non sembrerebbero comprese nel perimetro tracciato dall'art. 83, par. 1, co. 2, TFUE.

4.2. (*segue*): i requisiti della gravità e della transnazionalità.

I requisiti di particolare gravità e transnazionalità sono dettati dall'art. 83, par. 1, co. 1, TFUE al preciso scopo di limitare l'intervento del legislatore europeo: questi due elementi svolgono un ruolo essenziale in quanto impongono – specie ove le sfere di criminalità siano suscettibili di ricomprendere, almeno astrattamente, un largo ventaglio di comportamenti umani – di selezionare soltanto quei fatti illeciti che appaiono davvero meritevoli di un'opera di ravvicinamento per mezzo di direttive. Di conseguenza, la dottrina ha precisato che i connotati di gravità e transnazionalità non sono stati dettati soltanto per guidare la (eventuale) decisione del Consiglio di aggiungere nuovi ambiti di intervento alla lista di cui all'art. 83, par. 1, co. 2, TFUE, ma per orientare gli *inputs* di penalizzazione in qualsiasi caso²⁰⁰. Pertanto, ogni direttiva, nella motivazione che viene posta in esordio, dovrebbe esplicitamente presentare una valutazione rispetto ai due requisiti: se in alcune ipotesi l'esistenza di entrambi pare evidente – ad es., a fronte di reati quali la tratta di esseri umani o lo sfruttamento a fini sessuali – in altri casi, invece, le indicazioni appaiono meramente apodittiche²⁰¹.

La prima nozione che merita di essere analizzata concerne la “particolare gravità”. Gli estensori dei trattati non si sono limitati a richiamare la gravità come carattere dei reati, ma hanno inteso, appunto, inserire un ulteriore rafforzativo in senso (oltremodo) restrittivo. Questo requisito dovrebbe dunque intendersi nel senso che il legislatore europeo non ha facoltà di armonizzare ogni singolo illecito che ricada nell'ambito delle sfere di criminalità, ma debbono essere isolati e selezionati in ragione della loro portata offensiva rispetto ai beni giuridici di volta in volta rilevanti: non dovrebbe potersi prevedere una pena per quelle condotte che, per quanto illecite, possono ritenersi punibili con una sanzione amministrativa o una misura penale di carattere minimamente afflittivo²⁰².

Certamente la portata elastica della nozione di gravità – non sempre di agevole definizione, basti pensare alle complessità applicative derivate dall'impiego di quest'ultimo concetto nella

²⁰⁰ SATZGER H., *International and European Criminal Law*, Oxford, 2012, p. 72 e 76; SUOMINEN A., *Effectiveness and Functionality*, cit., p. 390.

²⁰¹ Ad es., nella direttiva (UE) 2019/713, relativa alla lotta contro la falsificazione dei mezzi di pagamento diversi dai contatti, si fa mero cenno (considerando n. 31) alla gravità delle conseguenze economiche, reputazionali, professionali e *lato sensu* personali (anche non patrimoniali, dunque) che possono derivare dalle condotte illecite. In ogni caso, non vi è alcuna indagine sulle ragioni per cui le condotte ivi disciplinate debbano intendersi “particolarmente gravi” e quindi essere meritevoli di ravvicinamento.

²⁰² SUOMINEN A., *Effectiveness and Functionality*, cit., p. 390.

vicenda *Taricco*²⁰³ – non rende semplice l’opera di perimetrazione delle fattispecie in cui l’intervento in termini di ravvicinamento sia possibile. In ogni caso, per i casi che non soddisfano il requisito in esame le direttive *ex art. 83, par. 1, TFUE* possono egualmente contenere obblighi nei confronti degli Stati membri quanto alla necessità di prevedere sanzioni efficaci, dissuasive e proporzionate: significativa è, in questo senso, la direttiva 2013/40/UE in tema di lotta ai reati informatici. L’art. 9 della stessa prevede che tutte le fattispecie descritte debbano essere punibili secondo i tre noti *standard*: gli obblighi di criminalizzazione scattano invece per tutti quei fatti che non siano di minore gravità. Per quest’ultima ipotesi, i legislatori nazionali sono liberi di non provvedere a forme di penalizzazione, nonché di definire la soglia della gravità rilevante in termini autonomi; il considerando n. 11 afferma tuttavia alcuni indici per delineare la soglia della “minore gravità”, ovvero l’entità del danno o del pericolo causato ad interessi pubblici o privati.

Quanto al profilo in esame, autorevole dottrina²⁰⁴ ha evidenziato che la necessità di intendere le aree di intervento *ex art. 83, par. 1, TFUE* in modo restrittivo emerge anche da un’interessante pronuncia della Corte di giustizia²⁰⁵: il giudice di Lussemburgo ha ritenuto che la consumazione di uno dei c.d. “eurocrimini” può ritenersi circostanza tale da giustificare la limitazione dei diritti derivanti dalla cittadinanza europea e quindi idonea a fondare l’ordine di allontanamento dal territorio di uno Stato membro, secondo quanto prevede l’art. 28, par. 3, lett. a), direttiva 2004/38/CE (cd. motivi imperativi di pubblica sicurezza). Come evidenziato nella pronuncia richiamata, le deroghe ai principi di libera circolazione vanno intese, in quanto eccezioni, in senso restrittivo: la stessa Corte di giustizia ha quindi, seppur in via non diretta, riconosciuto che la competenza *ex art. 83, par. 1, TFUE* può e deve essere esercitata soltanto a fronte di

²⁰³ La disapplicazione delle norme italiane in tema di prescrizione era, come già accennato *supra*, Capitolo Secondo, par. 10.2, legato al requisito dell’esistenza di un “numero considerevole” di “frodi gravi”. Su quest’ultima locuzione, dopo qualche difficoltà, la giurisprudenza nazionale – a partire da Cass., Sez. III pen., sent. 7 giugno 2016, n. 44584 – ha ritenuto di utilizzare come parametro di valutazione quello della gravità *ex art. 133 c.p.* Sul punto, v. CORRADO L.R., *Prescrizione: la Cassazione specifica i criteri individuati nella sentenza Taricco*, in *Diritto & Giustizia*, fasc.72, 2016, p. 20.

²⁰⁴ MITSILEGAS V., *EU Criminal Law after Lisbon*, cit., p. 58-59.

²⁰⁵ Corte giust., sent. 22 maggio 2012, causa C-348/09, I, ECLI:EU:C:2012:300. Nel caso in esame, l’interessato, di origine italiana ma a lungo residente in Germania, era ivi stato condannato alla pena detentiva di anni sette e mesi sei per abusi sessuali a danno di un minore. Mentre era in corso l’esecuzione della pena, gli è stato notificato il provvedimento con cui si decretava la perdita dei diritti d’ingresso e di soggiorno in Germania, con conseguente ordine di lasciare il territorio tedesco. Nel procedimento scaturito dall’impugnazione di quest’ultimo provvedimento, il giudice competente ha domandato alla Corte di giustizia se, nella nozione di “motivi imperativi di pubblica sicurezza” di cui all’art. 28, par. 3, direttiva 2004/38/CE, si potessero ricomprendere anche le minacce per la popolazione. La Corte di giustizia ha risposto affermativamente, tuttavia attribuendo al giudice nazionale il compito di valutare che le modalità di realizzazione del reato fossero indice di gravità e del rischio di reiterazione dello stesso (pt. 33-34). Su questa sentenza, nonché con riguardo, più in generale, ai limiti alla circolazione degli individui che possono derivare dalla commissione di delitti o dalla loro pericolosità, v. PISTOIA E., *The Unbearable Lightness of a Piecemeal Approach. Moving Public Policy or Public Security Offenders in Europe*, in *Eur. Pub. Law*, 2014, p. 745, spec. p. 765 per i riferimenti all’art. 83 TFUE.

quelle condotte che, per quanto astrattamente inseribili nelle sfere di criminalità grave, siano davvero molto gravi²⁰⁶.

Secondo un'ulteriore chiave di lettura, il requisito *de quo* andrebbe inteso nel senso di esigere un intervento in settori che abbiano già verificato, a livello nazionale, una reazione di carattere penale: in questo senso, più che una vera e propria valutazione sulla necessità di pena, si tratterebbe di un intervento che realizza la necessità di lotta comune mediante standard sanzionatori armonizzati²⁰⁷. Si avrebbero così forme di “recriminalisation” che in molti ordinamenti sono derivate dall'adozione delle direttive europee: il recepimento di queste ultime ha portato a una ridefinizione di talune fattispecie o a ritenere alcuni comportamenti (già punibili penalmente) sanzionabili secondo figure di reato di nuovo conio, tendenzialmente ispirate a maggior severità in virtù della ritenuta particolare gravità²⁰⁸.

Il secondo requisito richiesto dall'art. 83, par. 1, co. 1, TFUE consiste nella c.d. “transnazionalità” del reato²⁰⁹: la disposizione in esame offre tre presupposti alternativi (e non cumulativi) sulla cui base un illecito può ritenersi tale. In questo modo, è stato posto rimedio alla tendenziale vaghezza della nozione di transnazionalità²¹⁰, con una soluzione *per tabulas* che consente di superare eventuali ambiguità.

La natura transfrontaliera può essere ricavata in primo luogo dal “carattere”, ovvero dalla natura stessa del delitto. Ciò significa che la consumazione dell'illecito presuppone, in via pressoché inflessibile, il superamento dei confini nazionali. Il paradigma di transnazionalità in questo senso è offerto dai c.d. reati di “tratta” o di traffico di determinati beni o sostanze²¹¹.

In secondo luogo, l'elemento transnazionale può ricavarsi dalle implicazioni che il reato genera non soltanto sugli interessi protetti all'interno dei singoli Stati membri, ma anche, in termini più ampi (e altrettanto negativi), sugli analoghi e comuni beni giuridici di altre realtà nazionali. In quest'ottica, si inscrivono i delitti di falsificazione dell'euro²¹² o quelli che producono un significativo nocumento al libero gioco del mercato (ad es., il riciclaggio di denaro²¹³). In questi casi, il reato è da considerarsi “transfrontaliero” non già perché la sua consumazione comporti il superamento dei confini tra gli Stati membri – ben essendo possibile che la moneta

²⁰⁶ MITSILEGAS V., *EU Criminal Law after Lisbon*, cit., p. 59.

²⁰⁷ SOTIS C., *Il Trattato di Lisbona*, cit., p. 1154.

²⁰⁸ ELHOLM T., *Does EU Criminal Cooperation*, cit., p. 212, che utilizza proprio l'espressione “recriminalisation”.

²⁰⁹ Per una recente panoramica sugli strumenti di contrasto che l'Unione europea ha adottato (e potrà adottare) per far fronte alla criminalità transnazionale, v. PAPASTAVRIDIS E., GRYMANELI A., *Transnational Crime in the European Union*, in MITSILEGAS V., HUFNAGEL S., MOISEIENKO A., *Research Handbook on Transnational Crime*, Cheltenham, 2019, p. 414.

²¹⁰ PASSAS N., *Globalization*, cit., p. 399.

²¹¹ KAIATA-GANDI M., *The Importance of Core Principles of Substantive Criminal Law for a European Criminal Policy Respecting Fundamental Rights and the Rule of Law*, in ECLR, 2011, p. 7, spec. p. 14.

²¹² Considerando 1 e 2, direttiva 2014/62/UE.

²¹³ Considerando 1, direttiva (UE) 2018/1673.

sia falsificata, distribuita, spesa nello stesso territorio nazionale – ma in quanto la circolazione entro lo spazio europeo produce implicazioni e conseguenze in tutto il territorio²¹⁴.

L'ultima ipotesi di transnazionalità concerne quelle forme di criminalità per cui risulti la particolare necessità di un contrasto su base comune a livello europeo. In quest'ottica, il carattere transfrontaliero deriva non già dal reato in sé, bensì si inferisce dal fatto che le forme di contrasto di quei fenomeni delittuosi possano rivelarsi più efficaci se oggetto di armonizzazione: si tratterebbe, dunque, di una espressa e specifica manifestazione del principio di sussidiarietà (art. 5, par. 3, TUE)²¹⁵. Ad avviso di parte della dottrina, il requisito della transnazionalità – specie in quest'ultima accezione – manifesterebbe l'intento di intervenire a livello europeo al fine di «add increased effectiveness to the picture», in quanto l'approccio comune tra gli Stati membri potrebbe produrre apprezzabili benefici per realizzare le finalità sottese alla creazione dello SLSG²¹⁶. Anche nei lavori preparatori alla stesura del trattato costituzionale – i cui contenuti, in materia penale, sono stati pressoché integralmente trasfusi negli attuali trattati – era stata messa in evidenza la necessità di operare strategie di ravvicinamento perché alcune forme di criminalità non potrebbero essere affrontate in modo efficace dagli Stati membri singolarmente, così rendendo opportuno una convergenza a livello legislativo²¹⁷.

Ancorché il requisito della transnazionalità costituisca un presupposto indefettibile per l'intervento armonizzatore da parte del legislatore europeo, la dottrina ritiene che gli *inputs* di penalizzazione – una volta trasfusi nelle discipline nazionali – non possano che essere applicabili anche alle condotte che, di fatto, non presentano alcuna dimensione *cross-border*²¹⁸.

In conclusione, si può comunque accennare che – secondo una linea evolutiva già avviatasi nella vigenza del risalente TUE – alcuni atti non rivelano un'adeguata valutazione del carattere di transnazionalità: requisito che dovrebbe assolvere ad una funzione limitatrice, ma che talvolta non pare emergere con chiarezza²¹⁹.

5. La competenza penale accessoria: elementi caratterizzanti dell'art. 83, par. 2, TFUE.

²¹⁴ GRANDI C., *La disciplina del falso nummario nell'era della valuta unica*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2003, p. 367, spec. p. 377.

²¹⁵ WIECZOREK I., *The Principle of Subsidiarity in EU Criminal Law*, in BRIÈRE C., WEYEMBERGH A. (eds.), *The Needed Balances*, cit., p. 71, spec. p. 82 ss.

²¹⁶ SUOMINEN A., *Effectiveness and Functionality*, cit., p. 391.

²¹⁷ Final report of Working Group X "Freedom, Security and Justice", CONV 426/02, 2 dicembre 2002, p. 9.

²¹⁸ AMALFITANO C., *Articolo 83 TFUE*, cit., p. 900; OUWERKERK J. W., *Criminalization powers of the European Union*, cit., p. 509.

²¹⁹ KALIFA-GBANDI M., *The Importance of Core Principles*, cit., p. 13; OUWERKERK J. W., *Criminalization Powers of the European Union*, cit., p. 509 e 529.

L'art. 83, par. 2, TFUE definisce – come già accennato – la competenza “accessoria” o “ancillare” dell'Unione europea in materia penale. Qualsiasi forma di aggettivazione si impieghi, si tratta in ogni caso di espressioni che sono volte ad evidenziare il fatto che l'art. 83, par. 2, TFUE può essere impiegato dalle istituzioni per ravvicinare le disposizioni penali nazionali soltanto qualora, nella specifica materia, vi sia già stato un intervento in termini di armonizzazione a livello sovranazionale. Perciò, la risposta punitiva prevista a livello nazionale può – anche al di fuori dei casi degli eurocrimini – essere oggetto di una forma di ravvicinamento: tuttavia, soltanto quando ciò comporti un'utilità in chiave funzionalistica rispetto ad un'ulteriore politica o obiettivo dell'Unione europea²²⁰. Com'è stato autorevolmente osservato, in questa prospettiva «[r]ather than assuming the status of a selfstanding Union policy, criminal law is thus perceived as a means to an end, the end being the effective implementation of other Union policies»²²¹.

Talvolta la dottrina intende il carattere accessorio in un'ulteriore accezione: la politica criminale europea dovrebbe realizzarsi primariamente negli ambiti delittuosi di cui al precedente par. 1, rispetto a cui l'intervento, fondato sul par. 2, dovrebbe caratterizzarsi per un carattere meramente eventuale e additivo²²².

Le origini della competenza penale accessoria, così come oggi è configurata dai trattati, possono senza dubbio rinvenirsi nella giurisprudenza della Corte di giustizia del biennio 2005-2007 (le già citate sentenze *reati ambientali* e *sicurezza marittima*); invero, la dottrina²²³ non ha mancato di evidenziare che l'attuale art. 83, par. 2, TFUE replica il contenuto dell'art. III-271, par. 2, Tr. Cost., di conseguenza quest'ultimo – ancor prima che le pronunce richiamate – costituirebbe la radice storica della disposizione vigente. L'intervento della Corte di giustizia avrebbe di fatto “anticipato” l'adozione della modifica dei trattati, ritenendo già di fatto esistente, nel quadro costituzionale e delle competenze della Comunità, una competenza penale accessoria²²⁴.

Ancorché in dottrina vi siano diverse sfumature quanto all'esatta origine dell'art. 83, par. 2, TFUE – alcuni autori accentuando il rilievo della giurisprudenza di Lussemburgo, altri sottolineando il già raggiunto consenso tra gli estensori del trattato costituzionale²²⁵ – è evidente che

²²⁰ GRASSO G., *Il trattato di Lisbona e le nuove competenze*, cit., p. 2330; SICURELLA R., *EU Competence in Criminal Matters*, cit., p. 62.

²²¹ MITSILEGAS V., *EU Criminal Law after Lisbon*, cit., p. 60.

²²² BERNARDI A., *La competenza penale accessoria*, cit., p. 46.

²²³ *Ivi*, p. 47.

²²⁴ *Ibidem*.

²²⁵ HERLIN-KARNELL E., *The Constitutional Dimension*, cit., p. 58 ritiene che si tratti di un mero intervento di codificazione della giurisprudenza; in SICURELLA R., *EU Competence in Criminal Matters*, cit., p. 63, l'Autrice afferma che la nuova disposizione riflette l'approccio della Corte nella propria pregressa giurisprudenza, anche se specifica in modo più preciso i requisiti. MITSILEGAS V., *EU Criminal Law*, cit., p. 65 ritiene sussistente una relazione con la giurisprudenza pregressa, ma evidenzia che il testo dell'attuale art. 83 TFUE deriva, a ben vedere, dall'art. III-271 Tr. Cost.

le pronunce degli anni 2005-2007 hanno prodotto un «longstanding effect»²²⁶, in quanto in quel contesto si è avuta una prima evidenza dell'erosione della sovranità statale in materia penale²²⁷.

Rispetto alla competenza “funzionale” prospettata dalla Corte di giustizia, l'art. 83, par. 2, TFUE presenta tuttavia alcuni aspetti di novità.

In primo luogo, il recepimento come *ius positum* nei trattati ha comportato la codificazione di specifici limiti all'esercizio della competenza stessa²²⁸. Nella sentenza *sicurezza marittima* del 2007 si faceva riferimento alla possibilità di introdurre obblighi di penalizzazione ove ciò costituisse «una misura indispensabile di lotta contro danni ambientali gravi [...] per garantire la piena efficacia delle norme che emana in tale ambito»²²⁹. L'attuale art. 83, par. 2, TFUE specifica che l'intervento dell'Unione europea è ammesso alla (triplice) condizione che l'intervento appaia (i) necessario a garantire (ii) l'attuazione efficace di una politica europea che sia (iii) stata oggetto di armonizzazione da parte delle istituzioni legislative.

In aggiunta, occorre sottolineare che mentre la giurisprudenza della Corte di giustizia aveva limitato l'intervento delle istituzioni europee alla formulazione degli *inputs* di criminalizzazione, escludendo che si potessero – mediante direttive di primo pilastro – determinare misure e tipologie di pena, l'art. 83, par. 2, TFUE odierno consente un ravvicinamento anche sotto il profilo sanzionatorio. Dunque, le odierne direttive adottate su questa base giuridica possono armonizzare sia gli elementi costitutivi dei reati, sia la reazione punitiva da parte degli ordinamenti²³⁰.

Infine, viene espressamente superato il limite che la Corte di giustizia pareva aver posto rispetto all'intervento nella sola materia della tutela ambientale: in questo senso, pare dunque essersi consolidata quella vocazione ampia delle pronunce in esame che la Commissione aveva prontamente sottolineato²³¹. Proprio rispetto a questa capacità espansiva dell'art. 83, par. 2, TFUE sono state formulate preoccupazioni da parte della dottrina²³² e, in modo assai netto, dal Tribunale costituzionale tedesco²³³: in generale, viene espressa la perplessità circa il ruolo riservato al diritto penale, percepito come uno strumento tecnico-giuridico funzionale alla migliore realizzazione di altre (e diverse) politiche dell'Unione europea.

²²⁶ HERLIN-KARNELL E., *The Constitutional Dimension*, cit., p. 64

²²⁷ ÖBERG J., *Do We Really Need Criminal Sanctions for the Enforcement of EU Law*, in NJECL, 2014, p. 371, spec. p. 373.

²²⁸ MITSILEGAS V., *EU Criminal Law after Lisbon*, cit., p. 61.

²²⁹ Corte giust., sent. 23 ottobre 2007, *Commissione c. Consiglio*, cit., pt. 66.

²³⁰ MITSILEGAS V., *EU Criminal Law after Lisbon*, cit., p. 61.

²³¹ V. supra, Cap. Secondo, par. 12, spec. la nota n. 384.

²³² AMBOS K., *European Criminal Law*, cit., p. 322; MITSILEGAS V., *EU Criminal Law after Lisbon*, cit., p. 61; SICURELLA R., *EU Competence in Criminal Matters*, cit., p. 72; SOTIS C., *Il Trattato di Lisbona*, cit., *passim*.

²³³ Trib. Cost. tedesco, sent. 30 giugno 2009, cit., parr. 362 ss.; sul punto, v. BÖSE M., *La sentenza della Corte costituzionale*, cit., p. 273.

A questo proposito, appare dunque fondamentale indagare se – e in che misura – i presupposti delineati dall’art. 83, par. 2, TFUE possano costituire adeguati limiti per scongiurare il pericolo di un iper-impiego del diritto penale da parte delle istituzioni europee in chiave funzionalista²³⁴.

5.1. La previa armonizzazione.

Un primo presupposto per l’impiego dell’art. 83, par. 2, TFUE consiste nella necessità che il settore in cui vengono formulati gli obblighi di penalizzazione sia «stato oggetto di misure di armonizzazione» da parte dell’Unione europea.

Si sono posti, rispetto a questo requisito, due profili problematici. Il primo concerne la possibilità di stabilire *inputs* di criminalizzazione anche in settori che abbiano registrato un intervento da parte delle istituzioni europee diverso dall’armonizzazione e l’eventuale grado (più o meno elevato) di convergenza già verificatosi tra le legislazioni nazionali.

Un secondo riguarda, invece, un aspetto di carattere temporale: vale a dire, se sia possibile adottare contestualmente due atti, uno volto ad armonizzare il settore d’interesse, l’altro invece contenente le norme di ravvicinamento in materia penale.

Quanto al primo dei nodi segnalati, la dottrina pare – in via pressoché univoca²³⁵ – concordare sul fatto che il requisito della “previa armonizzazione” indichi la soglia minima di convergenza tra le legislazioni: perciò, si può adottare una direttiva *ex art. 83, par. 2, TFUE* anche a fronte di una previa uniformazione del diritto applicabile negli Stati membri, realizzato mediante regolamenti. Di conseguenza, non sembrerebbe neppure ragionevole escludere un intervento ove l’Unione europea eserciti una competenza di carattere esclusivo. Inteso in quest’ottica, il richiamo alla “previa armonizzazione” andrebbe inteso come espressivo della volontà, da parte degli estensori dei trattati, di escludere il solo caso di un’armonizzazione penale *fine a sé*: ciò che importa è che l’intervento mediante *ex art. 83, par. 2, TFUE* segua all’esercizio di un’altra politica europea²³⁶.

Se è vero che questo requisito appare scarsamente selettivo sul rilievo che assai numerosi e vari sono stati i settori di intervento da parte dell’Unione europea²³⁷, parte della dottrina ha in

²³⁴ Sull’efficacia selettiva dei requisiti in esame, la dottrina penalistica italiana ha evidenziato il rischio che si tratti di una capacità «marginale, per non dire nulla»: così SOTIS C., *Il Trattato di Lisbona*, cit., p. 1155.

²³⁵ AMALFITANO C., *La competenza penale dell’Unione europea*, cit., p. 22; GRASSO G., *Il trattato di Lisbona e le nuove*, cit., p. 2329; MONTALDO S., *La competenza dell’Unione europea ad adottare norme di diritto penale ex art. 83, par. 2, TFUE e sue possibili applicazioni*, in *Studi sull’integrazione europea*, 2013, p. 101, spec. p. 108; RUBI-CAVAGNA E., *Réflexions sur l’harmonisation des incriminations et des sanctions pénales prévues par le traité de Lisbonne*, in *RSC*, 2009, p. 501, spec. p. 506; SOTIS C., *Il Trattato di Lisbona*, cit., p. 1154.

²³⁶ SICURELLA R., *EU Competence in Criminal Matters*, cit., p. 71.

²³⁷ Evidenzia HERLIN-KARNELL E., *White-Collar Crime and European Financial Crises: Getting Tough on EU Market Abuse*, in *ELR*, 2012, p. 481, spec. p. 485, che pressoché tutte le aree suscettibili di intervento da parte dell’Unione

ogni caso evidenziato che il requisito in esame – oltre ad escludere quei settori estranei ad ogni competenza sovranazionale – preclude un ravvicinamento nelle materie in cui la disciplina adottata dalle istituzioni avesse un carattere meramente marginale, scarsamente significativo²³⁸. Dovrebbe inoltre ritenersi impossibile un intervento *ex art. 83, par. 2, TFUE* ove la convergenza delle disposizioni nazionali sia avvenuta soltanto in virtù della realizzazione di politiche e obiettivi imposti dai trattati, oppure possa essersi verificata a seguito di modifiche degli stessi, ma in assenza di atti di diritto derivato²³⁹.

Merita osservare, tuttavia, che in dottrina è stata prospettata una lettura maggiormente restrittiva del requisito in esame²⁴⁰: si è, cioè, sostenuto che sarebbe preferibile conseguire *in primis* un significativo livello di armonizzazione, anche a livello sanzionatorio, e solo poi provvedere al ravvicinamento delle misure penali. In altri termini, dapprima l'Unione europea dovrebbe stabilire soglie punitive mediante strumenti meno invasivi (di tenore civilistico o amministrativo) al fine di tutelare adeguatamente gli interessi di fonte europea ed esclusivamente in seconda battuta – e rispetto alle sole ipotesi di gravità – si profilerebbe l'opportunità di ricorrere all'adozione di norme minime di carattere penale. Questo *modus operandi* sarebbe altresì coerente con il principio di *extrema ratio*, quando cioè differenti soluzioni sanzionatorie non risultino idonee ed efficaci o, *rectius*, abbiano dato concreta dimostrazione di inadeguatezza²⁴¹. A ben vedere, in entrambi i casi in cui è stata esercitata l'attuale competenza *ex art. 83, par. 2, TFUE*, le istituzioni sono intervenute con misure di ravvicinamento in materia penale dopo che erano già stati formulati obblighi sanzionatori meno rigorosi.

In merito al secondo profilo evidenziato in apertura – ovvero la necessità (o meno) che la direttiva di armonizzazione possa essere coeva o solo successiva rispetto ad un previo intervento normativo – la dottrina si attesta su due diversi orientamenti.

Secondo una prima – e più restrittiva – tesi, l'adozione simultanea di due atti (l'uno volto ad armonizzare il settore senza, ovviamente, alcuna norma penale, l'altro invece costituito da una direttiva *ex art. 83, par. 2, TFUE*) non sarebbe possibile: sembrerebbe ostarvi il tenore letterale del trattato, il quale adotta una formulazione verbale al passato («è stato oggetto» in ita-

europea hanno già vissuto almeno una forma di armonizzazione: di conseguenza, pressoché tutti i settori potrebbero assistere ad un ravvicinamento in materia penale.

²³⁸ ASP P., *The Substantive Criminal Law Competence*, cit., p. 135. RUBI-CAVAGNA E., *Réflexions*, cit., p. 506.

²³⁹ CRAIG P., *The Lisbon Treaty - Law, Politics and Treaty Reform*, Oxford, 2013, p. 365; ÖBERG J., *Limits to EU Powers: A Case Study of EU Regulatory Criminal Law*, Oxford, 2017, p. 98.

²⁴⁰ Si tratta della tesi di ÖBERG J., *Limits to EU Powers*, cit., p. 99-100.

²⁴¹ *Ibidem*.

liano, «has been subject» in inglese, «ayant fait l'objet» in francese), a suggerire proprio una distanza cronologica tra i due atti²⁴². Inoltre, è stato sottolineato che, per verificare la necessità di intervento mediante il diritto penale, sarebbe opportuno attendere che le misure di attuazione della politica europea si siano rivelate davvero inefficaci: di conseguenza, l'adozione in diversi momenti parrebbe più coerente con il principio di *extrema ratio*²⁴³. Anche il riferimento alla procedura legislativa da impiegare – mutuata da quella adoperata per l'atto cui la direttiva accede – sembrerebbe avallare quest'impostazione: e, sotto questo specifico profilo, per ovviare all'eventuale lacuna democratica che potrebbe derivare da un procedimento che coinvolga in modo meno significativo il Parlamento europeo, si è in dottrina prospettato il ricorso ad una decisione del Consiglio europeo che, *ex art.* 48, par. 7, TUE, consenta di impiegare in ogni caso la procedura legislativa ordinaria, evitando ogni timore quanto all'assenza di democraticità dell'intervento europeo in materia penale²⁴⁴.

Favorevole alla possibilità di adozione simultanea è, invece, parte (altrettanto autorevole) della dottrina²⁴⁵. In questa direzione, è stata letta anche la (congiunta) adozione, da parte delle istituzioni europee, il 16 aprile 2014, di due atti, ovvero i c.d. regolamento MAR e direttiva MAD in tema di *market abuse*. Questa seconda, fondata proprio sull'art. 83, par. 2, TFUE, risulta quindi essere stata varata dal legislatore europeo nello stesso giorno in cui l'atto a cui "accede", ovvero il regolamento, è stato adottato. Appare tuttavia corretto sottolineare – come del resto indicano i considerando in apertura della direttiva – che il settore è già da tempo oggetto di strumenti di armonizzazione delle discipline nazionali²⁴⁶ e, proprio per questa ragione, vi è stato un ampio studio²⁴⁷ che ha valutato e proposto il ricorso, al fine di garantire maggior effettività alle politiche europee, al ravvicinamento delle norme penali *ex art.* 83, par. 2, TFUE. Perciò, ancorché formalmente i due atti – quello "principale" e quello "accessorio" – siano stati adottati nello stesso momento, entrambi intervengono in un settore che già da oltre due decenni aveva sperimentato una sensibile opera armonizzatrice (anche quanto alle sanzioni non penali) da parte dell'Unione europea.

5.2. (segue): Il giudizio di indispensabilità.

²⁴² ÖBERG J., *Union Regulatory Criminal Law Competence after Lisbon Treaty*, in *EJCCLCJ*, 2011, p. 289, spec. p. 316.

²⁴³ ÖBERG J., *Limits to EU Powers*, cit., p. 88; un rilievo che, seppur in modo meno netto, pareva già formulato da ASP P., *The Substantive Criminal Law Competence*, cit., p. 133-134.

²⁴⁴ BERNARDI A., *La competenza penale accessoria*, cit., p. 60.

²⁴⁵ PEERS S., *EU Justice*, cit., p. 769.

²⁴⁶ In particolare, mediante la direttiva 2003/6/CE, relativa all'abuso di informazioni privilegiate e alla manipolazione del mercato, in *GUUE*, 12 aprile 2003, L 96, p. 16 e prima ancora la direttiva 89/592/CEE, sulle operazioni effettuate da persone in possesso di informazioni privilegiate, in *GUCE*, 18 novembre 1989, L 334, p. 30.

²⁴⁷ In particolare, v. il *report* a cura di DE LAROSIÈRE J., *The High-level Group on Financial Supervision in the EU*, Bruxelles, 25 febbraio 2009, disponibile *online*, p. 24-25.

Qualora il requisito di carattere procedurale sia – nei termini di cui sopra – rispettato, appare astrattamente possibile, per le istituzioni legislative, adottare una direttiva sulla base dell’art. 83, par. 2, TFUE. Tuttavia, affinché possa essere validamente esercitata questa competenza, occorre verificare che essa costituisca il mezzo “indispensabile” al fine di garantire una attuazione efficace di una politica dell’Unione europea. Risulta fondamentale dappprincipio determinare il significato della “indispensabilità” evocata dall’art. 83, par. 2, TFUE: requisito che, anche in termini lessicali, ricalca esattamente il presupposto che la Corte di giustizia aveva indicato, nella propria sentenza *sicurezza marittima*, perché la competenza penale di primo pilastro potesse essere validamente esercitata²⁴⁸.

La dottrina che, in modo più analitico, si è concentrata sul requisito in esame suggerisce di muovere da una comparazione dei termini impiegati nelle diverse versioni linguistiche dei trattati²⁴⁹. In inglese, il termine utilizzato è *essential*; in francese, si parla di *indispensable*; in spagnolo si impiega *imprescindible*; in tedesco, invece, si rinviene il vocabolo *unerlässlich* (assolutamente necessario); l’italiano adotta, come già detto, il termine indispensabile²⁵⁰. Si trae in generale (ed in modo sostanzialmente condiviso da tutte le versioni dei trattati considerate) l’impressione che si debba predicare un giudizio a carattere logico, tale per cui se si sottrae un antecedente, viene meno il conseguente: in sostanza, se si sottrae un primo termine *x* (ricorso alla direttiva di armonizzazione penale), non vi può essere *y* (effettività della politica europea oggetto di intervento)²⁵¹. Si tratterebbe di una valutazione relazionale, che impone un rapporto diretto tra due elementi, di cui il primo (la sanzione penale) diviene funzionale, servente al secondo (l’obiettivo di politica, anche criminale)²⁵².

Questo giudizio comporta un «heavy burden of proving» sulle istituzioni²⁵³, specie sulla Commissione, in qualità di istituzione sostanziale custode della funzione di iniziativa legislativa²⁵⁴, alla quale compete dimostrare che davvero l’impiego della sanzione penale risulta *conditio sine qua non* per raggiungere la piena e concreta osservanza delle norme oggetto di previa armonizzazione dall’Unione europea. In questa prospettiva, la dottrina esprime la necessità che la

²⁴⁸ Corte giust., sent. 23 ottobre 2007, *Commissione c. Consiglio*, cit., pt. 66.

²⁴⁹ ÖBERG J., *Do We Really Need*, cit., p. 376; ID., *Union Regulatory*, cit., p. 291.

²⁵⁰ ZINGARELLI N., *Vocabolario della lingua italiana*, Bologna, 2007, p. 919, definisce l’aggettivo in esame come «ciò che è assolutamente necessario [...] quello che occorre per fare qualcosa».

²⁵¹ ÖBERG J., *Limits to EU Powers*, cit., p. 87.

²⁵² MANNOZZI G., CONSULICH F., *La sentenza della Corte di giustizia C-176/03*, cit., p. 926.

²⁵³ ÖBERG J., *Limits to EU Powers*, cit., p. 87; ID., *Do We Really Need*, cit., p. 379; ID., *Union Regulatory*, cit., p. 293.

²⁵⁴ O degli Stati membri, qualora costoro assumessero, in forza dell’art. 76, par. 1, lett. b), TFUE l’iniziativa.

scelta di ricorrere all'art. 83, par. 2, TFUE sia preceduta da una valutazione di impatto che supporti l'iniziativa legislativa volta all'introduzione di obblighi di pena²⁵⁵. Questi elementi devono fondarsi sulla base di evidenze che dimostrino che le sanzioni penali sono capaci di maggior deterrenza rispetto alle altre: sarebbe necessario riferirsi ad una pluralità di studi, di rilevata attendibilità scientifica, e promuovere una previa raccolta di statistiche e dati che – anche da un punto di vista pratico e criminologico – possano attestare la necessità di un intervento in chiave penalistica. In questa stessa direzione, si può richiamare una risoluzione del Parlamento europeo²⁵⁶, in cui l'istituzione ha posto particolare attenzione sulla necessità che, quando sia in gioco un atto *ex art. 83, par. 2, TFUE*, la proposta non deve fondarsi su concetti simbolici o nozioni astratte, al contrario occorre dimostrare l'indispensabilità mediante elementi fattuali e convergenti, idonei a giustificare l'*input* di penalizzazione. In particolare, il Parlamento europeo esige che si dimostri che le nuove fattispecie delittuose si concentrino su condotte capaci di incidere su interessi significativi dei singoli o della collettività e che tali illeciti non possono adeguatamente essere fronteggiati con misure meno pervasive²⁵⁷.

Il requisito di indispensabilità parrebbe, in questi termini, innestarsi nell'alveo di un principio cruciale nell'ordinamento sovranazionale, ovvero quello di proporzionalità²⁵⁸: in ragione di questa considerazione, sarebbe necessario verificare l'impiego di una direttiva *ex art. 83, par. 2, TFUE* alla luce dei consueti canoni che ispirano il vaglio di proporzionalità, tuttavia da compiersi in termini più severi e rigorosi, in ragione della capacità afflittiva che contrassegna la sanzione penale²⁵⁹.

Come noto, il principio in esame – che trova un riferimento positivo nel testo dell'art. 5, par. 4, TUE e che si applica in conformità al protocollo n. 2 allegato ai trattati – impone un triplice ordine di valutazioni²⁶⁰. In primo luogo, occorre verificare l'adeguatezza (o l'idoneità) della misura rispetto al fine: per quanto qui interessa, rispetto all'adozione di una direttiva di armonizzazione in materia penale, deve valutarsi, in via prognostica, che lo strumento sanzionatorio impiegato possa rivelarsi capace di raggiungere l'obiettivo prefissato.

²⁵⁵ ÖBERG J., *Limits to EU Powers*, cit., p. 89.

²⁵⁶ Risoluzione del Parlamento europeo, 22 maggio 2012, *Approccio dell'UE in materia di diritto penale*, doc. P7_TA(2012)208.

²⁵⁷ *Ivi*, p. 3-4.

²⁵⁸ Su cui v., da ultimo, GALETTA D.U., *Il principio di proporzionalità fra diritto nazionale e diritto europeo (e con uno sguardo anche al di là dei confini dell'Unione Europea)*, online sul sito ufficiale del Consiglio di Stato italiano, 2020 e la dottrina *ivi* citata; TRIDIMAS T., *The general principles*, cit., p. 138. Con specifico riferimento al rapporto tra proporzionalità e competenza sanzionatoria dell'Unione europea, v. MONTALDO S., *EU Sanctioning Power and the Principle of Proportionality*, cit.; ÖBERG J., *Union Regulatory*, cit., p. 293; SOTIS C., *I principi di necessità e proporzionalità della pena nel diritto dell'Unione europea dopo Lisbona*, in *DPC*, 1/2012, p. 111.

²⁵⁹ ÖBERG J., *Limits to EU Powers*, cit., p. 87; *Do We Really Need*, cit., p. 381 ss; ID., *Union Regulatory*, cit., p. 292.

²⁶⁰ SOTIS C., *I principi di necessità e proporzionalità*, cit., p. 115-116.

In secondo luogo, si deve scrutinare la necessità di ricorrere al mezzo prescelto: si fa riferimento, cioè, all'impossibilità di raggiungere un determinato fine mediante uno strumento che abbia minor capacità invasiva o afflittiva rispetto agli interessi dell'individuo colpito dalla misura o, in generale, alle posizioni giuridiche soggettive altrui.

Infine, dev'essere condotto un giudizio di proporzionalità in senso stretto. Ciò comporta che lo strumento adottato dal legislatore europeo non deve imporre misure sproporzionate o eccessive: tali sarebbero quelle che, per assicurare il raggiungimento di un certo obiettivo (sia pure di comune interesse), comportano maggiori sacrifici o limitazioni ai consociati. In altri termini, si tratta di una ponderazione tra i costi e i benefici, di un giudizio relazionale che lega gli strumenti impiegati alla loro capacità di conseguire il risultato desiderato.

Un importante riferimento al principio in esame è poi espresso dall'art. 52 CdfUE²⁶¹, il quale impone che le limitazioni dei diritti accordati dalla Carta debbono non solo essere previste dalla legge, ma soprattutto – in ossequio al canone di proporzionalità – possono essere adottate soltanto ove necessarie e purché rispondano a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione europea o di tutela dei diritti altrui²⁶².

In materia penale, dunque, la valutazione che, in punto di proporzionalità, deve essere eseguita comporta uno *standard* particolarmente elevato e, in caso di contenzioso dinanzi alla Corte di giustizia per la violazione del principio in esame, la dottrina auspica²⁶³ uno scrutinio rigoroso da parte del giudice lussemburghese.

Sotto questo specifico profilo, si è osservato che la Corte di giustizia, qualora chiamata a pronunciarsi sulla validità degli atti normativi europei, impiega un *test* che, specie ove siano in gioco valutazioni di ordine socio-economico, riconosce un ampio potere discrezionale alle istituzioni sovranazionali, e che conduce ad annullare l'atto controverso soltanto quando lo strumento stesso risulti manifestamente inappropriato, tenendo conto dell'obiettivo che le istituzioni erano chiamate a raggiungere²⁶⁴. Sebbene siano pochi i casi in cui il giudice lussemburghese ha riscontrato una violazione del principio di proporzionalità – con successivo annullamento dell'atto – si possono comunque annoverare note sentenze, tra cui quella relativa alla direttiva 2006/24/CE in tema di conservazione dei dati personali (caso *Digital Rights*²⁶⁵): in quest'ultima

²⁶¹ Per un'analisi, v., *ex multis*, MORI P., *La "qualità" della legge e la clausola generale di limitazione dell'art. 52, par. 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'UE*, in DUE, 2014, p. 243.

²⁶² Da ultimo, cfr. Corte giust., sent. 19 dicembre 2019, causa C-752/18, *Deutsche Umwelthilfe*, ECLI:EU:C:2019:1114, pt. 45 e 50.

²⁶³ ÖBERG J., *Do We Really Need*, cit., p. 384.

²⁶⁴ ÖBERG J., *Union Regulatory*, cit., p. 295.

²⁶⁵ Corte giust., sent. 8 aprile 2014, causa C-293/12, *Digital Rights Ireland*, ECLI:EU:C:2014:238. Per un approfondimento, v., tra i numerosi contributi, LYNSKEY O., *The Data Retention Directive is Incompatible with the Rights to Privacy and Data Protection and is Invalid in its Entirety: Digital. Rights Ireland*, in CMLR, 2014, p. 1789; POLLICINO O.,

pronuncia, la Corte di giustizia ha affermato che la disciplina censurata consentiva un'ingerenza nei diritti fondamentali degli individui senza che questa fosse limitata a quanto strettamente necessario al fine di tutelare il generale interesse pubblico (cioè il contrasto delle forme di minaccia alla sicurezza)²⁶⁶.

Ad avviso di altra parte della dottrina, posto che la scelta di ricorrere a strumenti sanzionatori penali presuppone un giudizio politico, l'opzione a favore della criminalizzazione non dovrebbe essere suscettibile di scrutinio da parte della Corte di giustizia²⁶⁷: in questo modo, sembrerebbe sufficiente che le istituzioni considerino necessarie le misure di armonizzazione, mentre non sarebbe richiesta la formulazione di un serio giudizio prognostico²⁶⁸.

Tuttavia, ove si accettasse che l'Unione europea può ricorrere a formulare *inputs* di penalizzazione senza che tale scelta possa essere sindacata *ex post*²⁶⁹, si potrebbe prospettare come concreto quel rischio che era stato prospettato da parte della dottrina, ovvero che – confidando sulla presunta capacità dello *ius criminale* di garantire l'effettività dei precedenti interventi normativi – si registri un eccesso nel ricorso al diritto penale, proprio per l'assenza di alcun mezzo per sindacare tale scelta²⁷⁰.

Invero, secondo una lettura differente, il principio in esame dovrebbe proprio operare nella direzione opposta, come limite al pericolo di panpenalizzazione ad opera del legislatore europeo: del resto, ancorare l'esercizio della competenza *ex art. 83, par. 2, TFUE* al presupposto *de quo* significa affermare che nell'ordinamento dell'Unione europea vige e opera il canone della *cd. ultima* (o *extrema*) *ratio* (o *last resort principle* nella dottrina anglofona)²⁷¹. A causa dell'elevata capacità di stigmatizzazione della sanzione penale, a quest'ultima non dovrebbe farsi ricorso che in quelle circostanze in cui ogni altro strumento di coercizione sia risultato inefficace²⁷²: in questo

Diritto all'oblio e conservazione di dati. La Corte di giustizia a piedi uniti: verso un digital right to privacy, in *Giur. cost.*, 2014, p. 2949.

²⁶⁶ Corte giust., sent. 8 aprile 2014, *Digital Rights Ireland*, cit., p. 65.

²⁶⁷ DOUGAN M., *From the Velvet Glove to the Iron Fist: Criminal Sanctions for the Enforcement of Union Law*, in CREMONA M., *Compliance and the Enforcement of EU Law*, Oxford, 2012, p. 74, spec. p. 102; MONTALDO S., *EU Sanctioning Power and the Principle of Proportionality*, cit., par. 3.3 del dattiloscritto. Una tesi non dissimile è espressa dall'avvocato generale Mazák nelle conclusioni rese nella causa C-440/05, pt. 119, ove si legge che «[è] quindi chiaro che le questioni se le misure penali siano, in una determinata fattispecie, «essenziali» per contrastare gravi violazioni o «indispensabili» per garantire che le norme siano «pienamente efficaci» richiede non solo l'esame «oggettivo» della base giuridica sostanziale o del settore politico in questione, ma anche un certo grado di discrezionalità. Sotto questo profilo, non è per caso che la Corte ha fatto riferimento ai provvedimenti di diritto penale che il legislatore comunitario «ritiene necessari» e ha constatato che «il Consiglio ha ritenuto le sanzioni penali indispensabili» (corsivi originali).

²⁶⁸ TOBLER C., *Case C-176/03*, cit., p. 847.

²⁶⁹ Sottolinea, con approccio critico, ÖBERG J., *Do We Really Need*, cit., p. 382, che «[t]he Court's test in the Environmental Crimes and the Ship Pollution judgments is an even weaker test than the 'manifestly inappropriate' test, which the Court employs when reviewing EU legislation in the field of the common policies. For this reason the Court's approach could be criticised as incoherent».

²⁷⁰ SICURELLA R., *EU Competence in Criminal Matters*, cit., p. 74.

²⁷¹ Per un approfondimento e indicazioni bibliografiche, v. *infra*, par. 7.2.

²⁷² ÖBERG J., *Limits to EU Powers*, cit., p. 88.

modo, il giudizio di necessità sarebbe capace di innescare processi selettivi, all'esito dei quali soltanto alcune condotte umane vengono configurate dal legislatore come illeciti penali²⁷³.

Del tutto coerente con questa ricostruzione appare l'approccio manifestato dalle istituzioni nella propria documentazione ufficiale relativa alle modalità di esercizio delle competenze penali riconosciute dai trattati, segnatamente con riferimento a quella accessoria.

La Commissione, nella comunicazione del 2011 dedicata alla politica penale europea, ha chiaramente affermato che il richiamo alla necessità si inserisce nell'alveo del principio di proporzionalità: ciò comporta che il legislatore – in linea con quanto esige il canone dell'*extrema ratio* – verifichi che regimi sanzionatori diversi da quello penale non siano capaci di assicurare i medesimi risultati²⁷⁴.

Considerazioni analoghe erano già state svolte dal Consiglio, secondo il quale l'impiego di disposizioni penali presuppone un vaglio in punto di necessità e, quindi, esige l'utilizzo delle stesse soltanto in ultima istanza²⁷⁵, e dal Parlamento europeo, che ha espressamente evocato il principio di ultima *ratio* come limite all'intervento in chiave penale²⁷⁶.

Anche il programma di Stoccolma – ovvero quel documento di programmazione che, nel 2009, ha tracciato i solchi della politica penale europea dopo il trattato di Lisbona – ha manifestato la necessità di restringere i casi di ricorso alla criminalizzazione per i soli casi in cui ciò sia indispensabile ai fini di tutelare interessi rilevanti e solo come ultima ed estrema risorsa tra quelle impiegabili²⁷⁷.

Alla luce di queste considerazioni, pare quindi corretto ritenere che il requisito dell'indispensabilità/necessità si iscriva nell'ottica del principio di proporzionalità e che imponga al legislatore europeo uno scrutinio particolarmente rigoroso quanto all'esercizio della competenza penale accessoria: il canone in esame esprimerebbe infatti, nel testo dell'art. 83, par. 2, TFUE, il principio di *extrema ratio*, comune a tutti gli ordinamenti nazionali in quanto strumento-guida quanto alle scelte di penalizzazione²⁷⁸.

5.3. (segue): La garanzia di attuazione efficace.

Il giudizio sull'indispensabilità, richiesto dall'art. 83, par. 2, TFUE come primo dei presupposti sostanziali di impiego della base giuridica, esige una ponderazione quanto alla scelta di un

²⁷³ BERNARDI A., *La competenza penale accessoria*, cit., p. 53 e ss.; ÖBERG J., *The Legal Basis for EU Criminal Law Harmonisation: a Question of Federalism*, in ELR, 2018, p. 366, spec. p. 372.

²⁷⁴ Comunicazione della Commissione, *Verso una politica penale*, cit., p. 8.

²⁷⁵ Conclusioni del Consiglio, 30 novembre 2009, doc. 16542/2/09, p. 4.

²⁷⁶ Risoluzione del Parlamento europeo, *Approccio dell'UE in materia di diritto penale*, cit., p. 3.

²⁷⁷ *Programma di Stoccolma – Un'Europa aperta e sicura al servizio e a tutela dei cittadini*, in GUUE, 4 maggio 2010, C 115, p. 1, spec. p. 15.

²⁷⁸ HUOMO-KETTUNEN M., *EU Criminal Policy*, cit., p. 313.

mezzo per raggiungere un fine; l'attuazione efficace – o, con formula sintetica, l'effettività – di una politica dell'Unione europea costituisce l'obiettivo in vista del quale lo strumento viene esercitato. Perciò, l'intervento mediante direttive *ex art. 83, par. 2, TFUE* dev'essere finalizzato a consentire un migliore *enforcement*, in termini concreti, di una politica europea: proprio per questa ragione, si suole affermare il carattere strumentale della disposizione in esame²⁷⁹. L'affermazione secondo cui l'Unione europea obblighi gli Stati membri ad intervenire mediante il diritto penale in una logica ispirata al funzionalismo risale quantomeno all'argomentazione dell'avvocato generale Kokott nella già citata sentenza *Berlusconi* ed è senz'altro sottesa alla giurisprudenza della Corte di giustizia del biennio 2005-2007²⁸⁰.

Il legislatore europeo, ove intenda esercitare la competenza attribuita dall'art. 83, par. 2, TFUE, deve dimostrare che le sanzioni penali – la cui adozione e misura vengono fissate, sia pur per norme minime, a livello sovranazionale – siano capaci di assicurare (o, quantomeno, siano in grado di promettere) la realizzazione efficace di una politica già oggetto di armonizzazione. In questo senso, dunque, l'imposizione di una soglia sanzionatoria comune – per *an e quantum* – si propone di offrire, alla disciplina europea nel settore di intervento, migliore osservanza da parte dei consociati e maggiore applicazione sul territorio dell'Unione europea.

Per questa ragione, parte della dottrina ha evidenziato che questo secondo requisito opererebbe, più che in chiave limitativa, come un criterio capace di espansione del novero degli *inputs* di penalizzazione, poiché appare agevole richiamare, sia pur in termini generali, le (maggiori) potenzialità dissuasive che l'esercizio di *ius criminale* reca con sé²⁸¹. A ben vedere, se l'effettività costituisce il presupposto per l'impiego di una competenza – concorre, cioè, a fondare l'esercizio stesso del potere – vi è il rischio che le istituzioni normative, per rispondere al bisogno di *enforcement* e *compliance* delle proprie politiche, possano richiedere agli Stati membri un ricorso assai frequente al diritto penale²⁸².

In particolare, la dottrina ha evidenziato due ordini di timori.

Un primo consiste, come già accennato, nell'eccesso di obblighi di incriminazione, tali da produrre un effetto ipertrofico all'interno delle legislazioni nazionali²⁸³. In quest'ottica, se il le-

²⁷⁹ AMBOS K., *European Criminal Law*, cit., p. 322; FOFFANI L., *Il manifesto sulla politica criminale*, cit., p. 664; MELANDER S., *Effectiveness in EU Criminal Law*, cit., p. 285; MITSILEGAS V., *EU Criminal Law after Lisbon*, cit., p. 60; SUOMINEN A., *Effectiveness and Functionality*, cit., p. 392.

²⁸⁰ ÖBERG J., *Do We Really Need*, cit., p. 374-375; Corte giust., sent. 23 ottobre 2007, *Commissione c. Consiglio*, cit., pt. 68-69.

²⁸¹ HERLIN-KARNELL E., *The Constitutional Dimension*, cit., p. 57 ss.; EAD., *EU Competence in Criminal Law after Lisbon*, cit., p. 338; OUWERKERK J. W., *Criminalization Powers of the European Union*, cit., p. 513.

²⁸² HERLIN-KARNELL E., *What Principles Drive (or Should Drive)*, cit., p. 1123.

²⁸³ AMBOS K., *European Criminal Law*, cit., p. 322; MANNOZZI G., CONSULICH F., *La sentenza della Corte di giustizia C-176/03*, cit., p. 926; ELHOLM T., *Does EU Criminal Cooperation*, cit., p. 212; MASARONE V., *Il "diritto penale*

gislatore europeo confida nella capacità della sanzione penale di assicurare il rispetto della disciplina a cui presidio è posta, si potrebbe prospettare un ricorrente impiego di direttive di armonizzazione, come accaduto negli ultimi anni di vigenza del risalente regime di primo-terzo pilastro²⁸⁴ e prospettato dalla stessa Commissione nella comunicazione del 2011 in tema di politica penale²⁸⁵. Inoltre, nella misura in cui l'art. 83, par. 2, TFUE – a differenza del par. 1 – non subisce una limitazione *ratione materiae*, ma può estendersi parallelamente ai settori in cui le competenze vengono esercitate, vi è la possibilità che alla maggior produzione normativa in ambito extrapenale corrisponda il potenziale esercizio anche dell'art. 83, par. 2, TFUE²⁸⁶.

Un secondo timore espresso dalla dottrina concerne lo «slittamento del termine di riferimento dell'indispensabilità: non la tutela del bene giuridico, ma l'attuazione efficace di una politica dell'Unione»²⁸⁷. In ragione della dichiarata strumentalità della sanzione penale, quest'ultima sarebbe tesa – secondo un'analisi svolta in specie dalla dottrina nazionale²⁸⁸ – a proteggere non già un bene giuridico, ma una norma. Si prospetterebbe dunque uno scenario ispirato ad un diritto penale normativista anziché di stampo teleologico²⁸⁹: il precetto (e la correlata pena) finirebbe per essere autoreferenziale, in quanto orientato a presidiare non già un bene della vita preesistente (il c.d. bene giuridico), ma la stessa istituzione produttiva dei comandi giuridici²⁹⁰. Così facendo, tuttavia, l'Unione europea farebbe proprio un modello di diritto penale eterogeneo rispetto a quello liberale, connotato da un approccio formalistico, in cui il reato coincide

europo" al vaglio dell'offensività: fondamento ed esiti, in *Arch. pen.*, 1/2019, p. 1, spec. p. 10; MITSILEGAS V., *Overcriminalization*, cit., p. 420; SICURELLA R., *EU competence in criminal matters*, cit., p. 74.

²⁸⁴ OUWERKERK J. W., *Criminalization Powers of the European Union*, cit., p. 511-512: l'Autrice sottolinea che la Commissione, già dalla sentenza *reati ambientali*, ha dimostrato di far propria un'interpretazione ampia dei poteri riconosciuti all'Unione europea in materia penale e, tranne per il progetto di atto in tema di tutela penale della proprietà intellettuale (COM (2006) 168 def., 26 aprile 2006), tutte le direttive proposte sono state adottate: si tratta, oltre alla già citata direttiva 2008/99/CE, delle direttive 2009/52/CE sulle sanzioni per l'impiego irregolare di cittadini extraeuropei (in *GUUE*, 30 giugno 2009, L 168, p. 24) e 2009/123/CE relativa all'inquinamento provocato dalle navi e all'introduzione di sanzioni per violazioni (in *GUUE*, 27 ottobre 2009, L 280, p. 52).

²⁸⁵ Nella comunicazione della Commissione, *Verso una politica penale*, cit., p. 12-13, vengono enunciati come settori di possibile intervento i seguenti: abusi di mercato; lotta alla frode contro gli interessi finanziari; trasporto su strada; protezione dei dati personali; normativa doganale; tutela dell'ambiente; politica della pesca; politica del mercato interno (segnatamente, contraffazione, corruzione, conflitto d'interessi nell'ambito degli appalti).

²⁸⁶ BERNARDI A., *La competenza penale accessoria*, cit., p. 50.

²⁸⁷ SOTIS C., *Il trattato di Lisbona*, cit., p. 1155.

²⁸⁸ DONINI M., *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in *DPC*, 4/2013, p. 4, spec. p. 8; MANNOZZI G., CONSULICH F., *La sentenza della Corte di giustizia C-176/03*, cit., p. 928; SOTIS C., *Il trattato di Lisbona*, cit., p. 1155; ID., *I principi di necessità e proporzionalità*, cit., p. 119.

²⁸⁹ In generale, su questi aspetti v. DONINI M., *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana*, cit., p. 8-9 (e *ivi* ampi riferimenti agli autori che, a livello italiano e tedesco, hanno adottato paradigmi normativisti); FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 25 (con numerosi richiami alla dottrina tedesca, specie Jacobs, che hanno proposto paradigmi normativisti); PALIERO C.E., *Il principio di effettività nel diritto penale, passim*; ROMANO M., *La legittimazione delle norme penali: ancora su limiti e validità della teoria del bene giuridico*, in *Criminalia*, 2011, p. 34, spec. p. 42, ove l'Autore, con chiarezza, sottolinea che nel diritto penale odierno «compito del diritto penale, infatti, resta non solo e non tanto la garanzia della validità delle norme, ma la protezione dei beni giuridici ad esse preesistenti».

²⁹⁰ MANNOZZI G., CONSULICH F., *La sentenza della Corte di giustizia C-176/03*, cit., p. 928.

con la mera violazione di un dovere e non con l'aggressione ad un interesse di uno o più concitati²⁹¹.

Per quanto i timori espressi meritino prudente considerazione – non foss'altro che per l'autorevolezza di chi li ha espressi – in questa sede è opportuno svolgere, però, anche alcune considerazioni che possono mitigare, se non addirittura superare, le riserve formulate.

In primo luogo, è lo stesso esercizio della competenza attribuita dall'art. 83, par. 2, TFUE a rivelare il ricorso parsimonioso a tale potere, impiegato (ad oggi) in settori nei quali l'intervento dell'Unione europea è radicato e consolidato da tempo con politiche di ampio respiro e per i quali l'utilizzo dello strumento penale appare del tutto consono alle esigenze di tutela²⁹². Questa considerazione vale, già da sola, a limitare i timori relativi alla presunta *overcriminalisation* ascrivibile alle istituzioni sovranazionali.

Inoltre, come si è già più volte accennato, l'approccio allo studio del funzionamento e dell'operato dell'Unione europea non può svolgersi *tout court* mediante le coordinate proprie dell'analisi che viene condotta, sia pur nella medesima materia, a livello nazionale²⁹³: in quest'ottica, è fondamentale richiamare quel carattere di incompiutezza dell'ordinamento sovranazionale, il quale – per veder realizzate le proprie politiche – ha per sua natura bisogno dell'intervento degli Stati membri e dei loro apparati, in questo caso giudiziari ed esecutivi. Nel settore qui in esame, è chiaro che l'intervento a livello sovranazionale non può che realizzarsi sul segmento normativo, in quanto l'attività giurisdizionale e quella esecutiva restano di sola competenza nazionale.

Se si adotta questa logica – pur non rinunciando ai principi che ispirano il ricorso alle sanzioni penali nei sistemi giuridici continentali²⁹⁴ – diviene più agevole comprendere le ragioni per cui l'Unione europea intende i propri *inputs* di penalizzazione come strumenti per far in modo che le proprie politiche siano realizzate e sviluppate in modo efficace negli Stati membri, in virtù del principio di leale cooperazione²⁹⁵. Perciò, il legislatore dell'Unione europea non ha altro mezzo – per aggiungere effettività al sistema – che incidere sulla disciplina sostanziale, non potendo imporre agli Stati membri obblighi relativi a tutte le altre disposizioni (di parte generale e di carattere processuale) che spesso diventano il motivo di una scarsa tutela dei beni di interesse sovranazionale²⁹⁶.

²⁹¹ DONINI M., *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana*, cit., p. 9.

²⁹² Su cui v., *funditus*, il Capitolo IV.

²⁹³ Sulla difficoltà di rielaborare, in chiave europea, la (peraltro controversa) teoria del bene giuridico, v. BERNARDI A., *La competenza penale accessoria*, cit., p. 53 e dottrina ivi citata.

²⁹⁴ Su cui, oltre alle considerazioni già svolte in alcuni passaggi, v. *funditus infra*, par. 7.

²⁹⁵ BERNARDI A., *La competenza penale accessoria*, cit., p. 53.

²⁹⁶ SUOMINEN A., *Effectiveness and Functionality*, cit., p. 397.

Questo non facile equilibrio viene ben illustrato nella comunicazione della Commissione del 2011 già richiamata²⁹⁷. Essa muove dal presupposto che gli Stati membri sono liberi di garantire l'*enforcement* delle politiche europee secondo i modelli che essi prediligono: non è casuale, in proposito, che le istituzioni preferiscano intervenire mediante direttive – vincolanti solo nei risultati – senza ricorrere all'uniformazione delle discipline nazionali. Laddove, però, il ricorso ai singoli regimi nazionali non consenta di raggiungere un'efficace applicazione del diritto dell'Unione europea, l'intervento ulteriore non può che imporre – in modo più penetrante – obblighi sanzionatori (anche di tenore penale) agli Stati membri, affinché la realizzazione del disegno di integrazione non rimanga soltanto *in the books*. Come sottolinea la Commissione²⁹⁸, la scelta ricade su illeciti di natura criminale o amministrativa – oppure viene rimessa ai legislatori nazionali – in base ad una valutazione che viene effettuata a livello europeo in ragione delle specifiche esigenze del settore oggetto di intervento.

Del resto, proprio la progressiva affermazione delle competenze in materia penale dell'Unione europea si è costruita (anche) sull'idea che l'impiego delle sanzioni rappresenti un mezzo per garantire effettività alle proprie politiche: e anche a livello nazionale, non sono mancate argomentazioni favorevoli al ricorso alla criminalizzazione in settori, dove questa scelta risulta *de facto* imperniata su un'opzione chiaramente normativista, in quanto tesa (soltanto) a rafforzare il bisogno di rispetto di disposizioni preesistenti²⁹⁹.

Il requisito della garanzia di efficace attuazione potrebbe, peraltro, rivelarsi non meno capace, quanto a capacità selettiva delle condotte meritevoli di una sanzione penale, del paradigma imperniato sul bene giuridico³⁰⁰: anche perché, a ben considerare, ogni atto normativo dell'Unione europea è adottato allo specifico fine di realizzare un obiettivo, il quale *in re ipsa*

²⁹⁷ Comunicazione della Commissione, *Verso una politica penale*, cit., p. 11-12.

²⁹⁸ *Ibidem*.

²⁹⁹ L'esempio più rilevante è offerto, secondo autorevole dottrina (MOCCIA S., *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni*, cit., p. 361) dal diritto penale tributario: l'Autore rileva che «per quanto riguarda la normativa penale tributaria italiana richiamata, essa esprime un modello, del tutto negativo, di amministrativizzazione della tutela penale opposto a quello della difesa di beni giuridici: va subito detto che questa è una caratteristica che impronta tutta la legislazione penale fiscale italiana». Altrettanto, si riconosceva una matrice marcatamente normativista al diritto penale ambientale, fondato sulla penalizzazione di condotte a loro volta in contrasto con regole di carattere amministrativo: ciò accadeva sia in Italia (GIUNTA F., *Il diritto penale dell'ambiente in Italia: tutela di beni o tutela di funzioni*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 1100, *passim*) sia in numerosi altri Paesi (v., sul punto, FAURE M., *The Development of Environmental Criminal Law in the EU and its Member States*, in *Rev. Eur. Com. & Int. Env. Law*, 2017, p. 139).

³⁰⁰ BERNARDI A., *La competenza penale accessoria*, cit., p. 54. Per un approccio critico alla menzionata teoria, in ottica nazionale, v. FORNASARI G., *Offensività e postmodernità: un binomio inconciliabile?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, p. 1514, spec. il par. 3; MOCCIA S., *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni. Tra illusioni postmoderne e riflessi illiberali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 343; ROMANO M., *La legittimazione delle norme penali*, cit., ciascuno dei contributi con ulteriori riferimenti specie alla dottrina penalistica tedesca.

sottende la tutela o l'affermazione di un interesse che può assurgere a bene giuridico legittimante l'intervento in materia penale³⁰¹.

Infine, un'ulteriore considerazione può contribuire a superare le riserve in merito al requisito dell'effettività: inserire questo presupposto nell'alveo del principio di sussidiarietà³⁰², snodo essenziale nella relazione tra Unione europea e Stati membri (art. 5, par. 3, TUE). Come noto, si tratta di quel criterio che regola la cruciale questione dell'esercizio delle competenze, ove queste, in un sistema strutturato su più livelli di *governance*, spettino, in via concorrente, a più di un centro di potere. Nel rapporto tra istituzioni sovranazionali e singoli Paesi, il principio di sussidiarietà opera come un «performance criterion [...] considering the performance of each level to achieve the desired objective»³⁰³, di conseguenza l'Unione europea interviene soltanto quando sia in grado di offrire un *quid pluris* per il raggiungimento degli obiettivi di volta in volta rilevanti³⁰⁴. Si tratterebbe proprio di quei casi in cui l'intervento volto a ravvicinare le legislazioni nazionali è teso a rafforzare l'applicazione di politiche di fonte europea: ma ciò può avvenire soltanto a condizione che sia superato il doppio *test* che il principio di sussidiarietà impone, ovvero che si accertino l'inadeguatezza degli strumenti nazionali ad assicurare l'effettività della disciplina europea e, poi, la capacità dell'Unione europea di garantire – anche grazie al ravvicinamento degli strumenti sanzionatori adottati alla luce della «efficiency-driven EU criminal policy»³⁰⁵ – un risultato migliore³⁰⁶.

Peraltro, la valutazione (prognostica) di maggiore efficacia dell'intervento europeo è effettuata, secondo quanto prevede il protocollo n. 2 allegato ai trattati, dai Parlamenti nazionali, ai quali – come già accennato in apertura – è consentito formulare i propri rilievi quanto al mancato rispetto del principio di sussidiarietà, con abbassamento della soglia del c.d. cartellino giallo ad un quarto dei voti disponibili: in nessuno dei due casi in cui sono state adottate direttive *ex art.* 83, par. 2, TFUE questo limite è stato raggiunto, a significare che le proposte di atto sono state

³⁰¹ WIECZOREK I., *The Principle of Subsidiarity*, cit., p. 96. Considerazione sostanzialmente analoga è svolta da BERNARDI A., *La competenza penale accessoria*, cit., ad avviso del quale la competenza penale in esame «trova una sua precisa legittimazione nell'esigenza di assicurare l'effettiva attuazione del diritto dell'Unione, e attraverso di essa la stessa tutela di beni-interessi di rilievo europeo» (p. 75). Del resto, anche la dottrina più critica (SOTIS C., *Il trattato di Lisbona*, cit., p. 1156; ID., *I principi di necessità e proporzionalità*, cit., p. 120) finisce per concordare sul fatto che proteggere il bene in sé o garantire l'effettività delle politiche ambientali porta, in ogni caso, a legittimare il ricorso allo strumento penale. Secondo l'Autore, tuttavia, rimarrebbe una differenza, in ambito strettamente penalistico, quanto alle modalità di costruzione dell'illecito: per tutelare il bene giuridico in modo adeguato, sarebbero necessari reati di pericolo, non di danno, in ragione delle difficoltà di dimostrazione del nesso causale che lega la condotta (o l'omissione) e l'evento.

³⁰² ASP P., *The Importance of the Principles of Subsidiarity*, cit.; HUOMO-KETTUNEN M., *EU Criminal Policy*, cit., p. 316 ss; WIECZOREK I., *The Principle of Subsidiarity*, cit.

³⁰³ WIECZOREK I., *The Principle of Subsidiarity*, cit., p. 73.

³⁰⁴ HUOMO-KETTUNEN M., *EU Criminal Policy*, cit., p. 316.

³⁰⁵ *Ibidem*.

³⁰⁶ WIECZOREK I., *The Principle of Subsidiarity*, cit., p. 88.

ritenute conformi al principio in esame e dunque capaci di assicurare, rispetto alle discipline nazionali, risultati migliori.

In conclusione, benché ad una prima lettura si possa ritenere che la ricerca di effettività costituisca un presupposto per legittimare un più ampio e frequente intervento dell'Unione europea in materia penale, l'adeguata valorizzazione del principio di sussidiarietà (nel cui alveo si inserisce il giudizio sull'attuazione efficace delle politiche europee) può rendere anche il requisito in esame capace di limitare l'esercizio della competenza accessoria.

5.4. (segue): La necessità come “limite” alla capacità espansiva dell'effettività.

Se si ritiene che il vaglio sulla sussidiarietà abbia, in ogni caso, scarsa capacità selettiva, poiché trattandosi di garantire l'attuazione di una politica europea è elevata la probabilità che l'intervento dell'Unione possa assumere una capacità incisiva migliore rispetto a quanto possano fare i singoli Paesi³⁰⁷, può essere opportuno “rileggere” i due criteri fin qui esaminati in modo sinottico, in modo che all'eventuale “fuga in avanti” dell'uno (la ricerca di effettività) corrisponda il pragmatico contenimento da parte dell'altro (la necessità)³⁰⁸. Infatti, a fronte della *vis* espansiva che l'effettività potrebbe rivelare – tanto da potersi parlare, secondo parte della dottrina³⁰⁹, del riconoscimento di “carta bianca” al legislatore europeo, libero di intervenire pressoché in ogni settore – è il presupposto della necessità ad assolvere ad un'autentica e profonda funzione limitatrice³¹⁰.

A questo proposito, si deve infatti tenere in considerazione che non sempre il ricorso alla criminalizzazione produce un reale, tangibile incremento quanto all'osservanza delle norme la cui violazione è sanzionata mediante un illecito penale: non pochi sono gli studi³¹¹ che, sia a livello empirico, sia a livello teorico (quanto, cioè, alle funzioni della pena negli ordinamenti contemporanei) hanno posto l'accento sulla scarsa deterrenza che la sola previsione normativa

³⁰⁷ In questo senso, v. ad es. CRAIG P., *EU Administrative law*, Oxford, 2006, p. 422.

³⁰⁸ ÖBERG J., *Do we really need*, cit., p. 377.

³⁰⁹ HERLIN-KARNELL E., *The Constitutional Dimension*, cit., p. 65; EAD., *EU Competence in Criminal Law after Lisbon*, cit., p. 339.

³¹⁰ ÖBERG J., *Do We Really Need*, cit., p. 377. L'Autore, che pur condivide il timore espresso da HERLIN-KARNELL E. nelle opere di cui alla precedente nota, ritiene che sia proprio il canone della necessità/indispensabilità a fungere da argine a potenziali eccessi da parte delle istituzioni europee.

³¹¹ Il tema è stato largamente studiato negli USA, sia nell'ottica di un approccio “law and economics” (POSNER R.A., *An Economic Theory of the Criminal Law*, in *Columbia Law Review*, 1985, p. 1193 e ivi dottrina citata), sia secondo diverse metodologie di ricerca a carattere sperimentale (in proposito, per uno studio sulle ragioni per cui i cittadini USA rispettano gli obblighi tributari – non per le sanzioni penali previste, bensì per il dovere morale largamente avvertito – v. SCHOLZ J. T., PINNEY N., *Duty, Fear, and Tax Compliance: The Heuristic Basis of Citizenship Behavior*, in *American Journal of Political Science*, 1995, p. 490, spec. 508–509). In Italia, v. PALIERO C.E., *Metodologie de lege ferenda: per una riforma*, cit.

di una pena può produrre. In altri termini, la mera prospettazione dell'esistenza di una sanzione, per quanto aspra, da sé, non produce alcun utile effetto in chiave preventiva.

Infatti, è opinione condivisa che la reale capacità del diritto penale di orientare le scelte dei consociati dipende in primo luogo dal fatto che la sanzione sia certa e irrogata in termini ragionevolmente rapidi³¹²: non tutti gli autori di fatti illeciti incarnano il paradigma dell'individuo "calcolatore" (che, conoscendo bene l'ordinamento, valuta attentamente le conseguenze positive e negative che possono derivargli dall'atto criminoso³¹³) e, di conseguenza, per indurre gli individui al rispetto della legislazione vigente occorre che questi sappiano che le violazioni sono rilevate e punite, pressoché sempre e in tempi celeri.

Perciò, già questa considerazione permette di rilevare che, di per sé, non è indispensabile ricorrere alla sanzione penale per assicurare l'*enforcement* di una politica già armonizzata. Se da un punto di vista della maggiore effettività, si può prospettare che una sanzione – qualsiasi essa sia – può incrementare la prognosi di un'attuazione più efficace di una certa disciplina e dunque risultare utile per il raggiungimento di un obiettivo, non si può *in re ipsa* dedurre che si debba per forza provvedere mediante la penalizzazione, in quanto altre tipologie sanzionatorie appaiono disponibili: si pensi al caso delle misure di carattere amministrativo o civile. Di conseguenza, la Commissione (o gli Stati membri *ex art. 76* TFUE) – nel proprio progetto di direttiva *ex art. 83*, par. 2, TFUE – dovrebbe non solo motivare in ordine alla capacità della pena di rivelarsi uno strumento capace di incrementare l'effettività della disciplina cui accede, ma che ogni altra tipologia sanzionatoria non sia altrettanto capace di raggiungere quel medesimo obiettivo³¹⁴. Nel fornire tale dimostrazione, si dovrebbe quindi fornire una giustificazione credibile e ragionevole quanto al fatto che l'azione normativa in ambito penale, proposta a tutela dell'effettività di una politica, rispetti il vaglio di essenzialità: a tal fine, dovrebbero impiegarsi non solo indicazioni tratte dalla letteratura penalistica e criminologica, ma anche dati e rilevazioni, pure di carattere comparatistico, che attestino il bisogno imprescindibile di una sanzione penale³¹⁵.

La prassi attuale – che, come accennato, ha rivelato un impiego assai parco della competenza penale accessoria – dimostra che le istituzioni europee hanno motivato il proprio intervento sulla base di documentazione attestante la necessità della propria azione³¹⁶ e, peraltro,

³¹² V. già BECCARIA C., *Dei delitti e delle pene*, Milano, 2014 (ed. a cura di Burgio A.), p. 67, ove l'Illustre Autore affermava «[q]uanto la pena sarà più pronta e più vicina al delitto commesso, ella sarà tanto più giusta e tanto più utile»; sul punto, nella penalistica più recente, GIUNTA F., *L'effettività della pena nell'epoca del dissolvimento del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 414, spec. p. 422; PALIERO C.E., *Metodologie de lege ferenda*, cit., p. 516.

³¹³ Questo è il presupposto da cui muove chi, specie negli USA (come POSNER R.A., *An Economic Theory*, cit., p. 1203), ha studiato il fenomeno criminoso in una prospettiva utilitaristico-economica.

³¹⁴ ÖBERG J., *Do We Really Need*, cit., p. 379.

³¹⁵ *Ivi*, p. 380.

³¹⁶ Rispetto alla direttiva 2014/57/UE, oltre alle segnalazioni offerte dal *report* a cura di DE LAROSIÈRE J., *The high-level group*, cit., la Commissione aveva già presentato una completa analisi dei dati emergenti nel settore del

hanno fatto ricorso all'art. 83, par. 2, TFUE soltanto ove i sistemi sanzionatori preesistenti avevano rivelato disomogeneità tra gli Stati membri e sintomi di inefficacia. Del resto, le due direttive non sono state colpite da pareri negativi sulla sussidiarietà tali da innescare il meccanismo di *early warning*, né sono poi state oggetto di censura dinanzi alla Corte di giustizia.

5.5. (segue): Il diritto penale è davvero capace di garantire effettività?

Vi è, poi, un'ulteriore ragione che potrebbe suggerire di evitare il ricorso al diritto penale degli Stati membri: ovvero, l'incapacità di effettività della pena, fenomeno che, come si accennerà, si sta manifestando in alcuni contesti (come in Italia), con particolare evidenza.

Secondo un orientamento consolidato – che traspare tanto negli atti della Commissione³¹⁷, così come nella dottrina³¹⁸ – la sanzione penale, in quanto severa, dovrebbe essere garanzia di effettività per due ordini di motivi: in primo luogo, perché essa svolge una marcata funzione di prevenzione (generale e individuale) e, poi, in quanto assicura una forte stigmatizzazione, ovvero rende la condotta illecita riprovevole agli occhi dei consociati.

Perciò, parrebbe un incontrovertito postulato ritenere che le sanzioni penali costituiscano uno strumento sempre efficace nel raggiungimento degli obiettivi di tutela per cui esse sono adottate: ed è stato rilevato che, nella prospettiva europea, si manifesterebbe talvolta «an over-reliance on the magic of criminal law»³¹⁹. Di conseguenza, si potrebbe prospettare che è sufficiente criminalizzare una condotta, lesiva di un determinato interesse o pregiudizievole per la realizzazione di una certa politica, perché questa non sia più replicata dai consociati. Ciò farebbe presumere un automatismo tra la formulazione di *inputs* di penalizzazione e piena effettività del diritto dell'Unione europea.

Tuttavia, vi sono due ordini di ragioni che inducono a (ri)considerare l'esattezza dell'equazione per cui il diritto penale assicura una (più) efficace attuazione della disciplina cui è funzionale.

Un primo aspetto fondamentale concerne l'adeguata valutazione della capacità di altri mezzi di produrre risultati se non pari, addirittura superiori, in termini di efficienza, al diritto penale³²⁰. Quest'ultimo, infatti, si connota per l'esigenza di attendere i tempi necessari agli accertamenti

market abuse con la propria comunicazione COM(2010) 716 def., 8 dicembre 2010; nella successiva proposta di direttiva, consultabile nella comunicazione COM(2011) 654 def., 20 ottobre 2011, tali elementi sono analizzati quanto alle specifiche necessità di intervenire mediante lo strumento penale. Quanto alla direttiva 2017/1371 (UE), le ragioni sottese all'intervento sono illustrate, anche con riferimento a ulteriore documentazione elaborata negli anni precedenti, nella comunicazione COM(2011) 273 def., 26 maggio 2011.

³¹⁷ Comunicazione della Commissione, *Verso una politica penale*, cit., p. 13.

³¹⁸ ÖBERG J., *Limits to EU Powers*, cit., p. 83 e ulteriore dottrina *in* citata.

³¹⁹ HERLIN-KARNELL E., *What Principles Drive*, cit., p. 1123; EAD., *The Constitutional Dimension*, cit., p. 60. Aderisce a questa prospettazione SUOMINEN A., *Effectiveness and Functionality*, cit., p. 397.

³²⁰ DE MURO G., *Ultima ratio*, cit., p. 1660.

(tanto nella fase procedimentale quanto in quella dibattimentale e delle impugnazioni) e per i costi ad essi collegati (in termini di risorse umane ed economiche). Invece, mezzi come le sanzioni amministrative o i rimedi civilistici – che possono essere adottati dal giudice in presenza di una sentenza di condanna al risarcimento del danno cagionato, come i cd. *punitive damages* di fonte angloamericana o le sanzioni civili – sono impiegati più rapidamente, con costi minori e con più elevata garanzia di esecuzione rispetto a quanto accade, sovente, per le sanzioni penali.

Si tratta di una riflessione comune anche alla dottrina che si occupa del tema sul versante nazionale, ove profili analoghi a quelli qui in esame si sono manifestati. Com'è stato lucidamente osservato, appare «[i]nutile, anzi dannoso, introdurre norme penali là dove norme meno impegnative sarebbero verosimilmente sufficienti o assicurerebbero i medesimi risultati. Illusorio, oltre tutto, ritenere che norme penali possano da sole rimediare all'assenza di essenziali controlli preventivi che altri rami dell'ordinamento potrebbero dominare più agevolmente e con minor dispendio, di risorse economiche e di sofferenze umane»³²¹.

La stessa Commissione appare consapevole che questi strumenti, tanto a carattere preventivo, quanto sanzionatorio, esistano e possano assicurare i risultati desiderati anche meglio del diritto penale: specie ove si tratti delle sanzioni a carattere amministrativo – che già riscontrano una lunga prassi applicativa nell'ordinamento sovranazionale –, queste ultime sono capaci di assicurare flessibilità, rapidità e incisività tali da renderle preferibili alla criminalizzazione³²². Allo stesso modo, il Consiglio ha espresso l'esigenza che, anche ove norme penali possano apparire utili, è doveroso verificare che queste ultime possano, in termini concreti, assicurare un valore aggiunto in punto di efficacia, altrimenti dovendosi prendere in considerazione misure di diversa connotazione³²³.

In questo contesto, si colloca anche l'avvertito problema della crisi del sistema penale³²⁴, specie per quanto riguarda la scarsa effettività della pena: si verifica – nell'ordinamento italiano come in altri³²⁵ – che pur a fronte di pronunce che condannano, in via definitiva, l'imputato, difetta poi, in modo radicale, la fase esecutiva. O, addirittura, per effetto di cause che escludono,

³²¹ ROMANO M., *La legittimazione delle norme penali*, cit., p. 36.

³²² Comunicazione della Commissione, *Verso una politica penale*, cit., p. 14.

³²³ Conclusioni del Consiglio, 30 novembre 2009, cit., p. 5.

³²⁴ *Ex multis*, cfr. AA.VV., *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*, Milano, 2001; GIUNTA F., *L'effettività della pena*, cit.; MANTOVANI F., *La "perenne crisi" e la "perenne vitalità" della pena. E la "crisi di solitudine" del diritto penale*, in DOLCINI E., PALIERO C.E. (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci, Vol. II*, Milano 2006, p. 1170; PADOVANI T., *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria editale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 423.

³²⁵ Basti pensare al caso della Francia, ove è stata adottata di recente una riforma (Loi n° 2019-222 del 23 marzo 2019) di integrale novella di numerosi settori della giustizia, in cui un intero titolo (il quinto) è dedicato a «renforcer l'efficacité et le sens de la peine»; per un commento, v. GIACOPELLI M., *Renforcer l'efficacité et le sens de la peine*, in *La Semaine Juridique - Edition générale*, 15 aprile 2019; PELTIER V., *Sens et efficacité des peines*, in *Rev. droit pénal*, 5/2019, p. 19.

lato sensu, la punibilità, pur a fronte di un reato accertato come tale, l'autore non viene sottoposto a sanzione, bensì prosciolto³²⁶. Rispetto a queste circostanze, l'incertezza della pena – ovvero il consistente dubbio sul fatto che essa non sia applicata, neppure quando questa dovrebbe trovare irrogazione – finisce per rendere il sistema sanzionatorio, nella sua interezza, non credibile³²⁷: com'è stato evidenziato, ove la pena «una volta minacciata e inflitta, non venga poi applicata finisce con il perdere qualsiasi efficace funzione preventiva, divenendo meramente 'simbolica'»³²⁸.

Pertanto, proprio queste considerazioni – relative, cioè, alla difficoltà dei sistemi penali di essere a loro volta capaci di effettività – dovrebbero suggerire alle istituzioni europee di non considerare la criminalizzazione come un rimedio capace, in termini generali ed assoluti, di garantire un adeguato *enforcement* per le proprie politiche: e ciò proprio perché negli Stati membri non sempre la previsione di una condotta come illecito penale equivale ad assicurare l'irrogazione della sanzione corrispondente. Del resto, la vicenda *Taricco* è nata proprio da una prospettiva di questo tipo.

Un secondo profilo da osservare concerne i rischi legati all'ipertrofia del diritto penale e le implicazioni che ad essa si legano. Anche in questo caso, si tratta di un fenomeno trasversale agli Stati membri³²⁹ – tanto da essere evidenziato dal Parlamento europeo³³⁰ – e comune ad ulteriori esperienze dei Paesi occidentali³³¹. Per quanto non si tratti di un fenomeno legato soltanto agli *inputs* di criminalizzazione di fonte sovranazionale³³², ma al quale hanno concorso

³²⁶ Un approfondimento rispetto alla disciplina della prescrizione è proposto da SILVANI S., *Il giudizio*, cit., p. 171.

³²⁷ Il concetto di effettività della sanzione penale può essere inteso come sinonimo di certezza sotto il profilo dell'*an* della pena, vale a dire come necessità che la pena sia concretamente applicata, una volta che si realizzi il reato per la quale è stata prevista. Cfr. GIUNTA F., *L'effettività della pena*, cit., p. 416; GOISIS L., *La pena pecuniaria. Un'indagine storica e comparata*, Milano, 2008, p. 125. Altra dottrina lega, poi, alla certezza della pena la fondamentale capacità della stessa di svolgere la propria funzione preventiva: di conseguenza, il diritto penale è ineffettivo nella misura in cui la formulazione dei precetti non è in grado di «inibire comportamenti socialmente disfunzionali, realizzando un utile sociale» (PALIERO C.E., *Il principio di effettività*, cit., p. 447).

³²⁸ Sulla tendenza del nostro sistema sanzionatorio alla «pena virtuale», v. MOCCIA S., *La perenne emergenza*, Napoli, 2000, p. 201. In Italia, tale fenomeno raggiunge proporzioni preoccupanti specie con riguardo all'esecuzione delle pene pecuniarie: v. GOISIS L., *L'effettività (rectius ineffettività) della pena pecuniaria in Italia, oggi*, in DPC, 13 novembre 2012.

³²⁹ DE MURO G., *Ultima ratio*, cit., p. 1673, *ivi* con diffusi riferimenti a Spagna, Germania, Francia.

³³⁰ Risoluzione del Parlamento europeo, *Approccio dell'UE in materia di diritto penale*, cit., lett. I). L'istituzione sottolinea che «tenuto conto del decremento di efficacia dovuto a un uso eccessivo del diritto penale, il suddetto diritto deve essere [...] diretto a comportamenti circoscritti che non possono essere corretti efficacemente mediante misure di minor severità».

³³¹ Un'ampia analisi rispetto all'esperienza statunitense viene svolta da HUSAK D., *Overcriminalization. The limits of the criminal law*, Oxford, 2008.

³³² Tema comunque ben presente nella riflessione della dottrina, sia nazionale, sia straniera: v. in particolare ELHOLM T., *Does EU Criminal Cooperation*, cit., con un'approfondita analisi sui Paesi del Nord Europa; MITSILEGAS V., *Overcriminalisation*, cit., che dedica il par. 2 del contributo citato proprio a «effectiveness and overcriminalisation»; SOTIS C., *Il Trattato di Lisbona*, cit., p. 1158, ove l'Autore evidenzia alcune fattispecie per le quali «non è affatto naturale e scontato che si debba ricorrere alla pena», così palesando il timore che l'ipertrofia del diritto nazionale sia dovuta anche all'intervento europeo.

anche i singoli legislatori³³³, appare opportuno non ricorrere alle sanzioni penali in modo eccessivo, specie a fronte di condotte di scarsa capacità offensiva o lesive di beni giuridici di rango non primario³³⁴. Il decremento delle fattispecie di reato renderebbe più agevole l'individuazione e il perseguimento degli illeciti e, di conseguenza, garantisce alla pena (irrogata in meno casi, ma più certa e celere) un tasso di effettività molto più elevato³³⁵.

Alla luce di queste considerazioni, appare condivisibile valorizzare quanto la Commissione ha dato prova di conoscere: cioè, che non sempre l'intervento mediante il diritto penale è, di per sé, assoluta garanzia di *enforcement*, sia perché altri strumenti possono apparire capaci di risultati altrettanto validi, sia per la crisi che, almeno in alcuni Paesi – tra cui l'Italia –, sta registrandosi quanto all'effettività dello *ius puniendi*.

6. Ulteriori (possibili) basi giuridiche per l'esercizio di competenze penali.

Una volta esaurita la trattazione dei presupposti che legittimano il ricorso alla competenza *ex art. 83, par. 2, TFUE*, risulta fondamentale soffermarsi su un profilo di particolare importanza: ovvero la possibile adozione di atti che comportino il ravvicinamento di disposizioni penali in forza di basi giuridiche differenti rispetto a quella appena menzionata.

La *quaestio* in esame ha assunto, dopo l'adozione del trattato di Lisbona, una dimensione marcatamente problematica³³⁶. In particolare, si è discusso in dottrina se, nella vigenza dell'attuale art. 83 TFUE, questa previsione esaurisca le competenze penali dell'Unione europea ovvero se sopravviva la possibilità di rinvenire altre disposizioni sulla cui base possano essere adottati atti capaci di un ravvicinamento (anche) in materia penale: se, infatti, il ricorso alla criminalizzazione è uno strumento ancillare rispetto ad ulteriori politiche dell'Unione europea, potrebbe prospettarsi un intervento delle istituzioni secondo la base giuridica “principale” con l'inserimento, in quel testo, di alcune disposizioni contenenti obblighi sanzionatori³³⁷.

A questo proposito, è necessario ricordare che, in virtù del principio di attribuzione delle competenze, individuare la norma dei trattati che legittima ogni singolo intervento delle istitu-

³³³ BERNARDI A., *La competenza penale accessoria*, cit., p. 57, ove efficacemente l'Autore sottolinea che occorre «riconoscere che in ambito sia interno sia UE [...] è possibile riscontrare la deprecabile, comune tendenza a cedere a impulsi emergenziali capaci di prevalere sulla razionalità del legislatore e dell'interprete, attenuando la loro sensibilità verso le istanze di diritto penale minimo».

³³⁴ ROMANO M., *La legittimazione delle norme penali*, cit., p. 35.

³³⁵ BERNARDI A., *Il costo “di sistema”*, cit., p. 588; DE MURO G., *Ultima ratio*, cit., p. 1658.

³³⁶ Su questo specifico tema, v. MIETTINEN S., *Implied ancillary criminal law competence after Lisbon*, in *ECLR*, 2013, p. 194; ÖBERG J., *The legal basis*, cit., p. 366; OUWERKERK J. W., *Criminalization powers of the European Union*, cit.

³³⁷ HUOMO-KETTUNEN M., *EU Criminal Policy*, cit., p. 309.

zioni riveste una importanza di carattere costituzionale all'interno del sistema giuridico sovranazionale³³⁸. Peraltro, la scelta della disposizione su cui fondare l'atto dipende da fattori di carattere oggettivo (quantomeno rispetto allo scopo e al contenuto), che permettano un controllo giurisdizionale *ex post* da parte della Corte di giustizia³³⁹. Qualora si possa realizzare, mediante un unico atto, una pluralità di obiettivi – così prospettandosi il valido ricorso a più di una base giuridica –, di regola si effettua una valutazione rispetto a quello che risulta preminente e, attraverso questo giudizio, si delinea il fondamento del testo normativo. Si ammette una deroga a questo principio soltanto ove gli obiettivi che si intendono realizzare siano inscindibilmente interconnessi, senza che sia possibile affermare la prevalenza di uno rispetto agli altri. Di conseguenza, l'atto può – ma soltanto in via eccezionale – fondarsi su due basi giuridiche, purché le procedure da queste ultime previste per l'adozione dello stesso siano compatibili: è il caso, nell'ambito dell'esercizio delle competenze dell'Unione europea in materia penale, di quelle direttive che risultano adottate *ex artt.* 82, par. 2 e 83 TFUE³⁴⁰, in quanto contenenti disposizioni sia di ravvicinamento sostanziale, sia di tutela per le vittime dei reati oggetto di armonizzazione. Allo stesso modo, ha doppia base giuridica anche la direttiva 2014/42/UE in tema di congelamento e confisca.

La scelta del fondamento di un'azione normativa non ha soltanto implicazioni di carattere costituzionale, ma produce importanti conseguenze di ordine pratico, quanto alle procedure da seguire per l'*iter* di adozione e ai requisiti sostanziali che debbono soddisfarsi. Le implicazioni discendenti dall'impiego dell'art. 83, par. 2, TFUE – norma che, come visto, contiene specifici requisiti – o di un'altra disposizione dei trattati sono rilevanti³⁴¹. Infatti, se nell'esercizio della prima base giuridica le istituzioni incontrano limiti di carattere sostanziale – si possono adottare solo direttive contenenti norme minime, in settori per i quali vi siano i presupposti già indicati – e procedurale – si pensi al freno d'emergenza, all'abbassamento della soglia del controllo nazionale in punto di sussidiarietà –, queste forme di perimetrazione dell'intervento normativo verrebbero meno in caso di ricorso ad un diverso fondamento dell'atto.

Si confrontano, quanto al tema in esame, due orientamenti.

Un primo ritiene che l'art. 83, par. 2, TFUE costituisca l'unica base giuridica su cui si può fondare un ravvicinamento delle disposizioni penali nazionali al fine di garantire l'effettività di un'altra politica dell'Unione europea³⁴².

³³⁸ Nella manualistica, v. STROZZI G., MASTROIANNI M., *Diritto dell'Unione europea*, cit., p. 284 ss.

³³⁹ *Ex multis*, Corte giust., sent. 11 giugno 1991, causa C-300/89, *Commissione c. Consiglio*, ECLI:EU:C:1991:244, nota come causa *Biossido di titanio*.

³⁴⁰ Direttive 2011/36/UE e 2011/93/UE.

³⁴¹ MIETINEN S., *Implied Ancillary Criminal*, cit., p. 195.

³⁴² ASP P., *The Substantive Criminal Law Competence*, cit., dedica l'intero capitolo quinto al tema e, in conclusione, afferma che l'unica base giuridica per un intervento in materia penale sarebbe l'art. 83 TFUE, salvo che si interpreti

Un primo argomento a favore di questa opzione ha una matrice storica. Dai lavori preparatori che hanno preceduto la redazione del testo del trattato costituzionale – le cui norme in materia penale sono state *de facto* trasfuse nelle previsioni attuali – si apprende che l'art. III-271 Tr. cost., odierno art. 83, par. 2, TFUE, deve essere inteso come unica base giuridica all'uopo disponibile³⁴³: esso, infatti, compendia ed esplicita quella competenza che, secondo la giurisprudenza, si riteneva essere intrinseca nei trattati³⁴⁴.

Un secondo elemento a sostegno di questa tesi muove dal fatto che l'art. 83, par. 2, TFUE riflette l'intenzione degli Stati membri di riassicurarsi forme più penetranti di controllo sugli sviluppi della politica criminale europea, a seguito delle sentenze della Corte di giustizia in tema ambientale e a fronte delle chiare manifestazioni d'intento da parte della Commissione di ricorrere con maggior frequenza a obblighi di penalizzazione³⁴⁵. In questo senso, ogni intervento normativo che abbia ad oggetto disposizioni penali comporta il ricorso all'apposita *lex specialis* che l'art. 83, par. 2, TFUE offre³⁴⁶ e i cui limiti sarebbero espressione della volontà di ricorrere alla criminalizzazione soltanto a condizioni particolarmente rigorose³⁴⁷.

Inoltre, è stato affermato che l'esistenza di un'unica base giuridica su cui fondare gli interventi in materia penale potrebbe evitare fenomeni di *cherry-picking* rispetto alle singole norme potenzialmente attributive di una competenza in materia e, così, favorire anche uno sviluppo coerente della politica criminale a livello europeo³⁴⁸.

A favore di questa tesi – cioè che il solo art. 83, par. 2, TFUE ammetta un intervento in materia penale e ogni altra base giuridica debba escludersi – si è da tempo schierato il Consiglio: come si apprende da un parere del servizio giuridico dell'istituzione, «the new legal basis in Article 83(2) TFEU, which was meant to tackle all cases where the EU legislature needs to harmonise the definition of criminal offences and sanctions in order to make other (non-criminal law) EU harmonised measures more effective»³⁴⁹. In particolare, nel predetto parere viene evidenziato che l'espunzione delle clausole limitative rispetto all'impiego del diritto penale, con-

l'art. 325 TFUE in termini ampi (l'Autore, però, dissente): v. p. 163. HUOMO-KETTUNEN M., *EU Criminal Policy*, cit., p. 312; ÖBERG J., *The Legal Basis*, cit., p. 391.

³⁴³ Final report of Working Group X “Freedom, Security and Justice”, cit., p. 9-10. L'impiego dei lavori preparatori ai fini dell'interpretazione di una norma non è infrequente nella giurisprudenza della Corte: v. Corte giust., sent. 27 novembre 2012, causa C-370/12, *Pringle*, ECLI:EU:C:2012:756, pt. 135-136.

³⁴⁴ ÖBERG J., *The Legal Basis*, cit., p. 370.

³⁴⁵ *Ivi*, p. 371. MIETTINEN S., *Implied Ancillary Criminal*, cit., p. 210 sottolinea inoltre che questo approccio parrebbe più coerente con le riserve espresse dal tribunale costituzionale tedesco, il quale ha posto l'accento sulla necessità di impiegare l'art. 83, par. 2, TFUE secondo limiti rigorosi. Di conseguenza, non vi sarebbe spazio per alcun intervento in materia penale che esuli dalla base giuridica inserita *ad hoc*.

³⁴⁶ ASP P., *The Substantive Criminal Law Competence*, cit., p. 163.

³⁴⁷ ÖBERG J., *The Legal Basis*, cit., p. 371.

³⁴⁸ OUWERKERK J. W., *Criminalization Powers of the European Union*, cit., p. 539.

³⁴⁹ Parere del Consiglio giuridico del Consiglio, n. 15309/12, pt. 12.

tenute in alcune previsioni dei trattati previgenti, debbano essere intese non nel senso di legittimare un intervento al di fuori dei confini dell'art. 83, par. 2, TFUE, ma in virtù dell'avvenuto riconoscimento, all'Unione europea, di una specifica e onnicomprensiva base giuridica a tal fine³⁵⁰.

La diversa tesi, al contrario, ritiene che una competenza implicita, modellata sulla falsariga degli approdi della giurisprudenza della Corte di giustizia degli anni 2005-2007, possa continuare ad esistere nel sistema dei trattati, specie a fronte di alcune previsioni (in particolare, come si vedrà, gli artt. 114 e 325 TFUE) il cui testo – anche in chiave storico-evolutiva – potrebbe legittimare un intervento anche in materia penale. Ancorché diffuso³⁵¹, quest'orientamento è stato sostenuto in termini fra loro eterogenei dalla dottrina: ad interpretazioni che individuano numerose basi giuridiche fondanti un intervento penale al di fuori dell'art. 83, par. 2, TFUE³⁵² si accompagnano, invece, tesi più caute, che ritengono soltanto alcune specifiche norme dei trattati attributive di una competenza ulteriore rispetto a quella configurata dalla disposizione *de qua*³⁵³.

Quale che sia l'approccio – più o meno estensivo rispetto ad un maggiore o minore numero di basi giuridiche ulteriori rispetto all'art. 83, par. 2, TFUE –, emergono alcuni argomenti, comuni a tutte le ricostruzioni proposte, volti a giustificare l'impiego di fondamenti ulteriori e diversi per un'azione di ravvicinamento delle disposizioni penali in specifici settori.

Uno spunto interpretativo si ricava da un'esegesi opposta rispetto a quella del servizio giuridico del Consiglio in relazione alla soppressione degli incisi che, in alcune disposizioni dei previgenti trattati, apertamente negavano il ravvicinamento delle disposizioni penali su quelle basi giuridiche. In precedenza, gli artt. 135 e 280, par. 4, TCE precludevano, nell'ambito della cooperazione doganale e della lotta alla frode agli interessi finanziari, l'adozione di misure relative all'applicazione del diritto penale nazionale: la scomparsa di queste espresse precisazioni

³⁵⁰ HUOMO-KETTUNEN M., *EU Criminal Policy*, cit., p. 311 sviluppa in particolare questo spunto.

³⁵¹ AMBOS K., *European Criminal Law*, cit., p. 11 e 18-19; GRASSO G., *Il trattato di Lisbona e le nuove*, cit., p. 2347; HERLIN-KARNELL E., *EU Competence in Criminal Law After Lisbon*, cit., p. 340; MITSILEGAS V., *EU Criminal Law Competence After Lisbon*, cit., p. 119; SATZGER H., *International and European Criminal Law*, cit., *passim*; SICURELLA R., *EU Competence in Criminal Matters*, cit., p. 65.

³⁵² SATZGER H., *International and European Criminal Law*, cit., *passim*, ritiene che gli artt. 33, 91, 103 e 192 TFUE possano costituire basi giuridiche utili al ravvicinamento in materia penale.

³⁵³ In particolare, AMBOS K., *European Criminal Law*, cit., GRASSO G., *Il trattato di Lisbona e le nuove*, cit., e SICURELLA R., *EU Competence in Criminal Matters*, cit. ritengono che l'art. 325 TFUE, di cui si dirà *infra*, sia l'unica altra norma che possa fondare una competenza. Ancora, HERLIN-KARNELL E., *EU Competence in Criminal Law after Lisbon*, cit., e WHELAN P., *Contemplating the Future: Personal Criminal Sanctions for Infringement of EC Competition Law*, in *King's Law J.*, 2008, p. 364, spec. p. 369, affermano che possa impiegarsi l'art. 114 TFUE; MITSILEGAS V., *EU Criminal Law Competence After Lisbon*, cit., p. 121 ritiene utilizzabile non solo l'art. 325 TFUE, ma anche l'art. 352 TFUE.

dovrebbe al contrario intendersi come una legittimazione ad un intervento che, seppur ristretto *ratione materiae*, possa contenere anche obblighi di criminalizzazione³⁵⁴.

Un secondo elemento a favore si può trarre, secondo la dottrina, dalla giurisprudenza della Corte di giustizia che, sia prima, sia dopo l'avvento del trattato di Lisbona, ha palesato un'espressa preferenza per le basi giuridiche che meglio e più in pienezza consentano di realizzare l'integrazione europea: come ben sintetizzato dalla dottrina, il giudice lussemburghese ha insistito «protecting the more integration-friendly legislative competences»³⁵⁵.

Quest'approccio era già palese nel regime dettato dai trattati previgenti: oltre alle due sentenze degli anni 2005-2007 citate – in cui la Corte di giustizia ha ritenuto di far prevalere le norme in tema di politica dei trasporti e di tutela ambientale come basi giuridiche per atti contenenti anche obblighi di criminalizzazione – si può menzionare anche una interessante pronuncia³⁵⁶, resa all'esito del ricorso in annullamento proposto dall'Irlanda rispetto alla direttiva 2006/24/CE (poi dichiarata invalida nella pronuncia *Digital rights*). Lo Stato ricorrente riteneva che tale atto andasse adottato non sulla base dell'art. 95 TCE (odierno art. 114 TFUE), bensì in virtù delle norme – all'epoca collocate nel TUE, segnatamente gli artt. 31, par. 1, lett. c) e 34, par. 2, TUE – in tema di cooperazione penale, in quanto lo scopo principale dell'atto consisteva nell'agevolazione delle attività di indagine, accertamento e perseguimento di reati, inclusi quelli terroristici. La Corte di giustizia non ha condiviso tale motivazione, bensì ha ritenuto che la direttiva si occupasse delle modalità con cui i fornitori di servizi dovevano provvedere alla conservazione dei dati trattati o generati, senza che vi fosse alcuna finalità di disciplinare l'impiego delle informazioni da parte dell'autorità giudiziaria.

Secondo la dottrina, anche sentenze successive alla revisione dei trattati del 2009 sarebbero indicative di un *favor*, da parte del giudice lussemburghese, per la base giuridica più *integration-friendly*³⁵⁷, ovvero quella che prevede requisiti meno limitativi e una capacità di intervento maggiore.

³⁵⁴ GRASSO G., *Il trattato di Lisbona e le nuove*, cit., p. 2347 (con riferimento, però, al solo art. 280, par. 4, TCE, attuale art. 325 TFUE); MIETTINEN S., *Implied Ancillary Criminal*, cit., p. 198; MITSILEGAS V., *EU Criminal Law Competence After Lisbon*, cit., p. 120; SATZGER H., *International and European Criminal Law*, cit., p. 55; SICURELLA R., *EU Competence in Criminal Matters*, cit., p. 66-67.

³⁵⁵ ÖBERG J., *The Legal Basis*, cit., p. 373.

³⁵⁶ Corte giust., sent. 10 febbraio 2009, causa C-301/06, *Irlanda c. Parlamento e Consiglio*, ECLI:EU:C:2009:68, su cui, proprio per questi profili specifici relativi alla scelta della base giuridica più favorevole all'integrazione europea, v. FONTANELLI F., *La Corte di giustizia e il "favor communitatis". Il percorso della giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità Europee sul fondamento normativo degli atti della Comunità e dell'Unione*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 2010, p. 177.

³⁵⁷ MIETTINEN S., *Implied Ancillary Criminal*, cit., p. 197; ÖBERG J., *The Legal Basis*, cit., p. 375. Le sentenze rilevanti a tal fine sono Corte giust., sent. 6 settembre 2012, causa C-490/10, *Parlamento c. Consiglio*, ECLI:EU:C:2012:52 (ivi la Corte ha annullato un regolamento, in tema di progetti di investimento nelle infrastrutture per l'energia da parte dell'Unione europea, perché fondato sull'art. 337 TFUE e non sull'art. 194 TFUE, laddove la prima disposizione permetteva l'adozione dell'atto secondo una procedura speciale, senza consultazione del Parlamento) e Corte giust., sent. 6 maggio 2014, causa C-43/12, *Commissione c. Parlamento e Consiglio*, ECLI:EU:C:2014:298 (in questo caso, è stata annullata una direttiva in tema di sicurezza stradale, perché fondata

Quindi, questa giurisprudenza potrebbe suggerire che, nel caso in cui una norma del trattato diversa dall'art. 83, par. 2, TFUE possa consentire anche il ravvicinamento delle disposizioni penali sostanziali in materia, essa andrebbe preferita se attribuisce una competenza capace di assicurare un maggior fattore di integrazione: e ciò potrebbe facilmente verificarsi, dati i numerosi limiti che caratterizzano l'art. 83, par. 2, TFUE.

Per quanto interesse possa aver suscitato, sia in dottrina, sia presso le istituzioni, il profilo in esame, la *quaestio* sembra, di fatto, esser stata risolta all'esito dell'*iter* normativo della c.d. direttiva PIF, in favore dell'art. 83, par. 2, TFUE come unica base giuridica che possa fondare interventi dell'Unione europea in ambito penale.

Si deve osservare che, del resto, la stessa Commissione aveva manifestato il proprio convincimento che gli interventi di *enforcement* delle politiche europee, da realizzare attraverso il ravvicinamento delle norme penali, andassero effettuati sulla base del (solo) art. 83, par. 2, TFUE³⁵⁸, eccettuato soltanto il caso del settore della lotta contro la frode degli interessi finanziari, per cui doveva farsi ricorso all'art. 325, par. 4, TFUE. Come già accennato, nel corso dei negoziati prodromici all'adozione della direttiva (UE) 2017/1371³⁵⁹, Consiglio³⁶⁰ e Parlamento europeo³⁶¹ hanno però modificato la base giuridica in quella che, poi, è stata posta a fondamento dell'atto nella sua versione finale; non sono stati promossi ricorsi volti ad ottenere l'annullamento dell'atto in virtù della scelta, come base giuridica, dell'art. 83, par. 2, TFUE, anziché dell'art. 325, par. 4, TFUE, come era stato *ab origine* prospettato.

Di conseguenza, si deve ritenere che l'art. 83, par. 2, TFUE costituisca una *lex specialis* rispetto ad ogni altra norma dei trattati – anche rispetto all'art. 325 TFUE – laddove l'Unione europea intenda provvedere al ravvicinamento delle disposizioni penali nazionali: del resto, se si fa riferimento a quella manifesta logica di esplicitazione e contenimento delle competenze voluta dagli estensori del trattato di Lisbona, questa appare senz'altro la conclusione più coerente con tale spirito³⁶².

sull'art. 87 TFUE e non sull'art. 91 TFUE). In entrambi i casi, la Corte di giustizia, analizzate le finalità e il contenuto dell'atto censurato, ha in entrambi i casi indicato come esatta quella che, tra le basi giuridiche, attribuisce all'Unione europea una competenza più incisiva rispetto alle disposizioni nazionali e più capace, dunque, di assicurare gli obiettivi dell'integrazione.

³⁵⁸ Comunicazione della Commissione, *Verso una politica penale*, cit., p. 6. Nella relazione che accompagnava la proposta di direttiva (COM (2012) 363 def., 11 luglio 2012), a p. 6, vi era una specifica indicazione dell'art. 325, par. 4, TFUE come base giuridica, con l'enunciazione delle ragioni che avevano indotto la Commissione a scegliere tale fondamento.

³⁵⁹ Su cui v. l'accurata ricostruzione di VENEGONI A., *Il difficile cammino della proposta di direttiva per la protezione degli interessi finanziari dell'Unione europea attraverso la legge penale (cd. direttiva PIF): il problema della base legale*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 2442.

³⁶⁰ Parere del Consiglio giuridico del Consiglio, n. 15309/12, cit.

³⁶¹ Posizione del Parlamento europeo in prima lettura, 16 aprile 2014, in *eur-lex.europa.eu*.

³⁶² A questa conclusione approda, dopo un'ampia analisi dei rapporti tra artt. 83, par. 2, 114 e 325, par. 4, TFUE, ÖBERG J., *The Legal Basis*, cit., p. 390.

7. Caratteri e principi della politica penale europea.

Si discute, da tempo, dell'esistenza di una "politica penale" dell'Unione europea, di quali possano essere gli scopi verso cui essa si orienta e quali siano i principi che ne guidano l'evoluzione³⁶³. Il progressivo riconoscimento di competenze sovranazionali in materia penale sostanziale e il relativo esercizio mediante numerosi atti di diritto derivato (decisioni-quadro prima, direttive poi) impongono un'analisi complessiva rispetto ai quesiti appena accennati: uno sguardo che, ormai, abbraccia praticamente due decenni di attività delle istituzioni in materia.

Può essere utile, in primo luogo, comprendere l'esatta portata della categoria giuridica in esame, a fronte anche della necessità di tracciare una linea di demarcazione tra due aggettivi che spesso, accanto al termine "politica", s'intendono sinonimi, ma che tali non sono: ovvero "criminale" e "penale"³⁶⁴. Nella tradizione italiana, la cui impostazione è condivisa dai penalisti continentali³⁶⁵, con la nozione di "politica criminale" si fa, di regola, riferimento agli strumenti che un ordinamento predispone allo scopo di contrastare la criminalità e alla ricerca di quelli che, tra i mezzi prospettabili, possono risultare più efficaci allo scopo. Essa si occupa altresì di definire quei principi che guidano, in tale prospettiva, il legislatore, affinché questi non sia arbitrariamente libero di predisporre sanzioni per alcune condotte umane. All'interno della "politica criminale" – in un rapporto quindi di specie a genere – si colloca la "politica penale": quest'ultima si concentra sull'impiego del solo strumento penalistico, che – come già accennato anche in precedenza – non costituisce l'unico mezzo di contrasto delle condotte lesive di interessi dell'ordinamento. Infatti, a questo scopo si può procedere tanto attraverso sistemi di prevenzione, quanto mediante sanzioni di natura differente, come quelle civilistiche, disciplinari o amministrative³⁶⁶.

Per ogni interprete che si appresti a indagare le linee ricostruttive della politica penale dell'Unione europea uno strumento di lavoro di particolare rilievo è costituito dal *Manifesto sulla politica criminale europea*, pubblicato tra il 2009³⁶⁷ e il 2010³⁶⁸ da un gruppo di studiosi provenienti

³⁶³ Per tutti, v. KLIP A., *European Criminal Policy*, in *EJCCLCJ*, 2012, p. 3.

³⁶⁴ In inglese, i due termini "criminal" e "penal" sono impiegati come sinonimi, ancorché "penal" risulti meno frequente, perciò la locuzione "criminal policy" può ritenersi, di fatto, un'espressione ambivalente.

³⁶⁵ DELMAS-MARTY M., *Les grands systèmes de politique criminelle*, Parigi, 1992, p. 13.

³⁶⁶ GROSSO C.F., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2013, p. 43 ss.

³⁶⁷ Al 2009 risale la pubblicazione in Germania, in *ZIS – Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2009, p. 695.

³⁶⁸ In Italia, pubblicato nel 2010 in *Riv. it. dir. proc. pen.*, p. 1262 ss. (accompagnato dal già citato SATZGER H., *Le carenze della politica criminale europea*, cit., p. 1278) ed in *Quad. cost.*, 2010, p. 899 (preceduto da un'introduzione di S. CANESTRARI, L. FOFFANI). Un'analisi dei contenuti è condotta da FOFFANI L., *Il manifesto sulla politica criminale europea*, cit.

da diversi Stati membri³⁶⁹: ancorché non si configuri come un documento a carattere ufficiale, né sia promosso, ad alcun titolo, dalle istituzioni, rappresenta un punto di partenza imprescindibile per qualsiasi riflessione che possa riguardare i caratteri salienti della politica criminale sovranazionale.

Come si è potuto osservare, la politica penale non è nata (né si è sviluppata) come obiettivo *ex se* per l'Unione europea: a lungo estraneo rispetto all'integrazione continentale, il diritto penale ha formato oggetto di interesse da parte delle istituzioni sovranazionali come uno strumento da impiegare per rafforzare l'attuazione delle proprie politiche³⁷⁰. Soltanto in termini più recenti, l'affermazione della volontà di realizzazione di uno SLSG, in cui il ravvicinamento delle disposizioni penali nazionali costituisce un settore non più ancillare allo sviluppo del reciproco riconoscimento, ha portato a ritenere l'armonizzazione del diritto penale degli Stati membri come un valore in sé, capace di obiettivi autonomi e di offrire apprezzabili risvolti a livello giuridico, sociale, identitario³⁷¹.

In ogni caso, occorre considerare che l'Unione europea – a differenza degli ordinamenti nazionali – opera negli (angusti) spazi che il principio di attribuzione le riserva: può dunque intervenire soltanto a livello normativo, pur entro i limiti di cui all'art. 83 TFUE, e non è dotata, salvo quanto competerà alla Procura europea una volta in funzione, di alcuno strumento capace di esercitare un autonomo *ius puniendi*³⁷².

In una prospettiva storica, le prime manifestazioni di una politica penale europea – agli esordi degli anni Duemila – si sono caratterizzate per iniziative «a pioggia, in molti casi a-sistematiche, prive di un disegno e di una visione strategica, derivanti sostanzialmente dagli impulsi politico-criminali emergenti di volta in volta a livello nazionale»³⁷³. Si è trattato di interventi che, per quanto non sempre omogenei e coerenti tra loro, hanno profondamente inciso sulle scelte dei sistemi sanzionatori dei Paesi membri: le decisioni-quadro prima e le direttive poi hanno, sia pur limitatamente a certi specifici settori della criminalità, contribuito a significative mutazioni quanto a snodi nevralgici del diritto penale. Si è sostenuto, in Italia, che le riforme più rilevanti degli ultimi due decenni abbiano una matrice europea: si pensi alla responsabilità da reato degli enti, agli interventi in tema di criminalità economica (nello specifico, riciclaggio e autoriciclaggio, abusi di mercato), alla lotta alle moderne forme di terrorismo, nonché a fenomeni quali la pedopornografia o la tratta degli individui³⁷⁴.

³⁶⁹ Elencati alla nota n. 30 di FOFFANI L., *Il manifesto sulla politica criminale europea*, cit., p. 665.

³⁷⁰ SATZGER H., *Le carenze della politica criminale europea*, cit., p. 1280.

³⁷¹ V. le considerazioni svolte *supra*, par. 2.

³⁷² HUOMO-KETTUNEN M., *EU criminal policy*, cit., p. 313.

³⁷³ FOFFANI L., *Il manifesto sulla politica criminale europea*, cit., p. 668.

³⁷⁴ SOTIS C., *Il Trattato di Lisbona*, cit., p. 1153.

In sintesi, le scelte di politica penale degli Stati membri non possono più ritenersi competenza esclusiva dei propri legislatori: si tratta invece di una materia che – al pari di altri settori dell'ordinamento che già hanno vissuto una stagione di armonizzazione – risente con frequenza di vincoli sovranazionali³⁷⁵.

Proprio per la capacità delle scelte operate a livello europeo di pervadere i sistemi penali nazionali, risulta necessario delineare quei principi che guidano – o dovrebbero orientare – l'intervento del legislatore sovranazionale: ed è ragionevole ritenere che le istituzioni dell'Unione europea siano vincolate al rispetto di quegli stessi caratteri di fondo che connotano gli ordinamenti nazionali³⁷⁶. Come è stato in altri termini detto, si è sviluppato – attraverso l'opera della Corte di giustizia che già aveva isolato taluni principi generali rilevanti, nonché mediante la Carta dei diritti fondamentali a partire dal 2009 – un «volto costituzionale europeo dell'illecito penale»³⁷⁷, espressione che sintetizza quei limiti-presupposti che consentono la realizzazione di una equilibrata e razionale politica criminale, compatibile con i valori e le garanzie offerte dagli ordinamenti contemporanei.

Per l'individuazione delle linee-guida della politica criminale europea può essere utile guardare alla documentazione istituzionale che, con cadenza quinquennale (a partire dal 1999, con il noto Consiglio europeo di Tampere), traccia gli obiettivi che le istituzioni si propongono di realizzare in materia penale: l'attuale art. 68 TFUE riserva la determinazione delle strategie nell'ambito dello SLSG al Consiglio europeo. Si tratta di strumenti utili per comprendere le ragioni sottese all'adozione degli atti normativi, le motivazioni per cui sono armonizzati certi (e non altri) settori della criminalità, i principi che limitano e guidano la formulazione degli obblighi di penalizzazione e le soglie sanzionatorie.

Tale prassi è stata, come detto, inaugurata dalle conclusioni del Consiglio europeo di Tampere, vera e propria pietra angolare per la creazione dello SLSG e per la definizione delle prime forme europee di contrasto alla criminalità, in particolare in settori quali il traffico di droga, il terrorismo, la tratta di esseri umani: fenomeni delittuosi che, per la loro estensione territoriale e gravità, erano i primi su cui intervenire³⁷⁸. A questi, si accompagnavano le principali forme di criminalità finanziaria³⁷⁹.

³⁷⁵ FOFFANI L., *Il manifesto sulla politica criminale europea*, cit., p. 659.

³⁷⁶ KAIKIFA-GBANDI M., *The Importance of Core Principles*, cit., p. 8; SICURELLA R., *Diritto penale e competenze dell'Unione*, cit., p. 476-477. Per un'interessante ricostruzione delle forme di reciproca interrelazione tra i (medesimi) principi previsti a livelli di tutela differenti (nazionale, UE, CEDU), v. MANES V., *I principi penalistici nel network multilivello: trapianto, palinogenesi, cross-fertilization*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 839.

³⁷⁷ FOFFANI L., *Il manifesto sulla politica criminale europea*, cit., p. 664.

³⁷⁸ Conclusioni del Consiglio europeo di Tampere, cit., pt. 43.

³⁷⁹ *Ivi*, pt. 48.

Il successivo atto – ovvero il Programma dell’Aia del 2004³⁸⁰ – ha posto l’attenzione sulla valorizzazione della lotta al terrorismo e di ogni attività ad esso correlata (ad es., le forme di finanziamento e sostegno)³⁸¹, nonché il contrasto alla criminalità organizzata, alla corruzione e al traffico di stupefacenti³⁸².

Molto articolato è il Programma di Stoccolma del 2009³⁸³, atto con cui si sono delineate le strategie a seguito dell’entrata in vigore dei nuovi trattati: in particolare, si prevede come principale obiettivo quello di coniugare la tutela dei diritti e delle libertà fondamentali degli individui con la garanzia di un elevato grado di sicurezza, raggiungibile mediante il rafforzamento della risposta penale in alcuni settori ivi enunciati (criminalità organizzata, tratta degli esseri umani, sfruttamento sessuale dei minori, criminalità informatica, terrorismo, circolazione degli stupefacenti)³⁸⁴.

Sicuramente di minor impatto sono i due successivi atti programmatici. Il primo (conclusioni del Consiglio europeo di Ypres, 2014³⁸⁵) contiene un mero richiamo alla lotta alla criminalità grave e al terrorismo; anche il secondo, del 2019³⁸⁶, si limita a ricordare l’intento di combattere contro il terrorismo e i delitti transfrontalieri, tra cui le migrazioni illegali e la tratta degli esseri umani.

Accanto ai documenti programmatici del Consiglio europeo, si può ricordare che negli anni immediatamente successivi all’entrata in vigore dei nuovi trattati, tutte le istituzioni coinvolte, dalla fase progettuale a quella di decisione, nel procedimento normativo – Commissione³⁸⁷, Consiglio³⁸⁸ e Parlamento europeo³⁸⁹ – hanno preso posizione sui caratteri e sui principi che debbono animare la politica penale sovranazionale.

Si tratta perciò di fonti che, accanto e insieme ai testi delle decisioni-quadro e delle direttive – acquistano un rilievo determinante ai fini dell’analisi in corso e da cui numerosi spunti possono essere tratti.

In particolare, si ritiene in questa sede opportuno seguire lo schema proposto dagli estensori del *Manifesto*, in cui sono stati ricostruiti sei principi fondamentali: (i) il principio del legittimo

³⁸⁰ *Programma dell’Aia: rafforzamento della libertà, della sicurezza e della giustizia nell’Unione europea*, in GUUE, 3 marzo 2005, C 53, p. 1.

³⁸¹ *Ivi*, p. 8.

³⁸² *Ivi*, p. 11.

³⁸³ *Programma di Stoccolma*, cit., p. 1.

³⁸⁴ *Ivi*, p. 21.

³⁸⁵ Conclusioni del Consiglio europeo del 26-27 giugno 2014, doc. EUCO 79/14. Evidenzia, rispetto al Programma di Stoccolma, una netta inversione di tendenza in senso riduttivo, COTTU E., *Il Consiglio europeo adotta i nuovi orientamenti strategici per lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia per il quinquennio 2015-2020*, in DPC, 22 luglio 2014.

³⁸⁶ Conclusioni del Consiglio europeo del 20 giugno 2019, doc. EUCO 9/19.

³⁸⁷ Comunicazione della Commissione, *Verso una politica penale*, cit.

³⁸⁸ Conclusioni del Consiglio, 30 novembre 2009, cit.

³⁸⁹ Risoluzione del Parlamento europeo, *Approccio dell’UE in materia di diritto penale*, cit.

scopo di tutela (non dissimile dal principio italiano di offensività); (ii) il principio di ultima *ratio*; (iii) il principio di colpevolezza; (iv) il principio di legalità; (v) il principio di sussidiarietà; (vi) il principio di coerenza. I primi quattro, tutti ben consolidati negli ordinamenti nazionali, concernono i contenuti delle scelte di criminalizzazione e il loro *modus essendi*; gli ultimi due, invece, riguardano il modo di esercitare – *rectius*, il modo con cui dovrebbero essere esercitate – le competenze in materia da parte del legislatore europeo³⁹⁰.

7.1. Il principio di legittimo scopo di tutela.

Un primo aspetto fondamentale attiene, in chiave limitativa dell'impiego del diritto penale, alla necessità che questo strumento sanzionatorio – il più severo – avvenga soltanto a fronte di un interesse fondamentale, meritevole di protezione (nella penalistica italiana, il c.d. bene giuridico)³⁹¹. Di conseguenza, si ritiene che un ordinamento possa considerare come illecito soltanto un fatto umano che sia dannoso (o quantomeno pericoloso) per un bene giuridico. Si tratta di un principio comune a pressoché tutti i sistemi giuridici continentali, basti richiamare le categorie dell'*harm principle*, della *Sozialschädlichkeit*, della *lesividad*, dell'offensività³⁹²: tanto che, si è osservato, «l'effettivo rispetto del principio di offensività impone [...] al legislatore europeo un preciso percorso “operativo”, che vede quale suo primo momento significativo l'individuazione di ben consolidati interessi giuridici, concretamente aggredibili e meritevoli di tutela penale»³⁹³.

Si tratta di un principio ben attestato negli atti programmatici delle istituzioni: il Consiglio, nel 2009, ha sottolineato che le disposizioni penali debbono essere introdotte soltanto a fronte di «comportamenti che arrecano un pregiudizio effettivo o minacciano seriamente il diritto o l'interesse essenziale oggetto di tutela, evitando di considerare come figura di reato un comportamento in fase ingiustificatamente precoce»³⁹⁴. Allo stesso modo, il Parlamento europeo ha evidenziato che obblighi di penalizzazione possono essere adottati soltanto a fronte di condotte dannose, in termini patrimoniali o meno, per la società, i singoli o gruppi di individui³⁹⁵.

Il nodo nevralgico riguarda, per l'ordinamento sovranazionale come qualsiasi altro, l'individuazione di quegli interessi o beni che siano meritevoli di tutela³⁹⁶: compito che appartiene alle istituzioni legislative, alle quali spetta isolare – in ragione dell'evoluzione dei fenomeni sociali –

³⁹⁰ ASP P., *The Importance of the Principles of Subsidiarity*, cit., p. 45.

³⁹¹ KALIFA-GBANDI M., *The Importance of Core Principles*, cit., p. 10.

³⁹² DONINI M., *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana*, cit., p. 6.

³⁹³ SICURELLA R., *Diritto penale e competenze dell'Unione*, cit., p. 318-319; l'Autrice propone poi un modello di classificazione che distingue i beni sovranazionali (o istituzionali), correlati all'esistenza stessa dell'Unione europea, e quelli di interesse comune, che afferiscono primariamente alla dimensione nazionale, ma in collegamento funzionale con una politica di rilevanza sovranazionale.

³⁹⁴ Conclusioni del Consiglio, 30 novembre 2009, cit., p. 5.

³⁹⁵ Risoluzione del Parlamento europeo, *Approccio dell'UE in materia di diritto penale*, cit., p. 3, primo trattino.

³⁹⁶ BÖSE M., *The Principle of Proportionality and the Protection of Legal Interests*, in *ECLR*, 2011, p. 35, p. 37-38.

ciò che deve essere protetto da condotte aggressive³⁹⁷. Non manca poi una riflessione sul legame tra il principio di necessaria lesività e quello di proporzionalità, il quale presuppone – come già osservato in precedenza – che siano adottate misure capaci di restrizione dei diritti individuali soltanto in quanto tese a proteggere beni che siano significativamente rilevanti³⁹⁸.

Quanto alla scelta dei beni meritevoli di tutela penale, si è sottolineata con favore la scelta delle istituzioni di intervenire non soltanto a fronte di valori di carattere economico-finanziario³⁹⁹, ma anche di ordine personalistico⁴⁰⁰, in particolare attraverso gli strumenti volti a contrastare la tratta degli individui e lo sfruttamento a scopi sessuali dei minori⁴⁰¹, nonché a quegli interessi che – in modo del tutto legittimo – sorgono dalla stessa esistenza di un ordinamento, quali quelli finanziari⁴⁰². In altre ipotesi, si segnalano in chiave critica forme di arretramento della soglia della tutela penale fino a condotte marcatamente prodromiche⁴⁰³, nonché di criminalizzazione di comportamenti che, di fatto, non producono alcuna lesione del bene giuridico che si intende proteggere⁴⁰⁴.

Sotto il profilo della necessaria lesività, ferme alcune critiche sull'anticipazione della tutela e su qualche vaghezza nell'individuazione dei beni giuridici, parte della dottrina ha però evidenziato che l'esistenza di un profilo costituzionale capace di assicurare una valutazione assiologica degli interessi (in particolare grazie alla CdfUE)⁴⁰⁵ ha permesso di superare quelle forme di scetticismo diffuse rispetto alla capacità selettiva dei beni giuridici da parte dell'Unione europea⁴⁰⁶. Abilità che, in ogni caso, sarebbe favorita dalla significativa limitazione effettuata *ex ante* rispetto agli *eurocrimes* (art. 83, par. 1, TFUE) e che, secondo la dottrina, viene richiamata dal requisito della necessità previsto per l'esercizio della competenza accessoria⁴⁰⁷.

³⁹⁷ ROMANO M., *La legittimazione delle norme penali*, cit., p. 33 ss.

³⁹⁸ KAIATA-GBANDI M., *The Importance of Core Principles*, cit., p. 14.

³⁹⁹ PALIERO C.E., *La fabbrica del Golem*, cit., p. 474 nota che gli interessi per cui, almeno in origine, l'Unione europea ha mosso i primi passi in direzione di obblighi di penalizzazione, hanno carattere economico.

⁴⁰⁰ Sul punto, cfr. FIANDACA G., *Nuovi orizzonti della tutela penale della persona*, in CANESTRARI S., FOFFANI L. (a cura di), *Il diritto penale nella prospettiva europea*, Milano, 2005, p. 175.

⁴⁰¹ *Manifesto*, cit., p. 1267; ARROYO-ZAPATERO L., *Immigrazione e lavoro: proposta per un eurodelitto di tratta di esseri umani*, in CANESTRARI S., FOFFANI L. (a cura di), *Il diritto penale nella prospettiva europea*, cit., p. 195; FOFFANI L., *Il manifesto sulla politica criminale*, cit., p. 660.

⁴⁰² *Ibidem*.

⁴⁰³ In particolare, la dottrina ha rivolto censure all'anticipazione della tutela per i reati di terrorismo: v. BARTOLI R., *Legislazione e prassi in tema di contrasto al terrorismo internazionale: un nuovo paradigma emergenziale?*, in DPC, 3/2017, p. 233; MASARONE V., *Il "diritto penale europeo"*, cit., p. 19.

⁴⁰⁴ Sotto questo profilo, alcune critiche sono state mosse in relazione alle incriminazioni contenute nella decisione-quadro 2004/68/GAI (in GUUE, 2004, L 13, p. 44), su cui v. FOFFANI L., *Il manifesto sulla politica criminale*, cit., p. 668; tuttavia, nella direttiva 2011/93/UE, gli obblighi di incriminazione rispetto alle condotte relative a sole immagini virtuali sono stati rimossi. Sul punto, BIANCHI M., *I confini della repressione penale della pornografia minorile*, Torino, 2019, p. 84.

⁴⁰⁵ SOTIS C., *I principi di necessità e proporzionalità*, cit., p. 118.

⁴⁰⁶ DONINI M., *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana*, cit., p. 33.

⁴⁰⁷ *Ivi*, p. 6.

7.2. Il principio di ultima *ratio*.

Il principio di ultima (o *extrema*) *ratio*, cui già si è fatto qualche cenno nella disamina dell'art. 83 TFUE, costituisce un punto di convergenza tra gli Stati membri e risulta ben consolidato negli atti delle istituzioni⁴⁰⁸. Si tratta di un «meta-principio che riceve alimento e vigore dall'esistenza e dal rispetto di altri principi fondamentali»⁴⁰⁹ del diritto penale e si lega alla necessità, connaturata alle fondamenta stessa dello stato di diritto, di perimetrare ogni intervento punitivo-sanzionatorio.

L'idea che il diritto penale costituisca il *last resort* nasce e si sviluppa nel quadro storico dell'Illuminismo: in quel contesto, si è affermato che «ogni pena che non derivi dall'assoluta necessità, dice il grande Montesquieu, è tirannica»⁴¹⁰. In questo modo, il principio in esame esprime sia una logica di garanzia a favore degli individui – la cui libertà può essere compressa solo ove non vi siano altri strumenti meno invasivi di controllo sociale – ma altresì una componente utilitaristica⁴¹¹: infatti, la pena (in quanto strumento costoso per l'ordinamento) dev'essere impiegata soltanto quando appaia sinonimo di efficienza e, dunque, soltanto se lo stesso risultato non possa essere adeguatamente raggiunto attraverso un mezzo meno oneroso⁴¹².

Quale che sia l'approccio prescelto – nelle tradizioni continentali prevale l'elemento garantistico, in quelli di *common law* quello utilitaristico –, si rinviene un'evidente continuità nell'affermazione di tale principio, il quale trova un'espressa valorizzazione anche nella determinazione dei limiti imposti dai trattati all'esercizio delle competenze penali dell'Unione europea⁴¹³.

Infatti, l'attribuzione di poteri alle istituzioni non può presupporre che queste debbano necessariamente ricorrere alla criminalizzazione nelle materie in cui l'armonizzazione è possibile: a questo compito selettivo provvedono i requisiti della “particolare gravità”, nel caso dell'art. 83, par. 1, TFUE e della “necessità” per quanto concerne la competenza accessoria⁴¹⁴, sebbene non si rinvenga sempre, all'interno dell'apparato motivazionale delle direttive, un'espressa indicazione quanto alle ragioni che giustificano l'intervento.

⁴⁰⁸ HUOMO-KETTUNEN M., *EU Criminal Policy*, cit., p. 313. Sulle istituzioni v. *supra*, par. 5.2.

⁴⁰⁹ DE MURO G., *Ultima ratio*, cit., p. 1659.

⁴¹⁰ BECCARIA C., *Dei delitti e delle pene*, cit., p. 38.

⁴¹¹ MINKKINEN P., *'If Taken in Earnest': Criminal Law Doctrine and the Last Resort*, in *Howard Law J.*, 2006, p. 521, spec. p. 523.

⁴¹² DE MURO G., *Ultima ratio*, cit., p. 1655 e *ivi* ulteriori riferimenti, specie alle opere di Bentham.

⁴¹³ MINKKINEN P., *'If Taken in Earnest'*, cit., p. 530.

⁴¹⁴ SOTIS C., *I principi di necessità e proporzionalità*, cit., p. 118.

Sia il *Manifesto*⁴¹⁵, sia la dottrina⁴¹⁶ che si è occupata del tema collocano (anche) il principio di *extrema ratio* nell'ottica del più ampio canone della proporzionalità, il quale ammette il ricorso ad uno strumento normativo capace di incidere sugli interessi dei singoli soltanto se idoneo a raggiungere l'obiettivo prefissato e ad esso commisurato.

Parte della dottrina ha evidenziato che le istituzioni dell'Unione europea hanno trascurato il ricorso alle sanzioni a carattere amministrativo, che, in alcuni settori, possono apparire addirittura più efficaci rispetto a quelle penali: in questo senso, dunque, il principio di proporzionalità, nella sua ulteriore declinazione dell'*extrema ratio*, avrebbe dovuto consigliare maggior prudenza nella criminalizzazione e più attenzione per alternative meno invasive per gli individui, ma altrettanto capaci di controllo sociale⁴¹⁷. In termini recenti, il Consiglio ha anche segnalato l'opportunità di valorizzare il principio in esame anche nell'ottica della tipologia della pena, favorendo il ricorso a misure penali a carattere non detentivo⁴¹⁸.

7.3. Il principio di legalità.

Il canone della legalità, già riconosciuto dalla giurisprudenza della Corte di giustizia come principio generale dell'ordinamento, fondato sulla certezza del diritto⁴¹⁹, rinviene la propria origine nell'esigenza di garantire i diritti e le libertà degli individui da ogni rischio di strumentalizzazione e sopraffazione che può verificarsi nell'esercizio della potestà sanzionatoria (*nulla poena sine praevia lege*)⁴²⁰. L'art. 49 CdfUE ha codificato il principio *de quo* e, nelle spiegazioni allegate alla Carta, si ricorda che si tratta di una «regola classica»⁴²¹, cui si aggiunge il vincolo dell'applicazione retroattiva della *lex mitior*, che in alcuni ordinamenti non è consolidato a livello costituzionale⁴²².

⁴¹⁵ *Manifesto*, cit., p. 1267 ss.

⁴¹⁶ ASP P., *The Substantive Criminal Law Competence*, cit., p. 205; BÖSE M., *The Principle of Proportionality*, cit., p. 39; KAIIFA-GBANDI M., *The Importance of Core Principles*, cit., p. 17; OUWERKERK J.W., *Criminalisation as a Last Resort*, cit., p. 235.

⁴¹⁷ MAUGERI A.M., *Il principio di proporzione nelle scelte punitive del legislatore europeo: l'alternativa delle sanzioni amministrative comunitarie*, in GRASSO G., PICOTTI L., SICURELLA R. (a cura di), *L'evoluzione del diritto penale*, cit., p. 67, spec. p. 70; PALIERO C.E., *La fabbrica del Golem*, cit., p. 477.

⁴¹⁸ V. *supra*, par. 3.2.

⁴¹⁹ HERLIN-KARNELL E., *What Principles Drive*, cit., p. 1120; v., per la giurisprudenza della Corte di giustizia, le sentenze riportate *supra* alla nota n. 129 del Capitolo Secondo.

⁴²⁰ GRANDI C., *Riserva di legge e legalità penale europea*, Milano, 2010, p. 7.

⁴²¹ Le spiegazioni sono consultabili in AMALFITANO C., *Codice di cooperazione*, cit., spec. p. 599.

⁴²² Ad es., in Italia il principio non è cristallizzato dall'art. 25 Cost.; la giurisprudenza costituzionale più recente ritiene tuttavia che esso abbia un'autonomia portata, consolidatasi nel tempo anche con riferimento all'art. 49 CdfUE. V. da ultimo Corte cost., sent. 20 febbraio 2019, n. 63, ECLI:IT:COST:2019:63, spec. pt. 6. A questo proposito, KAIIFA-GBANDI M., *The Importance of Core Principles*, cit., p. 28 sottolinea, in modo del tutto condivisibile, che «the principle of *lex mitior* enjoys a more elevated status on a European level compared to certain Member States, presenting an excellent example of the way in which a more comprehensive protection of fundamental rights within the EU can be achieved».

Si tratta di un principio saldamente riconosciuto anche dalle istituzioni: il Consiglio ha richiamato l'esigenza di descrivere il comportamento punibile in disposizioni formulate con precisione per assicurare la prevedibilità applicativa e la chiarezza degli enunciati⁴²³. Il Parlamento ha ribadito questo stesso aspetto e sottolineato i tradizionali *volets* della irretroattività della legge penale sfavorevole e della applicazione della *lex mitior*, anche se sopravvenuta, per il reo⁴²⁴.

Il *Manifesto* ha individuato tre corollari del principio in esame: (i) la determinatezza, (ii) il divieto di retroattività sfavorevole e (iii) la necessità di una legge parlamentare. Per quanto concerne gli ultimi due, si ritiene che non si pongano particolari problemi⁴²⁵, poiché gli interventi normativi attuati tramite direttive presuppongono *in re ipsa* l'adozione di una legge (o atto equivalente) da parte del legislatore nazionale e, in virtù dell'art. 49 CdfUE, è impossibile ritenere che sia imposta l'applicazione retroattiva di una norma penale sfavorevole all'imputato. Peraltro, il superamento dello storico limite del *deficit* democratico ad opera del trattato di Lisbona – con il pieno coinvolgimento del Parlamento europeo nelle scelte normative in materia penale – conferisce un ulteriore rafforzamento dell'esigenza di controllo da parte delle istituzioni rappresentative dei consociati⁴²⁶.

Quanto al primo degli aspetti segnalati – ovvero la determinatezza del precetto penale – il *Manifesto* segnala con chiarezza la necessità di adeguare questo principio alla particolare forma di condivisione, tra legislatore europeo e nazionale, della responsabilità nella genesi delle fattispecie incriminatrici⁴²⁷. Infatti, tanto più si dettaglia e precisa il contenuto dell'*input* di penalizzazione nella direttiva, tanto minore è il margine che residua per gli Stati membri di scegliere come raggiungere il risultato. Tuttavia, un *deficit* di chiarezza porrebbe i legislatori nella condizione di adottare precetti tra loro assai differenti e, soprattutto, non consentirebbe di comprendere, in caso di formulazioni assai vaghe, quale sia l'obiettivo cui la direttiva tende⁴²⁸. Gli estensori del *Manifesto* hanno in particolare sottolineato l'utilità di inserire, nelle primissime disposizioni della direttiva, uno o più articoli contenenti le definizioni delle nozioni rilevanti⁴²⁹; del pari, anche l'utilizzo di paradigmi di atto (tutte le direttive hanno, in effetti, una struttura analoga, che ricalca il modello elaborato dal Consiglio nel 2009⁴³⁰) può essere un mezzo efficace al fine di garantire

⁴²³ Conclusioni del Consiglio, 30 novembre 2009, cit., p. 5

⁴²⁴ Risoluzione del Parlamento europeo, *Approccio dell'UE in materia di diritto penale*, cit., pt. 4.

⁴²⁵ FOFFANI L., *Il manifesto sulla politica criminale*, cit., p. 665.

⁴²⁶ KAIATA-GBANDI M., *The Importance of Core Principles*, cit., p. 23.

⁴²⁷ *Manifesto*, cit., p. 1264. VIGANÒ F., *Recenti sviluppi in tema di rapporti tra diritto comunitario e diritto penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 1433, spec. p. 1439, osservava – già all'epoca – che «il diritto europeo concorre oggi in maniera determinante alla concreta configurazione del sistema penale, attraverso una complessa trama di relazioni».

⁴²⁸ KAIATA-GBANDI M., *The Importance of Core Principles*, cit., p. 26; PERISTERIDOU C., *The Principle of lex certa in National Law and European Perspectives*, in KLIP A. (ed.), *Substantive Criminal Law*, p. 69, spec. p. 88.

⁴²⁹ *Manifesto*, cit., p. 1271.

⁴³⁰ Conclusioni del Consiglio, 30 novembre 2009, cit., allegato II.

maggior accessibilità e comprensibilità ai testi normativi. In termini critici, si è rilevato qualche eccesso nel ricorso alla tecnica dei rinvii a disposizioni contenute in atti diversi da quello contenente gli obblighi di penalizzazione e la definizione dei relativi elementi costitutivi: gli autori del *Manifesto* hanno espresso una censura rispetto alla direttiva 2008/99/CE, ma senz'altro la stessa doglianza può estendersi alla più recente direttiva in tema di *market abuse*, che al proprio art. 2, dedicato alle “definizioni”, contiene pressoché integralmente riferimenti ad atti ulteriori.

Occorre però segnalare che, ad avviso della penalistica, l'affermazione di una “co-responsabilità” nella formazione dei precetti penali permette la salvaguardia del principio di legalità soltanto su un versante formale⁴³¹, in quanto il legislatore nazionale vede compreso, in modo più o meno ampio, il proprio margine di scelta in materia punitiva⁴³².

In questo senso, si è lamentata la perdita della capacità dei Parlamenti statali di adottare provvedimenti di depenalizzazione: a fronte di precisi obblighi provenienti dall'Unione europea, interventi di *abolitio criminis* esporrebbero non solo a procedure d'infrazione, ma – secondo la dottrina⁴³³ – sarebbero costituzionalmente illegittimi per violazione degli artt. 11 e 117 Cost.

7.4. Il principio di colpevolezza.

Il principio in esame, compendiato nell'espressione *nulla poena sine culpa*, si fonda sulla necessità di reprimere penalmente soltanto le condotte per cui l'agente sia rimproverabile per avere agito intenzionalmente, o, soltanto in via eccezionale, in modo colposo, cioè in violazione di standard cautelari⁴³⁴.

Sotto questo profilo, il Parlamento europeo e il Consiglio hanno manifestato piena condiscordia rispetto al principio *de quo*⁴³⁵: entrambe le istituzioni ritengono che di regola la responsabilità penale si fondi sul dolo, mentre la negligenza – soltanto se grave – possa assurgere a criterio d'imputazione dell'illecito soltanto ove occorra tutelare interessi particolarmente pre-

⁴³¹ MASARONE V., *Il “diritto penale europeo”*, cit., p. 16; SOTIS C., *Il Trattato di Lisbona*, cit., p. 1157: l'Autore, alla nota n. 29, parla della perdita, da parte degli Stati, del “diritto a non punire”.

⁴³² MANNOZZI G., CONSULICH F., *La sentenza della Corte di giustizia C-176/03*, cit., p. 911.

⁴³³ GULLO A., *Deflazione e obblighi di penalizzazione di fonte UE*, in *DPC*, 10 febbraio 2016; MANES V., *Il giudice nel labirinto*, Roma, 2013, p. 112.

⁴³⁴ FOFFANI L., *Il manifesto sulla politica criminale*, cit., p. 666, evidenzia che il principio di colpevolezza, pur non essendo affermato dalla Carta in via esplicita, rinviene un fondamento nell'art. 1 CdfUE, in quanto l'affermazione della inviolabilità della dignità umana presuppone che la libertà individuale possa essere limitata soltanto per quanto strettamente necessario e a fronte di una condotta rimproverabile al singolo.

⁴³⁵ Conclusioni del Consiglio, 30 novembre 2009, cit., p. 6; risoluzione del Parlamento europeo, *Approccio dell'UE in materia di diritto penale*, cit., pt. 4, primo trattino.

gnanti, quali la vita umana. Precisa poi il Consiglio che non dovrebbe esservi spazio per la responsabilità oggettiva⁴³⁶: di conseguenza, le direttive non possono imporre agli ordinamenti nazionali di prevedere fattispecie in cui un soggetto è penalmente sanzionato per il mero verificarsi di un evento lesivo⁴³⁷.

Del resto, anche la Corte di giustizia – per quanto concerne le sanzioni amministrative previste a livello sovranazionale – ha sempre avuto modo di sottolineare la necessità di un collegamento psicologico tra l'autore dell'illecito e il fatto da questi commesso⁴³⁸. Ha ricevuto, per questo, alcune critiche⁴³⁹ la sentenza *Spector Photo*, in cui il giudice lussemburghese, chiamato a pronunciarsi sull'art. 2, direttiva 2003/6/CE, ha ritenuto che «la peculiarità dell'abuso di informazioni privilegiate [...] consente di presumere [l'] elemento psicologico partendo dalla riunione degli elementi costitutivi menzionati in detta disposizione»⁴⁴⁰. In questo caso, le censure si debbono al meccanismo di *dolus in re ipsa* evocato, per cui pare che dalla mera consumazione di un certo fatto si possa presumere il requisito della colpevolezza: argomentazione di regola respinta in materia penale.

In piena coerenza con quanto emerge dalla documentazione istituzionale, nelle direttive sono del tutto infrequenti le previsioni di sanzioni penali per condotte caratterizzate da negligenza: nella direttiva 2011/93/UE, l'art. 9, lett. f) prevede un aggravamento della pena per i casi in cui sia stata messa in pericolo colposamente la vita del minore oggetto di sfruttamento; le direttive 2014/57/UE e (UE) 2018/1673, invece, pur disciplinando solo forme di responsabilità per fatti intenzionali, ammettono nei considerando la possibilità di inserire o mantenere incriminazioni per colpa.

Deve ricordarsi che, in ogni caso, la definizione delle nozioni in tema di colpevolezza è – in quanto riconducibili all'area della parte generale del diritto penale – rimessa ai singoli ordinamenti, come ha peraltro ribadito la sentenza *Intertanko*⁴⁴¹.

7.5. Il principio di sussidiarietà.

Le direttive in materia penale, in quanto adottate in un settore di competenza concorrente tra Unione europea e Stati membri, soggiacciono, secondo le regole generali, al principio di sussidiarietà, in forza del quale il legislatore europeo può attivarsi solo se, e nella misura in cui,

⁴³⁶ Conclusioni del Consiglio, 30 novembre 2009, cit., p. 6.

⁴³⁷ KAIATA-GBANDI M., *The Importance of Core Principles*, cit., p. 31.

⁴³⁸ V. *supra*, Capitolo Secondo, par. 6.

⁴³⁹ BÖSE M., *Case C-45/08, Spector Photo Group NV, Chris Van Raemdonck v. Commissie voor het Bank-, Financien en Assurantienezeken (CBFA)*, in *CMLR*, 2011, p. 189.

⁴⁴⁰ Corte giust., sent. 23 dicembre 2009, causa C-45/08, *Spector Photo*, ECLI:EU:C:2009:806, pt. 36; cfr. BÖSE M., *Case C-45/08*, cit., p. 197-198.

⁴⁴¹ Corte giust., sent. 3 giugno 2008, *Intertanko*, cit., pt. 75, su cui v. *supra*, par. 3.3.

gli obiettivi presi in considerazione non possano essere sufficientemente conseguiti a livello degli Stati membri e perciò, per la loro natura, possano essere conseguiti meglio a livello europeo.

Come noto, il corretto impiego del principio in esame è suscettibile di una doppia valutazione. Il controllo di sussidiarietà operato viene operato *ex ante* dai Parlamenti nazionali, e, in caso di direttive in materia penale, la soglia che fa scattare il c.d. *early warning* risulta più bassa rispetto a quella consueta, secondo quanto previsto dal combinato disposto dell'art. 69 TFUE e dell'art. 7, par. 2, Protocollo n. 2 allegato ai trattati. Per quanto riguarda il controllo *ex post*, la dottrina ha osservato che il principio in esame non ha riscontrato pressoché alcun impiego in sede di *judicial review* quanto alla legittimità degli atti di diritto derivato⁴⁴².

Un richiamo al principio in esame ricorre negli atti programmatici in materia penale di tutte le istituzioni⁴⁴³: in particolare, la Commissione ha sottolineato che la valutazione sul punto si lega alla prognosi, in chiave comparativa tra livello sovranazionale e statale, di maggiore efficienza dell'intervento⁴⁴⁴.

La rilevanza della sussidiarietà in materia penale – attestata già dall'abbassamento della soglia di cui si è detto – emerge, ad avviso della dottrina, anche in relazione alla tutela della riserva di legge parlamentare: infatti, «*nulla poena sine lege parlamentaria* indicates that extra weight should be given to the principle of subsidiarity when it comes to the area of criminal law. In addition to these remarks on the importance on the democratic process, it should be observed that criminal law is a legal area which is closely connected to national culture and national values and to national understandings of complex ethical questions»⁴⁴⁵.

Come si è già accennato nella disamina delle basi giuridiche offerte dall'art. 83 TFUE, gli estensori dei trattati hanno inteso, sia in caso di competenza autonoma, sia accessoria, inserire elementi che rafforzano l'esigenza di valutare, in modo accurato, il profilo della sussidiarietà. Quanto all'art. 83, par. 1, TFUE, il carattere di transnazionalità importa una valutazione appropriata quanto al valore aggiunto che l'intervento dell'Unione europea può offrire rispetto alle politiche sanzionatorie statali⁴⁴⁶: certamente, a fronte di attività criminose che attingono interessi sovranazionali o che si realizzano su scala continentale, il vaglio sulla sussidiarietà può risultare senz'altro positivo⁴⁴⁷. Diversa, invece, è la valutazione a fronte di attività delittuose per le quali

⁴⁴² DAVIS G., *Subsidiarity: The Wrong Idea, in the Wrong Place, at the Wrong Time*, in CMLR, 2006, p. 72; OUWERKERK J. W., *Criminalization Powers of the European Union*, cit., p. 530.

⁴⁴³ Conclusioni del Consiglio, 30 novembre 2009, cit., p. 4; risoluzione del Parlamento europeo, *Approccio dell'UE in materia di diritto penale*, cit., pt. 1; comunicazione della Commissione, *Verso una politica penale*, cit., p. 7.

⁴⁴⁴ Comunicazione della Commissione, *Verso una politica penale*, cit., p. 7. Sul punto, v. l'ampia analisi condotta da WIECZOREK I., *The Principle of Subsidiarity*, cit., p. 82 ss.

⁴⁴⁵ ASP P., *The Importance of the Principles of Subsidiarity*, cit., p. 51.

⁴⁴⁶ V. *supra*, par. 4.2.

⁴⁴⁷ FOFANI L., *Il manifesto sulla politica criminale*, cit., p. 670; WIECZOREK I., *The Principle of Subsidiarity*, cit., p. 87.

si ritiene opportuno un contrasto su scala continentale: spesso, questi settori di criminalità offrono meno evidenze quanto all'urgenza di una lotta comune tra gli Stati membri⁴⁴⁸ e ciò rende il richiamo alla sussidiarietà «come una clausola di stile priva di qualsiasi verifica e dimostrazione»⁴⁴⁹.

Quanto all'art. 83, par. 2, TFUE, la dottrina⁴⁵⁰ ha evidenziato che il principio di sussidiarietà innerva il presupposto della garanzia di attuazione efficace di una politica già armonizzata. Infatti, in questa prospettiva si svolge un vaglio relativo alla capacità di conferire, attraverso l'obbligo di predisporre un apparato sanzionatorio specifico, maggiore effettività ad un intervento normativo precedente, in quanto gli Stati membri non sono in grado di provvedervi adeguatamente. Del resto, quest'approccio è chiaramente evocato dalla Commissione nella propria comunicazione del 2011: ove i Paesi non siano capaci di raggiungere i risultati attesi e i livelli di attuazione delle politiche europee permangono eterogenei, spetta all'Unione armonizzare le modalità di *enforcement*, se necessario anche attraverso *inputs* di criminalizzazione⁴⁵¹.

Infine, il principio di sussidiarietà si manifesta in pienezza nella misura in cui le istituzioni sovranazionali sono limitate all'adozione di sole norme minime: in questo modo, è possibile salvaguardare le peculiarità dei singoli sistemi nazionali in quanto si consente agli organi più vicini ai cittadini (i Parlamenti statali) le scelte di dettaglio relative alle fattispecie di reato⁴⁵².

7.6. Il principio di coerenza.

⁴⁴⁸ Ad es., nella direttiva in tema di *computer crimes*, non v'è alcuna indicazione quanto al valore aggiunto che una normazione a livello europeo possa garantire rispetto agli interventi su scala nazionale: tanto che la direttiva 2013/40/UE, in punto di sussidiarietà, si limita a richiamare le possibilità di migliore cooperazione e di assicurare un adeguato standard sanzionatorio comune. Si tratta, però, di argomenti che gli autori del Manifesto ritengono del tutto inconferenti, in quanto autoreferenziali e destinati altrimenti a svuotare di significato il diritto penale: *Manifesto*, cit., p. 1274.

⁴⁴⁹ FOFFANI L., *Il manifesto sulla politica criminale*, cit., p. 670. In effetti, in molti apparati motivazionali si rinviene una formulazione pressoché standardizzata: giusto per offrire una comparazione tra testi che intervengono in settori di criminalità assai diversi e a distanza temporale significativa l'uno dall'altro, v. il considerando 22 in apertura della direttiva (UE) 2018/1673 recita «[p]oiché l'obiettivo della presente direttiva, vale a dire assoggettare il riciclaggio a sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive in tutti gli Stati membri, non può essere conseguito in misura sufficiente dagli Stati membri ma, a motivo della portata e degli effetti della presente direttiva, può essere conseguito meglio a livello di Unione, quest'ultima può intervenire in base al principio di sussidiarietà sancito dall'articolo 5 TUE. La presente direttiva si limita a quanto è necessario per conseguire tale obiettivo in ottemperanza al principio di proporzionalità enunciato nello stesso articolo». Testo sostanzialmente sovrapponibile al considerando 32 della direttiva 2011/36/UE, ove si legge «[p]oiché l'obiettivo della presente direttiva, vale a dire la lotta contro la tratta di esseri umani, non può essere conseguito in misura sufficiente dagli Stati membri, ma può, a motivo della portata o degli effetti dell'azione in questione, essere conseguito meglio a livello di Unione, quest'ultima può intervenire in base al principio di sussidiarietà sancito dall'articolo 5 del trattato sull'Unione europea. La presente direttiva si limita a quanto è necessario per conseguire tale obiettivo in ottemperanza al principio di proporzionalità enunciato nello stesso articolo». In termini pressoché analoghi, v. anche i considerando 49, direttiva 2011/93/UE; 33, direttiva 2013/40; 25, direttiva 2014/57/UE; 29, direttiva 2014/62/UE; 34, direttiva (UE) 2017/541; 35, direttiva (UE) 2017/1371; 40, direttiva (UE) 2019/713.

⁴⁵⁰ V. i rilievi svolti *supra*, par. 5.3.

⁴⁵¹ Comunicazione della Commissione, *Verso una politica penale*, cit., p. 3.

⁴⁵² Valorizza questo aspetto, in particolare, ASP P., *The Importance of the Principles of Subsidiarity*, cit., p. 47.

Il principio di coerenza, meno ricorrente rispetto agli altri nelle consuete ricostruzioni, nasce dall'esigenza di considerare i sistemi penali come caratterizzati da ragionevolezza e omogeneità, in modo che le scelte operate di volta in volta non appaiano discordanti, ma – appunto – tra loro coerenti⁴⁵³. Questo principio risulta quantomai necessario se si considera che l'esercizio della potestà sanzionatoria deve essere capace di riflettere i valori comuni alla società e, per questa ragione, si collega anche all'esigenza di *good governance*⁴⁵⁴.

L'esigenza di coerenza – in virtù della peculiare corresponsabilità, nell'esercizio delle competenze penali, tra Unione europea e legislatori nazionali – si declina lungo due direttrici essenziali: la prima – c.d. coerenza orizzontale – riguarda l'omogeneità tra loro delle scelte operate da parte delle istituzioni sovranazionali, mentre la seconda – c.d. coerenza verticale – attiene alla capacità degli interventi di ravvicinamento di inserirsi in modo armonico all'interno dei sistemi penali nazionali, senza portare ad esiti in contraddizione con le linee fondamentali delle politiche criminali interne⁴⁵⁵.

Quanto al primo aspetto, nonostante l'intento manifestato da parte della Commissione di promuovere scelte coerenti⁴⁵⁶, è stato osservato, sia dal Parlamento europeo⁴⁵⁷, sia dalla dottrina⁴⁵⁸, che non sempre tale principio è stato debitamente rispettato. In generale, l'urgenza di maggiore coerenza all'interno delle scelte nel macro-ambito dello SLSC è stata espressa anche dal Consiglio europeo nel Programma di Stoccolma⁴⁵⁹.

In particolare, è stata evidenziata qualche perplessità nell'individuazione di soglie sanzionatorie equivalenti a fronte di reati che incidono su beni giuridici tra loro differenti⁴⁶⁰: non si comprende, infatti, come possano equipararsi, a fini punitivi, condotte come la contraffazione o alterazione fraudolenta di monete (art. 3, par. 1, lett. a, direttiva 2014/62/UE), la costrizione, l'induzione o sfruttamento di un minore a prendere parte a spettacoli pedopornografici (art. 4, parr. 3 e 5, direttiva 2011/93/UE), la partecipazione ad un gruppo terroristico (art. 4, direttiva (UE) 2017/541), tutti comportamenti per cui si prevede una pena non inferiore nel massimo a otto anni di reclusione.

⁴⁵³ FOFFANI L., *Il manifesto sulla politica criminale*, cit., p. 667.

⁴⁵⁴ ASP P., *The Importance of the Principles of Subsidiarity*, cit., p. 54.

⁴⁵⁵ La distinzione è ricorrente nella dottrina quanto nel *Manifesto: ex multis*, v. FOFFANI L., *Il manifesto sulla politica criminale*, cit., p. 670.

⁴⁵⁶ Comunicazione della Commissione, *Verso una politica penale*, cit., p. 3.

⁴⁵⁷ Risoluzione del Parlamento europeo, *Approccio dell'UE in materia di diritto penale*, cit., pt. 11, ove si legge testualmente che l'istituzione invoca un approccio «maggiormente coerente e di qualità elevata e depreca l'approccio frammentario».

⁴⁵⁸ FOFFANI L., *Il manifesto sulla politica criminale*, cit., p. 671.

⁴⁵⁹ *Programma di Stoccolma*, cit., pt. 1.2.4.

⁴⁶⁰ FOFFANI L., *Il manifesto sulla politica criminale*, cit., p. 671.

In quest'ottica, è stato osservato che, attraverso l'art. 83 TFUE è stata riconosciuta all'Unione europea «la potestà a formulare un giudizio astratto di necessità di pena, ma [essa] non ha ancora la capacità di costruire un sistema di pene»⁴⁶¹: ciò si può imputare, almeno in parte, alla ristretta perimetrazione delle competenze riservate a livello sovranazionale, che non permette di sviluppare una politica coerente e omogenea, ancorata a termini di riferimento consolidati⁴⁶².

Quanto alla coerenza verticale, i co-legislatori hanno essi stessi considerato l'importanza di valutare l'impatto che le scelte operate a livello europeo possano produrre sui singoli sistemi giuridici⁴⁶³: in particolare, il Parlamento europeo ha valorizzato le tradizioni secolari degli Stati membri, ciascuno caratterizzato per le proprie peculiarità, che non possono essere soppiantate dall'intervento normativo a livello sovranazionale⁴⁶⁴. Ad esempio, vi sono Paesi in cui è ampio il ricorso alle pene pecuniarie e infrequente l'impiego delle detentive⁴⁶⁵; vi sono sistemi nei quali si prevedono edittali più bassi, ma ove l'esecuzione della sanzione è effettiva; ancora, in alcuni Stati membri la sanzione per certe condotte, criminologicamente più ricorrenti, può essere più rigorosa che in altri, per l'esigenza di assicurare un contrasto migliore⁴⁶⁶.

Dello stesso avviso sono gli estensori del *Manifesto*⁴⁶⁷, nonché la più recente dottrina che si è occupata del tema⁴⁶⁸, secondo i quali la coerenza che i sistemi nazionali hanno costruito nel tempo non deve essere scardinata dall'armonizzazione mediante direttive.

Sotto questo profilo, si può ricordare l'esempio – in termini negativi quanto al rispetto del principio di coerenza – delle riforme cui la Finlandia e la Svezia sono state costrette per poter rispettare l'obbligo di sanzionare con almeno quindici anni di reclusione alcune condotte in materia di terrorismo, quando i rispettivi ordinamenti prevedevano soglie massime inferiori a quella tracciata a livello europeo⁴⁶⁹.

⁴⁶¹ SOTIS C., *I principi di necessità e proporzionalità*, cit., p. 118.

⁴⁶² Ad es., ogni ordinamento penale prevede una sanzione per reati tradizionalmente presenti in ogni società, come l'omicidio, il furto, la truffa: sulla base di questi modelli, è più facile plasmare le ulteriori scelte sanzionatorie per i delitti che vengono progressivamente codificati. Questi punti di riferimento difettano all'Unione europea, la quale peraltro deve “confrontarsi” come ventottesimo ordinamento autonomo con altri ventisette, ciascuno connotato da specificità proprie: v., su questo specifico profilo, ASP P., *The Importance of the Principles of Subsidiarity*, cit., p. 49-50; 52.

⁴⁶³ Conclusioni del Consiglio, 30 novembre 2009, cit., p. 5; Risoluzione del Parlamento europeo, *Approccio dell'UE in materia di diritto penale*, cit., lett. e), g), h).

⁴⁶⁴ Risoluzione del Parlamento europeo, *Approccio dell'UE in materia di diritto penale*, cit., lett. e).

⁴⁶⁵ DOVA M., *Pena prescrittiva*, cit., p. 21-22 e *ivi* numerose statistiche in chiave comparativa.

⁴⁶⁶ ASP P., *The Substantive Criminal Law Competence*, cit., p. 209.

⁴⁶⁷ *Manifesto*, cit., p. 1274 ss.

⁴⁶⁸ ASP P., *The Importance of the Principles of Subsidiarity*, cit., *passim*; FOFFANI L., *Il manifesto sulla politica criminale*, cit., p. 670; SATZGER H., *Le carenze della politica criminale europea*, cit., p. 1280; ID., *The Harmonisation of Criminal Sanctions*, cit., p. 116.

⁴⁶⁹ *Manifesto*, cit., p. 1275.

Al contrario, possono essere favorevolmente valutate quelle scelte che, pur prevedendo obblighi sanzionatori, consentono un margine di elasticità agli Stati membri, in modo da adeguare le soglie di pena alla propria scala di gravità interna: aveva suscitato apprezzamento, nel *Manifesto*, una clausola come l'art. 1, par. 4, decisione-quadro 2002/946/GAI che, in tema di sfruttamento dell'immigrazione, accordava ai legislatori la possibilità di attestarsi su livelli punitivi inferiori a quelli stabiliti dal paragrafo precedente «[q]ualora ciò sia necessario al fine di preservare la coerenza del sistema di sanzioni nazionale». Tanto che, proprio quei due ordinamenti del Nord – Svezia e Finlandia – che hanno tradizionalmente cornici edittali attestate verso il basso, hanno fatto impiego di questa clausola⁴⁷⁰.

Perciò, posto che «[t]he differences that exist between the Member States, simply makes it impossible for the sanctions provided for in a directive to fit in, in all of the criminal law systems of the Member States»⁴⁷¹, potrebbe meritare condivisione quella proposta⁴⁷² che prevede una rinuncia da parte delle istituzioni europee a fissare specifiche soglie di pena, mentre a queste competerebbe solo indicare il *quantum* di gravità che debba contrassegnare ogni fattispecie oggetto di armonizzazione.

7.7. Brevi considerazioni conclusive.

Per quanto nelle pagine che precedono non sia stata svolta una pedissequa disamina di ciascuno dei singoli interventi del legislatore sovranazionale in materia penale – a favore, invece, di uno sguardo più ampio e orientato, in via trasversale, a considerare i principi – si possono trarre alcune brevi considerazioni, utili in funzione del successivo capitolo, avente a oggetto le modalità di esercizio, attuale e potenziale, della competenza accessoria.

Pochi mesi dopo l'entrata in vigore del trattato di Lisbona, la dottrina si domandava – ponendo il quesito come titolo di un articolo – *What Principles Drive (or Should Drive) European Criminal Law*⁴⁷³: lavoro che si concludeva con l'affermazione della necessità di prestare particolare attenzione alle modalità di esercizio, da parte dell'Unione europea, delle “nuove” competenze penali, in particolare sotto il profilo della sussidiarietà, principio talvolta trascurato dalle istituzioni. In particolare, si temeva che la ricerca di effettività – «a very slippery concept which becomes a very tricky parameter when deciding on criminalization»⁴⁷⁴ – potesse portare a un eccessivo, smodato ricorso a *inputs* di criminalizzazione, sebbene venissero riposte speranze nella

⁴⁷⁰ ELHOLM T., *Does EU Criminal Cooperation*, cit., p. 206.

⁴⁷¹ ASP P., *The Importance of the Principles of Subsidiarity*, cit., p. 52

⁴⁷² V. *supra*, par. 3.2.

⁴⁷³ HERLIN-KARNELL E., *What Principles Drive*, cit.

⁴⁷⁴ *Ivi*, p. 1129.

capacità limitativa da parte di quel *framework* di principi fondamentali che, negli Stati membri, orientano le scelte di politica penale.

L'analisi sin qui condotta – e che si estende, di fatto, su un compasso temporale esattamente pari a un decennio – ha permesso di mettere in luce due aspetti.

Il primo concerne, in effetti, la maturazione, in sede europea, di quei principi che sono stati enunciati nel *Manifesto*: ciò è avvenuto in virtù di una pluralità di fattori – grazie al contributo della Carta, alla giurisprudenza della Corte di giustizia, alla consolidata tradizione degli Stati membri e della penalistica europea – che hanno contribuito a plasmare, anche all'interno dell'Unione, il “volto costituzionale” dell'illecito penale. Gli atti delle istituzioni ne sono sicuramente una valida esemplificazione e, per quanto residuino pur sempre spazi per un'analisi critica dell'operato del legislatore europeo, gli strumenti normativi adottati paiono del tutto coerenti con i valori e limiti che sono stati enunciati, nonché orientati a proteggere beni giuridici di cui difficilmente può essere negata l'importanza su un piano assiologico.

Il secondo riguarda proprio il timore espresso con riferimento all'impiego del diritto penale come mero strumento di *enforcement* di altre politiche, perciò suscettibile di utilizzo eccessivo, addirittura in assenza di interessi (individuali o collettivi) meritevoli di una tutela realizzata mediante il più afflittivo degli strumenti sanzionatori. La competenza accessoria – rispetto a cui non sono mancate, come visto, perplessità e censure – ha costituito il fondamento di due soli atti, entrambi adottati in settori che da lungo tempo hanno visto affermarsi forme di ravvicinamento e preceduti da un'accurata indagine quanto all'esigenza e all'impatto di intervenire mediante il diritto penale. Né, nonostante i propositi espressi dalla Commissione nel 2011⁴⁷⁵, sono stati presentati progetti che lascino intendere, almeno a breve o medio termine, un impiego frequente dell'art. 83, par. 2, TFUE.

Perciò, per quanto – al pari di ogni altra politica – anche quella penale (europea) meriti un'attenta indagine critica, è opportuno che il giudizio che emerge tenga in adeguata considerazione il dato pratico: e, a questo esame, non sembra davvero che l'esercizio delle competenze ex art. 83 TFUE abbia provocato insostenibili sconvolgimenti nei sistemi penali nazionali, né abbia varcato i limiti tracciati dai principi di cui si è detto.

⁴⁷⁵ Nella comunicazione *Verso una politica penale*, cit., p. 13, l'istituzione ha indicato come settori che «meriterebbero un esame più approfondito per valutare se e in quali ambiti norme minime [...] possano risultare essenziali» i seguenti: trasporto su strada, protezione dei dati personali, normativa doganale, tutela dell'ambiente, politica della pesca, politiche del mercato interno. Più recentemente, la Presidenza del Consiglio, nel maggio 2019 (con la relazione intitolata *Il futuro del diritto penale sostanziale dell'UE*, cit., p. 9, raccogliendo i suggerimenti degli Stati membri e della Commissione, ha individuato come aree in cui può essere analizzata la possibilità di armonizzazione penale le seguenti: reati ambientali, traffico di beni culturali, contraffazione e falsificazione di medicinali, il traffico di organi umani, la manipolazione delle elezioni, l'usurpazione di identità, l'immigrazione illegale, l'intelligenza artificiale.

CAPITOLO QUARTO

Il ricorso all'art. 83, par. 2, TFUE da parte del legislatore europeo: prospettive di diritto positivo e *de lege ferenda*.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – SEZIONE PRIMA: LE DIRETTIVE ADOTTATE. – 2. La direttiva *market abuse* del 2014. – 2.1. Le origini e le prime tappe evolutive della normativa europea sugli abusi di mercato. – 2.2. Dalla direttiva 2003/6/CE all'adozione del regolamento e della direttiva *market abuse* del 2014. – 2.3. La direttiva 2014/57/UE: contenuti, obblighi sanzionatori e profili critici. – 2.4. Il rapporto tra le sanzioni penali e quelle amministrative-punitive nel corpo normativo europeo. – 2.5. Il potenziale contrasto tra effettività e diritti dell'individuo: la sanzione per la violazione degli obblighi di collaborazione. – 3. La direttiva PIF del 2017. – 3.1. Origine ed evoluzione degli strumenti di tutela degli interessi finanziari dell'Unione europea. – 3.2. Le novità con il trattato di Lisbona: l'art. 325 TFUE e la nuova proposta di direttiva PIF. – 3.3. L'attuale direttiva PIF: contenuti, obblighi sanzionatori e profili critici. – 3.4. L'impatto della direttiva PIF sul sistema di contrasto delle frodi. – SEZIONE SECONDA: LE PROSPETTIVE D'INTERVENTO. – 4. Politiche ambientali e strumenti sanzionatori nell'Unione europea. – 4.1. L'evoluzione delle competenze delle Comunità e dell'Unione europea in materia ambientale. – 4.2. Il ricorso a strumenti di tutela dell'ambiente. – 4.3. Dalla decisione-quadro 2003/80/GAI alla direttiva 2008/99/CE: il tormentato intervento penale del legislatore europeo in materia ambientale. – 4.4. I limiti della direttiva 2008/99/CE e la prospettiva di un ulteriore intervento penal-europeo. – 4.5. Pena o sanzione amministrativa per la tutela dell'ambiente? – 5. La tutela della concorrenza. – 5.1. L'attuale assetto sanzionatorio europeo in materia *antitrust*. – 5.2. L'eventuale base giuridica per l'adozione di obblighi di criminalizzazione. – 5.3. I presupposti per l'adozione di una direttiva di armonizzazione *ex art. 83, par. 2, TFUE*. – 6. Ipotesi di impiego dell'art. 83, par. 2, TFUE in altri settori.

1. Introduzione.

Nel capitolo che precede è stata effettuata una disamina dell'art. 83, par. 2, TFUE nei suoi elementi essenziali, e, in generale, nel contesto del più ampio spettro delle competenze di cui l'Unione europea, a seguito del trattato di Lisbona, può fare esercizio in materia penale.

A poco più di dieci anni dall'introduzione della nuova base giuridica che consente al legislatore europeo di adottare direttive di armonizzazione ove ricorra la necessità di impiegare lo *ius criminale* per garantire piena effettività alle politiche sovranazionali, occorre di conseguenza esaminare quale impiego dell'art. 83, par. 2, TFUE sia stato fatto e quali possano essere, *pro futuro*, i settori nei quali la Commissione o gli Stati membri – *ex art. 76 TFUE* – potrebbero proporre un intervento.

Una prima sezione del capitolo sarà dedicata alla disamina delle due direttive che già sono state adottate in forza dell'art. 83, par. 2, TFUE – quella del 2014 in tema di *market abuse* e quella

del 2017 nel settore della protezione degli interessi finanziari dell'Unione europea¹ – per verificare se gli obblighi imposti ai legislatori nazionali costituiscono (o potranno costituire) davvero strumenti volti ad assicurare piena effettività alle politiche europee.

Una seconda parte, invece, intende considerare gli ambiti in cui l'intervento sovranazionale, attraverso nuovi obblighi di incriminazione e il ravvicinamento delle disposizioni penali interne, potrebbe assicurare maggiore *enforcement* ai settori già oggetto di disciplina a livello europeo. In proposito, la Commissione², intuendo le potenzialità sottese al nuovo art. 83, par. 2, TFUE aveva indicato che – accanto al settore finanziario e a quello della lotta alla frode al bilancio europeo – sarebbe stata considerata la possibilità di intervenire attraverso il diritto penale in ulteriori ambiti, di cui erano offerte alcune esemplificazioni³: in nessuno di essi, però, si segnalano al momento proposte normative.

Nel 2019, nel documento programmatico dal titolo *Il futuro del diritto penale sostanziale dell'UE*, la Presidenza del Consiglio di turno (Romania), all'esito di un confronto tra i rappresentanti degli Stati membri, ha ancora una volta prospettato la possibilità di operare un'analisi completa circa l'opportunità di intervenire in alcuni settori⁴, tra cui spicca quello legato alla tutela dell'ambiente.

Non mancano – sempre in una logica *de iure condendo* – alcuni spunti dalla dottrina, in relazione a ulteriori settori che, pur non annoverati dalle istituzioni, potrebbero giovare di un intervento dell'Unione europea sulla base dell'art. 83, par. 2, TFUE: l'esempio più evidente è offerto dal dibattito emerso negli ultimi anni quanto all'inserimento di precetti penali per sanzionare la violazione delle regole *antitrust* dettate dai trattati.

In relazione a ciascuno dei settori esaminati, sarà premessa una breve analisi delle competenze dell'Unione europea in materia, nonché una sintetica ricognizione degli atti di diritto derivato adottati – al cui *enforcement* le sanzioni penali dovrebbero essere destinate – in modo tale da poter esaminare i presupposti e le modalità di intervento del legislatore europeo: nei primi casi già avvenuto, negli altri casi soltanto potenziale.

Sezione Prima: le direttive adottate.

¹ Rispettivamente le già citate direttiva 2014/57/UE relativa alle sanzioni penali in caso di abusi di mercato, in *GUUE*, 12 giugno 2014, L 173, p. 179 e direttiva (UE) 2017/1371 relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione, in *GUUE*, 28 luglio 2017, L 198, p. 29.

² Nella già citata COM(2011) 573 def., cit.

³ I settori enunciati erano i seguenti: trasporto su strada, protezione dei dati personali, normativa doganale, tutela dell'ambiente, politica della pesca, politiche del mercato interno.

⁴ Si tratta, in questo caso, di un elenco più ampio e dai contenuti ampiamente differenti rispetto alla "lista" del 2011. Sono stati menzionati, oltre ai reati ambientali, il traffico di beni culturali, la contraffazione di medicinali, il traffico di organi umani, la manipolazione delle elezioni, l'usurpazione d'identità, il contrasto dell'immigrazione illegale, i reati connessi all'intelligenza artificiale.

2. La direttiva *market abuse* del 2014.

La direttiva 2014/57/UE relativa alle sanzioni penali applicabili ai fatti di abuso di mercato rappresenta – in ordine cronologico – la prima concretizzazione della competenza penale dell’Unione c.d. accessoria. Si tratta di uno strumento che si inserisce in un percorso originato già negli anni Ottanta, caratterizzato dal progressivo intervento delle istituzioni europee nella regolamentazione dei mercati finanziari.

2.1. Le origini e le prime tappe evolutive della normativa europea sugli abusi di mercato.

La progressiva dematerializzazione della ricchezza e la diffusione degli strumenti finanziari hanno richiesto, a partire dagli anni Settanta⁵, forme di regolamentazione sempre nuove dei mercati e degli scambi di titoli: in questo senso, un ruolo determinante è stato svolto dalle Comunità europee, per loro natura e vocazione attente a tali dinamiche⁶.

In particolare, vi è stata una progressiva introduzione di obblighi di corretta e piena informazione da parte dei soggetti coinvolti nelle operazioni finanziarie: previsioni che da un lato si sono tradotte in misure preventive e, dall’altro, in sanzioni applicabili in caso di violazione delle regole imposte. Ciò al fine di proteggere un valore divenuto centrale nel contesto contemporaneo, ovvero la fiducia e la credibilità nel mercato: il risparmiatore deve essere rassicurato del fatto che la contrattazione dei titoli avvenga in modo leale, «senza posizioni di privilegio per coloro che sono investiti di funzioni fiduciarie nell’ambito dello stesso e senza permettere a questi ultimi di profittare scorrettamente di informazioni [...] che posseggono»⁷.

Progressivamente, l’Unione europea non ha solo dettato un assetto normativo dei mercati finanziari, ma ha esteso, attraverso i propri atti di diritto derivato, l’attenzione anche ai modelli sanzionatori, tanto che la materia può «essere a buon diritto assunta al rango di vero e proprio

⁵ Come osservato da VENTORUZZO M., MOCK S., *Market Abuse Regulation: Commentary and Annotated Guide*, Oxford, 2017, p. 2, l’idea di una regolamentazione omogenea dei mercati del capitale di rischio in Europa era già stata proposta da SEGRE C., *The development of a European capital market: report of a group of experts appointed by the EEC Commission* (The Segré Report), Bruxelles, 1966. Come osservato anche da SEREDYNSKA I., *Insider Dealing and Criminal Law*, Berlino, 2012, p. 4, sebbene il *report* non abbia indicato la necessità di adottare specifici divieti, già – in una certa misura – si paventavano le potenziali problematiche derivanti dall’utilizzo in chiave distortiva di informazioni rilevanti da parte dei soggetti apicali delle società operanti nel mercato europeo.

⁶ ALESSANDRI A., *Gli abusi di mercato*, in ALESSANDRI A. (a cura di), *Reati in materia economica – Trattato teorico-pratico di diritto penale*, Torino, 2012, p. 65 ss.; FOFFANI L., *Politica criminale europea e sistema finanziario: l’esempio degli abusi di mercato*, in *DPC*, 3/2014, p. 65.

⁷ ALESSANDRI A., *Gli abusi di mercato*, cit., p. 67; CERIZZA M., *The New Market Abuse Directive*, in *EUCrim*, 3/2014, p. 85. In un’ottica comparatistica, gli USA – prima realtà in cui, a partire dagli anni Trenta, si è affermata una disciplina punitiva degli abusi di mercato – hanno invece adottato una diversa prospettiva: tali condotte sono punite non tanto perché incidono sulla pubblica fede nell’integrità del mercato, bensì in quanto lesive degli obblighi di fedeltà nei confronti delle società per cui i *manager* operano (c.d. “corporate-oriented” approach): v. SEREDYNSKA I., *Insider Dealing*, cit., p. 36.

paradigma del processo di europeizzazione della disciplina penale del sistema finanziario»⁸. In effetti, l'obiettivo di conferire omogeneità alle fattispecie punibili e alle conseguenti sanzioni è da tempo avvertito a livello sovranazionale, quale conseguenza della globalizzazione degli scambi e dei mercati, al fine di evitare fenomeni distorsivi e di arginare il *forum shopping*⁹.

Paradigmatico, in questo senso, è il fenomeno degli abusi di mercato, che si declina – sostanzialmente – in due macrotipologie di condotta.

La prima è quella dell'*insider trading* o abuso di informazioni privilegiate¹⁰: in questo caso, il legislatore vieta (e punisce) il comportamento di colui che compie operazioni su strumenti finanziari grazie alle informazioni privilegiate a essi inerenti e delle quali già disponeva in virtù della propria qualità soggettiva (ad es., membro dell'organo amministrativo o di controllo o per la funzione pubblica ricoperta).

La seconda ipotesi – la manipolazione del mercato – si verifica qualora un soggetto diffonda notizie non veridiche o compia operazioni simulate, idonee a provocare una sensibile alterazione del valore degli strumenti finanziari¹¹.

In entrambi i casi, questi comportamenti hanno l'effetto di incidere su quel bene giuridico che è stato individuato, appunto, nell'integrità e affidabilità dei mercati.

Il primo intervento nel settore in esame si è registrato, a livello sovranazionale, nel 1989, con la direttiva 89/592/CE¹², relativa al coordinamento delle normative concernenti le operazioni effettuate da persone che disponessero di informazioni privilegiate: l'oggetto della disciplina era il solo c.d. *insider trading*. Per la prima volta, il legislatore europeo non ha soltanto fornito precisi riferimenti normativi, ma ha posto in evidenza l'opportunità che la disciplina in materia venisse adottata – almeno nei suoi elementi essenziali – a livello sovranazionale¹³: come si osservava nel preambolo che precede il testo normativo, in alcuni Stati membri non esisteva alcuna normativa che vietassero le operazioni effettuate da persone in possesso di informazioni privilegiate, e, perciò, sussistevano notevoli differenze tra le normative in vigore negli Stati membri¹⁴

⁸ FOFFANI L., *Politica criminale europea*, cit., p. 66.

⁹ CERIZZA M., *The New Market Abuse Directive*, cit., p. 85; SEMINARA S., *L'evoluzione europea del diritto penale del mercato finanziario nella prospettiva italiana*, in CANESTRARI S., FOFFANI L. (a cura di), *Il diritto penale nella prospettiva europea*, cit., p. 219, spec. p. 222 e 226.

¹⁰ In Italia, il fatto è attualmente previsto e punito dall'art. 184, d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (c.d. TUF). La prima incriminazione in tal senso fu prevista dalla legge 17 maggio 1991, n. 157, adottata in virtù degli obblighi imposti dalla prima direttiva europea in materia, quella del 1989.

¹¹ Quest'ipotesi è, invece, prevista dall'art. 185 TUF.

¹² Direttiva 89/592/CEE, in *GUCE*, 18 novembre 1989, L 334, p. 30. Per un'analisi della stessa e delle ricadute negli ordinamenti nazionali, cfr. CARCANO G., *La direttiva CEE sull'insider trading*, in *Riv. soc.*, 1989, p. 1026; FOFFANI L., *Infedeltà patrimoniale e conflitto d'interessi nella gestione d'impresa. Profili penalistici*, Milano, 1997, spec. p. 360 ss.; VASSALLI G., *La punizione dell'insider trading*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 31.

¹³ BRUSEGAN C., *Nuove frontiere in materia di insider trading: verso una regolamentazione europea omogenea?*, in *Arch. pen.*, 1/2015.

¹⁴ In questo senso, già si osservava, in Italia, il difetto di specifiche previsioni sanzionatorie in materia: v. PIGA F., *La cessione del controllo delle società quotate in borsa: profili di rilevanza generale e prospettive*, in *Riv. soc.*, 1984, p. 1154.

e che, di conseguenza, appariva opportuno adottare una normativa coordinata a livello europeo, avente il vantaggio «di lottare in maniera più efficace contro le operazioni transfrontaliere effettuate da persone in possesso di informazioni privilegiate»¹⁵.

La disciplina europea è stata adottata sulla base dell'art. 100 A TCE, ovvero quella disposizione – corrispondente all'odierno art. 114 TFUE – che consente alle istituzioni l'adozione di misure relative al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri che abbiano a oggetto l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno.

Questa prima direttiva conteneva una formulazione del divieto, in capo a soggetti che avessero accesso a specifiche informazioni in virtù della propria condizione personale, di abusare delle medesime, sia a fini individuali, sia mediante forme di comunicazione o trasmissione a terzi.

La violazione di tali obblighi doveva essere punita dal legislatore nazionale attraverso misure adeguatamente dissuasive (così recitava l'art. 13).

Si trattava, com'è evidente, di una «basic form of legislation concerning European capital markets»¹⁶, destinata tuttavia a costituire il punto di partenza di una successiva evoluzione normativa, sia a livello europeo, sia nazionale. Gli anni Novanta sono stati infatti segnati dalla progressiva emersione, negli ordinamenti dei Paesi membri (e non solo), di fattispecie repressive – spesso di carattere espressamente penale, sebbene la direttiva non contenesse alcun obbligo in tal senso – costruite sul modello offerto a livello europeo¹⁷.

La successiva tappa evolutiva del percorso volto a disciplinare in modo più analitico il fenomeno in esame è rappresentata dalla direttiva 2003/6/CE¹⁸, considerata «as a general success»¹⁹, in quanto ha introdotto un tessuto normativo ampio e dettagliato, nell'ottica di indurre a maggior rigore gli Stati membri che avevano manifestato minor attenzione al fenomeno²⁰.

Questo conseguente intervento si è inserito nel contesto di un piano d'azione elaborato dalla Commissione nel 1999²¹ teso a garantire maggiore omogeneità ai quadri normativi degli Stati membri in tema di mercati finanziari e a rafforzare la fiducia degli investitori²².

¹⁵ Considerando n. 10, direttiva 89/592/CEE cit.

¹⁶ VENTORUZZO M., MOCK S., *Market Abuse Regulation*, cit., p. 5.

¹⁷ FOFFANI L., *Politica criminale europea*, cit., p. 67.

¹⁸ Direttiva 2003/6/CE, in *GUUE*, 12 aprile 2003, L 96, p. 16.

¹⁹ VENTORUZZO M., MOCK S., *Market Abuse Regulation*, cit., p. 8.

²⁰ Per un quadro generale, v. *ex multis* D'ALESSANDRO F., *Regolatori del mercato, enforcement e sistema penale*, Torino, 2014, p. 33 ss.; FERRARINI G.A., *La nuova disciplina europea dell'abuso di mercato*, in *Riv. soc.*, 2004, p. 43; SEMINARA S., *L'evoluzione europea del diritto penale*, cit., p. 247; SEREDYNSKA I., *Insider Dealing*, cit., p. 8 ss.

²¹ Comunicazione della Commissione COM(1999) 232 def., 11 maggio 1999.

²² MIGLIETTI M., *The New EU Criminal Law Competence in Action: The Proposal for a Directive on Criminal Sanctions for Insider Dealing and Market Manipulation*, IES Working Paper, 5/2013, p. 22.

Al pari di quanto accaduto per la direttiva del 1989, anche quella di inizio secolo si è basata su quella disposizione – nel frattempo rinumerata come art. 95 TCE – che consentiva alle istituzioni forme di ravvicinamento delle legislazioni per instaurare e far meglio funzionare il mercato comune. Invero, la direttiva del 2003 rispondeva allo scopo, ben dichiarato dai considerando nn. 12 e 13, di aggiornare la disciplina in materia a fronte dei nuovi fenomeni emersi sui mercati borsistici, in modo così da contrastare non soltanto condotte di *insider trading*, ma anche ulteriori e diverse forme di manipolazione dei mercati.

Come si apprende dalla lettura degli artt. 2 ss. della direttiva 2003/6/CE, il legislatore europeo – ferme le previsioni in tema di abuso di informazioni privilegiate – ha inteso estendere i divieti (e i conseguenti obblighi sanzionatori) anche alle condotte manipolatorie, come definite dal combinato disposto degli artt. 1, n. 2) e 5.

Sotto il profilo sanzionatorio, la direttiva – adottata in virtù di una base giuridica che certo non avrebbe consentito la previsione di *inputs* di incriminazione – ha confermato, in capo agli Stati membri, l'obbligo di prevedere le opportune misure amministrative e sanzionatorie a carico di chi contravvenisse ai divieti sanciti, purché tali strumenti fossero – secondo il consueto *refrain* ben consolidato nella giurisprudenza e nella legislazione sovranazionale – capaci di assicurare efficacia, proporzione e dissuasività, pur facendosi salvo, alla luce dell'inciso posto in esordio dell'art. 14, il diritto dei legislatori nazionali di prevedere sanzioni penali.

Nel suo complesso, la direttiva del 2003 ha segnato un radicale mutamento di paradigma rispetto al risalente testo normativo del 1989, non soltanto in relazione all'individuazione delle fattispecie sanzionabili, ma anche quanto alla prevenzione (attraverso la formulazione di obblighi di *disclosure*, in particolare *ex art.* 6) e alla vigilanza (art. 10), affidata ad autorità amministrative specificamente competenti²³.

2.2. Dalla direttiva 2003/6/CE all'adozione del regolamento e della direttiva *market abuse* del 2014.

Il tessuto normativo europeo dei primi anni Duemila ha vissuto – poco tempo dopo la propria entrata in vigore e a ridosso del conseguente recepimento a livello nazionale – l'impatto della profonda crisi finanziaria del biennio 2007-2009²⁴.

In una relazione di inizio 2009²⁵, un gruppo di esperti, chiamati a saggiare l'assetto della vigilanza finanziaria nell'Unione europea nel contesto di quella congiuntura, ha rilevato alcuni

²³ D'ALESSANDRO F., *Regolatori del mercato*, cit., p. 40.

²⁴ Sul punto, per una sintesi, v. la scheda dal titolo *La crisi finanziaria del 2007-2009*, in www.consob.it.

²⁵ Si tratta del già citato DE LAROSIÈRE J., *The high-level group*, cit.

deficit strutturali negli ordinamenti continentali, anche quanto – per ciò che qui rileva – agli strumenti di prevenzione e repressione delle condotte di *insider trading* e manipolazione dei mercati.

In questo *report*, si è evidenziato un duplice profilo problematico²⁶.

Il primo concerne la necessità di dotare le autorità di vigilanza di poteri di intervento e controllo adeguati, che consentano monitoraggi continui e azioni tempestive in chiave preventiva.

Il secondo, invece, attiene all'urgenza di predisporre regimi punitivi uniformi, severi e dissuasivi per i delitti finanziari, poiché tanto il difetto di effettività, quanto le radicali eterogeneità rendono l'intervento delle autorità troppo debole (sia *ex ante*, sia *ex post*) e espongono i mercati a forme di speculazione, con evidenti rischi per la collettività.

Sotto questo profilo, è utile richiamare l'attenzione sui dati diffusi nel precedente febbraio 2008 dal CESR (Committee of European Securities Regulators, divenuto ESMA nel 2011)²⁷. Lo studio effettuato ha permesso di apprendere che larga parte degli Stati membri prevedevano già sanzioni penali sia per le condotte di *insider trading* sia per quelle manipolatorie: sebbene la direttiva del 2003 non avesse imposto alcun *input* di criminalizzazione, pressoché tutti gli Stati membri dell'Unione europea – eccezion fatta per la Bulgaria – avevano introdotto, entro il 2008 nella propria legislazione una pena per l'abuso di informazioni. Soglia leggermente più bassa (venticinque su ventisette dei Paesi) per il caso delle manipolazioni del mercato. Peraltro, pressoché tutti gli ordinamenti avevano disposto sanzioni amministrative, tanto a carattere pecuniario, quanto interdittivo come rimedi ulteriori o complementari.

Evidente era, però, la differenza sul piano del rigore sanzionatorio, sia sotto il profilo delle tipologie della pena, sia quanto all'entità delle stesse²⁸.

Un ulteriore aspetto che aveva destato un particolare allarme nelle istituzioni può senz'altro rinvenirsi in alcuni scandali finanziari che, sul finire dei primi anni Duemila e in parallelo con la

²⁶ *Ivi*, p. 24-25, ove si legge quanto segue: «Un quadro solido in materia prudenziale e di condotta negli affari per il settore finanziario deve basarsi su regimi di vigilanza e sanzionatori forti. Le autorità di vigilanza devono essere dotate dei poteri necessari per intervenire quando gli istituti finanziari hanno una gestione dei rischi e meccanismi di controllo inadeguati nonché una solvibilità inadeguata delle posizioni di liquidità. Dovrebbero esservi inoltre regimi sanzionatori uniformi, severi e dissuasivi per tutti i reati finanziari, sanzioni che dovrebbero essere attuate effettivamente. Non vi è niente di questo attualmente nell'UE. I regimi sanzionatori degli Stati membri sono in genere deboli ed eterogenei. Le sanzioni per l'abuso di informazioni privilegiate varia da poche migliaia di euro in uno Stato membro a milioni di euro o al carcere in un altro. Ciò può incitare all'arbitraggio regolamentare nel mercato unico. Le sanzioni dovrebbero pertanto essere urgentemente rafforzate e armonizzate. Le enormi differenze pecuniarie nei livelli delle ammende che possono essere inflitte nel settore della concorrenza e delle sanzioni per frode finanziaria sono sorprendenti. Inoltre, gli Stati membri dovrebbero riesaminare la loro capacità di individuare adeguatamente i reati finanziari commessi. Se necessario, dovrebbero essere impiegate maggiori risorse e si dovrebbe far ricorso a procedure di individuazione più sofisticate

²⁷ CESR, *Executive Summary to the Report on Administrative Measures and Sanctions as well as the Criminal Sanctions Available in Member States Under the Market Abuse Directive*, febbraio 2008 (ref. CESR/08-99).

²⁸ FOFFANI L., *Politica criminale europea*, cit., p. 69.

grave crisi, erano emersi²⁹. A livello europeo, il più noto è certamente quello legato alla manipolazione dei tassi Libor-Euribor, due noti indici di riferimento per i mercati bancari: nel 2012, si è appreso che alcuni operatori del settore, a partire da quelli britannici, avevano dichiarato informazioni non veritiere ai fini del conteggio dei tassi, così consentendo l'incremento dei profitti degli istituti di credito³⁰.

Il clamore della vicenda ha consentito alla Commissione europea di sollecitare ulteriormente l'intervento in materia: con un comunicato stampa del 25 luglio 2012, la Vicepresidente Reding ha osservato che questa vicenda ha contribuito a far crollare la fiducia dei consumatori rispetto ai mercati e ciò ha reso ancor più manifesta la necessità di «un intervento a livello UE per porre fine alle azioni criminali nel settore bancario e il diritto penale può costituire un forte deterrente»³¹.

Sulla scorta di queste considerazioni – e ancor prima che le vicende accennate emergessero in tutta la loro evidenza – la Commissione, già dal dicembre 2010, aveva lasciato intendere l'obiettivo, senz'altro a breve termine, di operare una significativa svolta quanto ai regimi sanzionatori nel settore dei servizi finanziari. Ancora una volta, l'istituzione ha osservato che troppo frammentari e disomogenei erano i quadri normativi all'interno degli Stati membri e, di conseguenza, le autorità amministrative e giudiziarie erano sostanzialmente sfornite di una reale capacità di contrasto dei fenomeni in esame.

Secondo la Commissione, tre erano le principali conseguenze dell'assetto normativo europeo (e delle asimmetrie a livello nazionale che ne derivavano) all'epoca vigente.

In primo luogo, l'assenza di sanzioni severe – sia perché previste già dai legislatori come troppo blande, sia perché, pur essendo configurate dal legislatore come rigorose, non irrogate in concreto – comportava l'elevato rischio di precludere ogni effetto deterrente delle misure adottate a livello normativo per contrastare il fenomeno criminoso in esame.

A ciò si aggiungeva la riduzione della tutela in concreto assicurata ai consumatori, utilizzatori dei servizi e prodotti finanziari, esposti a danni di carattere pecuniario a causa delle condotte manipolatorie e abusive dei *traders*.

Infine, divergenze tra i regimi sanzionatori erano foriere di distorsioni della concorrenza nel mercato interno. In presenza di notevoli differenze, le società sarebbero state indotte a stabilirsi nei luoghi ove minori fossero gli obblighi e le sanzioni dettati per le operazioni suscettibili di violare i divieti imposti dalla direttiva del 2003.

²⁹ D'ALESSANDRO F., *Regolatori del mercato*, cit., p. 17 ss.; LUCHTMAN M., VERVAELE J., *Enforcing the Market Abuse*, cit., p. 195 ss.

³⁰ LUCHTMAN M., VERVAELE J., *Enforcing the Market Abuse*, cit., p. 197.

³¹ Comunicato stampa *Scandalo Libor: la Commissione propone provvedimenti a livello UE contro la manipolazione dei tassi*, Bruxelles, 25 luglio 2012.

Alla luce di tutte queste considerazioni, il 20 ottobre 2011 la Commissione ha diffuso le proposte di due nuovi atti di diritto derivato: un regolamento³², relativo all'abuso di informazioni privilegiate e alla manipolazione del mercato, e una contestuale direttiva³³, relativa alle sanzioni penali per le (medesime) condotte.

L'*iter* legislativo si è concluso nell'aprile 2014³⁴, per entrambi gli atti l'adozione è avvenuta – pur all'esito di un vivace dibattito interistituzionale – in prima lettura: risale dunque al 16 aprile 2014 la finale approvazione del regolamento (UE) n. 596/2014 (definito sovente con l'acronimo MAR) e della direttiva 2014/57/UE (nota, invece, come MAD).

Il congiunto impiego di due atti riflette la duplicità delle basi giuridiche poste a rispettivo fondamento e la diversità dei contenuti disciplinari³⁵: da un lato, il regolamento abbraccia tutte le principali tematiche in materia – obblighi informativi, divieti e relative esenzioni in tema di abusi di mercato, strumenti di prevenzione, doveri di comunicazione, poteri di ESMA e delle autorità nazionali, sanzioni di carattere soltanto amministrativo –, dall'altro, invece, la direttiva si limita a individuare le condotte per le quali i legislatori interni debbono ricorrere alla criminalizzazione e a effettuare una forma di ravvicinamento tra gli assetti normativi degli Stati membri.

Del resto, mentre il MAR si fonda sull'art. 114 TFUE – attuale numerazione del previgente art. 95 TCE, già base giuridica, come detto, delle direttive del 1989 e del 2003 –, la MAD, in quanto caratterizzata da un contenuto incidente sulle disposizioni penali dei Paesi europei, è stata adottata in forza dell'art. 83, par. 2, TFUE: si è trattato, così, del primo impiego di questa disposizione, in virtù di quanto già la Commissione aveva prefigurato nella comunicazione del 2011 relativa alle strategie di politica criminale³⁶.

Si tratta, in ogni caso, di un ordito normativo che deve essere letto in congiunzione³⁷, in quanto destinato a disciplinare nel modo più completo possibile gli strumenti di vigilanza, controllo e contrasto rispetto alle forme di abuso dei mercati: condotte che, come emerge dalla

³² Comunicazione della Commissione COM(2011) 651 def., 20 ottobre 2011.

³³ Comunicazione della Commissione COM(2011) 654 def., 20 ottobre 2011.

³⁴ D'ALESSANDRO F., *Regolatori del mercato*, cit., p. 77.

³⁵ Per il profilo relativo alla base giuridica, oltre a quanto già osservato *supra*, Capitolo Terzo, par. 6, cfr. nello specifico, quanto al *market abuse*, anche HERLIN-KARNELL E., *Constructing Europe's Area of Freedom, Security, and Justice through the Framework of Regulation: A Cascade of Market-Based Challenges in the EU's Fight against Financial Crime*, in *German Law Journal*, 1/2015, p. 49, spec. p. 54-55; LUCHTMAN M., VERVAELE J., *Enforcing the Market Abuse*, cit., p. 205.

³⁶ COM(2011) 593, cit., p. 12. Questa comunicazione precede di un solo mese l'adozione delle due proposte di cui si è dato conto e, in misura piuttosto evidente, ne preannunciava la pubblicazione (v., ad es., a p. 6).

³⁷ BASILE E., *Verso la riforma della disciplina italiana del market abuse: la legge-delega per il recepimento della direttiva 57/2014/UE*, in *Leg. Pen.*, 10 dicembre 2015, p. 8; MUCCIARELLI F., *La nuova disciplina enrounitaria sul market abuse: tra obblighi di criminalizzazione e ne bis in idem*, in *DPC*, 4/2015, p. 295, spec. p. 323.

ricostruzione diacronica, non assumono soltanto un rilievo in chiave sanzionatoria, ma richiedono, anche al fine di assicurare l'omogeneità dei mercati e il libero gioco della concorrenza, una normazione di ampio respiro.

2.3. La direttiva 2014/57/UE: contenuti, obblighi sanzionatori e profili critici.

Nel corpo del preambolo che precede l'articolato della direttiva sono contenute le ragioni che hanno indotto il legislatore europeo a intervenire: il ricorso allo *ius criminale* costituisce lo strumento necessario a garantire il rispetto delle norme tese a prevenire e combattere gli abusi di mercato, in quanto le sole sanzioni penali – e non quelle amministrative – riflettono il grave disvalore sociale che tali condotte suscitano. Di conseguenza, come rileva il considerando n. 8, soltanto «l'introduzione da parte di tutti gli Stati membri, di sanzioni penali almeno per i reati gravi di abusi di mercato [può] garantire l'attuazione efficace della politica dell'Unione in materia», in quanto le distonie tra gli ordinamenti e l'ineffettività delle misure di contrasto hanno consentito operazioni speculative a livello finanziario rivelatesi poi di grande nocimento per i mercati.

Il contenuto disciplinare della MAD è inaugurato da due consuete disposizioni d'esordio, ovvero quella relativa all'oggetto e all'ambito d'applicazione (art. 1, ove si legge che l'atto «stabilisce le norme minime per le sanzioni penali applicabili all'abuso di informazioni privilegiate, alla comunicazione illecita di informazioni privilegiate e alla manipolazione del mercato, al fine di assicurare l'integrità dei mercati finanziari all'interno dell'Unione e di rafforzare la protezione degli investitori e la fiducia in tali mercati) e quella contenente le definizioni normative rilevanti (art. 2). Quest'ultima norma contiene a propria volta numerosi rinvii ad altri atti di diritto derivato dell'Unione europea, in particolare al MAR.

Gli artt. 3-6 contengono la descrizione delle fattispecie meritevoli di sanzione, tenuto conto che il ricorso alle misure penali è previsto dal legislatore europeo per i soli fatti che siano connotati da gravità e siano stati commessi con dolo (artt. 3, par. 1; 4, par. 1; 5, par. 1).

L'art. 3 identifica la condotta di abuso di informazioni privilegiate, ovvero il fatto di colui che, essendo in possesso di tali conoscenze, le impieghi per cedere o acquistare, per conto proprio o altrui, in modo diretto o indiretto, gli strumenti finanziari cui queste nozioni ineriscono.

Sotto il profilo soggettivo, possono rendersi autori del reato *de quo* i soggetti elencati dall'art. 3, par. 3: con una previsione innovativa rispetto alla direttiva del 2003, accanto ai soggetti apicali o comunque capaci di conoscere le informazioni in virtù di un loro coinvolgimento nella società

interessata, il co. 2 della disposizione indicata estende la responsabilità penale anche ai cd. *insiders* secondari³⁸.

L'art. 4 colpisce la condotta – commessa sempre dai soggetti elencati dall'art. 3, par. 3 – di colui che, disponendo di elementi conoscitivi privilegiati, li comunicati a soggetti terzi, al di fuori dell'ordinario esercizio delle proprie funzioni lavorative o professionali.

L'art. 5, invece, definisce le (plurime) modalità con cui si realizza una manipolazione del mercato meritevole di sanzione: le prime due ipotesi – *sub a)* e *b)* – consistono nel compimento di operazioni che portano alla diffusione di “segnali” falsi rispetto al valore di strumenti finanziari ovvero alla fissazione artificiosa e non veridica dei prezzi. Quanto alle due ulteriori fattispecie, si colpiscono tanto la diffusione di informazioni attraverso i *media*, tali da fissare il prezzo degli strumenti finanziari in modo anomalo (lett. *c)* e la manipolazione degli indici o tassi di riferimento nell'attività bancaria e creditizia (lett. *d)*.

L'art. 6, secondo una struttura normativa ampiamente consolidata nelle direttive adottate *ex art.* 83 TFUE, impone ai legislatori l'adozione di sanzioni penali anche per le condotte di induzione, favoreggiamento e concorso – eccezion fatta per l'art. 3, par. 6, fattispecie già costruita secondo lo schema della cooperazione tra più soggetti – e per il tentativo, limitatamente, in questo caso, alle ipotesi di abuso di informazioni privilegiate e di manipolazione del mercato (artt. 3 e 5)³⁹.

L'art. 8 estende la responsabilità per tutti i fatti descritti dagli artt. 3-6 delle persone giuridiche, in particolare quanto la condotta censurata sia stata commessa da un apicale o da un qualsiasi altro individuo che rechi un vantaggio all'ente, nonché nei casi in cui il reato si sia potuto realizzare per una carenza di vigilanza o controllo da parte dei soggetti gravati da specifici obblighi in tal senso.

Gli artt. 7 e 9 dettano l'apparato sanzionatorio: la prima disposizione si rivolge alle persone fisiche, la seconda agli enti.

L'art. 7, par. 1 esprime il generale obbligo, per tutte le condotte riconducibili alle tipologie delineate dagli artt. 3-6, di prevedere sanzioni penali effettive, dissuasive e proporzionate: perciò, ogni fatto grave e doloso, suscettibile di inquadramento entro le fattispecie dettate dalla direttiva, deve far scattare, in tutti gli Stati membri, il ricorso allo *ius criminale*. Gli Stati membri saranno inoltre tenuti a prevedere, per le ipotesi di abuso di informazioni e di manipolazione del mercato,

³⁸ BRUSEGAN C., *Nuove frontiere in materia di insider trading*, cit., p. 7; MUCCIARELLI F., *La nuova disciplina eurounitaria*, cit., p. 315.

³⁹ La compatibilità dei delitti di abuso di mercato con il tentativo è, almeno nell'ordinamento italiano, controversa: v. in tema BASILE E., *Verso la riforma*, cit., p. 10 e *ivi* ulteriori riferimenti bibliografici.

una pena nel massimo non inferiore alla reclusione per anni quattro; soglia che si abbassa a due anni per i fatti di cui all'art. 4.

Per le persone giuridiche, invece l'art. 9 lascia ai legislatori nazionali la scelta delle modalità sanzionatorie, a condizione che queste siano effettive, dissuasive e proporzionate.

Alla luce dei contenuti della direttiva sin qui analizzati, seppur in via sintetica, appare interessante verificare se i presupposti indicati dall'art. 83, par. 2, TFUE siano del tutto integrati e se la MAD possa davvero porsi come strumento funzionale a garantire maggiore effettività alle politiche di contrasto del *market abuse*.

Quanto all'esistenza di una forma di previa armonizzazione del settore quale requisito per l'intervento in materia penale, si è già osservato *supra*⁴⁰ che parte della dottrina⁴¹ aveva suggerito di escludere la possibilità di adottare congiuntamente i due atti – quello “principale” (in questo caso, il MAR) e quello accessorio (la MAD) – sulla base del tenore letterale dell'art. 83, par. 2, TFUE nonché per meglio rispettare il principio di *extrema ratio*, in quanto si sarebbe dovuta attendere una verifica dell'inefficacia del quadro sanzionatorio amministrativo preesistente⁴².

Tuttavia, è condivisibile rilevare che la direttiva del 2014 deve la propria genesi a un lungo percorso di progressiva stratificazione normativa a livello europeo, pertanto è stata preceduta da atti – quantomeno quelli del 1989 e del 2003 – i quali hanno rivelato la necessità di un successivo aggiornamento, alla luce dell'evoluzione dei fenomeni disciplinati e della congiuntura storica. Del resto, lo stesso MAR ha sostituito – integrandoli e aggiornandoli – una serie di atti di diritto derivato⁴³ previgenti: pertanto, anche a voler condividere l'orientamento più rigoroso, la MAD potrebbe in sostanza dirsi accessoria a un *corpus* normativo di lungo corso nell'esperienza giuridica europea.

Se si volge l'attenzione ai profili correlati alla necessità di intervenire per assicurare maggiore effettività alla (preesistente) regolamentazione dei mercati finanziari, anche in questo caso non pare potersi revocare in dubbio la legittimità della scelta delle istituzioni europee di ricorrere a un atto contenente specifici obblighi di criminalizzazione e, soprattutto, di armonizzazione delle misure repressive. Invero, come osservato dal report CESR del 2008⁴⁴, l'impiego della sanzione

⁴⁰ V. *supra*, Capitolo Terzo, par. 5.1.

⁴¹ ASP P., *The Substantive Criminal Law Competence*, cit., p. 133-134; ÖBERG J., *Union Regulatory Criminal*, cit.

⁴² Secondo FAURE M., LEGER C., *The Directive on Criminal Sanctions for Market Abuse: A Move Towards Harmonizing Inside Trading Criminal Law at the EU Level?*, in *Brooklyn J. of Corporate, Financial & Commercial Law*, 2015, p. 387, spec. p. 423, sarebbe stato opportuno verificare dapprima l'impatto del MAR e delle sanzioni ivi previste prima di ricorrere all'adozione della MAD, in ossequio al principio di *extrema ratio*.

⁴³ Si tratta, oltre alla direttiva 2003/6/CE, anche delle direttive 2003/124/CE (in *GUUE*, 24 dicembre 2003, L 339, p. 70), 2003/125/CE (in *GUUE*, 24 dicembre 2003, L 339, p. 73) e 2004/72/CE (in *GUUE*, 30 aprile 2004, L 162, p. 70).

⁴⁴ CESR, *Executive Summary*, cit., p. 2 ss.

penale per le condotte abusive era già ampiamente ricorrente nella maggior parte degli ordinamenti nazionali, i quali non erano in tal senso vincolati né dalla direttiva del 1989, né dalla successiva del 2003. Sembra quindi corretto concordare con chi ha osservato che «[l]’espansione penale in questo specifico settore è stata una libera scelta della politica criminale nazionale, non già una decisione imposta o etero-guidata dal legislatore europeo»⁴⁵. Quest’ultimo si è limitato, sulla base delle evidenze fenomenologiche, dei fallimenti dei sistemi di *enforcement* in occasione della crisi del 2007 e degli auspici di conseguenza formulati da *panel* di esperti, come quello presieduto da J. De Larosière, a cercare di potenziare i sistemi di vigilanza e prevenzione attraverso il MAR e, con la MAD, ha inteso armonizzare la disciplina sanzionatoria, sia sotto il profilo degli elementi costitutivi degli illeciti, sia quanto ai contenuti e alla severità delle misure repressive, al (dichiarato) fine di utilizzare in chiave preventivo-dissuasiva lo strumento più invasivo per la libertà degli individui (la reclusione) soltanto per i casi di maggiore gravità.

La valutazione in punto di sussidiarietà – di cui si ha traccia nel considerando n. 25 – appare pienamente condivisibile, se sol si considera che sovente i delitti di *market abuse* hanno una matrice transnazionale o, in ogni caso, sono capaci di incidere in misura sensibile sul mercato unico⁴⁶: basti pensare alla già menzionata vicenda Libor-Euribor, per cui una condotta manipolatoria originata nel Regno Unito (anche se poi si è accertato il concorso di operatori finanziari sul continente) poteva (e potrebbe tuttora), in virtù del diffuso impiego di tale indice in tutto il continente, produrre conseguenze in un ambito geografico esteso. Ecco che, in quest’ottica, l’intervento a livello sovranazionale sembra potersi giustificare in quanto al rispetto della sussidiarietà, poiché un fenomeno marcatamente transfrontaliero può senz’altro essere meglio affrontato dalle istituzioni europee piuttosto che dai singoli legislatori.

Sotto questo profilo, deve tuttavia ricordarsi che il Parlamento tedesco, in primo luogo il Bundesrat⁴⁷, con un parere del 16 dicembre 2011 adottato ai sensi del protocollo n. 2 allegato ai trattati, ha censurato la proposta di direttiva, osservando che la Commissione avrebbe omesso di motivare adeguatamente circa l’indispensabilità di adottare norme minime penali per impedire le più gravi forme di abuso di mercato e di indicare quali positive conseguenze potrebbe avere la nuova disciplina in un’ottica preventiva. Come talvolta accaduto, più che censurare il profilo della stretta sussidiarietà, il parere *de quo* sembra essere stato impiegato per criticare l’iniziativa

⁴⁵ FOFFANI L., *Politica criminale europea*, cit., p. 70.

⁴⁶ Per una critica – talvolta con toni piuttosto serrati – rispetto ai principali argomenti proposti dalla Commissione, specie in punto di transnazionalità dei crimini e di esigenza di omogeneità delle discipline, v. FAURE M., LEGER C., *The Directive on Criminal Sanctions*, cit., p. 411 ss.

⁴⁷ Il parere è consultabile in allegato al Comunicato dell’Ufficio per gli affari legali del Parlamento europeo, *Notice to Members* n. 103/2011, 21 dicembre 2011.

legislativa della Commissione e il ricorso, nel caso di specie, all'art. 83, par. 2, TFUE: disposizione rispetto alla quale viene richiamata la pronuncia del Tribunale costituzionale tedesco del 2009⁴⁸. Pochi mesi dopo, anche il Bundestag ha espresso censure analoghe a quelle sollevate dal Bundesrat⁴⁹.

Al contrario, il Parlamento italiano ha osservato, in termini esattamente antitetici, che la proposta della Commissione rispondeva all'esigenza di contrastare un fenomeno marcatamente transfrontaliero e, di conseguenza, una forma di ravvicinamento a livello europeo doveva ritenersi indispensabile, perciò conforme al principio di sussidiarietà⁵⁰.

Nonostante il parere contrario del Parlamento tedesco, la MAD è stata adottata – pur all'esito di alcune modifiche di contenuto proposte dalla stessa Commissione, proprio dettate dall'emersione degli scandali finanziari emersi tra 2011 e 2012 – sulla base dell'art. 83, par. 2, TFUE, senza che l'esattezza della base giuridica o l'incompatibilità con i presupposti richiesti da tale disposizione siano stati censurati attraverso ricorsi *ex art.* 263 TFUE.

Su altri e diversi profili si sono invece appuntate alcune critiche pervenute dal Comitato economico e sociale europeo (CESE)⁵¹: tale organo consultivo, pur dichiarandosi favorevole all'aggiornamento del quadro giuridico-normativo sugli abusi di mercato, ha messo in luce alcuni aspetti problematici quanto al difetto di coordinamento tra MAR e MAD, nonché alcuni *deficit* di chiarezza e tassatività quanto ad alcune definizioni contenute in questi atti. Addirittura, si legge che a causa della mancanza di precisione nella formulazione delle norme, vi sarebbero potenziali profili di frizione con il principio di legalità, tutelato sia dalle carte costituzionali, sia a livello sovranazionale. Peraltro, siccome i precetti penali sono costruiti con ampio rinvio al regolamento, il legislatore nazionale sarebbe deprivato di quella capacità di intervento che potrebbe consentire, a livello interno, di colmare tali lacune attraverso un apparato definitorio reso più preciso⁵².

Infine, uno spunto in chiave critica è stato sollecitato dalla dottrina con riferimento alla scarsa capacità armonizzatrice dell'art. 7 rispetto alle tipologie e al *quantum* di pena irrogabile⁵³. Se la direttiva del 2003 aveva un chiaro punto di debolezza nell'incapacità di ravvicinare le scelte legislative sul rigore sanzionatorio, l'attuale disciplina sembra – pur essendo oggi possibile intervenire anche sul *quantum* e non solo sull'*an* della pena – ancora troppo timida, tanto che autore-

⁴⁸ V. *supra*, Capitolo Terzo, par. 1, nota 33.

⁴⁹ Bundestag, Paper 17/9770, *Recommendation for a resolution and report*, 23 maggio 2012.

⁵⁰ XIV Commissione permanente del Senato, *Osservazioni approvate dalla commissione sugli atti comunitari nn. COM (2011) 651 definitivo e COM (2011) 654 definitivo, sottoposti al parere motivato sulla sussidiarietà*, 20 giugno 2012.

⁵¹ Parere del Comitato economico e sociale europeo, in *GUUE*, 21 giugno 2012, C 181, p. 64.

⁵² *Ivi*, p. 65.

⁵³ BASILE E., *Verso la riforma*, cit., p. 9.

vole dottrina ritiene necessaria «la ricerca di nuovi strumenti tecnici, per evitare che il riconoscimento formale e solenne della competenza penale dell'Unione rischi di diventare una formula vuota, ovvero come una specie di cane che abbaia alla luna, tanto rumoroso e capace di disturbare il quieto sonno della dottrina, quanto incapace di guidare razionalmente il gregge riottoso e testardo dei legislatori nazionali»⁵⁴.

In effetti, la trasposizione della MAD non ha comportato conseguenze di particolare impatto a livello nazionale: sotto il profilo sanzionatorio, la sola Bulgaria è stata chiamata a inserire misure penali e sette Stati membri (tra cui Francia, Belgio e Paesi Bassi) hanno dovuto allinearsi alla previsione della soglia di quattro anni di reclusione fissata dall'art. 7 della direttiva. Per questa ragione, non è mancato chi abbia sottolineato che l'opera armonizzatrice abbia in realtà assunto soltanto un contrassegno simbolico, «with limited effects as far as the sanctions that will be implied in practice on insider trading are concerned»⁵⁵.

La Commissione ha dato conto, nella propria relazione sull'attuazione della MAD diffusa a inizio 2020⁵⁶, che tutti gli Stati membri hanno provveduto all'adeguamento degli edittali secondo gli obblighi imposti e soltanto un Paese – non indicato nella comunicazione – risulta, al momento, ancora non in linea con tali previsioni: pertanto, sotto il profilo dell'armonizzazione sanzionatoria, in tutta l'Unione europea sono a oggi applicate – almeno per i casi gravi – sanzioni di carattere detentivo conformi al *minimum maximum* imposto dalla direttiva.

2.4. Il rapporto tra le sanzioni penali e quelle amministrative-punitive nel corpo normativo europeo.

La sinottica lettura di regolamento e direttiva disvela l'esistenza di un complesso apparato sanzionatorio, efficacemente descritto come «un reticolo di misure punitive penali e amministrative»⁵⁷: occorre dunque indagare quali siano i rapporti tra tali strumenti di contrasto degli abusi di mercato.

Sullo sfondo di questa analisi si staglia il consueto *punctum crucis* relativo al rapporto tra sanzione penale e amministrativa, non soltanto nell'ottica di sceverare l'una dall'altra⁵⁸, ma anche con riguardo al delicato interrogativo quanto alla preferenza per la prima o per la seconda come migliore strumento per contrastare fenomeni illeciti⁵⁹. Il tema è stato oggetto di ampia analisi,

⁵⁴ FOFFANI L., *Politica criminale europea*, cit., p. 71.

⁵⁵ FAURE M., LEGER C., *The Directive on Criminal Sanctions*, cit., p. 419.

⁵⁶ Comunicazione della Commissione COM(2020) 99 def., 13 marzo 2020, p. 10.

⁵⁷ BASILE E., *Verso la riforma*, cit., p. 8.

⁵⁸ Su questi profili, v. *supra*, Capitolo Secondo, par. 5.

⁵⁹ FAURE M., LEGER C., *The Directive on Criminal Sanctions*, cit., p. 400, suggerisce di rafforzare il sistema di *private enforcement*, introducendo forme di condanna al pagamento di danni punitivi e ammettendo strumenti come le *class action*.

in Italia come all'estero⁶⁰, quanto alla criminalità economica: se da un lato la soluzione amministrativa porta con sé innegabili vantaggi – in primo luogo, l'attribuzione di poteri sanzionatori alle autorità indipendenti, le quali godono di competenze tecniche tali da assicurare una migliore percezione e persecuzione degli illeciti, nonché la maggiore rapidità di tali procedimenti –, dall'altro lato è innegabile l'emersione dell'esigenza di annoverare i comportamenti di *market abuse* tra quelli che offendono valori meritevoli di tutela penale⁶¹.

In una recente analisi svolta proprio su questo specifico punto e condotta con particolare riferimento ai costi (economici e sociali) delle scelte sanzionatorie in tema di abusi di mercato, è stato suggerito che «the use of the most severe sanctions through criminal law is desirable to effectuate deterrence when the gain or the harm is very high»⁶²: al contrario, ove si tratti di condotte di carattere meno offensivo, il ricorso a misure amministrative (pecuniarie e non, come le interdittive) si rivela preferibile, in ragione della minore onerosità per le autorità statali. Per le categorie di soggetti autori di *insider trading* o manipolazione, provvedimenti che comportano l'incapacità di svolgere attività finanziaria per un certo tempo, abbinati al pagamento di ammende e all'eventuale sterilizzazione dei profitti accertati, potrebbero rivelarsi più che sufficienti per garantire un adeguato *enforcement* dei divieti imposti dalla legge.

Se si pone l'attenzione sullo scenario che emerge dalla lettura degli atti europei adottati nel 2014, ciò che si apprende *ictu oculi* è l'esistenza «di un sistema unitario, improntato a una sorta di gradualismo»⁶³ nel quale le sanzioni più rigorose sono abbinate ai fatti connotati da maggiore offensività – e di cui si occupa la direttiva – e quelle meno severe corrispondono alle condotte che, per quanto illecite, possono essere contrastate senza ricorrere al *ius criminale*, sebbene le misure possano poi essere qualificate, alla stregua degli indici *Engel*, come di fatto penali.

Di conseguenza, si tratta di un impianto che non si connota per la duplicazione della risposta sanzionatoria – com'è previsto, oggi come in passato, dal legislatore italiano⁶⁴ –, ma che

⁶⁰ SEMINARA S., *L'evoluzione europea del diritto penale*, cit., p. 233 ss. e *ivi* riferimenti alla dottrina straniera, specie di lingua tedesca.

⁶¹ *Ivi*, p. 237.

⁶² FAURE M., LEGER C., *The Directive on Criminal Sanctions*, cit., p. 405.

⁶³ MUCCIARELLI F., *La nuova disciplina eurounitaria*, cit., p. 303.

⁶⁴ Proprio per questa peculiarità del sistema italiano, che, sin dalla legge di recepimento della direttiva 2003/6/CE (legge 18 aprile 2005, n. 62), alla sanzione amministrativa irrogata dalla Consob accompagna la previsione della responsabilità penale, si è sviluppato quel filone di pronunce delle Corti europee – Corte EDU dapprima, Corte di giustizia poi – che, pur non avendo dichiarato la radicale inammissibilità della coesistenza delle sanzioni, ha inteso limitarne la convergenza per i soli casi che assicurino il rispetto di fondamentali requisiti: sul punto, v. *supra*, Capitolo Secondo, par. 6 e dottrina *ivi* citata. Le due sentenze con cui la Corte di giustizia ha specificato i limiti entro cui la duplicità di misure (penale e amministrativo-punitiva) è possibile nascevano proprio da vicende italiane: si tratta di Corte giust., sent. 20 marzo 2018, causa C-537/16, *Garlsson*, ECLI:EU:C:2018:193 (in tema di manipolazione del mercato) e sent. 20 marzo 2018, causa C-596/16, *Di Puma*, ECLI:EU:C:2018:192 (quest'ultima invece relativa all'*insider trading*).

intende modulare la reazione in base alla carica offensiva delle condotte. Secondo quanto indicato dal considerando n. 23 della MAD, spetta ai legislatori nazionali coordinare, in sede di trasposizione della direttiva, le proprie norme interne in modo tale che non vi sia una violazione del divieto di *bis in idem*⁶⁵. In questo modo, il sistema sanzionatorio delineato a livello sovranazionale sembrerebbe coerente tanto con il principio di *extrema ratio* – soltanto in casi di gravità si ricorre alla detenzione – quanto con quello di proporzionalità, in virtù della scelta, per fatti di minore offensività, di misure meno afflittive⁶⁶. Resta poi libera scelta del legislatore nazionale, alla luce di quanto indicato dall'art. 30, par. 1, co. 2, MAR, continuare a punire attraverso misure penali illecite altrimenti delineati dal regolamento, assoggettabili – secondo il paradigma europeo – solo a strumenti amministrativi.

La lettura degli artt. 3-6 della direttiva consente di apprendere il duplice elemento discrezionale che consente di selezionare i comportamenti meritevoli di sanzione penale: la gravità e la realizzazione dolosa.

Muovendo – per semplicità di trattazione – dal secondo dei parametri, è evidente che questo avrebbe una reale funzione discrezionale soltanto se gli illeciti amministrativi avessero una matrice meramente colposa e quelli penali, invece, fossero configurabili solo se intenzionali. Siccome, tuttavia, gli Stati membri possono stabilire come reato anche condotte colpose (considerando n. 21) e, inoltre, le violazioni elencate dal MAR sono punite indipendentemente dal coefficiente soggettivo, si tratta di un elemento non capace di un'opera selettiva netta⁶⁷.

Se, invece, si considera la gravità dell'illecito come *discrimen*, è più facile pensare di sceverare le due macrocategorie di illecito: si tratta del «canone d'elezione»⁶⁸ per distinguere le fattispecie per cui vi è obbligo di incriminazione da quelle per cui è sufficiente un intervento meno rigoroso.

Posto che il requisito della gravità si connota per essere una clausola elastica – e soprattutto riferibile a una pluralità di elementi (basti pensare al danno economico inflitto ai terzi o all'utilità ritratta dal soggetto attivo) – occorre verificare se, nel *corpus* normativo adottato nel 2014, vi siano parametri utili a percepire, con maggiore chiarezza, quando un illecito sia, secondo la *voluntas legis*, «grave».

Com'è stato osservato, l'aggettivazione indicata viene riferita, all'interno della MAD, a una pluralità di nozioni (la condotta, l'illecito, il danno) tanto da far dubitare del corretto impiego della terminologia che, in enunciati normativi (specie penali), dovrebbe essere connotato da massima precisione⁶⁹.

⁶⁵ FOFFANI L., *Politica criminale europea*, cit., p. 71.

⁶⁶ CERIZZA M., *The New Market Abuse Directive*, cit., p. 87.

⁶⁷ MUCCIARELLI F., *La nuova disciplina eurounitaria*, cit., p. 317-318.

⁶⁸ *Ivi*, p. 317.

⁶⁹ *Ivi*, p. 309.

Nell'articolato della MAD, del resto, non vi è – né nell'apparato definitorio posto in esordio, né nella definizione degli elementi costitutivi delle fattispecie – alcun riferimento univoco; anzi, i considerando nn. 11 e 12 (l'uno relativo all'*insider trading*, l'altro alla manipolazione) sembrano a loro volta forieri di eccessiva ampiezza, in quanto indicano come gravi quei comportamenti che abbiano grande impatto sull'integrità dei mercati, che consentano di ritrarre elevati profitti (effettivi o potenziali), che permettano di ridurre le perdite, ovvero che conducano a una significativa alterazione dei valori degli strumenti finanziari. Altre ipotesi di gravità sarebbero correlate alla qualifica dell'autore del fatto, in quanto recidivo o partecipe di un sodalizio criminale (considerando n. 11) ovvero perché impiegato nel settore finanziario o presso un'autorità pubblica di vigilanza (considerando n. 12).

Si tratta, già a una prima lettura, di elementi discretivi eterogenei e, soprattutto, non univoci, in quanto lasciano libertà al legislatore nazionale di determinare, in concreto, quali siano le fattispecie gravi e quali, invece, tali non siano⁷⁰.

Inoltre, se si inserisse nella formulazione dei tipi penali un riferimento ai danni, ai profitti, alle minori perdite, deriverebbe la necessità di provare – secondo lo schema del reato d'evento – la consequenzialità logico-fattuale tra la condotta e l'evento naturalistico, così alterando la struttura tipica dei delitti di abuso di mercato come fattispecie di pericolo⁷¹.

Infine, si pone un'altra – e fondamentale – *questio*: il requisito della gravità potrebbe riferirsi tanto alla fattispecie in astratto, quanto al fatto concreto. Al fine di rispettare il principio di legalità, *sub specie* di prevedibilità della sanzione (nell'*an* e nel *quantum*), sarebbe preferibile la prima delle opzioni: dovrebbe, cioè, essere il legislatore a costruire gli illeciti in modo tale che la distinzione emerga già dagli enunciati normativi, senza che sia rimesso alla singola autorità – giudiziaria o amministrativa – decidere caso per caso quale sia il coefficiente di gravità.

Al contrario, la Commissione parrebbe orientata per questa seconda modalità⁷², ma – così facendo – vi sarebbe l'evidente rischio di non comprendere non solo quali siano le sanzioni applicabili, ma nemmeno quale sia l'autorità competente all'irrogazione delle misure, in quanto quelle amministrative vengono applicate dall'organo di vigilanza (Consob in Italia), quelle penali, invece, dal giudice ordinario.

La problematicità di questo nodo è sottolineata anche nella relazione della Commissione del 2020: ivi si rileva che «[l]a direttiva contiene indicazioni non esaustive su quali casi debbano

⁷⁰ Quest'approccio pare perfettamente in linea con quello poi emerso nel documento del Consiglio *Il futuro del diritto penale sostanziale dell'UE*, cit., ove – a p. 8 – si legge che le nozioni di gravità o minore entità non esigono una definizione comune, ma anzi è opportuno che sia lasciato al legislatore un margine di flessibilità.

⁷¹ MUCCIARELLI F., *La nuova disciplina eurounitaria*, cit., p. 320.

⁷² In COM(2020) 99, cit., p. 9 si legge che «tali criteri potrebbero essere utilizzati in singoli casi per determinare se un caso concreto costituisca o meno un caso "grave"».

essere considerati "gravi"» e, inoltre, che a causa della natura non vincolante dei considerando iniziali, numerosi Stati membri hanno tenuto conto soltanto di alcuni dei criteri enunciati⁷³. L'istituzione ha quindi colto quella lacuna definitoria che già nel corso dei negoziati era stata evidenziata da attenta dottrina, che sottolineava che «the common definitions of the substantive and procedural norms that define 'the rules of the game' and, thereby, the operational reach of the national authorities still show discrepancies. That means that one can only wait for situations where diverging interpretations of rules hamper the underlying goal of a level playing field»⁷⁴.

Di conseguenza, la persistenza di un margine di marcata discrezionalità per i legislatori – non vincolati a una definizione di gravità e abilitati a declinare la risposta sanzionatoria soltanto entro i limiti delineati da MAR (per le misure amministrative) e da MAD (per quelle penali) – potrebbe di fatto tradursi nell'incapacità del *corpus* normativo di assicurare il (pieno) raggiungimento di quegli stessi obiettivi che avevano costituito uno stimolo a innovare il tessuto disciplinare previgente.

2.5. Il potenziale contrasto tra effettività e diritti dell'individuo: la sanzione per la violazione degli obblighi di collaborazione.

In tempi recentissimi, la Corte di giustizia è stata chiamata a pronunciarsi su una *quaestio* di spiccato interesse e che è emersa proprio nel contesto degli strumenti di contrasto degli illeciti di mercato: ancora una volta, riecheggia la tensione tra esigenze di effettivo *enforcement* della disciplina di origine europea e la tutela di valori costituzionali irrinunciabili⁷⁵.

La Corte costituzionale italiana – adita a propria volta dalla Suprema Corte di Cassazione – ha effettuato un rinvio pregiudiziale *ex art. 267 TFUE*, attraverso il quale il giudice del Kirchberg è stato sollecitato a pronunciarsi sulla compatibilità di una disciplina nazionale che sanziona l'omessa collaborazione con la Consob da parte del soggetto che è dall'autorità sottoposto a procedimento e il diritto al silenzio, sancito tanto dalla Costituzione italiana, quanto dalla CdfUE.

La disposizione nazionale controversa – ovvero l'art. 187-*quinquiesdecies* TUF – prevede infatti una sanzione amministrativa pecuniaria assai severa (in sostanza punitiva, ai sensi dei criteri

⁷³ *Ibidem*.

⁷⁴ LUCHTMAN M., VERVAELE J., *Enforcing the Market Abuse: Towards an Integrated Model of Criminal and Administrative Law Enforcement in the European Union*, in NJECL, p. 192, spec. p. 219.

⁷⁵ Si tratta di Corte cost., ord. 10 maggio 2019, n. 117, ECLI:IT:COST:2019:117: quarto rinvio, in ordine storico, da parte della Consulta lussemburghese, ma prima circostanza in cui si tratta di una questione pregiudiziale di validità. Per i profili che qui interessano – e dunque svincolati dal solo tema della c.d. doppia pregiudizialità – v. CANESCHI G., *Nemo tenetur se detegere anche nei procedimenti amministrativi sanzionatori? La parola alla Corte di giustizia*, in *Cass. pen.*, 2020, p. 579; FARES G., *Diritto al silenzio, soluzioni interpretative e controlimiti: la Corte costituzionale chiama in causa la Corte di giustizia*, in *Dirittifondamentali.it*, 1/2020, p. 57; OTTAVIANO I., *Rapporto tra sanzioni amministrative "punitiva" e diritto al silenzio: questioni correlate alla doppia pregiudiziale*, in AA.VV., *Temi e questioni di diritto dell'Unione europea*, cit., p. 121.

Engel) per chiunque non ottemperi alle richieste dell'autorità di vigilanza ai fini dell'espletamento delle relative funzioni, ovvero ne ritardi l'esercizio. Questa norma – applicabile alle persone fisiche che, dinanzi ai funzionari Consob, omettano di rispondere ai quesiti loro posti o non si presentino per le audizioni – rinviene la propria *ratio essendi* nell'art. 14, par. 3, direttiva 2003/6/CE, il cui contenuto è sostanzialmente replicato dall'attuale art. 30, par. 1, lett. b), regolamento (UE) n. 596/2014.

La vicenda⁷⁶ da cui ha tratto origine il rinvio pregiudiziale – e prima ancora ha dato luogo alla questione di legittimità costituzionale⁷⁷ – concerneva il ricorso di un soggetto avverso una decisione della Consob, con cui l'autorità aveva irrogato severe sanzioni amministrative per un fatto di *insider trading*; tra queste, una puniva anche il rifiuto, da parte del ricorrente, di rispondere alle domande rivoltegli una volta convocato dinanzi alla Consob, nonché il ritardo con cui questi si era presentato dinanzi all'autorità: condotte ritenute punibili *ex art. 187-quinquiesdecies* TUF⁷⁸.

La Corte di Cassazione, accogliendo le istanze della difesa del ricorrente, ha ritenuto che le sanzioni previste dal TUF potessero porsi in contrasto con alcune previsioni della Carta costituzionale, segnatamente gli artt. 3, 24, 111 e 117 Cost. (quest'ultimo parametro con riferimento agli artt. 6 CEDU e 47 CdfUE): nello specifico, il Supremo Collegio si è diffusamente soffermato sulla compatibilità tra la tutela di un fondamentale diritto in materia penale – ovvero il *nemo tenetur se detegere* – e l'esigenza di dotare le autorità di vigilanza di poteri idonei ad assicurare massima efficacia alla loro azione, ivi includendo la possibilità di sanzionare chiunque ritardi o intralci l'attività dell'amministrazione deputata al controllo.

Il collegio giudicante si era trovato d'innanzi al “bivio” che ogni questione di c.d. “doppia pregiudizialità” implica⁷⁹, ovvero la possibilità di sollecitare un intervento della Corte di giustizia in via interpretativa (se non quella di disapplicare immediatamente la disposizione ritenuta contrastante con il diritto dell'Unione europea) o di rivolgersi alla Consulta, in virtù del fatto che la disposizione censurata pare poter collidere con un diritto protetto tanto dalla Costituzione,

⁷⁶ Cass., Sez. II civ., ord. 13 aprile 2017 (dep. 16 febbraio 2018), n. 3831, in *DeJure*. La pronuncia è nota anche come “ordinanza Bolognesi”, dal nome del soggetto sottoposto al procedimento Consob e successivamente ricorrente avverso il provvedimento amministrativo sanzionatorio. Sull'ordinanza, v., per un approfondimento in chiave penalistica, GATTA G.L., “Nemo tenetur se detegere” e *procedimento amministrativo davanti alla Consob per l'accertamento dell'abuso di informazioni privilegiate: la Cassazione solleva questione di legittimità costituzionale dell'art. 187-quinquiesdecies T.U.F.*, in DPC, 4/2018, p. 156.

⁷⁷ La questione di legittimità è stata formulata anche con riferimento all'art. 187-*sexies* TUF; sul punto, però, la Corte costituzionale si è pronunciata – dichiarando l'illegittimità costituzionale di tale disposizione, tanto nella versione preesistente, quanto in quella vigente – con sent. 10 maggio 2019, n. 112, ECLI:IT:COST:2019:112. La censura, in quel caso, concerneva l'oggetto della confisca.

⁷⁸ L'art. 187-*quinquiesdecies* TUF, nella versione applicabile *ratione temporis*, prevedeva una sanzione amministrativa pecuniaria tra diecimila e duecentomila euro per chiunque non ottemperasse alle richieste della Consob o ne ritardasse l'attività.

⁷⁹ Il tema è stato oggetto di ampia e diffusa analisi. V., per tutti (e con *ivi* ampi riferimenti bibliografici), AMALFITANO C., *Il rapporto tra rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia e rimessione alla Consulta e tra disapplicazione e rimessione alla luce della giurisprudenza “comunitaria” e costituzionale*, in *Rivista AIC*, 1/2020, p. 296.

quanto dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: il sentiero *ab origine* prescelto dal rimettente ha condotto a Roma⁸⁰, anche se poi è stato lo stesso giudice delle leggi a invocare l'intervento della Corte lussemburghese.

La Consulta ha rilevato che – per giurisprudenza assolutamente costante – il diritto al silenzio, pur non apertamente sancito dalla Carta costituzionale, trova il proprio fondamento nell'art. 24 Cost., disposizione cui si riconosce appartenenza al novero dei diritti inalienabili dell'individuo⁸¹. In virtù del fatto che la tutela del *nemo tenetur se detegere* si deve estendere anche alle sanzioni amministrative punitive secondo i criteri *Engel*⁸², deve di conseguenza ritenersi che qualunque soggetto, sottoposto a un procedimento amministrativo dinanzi alla Consob, dovrebbe potersi rifiutare di prestare la propria collaborazione e, a maggior ragione, non dovrebbe essere in alcun modo sanzionabile nel caso in cui non lo facesse.

Il giudice delle leggi ha sottolineato che la giurisprudenza della Corte di giustizia, elaborata nel contesto degli illeciti *antitrust* e agli obblighi di cooperazione delle imprese con la Commissione, potrebbe non essere del tutto conciliabile con il carattere punitivo delle sanzioni previste dal legislatore italiano in ossequio alla disciplina europea del *market abuse*: infatti, la Corte lussemburghese ha stabilito la legittimità delle norme che impongono doveri di collaborazione, entro il solo limite di non poter «imporre all'impresa l'obbligo di fornire risposte attraverso le quali questa sarebbe indotta ad ammettere l'esistenza della trasgressione, che deve invece essere provata dalla Commissione»⁸³. Al contrario, la Corte Edu è sempre porsa ben più propensa a estendere la tutela convenzionale offerta dall'art. 6 CEDU – nel cui ampio spettro applicativo si instaura il principio del *nemo tenetur se ipsum accusare* – anche ai procedimenti che, pur non formalmente penali, si concludono con la potenziale irrogazione di sanzioni punitive in ossequio ai criteri *Engel*⁸⁴.

Di conseguenza, la Corte costituzionale – dopo aver rilevato la persistenza dell'obbligo di sanzionare l'omessa collaborazione con l'autorità amministrativa anche alla luce degli artt. 30 e 23 MAR – ha ritenuto di formulare al giudice del Kirchberg un duplice quesito.

⁸⁰ Sul punto, v. diffusamente il pt. 11.3.6.7 dell'ordinanza 3831/2018 cit.

⁸¹ Da ultimo, Corte cost., sent. 22 ottobre 2014, n. 238, ECLI:IT:COST:2014:238.

⁸² Si tratta di una tendenza ormai costante nella giurisprudenza costituzionale, secondo cui le garanzie previste per l'applicazione delle sanzioni penali devono ritenersi estensibili anche ai procedimenti di carattere “sostanzialmente punitivo”: v., da ultimo, Corte cost., sent. 21 marzo 2019, n. 63 ECLI:IT:COST:2019:63 e 25 ottobre 2018, n. 223, ECLI:IT:COST:2018:223.

⁸³ Corte giust., sent. 18 ottobre 1989, causa C-374/87, *Orkem*, ECLI:EU:C:1989:387, pt. 35; sent. 29 giugno 2006, causa C-301/04 P, *SGL Carbon AG*, ECLI:EU:C:2006:432, pt. 42.

⁸⁴ Corte Edu, sent. 4 ottobre 2005, ric. 6563/03, *Shannon c. Regno Unito*, in *echr.coe.int*, pt. 38; 5 aprile 2012, ric. 11663/04, *Chambaz c. Svizzera*, in *echr.coe.int*, pt. 50-58. Per una ricostruzione della giurisprudenza della Corte Edu in materia e un confronto con quella della Corte di giustizia, v. MANES V., CAIANIELLO M., *Introduzione al diritto penale europeo*, Torino, 2020, p. 251.

Il primo ha carattere interpretativo. Si domanda, infatti, di dichiarare se gli artt. 14, par. 3, direttiva 2003/6/CE e 30, regolamento (UE) n. 596/2014 debbano interpretarsi nel senso che sia consentito agli Stati membri di «non sanzionare chi si rifiuti di rispondere a domande dell'autorità competente dalle quali possa emergere la propria responsabilità per un illecito punito con sanzioni amministrative di natura “punitiva”»: se così fosse, la declaratoria di illegittimità sarebbe possibile senza alcuna violazione degli obblighi derivanti dal diritto dell'Unione europea.

Il secondo quesito, subordinato al primo, sollecita invece un vaglio sulla validità dei due atti appena citati: gli obblighi sanzionatori censurati potrebbero infatti essere incompatibili con gli artt. 47 e 48 CdfUE, interpretati alla luce della giurisprudenza di Strasburgo e delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri.

In attesa che la Corte di giustizia si pronunci sulla (delicata) questione, l'avvocato generale Pikamäe ha formulato le proprie conclusioni⁸⁵, proponendo al giudice del Kirchberg di rispondere ai quesiti della Consulta nel senso che né la direttiva 2003/6/CE, né il MAR impongono agli Stati membri di sanzionare chi si rifiuti, dinanzi all'autorità amministrativa, di rispondere a domande che potrebbero far emergere la responsabilità dei soggetti sottoposti ad audizione.

Nello specifico, la portata dello *ius tacendi* viene ricostruita dall'avvocato generale con riguardo non tanto alla giurisprudenza della Corte di giustizia in materia *antitrust* – in quanto tali pronunce si riferiscono alle persone giuridiche, non agli individui⁸⁶ –, bensì alle sentenze della Corte Edu, che più volte si è soffermata sull'ampiezza da riconoscere al *nemo tenetur se detegere* nell'ambito di procedimenti che conducono all'irrogazione di sanzioni para-penali.

Alla luce di quanto da ultimo ha stabilito il giudice di Strasburgo nella sentenza *Corbet c. Francia*⁸⁷ – pronuncia cui l'avvocato generale si intende riferire per illustrare l'estensione del diritto al silenzio –, lo *ius tacendi* non vieta, *ex se*, l'utilizzo di elementi probatori ottenuti attraverso strumenti coercitivi. La garanzia in esame intende evitare che delle dichiarazioni rese o dei documenti offerti dinanzi all'autorità competente si faccia un utilizzo tale da condurre alla condanna dell'interessato⁸⁸. Di conseguenza, se questa è l'estensione da attribuire al diritto al silenzio – che, per mezzo dell'art. 52, par. 3, CdfUE, filtra anche nell'ordinamento dell'Unione europea –, diventa possibile, ad avviso dell'avvocato generale, interpretare le disposizioni controverse in modo conforme allo *ius tacendi*, escludendo altresì ogni dubbio circa la validità della direttiva 2003/6/CE e del MAR. Anche per la Corte costituzionale sarebbe possibile superare – attra-

⁸⁵ Conclusioni dell'avvocato generale Pikamäe, 27 ottobre 2020, causa C-481/19, ECLI:EU:C:2020:861.

⁸⁶ *Ivi*, pt. 96.

⁸⁷ Corte Edu, sent. 19 marzo 2015, ric. 7494/11, 7493/11 e 7989/11, *Corbet e a. c. Francia*.

⁸⁸ *Ivi*, pt. 34.

verso un'attenta opera esegetica volta a espungere dall'ambito applicativo delle norme sanzionatorie le condotte che si traducano in una autoincriminazione –, la potenziale frizione tra l'art. 187-*quinquiesdecies* TUF e l'art. 24 Cost.

3. La direttiva PIF del 2017.

Nel luglio 2017, all'esito di una travagliata genesi – in cui si è frapposto anche il noto *affaire Taricco* –, il legislatore europeo ha adottato, sulla base dell'art. 83, par. 2, TFUE una direttiva contenente forme di armonizzazione dei reati e delle sanzioni rispetto alle condotte lesive degli interessi finanziari dell'Unione. Si tratta, come si è già fatto cenno, di un settore in cui nel corso del tempo è stato variamente prospettato il ricorso a strumenti punitivi omogenei sul territorio europeo e per il quale, a partire dalla fine del 2020, dovrebbe registrarsi un'evoluzione fondamentale: l'inizio dell'attività della Procura europea.

Per comprendere le difficoltà che hanno segnato il percorso di adozione della direttiva PIF, i contenuti della stessa e il contributo che tale atto potrà offrire al contrasto delle frodi, è necessaria una breve indagine storica sulle competenze dell'Unione europea in materia.

3.1. Origine ed evoluzione degli strumenti di tutela degli interessi finanziari dell'Unione europea.

Il settore della tutela dei propri interessi finanziari ha sempre goduto di un particolare riguardo da parte dell'Unione (e, prima, delle Comunità): per ciascun ordinamento, la tutela del proprio *budget* risulta essenziale, affinché le proprie politiche possano essere realizzate, obiettivo cui è impossibile pervenire in assenza di risorse quantitativamente idonee⁸⁹.

La *quaestio* circa la protezione degli interessi finanziari delle Comunità europee si è manifestata per la prima volta negli anni Settanta, quando il sistema dei contributi finanziari elargiti dagli Stati membri fu sostituito da un meccanismo di attribuzione di risorse direttamente corrisposte alla (allora) CEE⁹⁰. Da questa radicale mutazione, risalente al 1971, è scaturita l'importante conseguenza per cui ogni aggressione del patrimonio europeo coinvolge direttamente, come soggetto passivo, la Comunità, e non più i singoli Stati membri: ma, com'è noto, pur essendo entrato in vigore un meccanismo di questa tipologia, non si è prevista, a livello sovranazionale, la possibilità di reprimere ogni condotta lesiva degli interessi europei, ma è rimasta

⁸⁹ VENEGONI A., *Dalla convenzione PIF alla proposta di direttiva per la tutela degli interessi finanziari della UE attraverso il diritto penale*, in CAMALDO L. (a cura di), *L'istituzione del Procuratore europeo*, cit., p. 35.

⁹⁰ Regolamento (CEE) 2/71, in *GUCE*, 5 gennaio 1971, L. 3, p. 1, il quale prevede all'applicazione della decisione del 21 aprile 1970 (in *GUCE*, 28 aprile 1970, L. 94, p. 19) sulla sostituzione dei contributi finanziari degli Stati membri con risorse proprie della comunità.

prerogativa degli Stati membri la fissazione dei precetti sanzionatori nonché la loro applicazione in materia⁹¹. Sul punto, è doveroso ricordare che autorevole dottrina, già dalla fine degli anni Sessanta, avesse rilevato un *deficit* di tutela in relazione alla protezione degli interessi comunitari: si trattava infatti di beni giuridici meritevoli di protezione, al pari di quanto accade, all'interno di ogni Stato membro, per le condotte fraudolente o lesive rispetto alle finanze pubbliche⁹². Proprio al fine di colmare questa lacuna era stata adottata una bozza di trattato, nel 1976, relativa alla protezione penale degli interessi finanziari della Comunità⁹³: nel protocollo allegato al progetto, gli artt. 14 e 15 avrebbero previsto un obbligo per gli Stati membri di rendere applicabili alle condotte lesive delle risorse europee i precetti penali relativi alle azioni e omissioni riguardanti i medesimi beni giuridici nazionali. La proposta del 1976 avrebbe introdotto *ante tempus* il principio di assimilazione, poi affermato dalla sentenza *Mais greco*⁹⁴.

Per molteplici ragioni – tra cui l'assenza di una politica antifrode condivisa e le differenze incisive tra le legislazioni dei Paesi della Comunità⁹⁵ – la richiesta di un significativo intervento nel settore della tutela degli interessi finanziari è andata progressivamente rafforzandosi e ha trovato manifestazione in un'innovativa proposta avanzata dalla Commissione nella primavera del 1987. Si era proposta, in particolare, la creazione di *flying squads* dotate di poteri investigativi all'interno degli Stati membri: proprio per questi aspetti, fortemente innovativi, tali misure (ed altre indicate nella proposta medesima) non furono adottate⁹⁶.

L'obbligo di tutelare gli interessi finanziari europei è stato formalizzato dalla Corte di giustizia nella già citata sentenza *Mais greco*, in cui si è affermato che il compito degli Stati membri di sanzionare le condotte lesive del bilancio europeo dovesse trovare fondamento nel principio di leale cooperazione e declinarsi secondo i canoni dell'adeguatezza e dell'assimilazione⁹⁷.

Soltanto con il trattato di Maastricht, la cui adozione segue di poco tempo la cruciale pronuncia del giudice lussemburghese di cui si è detto, si è registrata una significativa novità quanto alla tutela degli interessi finanziari, per mezzo dell'adozione dell'art. 209 A TCE, in forza del quale gli Stati membri sono stati tenuti a impiegare, nella repressione delle frodi commesse a danno del *budget* comunitario, le stesse misure previste a livello nazionale. Il testo dell'articolo in

⁹¹ MEZZETTI E., *La tutela penale degli interessi*, cit., p. 7.

⁹² BRICOLA F., *Alcune osservazioni in materia*, cit., p. 190; le stesse osservazioni sono state condivise, tempo dopo, da GRASSO G., *Comunità europee*, cit., p. 5

⁹³ In *GUCE*, 22 settembre 1976, C 222, p. 2; v. anche le considerazioni, in chiave storico-evolutiva, svolte *supra*, Capitolo Secondo, par. 8.

⁹⁴ Corte giust., sent. *Mais greco*, cit.: su questi aspetti v. *supra*, Capitolo Secondo, par. 7.1.

⁹⁵ BACIGALUPO E., *La tutela degli interessi finanziari della Comunità: progressi e lacune*, in GRASSO G. (a cura di), *La lotta contro la frode agli interessi finanziari della Comunità europea tra prevenzione e repressione*, Milano, 2000, p. 13, spec. p. 15; GRASSO G., *Comunità europee*, cit., p. 168.

⁹⁶ Comunicazione della Commissione, COM (87) 572 def., 20 novembre 1987, in particolare il par. 17.

⁹⁷ Cfr. *supra*, Capitolo Secondo, par. 7 per ogni ulteriore riferimento.

esame, pur riprendendo il principio espresso dalla giurisprudenza appena menzionata, ha tuttavia omesso di menzionare lo *standard* generale di tutela elaborato dalla Corte, ovvero sia che le sanzioni dovessero essere «effettive, proporzionate e dissuasive».

Nell'ambito della tutela del bilancio comunitario, il 1995 ha rappresentato sicuramente un anno di fondamentale rilievo, in virtù dell'adozione di due atti di portata notevole: nel luglio, il Consiglio, sulla base dell'allora vigente art. K TUE, ha adottato un atto contenente la proposta di Convenzione relativa alla protezione degli interessi finanziari delle Comunità europee, poi nota come Convenzione PIF⁹⁸; nel successivo mese di dicembre, invece, sulla base dell'art. 235 TCE (odierno art. 352 TFUE, c.d. clausola di flessibilità⁹⁹) ha adottato il regolamento (CE, EURATOM) n. 2988/95¹⁰⁰, con cui si stabiliva un sistema di controlli e sanzioni amministrative a presidio delle finanze comunitarie.

Tali atti hanno costituito l'esito di uno studio comparato sulla tutela degli interessi finanziari della Comunità, affidato dalla Commissione ad un gruppo di esperti nel settore¹⁰¹ e muovevano dell'esigenza di contrastare in modo efficace le condotte fraudolente a danno del bilancio europeo, sempre più articolate e complesse (anche su scala transnazionale), ormai pari – per volume – a circa un decimo del *budget* comunitario stesso¹⁰².

Per quanto concerne la Convenzione PIF, era stata adottata al precipuo scopo di contrastare le frodi, specie quelle esito di attività criminose transnazionali, anche a mezzo di azioni penali¹⁰³.

La convenzione si apre con una dettagliata descrizione delle condotte e delle omissioni che costituiscono frode nei confronti del bilancio comunitario (art. 1)¹⁰⁴; ad essa segue, all'art. 2, la previsione esplicita per cui, almeno nei casi di frode grave (quelle il cui ammontare superi, nel

⁹⁸ Atto del Consiglio del 26 luglio 1995, che stabilisce la convenzione relativa alla protezione degli interessi finanziari delle Comunità europee, in *GUCE*, 27 novembre 1995, C 316, p. 48.

⁹⁹ Sulla scelta della base giuridica, v. nello specifico SICURELLA R., *Diritto penale e competenze*, cit., p. 171.

¹⁰⁰ Su cui v. *supra*, Capitolo Secondo, par. 5.1.

¹⁰¹ Relazione finale a cura di DELMAS-MARTY M., pubblicata in *Seminario sulla tutela giuridica degli interessi finanziari della Comunità: problemi progressi e prospettive successive al seminario di Bruxelles del 1989*, 1993; sull'attività del gruppo di esperti che aveva provveduto alla redazione del documento, v. anche BACIGALUPO E., *La tutela degli interessi finanziari della Comunità*, cit., p. 17.

¹⁰² SCALIA S., *L'applicazione delle sanzioni in materia di frodi comunitarie da parte delle autorità nazionali*, in GRASSO G. (a cura di), *La lotta contro la frode*, cit., p. 65.

¹⁰³ *Ex multis*, SALAZAR L., *Cooperazione giudiziaria e lotta antifrode*, in GRASSO G. (a cura di), *La lotta contro la frode*, cit., p. 325; VENEGONI A., *La protezione degli interessi finanziari dell'Unione europea*, Milano, 2018, spec. p. 59; ID., *La Convenzione PIF e i protocolli alla Convenzione PIF*, in AA.VV., *Diritto penale sostanziale e processuale dell'Unione europea*, Padova, 2011, p. 35, spec. p. 41.

¹⁰⁴ In particolare, l'art. 1, lett. a) prevede che, in materia di spese, sia considerata frode (i) ogni azione o omissione relativa all'impiego o presentazione di dichiarazioni o documenti falsi, inesatti o incompleti cui consegua il percepimento o il trattenimento illecito di fondi provenienti dalla Comunità; (ii) l'omessa comunicazione di informazioni da trasmettere obbligatoriamente, con evento dannoso per il bilancio; (iii) la distrazione per fini contrari a quelli previsti. L'art. 1, lett. b), impone che si considerino fraudolente le condotte analoghe ma in materia di entrate, per cui l'esito sia – anziché di diminuzione ingiusta del *budget* europeo – di omesso incremento.

minimo, i cinquantamila euro), debbano essere previste pene privative della libertà personale. Gli articoli da 4 a 7 della convenzione in parola si soffermano su problemi di carattere processuale, quali il riparto della competenza, l'estradizione, la cooperazione e il principio del *ne bis in idem*. Premesso che criteri di affermazione della competenza giurisdizionale ricalcano i modelli tradizionali propri di ogni sistema penale (criterio di territorialità per chi ha commesso o concorso alla frode o ne ha tratto proventi, criterio di cittadinanza attiva, rinvio alla legislazione dello Stato membro in subordine), l'art. 6 stabiliva che, in caso di frode riguardante almeno due Paesi, questi dovessero collaborare per stabilire dove perseguire l'autore e cooperare in modo effettivo al procedimento avviato nei confronti dello stesso.

Alla convenzione PIF sono stati annessi tre protocolli negli anni immediatamente seguenti. Un primo¹⁰⁵, risalente al 1996, ha definito i reati di corruzione (c.d. attiva e passiva, artt. 2 e 3) dei funzionari comunitari e ha imposto (art. 4) ai Paesi membri l'adozione di misure idonee affinché si estendesse a tali casi la disciplina prevista a livello nazionale per le analoghe condotte. Si tratta, quindi, di un atto che contrasta le forme di *pactum sceleris* tra funzionario ed estraneo in quanto capaci di attentare agli interessi finanziari¹⁰⁶. Nello stesso anno, il secondo protocollo¹⁰⁷ ha accordato agli Stati la facoltà di accettare, con una propria dichiarazione, la competenza interpretativa pregiudiziale della Corte di Lussemburgo quanto al contenuto della Convenzione PIF e dei suoi protocolli. Un terzo, risalente al 1997¹⁰⁸, ha imposto agli Stati la criminalizzazione del riciclaggio dei proventi di frode (art. 2), l'adozione di norme sulla responsabilità da reato delle persone giuridiche (artt. 3-4) nonché la confisca dei proventi da frode (art. 5).

Sebbene la convenzione PIF abbia costituito un decisivo passo in avanti nella strategia di protezione del bilancio comunitario, essa consentiva a ciascun legislatore nazionale la possibilità di stabilire l'entità della pena, con ciò lasciando aperto il problema della evidente sperequazione di trattamento sanzionatorio all'interno dei singoli Stati membri¹⁰⁹.

La convenzione sarebbe entrata in vigore, ai sensi dell'art. 11, novanta giorni dopo la notifica al segretariato del Consiglio dell'espletamento delle procedure di ratifica da parte dell'ultimo Stato membro; l'atto ha perciò iniziato a dispiegare i propri effetti – all'esito della ratifica da parte degli allora quindici Paesi comunitari – soltanto il 17 ottobre 2002¹¹⁰. Il protocollo del 1997

¹⁰⁵ Atto del Consiglio, 27 settembre 1996, in *GUCE*, 23 ottobre 1996, C 313, p. 1.

¹⁰⁶ VENEGONI A., *La protezione degli interessi*, cit., p. 64, ove l'Autore offre l'esempio del funzionario doganale che riceve un'utilità in cambio della mancata riscossione di diritti doganali dovuti per l'importazione delle merci.

¹⁰⁷ Atto del Consiglio, 29 novembre 1996, in *GUCE*, 20 maggio 1997, C 151, p. 1.

¹⁰⁸ Atto del Consiglio, 19 giugno 1997, in *GUCE*, 19 luglio 1997, C 221, p. 11.

¹⁰⁹ BACIGALUPO E., *La tutela degli interessi finanziari*, cit., p. 19.

¹¹⁰ Per una sinossi quanto ai tempi di ratifica, v. la *Proposta di direttiva relativa alla tutela penale degli interessi finanziari della Comunità*, COM(2001) 272 def., 23 maggio 2001, p. 4.

è entrato in vigore ancor più tardi, a causa dei ritardi di Italia¹¹¹, Austria e Lussemburgo: tanto che si è dovuto attendere il 19 maggio 2009 (oltre un decennio).

Proprio per queste lentezze nella ratifica (prima) e nell'applicazione (poi) degli strumenti PIF, la Commissione ha presentato, nel 2001¹¹² (poi modificata definitivamente nel 2002), una proposta di direttiva – avente base giuridica nel nuovo art. 280 TCE – che riprendeva tutte le disposizioni della convenzione e dei suoi protocolli additivi¹¹³: tale strumento avrebbe avuto il vantaggio evidente di far ricorso alle forme di controllo previste dal TCE per vigilare sul corretto recepimento della disciplina europea da parte degli Stati membri¹¹⁴. Tale proposta non ha avuto seguito poiché dal 2002 sono stati depositati tutti gli strumenti di ratifica della convenzione PIF¹¹⁵.

La Commissione ha elaborato, nell'ottobre del 2004¹¹⁶, una relazione in cui è stata valutata l'attuazione, da parte degli Stati membri, della convenzione PIF: sono state rilevate forme di recepimento non uniformi, per cui soltanto pochi dei Paesi risultavano dotati di una legislazione integralmente recettiva degli obblighi assunti. Inoltre, non è mancata una sottolineatura sull'esistenza di «dubbi sul fatto che le sanzioni imposte siano sempre efficaci, proporzionate e dissuasive e dunque conformi ai criteri della Corte di giustizia»¹¹⁷.

Alla prima relazione del 2004 ha fatto seguito un secondo *report*, di quattro anni successivo¹¹⁸, in cui ancora sono state rinnovate le preoccupazioni della Commissione a fronte dei ritardi e delle omissioni degli Stati membri nel provvedere alla trasposizione degli obblighi di penalizzazione formulati dalla convenzione PIF e dai susseguenti protocolli¹¹⁹.

Merita segnalare che, nel periodo compreso tra la fine degli anni Novanta e l'inizio degli anni Duemila, il settore della lotta alle frodi ai danni degli interessi finanziari ha costituito «il campo di elezione per l'analisi e lo studio del diritto penale europeo»¹²⁰: le proposte più note

¹¹¹ In Italia si è infatti dovuta attendere la L. 4 agosto 2008, n. 138.

¹¹² COM(2001) 272, cit., su cui v. MITSILEGAS V., *EU Criminal Law*, cit., p. 68.

¹¹³ Cfr. la tabella di corrispondenza in COM(2001) 272, cit., p. 8 ss.

¹¹⁴ *Proposta modificata di direttiva relativa alla tutela penale degli interessi finanziari della Comunità*, COM(2002) 577 def., 16 ottobre 2002.

¹¹⁵ Per un'analisi del testo proposto, cfr. PICOTTI L., *Le basi giuridiche*, cit., p. 5.

¹¹⁶ Comunicazione della Commissione COM(2004) 709 def., 25 ottobre 2004.

¹¹⁷ *Ivi*, p. 8.

¹¹⁸ Comunicazione della Commissione COM(2008) 7 def., 14 febbraio 2008.

¹¹⁹ Quanto alle problematiche derivanti dai ritardi nella ratifica e conformazione, da parte degli ordinamenti nazionali, rispetto ai vincoli imposti dalle convenzioni, v. VENEGONI A., *La protezione degli interessi*, cit., p. 71 ss.

¹²⁰ *Ivi*, p. 75.

sono senza dubbio il *Corpus Juris contenente disposizioni penali per la tutela degli interessi finanziari dell'Unione europea*¹²¹ e il progetto dei c.d. *Europa-Delikte*¹²².

In particolare, il *Corpus Juris* conteneva norme di diritto sostanziale, destinate a delineare gli elementi costitutivi delle fattispecie lesive del bene giuridico in esame, e alcune disposizioni procedurali (tra cui quelle relative all'istituzione e al funzionamento di un Procuratore europeo)¹²³; il progetto *Europa-Delikte*, invece, presentava una marcata componente sostanzialistica e conteneva sia spunti per la definizione di una parte generale comune, sia un ventaglio di incriminazioni concernenti i più diversi ambiti del diritto penale economico¹²⁴.

Benché, in entrambi i casi, gli spunti di riflessione offerti da queste iniziative siano stati numerosi e assolutamente pregevoli, le sollecitazioni della dottrina non sono state accolte, se non in parte e a distanza di numerosi anni: si è, infatti, dovuto attendere il trattato di Lisbona per configurare basi giuridiche nuove per istituire l'ufficio della Procura europea e, per quanto qui maggiormente interessa, adottare finalmente una direttiva in materia di protezione degli interessi finanziari attraverso il diritto penale.

3.2. Le novità con il trattato di Lisbona: l'art. 325 TFUE e la nuova proposta di direttiva PIF.

Nel settore della protezione degli interessi finanziari dell'Unione europea, il trattato di Lisbona è stato prodigo di novità importanti, legate – in particolare – alla formulazione dell'art.

¹²¹ Una prima pubblicazione del *Corpus Juris*, esito di uno studio promosso nel 1995 dalla Direzione generale per il controllo finanziario della Commissione europea, è avvenuta nel 1997: in Italia, il testo è consultabile in DELMAS-MARTY M., *Verso uno spazio giudiziario europeo. Corpus juris contenente disposizioni penali per la tutela degli interessi finanziari dell'Unione europea*, Milano, 1997. Alla prima versione ha fatto seguito un aggiornamento, denominato “Suivi del *Corpus Juris*”, in cui sono state recepite alcune sollecitazioni che avevano fatto seguito, nel mondo scientifico, alla pubblicazione del primo testo; questa seconda compilazione può essere letta in GRASSO G., SICURELLA R. (a cura di), *Il Corpus Juris 2000. Un modello di tutela penale dei beni giuridici comunitari*, Milano, 2003, p. 349.

¹²² Si tratta di uno studio privato – non, cioè, promosso da alcuna istituzione europea – realizzato da docenti di diritto penale di diversa provenienza, coordinati da K. Tiedemann, presentato in TIEDEMANN K., *Diritto penale comune europeo tra realtà e utopia*, in CANESTRARI S., FOFFANI L. (a cura di), *Il diritto penale nella prospettiva europea*, cit., p. 479.

¹²³ Sul *Corpus Juris* la bibliografia è assai ampia, sia nella dottrina nazionale, sia di lingua straniera. *Ex multis*, cfr. DE ANGELIS F., *Il Corpus Juris recante disposizioni penali per la protezione degli interessi finanziari dell'Unione europea: origini e prospettive*, in GRASSO G. (a cura di), *La lotta contro la frode*, cit., p. 351; DELMAS-MARTY M., *Verso uno spazio giudiziario europeo*, cit.; DELMAS-MARTY M., MANACORDA S., *Le Corpus Juris: un chantier ouvert dans la construction du droit pénal économique européen*, in *Eur. J. L. Ref.*, 1998-1999, p. 473; DELMAS-MARTY M., VERVAELE J.A.E. (eds.), *The Implementation of the Corpus Juris in the Member States*, Anversa, 2000; GRASSO G., SICURELLA R. (a cura di), *Il Corpus Juris 2000*, cit.; MOCCIA S. (a cura di), *Ambito e prospettive di uno spazio giuridico-penale europeo*, Napoli, 2004; PICOTTI L., *Il Corpus Juris 2000. Nuova formulazione e prospettive di attuazione*, Padova, 2004; VERVAELE J.A.E., *Transnational Enforcement of the Financial Interests of the European Union: Developments in the Treaty of Amsterdam and the Corpus Juris*, Anversa, 1999.

¹²⁴ Su questo modello – forse meno noto rispetto al precedente – v. BERNARDI A., *Strategie per l'armonizzazione dei sistemi penali europei*, in CANESTRARI S., FOFFANI L. (a cura di), *Il diritto penale nella prospettiva europea*, cit., p. 377, spec. p. 434 ss.; FOFFANI L., *Diritto penale comparato, europeo e internazionale. Prospettive per il XXI secolo*, Milano, 2006, p. 143; SICURELLA R., *Diritto penale e competenze*, cit., p. 526.

325 TFUE, che ha ripreso e sviluppato, in modo significativo, il dettato dell'art. 280 TCE previgente. Sin dai primissimi tempi seguenti l'entrata in vigore dei nuovi trattati, la Commissione ha reso noto il proprio impegno per realizzare una «politica integrata volta a tutelare gli interessi finanziari dell'Unione europea attraverso il diritto penale [...] coerente, credibile ed efficace», a fronte del fatto che «l'ampia gamma [...] sistemi giuridici rende particolarmente difficile»¹²⁵ la protezione di tale bene giuridico.

La forma di evoluzione più penetrante rispetto al previgente art. 280 TCE¹²⁶ si rinviene nell'espunzione dell'ultima parte di quella disposizione, la quale escludeva – per le misure adottate dalla Comunità nel settore delle frodi al bilancio comunitario – la possibilità di incidere sull'applicazione del diritto penale nazionale: da ciò, infatti, si traeva, secondo parte della dottrina, l'incapacità del legislatore europeo di intervenire, in questo settore, con obblighi di incriminazione: in questo modo, il Trattato di Lisbona rende possibile la tutela degli interessi finanziari europei anche a mezzo di sanzioni penali¹²⁷.

Per quanto attiene ai parr. 2 e 3 dell'art 325 TFUE, non si rinvencono sostanziali profili innovativi rispetto al passato, poiché si richiamano rispettivamente il principio di assimilazione e l'impegno alla cooperazione tra le autorità competenti alla repressione delle attività lesive di questi interessi; la novità risiede nel par. 4, in base al quale l'Unione, a mezzo delle proprie istituzioni dotate di funzione legislativa e previa consultazione della Corte dei conti, adotta «le misure necessarie nei settori della prevenzione e lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione, al fine di prevenire a una protezione efficace ed equivalente in tutti gli Stati membri e nelle istituzioni, organi e organismi dell'Unione». Tali misure vengono assunte, sempre secondo il paragrafo in analisi, all'esito di un *iter* legislativo ordinario.

Alla luce del nuovo contesto fornito dal trattato di Lisbona, il fondamentale interrogativo in materia di adozione di strumenti sanzionatori in tema di protezione degli interessi finanziari dell'Unione europea ha riguardato – com'era prevedibile – il rapporto tra gli artt. 83, par. 2, e 325 TFUE, cui già si è fatto cenno *supra*¹²⁸: ricorrere all'una o all'altra disposizione è, come si

¹²⁵ COM(2011) 273 def., cit., p. 2.

¹²⁶ Su questo profilo, v. in particolare AMALFITANO C., *Il ruolo dell'art. 325 TFUE nella sentenza Taricco e le sue ricadute sul rispetto del principio di legalità penale. Possibile una diversa interpretazione ad opera della Corte di giustizia?*, in *Forum Costituzionale*, 5 ottobre 2016, spec. il par. 2; VENEGONI A., *La protezione degli interessi*, cit., p. 78 ss.

¹²⁷ AMALFITANO C., *La competenza penale dell'Unione europea*, cit., p. 26.

¹²⁸ V. *supra*, Capitolo Terzo, par. 6. Basti qui aggiungere che la proposta originaria della Commissione era fondata sull'art. 325 TFUE; tuttavia, le istituzioni legislative hanno poi ritenuto che la base giuridica adeguata alla direttiva in esame fosse l'art. 83, par. 2, TFUE. L'approccio della Commissione sarebbe stato sostenuto, secondo alcuni Autori, dalla posizione espressa dalla Corte di giustizia nelle sentenze legate al caso *Taricco*, in quanto la legislazione penale italiana (e poi, come visto *supra*, anche quella bulgara) è stata valutata alla luce proprio degli obblighi scaturiti dall'art. 325 TFUE, norma chiave nella lotta anti-frode. Così v. LA VATTIATA F.C., *La nuova direttiva PIF. Riflessioni in tema di responsabilità da reato degli enti giuridici, gruppi societari e reati tributari*, in *Giur. pen.*, 1° settembre 2019, spec. p. 2-3; PERILONGO G.F., *Much Ado About Something? The PIF Directive Proposal and its Impact on the Italian Legal System*, in *ECLR*, 3/2016, p. 265, spec. p. 273; VENEGONI A., *La sentenza Taricco: una ulteriore lettura*

apprende dal raffronto delle due norme, questione di grande impatto quanto ai contenuti e alle possibilità dell'intervento europeo in materia.

Un primo aspetto degno di nota attiene alla collocazione topografica dell'art. 325 TFUE, il quale occupa, da solo, l'intero Capo VI del Titolo II della Parte VI del TFUE: si tratta di una posizione assai lontana dal novero di articoli che, all'interno del medesimo trattato, delineano l'odierna competenza europea in ambito penale. Una distanza che, certamente, non ha natura casuale, ma anzi riflette una evidente differenziazione tra i due ambiti, la quale si riconduce, peraltro, alle relative radici storiche¹²⁹: la competenza penale relativa alla creazione e allo sviluppo dello SLSG si inserisce in una prospettiva più ampia e molto meno vincolante rispetto a quella propria della tutela degli interessi finanziari, la quale costituisce il necessario *pendant* del mercato unico e delle libertà ad esso riconducibili¹³⁰.

Inoltre, l'art. 325 TFUE consente l'adozione di "misure" e non di sole direttive: qualora, sulla base delle valutazioni effettuate a livello europeo, anche sulla base del principio di sussidiarietà, le istituzioni ritenessero opportuno procedere ad uniformare – e non solo ad armonizzare – le legislazioni degli Stati membri, potrebbe adottarsi anche un regolamento, onde consentire una protezione eguale sia a livello di Unione, sia negli ordinamenti interni¹³¹. In questo modo, si potrebbe prospettare – come del resto era già stato evocato in dottrina – un'esplicita competenza penale diretta del legislatore europeo¹³², prospettiva tuttavia considerata «difficilmente accettabile» e addirittura «eversiva»¹³³.

Il ricorso a verbi di modo indicativo, senza l'impiego del servile "potere" (invece presente nel testo dell'art. 83 TFUE, ove si legge che lei istituzioni «possono stabilire» norme minime), dimostra sicuramente un carattere molto più incisivo e diretto di questa specifica competenza: parte della dottrina ritiene che, in questo settore, l'Unione avrebbe addirittura il dovere di intervenire a protezione del bene giuridico in oggetto, non una mera facoltà¹³⁴. Inoltre, l'art. 325 TFUE non limita il perimetro dell'azione normativa europea alle «norme minime», ma consente una maggiore (e piena) incidenza sull'intero ambito di riferimento.

sotto il profilo dei riflessi sulla potestà legislativa dell'Unione in diritto penale nell'area della lotta alle frodi, in DPC, 29 ottobre 2015, *passim*.

¹²⁹ PICOTTI L., *Le basi giuridiche*, cit., p. 17.

¹³⁰ *Ivi*, p. 19.

¹³¹ AMALFITANO C., *La competenza penale dell'Unione europea*, p. 26; la prospettiva è chiaramente palesata anche da VENEGONI A., *La protezione degli interessi*, cit., p. 80.

¹³² PICOTTI L., *Il Corpus Juris 2000. Profili di diritto penale sostanziale e prospettive di attuazione alla luce del progetto di Costituzione europea*, in PICOTTI L., *Il Corpus Juris 2000*, cit., p. 80.

¹³³ GRASSO G., *Il Trattato di Lisbona e le nuove competenze penali dell'Unione europea*, in AA.VV., *Studi in onore di Mario Romano*, vol. IV, Napoli, 2011, p. 2307 ss., in particolare p. 2346 ss.

¹³⁴ SICURELLA R., *Diritto penale e competenze dell'Unione europea*, p. 292.

Per l'art. 325 TFUE, inoltre, non è previsto il funzionamento del freno di emergenza: ogni disposizione emessa dal legislatore europeo avente base giuridica nell'articolo in parola estenderebbe la propria obbligatorietà precettiva a tutti gli Stati membri: di conseguenza, gli ordinamenti irlandese e danese non sarebbero estranei alle normative assunte dall'Unione.

Nello scenario istituzionale disegnato dal trattato di Lisbona, non più tardi del luglio 2012, la Commissione europea ha presentato una proposta di direttiva¹³⁵ per una migliore tutela degli interessi finanziari europei attraverso la legge penale, iniziativa volta a presidiare il bilancio comunitario attraverso obblighi di criminalizzazione. L'intervento si proponeva lo scopo di sostituire la convenzione PIF (e i successivi protocolli) del 1995¹³⁶, in modo tale da (i) superare le lacune in merito alle modalità di attuazione della stessa riscontrate da parte della Commissione, (ii) inserire la disciplina all'interno del nuovo quadro giuridico definito dal trattato di Lisbona e (iii) porre rimedio alle sostanziali disomogeneità che, su queste materie, si registrano nei singoli Stati membri¹³⁷. Accanto a questa prima finalità, se ne può (e deve) menzionare una ulteriore: l'adozione della direttiva è funzionale anche alla creazione di un primo nucleo di diritto penale nel settore, il quale non preveda soltanto l'elencazione e la definizione delle fattispecie di reato, bensì introduca anche norme – seppur embrionali – di parte generale (si pensi alla nozione di “pubblico ufficiale” ex art. 4 o all'art. 12 in tema di prescrizione)¹³⁸.

Il testo proposto dalla Commissione è stato oggetto di un lungo e complesso negoziato, che è stato definito soltanto cinque anni più tardi¹³⁹: la direttiva PIF è stata adottata, infatti, soltanto il 5 luglio 2017¹⁴⁰. Nel complesso dialogo interistituzionale, uno dei punti cruciali ha riguardato proprio la base giuridica dell'atto: in prima istanza, la Commissione aveva prospettato il ricorso all'art. 325 TFUE¹⁴¹, tuttavia sia il Consiglio, sia il Parlamento europeo hanno ritenuto

¹³⁵ COM (2012) 363 def., 11 luglio 2012.

¹³⁶ Cfr. il considerando n. 18 della proposta di direttiva di cui sopra.

¹³⁷ Basti considerare le discrepanze di trattamento che si registrano in merito alle condotte di frode: la tabella proposta in COM (2012) 363 def., cit., p. 3 offre un valido esempio di tali differenze.

¹³⁸ VENEGONI A., *Prime brevi note sulla proposta di direttiva della Commissione europea per la protezione degli interessi finanziari dell'Unione attraverso la legge penale COM(2012)363 (cd. direttiva PIF)*, in DPC, 5 settembre 2012, p. 5.

¹³⁹ Le principali “tappe” del negoziato sono ripercorse con particolare attenzione da PERILONGO G.F., *Much Ado About Something?*, cit., p. 269 ss.

¹⁴⁰ Sulla genesi del testo normativo in esame, v. i numerosi lavori di VENEGONI A., *La definizione del reato di frode nella legislazione dell'Unione dalla Convenzione PIF alla proposta di direttiva PIF*, in DPC, 14 ottobre 2016; ID., *Il difficile cammino della proposta di direttiva per la protezione degli interessi finanziari dell'Unione europea attraverso la legge penale (cd. direttiva PIF): il problema della base legale*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 2445; ID., *Prime brevi note*, cit.

¹⁴¹ Del resto, già la stessa proposta del 2001 – poi arenatasi – era fondata sull'art. 280, par. 4, TCE: la Commissione (COM (2001) 272, cit., p. 7) aveva ritenuto la formulazione di tale disposizione non ostativa al ravvicinamento in materia penale. Ivi si legge, infatti: «[l]'articolo 280 del trattato CE costituisce così una base giuridica adeguata per il ravvicinamento del diritto penale sostanziale degli Stati membri in materia di definizione della nozione di frode, corruzione e riciclaggio lesivi degli interessi finanziari comunitari, così come in materia di responsabilità penale e di sanzioni penali applicabili. Le disposizioni degli strumenti TIF volte ad armonizzare la definizione delle infrazioni, la responsabilità e le sanzioni non riguardano in effetti né l'applicazione del diritto penale

di identificare nell'art. 83, par. 2, TFUE la disposizione di diritto primario su cui fondare l'adozione della direttiva¹⁴².

3.3. L'attuale direttiva PIF: contenuti, obblighi sanzionatori e profili critici.

La direttiva in esame¹⁴³ si basa, come già osservato, sull'art. 83, par. 2, TFUE e – in forza di quanto prevede tale disposizione – le istituzioni legislative hanno individuato nel regolamento 2988/95 l'atto rispetto al quale l'attuale intervento è strumentale: infatti, si legge nel considerando n. 3 che al fine di garantire l'attuazione delle politiche europee nel contesto della protezione degli interessi finanziari – a cui presidio il regolamento poneva sanzioni di tenore amministrativo – è essenziale procedere a ravvicinare le disposizioni penali degli Stati membri, in particolare inserendo obblighi di criminalizzazione delle condotte fraudolente più gravi. Ciò anche allo scopo, ben chiarito sin dalla Comunicazione del 2011, di consentire «l'instaurazione di misure adeguate per poter reprimere le frodi in maniera uniforme in tutta l'Unione. Quest'ultima dovrebbe mirare a un livello effettivo, proporzionato e dissuasivo di tutela dei suoi interessi finanziari attraverso procedimenti penali rapidi e sanzioni applicabili su tutto il territorio, aumentandone l'effetto dissuasivo»¹⁴⁴.

Dall'apparato motivazionale posto in esordio, si apprende che la direttiva non esige dai legislatori nazionali il ricorso alla detenzione se non nei soli casi che appaiano gravi (considerando n. 12); in ogni caso, i singoli Paesi sono liberi di mantenere o adottare norme più rigorose

nazionale, né l'amministrazione della giustizia negli Stati membri, nella misura in cui sia il recepimento di tali disposizioni negli ordinamenti nazionali che l'azione penale contro tali infrazioni e la loro repressione da parte delle autorità nazionali rientrano nella competenza degli Stati membri».

¹⁴² Sul punto, pressoché tutti i commentatori della direttiva offrono una ricostruzione: *inter alia*, v. BASILE E., *Brevi note sulla nuova direttiva PIF. Luci e ombre del processo di integrazione UE in materia penale*, in DPC, 12/2017, p. 63; PARISI N., *Chiari e scuri nella direttiva relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione*, in *Giur. pen.*, 4 settembre 2017, spec. p. 3; VENEGONI A., *La protezione degli interessi*, cit., p. 81.

¹⁴³ Per un esame della direttiva e dei relativi contenuti, v. BARTOLUCCI M.A., *Dei rapporti e delle interferenze tra la c.d. direttiva PIF e le norme penali spagnole e italiane in materia di corruzione*, in DPC, 6/2019, p. 135; BASILE E., *Brevi note sulla nuova direttiva PIF*, cit.; ID., *Riflessioni de lege ferenda sul recepimento della direttiva PIF: la repressione delle frodi e lo strano caso dell'art. 316-ter c.p.*, in DPC, 31 maggio 2019; ID., *Il recepimento della direttiva PIF in Italia e l'evergreen art. 316-ter c.p.*, in *Sistema penale*, 13 ottobre 2020; DI FRANCESCO MAESA C., *Directive (EU) 2017/1371 on the Fight Against Fraud to the Union's Financial Interests by Means of Criminal Law: A Missed Goal?*, in *European Papers*, 3/2018, p. 1455; JUSZCZAK A., SASON E., *The Directive on the Fight against Fraud to the Union's Financial Interests by means of Criminal Law (PFI Directive)*, in *EU Crim*, 2/2017, p. 80; KAIATA-GANDI M., *The protection of the EU's financial interests by means of criminal law in the context of the Lisbon Treaty and the 2017 Directive (EU 2017/1371) on the fight against fraud to the Union's financial interests*, in *ZiS*, 12/2018, p. 575; LANOTTE M., *L'impunità degli autori delle frodi carosello e le contromisure per la tutela degli interessi finanziari europei: la direttiva PIF e il regolamento EPPO*, in DPC, 28 giugno 2019; LA VATTIATA F.C., *La nuova direttiva PIF*, cit.; PARISI N., *Chiari e scuri*, cit.; VENEGONI A., *La direttiva Pif: un ulteriore passo nel processo di sviluppo del diritto penale europeo o un'occasione persa?*, in *Il Penalista*, 27 luglio 2017.

¹⁴⁴ COM(2011) 273 def., cit., p. 12.

per i reati ricadenti nell'ambito applicativo dell'atto in esame, anche tenendo conto del fondamentale principio del *ne bis in idem* qualora per i medesimi fatti siano applicabili strumenti punitivi di diversa matrice (considerando nn. 16 e 17).

Merita essere sottolineato anche quanto recita il considerando n. 28: se è vero che la direttiva PIF impone obblighi di penalizzazione – in una logica ispirata a generalprevenzione –, il legislatore europeo intende in ogni caso ricordare che questa finalità deve essere necessariamente temperata con il pieno rispetto dei diritti fondamentali degli individui e delle libertà consacrate dalla Carta e dai trattati.

In esordio, la direttiva contiene una fondamentale definizione – mancante nella convenzione PIF e nel regolamento del 1995 – di interessi finanziari¹⁴⁵: alla precedente lacuna sopprime l'art. 2, par. 1, lett. a), in virtù del quale «tutte le entrate, le spese e i beni che sono coperti o acquisiti oppure dovuti in virtù: i) del bilancio dell'Unione; ii) dei bilanci di istituzioni, organi e organismi dell'Unione istituiti in virtù dei trattati o dei bilanci da questi direttamente o indirettamente gestiti e controllati» rientrano nell'ambito della nozione di interesse finanziario. Il successivo par. 2 chiarisce che, in materia di risorse provenienti dal sistema IVA, la direttiva si applica ai soli reati gravi, ovvero soltanto nel caso in cui la condotta fraudolenta (attiva od passiva) comporti un danno complessivo almeno pari a dieci milioni di euro e sia connessa a due o più Stati membri: una soglia che a parte della dottrina è apparsa troppo elevata, finendo per trascurare, ai fini della protezione degli interessi europei, tutte quelle frodi che, seppur non raggiungano tale livello, restano in ogni caso connotate da una intrinseca rilevanza, in quanto ammontano a centinaia di migliaia – o milioni – di euro¹⁴⁶.

Gli artt. 3 e 4 (titolo II) sono dedicati alla precisa enunciazione di obblighi di criminalizzazione rispetto alle condotte e alle omissioni che interessano il bene giuridico protetto, ovvero il bilancio sovranazionale. Secondo un modello già inaugurato con i protocolli addizionali della Convenzione PIF, la nozione di frode ha una portata assai ampia¹⁴⁷, tanto da ricomprendervi in sostanza ogni illecito che incida sulla funzione strumentale esplicitata dal bilancio rispetto alla realizzazione delle politiche dell'Unione europea nel suo complesso¹⁴⁸. La direttiva impone, in particolare, agli Stati membri di sanzionare forme di frode che si articolano secondo tre condotte

¹⁴⁵ Un approfondimento sulla nozione è contenuto in VENEGONI A., *Il concetto di "interessi finanziari dell'Unione europea" ed il diritto penale*, in *Cass. pen.*, 2018, p. 4382. Come osserva l'Autore, la definizione offerta dalla direttiva PIF è sostanzialmente sovrapponibile a quella dettata dal regolamento (UE, Euratom) n. 883/2013, in *GUUE*, 18 settembre 2013, L 248, p. 1, relativo a OLAF; a propria volta, l'ampiezza del significato attribuito dalla normativa più recente a tale locuzione affonda le proprie radici nell'esegesi che ne aveva offerto la Corte di giustizia, come risulta da Corte giust., sent. 10 luglio 2003, causa C-11/00, *Commissione/BCE*, ECLI:EU:C:2003:395, pt. 94-95.

¹⁴⁶ VENEGONI A., *La protezione degli interessi*, cit., p. 89-90, ove l'Autore parla addirittura di «un passo indietro» rispetto al precedente assetto convenzionale.

¹⁴⁷ PARISI N., *Chiari e scuri*, cit., p. 8.

¹⁴⁸ FIMIANI P., *La tutela penale delle finanze comunitarie. Profili sostanziali e processuali*, Milano, 1999, p. 339.

paradigmatiche. La prima tipologia di azione decettiva punita consiste nell'utilizzo o presentazione di dichiarazioni o documenti falsi, inesatti o incompleti, cui segua il conseguimento di un indebito beneficio per l'agente, con danno del bilancio europeo, realizzatosi tanto in tema di appalti, quanto al di fuori di tale settore. Il secondo modello, invece, si struttura in termini omisivi e vede sanzionata la mancata comunicazione di informazioni, a fronte di un preciso obbligo in tal senso, da cui derivino le medesime conseguenze in termini di indebiti vantaggi e danni. Un'ultima condotta fraudolenta è costituita dalla distrazione di somme o benefici, legittimamente ottenuti ma poi impiegati per finalità incompatibili con quelle lecite. Per quanto riguarda le frodi nell'ambito IVA, la direttiva annovera come tale non solo l'utilizzo o presentazione di dichiarazioni o documenti inesatti, falsi o incompleti e la mancata comunicazione di informazioni in spregio a specifici obblighi, ma anche la presentazione di dichiarazioni tributarie in apparenza esatte, ma in realtà tali da dissimulare il mancato pagamento dell'imposta o l'esposizione di crediti non dovuti.

L'art. 4 impone specifici obblighi d'incriminazione per reati che, pur essendo diversi dalle condotte fraudolente direttamente tese a far conseguire un vantaggio all'agente con danno del bilancio europeo, sono in grado di vulnerare il medesimo bene giuridico¹⁴⁹. Si tratta di reati quali il riciclaggio di denaro – definito *per relationem* con rinvio alla direttiva 2015/849/UE – che sia stato commesso in riferimento a utilità ricavate dalla consumazione di altri delitti individuati dalla normativa PIF, la corruzione, passiva e attiva, e l'appropriazione indebita. Va sin d'ora ricordato che qualora una delle condotte *lato sensu* fraudolente siano realizzate nel contesto di un'organizzazione criminale, ciò comporta un aggravamento del trattamento sanzionatorio, in forza di quanto prevede l'art. 8 della direttiva in esame e in linea con quanto già sottolineato, in apertura, dal considerando n. 13.

L'art. 5, in linea con quanto prevedono numerose direttive adottate *ex art.* 83 TFUE, contiene uno specifico obbligo di incriminazione anche per quanto concerne alcune forme di manifestazione dei delitti sopra delineati: si tratta, in particolare, delle note formule dell'istigazione, del concorso, del favoreggiamento e del tentativo (per quest'ultima ipotesi, la direttiva ne limita l'ambito operativo alle sole fattispecie di frode – di cui all'art. 3 – e di appropriazione indebita).

Sotto il profilo soggettivo, la direttiva offre – in modo pressoché analogo a quanto già prevedeva la Convenzione PIF¹⁵⁰ – una definizione di funzionario pubblico, sia come individuo operante nel contesto sovranazionale, presso istituzioni, organi o organismi dell'Unione europea (o distaccato, presso gli stessi, da uno Stato membro), sia come soggetto attivo a livello

¹⁴⁹ PARISI N., *Chiari e scuri*, cit., p. 9 ss.

¹⁵⁰ *Ivi*, p. 13.

nazionale. Ai funzionari, esercenti attività legislative, esecutive e giudiziarie, sono equiparati (art. 4, lett. b) coloro cui siano state assegnate funzioni di pubblico servizio tali da comportare la gestione di fondi europei.

Quanto alle persone giuridiche, l'art. 6 prevede che gli Stati membri debbano prevedere che anche tali enti siano ritenuti responsabili (e dunque sottoposti alle sanzioni delineate dall'art. 9) qualora sia consumato o tentato uno dei fatti previsti dagli artt. 3, 4 e 5. In particolare, l'ente è chiamato a rispondere qualora la condotta *de qua* sia realizzata da un soggetto dotato di una qualifica apicale e produca un vantaggio per la persona giuridica; parimenti, la responsabilità ricorre anche ove il fatto sia stato commesso da un individuo sfornito della posizione verticistica, ma il reato sia stato realizzato a causa dell'omissione, in sede di controllo o sorveglianza, da parte dei superiori.

Ovviamente innovativa, rispetto al panorama convenzionale preesistente, è la disposizione – ovvero l'art. 7 – che provvede all'armonizzazione delle sanzioni per le persone fisiche: il par. 1 ricorda che gli Stati membri devono assicurare che i reati di cui agli artt. 3, 4, 5 siano puniti con misure effettive, proporzionate e dissuasive di carattere necessariamente penale, essendo possibile non ricorrere allo *ius puniendi* soltanto nei casi individuati dal par. 4, vale a dire qualora i danni o vantaggi arrecati siano contenuti entro il limite di diecimila euro. I successivi paragrafi fissano invece alcune soglie sanzionatorie: in particolare, il par. 2 impone ai legislatori nazionali il ricorso a misure detentive come pene massime per tutti i reati delineati nel testo normativo in esame e, in caso di danni e/o vantaggi considerevoli, il par. 3 esige che la reclusione non possa nel massimo essere inferiore a quattro anni. La natura considerevole dei danni o vantaggi è, in ossequio al principio di legalità, codificata dallo stesso par. 3: per i fatti estranei al contesto dei versamenti IVA, l'art. 7, par. 3, co. 2 fissa a centomila euro la soglia della gravità, mentre per le frodi in tema di imposta la gravità è presunta per tutti i casi cui la direttiva si applica, stanti i due requisiti (la transnazionalità e il limite pecuniario) già delineati dall'art. 2.

Agli Stati membri è, in ogni caso, lasciata facoltà di prevedere altri casi di gravità, ulteriori e diversi rispetto a quelli tracciati dalla direttiva.

Sempre in chiave sanzionatoria, l'art. 10 ricorda che i legislatori nazionali devono provvedere, in conformità con quanto prevede la direttiva 2014/42/UE, a consentire il sequestro e la confisca dei mezzi utilizzati per compiere i delitti puniti e, ovviamente, dei proventi conseguiti dalla consumazione delle iniziative fraudolente.

Il vero *punctum crucis* della direttiva è rappresentato dall'art. 12, volto a disciplinare la prescrizione dei reati (parr. 1-3) e della pena (par. 4): si tratta del primo testo normativo adottato dall'Unione europea che contenga obblighi, per i legislatori nazionali, rispetto a questi istituti.

Come già accennato, proprio la prescrizione ha formato oggetto del celebre *affaire Taricco*, sebbene già la proposta del 2012 – ben precedente rispetto a tale vicenda – contenesse una disposizione in tal senso, peraltro poi mitigata nel corso dei negoziati. Nel testo adottato, il par. 1 prevede un generale obbligo per i legislatori di prevedere che, al fine di garantire un efficace contrasto dei reati lesivi degli interessi finanziari, tali delitti si prescrivano soltanto entro un «congruo lasso di tempo» sufficiente allo svolgimento tanto delle indagini, quanto del processo. Nello specifico, il periodo necessario a prescrivere i delitti gravi – quelli, cioè, puniti con la reclusione non inferiore a quattro anni – dev'essere pari a almeno cinque anni (par. 2), che possono essere diminuiti a tre (par. 3) ove siano previsti termini interruttivi o sospensivi in caso di determinati atti. Il successivo par. 4, in punto di prescrizione della pena, esige che le pene detentive possano essere eseguite per almeno cinque anni dalla data della condanna definitiva.

L'art. 12 introduce quindi per la prima volta un parametro europeo in tema di prescrizione, vero e proprio *punctum dolens* dell'intera vicenda *Taricco*: alla luce della direttiva, il legislatore sovranazionale ha sancito uno specifico obbligo per gli Stati membri, la cui normativa interna dovrà essere plasmata secondo questi *standard*¹⁵¹.

Gli artt. 13 e 14 ricordano che l'applicazione della direttiva non pregiudica il funzionamento di strumenti di recupero delle somme indebitamente sottratte all'Unione o del *quantum* non versato a titolo IVA (in questo secondo caso, si provvederà a livello nazionale¹⁵²); altrettanto, l'avvio di un procedimento penale sulla base di disposizioni penali nazionali attuative di questa nuova disciplina non dovrà pregiudicare l'applicazione di misure amministrative non assimilabili a quelle sanzionatorie, pur nel rispetto dei diritti stabiliti dalla Carta dei diritti fondamentali.

Gli Stati membri sono stati chiamati a adottare le disposizioni interne di recepimento entro il 6 luglio 2019; il legislatore italiano vi ha provveduto soltanto con d.lgs. 14 luglio 2020, n. 75¹⁵³,

¹⁵¹ FATTORINI S., *La direttiva 2017/1371 e l'armonizzazione della prescrizione nei reati di frode fiscale: una possibile soluzione al conflitto tra Corti sorto dalla vicenda Taricco*, in *European Papers*, 2018, p. 1471, spec. p. 1478. Risulta curioso, però, osservare che la disciplina italiana censurata dalla Corte di giustizia sarebbe invece compatibile con le soglie imposte dai parr. 2 e 3 dell'art. 12 in esame.

¹⁵² Ancor di recente, la Corte di giustizia (sent. 1° ottobre 2020, causa C-603/19, TG, ECLI:EU:C:2020:774) ha ricordato che l'art. 325 TFUE impone agli Stati membri di dotarsi di strumenti efficaci per il recupero delle somme non versate o dei contributi indebitamente riscossi, ma non esige dai legislatori nazionali di qualificare in un certo modo questi mezzi (v. pt. 60).

¹⁵³ Il decreto in esame è stato adottato in forza della legge di delegazione europea 2018, adottata soltanto nell'ottobre 2019 (legge 4 ottobre 2019, n. 117). In merito ai criteri contenuti nella legge delega, v. FLORA G., *Prime riflessioni sulle problematiche penalistiche del recepimento della "Direttiva Pif" nel settore dei reati tributari e della responsabilità "penale" degli enti*, in *disCrimen*, 12 novembre 2019; LANOTTE M., *Luci e ombre della legge di delegazione europea 2018 (e del sistema di trasposizione degli obblighi UE previsto dalla legge 24 dicembre 2012, n. 234) con particolare riguardo alla materia penale*, in *Eurojus*, 4/2019, p. 86, spec. p. 90 ss. in materia PIF; VENEGONI A., *La legge di delegazione europea e i nuovi sviluppi del diritto penale dell'UE nel sistema italiano*, in *Il Penalista*, 28 novembre 2019. Per un esame del contenuto del decreto legislativo e delle ricadute nel sistema penale nazionale, v., *ex multis*, BALLINI B., *Le novità introdotte dal d.lgs. 14 luglio n. 75 in attuazione della c.d. direttiva PIF*, in *disCrimen*, 2/2020, p. 475; BATTIOLI F., *Direttiva PIF e responsabilità amministrativa degli enti*, in *Portale231*, 21 luglio 2020; ELAMPINI C., *A volte ritornano. Prime riflessioni sulla problematica reintroduzione del tentativo nei reati fiscali a seguito dell'attuazione della Direttiva PIF*, in *Sistema penale*, 8 ottobre 2020; MAZZANTI

tanto che, per il ritardo verificatosi, era già stata *medio tempore* avviata, a carico dell'Italia, una procedura d'infrazione¹⁵⁴.

3.4. L'impatto della direttiva PIF sul sistema di contrasto delle frodi.

Sebbene gli Stati membri siano stati chiamati al recepimento della direttiva PIF entro il luglio 2019, è allo stato ancora prematuro indagare gli effetti che il nuovo strumento normativo può aver prodotto (e potrà produrre in futuro, specie quando EPPPO entrerà in funzione) nel contrasto delle frodi a danno degli interessi finanziari europei, a maggior ragione se si considerano i ritardi rivelati da taluni legislatori – *in primis* quello italiano – nella trasposizione della direttiva in esame.

Non è mancata, invece, una riflessione della dottrina sul testo normativo che è stato adottato: quest'ultimo, in quanto frutto di un complesso e articolato negoziato, contiene da un lato alcuni significativi sviluppi rispetto al precedente assetto delineato dagli atti del 1995, dall'altro ha invece frustrato alcuni degli aspetti innovativi della proposta originaria¹⁵⁵.

Alla luce di queste indicazioni, dunque, è possibile – per quanto in questa sede interessa – effettuare alcune considerazioni in merito alla compatibilità della direttiva PIF con i presupposti applicativi delineati dall'art. 83, par. 2, TFUE, quanto in relazione alla capacità di soddisfare gli obiettivi di politica criminale che essa si prefigge.

Quanto al requisito della “previa armonizzazione”, la direttiva in esame fa riferimento – come già accennato – al regolamento PIF (n. 2988/95)¹⁵⁶, pertanto sussisteva già nell'ordinamento giuridico dell'Unione europea un atto – capace di garantire non un mero ravvicinamento, bensì la piena uniformazione delle legislazioni – rispetto al quale l'intervento *ex art.* 83, par. 2, TFUE potesse dirsi legittimato.

Sul profilo della “necessità” di ricorrere a una direttiva che ravvicinasse le disposizioni penali degli Stati membri, la Commissione¹⁵⁷ ha rilevato a più riprese che il quadro sanzionatorio di carattere amministrativo delineato nel 1995 fosse ormai del tutto insufficiente ai fini di un efficace contrasto delle condotte fraudolente diffuse sul territorio dei Paesi membri. Del resto, anche la Convenzione PIF era stata oggetto di una lenta e faticosa attuazione da parte degli Stati

E., *La riforma delle frodi europee in materia di spese. Osservazioni a prima lettura sull'attuazione della 'direttiva pif' (d.lgs. 14 luglio 2020, n. 75)*, in *Sistema penale*, 23 settembre 2020; VENEGONI A., *Prime riflessioni sull'attuazione della direttiva PIF*, in *Il Penalista*, 16 luglio 2020

¹⁵⁴ Procedura n. 2019_0279, dati disponibili in <http://eurinfra.politichecomunitarie.it/ElencoAreaLibera.aspx>. Il 30 ottobre 2020 è stata comunicata l'archiviazione della procedura a seguito della novella del luglio precedente.

¹⁵⁵ PERILONGO G.F., *Much Ado About Something?*, cit., p. 270.

¹⁵⁶ Su cui v. *amplius supra* Cap. II, par. 5.1.

¹⁵⁷ Profili già evidenziati nelle comunicazioni COM(2004) 709, cit., e COM(2008) 77, cit., nonché sviluppati in COM(2011) 293 cit., sono poi esaminati in COM(2012) 363, cit., spec. p. 5.

membri, le cui legislazioni sono state rese conformi agli obblighi ivi prescritti soltanto in pochi casi e, peraltro, con notevole ritardo¹⁵⁸.

Nella comunicazione del 2012 con cui è stata presentata la proposta di direttiva, la Commissione ha illustrato gli esiti delle «consultazioni delle parti interessate»¹⁵⁹: in via generale, sia gli esponenti del mondo accademico, sia i rappresentanti degli Stati membri e delle relative autorità giudiziarie hanno rilevato «gravi carenze dell'attuale quadro giuridico per la tutela degli interessi finanziari dell'Unione», così da garantire, attraverso un intervento armonizzatore in chiave penalistica, «la salvaguardia del denaro dei contribuenti e degli interessi fondamentali che meritano pari protezione in tutta l'Unione europea»¹⁶⁰. Sebbene la Commissione intendesse adottare la direttiva sulla base dell'art. 325 TFUE – non essendo così vincolata al rigoroso esame dei presupposti enunciati dall'art. 83, par. 2, TFUE – è evidente che la formulazione della proposta è stata preceduta da un confronto adeguato e significativo con gli operatori del settore e le istituzioni nazionali, le cui istanze paiono assolutamente non contraddire – ma anzi favorire – il ricorso allo strumento della criminalizzazione come mezzo necessario per assicurare la piena tutela degli interessi finanziari dell'Unione europea.

Quanto alla garanzia di una maggiore efficacia delle politiche dell'Unione europea in tema di protezione dei propri interessi finanziari, si è già fatto cenno alla scarsa capacità del quadro normativo previgente di assicurare una tutela idonea e adeguata a questo bene giuridico, protetto in modo insufficiente e disomogeneo all'interno degli ordinamenti degli Stati membri: del resto, l'esigenza di effettività in questo settore è assolutamente massima, sul rilievo che le disposizioni poste a presidio del bilancio di un ente giuridico sono vere e proprie «norme di auto-protezione delle istituzioni»¹⁶¹ stesse.

In primo luogo, la maggior effettività delle disposizioni introdotte dovrebbe essere assicurata dal ricorso allo *ius puniendi* e, in particolare, alla reclusione per i reati più gravi, nonché dalla previsione di sanzioni pecuniarie e interdittive per le persone giuridiche. Come osservato dal considerando n. 18, questo (nuovo) apparato di misure, senz'altro più incisive rispetto alle precedenti e più vigorose al confronto di quelle in vigore in alcuni Paesi, dovrebbe fungere «da forte deterrente per potenziali autori di reati, con effetti in tutta l'Unione». Inoltre, posto che si tratta di comportamenti delittuosi spesso connotati da transnazionalità, la garanzia di omogeneità delle fattispecie punite e dei trattamenti sanzionatori previsti costituisce un significativo elemento di evoluzione verso una tutela più penetrante degli interessi finanziari europei¹⁶².

¹⁵⁸ COM(2011) 293 def., cit., p. 3.

¹⁵⁹ COM(2012) 363 def., cit., par. 2.1.

¹⁶⁰ *Ivi*, p. 5-6.

¹⁶¹ *Ivi*, p. 7.

¹⁶² VENEGONI A., *La protezione degli interessi*, cit., p. 85.

Per quanto concerne le soglie della pena, il testo originario della proposta della Commissione conteneva anche un riferimento al *minimum* di detenzione irrogabile in caso di reati disciplinati dalla direttiva e configurati come gravi¹⁶³; tale limite è stato tuttavia espunto a seguito dei negoziati¹⁶⁴, essendo – come già accennato¹⁶⁵ – controversa la capacità del legislatore europeo di fissare soglie minime di pena¹⁶⁶.

L'esigenza di assicurare un contrasto efficace alle frodi costituisce la *ratio essendi* della disposizione armonizzatrice in tema di prescrizione dei delitti oggetto della direttiva¹⁶⁷. L'art. 12, par. 1, che dà consistenza precettiva a quanto già evocato dal considerando n. 22, esige che – a prescindere dal rispetto delle soglie poi indicate – gli ordinamenti nazionali adottino norme interne che permettano «di contrastare tali reati efficacemente»¹⁶⁸ e di definire i procedimenti penali senza che questi si concludano per il decorso di tale causa estintiva.

Tuttavia, un *deficit* significativo quanto alla capacità di effettività della direttiva PIF è stato sottolineato dalla dottrina con riferimento alle condotte fraudolente relative all'IVA: se da un lato è rilevante che tale imposta sia stata definitivamente consacrata come avente rilevanza “comunitaria”¹⁶⁹, non può sottacersi che la direttiva si applica soltanto alle frodi transnazionali produttive di danni o vantaggi superiori alla (molto elevata) soglia di dieci milioni di euro¹⁷⁰. In questo modo, si è osservato che «for the other offences falling within its scope of application would not be effective as it would create a complex patchwork of legal instruments regulating the offences affecting the Union's financial interests»¹⁷¹. Inoltre, non è neppure stato chiarito – in forza, del resto, della mancanza di una nozione comune di danno e vantaggio – quale meccanismo di conteggio si debba utilizzare per verificare se la soglia risulti (o meno) integrata¹⁷².

¹⁶³ L'art. 8, rubricato «soglie per le pene detentive», avrebbe previsto una pena detentiva minima di almeno sei mesi nei casi dei reati “gravi”.

¹⁶⁴ PERILONGO G.F., *Much Ado About Something?*, cit., p. 271.

¹⁶⁵ V. supra, Cap. III, par. 3.2.

¹⁶⁶ La modifica del testo è stata oggetto di valutazioni contrastanti: KAIIFA-GBANDI M., *The protection of the EU's financial interests*, cit., p. 578, ritiene che «this intervention, which was suggested for the first time, was rightfully rejected», in quanto incompatibile con il limite dell'intervento attraverso norme minime. Al contrario, DI FRANCESCO MAESA C., *Directive (EU) 2017/1371*, cit., *passim* ritiene che tale espunzione contribuisca a ridurre la capacità di effettività della direttiva.

¹⁶⁷ DI FRANCESCO MAESA C., *Directive (EU) 2017/1371*, cit., p. 1466; KAIIFA-GBANDI M., *The protection of the EU's financial interests*, cit., p. 578.

¹⁶⁸ Art. 12, par. 1, ultima frase.

¹⁶⁹ La questione aveva formato oggetto di un significativo contrasto tra Parlamento europeo e Consiglio nel corso della procedura legislativa, come rilevato da PERILONGO G.F., *Much Ado About Something?*, cit., p. 271 ss.

¹⁷⁰ BASILE E., *Brevi note sulla nuova direttiva PIF*, cit., p. 71; DI FRANCESCO MAESA C., *Directive (EU) 2017/1371*, cit., p. 1462.

¹⁷¹ JUSZCZAK A., SASON E., *The Directive on the Fight against Fraud*, cit., p. 83.

¹⁷² KAIIFA-GBANDI M., *The protection of the EU's financial interests*, cit., p. 582.

All'esito di un'attenta – seppur sintetica – disamina, la direttiva manifesta più di qualche limite¹⁷³ quanto alla capacità di poter davvero aggiungere elementi di effettività al sistema di protezione del bilancio dell'Unione europea, specie in virtù del fatto che il perimetro d'intervento riservato al legislatore nazionale è ampio¹⁷⁴, tanto rispetto alla costruzione delle fattispecie rilevanti, quanto con riferimento alla risposta sanzionatoria. A maggior ragione, queste forme di eterogeneità si ripercuoteranno sull'attività dell'Ufficio della Procura europea.

Infine, meritano essere considerati alcuni spunti di riflessione che la dottrina ha sollevato quanto alla *compliance* degli obblighi di incriminazione contenuti nella direttiva PIF rispetto a principi fondamentali propri della materia penalistica.

Una prima questione concerne il paventato eccesso di arretramento della soglia della rilevanza penale, con particolare riguardo all'obbligo di punire anche il mero tentativo di alcune condotte, in specie quelle legate alla presentazione di documentazione o al deposito delle dichiarazioni. Il legislatore italiano, al fine di trasporre la direttiva PIF, ha dovuto aggiungere all'art. 6, d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74 il co. 1-*bis* (applicabile alle sole frodi transnazionali che superino i dieci milioni di euro) in quanto la preesistente disposizione avrebbe escluso – in forza di una specifica scelta coerente con l'impianto penalistico nazionale – la punibilità a titolo di tentativo di alcune condotte in tema di delitti tributari, rientranti invece nell'ambito di quelli per cui l'atto europeo ha imposto la criminalizzazione. Si tratta di una scelta che è stata esplicitamente contestata dalla dottrina, in particolare per la tendenza a dilatare eccessivamente l'area della rilevanza penale delle condotte in materia tributaria, in antitesi con il principio di offensività¹⁷⁵.

Un secondo profilo problematico concerne la compatibilità tra gli obblighi di ricorrere allo *ius puniendi* e il divieto di *bis in idem*, in particolare rispetto alla materia tributaria, in cui (sovente) alla sanzione penale si accompagnano misure di carattere pecuniario o interdittivo. Numerosi ordinamenti, sia con riferimento alle persone fisiche, sia rispetto agli enti, prevedevano – e continuano a prevedere – diversi ed eterogenei strumenti sanzionatori, tra i quali permangono le misure disciplinate dal regolamento del 1995, la cui continuità applicativa è chiaramente indicata dal considerando n. 30 e, soprattutto, dall'art. 14 della direttiva in esame. In questo senso, nel preambolo viene sottolineata l'intenzione del legislatore europeo di rispettare il principio del *ne bis in idem*, in modo tale da evitare ogni indebita duplicazione sanzionatoria; qualora più misure siano adottate nei confronti dello stesso soggetto, l'irrogazione della pena dovrebbe avvenire

¹⁷³ Non a caso, taluni Autori hanno evocato, sin dai titoli dei rispettivi lavori, la presenza di alcune “contraddizioni”: v. BASILE E., *Brevi note sulla nuova direttiva PIF. Luci e ombre*, cit., o PARISI N., *Chiari e scuri*, cit.

¹⁷⁴ DI FRANCESCO MAESA C., *Directive (EU) 2017/1371*, cit., p. 1462-1463.

¹⁷⁵ ELAMPINI C., *A volte ritornano*, cit. e ulteriore dottrina citata; FLORA G., *Prime riflessioni sulle problematiche penalistiche*, cit., p. 7; GIUNTA F., *Europa e diritto penale. Tra linee di sviluppo e nodi problematici*, in *disCrimen*, 26 marzo 2020, spec. p. 6.

considerando quanto già imposto dalle diverse autorità a carico del medesimo ente o individuo¹⁷⁶.

Sotto questo profilo, la Corte di giustizia ha escluso, nella nota sentenza *Menci*, che sistemi sanzionatori come quello italiano, caratterizzati (quanto agli illeciti relativi alla riscossione dell'IVA) dal doppio binario penale e amministrativo, siano di per sé incompatibili con il principio del *ne bis in idem*, purché i due procedimenti siano complementari, coordinati in modo da evitare oneri eccessivi all'interessato e conducano all'irrogazione di sanzioni non sproporzionate¹⁷⁷.

Sebbene la direttiva contenga un simile *caveat* e la giurisprudenza della Corte di giustizia abbia ribadito le fondamentali cautele che le autorità nazionali sono chiamate a osservare, la dottrina ha chiaramente paventato il rischio della violazione del divieto di *bis in idem* e, in generale, di un eccessivo irrigidimento del trattamento sanzionatorio, in forza della convergenza di una gamma di misure eterogenee rispetto alla medesima condotta¹⁷⁸.

Il problema parrebbe porsi, a seguito del recepimento della direttiva PIF, rispetto alle persone giuridiche, nei cui confronti potrebbero applicarsi sia misure quali quelle previste dalla normativa europea, sia sanzioni di diverso carattere, ma egualmente connotate da una carica afflittiva. Un valido esempio è appunto offerto dalla legislazione italiana, la quale – per conformarsi ai vincoli sovranazionali – ha incluso le fattispecie tributarie tra quelle che fanno decorrere la responsabilità para-penale dell'ente e, di conseguenza, ha determinato in capo a quest'ultimo il cumulo delle sanzioni amministrative previste dal d.lgs. 18 dicembre 1997, n. 472 e quelle dettate dal d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231¹⁷⁹: di conseguenza, quand'anche si ammetta che le due misure possano coesistere, residuerebbe pur sempre un potenziale profilo di incompatibilità con il canone della proporzionalità.

Residua, poi, una finale considerazione, legata alla capacità della direttiva PIF di assicurare – come la Commissione aveva auspicato – una lotta alle frodi uniforme o quantomeno omogenea su tutto il territorio continentale. Si tratta di un obiettivo che, tuttavia, non sembra potersi

¹⁷⁶ Considerando n. 17.

¹⁷⁷ Corte giust., sent. *Menci*, cit. Sulla stessa vicenda, il giudice che aveva effettuato il rinvio pregiudiziale ha poi sollecitato un vaglio di costituzionalità; sebbene la Consulta (Corte cost., sent. 15 luglio 2019, n. 222, ECLI:IT:COST:2019:222) abbia dichiarato la questione inammissibile, nell'*iter* argomentativo la Corte sembra aver condiviso l'affermazione della legittimità del doppio binario così come previsto dalla legge italiana. In materia penale-tributaria l'approfondimento da parte della dottrina è, sul punto, assai ampia: *ex multis*, CALZOLARI A., *La lunga marcia per il riconoscimento del ne bis in idem nell'ordinamento tributario italiano*, in *Riv. dir. trib.*, 16 settembre 2020; TORTORELLI M., *L'illecito penale tributario e il suo doppio. Dal dialogo (mancato) tra le Corti ad un auspicabile intervento legislativo*, in *Arch. pen.*, 2/2018; TRIPODI F. A., *Ne bis in idem e reati tributari*, in CADOPPI A., CANESTRARI S., MANNA A., PAPA M. (a cura di), *Diritto penale dell'economia*, I, Torino, 2017, p. 669.

¹⁷⁸ KAIKIFA-GBANDI M., *The protection of the EU's financial interests*, cit., p. 582; LANOTTE M., *L'impunità degli autori*, cit., p. 204; LA VATTIATA F.C., *La nuova direttiva PIF*, cit., p. 14.

¹⁷⁹ GIUNTA F., *Europa e diritto penale*, cit., p. 10; PIERGALLINI F., *La riforma dei reati tributari tra responsabilità della persona fisica e responsabilità dell'ente*, in *Sistema penale*, 4 giugno 2020, spec. p. 22.

dire pienamente raggiunto: non soltanto perché ricorrendo all'art. 83, par. 2, TFUE anziché all'art. 325 TFUE l'intervento è stato soltanto limitato alle c.d. "norme minime", ma anche alla luce delle divergenze che, all'interno degli ordinamenti, continueranno a persistere, in virtù del non elevato grado di armonizzazione che l'atto in esame ha previsto. In quest'ottica, è stato criticamente osservato che «[t]he protection of the Union's financial interests will continue to be fragmented and diverging levels of sanctions and protection will continue to apply in the EU territory»¹⁸⁰, con ripercussioni (future) anche sull'attività di EPPO.

Non resta quindi che auspicare che la direttiva PIF costituisca non un punto di arrivo, ma uno *step* verso una migliore e più efficace strategia di lotta alle frodi, eventualmente attraverso misure di stampo anche non penale, fondate sull'art. 325 TFUE. Le condotte decettive, diminuendo la disponibilità economica dell'Unione europea o male impiegando i fondi che essa distribuisce, comportano un grave danno per tutti i cittadini degli Stati membri: si tenga conto che soltanto nel 2019 sono state segnalate alla Commissione irregolarità per un importo complessivo pari a 1,6 miliardi di euro¹⁸¹.

Sezione Seconda: le prospettive d'intervento.

4. Politiche ambientali e strumenti sanzionatori nell'Unione europea.

«Environmental criminal law has gone through a spectacular evolution in Europe in the past 30 years»¹⁸²: con questa frase, autorevole dottrina sintetizza in modo icastico il percorso che, negli ultimi decenni, ha condotto le istituzioni europee a ricercare gli strumenti capaci di assicurare adeguato *enforcement* agli atti di diritto derivato adottati in materia ambientale e a trovare nella sanzione penale uno strumento ritenuto all'uopo idoneo. Gli obblighi di criminalizzazione, tuttavia, sono stati formulati in un contesto storico-istituzionale del tutto particolare, ovvero sulla base della giurisprudenza della Corte di giustizia del biennio 2005-2007 che ha, come già accennato, "anticipato" l'art. 83, par. 2, TFUE, al quale, però, si è paventato di far ricorso per completare la disciplina vigente e assicurare maggiore effettività.

4.1. L'evoluzione delle competenze delle Comunità e dell'Unione europea in materia ambientale.

L'esigenza di protezione e di salvaguardia dell'ambiente si pone, in tempi recenti, come una delle priorità assolute per la collettività: tuttavia, soltanto in termini recenti i legislatori nazionali

¹⁸⁰ DI FRANCESCO MAESA C., *Directive (EU) 2017/1371*, cit., p. 1468.

¹⁸¹ Comunicazione della Commissione COM(2020) 363 def., 3 settembre 2020, p. 13.

¹⁸² FAURE M., *The Development of Environmental*, cit., p. 139.

– in specie quello italiano – hanno introdotto un tessuto normativo idoneo a prevenire e contrastare le condotte umane aggressive di questo fondamentale bene giuridico.

Nella progressiva emersione dell'ambiente quale interesse preminente e meritevole di massima tutela, le istituzioni dell'Unione europea si sono segnalate sempre in prima linea, tanto che autorevole dottrina ha osservato che essa sola – quando ancora i legislatori nazionali si mostravano troppo timidi – ha inteso migliorare la protezione del pianeta e degli ecosistemi¹⁸³. La politica ambientale – e la conseguente disciplina¹⁸⁴ – adottata dall'Unione europea ha consentito non solo di limitare fenomeni di degrado e sfruttamento intollerabile delle risorse, ma anche di assumere iniziative strutturali volte a migliorare la qualità dell'ambiente; all'apparato disciplinare – caratterizzato dall'introduzione di limiti, divieti, procedure amministrative – si è poi accompagnata anche la progressiva emersione di alcuni atti giuridici tesi a introdurre, per gli Stati membri, specifici obblighi sanzionatori all'interno dei rispettivi ordinamenti.

L'attenzione delle istituzioni per il tema ambientale – come si è già accennato – si evidenzia già in un'epoca, ovvero gli anni Settanta, in cui i legislatori (e le Costituzioni¹⁸⁵) nazionali non avevano ancora maturato piena consapevolezza dell'importanza di proteggere questo interesse in modo pieno e prioritario. Sebbene le Comunità non avessero alcuna esplicita competenza in materia¹⁸⁶, nel 1970, sulla base dell'allora vigente art. 100 TCEE, è stata adottata la direttiva 70/220/CEE¹⁸⁷, il cui oggetto era il ravvicinamento delle legislazioni nazionali per contrastare l'inquinamento atmosferico causato dai veicoli a motore.

¹⁸³ MUNARI F., SCHIANO DI PEPE L., *Tutela transnazionale dell'ambiente. Principi, regole, problemi*, Bologna, 2012, p. 2.

¹⁸⁴ MUNARI F., *Protecting the Environment Through Union Sanctions. The Many Facets of the Enforcement of EU Environmental Law*, in MONTALDO S., COSTAMAGNA F., MIGLIO A. (eds.), *European Union Law Enforcement*, cit., p. 4 del dattiloscritto: l'Autore evidenzia che più di 200 atti normativi di diritto secondario sono stati adottati in materia. Tra gli ultimi – e forse quello più noto a livello mediatico (cfr., come esempio, *Via libera definitivo della Ue: stop dal 2021 a oggetti di plastica monouso. Banditi anche piatti, bicchieri e posate. Greenpeace parla di "grande primo passo"*, in *Repubblica*, 21 maggio 2019) – la direttiva (UE) 2019/904 sulla riduzione dell'incidenza di determinati prodotti di plastica sull'ambiente, in *GUUE*, 12 giugno 2019, L 155, p. 1.

¹⁸⁵ Basti pensare a quella italiana, che espressamente non menziona l'ambiente come uno dei valori cui assicurare specifica tutela. La Corte costituzionale ha tuttavia evidenziato, ancor di recente, «[la] preminente rilevanza accordata nella Costituzione alla salvaguardia della salute dell'uomo (art. 32) e alla protezione dell'ambiente in cui questi vive (art. 9, secondo comma), quali valori costituzionali primari (sentenza n. 210 del 1987)». Prosegue poi il Collegio rilevando che è stata superata la «ricostruzione in termini solo finalistici, affermando (sentenza n. 641 del 1987) che l'ambiente costituiva “un bene immateriale unitario sebbene a varie componenti, ciascuna delle quali può anche costituire, isolatamente e separatamente, oggetto di cura e di tutela; ma tutte, nell'insieme, sono riconducibili ad unità. Il fatto che l'ambiente possa essere fruibile in varie forme e differenti modi, così come possa essere oggetto di varie norme che assicurano la tutela dei vari profili in cui si estrinseca, non fa venir meno e non intacca la sua natura e la sua sostanza di bene unitario che l'ordinamento prende in considerazione”». Così Corte cost., sent. 1° giugno 2016, n. 126, ECLI:IT:COST:2016:126, pt. 5.1.

¹⁸⁶ PORCHIA O., *Tutela dell'ambiente e competenze dell'Unione europea*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 2006, p. 17.

¹⁸⁷ Direttiva 70/220/CEE, in *GUCE*, 6 aprile 1970, L 76, p. 1.

Di pochi anni successiva è l'adozione di un programma di azione del Consiglio, integralmente dedicato all'enunciazione di obiettivi e principi di una politica ecologica nella Comunità¹⁸⁸, cui ha fatto seguito anche l'intervento della Corte di giustizia, che ha riconosciuto, nella tutela dell'ambiente, uno degli scopi essenziali della Comunità, tanto da consentire l'adozione di misure che abbiano effetti restrittivi sul mercato e sulla libera concorrenza¹⁸⁹.

La protezione dell'ambiente ha vissuto poi tappe significative in occasione delle principali modifiche dei trattati: l'Atto unico europeo, in vigore dal 1987, ha inserito alcune disposizioni (gli artt. 130 R, 130 S e 130 T) che hanno a tutti gli effetti inserito la protezione ambientale tra gli obiettivi della Comunità; successivamente, con il trattato di Maastricht, essa è stata elevata a oggetto di una specifica politica comunitaria. Il trattato di Amsterdam – considerato «a [...] milestone in the history and development of European environmental law»¹⁹⁰ – ha prodotto un'ulteriore mutazione del quadro pattizio e la materia ha trovato collocazione nei “nuovi” artt. 174-176 TCE. La prima di queste disposizioni ha individuato come obiettivi delle politiche europee in materia (i) la salvaguardia, tutela e miglioramento della qualità dell'ambiente, (ii) la protezione della salute umana, (iii) l'impiego sostenibile delle risorse e (iv) la promozione, a livello internazionale, di misure volte a risolvere i principali problemi emersi a livello regionale e mondiale¹⁹¹. Fondamentale è poi ricordare che il principio dello sviluppo sostenibile come obiettivo delle Comunità ha fatto ingresso nei trattati proprio in occasione dell'ultima riforma menzionata¹⁹².

Prima ancora che il trattato di Amsterdam entrasse in vigore, il Consiglio europeo, riunitosi a Cardiff nel giugno 1998, ha evidenziato, nelle proprie conclusioni, che «[u]n ambiente salubre è fondamentale per la qualità della vita. I sistemi economici devono coniugare prosperità e tutela ambientale; per questa ragione il trattato di Amsterdam precisa che, ai fini di uno sviluppo sostenibile, occorre integrare la protezione dell'ambiente nelle politiche comunitarie»¹⁹³.

Per completare il percorso in virtù del quale «the area of European environmental law and policy emerged over the years from an area of “no interest” to one of the key areas of EU law,

¹⁸⁸ Dichiarazione del Consiglio del 22 novembre 1973, in *GUCE*, 20 dicembre 1973, C 112, p. 1, su cui v. PORCHIA O., *Tutela dell'ambiente*, cit., p. 18.

¹⁸⁹ Corte giust., sent. 7 febbraio 1985, causa 240/83, *Procureur de la République / ADBHU*, ECLI:EU:C:1985:59, pt. 13-15.

¹⁹⁰ VAN CALSTER G., REINS L., *EU Environmental Law*, Cheltenham, 2017, p. 3.

¹⁹¹ La ricostruzione storica qui svolta è tratta da PORCHIA O., *Tutela dell'ambiente*, cit., p. 19 ss., in cui, in ottica diacronica, sono attentamente ripercorse le progressive novità apportate al quadro normativo.

¹⁹² VAN CALSTER G., REINS L., *EU Environmental Law*, cit., p. 3.

¹⁹³ Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo di Cardiff, 15 e 16 giugno 1998, doc. SN 150/1/98 REV 1, pt. 32.

having cross-cutting horizontal effects to other policy areas»¹⁹⁴, è essenziale richiamare brevemente il quadro delle disposizioni rilevanti nei trattati all'esito delle modifiche del 2009.

Attualmente, l'art. 3 TUE enumera la tutela e il miglioramento della qualità dell'ambiente come uno degli obiettivi prioritari dell'azione delle istituzioni; tale disposizione è riecheggiata altresì dall'art. 37 CdfUE¹⁹⁵, in forza del quale le politiche dell'Unione europea debbono essere orientate a tal fine e favorire lo sviluppo sostenibile, obiettivo cui fa esplicito richiamo anche l'art. 11 TFUE¹⁹⁶. La competenza delle istituzioni è oggi plasmata dagli artt. 191 ss. TFUE: l'art. 192 TFUE in particolare prevede il ricorso alla procedura legislativa ordinaria per dare consistenza normativa alle politiche intraprese dall'Unione europea per la realizzazione degli obiettivi delineati dal precedente art. 191 TFUE. Questa disposizione – in modo non dissimile da quanto prevedeva l'art. 174 TCE – estende le competenze sovranazionali non solo alla salvaguardia e alla tutela della qualità dell'ambiente, bensì anche alla protezione della salute umana, all'utilizzo razionale delle risorse, alla promozione di iniziative internazionali tese, in special modo, a combattere i mutamenti climatici¹⁹⁷.

A livello definitorio, dunque, dai trattati sembra emergere il riconoscimento di un ampio spettro semantico al termine “ambiente”: tale precisazione è essenziale, in quanto, com'è stato osservato dalla dottrina, questo termine assume «una intrinseca complessità strutturale dovuta, in particolare, al suo carattere poliedrico e multidimensionale» tanto da essere ritenuto, talvolta, addirittura indefinibile¹⁹⁸.

4.2. Il ricorso a strumenti di tutela dell'ambiente.

Come si è già accennato, a livello sovranazionale è stata adottata una copiosa serie di atti di diritto derivato in materia ambientale, con la conseguenza di imporre agli Stati membri (e, di conseguenza, a tutti i soggetti in essi operanti) il rispetto di specifiche regole e *standard*.

A questo proposito, da tempo si discute in ordine alle migliori modalità di *enforcement* di questi strumenti: è infatti necessario che le disposizioni dettate da regolamenti e direttive non restino confinate *in the books*, ma trovino effettiva e reale applicazione da parte delle autorità nazionali.

¹⁹⁴ VAN CALSTER G., REINS L., *EU Environmental Law*, cit., p. 5.

¹⁹⁵ Per un commento, v. ONIDA M., *Articolo 37*, in MASTROIANNI R., POLLICINO O., ALLEGREZZA S., PAPPALARDO F., RAZZOLINI O. (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, cit., p. 692.

¹⁹⁶ Per una ricognizione su tale principio, cfr. SJÄFJELL B., *A Necessary Step towards Policy Coherence for Sustainability*, in IPPOLITO F., BARTOLONI M.E., CONDINANZI M. (eds.), *The EU and the Proliferation of Integration Principles under the Lisbon Treaty*, Londra, 2019.

¹⁹⁷ Sull'art. 191 TFUE, v. AMADEO S., *Articolo 191 TFUE*, in TIZZANO A. (a cura di), *Trattati dell'Unione Europea*, cit., p. 1616; PILITTU P., *Articolo 191 TFUE*, in POCAR F., BARUFFI M.C. (a cura di), *Commentario breve ai trattati dell'Unione europea*, Padova, 2014, p. 1109.

¹⁹⁸ CECCHETTI M., *Principi costituzionali per la tutela dell'ambiente*, Milano, 2000, p. 2.

In quest’ottica, si deve osservare – ancor prima di concentrare l’attenzione sugli strumenti sanzionatori nei confronti delle singole persone, fisiche e giuridiche – che la Commissione ha fatto ricorso, in modo costante, alla procedura d’infrazione quale mezzo per ottenere il rispetto, da parte degli Stati membri, degli obblighi europei in materia ambientale¹⁹⁹. Secondo le statistiche disponibili²⁰⁰, tra il 2008 e il 2019 la Commissione ha avviato annualmente almeno 284 procedure (con un picco massimo di 481 nel 2008 e un minimo, pari appunto a 284, nel 2016) per gli inadempimenti dei Paesi in questo specifico settore; con riferimento all’ultimo anno di rilevazioni (il 2019), si segnala che sono state avviate ben 337 procedimenti, ben 21 dei quali nei confronti dell’Italia. Nello stesso anno, la Commissione ha adito la Corte di giustizia in 51 occasioni.

Anche sul versante delle sanzioni pecuniarie imposte dalla Corte di giustizia in caso di *non compliance* rispetto a precedenti inadempimenti (già accertati)²⁰¹, sono numerose le pronunce, alcune delle quali storiche, come la prima con cui furono congiuntamente irrogate la penalità di mora e la somma forfettaria a carico dello Stato membro censurato²⁰².

La frequenza con cui vengono aperte le procedure, nonché la severità riscontrata nell’applicazione delle sanzioni *ex art. 260, par. 2, TFUE* costituiscono strumenti capaci di indurre gli Stati membri ad adempiere agli obblighi gravanti nei loro confronti: se anche ciò non accade tempestivamente, la significativa differenza numerica tra i procedimenti avviati in fase amministrativa e quelli pendenti dinanzi alla Corte di giustizia attesta almeno la tendenza dei legislatori a conformarsi agli atti europei nelle more della procedura.

Un altro strumento che si è rivelato particolarmente utile per assicurare la piena *compliance* da parte degli Stati membri, una volta adita la Corte *ex art. 260 TFUE*, consiste nell’adozione di ordinanze cautelari²⁰³, le quali possono imporre l’immediata cessazione dell’attività che potrebbe comportare un irrimediabile danno ambientale. Una prima esemplificazione dell’utilizzo di questo strumento si è rinvenuta in una vicenda che vedeva coinvolta l’Italia, in particolare una legge regionale ligure che avrebbe consentito, in violazione della direttiva 79/409/CEE sulla conservazione degli uccelli selvatici, la caccia ad alcune specie protette²⁰⁴. Infatti, dopo l’adozione

¹⁹⁹ Sul ruolo della procedura d’infrazione in materia, v. SMITH M., *Enforcing Environmental Law through Infringements and Sanctioning: Steering not Rowing*, in PEETERS M., ELIANTONIOIO M. (eds.), *Research Handbook on EU Environmental Law*, Cheltenham, 2020, p. 213.

²⁰⁰ Consultabili alla pagina web <https://ec.europa.eu/environment/legal/law/statistics.htm>.

²⁰¹ SMITH M., *Enforcing Environmental*, cit., p. 216; a p. 223 una tabella sinottica offre una panoramica delle sanzioni applicate e della loro entità, anche poste a confronto con procedimenti definiti in altri settori.

²⁰² Corte giust., sent. 12 luglio 2005, causa C-304/02, *Commissione c. Francia*, ECLI:EU:C:2005:444.

²⁰³ Su cui v. HEDEMANN-ROBINSON M., *Enforcement of EU Environmental Law and the Role of Interim Relief Measures*, in *European Energy and Environmental Law Review*, 2010, p. 201; SMITH M., *Enforcing Environmental*, cit., p. 218.

²⁰⁴ Corte giust., sent. 15 maggio 2008, causa C-503/06, *Commissione c. Italia*, ECLI:EU:C:2008:279; l’ordinanza cautelare era stata adottata il precedente 19 dicembre 2006 (ECLI:EU:C:2006:800).

dell'ordinanza che imponeva allo Stato membro la sospensione della normativa censurata, il legislatore nazionale ha puntualmente provveduto in tal senso²⁰⁵: se ciò non ha fatto venir meno i presupposti per la successiva dichiarazione dell'inadempimento, si è potuto in ogni caso raggiungere, con maggiore tempestività, l'obiettivo del pieno rispetto della direttiva *de qua*.

Meritevole d'interesse appare anche un recente provvedimento cautelare, adottato dalla Corte nel novembre 2017²⁰⁶ nell'ambito di un ricorso per inadempimento promosso dalla Commissione contro la Polonia in merito all'abbattimento di una foresta ove si trovavano specie protette da un'apposita disciplina europea²⁰⁷. Nel caso di specie, la Polonia si era espressamente rifiutata di conformarsi ad una prima ordinanza cautelare²⁰⁸ con cui erano state accordate le misure provvisorie richieste dalla Commissione. Nei mesi successivi, atteso che le operazioni vietate erano proseguite (con rischio di grave danno ambientale) la Commissione si era nuovamente rivolta al giudice di Lussemburgo, domandando l'irrogazione di una penalità di mora a danno della Repubblica polacca per sanzionare l'omessa osservanza del provvedimento cautelare. La Corte ha accolto la domanda e applicato (già) nel procedimento provvisorio la penalità di mora, il cui pagamento sarebbe divenuto esigibile qualora la Polonia non avesse rispettato immediatamente e pienamente quanto disposto dall'ordinanza, chiaramente finalizzata a indurre lo Stato convenuto a conformarsi agli obblighi europei.

In disparte ogni considerazione sulla delicata questione dei rapporti tra Unione europea e Polonia e sulle potenziali letture "politiche" di tale ordinanza²⁰⁹, è interessante osservare che proprio una controversia in materia ambientale ha fornito alla Corte di giustizia l'occasione per ritenere che l'art. 279 TFUE includa – anche se non è letteralmente previsto – il potere di adottare penalità di mora già dalla fase cautelare²¹⁰.

Gli strumenti di cui le istituzioni europee si sono serviti per assicurare un adeguato *enforcement* delle politiche ambientali non si fermano, però, al solo controllo della compatibilità dell'azione legislativa e amministrativa con gli obblighi imposti dai trattati e, soprattutto, dal

²⁰⁵ Corte giust., ord. 27 febbraio 2007, causa C-503/06 R, *Commissione c. Italia*, ECLI:EU:C:2007:120.

²⁰⁶ Corte giust., ord. 20 novembre 2017, causa C-441/17, *Commissione c. Polonia*, ECLI:EU:C:2017:877, su cui v. CONDINANZI M., *La protezione giurisdizionale cautelare avanti al Giudice dell'Unione europea: l'efficacia e l'equilibrio*, in AA.VV., *Liber amicorum in onore di Antonio Tizzano*, cit., p. 191, spec. p. 203.

²⁰⁷ Il caso concerneva la violazione di due direttive in materia di protezione degli *habitat* naturali: in particolare, si trattava di alcuni provvedimenti delle autorità polacche adottati in merito a una foresta, sito di interesse ambientale (Puszcza Białowieska), contrastanti con le direttive 92/43/CEE e 2009/147/CE.

²⁰⁸ Corte giust., ord. 27 luglio 2017, causa C-441/17 R, *Commissione c. Polonia*, EU:C:2017:622.

²⁰⁹ La dottrina – v. in particolare SARMIENTO D., *Provisional (And Extraordinary) Measures in the Name of the Rule of Law*, in *Despite our differences blog*, 24 novembre 2017 – ha evidenziato che «the Court of Justice has shown its teeth in the Polish crisis» e, così, inteso questa decisione come un chiaro segnale esteso ben oltre i confini della singola procedura. La Corte ha ritenuto non ammissibile che uno Stato membro rifiuti espressamente di ottemperare alle decisioni giudiziarie che lo riguardano, in quanto «il fatto di far rispettare ad uno Stato membro i provvedimenti provvisori adottati dal giudice del procedimento sommario [...] è inerente al valore dello Stato di diritto sancito all'articolo 2 TUE e su cui l'Unione è fondata» (così l'ordinanza citata, pt. 102).

²¹⁰ SMITH M., *Enforcing Environmental*, cit., p. 218.

diritto derivato: infatti, sono stati adottati atti che sanciscono anche a carico dei privati specifici *standard* di condotta e, soprattutto, doveri di prevenzione e rimozione delle conseguenze dannose cagionate con i propri comportamenti.

In questo senso spicca la direttiva 2004/35/CE, nota come “ELD” (*Environmental Liability Directive*)²¹¹, adottata all’esito di un percorso complesso e travagliato, inauguratosi già sul finire degli anni Ottanta, in cui la Commissione presentò una proposta²¹².

Nonostante ciò che l’appellativo potrebbe far pensare, l’oggetto del testo normativo *de quo* non consiste nella definizione di un regime omogeneo di responsabilità civile all’interno degli Stati membri, bensì impone agli Stati membri l’adozione di un apparato disciplinare che consenta all’autorità amministrativa di intervenire perché gli autori di danni ambientali siano tenuti a idonee misure per rimuovere il nocumento cagionato. In quest’ottica, l’art. 1 della direttiva individua chiaramente come proprio oggetto l’istituzione di un quadro normativo per la responsabilità ambientale, «basato sul principio “chi inquina paga”, per la prevenzione e la riparazione del danno ambientale”».

Di quest’ultima nozione – che potrebbe dare luogo a incertezze quanto all’estensione esegetica – viene puntualmente offerta una definizione dal successivo art. 2, par. 1: il danno consiste in un mutamento o un deterioramento, prodotto in via diretta o indiretta, rispetto a una risorsa naturale. Esso si configura come “ambientale” quando attinge alternativamente (i) il raggiungimento o il mantenimento di uno stato di conservazione favorevole di specie animali o vegetali o un *habitat* protetto, (ii) lo stato ecologico, chimico o il potenziale ecologico delle acque o (iii) la contaminazione del terreno, tale da determinare un rischio significativo di effetti negativi per la salute umana.

La direttiva prevede, in particolare, obblighi di prevenzione (art. 5) e di riparazione (art. 6).

Quanto ai primi, gli operatori sono tenuti, in caso di rischio imminente di verificazione di un danno ambientale, all’adozione di tutte le misure necessarie affinché il nocumento non si verifichi e, in caso di persistenza del pericolo, devono contattare le autorità competenti, cui è

²¹¹ In *GUCE*, 30 aprile 2004, L 143, p. 56. La letteratura è, sul punto, assai ampia: cfr. *ex multis* CAPELLI F., *La Direttiva n. 2004/35/CE sul danno ambientale: aspetti giuridici*, in *Dir. com. sc. int.*, 2005, p. 815; GIAMPIETRO F. (a cura di), *La responsabilità per danno all’ambiente. Attuazione della direttiva 2004/35/CE*, Milano, 2006; HINTEREGGER M., *Environmental Liability and Ecological Damage in European Law*, Cambridge, 2008; PETERSEN M., *The Environmental Liability Directive – Extending Nature Protection in Europe*, in *Environmental Law Review*, 2009, p. 11; POLI S., *La responsabilità per danni da inquinamento transfrontaliero nel diritto comunitario e internazionale*, Milano, 2006; POZZO B., *Environmental Liability: the Difficulty of Harmonizing Different National Civil Liability Systems*, in PEETERS M., ELIANTONIOIO M. (eds.), *Research Handbook on EU Environmental Law*, cit., p. 231, spec. p. 235; SALANITRO U., *La direttiva comunitaria sulla responsabilità per danno ambientale*, in *Rass. dir. pub. eur.*, 2003, p. 137; VAN CALSTER G., REINS L., *EU Environmental Law*, cit., p. 150 ss.

²¹² Comunicazione della Commissione COM(89) 282 def., 15 settembre 1989.

rimessa – a quel punto – la scelta degli strumenti opportuni per prevenire (direttamente o attraverso l'imposizione di misure ulteriori) la causazione del danno. L'obbligo grava sull'autorità amministrativa qualora gli interessati non provvedano tempestivamente ovvero non possano essere individuati o costretti a sostenere i costi delle già menzionate misure.

In relazione alle riparazioni, gli operatori cui il danno è imputabile devono comunicare tempestivamente l'accaduto e procedere a ogni iniziativa praticabile perché siano circoscritte e controllate le conseguenze nocive. L'autorità può, in ogni caso, chiedere informazioni, imporre l'adozione di ulteriori misure o impartire le istruzioni riguardo alle opere da compiere, ovvero assumere essa stessa la realizzazione delle misure di riparazione, ponendo poi a carico del responsabile del danno i costi sostenuti (art. 8).

Gli Stati membri sono in ogni caso liberi di assicurare all'ambiente una protezione più ampia e pervasiva rispetto alla soglia fissata dalla direttiva, fissando obblighi più severi per gli operatori (art. 16).

Gli obblighi sanciti dalla ELD hanno formato oggetto di alcune importanti pronunce della Corte di giustizia, la quale ha contribuito a riconoscere la fondamentale necessità di assicurarne la piena effettività negli ordinamenti degli Stati membri. Si possono al proposito menzionare due pronunce, rese rispettivamente nei casi *ERG*²¹³ e *Gert Folk*²¹⁴: nella prima sentenza, il giudice lussemburghese ha stabilito che l'amministrazione competente può subordinare il diritto degli operatori interessati di fare uso dei propri terreni alla condizione che essi dapprincipio eseguano le misure di riparazione necessarie al ripristino dei siti inquinati. L'imposizione di simili obblighi, da assolvere prima di poter tornare all'impiego dei fondi, costituisce – ad avviso della Corte – uno strumento utile ad assicurare effettività al principio per cui “chi inquina, paga” e, soprattutto, non comporta un'indebita limitazione del diritto di proprietà²¹⁵.

Nella seconda delle pronunce richiamate, è stato invece osservato che i legislatori nazionali non possono escludere la responsabilità per danno ambientale per il sol fatto che una determinata attività sia stata autorizzata in conformità alla normativa vigente. Anche in questo caso, la Corte di giustizia ha inteso sottolineare la necessità di assicurare sempre il rispetto di standard di prevenzione e misure di riparazione idonee a proteggere l'integrità dell'ambiente.

Tra gli strumenti normativi adottati dalle istituzioni europee, si segnala infine una serie di atti di diritto derivato volti a prevedere obblighi di conservazione e tutela ambientale in contesti specifici²¹⁶; in taluni di essi, il legislatore sovranazionale ha previsto, in caso agli Stati membri, la

²¹³ Corte giust., sent. 9 marzo 2010, cause C-379/08 e C-380/08, *ERG*, ECLI:EU:C:2010:127.

²¹⁴ Corte giust., sent. 1° giugno 2017, causa C-529/15, *Gert Folk*, ECLI:EU:C:2017:419.

²¹⁵ Corte giust., sent. *ERG*, cit., pt. 79 ss.

²¹⁶ MUNARI F., *Protecting the Environment Through Union Sanctions*, cit., p. 12 dattiloscritto.

necessità di dotare i propri ordinamenti di sanzioni effettive, dissuasive e proporzionate in caso di violazione dei divieti e dei doveri imposti.

Tra questi, si ricordano gli artt. 16, direttiva 2003/87/CE²¹⁷, 60, direttiva 2006/88/CE²¹⁸, 50, regolamento (CE) 1013/2006²¹⁹, 126, regolamento (CE) 1907/2006²²⁰, 34, direttiva 2013/30/UE²²¹, 18, direttiva (UE) 2016/802²²². In particolare, soffermandosi sull'art. 50, regolamento (CE) 1013/2006, la Corte di giustizia ha stabilito che le autorità nazionali debbono tener conto, nel controllo di proporzionalità, dei rischi che la violazione della disciplina può comportare per l'ambiente e la salute umana²²³.

La disamina sin qui condotta consente di rilevare che numerosi e diversi sono gli strumenti attraverso i quali le istituzioni europee hanno inteso assicurare effettività alle proprie politiche in materia ambientale: non è casuale che proprio questo sia stato uno dei settori nei quali, all'inizio degli anni Duemila, si è prospettato il ricorso a obblighi di criminalizzazione. La stretta interrelazione tra i due settori disciplinari ha indotto la dottrina a osservare che «there seems to be a 'two-way' relationship between the environmental sector and 'European criminal law': the environmental matter significantly influences the evolution of 'European criminal law' and is, in turn, affected by this evolution»²²⁴.

4.3. Dalla decisione-quadro 2003/80/GAI alla direttiva 2008/99/CE: il tormentato intervento penale del legislatore europeo in materia ambientale.

L'urgenza di contrastare gli illeciti ambientali attraverso la previsione di obblighi di incriminazione ha trovato, poco dopo l'entrata in vigore del nuovo quadro istituzionale definito dal trattato di Amsterdam, pronta concretizzazione in due proposte, l'una adottata dalla Commissione – nell'ambito delle proprie competenze di primo pilastro, in particolare l'art. 175 TCE²²⁵ – l'altra avanzata dalla Danimarca, fondata invece sugli artt. 29, 31 e 34 TUE (e, quindi, sul terzo pilastro)²²⁶.

²¹⁷ In *GUUE*, 25 ottobre 2003, L 275, p. 32.

²¹⁸ In *GUUE*, 24 novembre 2006, L 328, p. 14.

²¹⁹ In *GUUE*, 12 luglio 2006, L 190, p. 1.

²²⁰ In *GUUE*, 30 dicembre 2006, L 396, p. 1.

²²¹ In *GUUE*, 28 giugno 2013, L 178, p. 66.

²²² In *GUUE*, 21 maggio 2016, L 132, p. 58.

²²³ Corte giust., sent. 26 novembre 2015, causa C-487/14, *SC Total Waste Recycling SRL*, ECLI:EU:C:2015:780, pt. 55.

²²⁴ VAGLIASINDI G.M., *The European Harmonisation in the Sector of Protection of the Environment through Criminal Law: The Results Achieved and Further Needs for Intervention*, *NJECL*, 2012, p. 320, spec. p. 321.

²²⁵ Comunicazione della Commissione COM(2001) 139, 15 marzo 2001.

²²⁶ Consultabile in *GUCE*, 11 febbraio 2000, C 39, p. 4.

Il comune denominatore delle due iniziative legislative si riscontrava nella constatazione del costante incremento, nel territorio europeo, delle condotte di inquinamento, sfruttamento indiscriminato e distruzione dell'ambiente. Di conseguenza, attesa la natura transfrontaliera di questi illeciti – capaci di produrre conseguenze non soltanto sul territorio di un Paese, ma di estendersi oltreconfine –, appariva necessario assicurare un livello di omogeneità sanzionatoria tra gli Stati membri, prevedendo l'applicazione di sanzioni penali per le condotte più gravi, in modo tale da garantire un maggior grado di dissuasività.

Il *discrimen* tra le due iniziative si poteva rinvenire, come appare *ictu oculi*, nell'individuazione della base giuridica: da un lato, la Commissione – sostenuta dal Parlamento europeo – riteneva che l'art. 175 TCE dovesse costituire il fondamento dell'iniziativa in quanto lo scopo dell'atto consisteva nella realizzazione di un elevato livello di tutela dell'ambiente attraverso il ricorso agli obblighi di incriminazione, strumento capace di assicurare adeguata effettività a questa politica. Al contrario, il Consiglio evidenziava che, trattandosi di un intervento normativo di armonizzazione del diritto penale nazionale, la base giuridica corretta andasse ricercata nelle competenze del terzo pilastro²²⁷.

Quanto ai contenuti, in realtà, il Consiglio ha ritenuto, nell'esame delle proposte, di «incorporare nella [...] decisione quadro varie norme sostanziali contenute nella proposta di direttiva, in particolare quelle che definiscono gli atti che gli Stati membri devono qualificare come reati in virtù del proprio diritto interno»²²⁸: del resto, un esame comparatistico dei testi proposti e di quello adottato evidenzia, quanto al tenore letterale, una sostanziale omogeneità contenutistica.

L'atto è stato così adottato nelle forme di una decisione-quadro – la n. 2003/80/GAI²²⁹ – fondata, come proposto dalla Danimarca, sull'art. 31, par. 1, lett. e), TUE, il quale consentiva l'adozione di norme minime relative agli elementi costitutivi dei reati e delle sanzioni rilevanti in tema di criminalità transfrontaliera.

La decisione-quadro conteneva specifici *inputs* di penalizzazione a fronte di condotte dolose o gravemente colpose (art. 3), la cui tipizzazione era affidata all'art. 2, in cui trovavano delineazione numerosi comportamenti caratterizzati, in via generale, dalla potenzialità lesiva rispetto all'ambiente circostante. Per questi fatti, l'art. 5 esigeva dagli Stati membri l'irrogazione di sanzioni penali effettive, dissuasive e proporzionate che, nei casi più gravi, dovevano essere private della libertà personale e tali da consentire l'extradizione. Inoltre, l'art. 5 stesso consentiva ai

²²⁷ VAN CALSTER G., REINS L., *EU Environmental Law*, cit., p. 157.

²²⁸ Considerando n. 5, decisione-quadro 2003/80/GAI.

²²⁹ In *GUUE*, 5 febbraio 2003, L. 29, p. 55.

legislatori nazionali di aggiungere misure ulteriori, a carattere sostanzialmente interdittivo e preventivo (come, a titolo di esempio, il divieto di esercizio di attività richiedenti un'autorizzazione o la gestione di società o enti).

Gli artt. 6 e 7 prevedevano invece il regime di responsabilità (e le conseguenti sanzioni) per le persone giuridiche, nel cui interesse o vantaggio fosse stata realizzata una delle condotte censurate dall'art. 2.

Come immediata reazione all'adozione della decisione-quadro in luogo della direttiva²³⁰, la Commissione ha proposto, sulla base dell'allora vigente art. 35 TUE, un ricorso per annullamento, poi accolto dalla Corte di giustizia: si tratta della "storica" sentenza sui *reati ambientali* del settembre 2005. In particolare, l'istituzione guardiana dei trattati ha sostenuto che le Comunità fossero competenti a formulare obblighi di penalizzazione – senza dover ricorrere al terzo pilastro – qualora ciò si rivelasse essenziale per permettere al diritto comunitario di spiegare piena efficacia.

Il giudice lussemburghese²³¹ ha condiviso le argomentazioni proposte dalla Commissione e, rilevato che lo scopo fondamentale dell'atto era quello di assicurare la piena protezione dell'ambiente ai sensi degli artt. 174 ss. TCE, ha annullato la decisione-quadro.

Poco tempo dopo l'intervento della Corte di giustizia, l'istituzione ha proposto, al fine di porre rimedio al vuoto giuridico prodottosi per l'annullamento di cui si è detto, l'adozione di una direttiva relativa alla protezione dell'ambiente attraverso il diritto penale²³².

In sostanza, si trattava di un testo che riproponeva, in ampia parte, gli obblighi di incriminazione già previsti dalla decisione-quadro²³³, salvo aggiungervi alcune specificazioni quanto alle soglie sanzionatorie, poi espunte nel corso della procedura legislativa, anche in virtù della successiva indicazione, da parte della Corte di giustizia²³⁴, dell'impossibilità di impiegare le competenze del primo pilastro per armonizzare il *quantum* e il *quomodo* delle sanzioni.

Il successivo 19 novembre 2008 è stata adottata, all'esito di quella «tormentata fase di fibrillazione delle istituzioni comunitarie»²³⁵ di cui si è dato conto, la direttiva 2008/99/CE²³⁶: essa, al pari dell'annullata decisione-quadro, contiene l'elencazione delle condotte ritenute meritevoli, sia quando dolose, sia se gravemente colpose, di sanzione penale per le persone fisiche che ne sono responsabili (art. 5). Parimenti, sono previsti obblighi degli Stati membri per l'adozione di

²³⁰ In *GUUE*, 7 giugno 2003, C 135, p. 21.

²³¹ V. *supra*, Capitolo Secondo, par. 12.

²³² Comunicazione della Commissione COM(2007) 51 def., 9 febbraio 2007.

²³³ VAN CALSTER G., REINS L., *EU Environmental Law*, cit., p. 159.

²³⁴ Corte giust., sent. 23 ottobre 2007, cit., pt. 70.

²³⁵ SIRACUSA L., *La competenza comunitaria in ambito penale al primo banco di prova: la direttiva europea sulla tutela penale dell'ambiente*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2008, p. 863, spec. p. 866.

²³⁶ In *GUUE*, 6 dicembre 2008, L 328, p. 28.

idonee misure nei confronti degli enti (artt. 6-7). In entrambi i casi, la direttiva si limita all'enunciazione del *refrain* per cui le sanzioni debbono essere effettive, dissuasive e proporzionate.

Merita qui essere ricordato che, con la direttiva 2009/123/CE, nell'ottobre 2009 il legislatore europeo è intervenuto integrando la direttiva 2005/35/CE (in materia di inquinamento provocato dalle navi) con l'inserimento di obblighi di incriminazione volti a «rafforzare il rispetto della normativa in vigore sull'inquinamento provocato dalle navi»²³⁷. Sebbene la direttiva del 2009 sia stata adottata in virtù delle competenze in materia di trasporti (e all'esito di quello stesso filone contenzioso inaugurato dalla sentenza *reati ambientali*), è evidente che, anche in queste circostanze, l'iniziativa della Commissione sottende l'obiettivo di assicurare massima effettività alla propria politica ambientale²³⁸.

In queste direttive – adottate all'esito di iniziative della Commissione volte a colmare le lacune generate dagli annullamenti del 2005 e del 2007 – si scorgono dunque due esempi di atti di diritto derivato contenenti obblighi di penalizzazione finalizzati a garantire effettività a politiche già ampiamente concretizzate nella produzione giuridica comunitaria: un'evidente anticipazione di ciò che poi l'art. 83, par. 2, TFUE ha consentito alle istituzioni a partire dal dicembre 2009.

4.4. I limiti della direttiva 2008/99/CE e la prospettiva di un ulteriore intervento penale europeo.

La direttiva del 2008 ha segnato una svolta essenziale nel percorso dell'integrazione europea: da un lato, è emblematica dell'intento di assicurare massima protezione all'ambiente – bene giuridico di marcata matrice sovranazionale –, da un altro assume una valenza giuridico-istituzionale altrettanto significativa, poiché ha definitivamente consacrato la capacità delle istituzioni europee di ricorrere al diritto penale per assicurare effettività alle proprie politiche, seppur entro i limiti che la Corte di giustizia ha specificato nella sentenza dell'ottobre 2007²³⁹. In particolare, il giudice lussemburghese²⁴⁰ aveva sancito che, perché potesse legittimamente verificarsi un intervento al di fuori della cornice del terzo pilastro, le direttive contenenti obblighi di penalizzazione dovevano limitarsi a definire le condotte da sanzionare, previa la verifica dell'indispensabilità dell'adozione di misure di questo tipo.

²³⁷ Considerando n. 3, direttiva 2009/123/CE.

²³⁸ Come specificato chiaramente dall'avvocato generale Colomer, 26 maggio 2005, causa C-176/03, *Commissione c. Consiglio*, ECLI:EU:C:2005:311, pt. 59: «l'ambiente costituisce una competenza della Comunità e rappresenta altresì un bene giuridico alla cui difesa sono ispirate le altre politiche, azione di tutela che può anche essere considerata una finalità essenziale dell'ordinamento comunitario».

²³⁹ SIRACUSA L., *La competenza comunitaria*, cit., p. 864.

²⁴⁰ Corte giust., sent. 23 ottobre 2007, cit., pt. 66.

Proprio per il tratto innovativo che la direttiva manifesta, nonché a causa dell'esigenza di rinvenire – in assenza di una base giuridica legittimante come l'attuale art. 83, par. 2, TFUE – un delicato equilibrio istituzionale, l'atto in esame presenta senz'altro luci e ombre, ben evidenziate dalla dottrina: attraverso una lente critica, perciò, è possibile valutare tanto il contenuto della direttiva, quanto le prospettive di integrazione o sostituzione alla luce della nuova cornice istituzionale.

Con riferimento alla struttura degli illeciti, la tipizzazione operata dal legislatore europeo si fonda su due elementi. In primo luogo, la direttiva intende punire condotte che hanno un carattere già *contra legem*, in quanto realizzate in violazione di divieti o standard imposti dalla normativa europea o nazionale; tuttavia, la mera illegittimità del comportamento non fonda *ipso facto* la responsabilità penale dell'agente, la quale scatta soltanto in presenza di infrazioni che provochino o possano provocare danni rilevanti all'ambiente o agli individui. Questo è, dunque, il secondo elemento strutturale dell'illecito sanzionato, ovvero la (concreta) capacità offensiva del bene giuridico protetto.

La previsione di questo secondo requisito, indispensabile per poter criminalizzare la condotta già contrastante con la disciplina amministrativa, è stata valutata con favore dalla dottrina, in quanto ha reso compatibili le fattispecie elaborate con i principi di offensività e di *extrema ratio*.

L'adozione della direttiva ha inoltre segnato una significativa evoluzione perché, come era stato evidenziato in un report del 2007, parecchi Stati membri prevedevano misure decisamente poco severe e tra loro frammentarie o eterogenee, a fronte di condotte capaci di arrecare un significativo danno ecologico²⁴¹. Tuttavia, l'atto non ha imposto alcuna forma di iperpenalizzazione, sia grazie alla prudente previsione degli elementi di cui si è detto, sia attraverso la valorizzazione del canone della gravità dell'offesa, chiaramente evocato dal considerando n. 10 e più volte menzionato nell'elencazione delle condotte di cui all'art. 2; al contrario, le previsioni dettate a livello sovranazionale avrebbero il positivo effetto di superare alcune disfunzioni e arretratezze segnalate negli ordinamenti interni²⁴².

Inoltre, la dottrina ha considerato in modo favorevole l'intervento europeo nella misura in cui esso ha inciso su tipologie criminose caratterizzate da forte transnazionalità, sia per gli effetti transfrontalieri che un eco-delitto può produrre, sia per l'incidenza sulla dislocazione degli operatori economici sul territorio europeo, altrimenti potenzialmente esposta a fenomeni di *forum*

²⁴¹ *Study on Environmental Crime in the 27 Member States*, 5 aprile 2007, consultabile alla pagina web https://ec.europa.eu/environment/legal/crime/pdf/report_environmental_crime.pdf.

²⁴² VAGLIASINDI G.M., *The European Harmonisation*, cit., p. 321.

shopping. Pertanto, è stata valutata positivamente l'intenzione «to create a level playing field»²⁴³, strettamente correlato alla natura propriamente sovranazionale del bene giuridico ambiente, in quanto intimamente connesso all'attuazione di molteplici politiche europee²⁴⁴.

Per quanto, invece, concerne le perplessità manifestate rispetto alla direttiva, il primo – e più significativo – difetto riscontrato dalla dottrina attiene alla mancata armonizzazione del *quomodo* e del *quantum* delle sanzioni irrogabili per gli illeciti²⁴⁵. Per quanto la Corte di giustizia possa essere chiamata, attraverso un rinvio pregiudiziale o una procedura d'infrazione, a valutare la congruenza delle misure adottate a livello nazionale rispetto ai parametri di effettività, proporzionalità e dissuasività dettati dal legislatore europeo²⁴⁶, deve evidenziarsi che questo strumento sarebbe pur sempre un rimedio soltanto parziale a fronte della possibilità di un intervento normativo più incisivo che fissi tipologie e intensità delle pene irrogabili.

In effetti, l'assenza di indicazioni in relazione alle tipologie e agli edittali ha lasciato gli Stati membri del tutto liberi di adeguare i propri ordinamenti agli *standard* elastici imposti dalla direttiva²⁴⁷: tanto che la disomogeneità degli apparati sanzionatori potrebbe addirittura vanificare gli effetti positivi dell'armonizzazione operata almeno sotto il profilo dell'*an* della pena²⁴⁸. Addirittura, non manca chi²⁴⁹ ha evidenziato che – sotto questo profilo – la decisione-quadro annullata offriva un quadro normativo capace di maggior ravvicinamento, in quanto imponeva, almeno per i casi gravi, il ricorso alla reclusione tale da consentire l'extradizione dei rei.

Il *deficit* di armonizzazione a livello sanzionatorio è stato evidenziato da uno studio condotto dall'European Network against Environmental Crime (ENEC)²⁵⁰, in cui gli Autori effettuano un confronto delle misure punitive adottate nei singoli ordinamenti per le fattispecie enunciate dalla direttiva 2008/99/CE. Da quest'analisi, si apprende non solo quanto profonde siano le divergenze in merito alle tipologie sanzionatorie – avendo alcuni Paesi previsto soltanto la detenzione, altri il pagamento di ammende, altri l'alternativa o il cumulo delle due misure –, ma anche la sensibile differenza in punto di severità²⁵¹.

²⁴³ VAN CALSTER G., REINS L., *EU Environmental Law*, cit., p. 157.

²⁴⁴ SICURELLA, p. 346-7.

²⁴⁵ GRASSO G., *EU Harmonisation Competences in Criminal Matters and Environmental Crime*, in FARMER A., FAURE M., VAGLIASINDI G.M. (eds.), *Environmental Crime in Europe*, cit., p. 15, spec. p. 28; MUNARI F., *Protecting the Environment Through Union Sanctions*, cit., p. 17 dattiloscritto.

²⁴⁶ SIRACUSA L., *La competenza comunitaria*, cit., p. 888.

²⁴⁷ VAGLIASINDI G.M., *La direttiva 2008/99/CE e il Trattato di Lisbona: verso un nuovo volto del diritto penale ambientale italiano*, in *Dir. comm. int.*, 3/2010, p. 458.

²⁴⁸ SIRACUSA L., *La competenza comunitaria*, cit., p. 885.

²⁴⁹ DE LA CUESTA ARZAMENDI J., *Protection Against Environmental Crimes*, in BASSIOUNI M., MILITELLO V., SATZGER H. (eds.), *European Cooperation in Penal Matters: Issues and Perspectives*, Padova, 2008, p. 211, spec. p. 225.

²⁵⁰ *Study on the Implementation of Directive 2008/99/EC on the Protection of the Environment Through Criminal Law*, pubblicato nel 2016 e consultabile online alla pagina web https://www.enfje.org/images/docPDF/Study-on-the-implementation-of-Directive-2008_99_ENEC_SEO_BirdLife_May2016.pdf.

²⁵¹ Può essere utile dar conto di un esempio. Si consideri l'illecito di cui all'art. 3, par. 1, lett. b) della direttiva 2008/99/CE, secondo cui devono essere repressi penalmente fenomeni quali la raccolta, il trasporto, il recupero o

Altri profili di criticità sono stati rinvenuti quanto alla modalità di costruzione degli illeciti, in particolare con riferimento ai rinvii che vengono effettuati dalla direttiva verso disposizioni extrapenali²⁵². Si tratta di una tematica di grande rilievo, in quanto una tecnica normativa di questo tipo potrebbe far emergere frizioni con il principio di riserva di legge in materia penale, in quanto la definizione degli illeciti deriverebbe da fonti diverse dalla legislazione ordinaria²⁵³.

A fronte di queste carenze strutturali – che, specie per la prima, derivano dallo specifico contesto storico-istituzionale in cui la direttiva fu adottata – non sorprende che, appena entrato in vigore l'art. 83, par. 2, TFUE, la Commissione abbia inserito la protezione dell'ambiente tra i settori che potrebbero apparire suscettibili di un (nuovo) intervento di armonizzazione. Nella comunicazione del 2011 sul (futuro) impiego del diritto penale da parte dell'Unione europea, l'istituzione ha evocato un ulteriore intervento di rafforzamento della direttiva 2008/99/CE qualora la normativa risulti carente e una riforma dei contenuti della stessa appaia utile al fine di prevenire e sanzionare disastri ambientali²⁵⁴.

Allo stesso modo, nella relazione adottata dal Consiglio nel 2019 si legge²⁵⁵ che, tra le sfere in cui l'intervento penale potrebbe essere invocato, vi sono i reati ambientali, ivi includendosi, in particolare, le condotte inquinanti del mare, del suolo e dell'atmosfera. Inoltre, in questo stesso documento gli Stati membri hanno rilevato che potrebbe essere opportuno concentrare l'attenzione sull'attuazione della legislazione già vigente, nonché sul miglioramento della struttura normativa.

L'auspicio di un ulteriore intervento nel settore del contrasto alla criminalità ambientale è stato espresso, a più riprese e con varietà di suggerimenti, dalla dottrina²⁵⁶.

lo smaltimento di rifiuti, comprese la sorveglianza di tali operazioni e il controllo dei siti di smaltimento successivo alla loro chiusura nonché l'attività effettuata in quanto commerciante o intermediario (gestione dei rifiuti), che provochi o possa provocare il decesso o lesioni gravi alle persone o danni rilevanti alla qualità dell'aria, alla qualità del suolo o alla qualità delle acque, ovvero alla fauna o alla flora. Rispetto a questi illeciti, 10 Stati membri (il 36%) prevedono l'alternativa tra una multa e la reclusione, 4 lasciano al giudice la scelta quanto al cumulo o meno delle due tipologie sanzionatorie, 7 impongono la reclusione, 6 il cumulo di detenzione e ammenda. In un solo Paese è prevista sempre la detenzione, con la possibilità di aggiungervi una multa. Se poi si considera la severità delle sanzioni, si spazia da un Paese (il Lussemburgo) in cui la pena massima è pari alla reclusione fino a 6 mesi ad altri (come Bulgaria, Grecia e Romania) ove l'editto superiore si innalza fino a vent'anni, o a Malta, ove si può arrivare sino all'ergastolo. La maggior parte dei Paesi membri ha previsto una soglia massima di pena compresa tra 5 e 8 anni (15 Stati membri in totale). I dati sono ricavati *Study on the Implementation of Directive 2008/99/EC*, cit., p. 13 ss.

²⁵² FOFFANI L., *Il manifesto sulla politica criminale*, cit., p. 670; SIRACUSA L., *La competenza comunitaria*, cit., p. 891-892.

²⁵³ SIRACUSA L., *La competenza comunitaria*, cit., p. 892.

²⁵⁴ COM(2011) 573 def., cit., p. 13.

²⁵⁵ *Il futuro del diritto penale sostanziale dell'UE*, cit., p. 9.

²⁵⁶ BELLACOSA M., *Il contrasto in Europa al traffico illecito di rifiuti pericolosi su base transnazionale*, in DPC, 4/2019, p. 178, spec. p. 189; CIMINI B.R., *I rapporti tra le fattispecie penale e la normativa comunitaria*, in D'AGOSTINO P., SALOMONE R. (a cura di), *La tutela dell'ambiente. Profili penali e sanzionatori*, Padova, 2011, p. 45, spec. p. 163; GRASSO G., *EU Harmonisation Competences*, cit., p. 28-29; MUNARI F., *Protecting the Environment Through Union Sanctions*, cit., p. 17 dattiloscritto; VAGLIASINDI G.M., *The European Harmonisation*, cit., p. 330.

In primo luogo, l'art. 83, par. 2, TFUE offre – allo stato attuale – una base giuridica che legittima l'adozione di norme minime non solo rispetto alle fattispecie, ma anche con riguardo alle sanzioni. Seppur entro i già segnalati limiti che le tecniche di ravvicinamento palesano sul punto, una nuova direttiva permetterebbe – pur tenendo ferme le incriminazioni già previste – di armonizzare gli apparati punitivi, che presentano, come il *report* del 2016 ha manifestato, tratti di eccezionale eterogeneità. Tenuto conto che la criminalità ambientale è un fenomeno strettamente connesso al circuito imprenditoriale²⁵⁷, lasciare agli Stati membri la possibilità di conservare regimi tanto diversi significa accordare agli operatori economici la facoltà di scegliere la sede (c.d. *pollution havens*²⁵⁸) per poter realizzare i propri propositi delittuosi con i minori rischi di subire un'adeguata repressione.

Inoltre, la stessa base giuridica potrebbe costituire il valido fondamento per ogni intervento che intendesse estendere gli obblighi di incriminazione anche a fattispecie ulteriori, sia perché si individuino nuove modalità di aggressione del bene giuridico, sia perché si ritenesse di dilatare l'ambito oggettivo della tutela penale a specifici settori che erano esclusi. Del resto, l'esistenza in materia di una serie di atti di diritto derivato pressoché sconfinata consente l'attivazione della competenza c.d. accessoria, a condizione – ovviamente – che siano soddisfatti i requisiti legati all'indispensabilità e all'effettività.

Vi sono, però, stimoli e margini per un intervento penale attraverso l'art. 83, par. 1, TFUE. In primo luogo, posto che gli ecodelitti assumono una chiara matrice transnazionale, si potrebbe far esercizio del co. 3 – che consente l'estensione della lista di cui al precedente co. 2 attraverso una decisione del Consiglio – in modo tale da ricomprendere anche la criminalità ambientale tra i settori in cui l'intervento europeo in materia penale possa svolgersi secondo i connotati della competenza c.d. autonoma²⁵⁹.

Altrettanto, si è rilevato che l'art. 83, par. 1, TFUE potrebbe legittimare già attualmente l'adozione di una direttiva contenente norme minime, nella misura in cui l'intervento si inscriverebbe nell'ambito della “criminalità organizzata”, nozione ricompresa già nell'attuale elencazione. Soprattutto per le fattispecie correlate al traffico e allo smaltimento dei rifiuti (fattispecie che la direttiva 2008/99/CE annovera), vi sono evidenze criminologiche che correlano chiaramente questi ecodelitti alle organizzazioni criminali²⁶⁰. Di conseguenza, un intervento sulla base

²⁵⁷ ÖBERG J., *Criminal Sanctions in the Field of EU Environmental Law*, in *NJECL*, 2011, p. 402, spec. p. 408: ivi l'Autore osserva che «[t]here is some empirical support for the assumption that companies decide to comply with environmental rules depending on a cost and benefit analysis».

²⁵⁸ BELLACOSA M., *Il contrasto in Europa*, cit., p. 188.

²⁵⁹ BELLACOSA M., *Il contrasto in Europa*, cit., p. 189; CIMINI B.R., *I rapporti tra le fattispecie penale*, cit., p. 165.

²⁶⁰ *Ex multis*, v. BELLACOSA M., *Il contrasto in Europa*, cit.; PALMISANO M., *Il traffico illecito di rifiuti nel Mediterraneo: fenomenologie e strumenti di contrasto*, in *DPC*, 1/2018, p. 93. La stessa emergenza sanitaria in corso ha suscitato già dai primi mesi l'interesse delle c.d. “ecomafie” per lo smaltimento della significativa mole di rifiuti speciali e tossici

dell'art. 83, par. 1, TFUE potrebbe, per questo specifico settore, essere già attualmente configurabile e, alla luce dei caratteri di gravità e transnazionalità che il fenomeno manifesta, auspicabile.

4.5. Pena o sanzione amministrativa per la tutela dell'ambiente?

L'impiego dello *ius puniendi*, strumento ritenuto capace di offrire adeguata protezione al bene giuridico in esame, suscita – oggi come in tempi meno recenti – una riflessione in merito alla possibilità di fare ricorso anche a mezzi di *enforcement* e sanzionatori diversi dalla pena.

Come è stato osservato, è difficile rinvenire «settori del sistema penale in cui la meritevolezza di tutela di un interesse si distanzia così grandemente dal bisogno di pena per le condotte che lo offendono: benché l'ambiente costituisca un bene di importanza fondamentale, o forse, ancora meglio, propedeutico alla stessa esistenza della vita associata, cionondimeno la repressione della maggior parte delle lesioni all'integrità dell'ecosistema (o ad una sua matrice) non passa necessariamente da una fattispecie incriminatrice. In altro modo: l'intervento penale non è indispensabile»²⁶¹.

In quest'ottica, è evidente che l'ambiente costituisce un bene giuridico al quale la massima protezione dev'essere assicurata. La devastazione degli ecosistemi, l'impiego scriteriato delle risorse, lo sfruttamento di acque e suolo, i mutamenti climatici offrono, in questo senso, evidenze difficilmente superabili.

Alla luce di ciò s'impone, dunque, la ricerca delle strategie migliori di *enforcement* della copiosa legislazione che, a livello nazionale ed europeo, è stata adottata negli ultimi decenni.

Gli argomenti su cui si fonda l'opzione penale affondano le proprie radici in considerazioni che già sono state svolte in più occasioni e che la direttiva 2008/99/CE, in larga parte, richiama nel preambolo.

Un primo aspetto è legato alla capacità della sanzione penale di esprimere, in modo netto, il disvalore del fatto e, di conseguenza, la disapprovazione sociale. Il considerando n. 3 evoca espressamente la maggiore «riprovazione [...] di natura qualitativamente diversa rispetto alle sanzioni amministrative o ai meccanismi risarcitori», elemento che anche la dottrina ritiene possa porsi a favore dell'opzione penale²⁶².

prodotti: v., sul punto, MUSACCHIO V., *Mafie, Covid-19 e rifiuti tossici in Europa: un affare per miliardi di euro*, in *Articolo21*, 24 luglio 2020.

²⁶¹ CONSULICH F., *Il giudice e il mosaico. La tutela dell'ambiente, tra diritto dell'Unione e pena nazionale*, in *Leg. pen.*, 27 luglio 2018, p. 1.

²⁶² ÖBERG J., *Criminal Sanctions*, cit., p. 408.

Su questo tema, già agli inizi degli anni Novanta, negli Stati Uniti – proprio con riferimento agli *Environmental Crimes* – era stata sottolineata²⁶³ «the express capacity of criminal law [...] to give force and symbolic representation to moral values by conveying condemnation and disgrace»²⁶⁴. Proprio questa era una delle ragioni che avevano indotto numerosi legislatori federali, specie a guida democratica, a introdurre sanzioni penali per le condotte inquinanti.

All'espressione di una forte stigmatizzazione si accompagna anche l'auspicato effetto deterrente che la sanzione penale – più di ogni altra – dovrebbe essere in grado di conseguire e, per questo motivo, essa appare *ictu oculi* appropriata per raggiungere un elevato livello di tutela dell'ambiente²⁶⁵. In questo senso, alcune ricerche avrebbero rilevato la capacità dissuasiva della pena nella misura in cui questa colpirebbe soggetti che, all'interno del tessuto sociale, occupano ruoli per i quali il processo (prima) e la reclusione (poi) provocherebbero gravi ripercussioni personali e professionali²⁶⁶.

Inoltre, si è evidenziato che gli strumenti di indagine di cui dispone l'attività giudiziaria sono solitamente migliori e più efficaci rispetto a quelli che gli ordinamenti accordano all'autorità amministrativa; altresì, il processo penale offre – nella maggior parte degli ordinamenti – la possibilità per i privati di richiedere il ristoro dei danni personalmente sofferti, senza la necessità di azioni civili ulteriori. Questi elementi sarebbero capaci di assicurare ulteriore effettività al sistema di protezione dell'ambiente²⁶⁷.

Anche nella giurisprudenza della Corte Edu, sovente è stata richiamata l'importanza di prevedere fattispecie penali per reprimere condotte gravemente lesive dell'ambiente, in quanto comportamenti capaci di cagionare nocimento alla vita umana²⁶⁸. In una nota sentenza²⁶⁹, proprio affrontando il nodo del rapporto tra tutela ambientale e sanzioni, la Corte di Strasburgo ha osservato che la crescente preoccupazione per la protezione dell'ecosistema giustifica il ricorso alla pena come strumento di implementazione degli obblighi imposti a livello europeo e internazionale: e, in questo senso, viene proprio menzionata la direttiva 2008/99/CE come esempio.

²⁶³ HEDMAN S., *Expressive Functions of Criminal Sanctions in Environmental Law*, in *George Washington Law Review*, 1990-91, p. 889.

²⁶⁴ *Ivi*, p. 896.

²⁶⁵ ÖBERG J., *Criminal Sanctions*, cit., p. 406 e dottrina *ivi* citata, specie alla nota n. 23.

²⁶⁶ *Ivi*, p. 407.

²⁶⁷ *Ivi*, p. 411.

²⁶⁸ MAZZANTI E., *La protezione penale dell'ambiente come diritto umano. Inquadramento e rilievi critici*, in *Leg. pen.*, 25 giugno 2019, p. 10.

²⁶⁹ Corte Edu, sent. 28 settembre 2010, *Mangouras c. Spagna*, ric. 12050/04, in *echr.coe.int*. Il ricorrente, nel caso di specie, era il capitano di una petroliera, naufragata al largo delle coste spagnole con il conseguente danneggiamento ambientale. Egli era stato sottoposto a custodia cautelare, con la fissazione di un'elevata cauzione: proprio per questo si doleva, ossia per la violazione dell'art. 5, par. 3, Cedu (che sancisce che la scarcerazione può essere subordinata a garanzie che assicurino la comparizione dell'interessato).

Non mancano tuttavia voci dissonanti quanto alla inadeguatezza delle sanzioni penali ad assicurare adeguato *enforcement* alla legislazione in materia ambientale.

In primo luogo, è stata evidenziata l'opportunità di ricorrere a quello che viene definito un vero e proprio *toolbox approach*²⁷⁰, ovverosia una pluralità di strumenti, tra loro eterogenei – azioni di classe, *punitive damages*, sanzioni amministrative pecuniarie e interdittive, obblighi di *remissio in pristino* e di realizzazione di ulteriori opere per la collettività –, che pure, nel complesso, siano in grado di assicurare una reazione dell'ordinamento più completa: infatti, «the over-reliance on criminal law as the only enforcement tool» conduce, in realtà, all'esito opposto rispetto a quello sperato, in virtù di una pluralità di fattori (la lentezza degli accertamenti, l'insufficienza delle risorse, il decorso della prescrizione, la mitezza delle sanzioni)²⁷¹.

Proprio la maggiore rapidità nell'adozione delle sanzioni e i minori costi correlati allo svolgimento dei procedimenti amministrativi (e non penali) sono altre ragioni sovente considerate a favore dell'opzione amministrativa, in apparenza meno severa, capace però di maggiore tempestività e, in ogni caso, di adeguata afflittività²⁷².

Altro strumento idoneo a assicurare maggior *enforcement* alla legislazione ambientale consiste nell'irrobustimento delle sanzioni per le persone giuridiche – sia di carattere monetario, sia interdittivo – in quanto, come è stato rilevato in modo pienamente condivisibile, «la persona fisica non è l'unico attore presente sulla scena, ma piuttosto si accompagna all'ente, agendone come *longa manus*; è quest'ultimo che gioca frequentemente un ruolo essenziale, come autentico *decision maker* e destinatario finale del profitto illecito»²⁷³. Specie per i fenomeni di inquinamento stratificatisi nel tempo, il fisiologico avvicendamento degli individui con ruoli apicali nelle persone giuridiche rende difficile pensare di poter efficacemente perseguire i primi, mentre le seconde sono caratterizzate da maggiore stabilità e, così, possono più facilmente essere chiamate a rispondere dei fatti commessi nel loro interesse o a loro vantaggio²⁷⁴.

Infine, non può mancare una serie di interventi strutturali i cui esiti sarebbero quelli di favorire senz'altro l'attività preventivo-repressiva delle forme di danneggiamento dell'ambiente. Il *toolbox approach* potrebbe implicare misure come il miglioramento della formulazione di divieti

²⁷⁰ FAURE M., *The Development of Environmental*, cit., p. 139.

²⁷¹ *Ivi*, p. 141, da cui è tratta anche la citazione che precede; ÖBERG J., *Criminal Sanctions*, cit., p. 414.

²⁷² BELLACOSA M., *Il contrasto in Europa*, cit., p. 181; FARMER A., FAURE M., VAGLIASINDI G.M., *Environmental Crime in Europe: State of Affairs and Future Perspectives*, in FARMER A., FAURE M., VAGLIASINDI G.M. (eds.), *Environmental Crime in Europe*, cit., p. 318, spec. p. 325. Sebbene, come osserva ÖBERG J., *Criminal Sanctions*, cit., p. 424, vi sarebbe poi la considerazione di tali sanzioni come “sostanzialmente” penali alla luce della giurisprudenza della Corte Edu e della stessa Corte di giustizia, con la necessità di applicare, a procedimenti e misure adottate, le garanzie penalistiche.

²⁷³ CONSULICH F., *Il giudice e il mosaico*, cit., p. 20.

²⁷⁴ *Ivi*, p. 21.

e precetti, la collocazione delle fattispecie penali nei codici e non in legislazioni speciali disarmoniche, l'assicurazione di risorse adeguate alle autorità – amministrative e giudiziarie – incaricate di controlli e indagini, il riconoscimento di forme di priorità al contrasto della criminalità ambientale, il coordinamento a livello nazionale e sovranazionale²⁷⁵.

Pertanto, per proteggere un bene primario e d'interesse diffuso come l'ambiente, può risultare preferibile ricorrere a strumenti fra loro eterogenei e complementari, secondo modello in cui la repressione penale, efficace e tempestiva, sia riservata alle forme di inquinamento di vasta scala (come, ad es., disastri o catastrofi) o ai traffici di materiali pericolosi, in cui siano coinvolte associazioni criminose. Invece, un controllo più diffuso e capillare potrebbe essere affidato all'autorità amministrativa, sia in chiave preventiva, sia in ottica sanzionatoria. In questa direzione, anche il legislatore europeo potrebbe oggi – avvalendosi delle competenze riconosciute dai trattati tanto in materia penale, quanto nel settore ambientale – stimolare gli Stati membri (come già ha fatto in passato) a implementare sistemi sempre nuovi e più efficaci di contrasto ai fenomeni di danneggiamento della natura, senza affidare alla (sola) sanzione penale l'*enforcement* dell'intera politica ambientale.

5. La tutela della concorrenza.

Tra le politiche europee, poche possono vantare un'attenzione tanto marcata quanto quella che, dai tempi della fondazione delle Comunità, le istituzioni hanno riservato alla concorrenza²⁷⁶. Nel corso dei decenni, gli strumenti di prevenzione e contrasto degli illeciti *in subiecta materia* sono evoluti, ma si sono limitati a prevedere misure nei confronti delle imprese. Questa specifica scelta – ribadita ancor di recente dal legislatore europeo – ha formato (e forma tutt'ora) oggetto di critiche da parte della dottrina: posto che, da più parti, si lamenta il difetto di *enforcement* per la legislazione *antitrust*, sarebbe auspicabile predisporre un apparato sanzionatorio rivolto (anche) agli individui. Ovviamente, in questa riflessione compare – altrimenti non potrebbe essere – l'interrogativo circa il ruolo che potrebbe essere riservato alla sanzione penale.

5.1. L'attuale assetto sanzionatorio europeo in materia *antitrust*.

Il settore della concorrenza rappresenta, dai tempi della fondazione delle Comunità, uno dei settori in cui le istituzioni europee non si sono limitate all'attività normativa, ma hanno affiancato ad essa lo svolgimento di funzioni amministrative, nel cui contesto si inserisce anche

²⁷⁵ FARMER A., FAURE M., VAGLIASINDI G.M., *Environmental Crime*, cit., p. 325 ss.

²⁷⁶ CRAIG P., *The Lisbon Treaty – Law, Politics and Treaty Reform*, Oxford, 2010, p. 365 evidenzia che il settore in esame, dopo quello dell'agricoltura, sarebbe uno di quelli in cui le politiche europee hanno raggiunto il maggior grado di evoluzione e il massimo impatto sul mercato unico.

l'irrogazione di sanzioni pecuniarie. In particolare, già il regolamento n. 17/62²⁷⁷ aveva attribuito alla Commissione il potere di sanzionare le imprese che venissero ritenute responsabili delle condotte che i trattati – all'epoca gli artt. 85 e 86 TCEE, oggi 101 e 102 TFUE – vietavano, ovvero, all'epoca come oggi, gli accordi tra imprese, le decisioni di associazioni delle stesse e le pratiche concordate capaci di pregiudicare il commercio tra gli Stati membri e di incidere sul libero gioco della concorrenza, nonché l'abuso di posizione dominante sul mercato.

Il progressivo allargamento territoriale delle Comunità e la complessità dei compiti affidati alla Commissione hanno indotto le istituzioni, con il regolamento (CE) n. 1/2003²⁷⁸, a implementare un nuovo paradigma di *enforcement* del diritto *antitrust*, attraverso la costituzione e la sinergica attività delle autorità nazionali inserite in un *network* europeo. In questo contesto, alla Commissione è stata riservata «una posizione di *primus inter pares*»²⁷⁹, sebbene l'applicazione degli artt. 101 e 102 TFUE sia, nella maggior parte dei casi, affidata agli Stati membri e alle rispettive amministrazioni e giurisdizioni. Il regolamento del 2003 ha conservato l'impostazione di fondo previgente, ossia ha continuato a prevedere sanzioni – ad applicazione largamente delocalizzata – soltanto per le imprese, non per gli individui materialmente responsabili degli illeciti.

Affidare l'*enforcement* dell'apparato normativo anticoncorrenziale agli ordinamenti nazionali significa, tuttavia, rimettere ai legislatori locali la scelta del quadro sanzionatorio applicabile alle violazioni degli artt. 101 e 102 TFUE, in quanto l'art. 5, par. 1, regolamento (CE) n. 1/2003 esige che le autorità garanti provvedano a «comminare ammende, penalità di mora o qualunque altra sanzione prevista dal diritto nazionale».

In questo contesto, com'è stato lucidamente sottolineato, «l'effettività nell'applicazione della disciplina sostanziale europea dipend[e] dagli ambienti normativi e amministrativi in cui le ANC e le Corti conducono le proprie attività»²⁸⁰.

Dei limiti sottesi a un sistema simile hanno avuto contezza le stesse istituzioni.

Il Parlamento europeo, in una risoluzione di inizio 2011 sulla politica di concorrenza del 2009²⁸¹, ha osservato che ricorrere soltanto ad ammende, benché di importo sempre maggiore, ma rivolte alle (sole) imprese, come unico strumento *antitrust* potrebbe essere insufficiente ed esplicitamente ha invocato «lo sviluppo di un'ampia gamma di strumenti più sofisticati, che affrontino questioni quali la responsabilità individuale»²⁸².

²⁷⁷ In *GUCE*, 21 febbraio 1962, p. 204.

²⁷⁸ In *GUCE*, 4 gennaio 2003, L 1, p. 1.

²⁷⁹ GHEZZI F., MARCHETTI B., *La proposta di direttiva in materia di rete europea della concorrenza e la necessità di un giusto equilibrio tra efficienza e garanzie*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 2017, p. 1015, spec. p. 1023.

²⁸⁰ *Ivi*, p. 1025.

²⁸¹ Risoluzione del Parlamento europeo, 20 gennaio 2011, sulla relazione sulla politica di concorrenza 2009, doc. 2010/2137(INI).

²⁸² *Ivi*, pt. 60

Parimenti, la Commissione ha adottato una comunicazione che, nel 2014, ha ripercorso il primo decennio di applicazione del regolamento del 2003 e ha sollevato alcune questioni di particolare rilievo, *inter alia* sotto il profilo sanzionatorio²⁸³. Nell'atto del 2014 si osserva che, sebbene il nuovo assetto "a rete" abbia offerto risultati apprezzabili, sarebbe opportuno garantire un'ulteriore convergenza quanto alle procedure e alle sanzioni nazionali applicabili in caso di violazione delle norme *antitrust*²⁸⁴. In un ulteriore passaggio della comunicazione, si riconosce che spetta agli Stati membri assicurare l'impiego, nei confronti delle imprese, di misure di diritto civile o amministrativo rispettose dei consueti parametri – efficacia, proporzionalità, dissuasività – già da tempo noti. Al tempo stesso, sarebbe opportuno che gli ordinamenti coordinassero gli apparati sanzionatori nei confronti delle persone fisiche con i *leniency programmes*, i quali permettono alle imprese di far emergere il proprio coinvolgimento in pratiche abusive o scorrette evitando o riducendo le ammende²⁸⁵.

Sul piano normativo, il settore è stato interessato da due interventi: benché importanti per assicurare maggior *enforcement* alla normativa sulla concorrenza, nessuno di essi ha provveduto all'armonizzazione delle sanzioni nei confronti degli individui. Nel 2014 è stata adottata la direttiva 2014/104/UE²⁸⁶, contenente disposizioni in tema di risarcimento del danno per violazione del diritto *antitrust* (il c.d. *private enforcement*) e, nel 2019, è stata varata la direttiva (UE) 2019/1²⁸⁷, il cui ambito applicativo concerne le garanzie di indipendenza, le risorse e i poteri sanzionatori (nei confronti, però, delle sole imprese) di cui i legislatori nazionali devono dotare le autorità amministrative competenti. Essa è stata adottata perché venisse posto rimedio al significativo disallineamento tra i poteri assicurati, a livello statale, agli organi chiamati ad assicurare e accertare il rispetto dei divieti imposti dai trattati in materia *antitrust*²⁸⁸.

All'interno di questo secondo atto, il Capo V (artt. 13-16) ha previsto, in capo agli Stati membri, l'obbligo di dotare le autorità amministrative competenti del potere di irrogare ammende efficaci, proporzionate e dissuasive in caso di infrazioni, dolose o colpose, degli artt. 101

²⁸³ Comunicazione della Commissione COM(2014) 453 def., 9 luglio 2014.

²⁸⁴ *Ivi*, p. 9.

²⁸⁵ *Ivi*, p. 11-12.

²⁸⁶ In *GUUE* 5 dicembre 2014, L 349, p. 1, su cui v. già *supra*, Capitolo Primo, par. 5.

²⁸⁷ In *GUUE*, 14 gennaio 2019, L 11, p. 3. Sulla direttiva e, prima ancora, sulla proposta che vi ha dato origine la letteratura è copiosa. *Ex multis*, v. CALZOLARI L., *Sanctions in EU Competition Law. Ensuring Deterrence within the Decentralised Enforcement System of Articles 101 and 102 TFEU*, in MONTALDO S., COSTAMAGNA F., MIGLIO A. (eds), *European Union Law Enforcement: The Evolution of Sanctioning Powers*, cit.; DALLA VALENTINA G., *Competition Law Enforcement in Italy after the ECN+ Directive: the Difficult Balance between Effectiveness and Over-Enforcement*, in *Yearbook Antitrust and Regulatory Studies*, 12/2019, p. 91; GHEZZI F., MARCHETTI B., *La proposta di direttiva*, cit.; KELLERBAUER M., MEESSEN G., *Article 103*, in KELLERBAUER M., KLAMERT M., TOMKIN J. (eds.), *Commentary on the EU Treaties*, cit., p. 1082; LATORRE E., *La Direttiva N. 1/2019 e il suo impatto sulla disciplina antitrust dell'Unione europea*, in *Eurojus*, 3/2019, p. 239; MALINAUSKAITE J., *Harmonisation of EU Competition Law Enforcement*, Cheltenham, 2020, p. 119; RIZZUTO F., *The ECN plus Directive: Empowering National Competition Authorities to Be More Effective Enforcers of EU Competition Law*, in *Eur. Com. & Reg. Law Rev.*, 2/2019, p. 80.

²⁸⁸ CALZOLARI L., *Sanctions in EU Competition Law*, cit., p. 6 del dattiloscritto.

e 102 TFUE. Le misure pecuniarie *de quibus* devono poter essere adottate direttamente dalle *authorities* o, su richiesta di esse, all'interno di un procedimento giudiziario non penale. Nella direttiva si indicano altresì i criteri da seguire per il conteggio delle sanzioni e il tetto massimo per queste ultime. Si tratta, in ogni caso, di provvedimenti che possono essere irrogati nei confronti delle sole imprese: di conseguenza, com'è stato sottolineato, ad oggi la normazione europea continua a non imporre agli ordinamenti nazionali l'adozione di misure individuali nei confronti dei singoli da parte della legislazione europea²⁸⁹. Per questo *deficit*, parte della dottrina ha definito come «cultura della tolleranza»²⁹⁰ l'approccio manifestato dalle Comunità prima e dall'Unione europea poi.

Il silenzio del regolamento (CE) n. 1/2003 e della direttiva (UE) 2019/1 sul profilo delle sanzioni nei confronti delle persone fisiche comporta la possibilità, per i legislatori nazionali, di prevedere – accanto alle ammende per le imprese – ulteriori misure o, come accade in Italia, di non intervenire in alcun modo nei confronti degli individui.

L'esperienza europea, rispetto al fenomeno dei cartelli e degli abusi di posizione dominante, ha assunto così una posizione fortemente ambivalente: alle sanzioni che, da tempo ormai risalente, si impongono alle imprese, non si accompagnano necessariamente misure individuali, la cui esistenza, natura e afflittività è semmai determinata dai legislatori nazionali.

Di conseguenza, tra gli Stati membri, quanto al contrasto delle infrazioni degli artt. 101 e 102 TFUE commesse dai singoli individui, si registrano orientamenti tra loro del tutto eterogenei.

In alcuni ordinamenti – e tra essi spicca quello italiano – il *public enforcement* della legislazione concorrenziale riposa sulle (sole) sanzioni pecuniarie irrogate dalle autorità competenti alle imprese sulla base della legge 10 ottobre 1990, n. 287, cui si affianca, in sede civilistica, la tutela per il danno patito dai privati. Va osservato che tali misure, ancorché irrogate da AGCM e sottoposte a *judicial review* dinanzi al giudice ordinario, sono state qualificate – a differenza di quanto sostenuto dal giudice del Kirchberg²⁹¹ – come sostanzialmente penali dalla Corte Edu²⁹², con la conseguente applicazione di canoni e garanzie sovrapponibili a quelli propri della *matière pénale*²⁹³.

²⁸⁹ *Ivi*, p. 7; ÖBERG J., *Union Regulatory Criminal Law Competence*, cit., p. 308.

²⁹⁰ CORDA A., *Legislazione antitrust e diritto penale: spunti problematici in ambito europeo*, in *Criminalia*, 2009, p. 485, p. 490, il quale riprende la locuzione da HARDING C., *Business Cartels as a Criminal Activity: Reconciling North American and European Models of Regulation*, in *Maastricht J. Eur. & Comp. L.*, 2002, p. 406.

²⁹¹ *Inter alia*, Corte giust., sent. 17 giugno 2010, causa C-413/08 P, *Lafarge*, ECLI:EU:C:2010:346, pt. 75.

²⁹² Corte Edu, sent. 27 settembre 2011, ric. 43509/08, *Menarini Diagnostics s.r.l. c. Italia*, in *echr.coe.int*, pt. 38.

²⁹³ GOISIS F., *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, 2014, p. 23.

Al contrario, non mancano Paesi nei cui ordinamenti sono stati introdotti – e non da poco tempo – rimedi penali per contrastare fenomeni come i cartelli e gli abusi di posizione dominante sui mercati.

In questo senso, paradigmatici sono gli artt. L420-1 ss. del Code de Commerce francese: in particolare, dopo aver definito le condotte proibite (corrispondenti, in sostanza, ai comportamenti vietati dagli artt. 101-102 TFUE), l'art. L420-6 prevede che chiunque abbia avuto personalmente parte all'organizzazione o alla realizzazione di una di tali pratiche sia condannato alla pena della reclusione fino a quattro anni, oltre a un'ammenda pari a settantacinquemila euro. Oltre alla Francia, il ricorso allo *ius puniendi* si riscontra in Irlanda²⁹⁴, Grecia ed Estonia, oltre al Regno Unito²⁹⁵, mentre altri Paesi – tra cui la Germania – hanno imposto sanzioni penali soltanto per alcune condotte²⁹⁶. In generale, fuori dagli USA, «the actual use of criminal cartel offences [...] is still in its infancy, with only a small number of convictions and even fewer custodial sentences»²⁹⁷.

Se è vero che a livello europeo l'*enforcement* attraverso misure pecuniarie dirette alle sole imprese è considerato il modello ottimale per la repressione dei comportamenti anticoncorrenziali²⁹⁸, non sono ormai infrequenti le istanze di penalizzazione, manifestate tanto dalla dottrina²⁹⁹, quanto suggerite dall'esame comparatistico con gli ordinamenti extra-europei.

Quanto alla repressione sul piano criminale, il paradigma è offerto dal modello statunitense. Negli USA, a livello legislativo, l'emanazione dello *Sherman Antitrust Act* – prima legislazione che reprime penalmente gli illeciti anticoncorrenziali – risale al 1890³⁰⁰: già tale atto prevedeva severe sanzioni penali – inasprite nel corso dei decenni – per chi prenda parte ad accordi collusivi o realizzi pratiche di monopolizzazione. L'approccio statunitense si può compendiare, quanto alla propria *ratio essendi*, in una sintetica enunciazione del Procuratore generale Klein, risalente al 1999: «Cartel behavior (price-fixing, market allocation, and bidrigging) is bad for consumers, bad for business, and bad for efficient markets generally. And let me be very clear: these cartels

²⁹⁴ Il riferimento è al Competition Act del 2002, come modificato nel 2012, il quale prevede la sanzione detentiva (fino a dieci anni) o, in alternativa, una rilevante ammenda, fino a cinque milioni di euro o pari, comunque, al 10% del fatturato. Sull'esperienza irlandese v. CALVANI T., CARL K., *The Competition Act 2002, Ten Years Later: Lessons from the Irish Experience of Prosecuting Cartels as Criminal Offences*, in *Jour. Ant. Enj.*, 2013, p. 296.

²⁹⁵ V., in questo caso, le Sections 188-190 dell'Enterprise Act del 2002.

²⁹⁶ In particolare, si tratta dei casi di c.d. *bidrigging*, ovvero la presentazione di offerte concordate in occasione di gare d'appalto.

²⁹⁷ STEPHAN A., *An Empirical Evaluation of the Normative Justifications for Cartel Criminalisation*, in *Legal Studies*, 2017, p. 621, spec. p. 623.

²⁹⁸ CORDA A., *Legislazione antitrust e diritto penale*, cit., p. 500.

²⁹⁹ *Ivi*, p. 503-504 e la dottrina citata.

³⁰⁰ CONNOR J.M., FOER A.A., UDWIN S., *Criminalizing Cartels: An American Perspective*, in *NJECL*, 2010, p. 199, spec. p. 216.

are the equivalent of theft by well-dressed thieves, and they deserve unequivocal public condemnation»³⁰¹.

Il modello di *enforcement* della legislazione *antitrust* fondato (anche) su sanzioni penali è stato invocato dall'OCSE³⁰²: tale organizzazione ha evidenziato, a più riprese³⁰³, la capacità di tali misure di assicurare un effetto deterrente a fronte degli illeciti anticoncorrenziali.

L'evidenziata eterogeneità tra le scelte dei Paesi europei quanto agli apparati sanzionatori predisposti per assicurare il concreto *enforcement* dei divieti imposti dai trattati ha indotto da tempo una profonda riflessione, specie nella dottrina straniera³⁰⁴: l'interrogativo concerne la possibilità e l'opportunità di un intervento europeo che armonizzi l'impiego, da parte degli ordinamenti nazionali, dello *ius puniendi* per reprimere gli illeciti *antitrust*.

Una premessa appare tuttavia necessaria: la Commissione – né nella propria comunicazione del 2011 sull'impiego del diritto penale, né in fasi successive – mai ha manifestato l'intenzione di intervenire, nonostante la palese disarmonia tra i sistemi sanzionatori nazionali e i ben noti rischi generati da disomogeneità tanto profonde. Di conseguenza, la ricostruzione che segue si arresta al livello di una riflessione dottrinarica che, allo stato attuale, non pare trovare riscontro

³⁰¹ KLEIN J.I. (Attorney General, US Department of Justice), 14 ottobre 1999, Fordham Corporate Law Institute Annual Conference. La frase è menzionata in HARDING C., EDWARDS J., *Cartel Criminality: The Mythology and Pathology of Business Collusion*, Londra, 2015, p. 90.

³⁰² L'OCSE è un'organizzazione istituita nel 1960 che oggi consta di 31 Paesi, il cui scopo è costituito, *inter alia*, dal supporto della crescita economica sostenibile, dal contributo alla crescita del commercio, dal mantenimento della stabilità finanziaria, dallo sviluppo delle economie dei Paesi membri (e non).

³⁰³ OCSE, *Hard Core Cartels – Recent progress and challenges ahead*, 2003, spec. p. 29; OCSE, *Hard core cartels: third report on the implementation of the 1998 Council Recommendation*, 2005, spec. p. 27; OCSE, *Cartels: Sanctions Against Individuals*, 2009, spec. p. 9.

³⁰⁴ *Ex multis*, v. FARMER S.B., *Real Crime: Criminal Competition Law*, in *Eur. Comp. J.*, 2013, p. 599; HAKOPIAN J., *Criminalisation of EU Competition Law Enforcement – A Possibility after Lisbon?*, in *Comp. Law Rev.*, 2010, p. 158; HANH ROSOCHOWICZ P., *The Appropriateness of Criminal Sanctions in the Enforcement of Competition Law*, in *Eur. Comp. Law Rev.*, 2004, p. 752; HARDING C., *Hard Core Cartel Conduct as a Crime: The Justification for Criminalisation in the European Context*, in *NJECL*, 2012, p. 139; ID., *The Relationship between EU Criminal Law and Competition Law*, in MITSILEGAS V., BERGSTRÖM M., KONSTADINIDES T., *Research Handbook on EU Criminal Law*, cit., p. 249; FIJNAUT C., ALBRECHT H.J., KLIP A. (eds.), *Crime, Criminal Law and Criminal Justice in Europe: a Collection in Honour of Cyrille Fijnaut*, Leida, 2013; MONCUIT G., *Legitimacy Test for Criminal Sanction: Antitrust Law Perspective*, in *Global Comp. Lit. Rev.*, 2018, p. 152; ÖBERG J., *Union Regulatory Criminal Law Competence*, cit.; O'LOUGHLIN P., *Public-Private Antitrust Enforcement Conflicts: Assessing Criminalization as a Solution*, in *Col. J. of Eur. Law*, 2017, p. 683; SPAGNOLO G., *Criminalisation of Cartels and their Internal Organisation*, in CSERES K., SCHINKEL M. P., VOGELAAR F. (eds.), *Criminalization of Competition Law Enforcement. Economic and Legal Implications for the EU Member States*, Cheltenham, 2006, p. 111; WELLER C.D., *Criminal Antitrust: Five New Defenses*, in *The Antitrust Bulletin*, 2016, p. 599; WHELAN P., *Contemplating the Future: Personal Criminal Sanctions for Infringements of EC Competition Law*, in *King's Law Journal*, 2008, p. 364; ID., *The Criminalization of European Cartel Enforcement*, Oxford, 2014; WILS W.J.P., *Is Criminalisation of EU Competition Law the Answer?*, in CSERES K., SCHINKEL M. P., VOGELAAR F. (eds.), *Criminalization of Competition Law Enforcement*, cit., p. 95; ZULEEG M., *Criminal Sanctions To Be Imposed on Individuals as Enforcement Instruments in European Competition Law*, in EHLERMANN C.D., ATANASIU I. (eds.), *European Competition Law Annual 2001: Effective Private Enforcement of EC Antitrust Law*, 2003, p. 453.

nelle iniziative legislative della guardiania dei trattati: plurime ragioni inducono infatti a concludere che «EC criminal sanctions or harmonisation should remain merely an academic point of interest»³⁰⁵.

5.2. L'eventuale base giuridica per l'adozione di obblighi di criminalizzazione.

Il primo profilo che si deve considerare è legato all'individuazione della base giuridica per un intervento, da parte del legislatore europeo, *in subiecta materia*.

L'art. 103 TFUE, il quale stabilisce il fondamento per l'intervento europeo ai fini dell'applicazione dei precedenti artt. 101-102 TFUE, consente al Consiglio l'adozione di regolamenti e direttive su proposta della Commissione e previa la mera consultazione del Parlamento europeo. In particolare, le disposizioni adottate sulla base dell'art. 103 TFUE possono concernere, secondo l'elencazione di cui al par. 2, l'osservanza dei divieti di cui alle norme precedenti, nonché l'applicazione di ammende e penalità di mora (lett. a). Sulla base di questa disposizione – che ricalca il previgente art. 83 TCE – è stato dapprima adottato il regolamento (CE) n. 1/2003, quindi sono state varate anche le più recenti direttive del 2014 e del 2019: entrambe, peraltro, fondate congiuntamente anche sull'art. 114 TFUE.

Tuttavia, la base giuridica in esame appare strutturalmente inadatta a consentire un intervento del legislatore europeo che contenga obblighi di incriminazione e, più in generale, disposizioni di armonizzazione quanto alle sanzioni verso gli individui³⁰⁶. Ciò risulta tanto dal tenore letterale, in virtù della indiscutibile limitazione alle ammende e alle penalità di mora³⁰⁷, quanto dalla procedura legislativa prevista, strutturalmente incompatibile con il principio di legalità, il quale impone il coinvolgimento del Parlamento in caso di formulazione di precetti penali³⁰⁸.

Alla luce delle considerazioni già svolte in merito alla scelta della base giuridica per un eventuale intervento europeo in materia penale³⁰⁹, da un punto di vista sistematico la sola disposizione invocabile – a maggior ragione in virtù della formulazione dell'art. 103 TFUE – è l'art. 83 TFUE: resta tuttavia necessario indagare se entro le maglie della competenza autonoma (par. 1) o accessoria (par. 2).

³⁰⁵ WHELAN P., *Contemplating the Future*, cit., p. 375.

³⁰⁶ *Contra*, in dottrina, SATZGER H., il quale evidenzia che la locuzione “in particolare” introdurrebbe soltanto delle esemplificazioni degli interventi consentiti, non essendovi al contrario alcun limite all'impiego dell'art. 103 TFUE come fondamento di una direttiva contenente obblighi di incriminazione (SATZGER H., *International and European Criminal Law*, Londra, 2012, p. 54).

³⁰⁷ HAKOPIAN J., *Criminalisation of EU Competition Law*, cit., p. 158-159; WHELAN P., *Contemplating the Future*, cit., p. 373.

³⁰⁸ ÖBERG J., *Union Regulatory Criminal Law Competence*, cit., p. 315.

³⁰⁹ Su cui v. *supra*, Capitolo Terzo, par. 6.

Se si considera l'art. 83, par. 1, TFUE, appare *ictu oculi* evidente che il settore della tutela della concorrenza non è menzionato tra le sfere di criminalità in cui l'adozione di un atto sarebbe *ex se* legittimo. Questa lacuna può essere superata in primo luogo attraverso la decisione (unanime) del Consiglio, ai sensi del già menzionato art. 83, par. 1, co. 3, TFUE³¹⁰, oppure verificando se gli illeciti anticoncorrenziali siano suscettibili di essere ricompresi entro una di quelle nozioni “elastiche” che l'art. 83, par. 1, co. 2, TFUE enuncia³¹¹.

Due sono, in particolare, quelle in cui una violazione degli artt. 101 e 102 TFUE potrebbe inserirsi: la “corruzione” e la “criminalità organizzata”.

Rispetto alla prima, si è osservato in dottrina che la Commissione europea ha riconosciuto al termine “corruzione” un significato assai ampio³¹². In una comunicazione risalente al 2003, l'istituzione ha fatto proprio il significato adottato in alcuni atti ONU, in cui per corruzione si intende «l'abuso di potere ai fini di un profitto privato», in modo tale da ricomprendere nel proprio spettro applicativo non soltanto il solo settore pubblico – cui il termine è tradizionalmente abbinato – ma anche quello dell'attività dei privati³¹³. Pochi mesi dopo, è stata adottata la decisione-quadro 2003/568/GAI³¹⁴ relativamente alla lotta alla corruzione nel settore privato: al considerando n. 9, si legge che gli Stati membri intendono riconducibili a quella nozione le condotte che generino distorsioni della concorrenza riguardo all'acquisizione di beni o servizi commerciali, ovvero impediscano un corretto sviluppo economico.

In assenza di una definizione comune – anche quella offerta recentemente dalla direttiva PIF risulta espressamente limitata a quell'atto – sarebbe quindi possibile prospettare un'estensione della nozione di corruzione tanto ampia da ricomprendervi sia le intese anticoncorrenziali, sia gli abusi di posizione dominante.

Un altro scenario prospetta invece il ricorso alla locuzione “criminalità organizzata”³¹⁵, sul rilievo – in questo caso limitato ai soli divieti *ex art.* 101 TFUE – che i cartelli presuppongono un'iniziativa plurisoggettiva; tuttavia, a ciò potrebbe ostare la definizione che la decisione-quadro 2008/841/GAI³¹⁶, per cui l'esistenza di un'organizzazione criminale presuppone che i membri si associno per commettere reati già punibili. Di conseguenza, nella misura in cui gli illeciti

³¹⁰ WHELAN P., *Contemplating the Future*, cit., p. 373; ID., *The Criminalization of European Cartel Enforcement*, cit., p. 149.

³¹¹ HAKOPIAN J., *Criminalisation of EU Competition Law*, cit., p. 163; O'LOUGHLIN P., *Public-Private Antitrust Enforcement Conflicts*, cit., p. 693.

³¹² HAKOPIAN J., *Criminalisation of EU Competition Law*, cit., p. 163.

³¹³ Comunicazione della Commissione COM(2003) 317 def., 28 maggio 2003, p. 6.

³¹⁴ In *GUUE*, 22 luglio 2003, L 192, p. 54.

³¹⁵ HAKOPIAN J., *Criminalisation of EU Competition Law*, cit., p. 164.

³¹⁶ In *GUUE*, 11 novembre 2008, L 300, p. 42.

anticoncorrenziali non sono ancora oggetto di armonizzazione, i margini per un intervento su questa base paiono piuttosto ristretti.

Del resto, la stessa dottrina concorda che «it must be concluded that Art 83(1) TFEU is not a very convincing legal basis for the criminalisation of EU competition law at this point in time»³¹⁷.

Appare al contrario più agevole prospettare il ricorso all'art. 83, par. 2, TFUE, strumento al quale si riferisce la dottrina assolutamente prevalente come base giuridica per un'eventuale introduzione di obblighi di penalizzazione attraverso una direttiva³¹⁸: perciò, occorre verificare se sussistano, allo stato attuale, i presupposti che tale articolo richiede.

5.3. I presupposti per l'adozione di una direttiva di armonizzazione ex art. 83, par. 2, TFUE.

Il primo elemento che merita di essere verificato perché l'art. 83, par. 2, TFUE possa essere invocato consiste nell'esistenza di "misure di armonizzazione", adottate nel contesto di una politica dell'Unione europea e in funzione delle quali gli obblighi di criminalizzazione sarebbero introdotti.

In questo senso, paiono sussistere pochi dubbi sul fatto che la materia della disciplina *anti-trust* sia stata oggetto di un (previo) intervento sovranazionale, trattandosi di uno di quei settori in cui, da quasi cinquant'anni, si registrano progressivi interventi delle istituzioni, che addirittura, attraverso i regolamenti n. 17/62 e n. 1/2003, hanno dettato una disciplina applicabile in tutti gli Stati membri.

Sotto il profilo del ravvicinamento delle disposizioni sanzionatorie e dei poteri delle autorità amministrative deputate a contrastare la realizzazione degli illeciti, la direttiva di inizio 2019 costituisce un tassello ulteriore nell'attuazione delle politiche europee in materia.

Proprio quest'ultimo atto consente di risolvere un problema – di non poco conto – che era stato sollevato da attenta dottrina³¹⁹. L'art. 83, par. 2, TFUE, in chiusura, prevede che le direttive siano adottate secondo la stessa procedura legislativa che è stata impiegata per l'atto cui sono ancillari: prima che fosse adottata la direttiva (UE) 2019/1 – varata attraverso la procedura legislativa ordinaria, in quanto fondata (anche) sull'art. 114 TFUE e non sul solo art. 103 TFUE – il riferimento al regolamento (CE) n. 1/2003 avrebbe escluso il Parlamento europeo dall'*iter* genetico di un eventuale atto in materia penale. Con la conseguenza, censurata vivamente, che

³¹⁷ HAKOPIAN J., *Criminalisation of EU Competition Law*, cit., p. 164.

³¹⁸ HAKOPIAN J., *Criminalisation of EU Competition Law*, cit.; HARDING C., *Hard Core Cartel Conduct as a Crime*, cit.; ÖBERG J., *Union Regulatory Criminal Law Competence*, cit.

³¹⁹ ÖBERG J., *Union Regulatory Criminal Law Competence*, cit., p. 315

un atto contenente obblighi di criminalizzazione venisse adottato escludendo l'istituzione rappresentativa dei cittadini³²⁰.

Appare interessante anche la proposta, formulata da autorevole dottrina³²¹, secondo la quale sarebbe possibile dapprincipio l'adozione di una direttiva – *ex art. 114 TFUE* – che armonizzi i sistemi nazionali di responsabilità individuale e le conseguenti sanzioni amministrative, per poi ricorrere, in un secondo momento, allo *ius puniendi*. Si tratterebbe di una suggestione che, ricalcando il sentiero già percorso in un settore almeno in parte affine – quello degli abusi di mercato –, terrebbe in debita considerazione il principio di *extrema ratio*, poiché l'adozione del secondo atto presupporrebbe la verifica della scarsa capacità del primo di raggiungere le finalità prospettate.

Al fine di ricorrere all'art. 83, par. 2, TFUE occorre indagare se le strategie di *enforcement* della politica europea già armonizzata manifestino profili di insufficienza tali da richiedere un ulteriore intervento.

L'incapacità di un apparato sanzionatorio fondato sulle sole ammende e penali di mora irrogate dalle autorità nazionali è rivelato tanto dalle istituzioni quanto dalla dottrina.

Già la necessità di adottare la direttiva del 2019 rivela, a ben vedere, l'urgenza di assicurare al *public antitrust enforcement* maggiore efficacia. Se già il sistema elaborato nel 2003 fosse stato capace di assicurare, attraverso tali misure, un reale effetto deterrente e un idoneo risultato repressivo, la Commissione non avrebbe avvertito il bisogno di imporre agli Stati membri il rafforzamento dei poteri sanzionatori di cui le autorità competenti si avvalgono³²². Altrettanto, si è evidenziato il rischio di facilitare la distorsione della concorrenza nella misura in cui si lascino operare, all'interno degli ordinamenti nazionali, apparati sanzionatori tra loro strutturalmente eterogenei: la stessa Commissione aveva osservato che è essenziale «garantire che la concorrenza nel mercato interno non sia falsata e che i consumatori e le imprese non siano svantaggiati dalle legislazioni e dalle misure nazionali»³²³.

Quanto alle altre istituzioni, dell'auspicio formulato dal Parlamento europeo, già nel 2011, si è detto già *supra*³²⁴; anche la Corte di giustizia ha richiamato l'attenzione sulla necessità che le sanzioni adottate nei confronti dei soggetti responsabili di violazioni degli artt. 101 e 102 TFUE siano efficaci, poiché diversamente sarebbe minata alla radice l'applicazione uniforme del diritto della concorrenza dell'Unione europea³²⁵.

³²⁰ *Ibidem*.

³²¹ PEERS S., *EU Justice and Home Affairs Law*, Oxford, 2006, p. 766.

³²² Comunicazione della Commissione COM(2017) 142 def., 22 marzo 2017.

³²³ *Ivi*, p. 5.

³²⁴ Risoluzione del Parlamento europeo, 20 gennaio 2011, cit.

³²⁵ Corte giust., sent. 11 giugno 2009, causa C-429/07, *Inspecteur van de Belastingdienst*, ECLI:EU:C:2009:359, pt. 37.

La stessa dottrina ha avanzato seri dubbi sulla capacità di un sistema imperniato su sole ammende e penalità di mora di assicurare una protezione efficace ai mercati³²⁶. Inoltre, è stata rilevata una significativa discrasia tra le scelte operate in questo settore e le strategie di contrasto adottate in tema di *market abuse*: pur a fronte di una certa omogeneità di beni giuridici da proteggere e di evidenti analogie quanto alla capacità di questi illeciti di produrre distorsioni sui mercati, le politiche della Commissione appaiono significativamente diverse e, di conseguenza, «this [...] shows that there is, apparently, little consistency in the general enforcement strategy at the EU level»³²⁷.

La previsione di sole ammende rivolte alle imprese si rivela insufficiente ad assicurare un efficace contrasto degli illeciti *antitrust* in quanto non colpiscono in alcun modo gli individui che hanno materialmente ordito un cartello o dato corso all'abuso *ex art. 102 TFUE*: ciò consente a costoro di non soffrire alcun detrimento personale, addirittura con il rischio che, nel momento in cui le autorità applichino le sanzioni, essi già abbiano lasciato l'ente presso cui operavano³²⁸.

In questo senso, non vi sarebbe spazio per alcun effetto deterrente: non essendovi espressione di alcuna forma di disapprovazione sociale nei confronti delle persone fisiche, queste non patirebbero alcun tipo di conseguenza – neppure in termini di stigmatizzazione – e il sistema sanzionatorio risulterebbe sfornito di qualsivoglia capacità di prevenzione, sia generale, sia speciale³²⁹.

Le ammende irrogate alle sole imprese si attestano, in virtù delle soglie fissate dal regolamento (CE) n. 1/2003 e dalla direttiva (UE) 2019/1, su livelli che paiono ben distanti da quanto sarebbe necessario per assicurare un minimo effetto deterrente³³⁰. Addirittura, il pagamento della somma imposto dalle autorità *antitrust* costituisce una sorta di *licence fee*, considerata alla stregua di un passaggio necessario per accedere a guadagni e vantaggi ben più redditizi³³¹. Se, al contrario, le ammende venissero elevate fino alle soglie indicate dalla dottrina come (presumibilmente) capaci di un effetto dissuasivo³³², sorgerebbe il rischio di cagionare il dissesto delle imprese assoggettate al pagamento delle misure pecuniarie³³³.

³²⁶ HAKOPIAN J., *Criminalisation of EU Competition Law*, cit., p. 157; STEPHAN A., *Four Key Challenges to the Successful Criminalization of Cartel Laws*, in *Jour. Ant. Enf.*, 2014, p. 333, spec. p. 335, ove l'Autore sottolinea che le sanzioni imposte dalla Commissione europea ammontano in media al 2-3% dei fatturati annui delle imprese colpite; WHELAN P., *Contemplating the Future*, cit., p. 364.

³²⁷ FAURE M., LEGER C., *The Directive on Criminal Sanctions*, cit., p. 422.

³²⁸ WHELAN P., *Contemplating the Future*, cit., p. 364.

³²⁹ CONNOR J.M., FOER A.A., UDWIN S., *Criminalizing Cartels: An American Perspective*, cit., p. 212; ÖBERG J., *Union Regulatory Criminal Law Competence*, cit., p. 303.

³³⁰ STEPHAN A., *Four Key Challenges*, cit., p. 335.

³³¹ WHELAN P., *Contemplating the Future*, cit., p. 365.

³³² Secondo WILS W.J.P., *Is Criminalisation of EU*, cit., p. 117, le sanzioni dovrebbero poter arrivare anche al 150% del fatturato annuo dell'impresa sanzionata per essere dotate di efficacia e deterrenza.

³³³ WHELAN P., *Contemplating the Future*, cit., p. 366.

Occorre a questo punto considerare, nell'ottica dei presupposti richiesti dall'art. 83, par. 2, TFUE se il ricorso alla penalizzazione (i) si atteggi a strumento capace di aggiungere effettività al sistema di contrasto degli illeciti *antitrust* e (ii) possa considerarsi indispensabile a questo fine o se, al contrario, potrebbe essere sufficiente un solo intervento sulla responsabilità individuale (ma non penale).

Adottare strategie sanzionatorie individuali – pur continuando anche a imporre ammende come quelle attuali – significherebbe, in modo pressoché certo, assicurare un grado di *enforcement* ben maggiore alle politiche europee *antitrust*: com'è stato autorevolmente sottolineato, «[b]oth individual and corporate criminal punishment, including, where appropriate, custodial sentences, should exist to secure optimal cartel deterrence, and consequently maximum social welfare»³³⁴.

La possibilità di dichiarare personalmente responsabili i soggetti che hanno dato vita a un'intesa distorsiva della concorrenza o che hanno realizzato un abuso della posizione dominante sul mercato significherebbe introdurre nel sistema uno strumento preventivo-deterrente dapprima inesistente³³⁵. Quale che sia il tipo di sanzione – interdittiva, pecuniaria, detentiva o il cumulo di alcune di esse –, è agevole immaginare che, sommando tali misure alla carica stigmatizzante che esse importano, anche i soggetti di regola coinvolti in simili illeciti saranno invitati a prestare maggior attenzione alle potenziali conseguenze delle proprie condotte e astenersi dalla violazione ulteriore della legislazione *antitrust*³³⁶. Peraltro, la detenzione costituirebbe – a differenza di un'ammenda – una misura capace di estrema deterrenza, in quanto le conseguenze non potrebbero che essere sofferte, in prima persona, dai responsabili, senza che costoro possano essere rimborsati dalle imprese³³⁷.

Un secondo elemento d'interesse si rinviene nella correlazione tra l'adozione di sanzioni individuali e l'adesione ai programmi di clemenza, strumenti cruciali nel sistema di *enforcement* delle norme anticoncorrenziali³³⁸. Come l'esperienza americana suggerisce³³⁹, la prospettiva di una responsabilità dei singoli – anch'essi colpiti da misure adeguate e rigorose – potrebbe incentivare la cooperazione con le autorità competenti e, così, il successo dei *leniency programmes*

³³⁴ *Ibidem*.

³³⁵ ÖBERG J., *Union Regulatory Criminal Law Competence*, cit., p. 304; STEPHAN A., *An Empirical Evaluation*, cit., p. 624.

³³⁶ *Ivi*, p. 307.

³³⁷ WILS W.J.P., *Is Criminalisation of EU*, cit., p. 112.

³³⁸ STEPHAN A., *Four Key Challenges*, cit., p. 344.

³³⁹ CONNOR J.M., FOER A.A., UDWIN S., *Criminalizing Cartels: An American Perspective*, cit., p. 214.

quale mezzo per assicurare l'emersione, e dunque il contrasto, degli illeciti distorsivi della concorrenza³⁴⁰.

In terzo luogo, l'irrogazione di sanzioni individuali assicurerebbe adeguata valorizzazione e protezione di un bene giuridico socialmente rilevante³⁴¹: emergerebbe con chiarezza che non sono tollerati (e quindi devono essere puniti), per le gravi conseguenze che ne derivano, comportamenti che ledono il libero gioco dei mercati. In questo senso, non sorprende che le violazioni dei divieti *antitrust* siano stati paragonate a fattispecie – punite come delitti pressoché dovunque – quali furti o truffe: se chi vende un bene esige, in modo illegale, di pretendere un corrispettivo più alto dal consumatore, gli arreca un ovvio (e ingiusto) depauperamento, con proprio indebito profitto³⁴². Oltre al danno ai consumatori, vanno anche considerate conseguenze gravemente nocive quali quelle patite dagli altri *competitors*, la perdita di efficienza dei mercati, il trasferimento della ricchezza agli autori dei cartelli³⁴³.

Perciò, atteso che è unanimemente condiviso che il sistema europeo di *enforcement* pecca per difetto e che l'introduzione di un regime di sanzioni individuali potrebbe assurgere a strumento assolutamente idoneo a colmare questa lacuna, l'ulteriore interrogativo concerne – come già accennato – la necessità di ricorrere al diritto penale come mezzo realmente capace di assicurare effettività al contrasto degli illeciti anticoncorrenziali.

In altri termini, si pone la possibilità di valutare se non vi siano altre misure che, da sole o combinate fra loro, siano in grado di rispondere egualmente alle esigenze di deterrenza e repressione, ma senza che si debba ricorrere allo *ius criminale*. Come è stato osservato, «[p]recisely because it is a powerful card, its play should be considered carefully [...] Regulatory rhetoric in particular tends to suggest that possession of the criminalisation card is a winning hand - play that card, and there is just desert, there is clear deterrence, there is more effective legal control of cartel activity, and the game is won»³⁴⁴.

Gli argomenti favorevoli alla penalizzazione sono già stati accennati: maggior deterrenza, stigmatizzazione, considerazione (e tutela) del mercato come un bene giuridico rilevante, frequente ricorso ai programmi di clemenza per il timore delle sanzioni.

³⁴⁰ HARDING C., *Hard Core Cartel Conduct as a Crime*, cit., p. 151; SPAGNOLO G., *Criminalisation of Cartels*, cit., p. 135.

³⁴¹ FLICK G.M., *A proposito della tutela della concorrenza: economia e diritto penale o economia di diritto penale?*, in RABITTI BEDOGNI C., BARUCCI P., *20 anni di Antitrust. L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, Torino, 2010, p. 184, spec. p. 191, ove si legge che «non sembrerebbero esservi dubbi sul fatto che la concorrenza rappresenti un bene socialmente rilevante, suscettibile di assurgere ad autonomo oggetto di tutela penale. Si tratta, tra l'altro, di bene la cui rilevanza costituzionale appare, allo stato, indiscutibile».

³⁴² CONNOR J.M., FOER A.A., UDWIN S., *Criminalizing Cartels: An American Perspective*, cit., p. 210-211; WHELAN P., *Contemplating the Future*, cit., p. 365.

³⁴³ HARDING C., *Hard Core Cartel Conduct as a Crime*, cit., p. 148.

³⁴⁴ *Ivi*, p. 141.

Non vi sono, tuttavia, evidenze empiriche che suggeriscano, in modo univoco, che la pena assicuri risultati migliori rispetto a misure di carattere amministrativo, come potrebbero essere ammende individuali, interdizioni o sospensioni dagli uffici direttivi nelle persone giuridiche o confische³⁴⁵. Se da un lato alcuni studi comparatistici tra USA e Unione europea sembrano suggerire che, almeno oltre oceano, le sanzioni siano capaci di assicurare maggiore *compliance*³⁴⁶ e che una significativa riduzione degli illeciti si verifichi nei periodi seguenti all'irrogazione di pene severe³⁴⁷, risulta altresì che, in alcuni Stati ove già sono previste misure più rigorose, queste non sempre siano capaci di risultati soddisfacenti³⁴⁸. Anche in Europa, alcuni Paesi – tra cui Belgio, Olanda e Svezia – in cui era stata ipotizzata l'introduzione di sanzioni penali hanno, sulla base di studi affidati a *panels* di esperti, poi deciso di non proseguire lungo quella strada, in quanto «classical criminal procedures only very rarely resulted in successful prosecution in the competition field or led to significant penalties»³⁴⁹. Pertanto, non vi sono univoche attestazioni del fatto che, da sole, le sanzioni penali siano capaci di assicurare un assoluto guadagno in punto di effettività dell'applicazione della legislazione *antitrust*: del resto, com'è stato osservato, non vi sono neppure parametri scientifici che permettano una valutazione indiscutibile quanto alla capacità preventiva di un apparato sanzionatorio³⁵⁰.

Vi sono, poi, altri due ordini di considerazioni che militano in senso almeno potenzialmente contrario alla “indispensabilità”: quello legato ai costi della criminalizzazione e, poi, quello connesso al principio di *extrema ratio*.

La prima questione è assolutamente nota ed è correlata ai costi connessi al procedimento (e alla sanzione) penale. L'intervento delle autorità amministrative si connota per maggiore snellezza e rapidità: pur assicurando congrue garanzie e diritti agli interessati, i provvedimenti delle *authorities* vengono adottati in tempi più celeri, con standard probatori meno rigorosi e, soprattutto, attraverso meccanismi meno costosi. Al contrario, l'instaurazione di un regime sanzionatorio penale esige il rispetto delle scansioni processuali, impone alle procure un elevato onere di

³⁴⁵ ÖBERG J., *Union Regulatory Criminal Law Competence*, cit., p. 308.

³⁴⁶ CONNOR J.M., FOER A.A., UDWIN S., *Criminalizing Cartels: An American Perspective*, cit., p. 215 ss. Anche in Irlanda, un primo bilancio sull'applicazione decennale della legge del 2002 che ha introdotto specifiche figure di reato ha dato esiti soddisfacenti: cfr., sul punto, CALVANI T., CARL K., *The Competition Act 2002, Ten Years Later*, cit., p. 323, ove si legge che «the Irish legislation provides sufficient sanctions, which if implemented would effectively deter cartel formulation and conduct».

³⁴⁷ CONNOR J.M., *Cartels and Antitrust Portrayed: Private International Cartels from 1990 to 2008*, p. 105: si tratta di una rielaborazione di dati raccolti tra 1990 e 2008, accessibili *online* alla pagina web <https://ssrn.com/abstract=1467310>.

³⁴⁸ STEPHAN A., *An Empirical Evaluation*, cit., p. 632, ove l'Autore riporta i risultati di uno studio condotto in Australia, da cui è emerso che la capacità deterrente delle sanzioni detentive era stata eccessivamente sovrastimata. Sempre sull'esperienza australiana e per alcuni rilievi simili, cfr. anche BEATON-WELLS C., PARKER C., *Justifying Criminal Sanctions for Cartel Conduct: a Hard Case*, in *Jour. Ant. Enf.*, 2013, p. 198, spec. p. 204 ss.

³⁴⁹ Commission Staff Working Document SWD 2014/231 def., 9 luglio 2014, p. 27.

³⁵⁰ HARDING C., *Hard Core Cartel Conduct as a Crime*, cit., p. 143.

prova, dilata in modo significativo i tempi di accertamento e di irrogazione delle misure conseguenti all'eventuale declaratoria di responsabilità. Inoltre, l'introduzione di ulteriori fattispecie delittuose richiederebbe sforzi formativo-organizzativi delle autorità inquirenti – anche quanto al loro coordinamento con quelle *antitrust* – e prospetterebbe il rischio, in caso di scarsa disponibilità di risorse umane o di loro formazione, di una modesta efficacia dell'esercizio dell'azione penale³⁵¹. Altrettanto, ove le legislazioni penali dovessero lasciare al giudice la possibilità di irrogare diverse tipologie di pena (come accade, ad esempio, in Irlanda), risulta evidente la tendenza ad applicare in larga prevalenza quelle di carattere non custodiale³⁵²: perciò, è logico sottolineare che, agli stessi risultati – *id est*, infliggere ammende o interdizioni – è possibile giungere attraverso sanzioni amministrative.

La seconda considerazione è correlata al ben noto principio di *extrema ratio*, radicato nell'esperienza europea e fondamentale in ogni scelta di politica criminale. Benché sia evidente l'esigenza di tutelare in modo effettivo la concorrenza – bene giuridico di interesse diffuso e preminente –, la criminalizzazione *tout court* degli illeciti *antitrust* potrebbe rivelarsi un'opzione non coerente con il principio in esame. In primo luogo, perché a livello europeo non è stato in alcun modo armonizzato l'apparato sanzionatorio nei confronti degli individui: di conseguenza, una (prima) direttiva in materia dovrebbe limitarsi a richiamare gli Stati membri all'adozione di misure efficaci, dissuasive e proporzionate verso gli autori delle violazioni anticoncorrenziali. Soltanto poi potrebbe essere vagliata la necessità di intervenire attraverso le sanzioni penali: un sentiero, come già detto, simile a quello percorso in tema di abusi di mercato³⁵³.

In seconda battuta, occorre sottolineare che solo gli illeciti *antitrust* dotati di una marcata capacità offensiva dovrebbero essere oggetto di criminalizzazione: soltanto un'accurata selezione, sul piano della tipizzazione delle fattispecie, consentirebbe di rendere davvero efficace l'esercizio dell'azione penale³⁵⁴. Per quelli capaci di minore gravità, invece, potrebbe essere affidata all'autorità antitrust nazionale l'irrogazione di sanzioni individuali, di taglio non penale, che abbiano sia matrice pecuniaria, sia carattere interdittivo³⁵⁵.

Sebbene, dunque, l'adozione di una direttiva *ex art.* 83, par. 2, TFUE sia astrattamente possibile – seppur previa accurata valutazione del presupposto della necessità –, allo stato attuale

³⁵¹ STEPHAN A., *Four Key Challenges*, cit., p. 349. L'Autore riporta, in particolare, il “fallimento”, in Gran Bretagna, del procedimento penale avviato, tra il 2008 e il 2010, nei confronti dei manager di alcune compagnie aeree per un'intesa anticoncorrenziale avente a oggetto l'applicazione di sovrapprezzi legati al costo dei carburanti.

³⁵² CALVANI T., CARL K., *The Competition Act 2002, Ten Years Later*, cit., p. 309.

³⁵³ ÖBERG J., *Union Regulatory Criminal Law Competence*, cit., p. 313.

³⁵⁴ WHELAN P., *Contemplating the Future*, cit., p. 365.

³⁵⁵ CORDA A., *Legislazione antitrust e diritto penale*, cit., p. 530; ÖBERG J., *Union Regulatory Criminal Law Competence*, cit., p. 310 ss.; WHELAN P., *Contemplating the Future*, cit., p. 367.

«[c]riminalization at EU level is not a realistic prospect»³⁵⁶, tanto perché le politiche della Commissione paiono diversamente orientate, quanto perché l'eventuale imposizione di sanzioni penali dovrebbe seguire (e non precedere) un intervento di omogeneizzazione delle misure – civili o amministrative – impiegabili contro gli individui autori di illeciti *antitrust*.

6. Ipotesi di impiego dell'art. 83, par. 2, TFUE in altri settori.

L'art. 83, par. 2, TFUE, legittimando un intervento in chiave penale in relazione a qualsiasi politica europea già armonizzata, consente – almeno in astratto – di ipotizzare che numerosi potrebbero essere i settori interessati: com'è stato evidenziato dalla dottrina, sono infatti poche le materie che mai, nei decenni di attività delle istituzioni, sono state interessate dall'adozione di una disciplina sovranazionale³⁵⁷. Tuttavia, dalla lettura sinottica della comunicazione della Commissione del 2011 e del documento del Consiglio del 2019 non emerge una chiara volontà politica di ricorrere, almeno a breve termine, a ulteriori *inputs* di penalizzazione: di ciò si ha evidenza dal fatto che, tranne per la materia ambientale, le due istituzioni hanno menzionato – come eventuali oggetti di un intervento *ex art. 83, par. 2, TFUE* – settori completamente diversi.

Né, in capo alla Commissione, né in capo agli Stati membri (pur legittimati, in virtù dell'art. 76 TFUE, a promuovere *motu proprio* iniziative legislative in tema) sembra potersi rilevare l'intenzione di procedere in questa direzione. Rispetto all'istituzione guardiana dei trattati, si segnala quindi un raffreddamento di quell'interesse – manifestato chiaramente all'esito della sentenza *reati ambientali* del 2005 – rispetto all'impiego del diritto penale³⁵⁸.

Nella relazione della Presidenza romana del Consiglio del 2019, si legge chiaramente che «l'enfasi dovrebbe essere posta sulla garanzia dell'efficacia e della qualità dell'attuazione della legislazione dell'UE in vigore e, a tale scopo, dovrebbe essere profuso un maggiore impegno»³⁵⁹, a riprova dell'assenza di prospettive di ricorso all'art. 83, par. 2, TFUE almeno nell'immediato.

Alla luce di queste coordinate – e tenuto conto anche del fatto che dalla dottrina, tolto il settore dell'*antitrust*, non sono pervenute sollecitazioni di particolare rilievo, utili a fornire eventuali spunti d'indagine – deve essere condotta con estrema prudenza l'analisi di un eventuale e futuro ricorso all'art. 83, par. 2, TFUE. Tuttalpiù è possibile, per alcune materie menzionate nella comunicazione del 2011, prendere in considerazione talune iniziative o l'adozione di testi normativi *medio tempore* adottati, ma non contenenti espressi obblighi di penalizzazione.

³⁵⁶ WHELAN P., *The Criminalization of European Cartel Enforcement*, cit., p. 151.

³⁵⁷ HERLIN-KARNELL E., *White-Collar Crime*, cit., p. 485. In proposito, v. *amplius* Capitolo Terzo, par. 5.1.

³⁵⁸ Esemplicativa era la Comunicazione della Commissione COM(2005) 583 def., 23 novembre 2005, su cui v. *supra*, Capitolo Secondo, par. 12.

³⁵⁹ *Il futuro del diritto penale sostanziale dell'UE*, cit., p. 8.

Interessante è, a questo proposito, il settore della protezione dei dati personali. In una comunicazione del 2010³⁶⁰, la Commissione ha osservato che, allo scopo di consentire l'attuazione efficace delle norme poste a protezione delle informazioni individuali e relative al loro corretto trattamento, si dovrebbe valutare la necessità di rafforzare le disposizioni esistenti in materia di sanzioni, includendo esplicitamente sanzioni penali nel caso di violazione grave delle norme di protezione dei dati. Quest'auspicio è stato condiviso dal Parlamento europeo, il quale ha esortato l'istituzione guardiana dei trattati a prevedere una futura iniziativa legislativa contenente sanzioni severe e dissuasive, anche di carattere penale, per l'uso improprio dei dati personali³⁶¹.

Il Garante europeo della protezione dei dati, chiamato a rilasciare un parere, ha osservato che sarebbe opportuno che il diritto dell'Unione europea prevedesse un quadro normativo generale quanto ai mezzi di ricorso, alle procedure e alle sanzioni, ma rilevando che spetta comunque agli Stati membri decidere nello specifico quali siano le modalità, sostanziali e processuali, di tutela della protezione dei dati³⁶².

L'intervento normativo a livello europeo più recente in tema è, come noto, il *GDPR*³⁶³. L'art. 84 del regolamento, rubricato "sanzioni", impone agli Stati membri di adottare specifiche norme relative alle sanzioni per le violazioni del *GDPR*, in particolare per le condotte non già soggette a sanzioni amministrative pecuniarie a norma del precedente art. 83, ricordando che tali misure devono essere effettive, proporzionate e dissuasive. In merito alla possibile introduzione di sanzioni penali, il considerando n. 149 osserva che gli Stati membri sono liberi di ricorrere alla criminalizzazione, pur prestando attenzione al principio del *ne bis in idem*.

Com'è stato osservato, il *GDPR* non prevede espressamente obblighi di incriminazione – del resto, tanto la base giuridica (art. 16 TFUE) quanto la scelta dello strumento paiono del tutto incapaci in tal senso – però pare «esortare gli ordinamenti nazionali a predisporre specifici strumenti di tutela penalistica, stabilendo talune coordinate generali»³⁶⁴. In ogni caso, è evidente che, nonostante l'ampia attività di uniformazione e armonizzazione³⁶⁵ promossa con il regolamento del 2016, il legislatore europeo non ha inteso prendere posizione sulla natura e sull'entità delle

³⁶⁰ Comunicazione della Commissione COM(2010) 609 def., 4 novembre 2010, pt. 2.1.

³⁶¹ Risoluzione del Parlamento europeo (2011/2025(INI)).

³⁶² Parere del Garante europeo della protezione dei dati, in *GUUE*, C 181, 22 giugno 2011, p. 1.

³⁶³ Regolamento (UE) 2016/679, in *GUUE*, L 119, 4 maggio 2016, p. 1.

³⁶⁴ CUPELLI C., FICO F., *I riflessi penalistici del regolamento UE 2016/679 e le nuove fattispecie di reato previste nel Codice privacy dal d.lgs. n. 101/2018*, in CUFFARO V., D'ORAZIO R., RICCIUTO V. (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, Torino, 2019, p. 1107, spec. p. 1108.

³⁶⁵ Parte della dottrina, proprio evidenziando che il *GDPR* in parte rimette ai legislatori nazionali l'adozione di una propria normativa di carattere integrativo, ha evidenziato che si tratti di un regolamento "quasi-direttiva": così BOLOGNINI L., *Sanzioni penali*, in BOLOGNINI L., PELINO E., BISTOLFI C. (a cura di), *Il Regolamento privacy europeo*, Milano, 2016, p. 704.

sanzioni da prevedere per le condotte lesive del bene giuridico rappresentato dal corretto uso dei dati personali, lasciando agli Stati membri le scelte sul punto.

Un ulteriore esempio è quello delle sanzioni in materia doganale, per cui dal 2013 pende una proposta di direttiva della Commissione, fondata sull'art. 33 TFUE (non, quindi, sull'art. 83, par. 2, TFUE) e avente ad oggetto l'armonizzazione delle sole misure di carattere non penale³⁶⁶. Nella relazione che accompagna il testo, si legge che – all'esito di uno studio condotto in ventiquattro paesi europei – tutti gli ordinamenti considerati prevedevano già sanzioni penali, mentre soltanto sedici avevano adottato anche misure di diverso carattere. Peraltro, rilevanti differenze si rilevavano in punto di entità sanzionatoria.

Nella proposta di direttiva del 2013, la Commissione ha prospettato di distinguere le infrazioni doganali in tre tipologie – le prime punite a titolo di responsabilità oggettiva, le seconde per negligenza, le terze solo ove dolose (artt. 3-5) – e di applicare “pene pecuniarie” progressivamente più rigorose. Invero, l'utilizzo del termine “pena” sembrerebbe evocare una natura criminale di questi illeciti, sebbene poi ciò potrebbe porsi in radicale contrasto con l'ascrizione di responsabilità su base meramente oggettiva. Inoltre, aver riconosciuto nell'art. 83, par. 2, TFUE l'unica base giuridica su cui fondare qualsiasi forma di ravvicinamento delle fattispecie penali degli Stati membri, nonché l'inserimento della materia doganale tra quelle per cui la Commissione avrebbe potuto prospettare un intervento soltanto sulla base della competenza accessoria sembrano deporre per la natura amministrativa delle misure prospettate.

Quanto alle politiche del mercato interno, indicate sempre nel 2011 come settore suscettibile di intervento, non vi sono state proposte significative da parte delle istituzioni; in questo settore sono stati evocati due interventi di armonizzazione in materia penale.

Una prima ipotesi attiene alla tutela, uniforme e coerente, delle indicazioni geografiche di qualità dei prodotti alimentari³⁶⁷: si tratta di una materia già oggetto di ampia disciplina di diritto derivato dell'Unione europea³⁶⁸, per cui, però, è segnalata una significativa lacuna quanto all'omogeneità e all'efficacia degli strumenti sanzionatori nazionali a presidio. L'attività di contraffazione dei segni geografici costituisce «un problema radicato e in costante espansione, in termini quantitativi e di capacità pervasiva dell'azione criminale, [...] che interessa sia i singoli Stati membri, che il mercato interno ed i prodotti importati»³⁶⁹. Sebbene queste considerazioni

³⁶⁶ Comunicazione della Commissione COM(2013) 884 def., 13 dicembre 2013; l'ultima discussione in Consiglio in merito alla proposta *de qua* risale al luglio 2017.

³⁶⁷ Su cui v. MONTALDO S., *La competenza dell'Unione europea*, cit., p. 116 ss.

³⁶⁸ Da ultimo, regolamento (UE) n. 1151/2012, in *GUUE*, 14 dicembre 2012, L 343, p. 1, relativo ai regimi di qualità dei prodotti agricoli e alimentari.

³⁶⁹ MONTALDO S., *La competenza dell'Unione europea*, cit., p. 124.

possano militare per l'adozione di una direttiva contenente specifici obblighi sanzionatori, non si registrano, in questa direzione, iniziative legislative da parte della Commissione.

Altro settore in cui l'intervento penale è stato evocato attiene alla tutela della proprietà intellettuale³⁷⁰, materia alla quale l'istituzione guardiana dei trattati aveva dedicato una proposta³⁷¹ di intervento penale "di primo pilastro", fondato sull'art. 95 TCE sulla base delle indicazioni della Corte di giustizia nella pronuncia *reati ambientali*. Anche in questo settore, il legislatore europeo è già intervenuto a più riprese, basti pensare al recente regolamento (UE) 2017/1001³⁷² sul marchio europeo nonché alla direttiva 2004/48/CE sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale³⁷³.

Proprio per un miglior *enforcement* delle disposizioni di quest'ultimo atto la Commissione aveva avanzato una proposta volta a contrastare un fenomeno delittuoso in costante crescita – quello legato alla contraffazione e alla pirateria dei contenuti protetti dai diritti di proprietà intellettuale – all'interno degli Stati membri, nei cui ordinamenti si registravano, tuttavia, approcci sanzionatori tra loro assai eterogenei. Per questo, come indicato nella motivazione della proposta, si riteneva opportuno che, accanto alle procedure e ai mezzi di ricorso di carattere civile ed amministrativo (già oggetto della direttiva del 2004), venissero imposti specifici obblighi di criminalizzazione, ritenuti funzionali ad assicurare il rispetto dei diritti di proprietà intellettuale e a rendere così più omogenei i sistemi sanzionatori nazionali.

La proposta è stata oggetto di ampia discussione in Consiglio, il quale – pur condividendo la necessità di tutela di tale bene giuridico – ha avanzato perplessità quanto alla possibilità di un intervento attraverso norme minime relative a reati e sanzioni³⁷⁴.

Poco dopo l'adozione del trattato di Lisbona, la proposta è stata ritirata e, dopo il fallimento di questa iniziativa, alcuna altra ipotesi in tal senso è stata formulata³⁷⁵.

Invero, in dottrina non erano mancate critiche quanto alla necessità di ricorrere alla criminalizzazione come migliore mezzo per assicurare maggiore effettività alla tutela dei diritti della proprietà intellettuale³⁷⁶.

³⁷⁰ Per una generale ricostruzione quanto alle modalità di tutela penale della proprietà intellettuale, cfr. MANTA I.D., *The Puzzle of Criminal Sanctions for Intellectual Property Infringement*, in *Harvard Journal of Law & Technology*, 2011, p. 469.

³⁷¹ Originariamente prospettata come decisione-quadro (v. Comunicazione della Commissione COM(2005) 276 def.), nell'aprile 2006 – con COM(2006) 168 def., 26 aprile 2006 – la proposta contenente obblighi di incriminazione è stata modificata in direttiva.

³⁷² In *GUUE*, 16 giugno 2017, L 154, p. 1.

³⁷³ In *GUUE*, 2 giugno 2004, L 195, p. 16.

³⁷⁴ Comunicato stampa del Consiglio (2752° riunione), 5-6 ottobre 2006.

³⁷⁵ Comunicazione pubblicata in *GUUE*, 18 settembre 2010, C 252, p. 7.

³⁷⁶ DAWES A., LYNSKEY O., *The Ever-Longer Arm of EC Law: the Extension of Community Competence into the Field of Criminal Law*, in *CMLR*, 2008, p. 131, spec. p. 148; GEIGER C., *The Rise of Criminal Enforcement of Intellectual Property Rights... and its Failure in the Context of Copyright Infringements on the Internet*, in FRANKEL S., GERVAIS D. (eds.) *The Evolution and Equilibrium of Copyright in the Digital Age* Cambridge, 2014, p. 113; GIBSON J., *The Directive Proposal on*

Per ciò che concerne, invece, il delicato tema dell'immigrazione illegale – menzionato dal Consiglio nel 2019 e già oggetto, sia pur in modo parziale, della direttiva 2009/52/CE³⁷⁷ – non si segnala, allo stato, alcuna intenzione di integrazione degli obblighi sanzionatori previsti da quell'atto, limitati alle condotte dei datori di lavoro che impiegano soggetti irregolarmente immigrati. Peraltro, le forme delittuose fenomenologicamente più ricorrenti in tempi odierni – nel Mediterraneo *in primis* – paiono inscrivibili nell'alveo della tratta di esseri umani, già oggetto della direttiva 2011/36/UE.

In chiusura – e in sintesi – appare evidente che, allo stato attuale, non sussiste una chiara volontà politica, né in capo alla Commissione, né tra gli Stati membri, di promuovere iniziative che, sulla base dell'art. 83, par. 2, TFUE, assicurino, attraverso il diritto penale, maggiore effettività alle politiche europee già armonizzate.

Criminal Sanctions, in GEIGER C. (ed.), *Criminal Enforcement of Intellectual Property*, Cheltenham, 2012, p. 245, spec. p. 261 e ivi ulteriori riferimenti.

³⁷⁷ In GUUE, 30 giugno 2009, L 168, p. 1. La direttiva contiene sanzioni penali nei confronti di datori di lavoro che impiegano cittadini di Stati terzi e il cui soggiorno sia irregolare. Sulla direttiva, v. SALAZAR L. *La direttiva 2009/52/CE che introduce norme minime relative a sanzioni e provvedimenti nei confronti di datori di lavoro che impiegano cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare*, in FOGLIA R., COSIO R. (a cura di), *Il diritto del lavoro nell'Unione europea*, Milano, 2011, p. 217.

CONCLUSIONI

Indagare il grado di effettività di un ordinamento costituisce un'operazione non semplice e, soprattutto, che importa analisi, riscontri e valutazioni di carattere non strettamente giuridico. Diventa *a fortiori* un compito oltremodo complesso qualora il sistema considerato, per la sua stessa capacità di esistere e di realizzarsi nei fenomeni quotidiani, dipenda in larga parte dagli apparati normativi, amministrativi e giudiziari di altri ordinamenti.

Pur considerate queste doverose premesse, l'analisi che è stata svolta consente di sviluppare alcune considerazioni.

La divaricazione tra *pouvoir normatif* e *pouvoir de sanction* ha contrassegnato – e continua tutt'oggi a connotare – l'esperienza dell'integrazione europea: uno iato che, sulla scorta di storiche pronunce della Corte di giustizia, seguite poi dagli interventi delle istituzioni, si è progressivamente attenuato, a tutto vantaggio del reale *enforcement* delle politiche sovranazionali.

Il percorso attraverso il quale l'Unione europea ha iniziato a vincolare gli ordinamenti nazionali quanto alle modalità di attuazione della propria elaborazione normativa è scandito, tanto per quel che concerne la tutela dei *Community rights*, quanto per la predisposizione di un apparato sanzionatorio a presidio dei precetti, da tappe tra loro sovrapponibili. Del resto, come lucidamente osservato dall'avvocato generale Kokott¹, non vi sarebbero ragioni perché le esigenze di effettività si declinassero in modo differente a seconda che si tratti di affermare un diritto o un obbligo della persona che ne è destinataria.

In una prima fase, si è affermato che in assenza di un'armonizzazione europea, diritti e obblighi degli individui – pur derivanti da una disciplina sostanziale sovranazionale – avrebbero trovato concretizzazione secondo le modalità stabilite dalle norme interne. Ciò è stato detto, in un periodo risalente, tanto per la tutela dei *Community rights*², quanto per l'imposizione di sanzioni per la violazione di obblighi di fonte europea³. Può essere efficace confrontare lo stesso tenore letterale di due sentenze chiave: nella sentenza *Salgoil*, si legge che le autorità degli Stati membri «devono garantire la tutela di detti diritti, restando inteso che spetta all'ordinamento giuridico di ciascuno stato membro il designare la giurisdizione competente e, a tale effetto, il qualificare detti diritti in base ai criteri del diritto nazionale»⁴. Nella sentenza *Amsterdam Bulb*⁵ il giudice

¹ Conclusioni dell'avvocato generale Kokott, 14 ottobre 2004, cause riunite C-387/02, C-391/02 e C-403/02, *Berlusconi e a.*, cit.

² Esemplicative, in proposito, sono Corte giust., sent. 4 aprile 1968, causa 34/67, *Luck*, cit. e sent. 19 dicembre 1968, causa 13/68, *Salgoil*, cit.

³ Corte giust., sent. 2 febbraio 1977, causa 50/76, *Amsterdam Bulb*, cit.

⁴ Corte giust., sent. *Salgoil*, cit., pt. 2.

⁵ Corte giust., sent. *Amsterdam Bulb*, cit., pt. 33.

lussemburghese ha avuto modo di osservare che «qualora la normativa comunitaria non commini sanzioni particolari a carico dei singoli che non si conformino a quanto da essa disposto, gli Stati membri hanno la facoltà di stabilire le sanzioni che ritengano opportune».

In entrambi i casi, si constata che la normativa comunitaria non disciplina le modalità di *enforcement* delle proprie politiche, ma si limita a offrire una normazione di taglio sostanziale, il cui complemento è rinvenuto necessariamente negli «environnements juridiques nationaux»⁶.

Una seconda fase si è caratterizzata per l'opera della Corte di giustizia volta a posizionare «i binari entro cui la autonomia procedurale degli Stati membri doveva collocarsi»⁷. Anche in questo caso, sono evidenti i parallelismi: nelle pronunce *Rewe* e *Comet* è comparsa l'endiadi «equivalenza e effettività» come duplice vincolo per gli ordinamenti nazionali quando siano chiamati a tutelare diritti di matrice europea; nell'altrettanto nota *Mais greco* appaiono sulla scena i principi di assimilazione e di adeguatezza, quest'ultimo declinato nei tre sub-criteri di effettività, dissuasività e proporzionalità. E, in entrambi i casi, il giudice lussemburghese non si è limitato a imporre i limiti entro cui le disposizioni nazionali devono collocarsi, ma si è riservato un ampio potere di valutare – o meno – se gli Stati membri abbiano, in quanto vincolati dalla *fidelity clause*, provveduto ad assicurare un'adeguata concretizzazione agli obblighi di tutela o sanzione.

I due percorsi hanno iniziato a divergere quando il legislatore europeo ha prospettato un proprio intervento che incidesse anche sulle modalità con cui gli ordinamenti interni avrebbero dovuto fornire concreta applicazione alla disciplina sovranazionale.

Quanto al ravvicinamento sul versante delle disposizioni sostanziali e procedurali volte ad assicurare *enforcement* dei *Community rights* non si sono verificate particolari difficoltà: basti ricordare casi paradigmatici come i settori come la tutela dei consumatori, le c.d. direttive appalti, il *private antitrust enforcement*. L'esistenza di una *catch-all provision* come l'odierno art. 114 TFUE, capace di fondare le più varie iniziative normative tese a consentire l'instaurazione e il funzionamento del mercato interno, nonché la minore resistenza che i settori civilistici e amministrativi hanno opposto alla capacità armonizzatrice europea hanno permesso un intervento molto più diffuso (e favorevolmente accolto) da parte delle istituzioni.

Al contrario, il ravvicinamento degli apparati sanzionatori nazionali ha dovuto fronteggiare ostacoli ben più significativi. Quanto alle misure di carattere non penale, la Corte di giustizia ha stabilito, nel 1992, che l'adozione di atti comunitari contenenti sanzioni amministrative che le autorità interne devono applicare è non solo consentito, ma anche «necessari[o] per l'applicazione effettiva dei regolamenti esistenti»⁸: dopo questa pronuncia, non è più stata revocata in

⁶ MERTENS DE WILMARS J., *Réflexions sur le système d'articulation*, cit., p. 341.

⁷ GALETTA D.U., *L'autonomia procedurale*, cit., p. 21.

⁸ Corte giust., sent. 27 ottobre 1992, causa C-240/90, *Germania c. Commissione*, cit., pt. 11.

dubbio la capacità dell'Unione europea di vincolare gli Stati membri all'irrogazione di specifiche misure – pecuniarie o meno – per il presidio delle proprie politiche. Basti pensare al regolamento del 1995 in materia PIF o, più recentemente, al MAR del 2014.

Lo snodo cruciale ha riguardato il ricorso, da parte delle istituzioni europee, al diritto penale: materia che costituisce un vero e proprio “giardino segreto”, custodito gelosamente nel cuore più intimo della sovranità nazionale. Storicamente, la determinazione delle condotte punibili, l'individuazione delle tipologie di pena, l'irrogazione delle sanzioni criminali e la (conseguente) esecuzione costituiscono l'espressione del potere statale e, dunque, sovrano. La forte carica simbolica, la capacità di prevenzione, la natura repressiva – tutti contrassegni della pena – permettono a uno Stato di realizzare i propri obiettivi di politica criminale, individuando, in base al contesto storico-politico, i beni giuridici meritevoli di protezione dalle aggressioni dei consociati.

Di fronte ad uno strumento che è capace di dimostrare l'esistenza stessa di un ordinamento autonomo e sovrano, nonché di assicurare che la vita dei consociati si svolta in concreto secondo i precetti imposti, non pare anomalo che l'Unione europea abbia cercato di acquisire una propria competenza penale, quantomeno per due ordini di ragioni: in primo luogo, perché lo *ius puniendi* ne manifesta una più matura legittimazione come sistema giuridico; inoltre, perché essa stessa ha portato a emersione alcuni interessi – il proprio bilancio, la propria moneta, l'attività delle proprie istituzioni – che fisiologicamente meritano tutela. Peraltro, non può neppure disconoscersi che, a fronte di alcuni fenomeni delittuosi di marcato carattere transfrontaliero, il punto di osservazione (e di intervento) sovranazionale potrebbe addirittura rivelarsi preferibile rispetto a quello dei singoli Stati membri.

Il percorso di attribuzione di competenze penali all'Unione europea si è rivelato gravido di difficoltà. Superate alcune storiche lacune dell'ordinamento sovranazionale – il *deficit* democratico, l'assenza di un catalogo di diritti fondamentali fra tutte – è divenuto sostanzialmente impossibile negare al legislatore europeo un margine d'intervento, seppur scrupolosamente perimetrato attraverso le rigorose maglie dell'art. 83 TFUE e confinato entro il più flessibile degli strumenti normativi, la direttiva.

In entrambi gli scenari che questa disposizione prospetta, il ruolo riconosciuto al diritto penale è evidente: l'Unione europea ne può far impiego nella misura in cui serve a realizzare obiettivi o politiche che le appartengono. Non può imporre il ricorso allo *ius puniendi* o armonizzare i profili sanzionatori rispetto a beni giuridici che non presentino un'interrelazione con la dimensione sovranazionale.

Anche quando si faccia esercizio dell'art. 83, par. 1, TFUE, sembra che ben poca sia l'autonomia concessa – ad onta dell'appellativo riservato alla competenza *de qua* – alle istituzioni. I

settori suscettibili di intervento sono elencati in modo tassativo e ogni ampliamento del novero degli eurocrimini dipende, in ultima istanza, dalle scelte degli Stati membri che siedono in Consiglio. Le materie in cui l'Unione europea ha potuto (o potrà) imporre *inputs* di criminalizzazione si legano a doppio filo alla natura stessa dell'ordinamento sovranazionale: le sfere delittuose identificate dall'art. 83, par. 1, co. 2 sono contrassegnate, alternativamente, da una natura *ictu oculi* transfrontaliera (non a caso sono ricorrenti i termini "tratta" o "traffici") o da una matrice economica (riciclaggio, contraffazione dei mezzi di pagamento). Nel primo caso, l'Unione europea interviene perché tali fenomeni sono intimamente legati alla libera circolazione di individui e risorse: di conseguenza, il contrasto della criminalità di questo tipo rientra nell'ottica di assicurare che gli spostamenti di persone e mezzi avvengano senza pregiudizio per la sicurezza dei consociati. Nel secondo caso, l'intervento penale sovranazionale è ammesso in virtù della propria storica – e imprescindibile – vocazione economica. In queste sfere di criminalità, le direttive non possono che contenere *inputs* di criminalizzazione a favore di beni giuridici che le sono riconosciuti come inerenti al percorso d'integrazione e come (astrattamente) compatibili con l'opzione penale.

Al di fuori dei settori elencati dall'art. 83, par. 1, TFUE, eventuali obblighi di penalizzazione non possono che passare dal vaglio – forse ancora più severo – del par. 2 della stessa disposizione.

Così come accadde per le sentenze del 2005 e del 2007, anche la competenza penale accessoria ha attratto un profluvio di preoccupazioni, se non di vere e proprie censure. Due erano le ragioni di un profondo ostracismo sul punto: entrambe dimostrate, dalla prassi, infondate.

La prima si può così sintetizzare: posto che pressoché ogni branca del diritto è (ormai) riconducibile alle politiche europee, si è temuto che l'art. 83, par. 2, TFUE potesse offrire i presupposti per un indiscriminato ricorso, a livello sovranazionale, alla sanzione penale, anche per settori in cui mai si fosse fatto ricorso a questo tipo di misura. A questo proposito, basta porre mente alla consistenza numerica delle direttive adottate, in ormai dieci anni, in forza di questa competenza per cogliere la fragilità della critica.

Ancor più colpisce che, per adottare uno strumento che accordasse agli interessi finanziari europei una tutela penale idonea, siano occorsi cinque anni di negoziati e un deciso intervento della Corte di giustizia, poco ponderato nelle forme, ma capace di cogliere il segno nella sostanza: non si vede come possa un ordinamento sostenere economicamente le proprie attività se non può presidiare, da abusi e frodi, le sue stesse risorse.

Già da sole, queste due considerazioni bastano a scongiurare ogni rischio di ipertrofia penale euro-indotta: si potrebbe anche aggiungere che, del resto, i due settori interessati dalle direttive *ex art. 83, par. 2, TFUE* erano largamente caratterizzati – per autonoma scelta dei legislatori nazionali – dal frequente ricorso allo *ius puniendi*, perciò le istituzioni altro non avrebbero fatto che consolidare scelte già compiute negli Stati membri, semmai offrendo uno sforzo teso ad armonizzare il *quantum* di pena.

Il secondo timore paventato dalla dottrina si impernia attorno a una presunta svolta “normativista” che l’intervento europeo presupporrebbe: in altri termini, si assegnerebbe al diritto penale non il compito di proteggere beni giuridici – come la tradizione occidentale vorrebbe – bensì quello di presidiare l’ordinamento stesso e i suoi precetti.

Fermo il fatto che neppure la più autorevole dottrina è stata in grado di chiarire quale sia il processo di selezione degli interessi meritevoli di tutela penale – se non sostenendo che dev’essere rimesso a una scelta del legislatore, eventualmente censurabile dalla Corte costituzionale nazionale –, non si vede la ragione per la quale questo stesso meccanismo non possa operare anche a livello europeo.

Esigere che una direttiva in materia penale possa essere adottata soltanto dopo che l’*enforcement* assicurato da altri strumenti di armonizzazione nel settore si sia rivelato infruttuoso o insufficiente appare potenzialmente ancor più coerente con i principi di offensività e di *extrema ratio*, vere e proprie pietre miliari del diritto penale contemporaneo.

Inoltre, la percezione della sanzione come uno strumento capace di assicurare, almeno in via potenziale, un risultato – e non come esercizio arbitrario del potere – non sembra affatto estranea alle logiche che ispirano, negli ordinamenti nazionali, il ricorso allo *ius puniendi*. Qualsiasi politica europea, alla cui miglior realizzazione sia necessario un apparato sanzionatorio, ha a oggetto un bene della vita, di carattere individuale e/o collettivo, che può essere meritevole di protezione: basti pensare alla tutela dell’ambiente, a cui le istituzioni sovranazionali – ben prima degli Stati membri – hanno rivolto l’attenzione.

Se si sgombra il campo da queste due obiezioni – e si prospetta come ragionevole e ammissibile l’esistenza di una competenza penale a livello europeo – l’analisi che è stata svolta nei Capitoli Terzo e Quarto permette alcune valutazioni in merito ai contenuti, attuali e potenziali, degli obblighi di incriminazione adottati *ex art. 83, par. 2, TFUE*. nonché alle modalità di esercizio di questo potere.

In merito alle direttive già adottate, si tratta – come si è già osservato – di strumenti che sono intervenuti in settori che già da lungo tempo avevano registrato una progressiva stratificazione normativa a livello sovranazionale e per fattispecie per le quali gli stessi legislatori nazionali

avevano optato per l'imposizione di sanzioni di carattere penale, ancor prima di un espresso obbligo, in tale direzione, dalle fonti europee. Perciò, rispetto ai due fenomeni delittuosi in esame – *market abuse* e frodi agli interessi finanziari – la necessità di prevenzione e contrasto attraverso lo *ius puniendi* era sostanzialmente condivisa e, in effetti, le negoziazioni non hanno mai incontrato resistenze quanto alla legittimità dell'intervento penale per quelle condotte.

Di sicuro interesse appare il reticolo normativo adottato nel 2014 in tema di *market abuse*. La congiunta adozione di MAR e MAD offre uno spunto di riflessione quanto al *modus operandi* delle istituzioni: l'esigenza di assicurare tutela a un bene giuridico di rilevanza centrale e marcatamente transfrontaliera si può e si deve soddisfare attraverso il rafforzamento degli strumenti di prevenzione e controllo, nonché tramite sanzioni che solo nei casi “gravi” – quelli isolati dalla MAD – devono assumere un contrassegno penale. Una via – quella che è stata identificata come *toolbox approach* – che, specie per le forme di criminalità economica, può offrire risultati apprezzabili in punto di *enforcement* e che, non a caso, è stata evocata dalla dottrina come preferibile anche in settori (quali la tutela dell'ambiente) ove ancora un'opzione simile non è stata realizzata.

Quanto alle politiche europee per le quali un intervento *ex art. 83, par. 2, TFUE* sarebbe auspicabile, un posto di primo ordine spetta alla protezione ambientale, tema per il quale le istituzioni sovranazionali hanno sempre rivelato una sensibilità apprezzabile e uno spirito innovativo ben superiore a quello delle autorità nazionali. In questo settore, il ricorso all'opzione penale è questione ampiamente discussa in dottrina, sebbene sia ricorrente la considerazione per cui – accanto a obblighi di rimozione del nocumento causato – per i fatti più gravi la previsione di sanzioni di carattere criminale debba stimarsi in ogni caso opportuna. La direttiva 2008/99/CE ha manifestato in pienezza i limiti che già si potevano presupporre quando fu adottata, dettati dal complesso quadro istituzionale dell'epoca, segnato dalla struttura “a pilastri” e dagli interventi della Corte di giustizia. Il difetto principale risiede senz'altro nel *deficit* di armonizzazione delle sanzioni: come è stato dimostrato, l'ampio margine di scelta riservato ai legislatori – pressoché illimitato – frustra quelle esigenze di omogeneo contrasto di un fenomeno delittuoso grave e che, in quanto marcatamente transfrontaliero, si ripercuote sulla reale capacità di rendere effettiva la lotta agli *environmental crimes*.

Di conseguenza, sarebbe senz'altro auspicabile – come la Commissione e il Consiglio, rispettivamente nel 2011 e nel 2019 hanno evocato – un nuovo intervento del legislatore europeo: dotato di una competenza più ampia quale quella odierna, potrebbe senz'altro offrire un quadro normativo votato a maggiore efficacia e completezza.

Rispetto a ulteriori settori, come si è visto nella Sezione Seconda del Capitolo Quarto, le prospettive di adozione di nuove direttive *ex art. 83, par. 2, TFUE* sono assolutamente remote,

mancando – in tal senso – una chiara manifestazione di volontà politica già nei soggetti che sarebbero abilitati all'esercizio dell'iniziativa normativa. Ciò anche ove vi siano settori il cui *enforcement* attuale si sia rivelato deficitario pur a fronte di strategie europee di intervento – normativo e amministrativo – pluridecennale: è il caso degli illeciti *antitrust*. Nonostante le disarmonie tra le legislazioni nazionali siano molto accentuate – basti pensare che in Francia i responsabili di un cartello sono penalmente punibili, a poche centinaia di chilometri, in Italia, non soffrirebbero alcuna sanzione individuale – la Commissione continua a ritenere sufficiente un regime di tutela della libera concorrenza fondato sulle sole ammende alle imprese e sulle iniziative di ristoro dei privati (c.d. *private antitrust enforcement*). La comparazione, specie con il modello statunitense, sembrerebbe suggerire l'opportunità di introdurre sanzioni per gli individui responsabili di condotte – le più gravi, quantomeno – la cui capacità offensiva rispetto a un interesse diffuso e condiviso (la concorrenza) è evidente e indiscussa.

La ricerca di maggiore effettività delle politiche europee potrebbe poi indurre a valutare la possibilità di altre e diverse forme sanzionatorie, *in primis* quelle che, pur a carattere penale, non siano necessariamente detentive o, infine, quelle di carattere amministrativo. Suggerimento che deriva dalla difficoltà, riscontrata in alcuni ordinamenti – quello italiano non fa eccezione –, di assicurare alla repressione penale una dimensione effettiva, in ragione del tasso di condotte che, per varie ragioni, restano impunte, o vengono sanzionate in modo poco incisivo e a distanza di anni dalla realizzazione dei delitti.

Una prima considerazione concerne la necessità di superamento dell'equazione per cui la sanzione penale deve equivalere alla reclusione. Costituisce esperienza comune a pressoché tutti gli ordinamenti processuali la ricerca di strumenti – a carattere para-detentivo, limitativo, interdittivo, pecuniario – che, pur conservando il contrassegno della penalità, permettano di eseguire la condanna fuori dai consueti luoghi di espiazione, specie per i reati di minore gravità. In questo senso, sarebbe opportuno che anche le direttive europee non si riferissero sempre e solo alla detenzione come unico modello sanzionatorio, al quale possono essere efficacemente giustapposti anche altri strumenti: si pensi alle modalità di contrasto dei c.d. *white collar crimes*, per cui misure quali la sterilizzazione dei profitti, l'interdizione da future attività, l'irrogazione di misure pecuniarie, la revoca di titoli o licenze potrebbero assicurare, secondo parte della dottrina, un grado di effettività addirittura maggiore. In questo senso, è dunque essenziale che il legislatore europeo acquisisca consapevolezza che obbligare i legislatori nazionali a presidiare con sanzioni penali alcune politiche non significa *ex se* raggiungere la massima soglia di effettività del sistema, obiettivo cui si può giungere anche attraverso strumenti ulteriori o fra loro combinati.

Un secondo ordine di considerazioni attiene al ruolo che potrebbe svolgere la (neonata) Procura europea: sebbene l'EPPO estenda – *rebus sic stantibus* – la propria competenza ai soli delitti definiti dalla direttiva PIF e a quelli strettamente collegati, non mancano le proposte di ricorrere all'art. 86, par. 4, TFUE per consentire un'estensione a ulteriori reati, quali quelli legati al terrorismo o i disastri ambientali su scala transfrontaliera. Lo svolgimento di indagini coordinate, l'attuazione di strategie comuni di contrasto di tali fenomeni, l'omogeneità nell'esercizio dell'azione penale – seppur dinanzi a giurisdizioni differenti – potrebbero assicurare maggiore effettività alle politiche europee in materia, oltre ad avere una forte carica simbolica quanto alla costruzione di un vero spazio di giustizia continentale.

In relazione alle modalità con cui il ravvicinamento delle disposizioni penali nazionali avviene, si possono svolgere alcune riflessioni.

Una prima e fondamentale riflessione attiene alle forme di armonizzazione sul piano del tipo e del *quantum* delle sanzioni. Se l'obiettivo dell'intervento penale consiste nell'imporre, agli Stati membri, di tutelare con un certo grado di incisività un determinato bene giuridico, le misure scelte devono rivelare il disvalore del fatto punito, ma non possono scardinare la coerenza dei sistemi nazionali, alle cui autorità inquirenti e giudiziarie è pur sempre rimessa l'applicazione dei precetti. Obbligare Paesi con paradigmi sanzionatori eterogenei ad applicare misure quantificate secondo soglie uguali per tutti gli ordinamenti significa impedire ai legislatori nazionali di plasmare la quantità di pena in modo tale da rispecchiare il disvalore del fatto secondo la propria scala assiologica: un editto massimo di quattro anni in Finlandia o in Italia non è, ad onta di quanto sembrerebbe superficialmente, la stessa cosa. Con ulteriori effetti distorsivi, anche in punto di effettività: nei sistemi ove quella pena fosse troppo mite, o sostituibile (proprio per questo), con altre misure, non vi sarebbe alcuna capacità deterrente; negli ordinamenti ove risultasse eccessivamente severa, i canoni di proporzionalità e coerenza sarebbero vulnerati. Inoltre, non sarebbe posto rimedio al problema del *forum shopping*, per cui – almeno di fatto – permarrebbero comunque “porti sicuri” ove svolgere, con minori rischi, attività delittuose.

Per queste ragioni, sarebbe opportuno rinunciare al sistema del “minimo del massimo” per abbracciare un modello che permetta di calibrare la misura sanzionatoria in modo da assicurare, nei Ventisette Stati membri, una reazione adeguatamente ponderata e, soprattutto, che rifletta in modo equilibrato e omogeneo il disvalore del fatto.

L'adozione di un modello del genere potrebbe anche lasciar intendere futuri interventi europei volti solo a rendere omogenei gli standard quantitativi delle sanzioni, a fronte di fattispecie già ovunque punite: del resto, anche l'armonia degli apparati repressivi concorre a favorire la circolazione delle persone e la sicurezza.

Una seconda valutazione attiene alla perimetrazione dell'intervento europeo alle sole "norme minime". Contenere l'attività armonizzatrice entro una soglia volutamente minima significa conservare agli Stati membri margini di autonomia estremamente ampi – tanto nella codificazione della fattispecie quanto nella scelta della pena – dai quali derivano marcate eterogeneità e, di conseguenza, evidenti rischi di assicurare in modo ineguale l'*enforcement* delle politiche europee. Trattandosi sovente di forme di criminalità economica, la tentazione di ricorrere ai *safe harbours* è quantomai viva: basti pensare a quanto facilmente le società spostano le rispettive sedi legali e operative soltanto per agevolarsi di legislazioni meno severe.

A questo problema si rinsalda la *quaestio* legata alla permanenza, nelle tradizioni dei diversi Stati membri, di un corpo di disposizioni – la c.d. parte generale del diritto penale – rispetto alle quali l'influenza europea è tendenzialmente esclusa. Quest'aspetto risulta determinante qualora le direttive impongano agli ordinamenti di punire forme di manifestazione dei reati come il tentativo o il concorso: se queste ultime nozioni sono definite in modo eterogeneo, le disarmonie finiscono per replicarsi nelle modalità con cui si dà attuazione ai precetti di fonte europea. Del resto, sono proprio le norme della parte generale o del diritto processuale a contenere i maggiori rischi di ineffettività del sistema punitivo: la vicenda *Taricco* ne è la riprova. Nessuno potrebbe presumere, se solo leggesse i precetti penali applicabili agli illeciti tributari, l'ineffettività di quelle misure, la quale – in effetti – deriva dall'applicazione di altre disposizioni (quali quelle in punto di prescrizione) che finiscono per ridurre, se non annichilire, l'efficacia e la deterrenza delle risposte sanzionatorie. Anche da questa esperienza si comprende perché, per la prima volta nella direttiva PIF, il legislatore europeo abbia inserito una specifica disposizione proprio in tema di prescrizione.

In chiusura, non resta che «il sugo di tutta la storia»⁹. Indagare le modalità, le tecniche, gli strumenti attraverso cui l'Unione europea ha cercato e, tutt'ora, prova ad assicurare massima effettività alle proprie politiche ha consolidato una consapevolezza: l'insuperabile asimmetria strutturale tra *pouvoir normatif* e *pouvoir de sanction* – per cui un ordinamento dovrà pur sempre affidarsi ad altri Ventisette per realizzarsi nella quotidianità dei fenomeni umani, tanto quando si tratti di diritti, quanto di obblighi e sanzioni – comporterà sempre la ricerca di un delicato equilibrio ed esigerà la continua e complessa ponderazione di spinte centrifughe e centripete. Come, del resto, è stato, è e sarà per l'intera storia dell'integrazione europea.

⁹ MANZONI A., *I Promessi sposi*, Firenze, 1981, p. 659.

Bibliografia

Manuali, volumi collettanei, monografie.

- AA.VV., *Diritto penale sostanziale e processuale dell'Unione europea*, Padova, 2011
- AA.VV., *Droit communautaire et droit pénal*, Milano, 1981
- AA.VV., *Europa. Un'utopia in costruzione*, Roma, 2018
- AA.VV., *Il diritto dell'energia nucleare*, Milano, 1961
- AA.VV., *Istituzioni di diritto internazionale*, Torino, 2016
- AA.VV., *L'Europe et le droit. Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Parigi, 1991
- AA.VV., *La protection du budget communautaire et l'assistance entre États: la coopération en matière pénale et la lutte contre la fraude au budget communautaire*, Lussemburgo, 1995
- AA.VV., *La protection juridique des intérêts financiers de la Communauté*, Lussemburgo, 1990
- AA.VV., *Liber amicorum in onore di Antonio Tizzano*, Torino, 2018
- AA.VV., *Scritti in onore di Elio Fazzalari*, vol. IV, Milano, 1993
- AA.VV., *Scritti in onore di Giuseppe Tesaurò*, Napoli, 2014
- AA.VV., *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*, Milano, 2001
- AA.VV., *Studi in onore di Mario Romano*, vol. IV, Napoli, 2011
- AA.VV., *Temi e questioni di diritto dell'Unione europea. Scritti offerti a Claudia Morviducci*, Bari, 2019
- AA.VV., *Trent'anni di diritto comunitario*, Lussemburgo, 1983
- ACOSTA ARCARAZO D., MURPHY C. (eds.), *EU Security and Justice Law after Lisbon and Stockholm*, Oxford, 2014, p. 110
- ADAM R., TIZZANO A., *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2014
- ALBERTI J.F., *Le agenzie dell'Unione europea*, Milano, 2018
- ALESSANDRI A. (a cura di), *Reati in materia economica – Trattato teorico-pratico di diritto penale*, Torino, 2012
- AMALFITANO C. (a cura di), *Primato del diritto dell'Unione europea e controlimiti alla prova della “saga Taricco”*, Milano, 2018
- AMALFITANO C., *Codice di cooperazione giudiziaria penale dell'Unione europea*, Torino, 2017
- AMALFITANO C., *La procedura di “condanna” degli Stati membri dell'Unione europea*, Milano, 2012
- AMBOS K., *European Criminal Law*, Cambridge, 2018
- ARISTOTELE, *Etica Nicomachea* (trad. a cura di Mazzarelli C.), Milano, 2000
- ASHIAGBOR D., COUNTRORIS N., LIANOS I. (eds.), *The European Union After the Treaty of Lisbon*, Cambridge, 2012
- ASP P., *The Substantive Criminal Law Competence of the EU*, Stoccolma, 2012
- BARAV A., PHILIP C. (sous la direction de), *Dictionnaire juridique des Communautés européennes*, Parigi, 1993, p. 449
- BARUFFI M.C. (a cura di), *La Costituzione europea: quale Europa dopo l'allargamento?*, Padova, 2006
- BASSIOUNI M., MILITELLO V., SATZGER H. (eds.), *European Cooperation in Penal Matters: Issues and Perspectives*, Padova, 2008
- BECCARIA C., *Dei delitti e delle pene*, Milano, 2014
- BERNARDI A. (a cura di), *I controlimiti: primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Napoli, 2017
- BERNARDI A. (a cura di), *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea. Profili e limiti di un vincolo problematico*, Napoli, 2015

- BERNARDI A., *Codificazione penale e diritto comunitario. La modificazione del codice penale ad opera del diritto comunitario*, Ferrara, 1996
- BERNARDI A., CUPELLI C. (a cura di), *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, Napoli, 2017
- BERNASCONI C., *Il reato ambientale*, Pisa, 2008
- BERTOLINO M., EUSEBI L., FORTI G. (a cura di), *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011
- BETTIOL G. (a cura di), *Prospettive per un diritto penale europeo. IV convegno di diritto penale - Bressanone 1967*, Padova, 1968
- BIANCHI M., *I confini della repressione penale della pornografia minorile*, Torino, 2019
- BILANCIA P., D'AMICO M. (a cura di), *La nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona*, Milano, 2009
- BIONDI A., EECKHOUT P., RIPLEY S. (eds.), *EU Law after Lisbon*, Oxford, 2012
- BLANQUET M., *L'article 5 du Traité CEE : recherche sur les obligations de fidélité des États membres de la Communauté*, Parigi, 1994
- BLECKMANN A., DELANNAY P. (sous la direction de), *Le recours des individus devant les instances nationales en cas de violation du droit européen*, Bruxelles, 1978
- BOBBIO N., *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, 1960
- BOBBIO N., *Teoria della norma giuridica*, Torino, 1958
- BOLOGNINI L., PELINO E., BISTOLFI C. (a cura di), *Il Regolamento privacy europeo*, Milano, 2016
- BOUVERESSE A., RITLÉNG D., (sous la direction de), *L'effectivité du droit de l'Union européenne*, Bruxelles, 2018
- BRIÈRE C., WEYEMBERGH A. (eds.), *The Needed Balances in EU Criminal Law: Past, Present and Future*, Oxford, 2018
- CADOPPI A., CANESTRARI S., MANNA A., PAPA M. (a cura di), *Diritto penale dell'economia*, I, Torino, 2017
- CAMALDO L. (a cura di), *L'istituzione del Procuratore europeo e la tutela penale degli interessi finanziari dell'Unione europea*, Torino, 2014
- CANE P., KRITZER H. (eds.), *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research*, Oxford, 2010
- CANESTRARI S., FOFFANI L. (a cura di), *Il diritto penale nella prospettiva europea*, Milano, 2005
- CAPPELLETTI V., PIZZORUSSO A. (a cura di), *L'influenza del diritto europeo sul diritto italiano*, Milano, 1982
- CARBONE S., *Principio di effettività e diritto comunitario*, Napoli, 2009
- CARTUYVELS Y., *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal?*, Bruxelles, 2007
- CATANIA A. (a cura di), *Dimensioni dell'effettività. Tra teoria generale e politica del diritto*, Milano, 2005
- CAVALLINI J., *Le juge national du provisoire face au droit communautaire*, Bruxelles, 1995
- CHIEPPA R., GIOVAGNOLI R., *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2018
- CHIOVENDA G., *Saggi di diritto processuale civile (1900-1930)*, vol. I, Roma, 1930
- CHITI M., GRECO G. (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, vol. I, Milano, 2007
- CHITI M., GRECO G. (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, vol. II, Milano, 2007
- CRAIG P., *The Lisbon Treaty - Law, Politics and Treaty Reform*, Oxford, 2013
- CRAIG P., DE BURCA G. (eds.), *The Evolution of EU Law*, Oxford, 1999
- CREMONA M., *Compliance and the Enforcement of EU Law*, Oxford, 2012
- CSERES K., SCHINKEL M. P., VOGELAAR F. (eds.), *Criminalization of Competition Law Enforcement. Economic and Legal Implications for the EU Member States*, Cheltenham, 2006
- CUFFARO V., D'ORAZIO R., RICCIUTO V. (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, Torino, 2019
- CURTI GIALDINO C., *Il Trattato di Maastricht sull'Unione europea*, Roma, 1993

- D'AGOSTINO P., SALOMONE R. (a cura di), *La tutela dell'ambiente. Profili penali e sanzionatori*, Padova, 2011
- D'ALESSANDRO F., *Regolatori del mercato, enforcement e sistema penale*, Torino, 2014
- DE WITTE B., MICKLITZ H. (eds.), *The European Court of Justice and the Autonomy of Member States*, Antwerp, 2011
- DELMAS-MARTY M. (sous la direction de), *Quelle politique pénale pour l'Europe?*, Parigi, 1993
- DELMAS-MARTY M., *Les grands systèmes de politique criminelle*, Parigi, 1992
- DELMAS-MARTY M., GIUDICELLI-DELAGE G., LAMBERT-ABDELGAWAD E. (s.d.d.), *L'harmonisation des sanctions pénales en Europe*, Parigi, 2003
- DELMAS-MARTY M., SUMMERS M. (eds.), *What Kind of Criminal Policy for Europe?*, L'Aia, 1996
- DELMAS-MARTY M., VERVAELE J.A.E. (eds.), *The implementation of the Corpus Juris in the Member States*, Anversa, 2000
- DI MARCO A., *La responsabilità extracontrattuale dello stato per violazioni del diritto dell'UE*, Napoli, 2017
- DOLCINI E., PALIERO C.E. (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci, Vol. II*, Milano 2006
- DOUGAN M., *National Remedies Before the Court of Justice*, Oxford, 2004
- DOVA M., *Pena prescrittiva e condotta reintegratoria*, Torino, 2017
- EHLERMANN C.D., ATANASIU I. (eds.), *European Competition Law Annual 2001: Effective Private Enforcement of EC Antitrust Law*, 2003
- FERRARO F., *La responsabilità risarcitoria degli Stati membri per violazione del diritto comunitario*, Milano, 2008
- FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2019
- FIJNAUT C., ALBRECHT H.J., KLIP A. (eds.), *Crime, Criminal Law and Criminal Justice in Europe: a Collection in Honour of Cyrille Fijnaut*, Leida, 2013
- FIMIANI P., *La tutela penale delle finanze comunitarie. Profili sostanziali e processuali*, Milano, 1999
- FOFFANI L., *Diritto penale comparato, europeo e internazionale. Prospettive per il XXI secolo*, Milano, 2006
- FOFFANI L., *Infedeltà patrimoniale e conflitto d'interessi nella gestione d'impresa. Profili penalistici*, Milano, 1997
- FOGLIA R., COSIO R. (a cura di), *Il diritto del lavoro nell'Unione europea*, Milano, 2011
- FORLATI PICCHIO M. L., *La sanzione nel diritto internazionale*, Padova, 1974
- FRANKEL S., GERVAIS D. (eds.) *The Evolution and Equilibrium of Copyright in the Digital Age* Cambridge, 2014
- FUMAGALLI L., *La responsabilità degli Stati membri per la violazione del diritto comunitario*, Milano, 2000
- GABRIELE F., *Europa: la Costituzione abbandonata*, Bari, 2008
- GAJA G., ADINOLFI A., *Introduzione al diritto dell'Unione europea*, Bari, 2014
- GALETTA D.U., *L'autonomia procedurale degli stati membri dell'Unione europea: paradise lost?. Studio sulla c.d. autonomia procedurale, ovvero sulla competenza procedurale funzionalizzata*, Torino, 2009
- GIAMPIETRO F. (a cura di), *La responsabilità per danno all'ambiente. Attuazione della direttiva 2004/35/CE*, Milano, 2006
- GEIGER C. (ed.), *Criminal Enforcement of Intellectual Property*, Cheltenham, 2012
- GIUNTA F., MICHELETTI D., *Tempori cedere: prescrizione del reato e funzioni della pena nello scenario della ragionevole durata del processo*, Torino, 2003
- GOISIS F., *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, 2014
- GOISIS L., *La pena pecuniaria. Un'indagine storica e comparata*, Milano, 2008
- GRANAT K., *The Principle of Subsidiarity and its Enforcement in the EU Legal Order: The Role of National Parliaments in the Early Warning System*, Oxford, 2018

- GRASSO G. (a cura di), *La lotta contro la frode agli interessi finanziari della Comunità europea tra prevenzione e repressione: l'esempio dei fondi strutturali*, Milano, 2000
- GRASSO G., *Comunità europee e diritto penale*, Milano, 1989
- GRASSO G., ILLUMINATI G., SICURELLA R., ALLEGREZZA S. (a cura di), *Le sfide dell'attuazione di una Procura europea: definizione di regole comuni e loro impatto sugli ordinamenti interni*, Milano, 2014
- GRASSO G., PICOTTI L., SICURELLA R. (a cura di), *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Milano, 2011
- GRASSO G., SICURELLA R. (a cura di), *Per un rilancio del progetto europeo: esigenze di tutela degli interessi comunitari e nuove strategie di integrazione penale*, Milano, 2008
- GRASSO G., SICURELLA R. (a cura di), *Lezioni di diritto penale europeo*, Milano, 2007
- GRASSO G., SICURELLA R. (a cura di), *Il Corpus Juris 2000. Un modello di tutela penale dei beni giuridici comunitari*, Milano, 2003
- GRILLER S., ZILLER J., *The Lisbon Treaty: EU Constitutionalism without a Constitutional Treaty*, Vienna, 2008
- GROSSO C.F., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2013
- GROUSSOT X., *General Principles of Community Law*, Groningen, 2006
- HABERMAS J., *Après L'Etat-nation*, Parigi, 2000
- HARDING C., EDWARDS J., *Cartel Criminality: The Mythology and Pathology of Business Collusion*, Londra, 2015
- HART H.L.A., *Il concetto di diritto*, Torino, 1965
- HERLIN-KARNELL E., *The Constitutional Dimension of European Criminal Law*, Oxford, 2012
- HINTEREGGER M., *Environmental Liability and Ecological Damage in European Law*, Cambridge, 2008
- HOFSTOTTER B., *Non-compliance of National Courts: Remedies in European Community Law and BEYOND*, L'Aia, 2005
- HUSAK D., *Overcriminalization. The limits of the criminal law*, Oxford, 2008
- INGHERAM J.F.H., *Legal and Institutional Aspects of the European Anti-Fraud Office – An Analysis with a Look Forward to a European Public Prosecutor's Office*, Groningen, 2011
- INGRAVALLO I., *L'effetto utile nell'interpretazione del diritto dell'Unione europea*, Bari, 2017
- IPPOLITO F., BARTOLONI M.E., CONDINANZI M. (eds.), *The EU and the Proliferation of Integration Principles under the Lisbon Treaty*, Londra, 2019
- JACQUE J.-P., *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Parigi, 2003
- JAKAB A., KOCHENOV D., *The Enforcement of EU Law and Values: Ensuring Member States' Compliance*, Oxford, 2018
- JELLINEK G., *La dottrina generale dello Stato*, Milano, 1921
- KELSEN H., *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, 1995
- KLAMERT M., *The Principle of Loyalty in EU Law*, Oxford, 2014
- KLIP A., *European Criminal law. An Integrative Approach*, Oxford, 2012
- KLIP A. (ed.), *Substantive Criminal Law of the European Union*, Anversa, 2011
- LABOUZ M. F., *Les accords de Maastricht et la constitution de l'Union européenne*, Parigi, 1992
- LAZZERINI N., *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: I limiti di applicazione*, Milano, 2018
- LENAERTS K., MASELIS I., GUTMAN K., *EU Procedural Law*, Oxford, 2014
- LOUIS J.V., *L'ordinamento giuridico comunitario*, Lussemburgo, 1995
- LOUIS J.V., *Les règlements de la Communauté Economique Européenne*, Bruxelles, 1969
- LUCARELLI A., PATRONI GRIFFI A. (a cura di), *Studi sulla Costituzione europea. Percorsi e ipotesi*, Napoli, 2003

- LUCHTMAN M., *Choice of Forum in Cooperation Against EU Financial Crime: Freedom, Security and Justice and the Protection of Specific EU-interests*, L'Aja, 2013
- MALINAUSKAITE J., *Harmonisation of EU Competition Law Enforcement*, Cheltenham, 2020
- MANES V., CAIANIELLO M., *Introduzione al diritto penale europeo*, Torino, 2020
- MANZINI P. (a cura di), *Il risarcimento del danno nel diritto della concorrenza: Commento al d.lgs n. 3/2017*, Torino, 2017
- MARINUCCI G., DOLCINI E., GATTA E., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2018
- MAZZACUVA F., *Le pene nascoste: Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino, 2017
- MENGOZZI P., *La tutela davanti ai giudici nazionali dei diritti riconosciuti ai singoli ed i principi generali del diritto dell'Unione*, Milano, 2011
- MICKLITZ H. (ed.), *Constitutionalization of European Private Law*, Oxford, 2014
- MITSOLEGAS V., *EU Criminal Law after Lisbon: Rights, Trust and the Transformation of Justice in Europe*, Oxford, 2016
- MITSOLEGAS V., *EU Criminal Law*, Oxford, 2009
- MITSOLEGAS V., BERGSTRÖM M., KONSTADINIDES T., *Research Handbook on EU Criminal Law*, Cheltenham, 2016
- MITSOLEGAS V., DI MARTINO A., MANCANO L., *The Court of Justice and European Criminal Law: Leading Cases in a Contextual Analysis*, Oxford, 2019
- MITSOLEGAS V., HUFNAGEL S., MOISEIENKO A., *Research Handbook on Transnational Crime*, Cheltenham, 2019
- MOCCIA S. (a cura di), *Ambito e prospettive di uno spazio giuridico-penale europeo*, Napoli, 2004
- MONNET J., *Cittadino d'Europa*, Napoli, 2007
- MONTALDO S., COSTAMAGNA F., MIGLIO A. (eds.), *European Union Law Enforcement: The Evolution of Sanctioning Powers*, Londra, 2020 (forthcoming).
- MONTALDO S., *I limiti della cooperazione in materia penale nell'Unione europea*, Napoli, 2015
- MORBIDELLI G., *La tutela giurisdizionale dei diritti nell'ordinamento comunitario*, Milano, 2001
- NASCIMBENE B. (a cura di), *Costa/Enel: Corte Costituzionale e Corte di Giustizia a confronto, cinquant'anni dopo*, Milano, 2015
- ÖBERG J., *Limits to EU Powers: A Case Study of EU Regulatory Criminal Law*, Oxford, 2017
- ORIANI R., *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale*, Napoli, 2008
- PALIERO C.E., VIGANÒ F. (a cura di), *Europa e diritto penale*, Milano, 2013
- PEERS S., *EU Justice and Home Affairs Law*, Oxford, 2012
- PEETERS M., ELIANTONIOIO M. (eds.), *Research Handbook on EU Environmental Law*, Cheltenham, 2020
- PESCATORE P., *L'ordre juridique des Communautés européennes*, Bruxelles, 2006
- PICOTTI L., *Il Corpus Juris 2000. Nuova formulazione e prospettive di attuazione*, Padova, 2004
- PICOTTI L. (a cura di), *Possibilità e limiti di un diritto penale dell'unione europea*, Milano, 1998
- PIN X., *Droit pénal général*, Parigi, 2017
- PIOVANI P., *Il significato del principio di effettività*, Milano, 1953
- PIRIS J.C., *Il Trattato di Lisbona*, Milano, 2013
- PISANESCHI A., *Le sanzioni amministrative comunitarie*, Padova, 1998
- PISTOIA E., *Cooperazione penale nei rapporti fra diritto dell'Unione europea e diritto statale*, Napoli, 2008
- POELEMANS M., *La sanction dans l'ordre juridique communautaire*, Bruxelles, 2004

- POLI S., *La responsabilità per danni da inquinamento transfrontaliero nel diritto comunitario e internazionale*, Milano, 2006
- POLLICINO O., *Allargamento dell'Europa a Est e rapporto tra corti costituzionali e corti europee*, Milano, 2010
- PRETE L., *Infringement Proceedings in EU Law*, Alphen aan den Rijn, 2017
- QUADEN G. (sous la direction de), *La Communauté et ses Etats membres*, Liegi, 1973
- RABITTI BEDOGNI C., BARUCCI P., *20 anni di Antitrust. L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, Torino, 2010
- RAFARACI T. (a cura di), *L'area di libertà, sicurezza e giustizia: alla ricerca di un equilibrio fra priorità repressive ed esigenze di garanzia*, Milano, 2007
- RIDEAU J. (sous la direction de), *Le droit au juge dans l'Union européenne*, Parigi, 1998
- ROMANO S., *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1946
- ROMITO A.M., *La tutela giurisdizionale nell'Unione europea tra effettività del sistema e garanzie individuali*, Bari, 2015
- ROSSI L.S. (a cura di), *Il progetto di Trattato-Costituzione*, Milano, 2004
- SADURSKI W., *Poland's Constitutional Breakdown*, Oxford, 2019
- SATZGER H., *International and European Criminal Law*, Londra, 2012
- SCHEPISI C., *Aiuti di Stato e tutela giurisdizionale*, Torino, 2012
- SCHERMERS H., HEUKELS T., MEAD P. (eds.), *Non contractual Liability of the European Communities*, Leida, 1988
- SCHOLTEN M., LUCHTMAN M., *Law Enforcement by EU Authorities*, Cheltenham, 2017
- SEREDYNSKA I., *Insider Dealing and Criminal Law*, Berlino, 2012
- SGUBBI F., MANES V. (a cura di), *L'interpretazione conforme al diritto comunitario in materia penale*, Bologna, 2007
- SICURELLA R., *Diritto penale e competenze dell'Unione europea linee guida di un sistema integrato di tutela dei beni giuridici sovranazionali e dei beni giuridici di interesse comune*, Milano, 2005
- SILVANI S., *Il giudizio del tempo*, Bologna, 2009
- SOTIS C., *Un diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano, 2008
- STORME M., *Rapprochement du Droit Judiciaire de l'Union européenne*, Dordrecht, 1994
- STROZZI G., MASTROIANNI R., *Diritto dell'Unione europea. Parte istituzionale*, Torino, 2017
- STROZZI G., MASTROIANNI R., *Diritto dell'Unione europea. Parte speciale*, Torino, 2017
- SUNSTEIN C., *Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse*, Bologna, 2000
- TESAURO G., *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Napoli, 2018
- TIZZANO A., *Il Trattato di Amsterdam*, Padova, 1997
- TIZZANO A., ROSAS A., SILVA DE LAPUERTA R., LENAERTS K., KOKOTT J. (sous la direction de), *La Cour de Justice de l'Union européenne sous la présidence de Vassilios Skouris (2003-2015) – Liber Amicorum Vassilios Skouris*, Bruylant, Bruxelles, 2015
- TORIELLO F., *Regolazione del mercato e private enforcement*, Milano, 2018
- TRIDIMAS T., *The General Principles of EC Law*, Oxford, 2006
- TULKENS F., BOSLY H. (sous la direction de), *La justice pénale et l'Europe*, Bruxelles, 1996
- VALENTI A., *La tutela degli interessi nelle Comunità europee*, Milano, 1963
- VAN BOCKEL B. (ed.), *Ne Bis in Idem in EU Law*, Cambridge, 2016
- VAN CALSTER G., REINS L., *EU Environmental Law*, Cheltenham, 2017
- VAN GERVEN W., ZULEEG M. (eds.), *Remedies and Sanctions for the Enforcement of Community Law*, Colonia, 1996

- VENEGONI A., *La protezione degli interessi finanziari dell'Unione Europea*, Milano, 2018
- VENTORUZZO M., MOCK S., *Market Abuse Regulation: Commentary and Annotated Guide*, Oxford, 2017
- VERVAELE J.A.E., *European Criminal Justice in the post-Lisbon Area of Freedom, Security and Justice*, Trento, 2014
- VERVAELE J.A.E., *Transnational Enforcement of the Financial Interests of the European Union: Developments in the Treaty of Amsterdam and the Corpus Juris*, Anversa, 1999
- VILLANI U., *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, Bari, 2017
- VITALE G., *Diritto processuale nazionale e diritto dell'Unione europea*, Catania, 2010
- VITALE S., *Le sanzioni amministrative tra diritto nazionale e diritto europeo*, Torino, 2018
- VON BOGDANDY A., *I principi fondamentali dell'Unione europea*, Napoli, 2011
- WEILER J.H.H., *La Costituzione dell'Europa*, Bologna, 2003
- WEYEMBERGH A., *L'harmonisation des législations : condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, Bruxelles, 2004
- WHELAN P., *The Criminalization of European Cartel Enforcement*, Oxford, 2014
- ZINGARELLI N., *Vocabolario della lingua italiana*, Bologna, 2007

Articoli

- ACCETTO M., ZLEPTNIG S., *The Principle of Effectiveness: Rethinking Its Role in Community Law*, in *Eur. Pub. Law*, 2005, p. 375
- ADAM R., *La cooperazione in materia di giustizia e affari interni tra comunitarizzazione e metodo intergovernativo*, in *DUE*, 1998, p. 481
- ADAM R., *La cooperazione nel campo della giustizia e degli affari interni: da Schengen a Maastricht*, in *Riv. dir. eur.*, 1994, p. 225
- ADINOLFI A., *La Corte di giustizia dell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, in *Riv. dir. int.*, 2010, p. 45
- ALBRECHT P.-A., BRAUM S., *Deficiencies in the Development of European Criminal Law*, in *ELJ*, 1999, p. 293
- AMALFITANO C., *Commission v Romania and Commission v Ireland: a Step Forward in Clarifying the Accelerated Infringement Procedure Under Article 260(3) TFEU*, in *EU Law Live*, 22 luglio 2020
- AMALFITANO C., *Il rapporto tra rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia e rimessione alla Consulta e tra disapplicazione e rimessione alla luce della giurisprudenza "comunitaria" e costituzionale*, in *Rivista AIC*, 1/2020, p. 296
- AMALFITANO C., *Il ruolo dell'art. 325 TFUE nella sentenza Taricco e le sue ricadute sul rispetto del principio di legalità penale. Possibile una diversa interpretazione ad opera della Corte di giustizia?*, in *Forum Costituzionale*, 5 ottobre 2016
- AMALFITANO C., *Scaduto il regime transitorio per gli atti del terzo pilastro. Da oggi in vigore il sistema "ordinario" di tutela giurisdizionale della Corte di giustizia*, in *Eurojus*, 1° dicembre 2014
- AMALFITANO C., *Mandato d'arresto europeo: reciproco riconoscimento vs diritti fondamentali*, in *DPC*, 4 luglio 2013
- AMALFITANO C., *La reclusione degli immigrati irregolari per violazione dell'ordine di allontanamento del questore non è compatibile con le prescrizioni della c.d. direttiva rimpatri*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 2786
- AMALFITANO C., PERSANO F., *Responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'Unione europea e decorrenza del termine di prescrizione dell'azione risarcitoria*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2012, p. 111
- AMBOS K., *Is the Development of a Common Substantive Criminal Law for Europe Possible - Some Preliminary Reflections*, in *Maastricht J. Eur. & Comp. L.*, 2005, p. 173

- ARENA A., *Sul carattere assoluto del primato del diritto dell'Unione europea*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2018, p. 317
- ASP P., *The Importance of the Principles of Subsidiarity and Coherence in the Development in EU Criminal Law*, in *ECLR*, 2011, p. 44
- BACHMAIER L., *Compliance with the Rule of Law in the EU and the Protection of the Union's Budget*, in *EU Crim*, 2/2019, p. 120
- BALLINI B., *Le novità introdotte dal d.lgs. 14 luglio n. 75 in attuazione della c.d. direttiva PIF*, in *disCrimen*, 2/2020, p. 475
- BARATTA R., *Le competenze interne dell'Unione tra evoluzione e principio di reversibilità*, in *DUE*, 2010, p. 517
- BARATTA R., *Le principali novità del Trattato di Lisbona*, in *DUE*, 2008, p. 21
- BARD K., *The Impact of the Lisbon Treaty in the Field of Criminal Procedural Law*, in *NJECL*, 2011, p. 9
- BARILE P., *Il cammino comunitario della Corte*, in *Giur. cost.*, 1983, p. 2406
- BARONE A., *Questione pregiudiziale di validità di un regolamento comunitario e poteri cautelari del giudice nazionale*, in *Foro it.*, 1992, IV, c. 3
- BARTOLI R., *Legislazione e prassi in tema di contrasto al terrorismo internazionale: un nuovo paradigma emergenziale?*, in *DPC*, 3/2017, p. 233
- BARTOLONI M.E., *Tutela dei diritti fondamentali e basi giuridiche di sanzioni UE nei confronti di persone, o enti non statali, collegati con attività terroristiche*, in *Dir. umani e dir. int.*, 2013, p. 222
- BARTOLUCCI M.A., *Dei rapporti e delle interferenze tra la c.d. direttiva PIF e le norme penali spagnole e italiane in materia di corruzione*, in *DPC*, 6/2019, p. 135
- BASILE E., *Il recepimento della direttiva PIF in Italia e l'evergreen art. 316-ter c.p.*, in *Sistema penale*, 13 ottobre 2020
- BASILE E., *Riflessioni de lege ferenda sul recepimento della direttiva PIF: la repressione delle frodi e lo strano caso dell'art. 316-ter c.p.*, in *DPC*, 31 maggio 2019
- BASILE E., *Brevi note sulla nuova direttiva PIF. Luci e ombre del processo di integrazione UE in materia penale*, in *DPC*, 12/2017, p. 63
- BATTIOLI F., *Direttiva PIF e responsabilità amministrativa degli enti*, in *Portale231*, 21 luglio 2020
- BEATON-WELLS C., PARKER C., *Justifying Criminal Sanctions for Cartel Conduct: a Hard Case*, in *Jour. Anti-trust Enforcement*, 2013, p. 198
- BEHR G., *How Supreme Is Community Law in the National Courts?*, in *CMLR*, 1974, p. 5
- BECKER, F., *Application of Community Law by Member States' Public Authorities: Between Autonomy and Effectiveness*, in *CMLR*, 2007, p. 1035
- BELLACOSA M., *Il contrasto in Europa al traffico illecito di rifiuti pericolosi su base transnazionale*, in *DPC*, 4/2019, p. 178
- BERNARDI A., *Il costo "di sistema" delle opzioni europee sulle sanzioni punitive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, p. 557
- BERNARDI A., *La competenza penale accessoria dell'Unione europea: problemi e prospettive*, in *DPC*, n. 1/2012, p. 43
- BERNARDI A., *Il ruolo del terzo pilastro UE nella europeizzazione del diritto penale. Un sintetico bilancio alla vigilia della riforma dei Trattati*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2007, p. 1160
- BERNARDI A., *L'europeizzazione del diritto penale e della scienza penale*, in *Quad. fior.*, 2002, p. 462
- BERNARDI A., *I tre volti del "diritto penale comunitario"*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 1999, p. 333
- BERNARDI A., *Osservazioni sui principi e criteri direttivi in tema di sanzioni previsti dalle leggi comunitarie 1995-1997 e 1998*, in *Riv. dir. agr.*, 1999, p. 229

- BERNARDI A., *La difficile integrazione tra diritto comunitario e diritto penale: il caso della disciplina agroalimentare*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 995.
- BERNASCONI C., *L'influenza del diritto comunitario sulle tecniche di costruzione delle fattispecie penale*, in *Indice penale*, 1996, p. 455
- BESSELINK L. F., *The Bite, the Bark and the Howl. Art. 7 TEU and the Rule of Law Initiatives*, online in Amsterdam Centre for European Law and Governance, Research Paper n. 2016-01.
- BIANCARELLI J., *Les principes généraux du droit communautaire applicables en matière pénale*, in *RSC*, 1987, p. 154
- BIANCONI L., *Vers un droit pénal communautaire?*, in *Rev. Mar. Com.*, 1975, p. 33
- BIAVATI P., *Diritto comunitario e diritto processuale civile italiano fra attrazione, autonomia e resistenza*, in *DUE*, 2000, p. 720
- BIN R., *La prima sentenza "post Taricco" della Cassazione*, in *Arch. pen.*, 1/2016, p. 14
- BIONDI A., MASTROIANNI R., *Joined Cases C-387/02, C-391/02 and C-403/02, Berlusconi and others*, in *CMLR*, 2006, p. 553
- BIONDI A., *The European Court of Justice and Certain National Procedural Limitations: Not Such a Tough Relationship*, in *CMLR*, 1999, p. 1271
- BLANCHET T., *The Genesis of Protocol n. 36*, in *NJECL*, 2015, p. 434
- BOBBIO N., *Sanzione*, in *Nov. Dig. It.*, vol. XVI, 1969, p. 531
- BONELLI M., CLAES M., *Judicial serendipity: how Portuguese judges came to the rescue of the Polish judiciary*, in *Eur. Const. Law Rev.*, 2018, p. 622
- BÖSE M., *Case C-45/08, Spector Photo Group NV, Chris Van Raemdonck v. Commissie voor het Bank-, Financie- en Assurantiewezen (CBFA)*, in *CMLR*, 2011, p. 189
- BÖSE M., *The Principle of Proportionality and the Protection of Legal Interests*, in *ECLR*, 2011, p. 35
- BÖSE M., *La sentenza della Corte costituzionale tedesca sul trattato di Lisbona e il suo significato per la europeizzazione del diritto penale*, in *Criminalia*, 2009, p. 267
- BÖSE M., *The obligation of Member States to penalise infringements of Community Law: From Greek Maize to French Farmers*, in *Rev. aff. eur.*, 2001-2002, p. 103
- BOUSCANT R., *La faute dans les infractions aux règles de concurrence en droit européen*, in *RTDE*, 2000, p. 67
- BRAUM S., *Europäisches Strafrecht im Fokus konfligierender Verfassungsmodelle Stoppt das Bundesverfassungsgericht die europäische Strafrechtsentwicklung?*, in *ZiS*, 2009, p. 418
- BRIÈRE C., *Brexit and its Consequences for Cooperation in Criminal Matters*, in *European Law Blog*, 3 febbraio 2020
- BRUSEGAN C., *Nuove frontiere in materia di insider trading: verso una regolamentazione europea omogenea?*, in *Arch. pen.*, 1/2015
- CAFAGNO M.: *Ordinamento comunitario e responsabilità per lesione di interessi legittimi*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 1992, p.147
- CAIANIELLO V., VASSALLI G., *Parere sulla proposta di decisione quadro sul mandato d'arresto europeo*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 462
- CALAFIORE G., *La sentenza A e B c. Norvegia della Corte di Strasburgo ridimensiona la portata del principio ne bis in idem*, in *European Papers*, 2016, p. 243
- CALVANI T., CARL K., *The Competition Act 2002, Ten Years Later: Lessons from the Irish Experience of Prosecuting Cartels as Criminal Offences*, in *Jour. Antitrust Enforcement*, 2013
- CALZOLARI A., *La lunga marcia per il riconoscimento del ne bis in idem nell'ordinamento tributario italiano*, in *Riv. dir. trib.*, 16 settembre 2020

- CAMPESAN A., DAL FERRO A., *La responsabilità dello Stato per la violazione degli obblighi ad esso incombenti in forza del diritto comunitario alla luce della sentenza Francovich*, in *DUE*, 1993, p. 313
- CANESCHI G., *Nemo tenetur se detegere anche nei procedimenti amministrativi sanzionatori? La parola alla Corte di giustizia*, in *Cass. pen.*, 2020, p. 579
- CANNIZZARO E., *Effettività del diritto dell'Unione e rimedi processuali nazionali*, in *DUE*, 2013, p. 659
- CANNIZZARO E., *Sui rapporti fra sistemi processuali nazionali e diritto dell'Unione europea*, in *DUE*, 2008, p. 447
- CANNIZZARO E., BARTOLONI M. E., *La «costituzionalizzazione» del terzo pilastro dell'Unione europea*, in *DUE*, 2007, p. 471
- CAPELLI F., *Direttive comunitarie e normativa penale degli Stati membri*, in *Foro padano*, 1979, IV, p. 91
- CAPELLI F., *La Direttiva n. 2004/35/CE sul danno ambientale: aspetti giuridici*, in *Dir. com. sc. int.*, 2005, p. 815
- CAPOTORTI F., *Il diritto comunitario dal punto di vista del giudice nazionale*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1977, p. 497
- CARANTA R., *Coordinamento e divisione dei compiti tra Corte di giustizia delle comunità europee e giudici nazionali nelle ipotesi di coamministrazione: il caso dei prodotti modificati geneticamente*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 2000, p. 1133
- CARANTA R., *Effettività della garanzia giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione e diritto comunitario: il problema della tutela cautelare*, in *Foro amm.*, 1992, p. 1889
- CARANTA R., *Sull'impugnabilità degli atti endoprocedimentali adottati dalle autorità nazionali nelle ipotesi di coamministrazione*, in *Foro amm.*, 1994, p.752
- CARCANO G., *La direttiva CEE sull'«insider trading»*, in *Riv. soc.*, 1989, p. 1026
- CELOTTO A., GROPPI T., *Diritto UE e diritto nazionale: primauté vs controlimiti*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2004, p. 1309
- CERIZZA M., *The New Market Abuse Directive*, in *EUCrim*, 3/2014, p. 85
- CHITI E., *The emergence of a community administration: the case of European agencies*, in *CMLR*, 2000, p. 341.
- CHITI M.P., *Towards a Unified Judicial Protection in Europe?*, in *Eur. Rev. Pub. Law*, 1997, p. 553
- CONDINANZI M., *Fonti del «terzo pilastro» dell'Unione europea e ruolo della Corte costituzionale*, in *DUE*, 2007, p. 513
- CONDINANZI M., *Le direttive in materia sociale e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: un dialogo tra fonti per dilatare e razionalizzare (?) gli orizzonti dell'effetto diretto*, in *Federalismi*, 22 maggio 2019
- CONDINANZI M., AMALFITANO C., *La procedura di infrazione: un bilancio dieci anni dopo l'entrata in vigore del trattato di Lisbona*, in *Federalismi*, 17 giugno 2020
- CONNOR J.M., FOER A.A., UDWIN S., *Criminalizing Cartels: An American Perspective*, in *NJECCL*, 2010, p. 199
- CONSULICH F., *Il giudice e il mosaico. La tutela dell'ambiente, tra diritto dell'Unione e pena nazionale*, in *Leg. pen.*, 27 luglio 2018
- CONSULICH F., *«Materia penale» e tutela dei beni giuridici nello spazio unitario europeo*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2006, p. 65
- CORDA A., *Legislazione antitrust e diritto penale: spunti problematici in ambito europeo*, in *Criminalia*, 2009, p. 485
- CORRADO L. R., *Prescrizione: la Cassazione specifica i criteri individuati nella sentenza Taricco*, in *Diritto & Giustizia*, fasc.72, 2016, p. 20

- COTTU E., *Il Consiglio europeo adotta i nuovi orientamenti strategici per lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia per il quinquennio 2015-2020*, in DPC, 22 luglio 2014
- CRAIG P., *Competence: Clarity, Conferral, Containment and Consideration*, in ELR, 2004, p. 323
- CURTI GIALDINO C., *La Commissione europea dinanzi alla crisi costituzionale polacca: considerazioni sulla tutela dello stato di diritto nell'Unione*, in *Federalismi*, 15 giugno 2016
- DALLA VALENTINA G., *Competition Law Enforcement in Italy after the ECN+ Directive: the Difficult Balance between Effectiveness and Over-Enforcement*, in *Yearbook Antitrust and Regulatory Studies*, 12/2019, p. 91
- DAMATO A., *Il mandato di arresto europeo e la sua attuazione nel diritto italiano (II)*, in DUE, 2005, p. 203
- DASHWOOD A., *The Relationship between the Members States and the European Union/European Community*, in CMLR, 2004, p. 355
- DAVIS G., *Subsidiarity: The Wrong Idea, in the Wrong Place, at the Wrong Time*, in CMLR, 2006, p. 72
- DAWES A., LYNKEY O., *The Ever-Longer Arm of EC Law: the Extension of Community Competence into the Field of Criminal Law*, in CMLR, 2008, p. 131
- DE BONDT W., *The Missing Link between Necessity and Approximation of Criminal Sanctions in the EU*, in ECLR, 2014, p. 147
- DE BONDT W., MIETTINEN S., *Minimum Criminal Penalties in the European Union. In Search of Credible Justification*, in ELJ, 2015, p. 722
- DE MURO G.P., *Ultima ratio. Alla ricerca dei limiti di espansione del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1654
- DE PASQUALE P., *L'espulsione degli immigrati irregolari nell'Unione europea: a valle di El Dridi*, in DUE, 2011, p. 927
- DE PRECIGOUT J., *La sanction des infractions aux règlements de la CEE*, in *Rev. Mar. Com.*, 1962, p. 142.
- DE PRETIS D., *La tutela giurisdizionale amministrativa in Europa fra integrazione e diversità*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 2005, p. 1
- DELLA CANANEA G., *Beyond the State: the Europeanization and Globalization of Procedural Administrative Law*, in *Eur. Pub. Law*, 2003, p. 563
- DELMAS-MARTY M., *The European Union and Penal Law*, in ELJ, 1998, p. 87
- DELMAS-MARTY M., *Verso un diritto penale comune europeo?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 543
- DELMAS-MARTY M., MANACORDA S., *Le Corpus Juris: un chantier ouvert dans la construction du droit pénal économique européen*, in *Eur. J. L. Ref.*, 1998-1999, p. 473
- DI FRANCESCO MAESA C., *Directive (EU) 2017/1371 on the Fight Against Fraud to the Union's Financial Interests by Means of Criminal Law: A Missed Goal?*, in *European Papers*, 3/2018, p. 1455
- DIEZ-HOCHLEITNER J., *Le Traité de Maastricht et l'inexécution des arrêts de la Cour de justice par les États membres*, in *Rev. Mar. Com.*, 1994, p. 111
- DONINI M., *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in DPC, 4/2013, p. 4
- DRAETTA U., *Le competenze dell'Unione europea nel Trattato di Lisbona*, in *Dir. com. sc. int.*, 2008, p. 245
- DUE O., *Article 5 du Traité CEE, une disposition de caractère federal?*, in *Collected Courses of the Academy of European Law*, 1991, vol. 2, p. 15
- ELAMPINI C., *A volte ritornano. Prime riflessioni sulla problematica reintroduzione del tentativo nei reati fiscali a seguito dell'attuazione della Direttiva PIF*, in *Sistema penale*, 8 ottobre 2020
- ELHOLM T., *Does EU Criminal Cooperation Necessarily Mean Increased Repression*, in *EJCCLCJ*, 2009, p. 191
- EUSEBI L., *Nemmeno la Corte di giustizia dell'Unione europea può erigere il giudice a legislatore*, in DPC, dicembre 2015, p. 6
- FALANGA M., *Il principio di effettività*, in *Società e diritti*, 3/2017, p. 1

- FARES G., *Diritto al silenzio, soluzioni interpretative e controlimiti: la Corte costituzionale chiama in causa la Corte di giustizia*, in *Dirittifondamentali.it*, 1/2020, p. 57
- FARMER S.B., *Real Crime: Criminal Competition Law*, in *Eur. Comp. J.*, 2013, p. 599
- FATTORINI S., *La direttiva 2017/1371 e l'armonizzazione della prescrizione nei reati di frode fiscale: una possibile soluzione al conflitto tra Corti sorto dalla vicenda Taricco*, in *European Papers*, 2018, p. 1471
- FAURE M., *The Development of Environmental Criminal Law in the EU and its Member States*, in *Rev. Eur. Com. & Int. Env. Law*, 2017, p. 139
- FLETCHER M., *Extending "indirect effect" to the third pillar: the significance of Pupino?*, in *ELR*, 2005, p.862
- FLORA G., *Prime riflessioni sulle problematiche penalistiche del recepimento della "Direttiva Pif" nel settore dei reati tributari e della responsabilità "penale" degli enti*, in *disCrimen (online)*, 12 novembre 2019
- FLORE D., *Une justice pénale européenne après Amsterdam*, in *Journal des tribunaux. Droit européen*, 1999, p. 121
- FOFFANI L., *Il manifesto sulla politica criminale europea*, in *Criminalia*, 2010, p. 657
- FOFFANI L., *Politica criminale europea e sistema finanziario: l'esempio degli abusi di mercato*, in *DPC*, 3/2014, p. 65
- FONTANELLI F., *La Corte di giustizia e il "favor communitatis". Il percorso della giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità Europee sul fondamento normativo degli atti della Comunità e dell'Unione*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 2010, p. 177
- FORNASARI G., *Offensività e postmodernità: un binomio inconciliabile?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, p. 1514
- FORNASIER R., *Le pouvoir répressif des Communautés européennes et la protection de leurs intérêts financiers*, in *Rev. Mar. Com.*, 1982, p. 398
- GALETTA D.U., *Il principio di proporzionalità fra diritto nazionale e diritto europeo (e con uno sguardo anche al di là dei confini dell'Unione Europea)*, online sul sito ufficiale del Consiglio di Stato italiano, 2020
- GALLO D., *Controlimiti, identità nazionale e i rapporti di forza nella saga Taricco*, in *DUE*, 2017, p. 249
- GAMBARDELLA M., *Disapplicazione o abolitio criminis per i reati in materia di immigrazione che contrastano con la direttiva "rimpatri"?*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 1230
- GARBAGNATI KETVEL M., *La giurisprudenza della Corte comunitaria in materia penale: verso un ravvicinamento tra i pilastri dell'Unione europea?*, in *DUE*, 2007, p. 395
- GARCÍA DE ENTERRÍA E., *The Extension of the Jurisdiction of National Administrative Courts by Community Law: the Judgment of the Court of Justice in Borelli and Article 5 of the EC Treaty*, in *Yearbook of European Law*, 1994, p. 19
- GATTA G.L., *"Nemo tenetur se detegere" e procedimento amministrativo davanti alla Consob per l'accertamento dell'abuso di informazioni privilegiate: la Cassazione solleva questione di legittimità costituzionale dell'art. 187-quinquiesdecies T.U.F.*, in *DPC*, 4/2018, p. 156
- GAVAZZI G., *Sanzione*, in *Enc. giur.*, vol. XXVIII, 1992
- GAVAZZI G., *Effettività (principio di)*, in *Enc. giur.*, vol. XII, 1988
- GHEZZI F., MARCHETTI B., *La proposta di direttiva in materia di rete europea della concorrenza e la necessità di un giusto equilibrio tra efficienza e garanzie*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 2017, p. 1015
- GIACOPELLI M., *Renforcer l'efficacité et le sens de la peine*, in *La Semaine Juridique - Edition générale*, 15 aprile 2019
- GIANNACCARI A., *Corte di giustizia UE, tutela della concorrenza e principio del "ne bis in idem"*, in *Mercato concorrenza regole*, 2019, p.157
- GIANNAKOULA A., *Approximation of Criminal Penalties in the EU: Comparative Review of the Methods Used and the Provisions Adopted – Future Perspectives and Proposals*, in *ECLR*, 2015, p. 133

- GIUFFRIDA F., *Taricco principles beyond Taricco Some thoughts on three pending cases (Scialdone, Kolev and Menci)*, in *NJECL*, 2018, p. 31
- GIUNTA F., *Europa e diritto penale. Tra linee di sviluppo e nodi problematici*, in *disCrimen*, 26 marzo 2000
- GIUNTA F., *L'effettività della pena nell'epoca del dissolvimento del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 414
- GIUNTA F., *Il diritto penale dell'ambiente in Italia: tutela di beni o tutela di funzioni*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 1100
- GOISIS L., *L'effettività (rectius ineffettività) della pena pecuniaria in Italia, oggi*, in *DPC*, 13 novembre 2012
- GOSALBO BONO R.: *L'arrêt "Tabac" ou l'apport de la Cour de justice au débat sur la délimitation des compétences*, in *RTDE.*, 2001, p.790
- GRANDI C., *La disciplina del falso nummario nell'era della valuta unica*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2003, p. 367
- GRASSO G., *Diritto penale dell'economia, normativa comunitaria e coordinamento delle disposizioni sanzionatorie nazionali*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1987, p. 230
- GULLO A., *Deflazione e obblighi di penalizzazione di fonte UE*, in *DPC*, 10 febbraio 2016
- HAKOPIAN J., *Criminalisation of EU Competition Law Enforcement – A Possibility after Lisbon?*, in *Comp. Law Rev.*, 2010, p. 158
- HANH ROSOCHOWICZ P., *The Appropriateness of Criminal Sanctions in the Enforcement of Competition Law*, in *Eur. Comp. Law Rev.*, 2004, p. 752
- HARDING C., *Hard Core Cartel Conduct as a Crime: The Justification for Criminalisation in the European Context*, in *NJECL*, 2012, p. 139
- HARDING C., *Business Cartels as a Criminal Activity: Reconciling North American and European Models of Regulation*, in *Maastricht J. Eur. & Comp. L.*, 2002
- HARDING C., *Member State Enforcement of European Community Measures: The Chimera of 'Effective' Enforcement*, in *Maastricht J. Eur. & Comp. L.*, 1997, vol. 4, n. 1, p. 5
- HARDING C., *The Use of Fines as a Sanction in EEC Competition Law*, in *CMLR*, 1979, p. 591
- HEDEMANN-ROBINSON M., *Enforcement of EU Environmental Law and the Role of Interim Relief Measures*, in *European Energy and Environmental Law Review*, 2010, p. 201
- HEDMAN S., *Expressive Functions of Criminal Sanctions in Environmental Law*, in *George Washington Law Review*, 1990-91, p. 889
- HERLIN-KARNELL E., *White-Collar Crime and European Financial Crises: Getting Tough on EU Market Abuse*, in *ELR*, 2012, p. 481
- HERLIN-KARNELL E., *The Lisbon Treaty. A critical analysis of its impact on EU Criminal Law*, in *EUCrim*, 2/2010, p. 59
- HERLIN-KARNELL E., *What Principles Drive (or Should Drive) European Criminal Law*, in *German Law Journal*, 2010, p. 1115
- HERLIN-KARNELL E., *An Exercise in Effectiveness*, in *EBLR*, 2007, p. 1181
- HERLIN-KARNELL E., *Recent Developments in the Area of European Criminal Law*, in *Maastricht J. Eur. & Comp. L.*, 2007, p. 15
- HOSKINS M., *Tilting the balance: Supremacy and national procedural rules*, in *ELR*, 1996, p. 365
- HUOMO-KETTUNEN M., *EU Criminal Policy at a Crossroads Between Effectiveness and Traditional Restraints for the Use of Criminal Law*, in *NJECL*, 2014, p. 301
- JACK B., *Article 260(2) TFEU: An Effective Judicial Procedure for the Enforcement of Judgements?*, in *ELR*, 2013, p. 404
- JACQUE J.P., *Le traité de Lisbonne: une vue cavalière*, in *RTDE*, 2008, p. 439

- JOLIET R., *Protection juridictionnelle provisoire et droit communautaire*, in *Riv. dir. eur.*, 1992, p. 253
- JUSZCZAK A., SASON E., *The Directive on the Fight against Fraud to the Union's Financial Interests by means of Criminal Law (PFI Directive)*, in *EuCrim*, 2/2017, p. 80
- KAIAFA-GBANDI M., *The protection of the EU's financial interests by means of criminal law in the context of the Lisbon Treaty and the 2017 Directive (EU 2017/1371) on the fight against fraud to the Union's financial interests*, in *ZiS*, 12/2018, p. 575
- KAIAFA-GBANDI M., *The Importance of Core Principles of Substantive Criminal Law for a European Criminal Policy Respecting Fundamental Rights and the Rule of Law*, in *ECLR*, 2011, p. 7
- KAKOURIS C. N., *Do the Member States Possess Judicial Procedural Autonomy?*, in *CMLR*, 1997, p. 1389
- KELSEN H., *Il fondamento della validità del diritto*, in *Riv. dir. int.*, 1957, p. 497
- KLIP A., *European Criminal Policy*, in *EJCCLCJ*, 2012, p. 3
- KLIP A., *The Constitution for Europe and Criminal Law: A Step not far Enough*, in *Maastricht J. Eur. & Comp. L.*, 2005, p. 115
- KOCHENOV D., *On Policing Article 2 TEU Compliance: Reverse Solange and Systemic Infringements Analyzed*, in *Polish Yearbook of International Law*, 2014, p. 145
- KORNEZOV A., *Imposing the Right Amount of Sanctions Under Article 260(2) TFEU: Fairness v. Predictability, or How to "Bridge The Gaps"*, in *Columbia Journal of European Law*, 2014, p. 307.
- KOVAR R., *Droit communautaire et droit procédural national*, in *CDE*, 1977, p. 230
- LA VATTIATA F.C., *La nuova direttiva PIF. Riflessioni in tema di responsabilità da reato degli enti giuridici, gruppi societari e reati tributari*, in *Giur. pen.*, 1° settembre 2019
- LABAYLE H., *Du dialogue des juges à la diplomatie judiciaire entre juridictions constitutionnelles : la saga Taricco devant la Cour de justice*, in *Revue française de droit administratif*, 2018, p. 521
- LANOTTE M., *L'impunità degli autori delle frodi carosello e le contromisure per la tutela degli interessi finanziari europei: la direttiva PIF e il regolamento EPPO*, in *DPC*, 28 giugno 2019
- LANOTTE M., *Luci e ombre della legge di delegazione europea 2018 (e del sistema di trasposizione degli obblighi UE previsto dalla legge 24 dicembre 2012, n. 234) con particolare riguardo alla materia penale*, in *Eurojus*, 4/2019, p. 86
- LAPPI-SEPPÄLÄ T., TONRY M., *Crime, Criminal Justice, and Criminology in the Nordic Countries*, in *Crime and Justice*, 2011, p. 1
- LATORRE E., *La Direttiva N. 1/2019 e il suo impatto sulla disciplina antitrust dell'Unione europea*, in *Eurojus*, 3/2019, p. 239
- LEGROS R., *L'arrêt BMW et le droit pénal européen*, in *CDE*, 1980, p. 220
- LENAERTS K., *The Rule of Law and the Coherence of the Judicial System of the European Union*, in *CMLR*, 2007, p. 1625
- LENAERTS K., CORTHAUT T., *Of birds and Hedges: the Role of Primacy in Invoking Norms of EU Law*, in *ELR*, 2006, p. 287
- LENAERTS K., GUTIERREZ FONS J.A., *The Constitutional Allocation of Powers and General Principles of EU Law*, in *CMLR*, 2010, p. 1629
- LEONE C., *Disapplicabilità dell'atto amministrativo in contrasto con la disciplina comunitaria? Finalmente una parola chiara da parte della Corte di giustizia*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 2003, p.898
- LO MONACO A., *Les instruments juridiques de coopération dans le domaine de la Justice et des Affaires Intérieures*, in *RJC*, 1995, p. 11
- LO SCHIAVO G., *The principle of ne bis in idem and the application of criminal sanctions: of scope and restrictions*, in *Eur. Const. Law Rev.*, 2018, p. 644

- LOCK T., *Are there exceptions to a Member State's duty to comply with the requirements of a Directive? Inter-Environnement Wallonie*, in CMLR, 2013, p. 217
- LUCHTMAN M., VERVAELE J., *Enforcing the Market Abuse: Towards an Integrated Model of Criminal and Administrative Law Enforcement in the European Union*, in NJECL, p. 192
- LUZZATTO R., *Note sul diritto dei singoli ad una tutela giurisdizionale piena ed effettiva contro le violazioni del diritto comunitario*, in Jus, 1999, p. 373
- LYNSKEY O., *The Data Retention Directive is Incompatible with the Rights to Privacy and Data Protection and is Invalid in its Entirety: Digital. Rights Ireland*, in CMLR, 2014, p.1789
- MALINTOPPI A., *I pendolari del crimine*, in Riv. dir. int., 1975, p. 861
- MANACORDA S., *Il mandato d'arresto europeo nella prospettiva sostanzial-penalistica: implicazioni teoriche e ricadute politico-criminali*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2004, p. 788
- MANACORDA S., *L'efficacia espansiva del diritto comunitario sul diritto penale*, in Foro it., 1995, IV, c. 55
- MANES V., *I principi penalistici nel network multilivello: trapianto, palingenesi, cross-fertilization*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2013, p. 839
- MANTA I.D., *The Puzzle of Criminal Sanctions for Intellectual Property Infringement*, in Harvard Journal of Law & Technology, 2011, p. 469
- MARCHEGIANI M., *L'obbligo di interpretazione conforme alle decisioni quadro: considerazioni in margine alla sentenza Pupino*, in DUE, 2006, p.563
- MARCIALI S., *Le droit à un recours effectif en droit de l'Union européenne: quelques progrès, beaucoup d'ambiguïtés*, in Rev. trim. dr. hom., 2007, p. 1153
- MASARONE V., *Il "diritto penale europeo" al vaglio dell'offensività: fondamento ed esiti*, in Arch. pen., n. 1/2019, p. 1, spec. p. 10
- MASTROIANNI R., *Sanzioni nazionali per violazione del diritto comunitario: il caso del "falso in bilancio"*, in Riv. it. dir. pub. com., 2003, p. 621
- MATTERA A., *La procédure en manquement et la protection des droits des citoyens et des opérateurs lésés*, in Rev. Marc. Com., 1995, p. 123
- MAZZANTI E., *La riforma delle frodi europee in materia di spese. Osservazioni a prima lettura sull'attuazione della 'direttiva pij' (d.lgs. 14 luglio 2020, n. 75)*, in Sistema penale, 23 settembre 2020
- MAZZINI G., *Prevalenza del diritto comunitario sul diritto penale interno ed effetti nei confronti del reo*, in DUE, 2000, p. 350
- MEAD P., *The obligation to apply European Law: is Duke dead?*, in ELR, 1991, p. 490
- MELANDER S., *Effectiveness in EU Criminal Law and its Effects on the General Part of Criminal Law*, in NJECL, 2014, p. 274
- MERTENS DE WILMARS J., *L'efficacité des différentes techniques nationales de protection juridique contre les violations du droit communautaire par les autorités nationales et les particuliers*, in CDE, 1981, p. 379
- MIETTINEN S., *Implied ancillary criminal law competence after Lisbon*, in ECLR., 2013, p. 194
- MIGLIETTI M., *The New EU Criminal Law Competence in Action: The Proposal for a Directive on Criminal Sanctions for Insider Dealing and Market Manipulation*, IES Working Paper, 5/2013
- MIGLIO A., *Indipendenza del giudice, crisi dello stato di diritto e tutela giurisdizionale effettiva negli Stati membri dell'Unione europea*, in Dir. umani e dir. int., 2018, p. 421
- MITSOLEGAS V., *Judicial Dialogue in Three Silences: Unpacking Taricco*, in NJECL, 2018, p. 38
- MITSOLEGAS V., *European Criminal Law after Brexit*, in Criminal Law Forum, 2017, p. 219
- MITSOLEGAS V., *European Criminal Law and Resistance to Communitarisation after Lisbon*, in NJECL, 2010, p. 45

- MITSILEGAS V., *The third wave of third pillar law. Which direction for EU criminal justice?*, in *ELR*, 2009, p. 523
- MOCCIA S., *Funzione della pena ed implicazioni sistematiche: tra fonti europee e Costituzione italiana*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, p. 921
- MOCCIA S., *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni. Tra illusioni postmoderne e riflessi illiberali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 343
- MONACO R., *Caratteri istituzionali della Comunità economica europea*, in *Riv. dir. int.*, 1958, p. 20
- MONCUIT G., *Legitimacy Test for Criminal Sanction: Antitrust Law Perspective*, in *Global Comp. Lit. Rev.*, 2018, p. 152
- MONICI S., *La procura europea prende vita a vent'anni dall'originaria proposta*, in *Legislazione penale*, 23 ottobre 2017
- MONTALDO S., *On a Collision Course! Mutual Recognition, Mutual Trust and the Protection of Fundamental Rights in the Recent Case-law of the Court of Justice*, in *European Papers*, 1/2016, p. 965
- MONTALDO S., *L'integrazione differenziata e la cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale nell'UE: il caso degli opt-out di Regno Unito, Irlanda e Danimarca*, in *Leg. pen.*, 2 febbraio 2016
- MONTALDO S., *Scadenza del regime transitorio per gli atti del terzo pilastro: il block opt-out del Regno Unito e il suo successivo opt-in per 35 misure*, in *Eurojus*, 1° dicembre 2014
- MONTALDO S., *La competenza dell'Unione europea ad adottare norme di diritto penale ex art. 83, par. 2, TFUE e sue possibili applicazioni*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2013, p. 101
- MONTALDO S., *La Corte di Giustizia dell'Unione europea e la cooperazione giudiziaria in materia penale: profili istituzionali e prospettive per la tutela giurisdizionale*, in *DPC*, 19 dicembre 2012
- MONTI G., *Anticompetitive Agreements: the Innocent Party's Right to Damages*, in *ELR*, 2002, p. 382
- MORI P., *La "qualità" della legge e la clausola generale di limitazione dell'art. 52, par. 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'UE*, in *DUE*, 2014
- MORI P., *Le sanzioni previste dall'art. 171 del Trattato CE: i primi criteri applicativi*, in *DUE*, 1996, p. 1015
- MORI P., *Il nuovo art. 171, par. 2, del Trattato CE e le sanzioni per gli Stati membri inadempienti*, in *Riv. dir. int.*, 1994, p. 58
- MORI P., *Novità in tema di tutela dei singoli nei confronti dello Stato inadempiente a direttive comunitarie: il caso Francovich e Bonifaci*, in *Giust. civ.*, 1992, p. 513
- MUCCIARELLI F., *"Doppio binario" sanzionatorio degli abusi di mercato e ne bis in idem: prime ricadute pratiche dopo le sentenze della CGUE e la (parziale) riforma domestica*, in *DPC*, 15 marzo 2019
- MUNARI F., *Direttive comunitarie non correttamente trasposte e loro effetti nei confronti degli individui*, in *DUE*, 2006, p. 211
- MUNARI F., AMALFITANO C., *Il "terzo pilastro" dell'Unione europea: problematiche istituzionali, sviluppi giurisprudenziali, prospettive*, in *DUE*, 2007, p. 773
- MUSACCHIO V., *Mafie, Covid-19 e rifiuti tossici in Europa: un affare per miliardi di euro*, in *Articolo21 (online)*, 24 luglio 2020
- MUSCARDINI M., *Potere cautelare dei giudici nazionali in materie disciplinate dal diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 1991, p. 1057
- MUYLLE K., *Angry Farmers and Passive Policemen: Private Conduct and the Free Movement of Goods*, in *ELR*, 1998, p. 467
- NAZZINI R., *Fundamental Rights beyond Legal Positivism: Rethinking the Ne Bis in Idem Principle in EU Competition Law*, in *Jour. Ant. Enf.*, 2014, p. 270

- NEBBIA P., *Do the Rules on State Aids have a Life of Their Own? National Procedural Autonomy and Effectiveness in the Lucchini case*, in *ELR*, 2008, p. 427
- NEBBIA P., *The Double Life of Effectiveness*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2008, p. 287
- NILSSON H.G., *How to Combine Minimum Rules with Maximum Legal Certainty?*, in *Europaettslig Tidskrift*, 2011, p. 665
- NIZZO C., *L'art. 5 del Trattato CE e la clausola generale di buona fede nell'integrazione europea*, in *DUE*, 1997, p. 381
- NOBILI M., STORTONI L., DONINI M., VIRGILIO M., ZANOTTI M., MAZZACUVA N., *Prescrizione e irretrattività fra diritto e procedura penale*, in *Foro it.*, 1998, c. 317
- NOWELL-SMITH H., *Behind the Scenes in the Negotiation of EU Criminal Justice Legislation*, in *NJECL*, 2012, p. 381
- O'KEEFFE D., *La cooperazione intergovernativa e il terzo pilastro dell'Unione europea*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 1997, p. 651
- ÖBERG J., *The Legal Basis for EU Criminal Law Harmonisation: a Question of Federalism*, in *ELR*, 2018, p. 366
- ÖBERG J., *Do We Really Need Criminal Sanctions for the Enforcement of EU Law*, in *NJECL*, 2014, p. 371
- ÖBERG J., *Criminal Sanctions in the Field of EU Environmental Law*, in *NJECL*, 2011, p. 402
- ÖBERG J., *Union Regulatory Criminal Law Competence after Lisbon Treaty*, in *EJCLCJ*, 2011, p. 289
- O'LOUGHLIN P., *Public-Private Antitrust Enforcement Conflicts: Assessing Criminalization as a Solution*, in *Col. J. Eur. Law*, 2017, p. 683
- OUIWERKERK J. W., *Criminalization Powers of the European Union and the Risks of Cherry-Picking Between Various Legal Bases: the Case for a Single Legal Framework for EU-Level Criminalization*, in *Col. J. of Eur. Law*, 2017, p. 503
- OUIWERKERK J.W., *Criminalisation as a Last Resort: A National Principles Under the Pressure of Europeanisation*, in *NJECL*, 2012, p. 228
- PADOVANI T., *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 423
- PAGELLA C., *L'inafferrabile concetto di "connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta": la Cassazione ancora su ne bis in idem e insider trading*, in *Sistema penale*, 9 gennaio 2020
- PALIERO C.E., *La fabbrica del Golem: progettualità e metodologia per la parte generale di un codice penale dell'Unione europea*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 466
- PALIERO C.E., *Metodologie de lege ferenda: per una riforma non improbabile del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 510
- PALIERO C.E., *Il principio di effettività nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 430
- PALIERO C.E., *Materia penale e illecito amministrativo secondo la Corte europea dei diritti dell'Uomo: una questione classica a una svolta radicale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, p. 915
- PALMISANO M., *Il traffico illecito di rifiuti nel Mediterraneo: fenomenologie e strumenti di contrasto*, in *DPC*, 1/2018, p. 93
- PARISI N., *Chiari e scuri nella direttiva relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione*, in *Giur. pen.*, 4 settembre 2017
- PARODI M., *Il controllo della Corte di giustizia sul rispetto del principio dello Stato di diritto da parte degli Stati membri: alcune riflessioni in margine alla sentenza Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, in *European papers*, n. 2/2018, p. 985
- PASSAS N., *Globalization, Criminogenic Asymmetries and Economic Crime*, in *Eur. J. L. Ref.*, 1999, p. 399

- PEERS S., *Sanctions for infringement of EU law after the Treaty of Lisbon*, in *ELR*, 2012, p. 33
- PEERS S., *EU Criminal Law and the Treaty of Lisbon*, in *ELR*, 2008, p. 507
- PEERS S., *The European Community's Criminal Law Competence: the Plot Thickens*, in *ELR*, 2008, p. 399
- PELLEGRINI L., *Riserva di legge e competenza penale europea*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2/2011, p. 1
- PELTIER V., *Sens et efficacité des peines*, in *Rev. droit pénal*, 5/2019, p. 19
- PERILONGO G.F., *Much Ado About Something? The PIF Directive Proposal and its Impact on the Italian Legal System*, in *ECLR*, 3/2016, p. 265
- PESCATORE P., *Responsabilité des Etats membres en cas de manquement au regles communautaires*, in *Foro pad.*, 1972, p. 10
- PETERSEN M., *The Environmental Liability Directive – Extending Nature Protection in Europe*, in *Environmental Law Review*, 2009, p. 11
- PICCONE V., SCIARRA S., *Principi fondamentali dell'ordinamento comunitario, obbligo di interpretazione conforme, politiche occupazionali*, in *Foro it.*, 2006, IV, c. 342
- PICOTTI L., *Le basi giuridiche per l'introduzione di norme penali comuni relative ai reati oggetto della competenza della Procura europea*, in *DPC*, 13 novembre 2013
- PIERGALLINI F., *La riforma dei reati tributari tra responsabilità della persona fisica e responsabilità dell'ente*, in *Sistema penale*, 4 giugno 2020
- PIGA F., *La cessione del controllo delle società quotate in borsa: profili di rilevanza generale e prospettive*, in *Riv. Soc.*, 1984, p. 1154
- PINGEL I., *Première application de l'article 260, paragraphe 3 TFUE par la Cour de justice de l'Union européenne et premiers enseignements*, in *RTDE*, 2019, p. 663
- PIOVANI P., *Effettività (principio di)*, in *Enc. dir.*, vol. XIV, Milano, 1965
- PISTOIA E., *Lo status del principio di mutua fiducia nell'ordinamento dell'Unione secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia. Qual è l'intruso?*, in *Freedom, Security & Justice*, 2/2017, p. 26
- PISTOIA E., *The Unbearable Lightness of a Piecemeal Approach. Moving Public Policy or Public Security Offenders in Europe*, in *Eur. Pub. Law*, 2014, p. 745
- PISTOIA E., *The Quest for Uniformity between National Competition Authorities and Courts*, in *EBLR*, 2014, p. 893
- POLLICINO O., *Diritto all'oblio e conservazione di dati. La Corte di giustizia a piedi uniti: verso un digital right to privacy*, in *Giur. cost.*, 2014, p. 2949
- PONZANELLI G., *L'Europa e la responsabilità civile*, in *Foro it.*, 1992, c. 150
- PORCHIA O., *Tutela dell'ambiente e competenze dell'Unione europea*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 2006, p. 17
- PORCHIA O., *La responsabilità dello Stato membro per danni derivanti ai singoli dalla mancata attuazione del diritto comunitario*, in *Dir. com. sc. int.*, 1993, p. 129
- POSNER R.A., *An Economic Theory of the Criminal Law*, in *Columbia Law Review*, 1985, p. 1193
- PRECHAL S., *Competence Creep and General Principle of Law*, in *Rev. of Eur. Adm. Law.*, 2010, p. 5
- PRECHAL S., *Community Law in National Law: the Lessons from Van Schijndel*, in *CMLR.*, 1998, p. 681
- PULEJO G., *Il risarcimento del danno antitrust alla luce della direttiva 2014/104/Ue*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, p. 1082
- QUADRI R., *Le fondement du caractère obligatoire du droit international public*, in *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 1952, p. 579
- RAUCHEGGER C., *National Constitutional Rights and the Primacy of EU Law: M.A.S.*, in *CMLR*, 2018, p. 1521

- RIZZUTO F., *The ECN plus Directive: Empowering National Competition Authorities to Be More Effective Enforcers of EU Competition Law*, in *Eur. Competition and Regulatory Law Review*, 2/2019, p. 80
- ROMANO M., *La legittimazione delle norme penali: ancora su limiti e validità della teoria del bene giuridico*, in *Criminalia*, 2011, p. 34
- ROSS M., *Effectiveness in the European Legal Order(s): Beyond Supremacy to Constitutional Proportionality*, in *ELR*, 2006, p.476
- ROSSI F., *Presente e futuro del processo di armonizzazione europea della parte generale del diritto penale*, in *DPC*, 4/2015, p. 108
- ROSSI G., *"Take Courage"! La Corte di giustizia apre nuove frontiere per la risarcibilità del danno da illeciti antitrust*, in *Foro it.*, 2002, IV, c. 90
- ROSSI L.S., *I principi enunciati dalla sentenza della Corte costituzionale tedesca sul Trattato di Lisbona : un'ipoteca sul futuro dell'integrazione europea?*, in *Riv. dir. int.*, 2009, p. 993
- RUBI-CAVAGNA E., *Réflexions sur l'harmonisation des incriminations et des sanctions pénales prévue par le traité de Lisbonne*, in *RSC*, 2009, p. 501
- RUSSO SPENA F., *La Corte di giustizia ridefinisce la responsabilità degli Stati membri per violazione del diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 1992, p. 163
- SALANITRO U., *La direttiva comunitaria sulla responsabilità per danno ambientale*, in *Rass. dir. pub. eur.*, 2003, p. 137
- SALAZAR L., *La costruzione di uno spazio di sicurezza, libertà e giustizia dopo il Consiglio europeo di Tampere*, in *Cass. pen.*, 2000, p. 1114
- SALAZAR L., *Diritto penale e diritto comunitario: la strana coppia*, in *Cass. pen.*, 1992, p. 1658
- SALVIOLI G., *L'effettività in diritto internazionale*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1951, p. 274
- SARMIENTO D., *Provisional (And Extraordinary) Measures in the Name of the Rule of Law*, in *Despite our differences blog*, 24 novembre 2017
- SARMIENTO D., *Who's Afraid of the Charter? The Court of Justice, National Courts and the New Framework of Fundamental Rights Protection in Europe*, in *CMLR*, 2013, p. 1267
- SATZGER H., *The Harmonisation of Criminal Sanctions in the European Union. A New Approach*, in *EU Crim*, 2/2019, p. 115
- SATZGER H., *Legal Effects of Directives Amending or Repealing pre-Lisbon Framework Decisions*, in *NJECL*, 2015
- SATZGER H., *Le carenze della politica criminale europea. Appendice al manifesto del gruppo scientifico internazionale "European Criminal Policy Initiative"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 1278
- SCHEPPELE K.L., *EU Commission v. Hungary: The Case for the "Systemic Infringement Action"*, in *Verfassungsblog*, 22 novembre 2013
- SCHEPPELE K.L., *What Can the European Commission Do When Member States Violate Basic Principles of the European Union? The Case for Systemic Infringement Actions*, in *Verfassungsblog*, novembre 2013
- SCHOLZ J. T., PINNEY N., *Duty, Fear, and Tax Compliance: The Heuristic Basis of Citizenship Behavior*, in *American Journal of Political Science*, 1995, p. 490
- SCHROEDER W., *Limits to European Harmonisation of Criminal Law*, in *EU Crim*, 1° aprile 2020
- SGUBBI F., *Diritto penale comunitario*, in *Dig. pen.*, Torino, 2002, p. 98
- SICURELLA R., *Fostering a European Criminal Law Culture: In Trust We Trust*, in *NJECL*, 2018, p. 308
- SICURELLA R., *Nulla poena sine culpa: un véritable principe commun européen?*, in *RSC*, 2002, p. 15
- SICURELLA R., *Il titolo VI del Trattato di Maastricht e il diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 1307
- SIEBER U., *Memorandum on a European Model Penal Code*, in *Eur. J. L. Ref.*, 1999, p. 445

- SIEBER U., *Union européenne et droit pénal européen. Proposition pour l'avenir du droit pénal européen*, in *RSC*, 1993, p. 262
- SIEBERSON S.C., *The Treaty of Lisbon and its Impact on the EU's Democratic Deficit*, in *Col. J. of Eur. Law*, 2008, p. 445
- SIMON D., BARAV A., *Le droit communautaire et la suspension provisoire des mesures nationales. Les enjeux de l'affaire Factortame*, in *Rev. Mar. Com.*, 1990, p. 591
- SIRACUSA L., *La competenza comunitaria in ambito penale al primo banco di prova: la direttiva europea sulla tutela penale dell'ambiente*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2008, p. 863
- SNYDER F., *The Effectiveness of European Community Law: Institutions, Processes, Tools and Techniques*, in *Mod. Law Rev.*, 1993, p. 19
- SOTIS C., *I principi di necessità e proporzionalità della pena nel diritto dell'Unione europea dopo Lisbona*, in *DPC*, 1/2012, p. 111
- SOTIS C., *Il Trattato di Lisbona e le competenze penali dell'Unione europea*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 1146
- SOTIS C., *Obblighi comunitari di tutela e opzione penale: una dialettica perpetua?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 171
- STEPHAN A., *An Empirical Evaluation of the Normative Justifications for Cartel Criminalisation*, in *Legal Studies*, 2017, p. 621
- STEPHAN A., *Four Key Challenges to the Successful Criminalization of Cartel Laws*, in *Jour. Antitrust Enforcement*, 2014, p. 333
- STROZZI G., *Responsabilità degli Stati membri per fatto del giudice in violazione del diritto comunitario*, in *DUE*, 2009, p. 881
- STROZZI G., *Prime considerazioni sul trattato di Lisbona*, in *Sud in Europa*, febbraio 2008
- SUOMINEN A., *Effectiveness and Functionality of Substantive EU Criminal Law*, in *NJECL*, 2014, p. 388
- TEMPLE LANG J., *The Duties of Cooperation of National Authorities and Courts under Article 10 EC: two more Reflection*, in *ELR*, 2001, p. 84
- TEMPLE LANG J., *Community Constitutional Law: Article 5 Eec Treaty*, in *CMLR*, 1990, p. 645
- TESAURO G., *Alcune riflessioni sul ruolo della Corte di giustizia nell'evoluzione dell'Unione europea*, in *DUE*, 2013, p. 483
- TESAURO G., *The Effectiveness of Judicial Protection and Co-operation between the Court of Justice and the National Courts*, in *Yearbook of European Law*, 1993, vol. I, p. 1
- TESAURO G., *La sanction des infractions au droit communautaire*, in *Riv. dir. eur.*, 1992, p. 477
- TESAURO G., *Tutela cautelare e diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 1992, p. 131
- TIEDEMANN K., *L'europeizzazione del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 3.
- TIMMERMANS C.W.A., *La sanction des infractions au droit communautaire*, XV Congresso FIDE, Lisbona, 1992, vol. II, p. 17.
- TIZZANO A., *L'application de la Charte de droits fondamentaux dans les États membres à la lumière de son article 51, paragraphe 1*, in *DUE*, 2014, p. 429
- TIZZANO A., *La costituzione europea e il sistema giurisdizionale comunitario*, in *DUE*, 2003, p. 455
- TIZZANO A., *Brevi note sul «terzo pilastro» del Trattato di Maastricht*, in *DUE*, 1996, p. 391
- TIZZANO A., *La tutela dei privati nei confronti degli Stati membri dell'Unione europea*, in *Foro it.*, 1995, IV, c. 13
- TIZZANO A., *In tema di ammende inflitte dalla Commissione per violazione delle regole di concorrenza della CEE*, in *Foro it.*, 1971, IV, c. 33

- TORTORELLI M., *L'illecito penale tributario e il suo doppio. Dal dialogo (mancato) tra le Corti ad un auspicabile intervento legislativo*, in *Arch. pen.*, 2/2018
- TRIDIMAS T., *The Court of Justice and Judicial Activism*, in *ELR*, 1996, p. 199
- VAGLIASINDI G.M., *La direttiva 2008/99/CE e il Trattato di Lisbona: verso un nuovo volto del diritto penale ambientale italiano*, in *Dir. comm. int.*, 3/2010, p. 458
- VAN GERVEN W., *Of Rights, Remedies, and Procedures*, in *CMLR*, 2007, p. 501
- VAN RIJN T., *Les Sanctions Pécuniaires de l'Article 260 TFUE: 5 ans après le traité de Lisbonne*, in *CDE*, 2014, p. 557
- VASSALLI G., *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1994, p. 282
- VENEGONI A., *Prime riflessioni sull'attuazione della direttiva PIF*, in *Il Penalista*, 16 luglio 2020
- VENEGONI A., *La legge di delegazione europea e i nuovi sviluppi del diritto penale dell'UE nel sistema italiano*, in *Il Penalista*, 28 novembre 2019
- VENEGONI A., *Il concetto di "interessi finanziari dell'Unione europea" ed il diritto penale*, in *Cass. pen.*, 2018, p. 4382
- VENEGONI A., *La direttiva Pif: un ulteriore passo nel processo di sviluppo del diritto penale europeo o un'occasione persa?*, in *Il Penalista*, 27 luglio 2017
- VENEGONI A., *La definizione del reato di frode nella legislazione dell'Unione dalla Convenzione PIF alla proposta di direttiva PIF*, in *DPC*, 14 ottobre 2016
- VENEGONI A., *Il difficile cammino della proposta di direttiva per la protezione degli interessi finanziari dell'Unione europea attraverso la legge penale (cd. direttiva PIF): il problema della base legale*, in *Cass. Pen.*, 2015, p. 2445
- VENEGONI A., *La sentenza Taricco: un'ulteriore lettura sotto il profilo dei riflessi sulla potestà legislativa dell'Unione in diritto penale nell'area della lotta alle frodi*, in *DPC*, 29 ottobre 2015
- VENEGONI A., *Prime brevi note sulla proposta di direttiva della Commissione europea per la protezione degli interessi finanziari dell'Unione attraverso la legge penale COM(2012)363 (cd. direttiva PIF)*, in *DPC*, 5 settembre 2012
- VIGANÒ F., *Obblighi di adeguamento al diritto UE e 'controlimiti': la Corte costituzionale spagnola si adegua, bon gré mal gré, alla sentenza dei giudici di Lussemburgo nel caso Melloni*, in *DPC*, 9 marzo 2014
- VIGANÒ F., *Recenti sviluppi in tema di rapporti tra diritto comunitario e diritto penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 1433
- VILLA G.R., *La direttiva europea sul risarcimento del danno antitrust: riflessioni in vista dell'attuazione*, in *Corr. Giur.*, 3/2015, p. 301
- VILLANI U., *Il deficit democratico nella formazione delle norme comunitarie*, in *Dir. com. sc. int.*, 1992, p. 600
- VITALE G., *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale nella Carta dei diritti fondamentali*, in *Federalismi*, 28 febbraio 2018
- VOZZA D., *Le tecniche gradate di armonizzazione delle sanzioni penali nei recenti interventi dell'Unione europea*, in *DPC*, 3/2015, p. 16
- WAHL T., *Council Conclusions on Alternative Measures to Detention*, in *EUCrim*, 22 febbraio 2020
- WASMEIER M., THWAITES N., *The "battle of the pillars": does the European Community have the power to approximate national criminal laws?*, in *ELR*, 2004, p. 613
- WEATHERILL S., *Case 186/87, Cowan v. Le Tresor Public. Preliminary reference under Art. 177 EEC by the Commission d'indemnisation des victimes des infraction du Tribunal de Grande Instance de Paris, on the interpretation of Art. 7 EEC. Decision of the European Court of Justice of 2 February 1989*, in *CMLR*, 1989, p. 563
- WELLER C.D., *Criminal Antitrust: Five New Defenses*, in *The Antitrust Bulletin*, 2016, p. 599
- WEYEMBERGH A., *L'harmonisation des procédures pénales au sein de l'Union Européenne*, in *Archives de politique criminelle*, 2004, p. 37

- WEYEMBERGH A., *The Functions of Approximation of Penal Legislation within the European Union*, in *Maas-tricht J. Eur. & Comp. L.*, 2005, p. 149
- WHELAN P., *Contemplating the Future: Personal Criminal Sanctions for Infringements of EC Competition Law*, in *King's Law Journal*, 2008, p. 364
- WHITE S., *Harmonisation of criminal law under the first pillar*, in *ELR*, 2006, p. 81
- WIECZOREK I., *The EPPO Draft Regulation Passes the First Subsidiarity Test: An Analysis and Interpretation of the European Commission's Hasty Approach to National Parliaments' Subsidiarity Arguments*, in *German Law Journal*, 2015, p. 1247
- WILMAN F.G., *The End of the Absence? The Growing Body of EU Legislation on Private Enforcement and the Main Remedies it Provides for*, in *CMLR*, 2016, p. 887
- WINTER J.A., *Direct applicability and direct effect, two distinct and different conceptions in Community Law*, in *CMLR*, 1972, p. 425.
- ZICCARDI CAPALDO G., *Legality vs effectivity in the Global Community: the Overthrowing of Saddam Hussein*, in *Yearbook of international Law and Jurisprudence*, 2003, p. 107.

Voci in commentari

- AA.VV., *Article 47. Right to an effective remedy and to a fair trial*, in PEERS S., HERVEY T., KENNER J., WARD A. (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Oxford, 2014, p. 1197
- AMADEO S., *Articolo 191 TFUE*, in TIZZANO A. (a cura di), *Trattati dell'Unione Europea*, Milano, 2014, p. 1616
- AMALFITANO C., *Articolo 83*, in TIZZANO A. (a cura di), *Trattati dell'Unione Europea*, cit., p. 897
- BARATTA R., *Articoli 2, 3, 4, 5, 6, TFUE*, in TIZZANO A. (a cura di), *Trattati dell'Unione Europea*, cit., p. 368
- BOGENSBERGER W., *Article 83 TFEU*, in KELLERBAUER M., KLAMERT M., TOMKIN J. (eds.), *Commentary on the EU Treaties and the Charter of Fundamental Rights*, Oxford, 2019, p. 900
- BOGENSBERGER W., *Article 86 TFEU*, in KELLERBAUER M., KLAMERT M., TOMKIN J. (eds.), *Commentary on the EU Treaties and the Charter of Fundamental Rights*, cit., p. 916
- CONDINANZI M., *Articolo 34*, in TIZZANO A. (a cura di), *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, Milano, 2004, p. 130
- COSTANTINESCO V., *Article 5*, in COSTANTINESCO V., KOVAR R., JACQUE J., SIMON D. (sous la direction de), *Traité instituant la CEE, Commentaire article par article*, Parigi, 1992, p. 55
- DE PASQUALE P., *Articolo 5 TUE*, in TIZZANO A. (a cura di), *Trattati dell'Unione Europea*, cit., p. 45
- DE WITTE B., *Article I-6*, in BURGORGUE-LARSEN L., LEVADE A., PICOD F. (sous la direction de), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Parties I et IV, Architecture constitutionnelle : commentaire article par article*, Bruxelles, 2005, p. 107
- DOMENICUCCI D., FILPO F., *Articolo 47*, in MASTROIANNI R., POLLICINO O., ALLEGREZZA S., PAPPALARDO F., RAZZOLINI O. (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, 2017, p. 863
- IANNONE C., *Articolo 4, par. 3, TUE*, in TIZZANO A. (a cura di), *Trattati dell'Unione Europea*, Milano, 2014, p. 28.
- KELLERBAUER M., MEESSEN G., *Article 103*, in KELLERBAUER M., KLAMERT M., TOMKIN J. (eds.), *Commentary on the EU Treaties*, cit., p. 1082

- PICOD F., *Article I-29*, in BURGORGUE-LARSEN L., LEVADE A., PICOD F. (sous la direction de), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Parties I et IV, Architecture constitutionnelle : commentaire article par article*, cit., p. 384
- PILITTU P., *Articolo 191 TFUE*, in POCAR F., BARUFFI M.C. (a cura di), *Commentario breve ai trattati dell'Unione europea*, Padova, 2014, p. 1109
- QUADRI R., *Articolo 5*, in QUADRI R., MONACO R., TRABUCCHI A. (a cura di), *Trattato istitutivo della Comunità economica europea: commentario CEE*, Milano, 1965, p. 51
- RINOLDI D., *Articolo 10 TCE*, in POCAR F., ADINOLFI A. (a cura di), *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione europea*, Padova, 2001, p. 115
- ROMANO M., *Articolo 157*, in ROMANO M., GRASSO G., PADOVANI T., *Commentario sistematico del codice penale*, vol. III, Milano, 1996, p. 63
- SANNA C., *Articolo 7 TUE*, in TIZZANO A. (a cura di), *Trattati dell'Unione Europea*, cit., p. 78.
- SETARI A., *Articolo 30 St.*, in AMALFITANO C., CONDINANZI M., IANNUCELLI P., *Le regole del processo dinanzi al giudice dell'Unione europea. Commento articolo per articolo*, Napoli, 2017, p. 162

Elenco della giurisprudenza citata

- Corte giust., sent. 1° ottobre 2020, causa C-603/19, *TG*, ECLI:EU:C:2020:774
- Corte giust., sent. 16 luglio 2020, causa C-550/18, *Commissione c. Irlanda*, ECLI:EU:C:2020:564.
- Corte giust., sent. 16 luglio 2020, causa C-549/18, *Commissione c. Romania*, ECLI:EU:C:2020:563
- Corte giust., sent. 4 marzo 2020, causa C-183/18, *Bank BGŻ BNP Paribas*, ECLI:EU:C:2020:153
- Corte giust., sent. 12 febbraio 2020, causa C-704/18, *Kolev*, ECLI:EU:C:2020:92
- Corte giust., sent. 29 gennaio 2020, causa C-785/18, *GAEC Jeanningros*, ECLI:EU:C:2020:26
- Corte giust., sent. 21 gennaio 2020, causa C-274/14, *Banco de Santander SA*, ECLI:EU:C:2020:17
- Corte giust., sent. 19 dicembre 2019, causa C-752/18, *Deutsche Umwelthilfe*, ECLI:EU:C:2019:1114
- Corte giust., sent. 19 novembre 2019, cause riunite C-624/18, C-625/18, C-585/19, *AK e a.*, ECLI:EU:C:2019:982
- Corte giust., sent. 7 novembre 2019, causa C-280/18, *Flausch e a.*, ECLI:EU:C:2019:928
- Corte giust., sent. 5 novembre 2019, causa C-192/18, *Commissione c. Polonia (Indépendance des juridictions de droit commun)*, ECLI:EU:C:2019:924
- Corte giust., sent. 11 settembre 2019, causa C-676/17, *Calin*, ECLI:EU:C:2019:700
- Corte giust., sent. 4 settembre 2019, causa C-347/18, *Salvoni*, ECLI:EU:C:2019:661
- Corte giust., sent. 29 luglio 2019, causa C-620/17, *Hochtief Solutions*, ECLI:EU:C:2019:630
- Corte giust., sent. 29 luglio 2019, causa C-411/17, *Inter-Environnement Wallonie ASBL*, ECLI:EU:C:2019:622
- Corte giust., sent. 29 luglio 2019, causa C-556/17, *Torubarov*, ECLI:EU:C:2019:626
- Corte giust., sent. 26 giugno 2019, causa C-407/18, *Kubar*, ECLI:EU:C:2019:537
- Corte giust., sent. 24 giugno 2019, causa C-619/18, *Commissione c. Polonia (Indépendance de la Cour suprême)*, ECLI:EU:C:2019:531
- Corte giust., sent. 24 giugno 2019, causa C-573/17, *Popławski*, ECLI:EU:C:2019:530
- Corte giust., sent. 13 giugno 2019, causa C-646/17, *Moro*, ECLI:EU:C:2019:489
- Corte giust., sent. 8 maggio 2019, causa C-486/18, *Praxair MRC*, ECLI:EU:C:2019:379
- Corte giust., sent. 11 aprile 2019, causa C-691/17, *PORR*, ECLI:EU:C:2019:327
- Corte giust., sent. 28 marzo 2019, causa C-637/17, *Cogeco*, ECLI:EU:C:2019:263

Corte giust., sent. 7 febbraio 2019, causa C-49/18, *Vindel*, ECLI:EU:C:2019:106

Corte giust., sent. 17 gennaio 2019, causa C-310/16, *Dživev e a.*, ECLI:EU:C:2019:30

Corte giust., sent. 10 dicembre 2018, causa C-621/18, *Wightman*, ECLI:EU:C:2018:999

Corte giust., sent. 4 dicembre 2018, causa C-378/17, *The Minister for Justice and Equality e Commissioner of the Garda Síochána*, ECLI:EU:C:2018:979

Corte giust., sent. 6 novembre 2018, causa C-684/16, *Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften eV*, ECLI:EU:C:2018:874

Corte giust., sent. 7 agosto 2018, causa C-122/17, *Smith*, ECLI:EU:C:2018:631

Corte giust., sent. 25 luglio 2018, causa C-216/18 PPU, *Minister for Justice and Equality (Carenze del sistema giudiziario)*, EU:C:2018:586

Corte giust., sent. 5 giugno 2018, causa C-612/15, *Kolev e a.*, ECLI:EU:C:2018:392

Corte giust., sent. 2 maggio 2018, causa C-574/15, *Scialdone*, ECLI:EU:C:2018:295

Corte giust., sent. 20 marzo 2018, causa C-537/16, *Garlsdon*, ECLI:EU:C:2018:193

Corte giust., sent. 20 marzo 2018, causa C-524/15, *Menci*, ECLI:EU:C:2018:197

Corte giust., sent. 20 marzo 2018, causa C-596/16, *Di Puma*, ECLI:EU:C:2018:192

Corte giust., sent. 27 febbraio 2018, causa C-64/16, *Associação Sindical dos Juízes Portugueses*, ECLI:EU:C:2018:117

Corte giust., sent. 5 dicembre 2017, causa C-42/17, *M.A.S. e M.B.*, ECLI:EU:C:2017:936

Corte giust., ord. 20 novembre 2017, causa C-441/17, *Commissione c. Polonia*, ECLI:EU:C:2017:877

Corte giust., ord. 27 luglio 2017, causa C-441/17 R, *Commissione c. Polonia*, EU:C:2017:622

Corte giust., sent. 29 giugno 2017, C 579/15, *Popławski*, EU:C:2017:503

Corte giust., sent. 21 giugno 2017, causa C-621/15, *N.W.*, ECLI:EU:C:2017:484

Corte giust., sent. 1° giugno 2017, causa C-529/15, *Gert Folk*, ECLI:EU:C:2017:419

Corte giust., sent. 26 aprile 2017, C-564/15, *Farkas*, EU:C:2017:302

Corte giust., sent. 24 novembre 2016, causa C-464/14, *SECIL*, ECLI:EU:C:2016:896

Corte giust., sent. 28 luglio 2016, causa C-375/15, *Association France Nature Environnement*, ECLI:EU:C:2016:603

Corte giust., sent. 26 novembre 2015, causa C-487/14, *SC Total Waste Recycling SRL*, ECLI:EU:C:2015:780

Corte giust., sent. 8 settembre 2015, causa C-105/14, *Taricco e a.*, ECLI:EU:C:2015:555

Corte giust., sent. 19 marzo 2015, causa C-510/13, *E.ON Földgáz Trade Zrt*, ECLI:EU:C:2015:189

Corte giust., parere 18 dicembre 2014, 2/13, *Adbésion de l'Union à la CEDH*, ECLI:EU:C:2014:2454

Corte giust., sent. 23 ottobre 2014, causa C-104/13, *Olainfarm*, ECLI:EU:C:2014:2316

Corte giust., sent. 17 settembre 2014, causa C-562/12, *Liivimaa Libaveis MTÜ*, ECLI:EU:C:2014:2229

Corte giust., sent. 5 giugno 2014, causa C-557/12, *Kone*, ECLI:EU:C:2014:1314

Corte giust., sent. 6 maggio 2014, causa C-43/12, *Commissione c. Parlamento e Consiglio*, ECLI:EU:C:2014:298

Corte giust., sent. 8 aprile 2014, causa C-293/12, *Digital Rights Ireland*, ECLI:EU:C:2014:238

Corte giust., sent. 26 febbraio 2013, causa C-399/11, *Melloni*, ECLI:EU:C:2013:107

Corte giust., sent. 26 febbraio 2013, causa C-617/10, *Åkerberg Fransson*, ECLI:EU:C:2013:105.

Corte giust., sent. 27 novembre 2012, causa C-370/12, *Pringle*, ECLI:EU:C:2012:756

Corte giust., sent. 6 settembre 2012, causa C-490/10, *Parlamento c. Consiglio*, ECLI:EU:C:2012:52

Corte giust., sent. 5 settembre 2012, causa C-42/11, *Lopes Da Silva Jorge*, ECLI:EU:C:2012:517

Corte giust., sent. 19 luglio 2012, causa C-130/10, *Parlamento c. Consiglio*, ECLI:EU:C:2012:472

Corte giust., sent. 22 maggio 2012, causa C-348/09, *I*, ECLI:EU:C:2012:300

Corte giust., sent. 28 febbraio 2012, causa C-41/11, *Inter-Environnement Wallonie ASBL*, ECLI:EU:C:2012:103.

Corte giust., sent. 17 novembre 2011, causa C-496/09, *Commissione c. Italia*, ECLI:EU:C:2011:740

Corte giust., sent. 28 aprile 2011, causa C-61/11 PPU, *El Dridi*, ECLI:EU:C:2011:268

Corte giust., sent. 25 novembre 2010, causa C-429/09, *Fuß*, ECLI:EU:C:2010:717

Corte giust., sent. 28 ottobre 2010, causa C-367/09, *Belgisch Interventie en Restitutiebureau*, ECLI:EU:C:2010:648

Corte giust., sent. 8 settembre 2010, causa C-409/06, *Winner Wetten*, EU:C:2010:503

Corte giust., sent. 18 marzo 2010, cause riunite da C-317/08 a C-320/08, *Alassini*, ECLI:EU:C:2010:146

Corte giust., sent. 9 marzo 2010, cause C-379/08 e C-380/08, *ERG*, ECLI:EU:C:2010:127

Corte giust., sent. 26 gennaio 2010, causa C-118/08, *Transportes Urbanos*, ECLI:EU:C:2010:39

Corte giust., sent. 23 dicembre 2009, causa C-45/08, *Spector Photo*, ECLI:EU:C:2009:806

Corte giust., sent. 19 novembre 2009, cause riunite C-402/07 e C-432/07, *Sturgeon*, ECLI:EU:C:2009:716

Corte giust., sent. 11 giugno 2009, causa C-429/07, *Inspecteur van de Belastingdienst/X*, ECLI:EU:C:2009:359

Corte giust., sent. 10 febbraio 2009, causa C-301/06, *Irlanda c. Parlamento e Consiglio*, ECLI:EU:C:2009:68

Corte giust., sent. 3 settembre 2008, cause riunite C-402/05 P e C-415/05 P, *Kadi e a.*, ECLI:EU:C:2008:461

Corte giust., sent. 3 giugno 2008, causa C-308/06, *Intertanko*, ECLI:EU:C:2008:312

Corte giust., sent. 15 maggio 2008, causa C-503/06, *Commissione c. Italia*, ECLI:EU:C:2008:279

Corte giust., sent. 23 ottobre 2007, causa C-440/05, *Commissione c. Consiglio*, ECLI:EU:C:2007:625

Corte giust., sent. 13 marzo 2007, causa C-432/05, *Unibet*, ECLI:EU:C:2007:163

Corte giust., sent. 27 febbraio 2007, causa C-355/04 P, *Segi*, ECLI:EU:C:2007:116

Corte giust., ord. 27 febbraio 2007, causa C-503/06 R, *Commissione c. Italia*, ECLI:EU:C:2007:120

Corte giust., sent. 19 settembre 2006, causa C-506/04, *Wilson*, ECLI:EU:C:2006:587

Corte giust., sent. 13 luglio 2006, cause riunite da C-295/04 a C-298/04, *Manfredi*, ECLI:EU:C:2006:461

Corte giust., sent. 29 giugno 2006, causa C-301/04 P, *SGL Carbon AG*, ECLI:EU:C:2006:432

Corte giust., sent. 13 giugno 2006, causa C-173/03, *Traghetti del Mediterraneo*, ECLI:EU:C:2006:391

Corte giust., sent. 22 novembre 2005, causa C-144/04, *Mangold*, ECLI:EU:C:2005:709

Corte giust., sent. 13 settembre 2005, causa C-176/03, *Commissione c. Consiglio*, ECLI:EU:C:2005:542

Corte giust., sent. 12 luglio 2005, causa C-304/02, *Commissione c. Francia*, ECLI:EU:C:2005:444

Corte giust., sent. 16 giugno 2005, causa C-105/03, *Pupino*, ECLI:EU:C:2005:386

Corte giust., sent. 3 maggio 2005, cause riunite C-387/02, C-391/02, C-403/02, *Berlusconi*, ECLI:EU:C:2005:270

Corte giust., sent. 26 aprile 2005, causa C-494/01, *Commissione c. Irlanda*, ECLI:EU:C:2005:250

Corte giust., sent. 11 novembre 2004, causa C-457/02, *Niselli*, ECLI:EU:C:2004:707

Corte giust., sent. 5 ottobre 2004, cause riunite da C-397/01 a C-403/01, *Pfeiffer e a.*, ECLI:EU:C:2004:584

Corte giust., sent. 7 gennaio 2004, causa C-201/02, *Wells*, ECLI:EU:C:2004:12

Corte giust., sent. 16 ottobre 2003, causa C-91/02, *Hannl+Hofstetter*, ECLI:EU:C:2003:556

Corte giust., sent. 2 ottobre 2003, causa C-147/01, *Weber's Wine World e a.*, ECLI:EU:C:2003:533
Corte giust., sent. 30 settembre 2003, causa C-224/01, *Köbler*, ECLI:EU:C:2003:513
Corte giust., sent. 10 luglio 2003, causa C-11/00, *Commissione/BCE*, ECLI:EU:C:2003:395
Corte giust., sent. 19 giugno 2003, causa C-467/01, *Eribrand*, ECLI:EU:C:2003:364
Corte giust., sent. 26 aprile 2003, causa C-327/00, *Santex*, ECLI:EU:C:2003:109
Corte giust., sent. 18 ottobre 2001, causa C-354/99, *Commissione c. Irlanda*, ECLI:EU:C:2001:550
Corte giust., sent. 20 settembre 2001, causa C-453/99, *Courage Ltd*, ECLI:EU:C:2001:465
Corte giust., sent. 11 gennaio 2001, causa C-226/99, *Siples*, ECLI:EU:C:2001:14
Corte giust., sent. 7 dicembre 2000, causa C-213/99, *De Andrade*, ECLI:EU:C:2000:678
Corte giust., sent. 5 ottobre 2000, causa C-376/98, *Germania c. Parlamento europeo e Consiglio*, ECLI:EU:C:2000:544
Corte giust., sent. 4 luglio 2000, causa C-387/97, *Commissione c. Grecia*, ECLI:EU:C:2000:356
Corte giust., sent. 21 marzo 2000, causa C-6/99, *Greenpeace*, ECLI:EU:C:2000:148
Corte giust., sent. 8 luglio 1999, causa C-186/98, *Nunes e de Matos*, ECLI:EU:C:1999:376
Corte giust., sent. 25 febbraio 1999, causa C-131/97, *Carbonari*, ECLI:EU:C:1999:98
Corte giust., sent. 9 febbraio 1999, causa C-343/96, *Dilexport*, ECLI:EU:C:1999:59
Corte giust., sent. 28 gennaio 1999, causa C-77/97, *Unilever*, ECLI:EU:C:1999:30
Corte giust., sent. 1° dicembre 1998, causa C-326/96, *Levez*, ECLI:EU:C:1998:577
Corte giust., sent. 19 novembre 1998, causa C-126/97, *Nilsson*, ECLI:EU:C:1998:554
Corte giust., sent. 15 settembre 1998, causa C-231/96, *Edilizia Industriale Siderurgica Srl (Edis) contro Ministero delle Finanze*, ECLI:EU:C:1998:401
Corte giust., sent. 9 dicembre 1997, causa C-265/95, *Commissione c. Francia*, ECLI:EU:C:1997:595
Corte giust., sent. 10 luglio 1997, causa C-261/95, *Palmisani*, ECLI:EU:C:1997:351
Corte giust., sent. 25 giugno 1997, cause riunite C-304/94, C-330/94, C-342/94, C-224/95, *Tombesi*, ECLI:EU:C:1997:314
Corte giust., sent. 22 aprile 1997, causa C-180/95, *Draehmpaehl*, ECLI:EU:C:1997:208
Corte giust., sent. 26 settembre 1996, causa C-168/95, *Arcaro*, ECLI:EU:C:1996:363
Corte giust., sent. 12 marzo 1996, causa C-441/93, *Pafitis*, ECLI:EU:C:1996:92
Corte giust., sent. 5 marzo 1996, cause riunite C-46/93 e C-48/93, *Brasserie du pêcheur*, ECLI:EU:C:1996:79
Corte giust., sent. 8 febbraio 1996, causa C-212/94, *FMC e a.*, ECLI:EU:C:1996:40
Corte giust., sent. 14 dicembre 1995, cause riunite C-430/93 e C-431/93, *van Schijndel*, ECLI:EU:C:1995:441
Corte giust., sent. 14 dicembre 1995, causa C-312/93, *Peterbroeck*, ECLI:EU:C:1995:437
Corte giust., sent. 9 novembre 1995, causa C-465/93, *Atlanta*, ECLI:EU:C:1995:369
Corte giust., sent. 14 luglio 1994, causa C-91/92, *Faccini Dori*, ECLI:EU:C:1994:292
Corte giust., sent. 21 gennaio 1993, causa C-308/90, *Advanced Nuclear Fuels c. Commissione*, ECLI:EU:C:1993:23
Corte giust., sent. 1° luglio 1993, causa C-20/92, *Hubbard*, ECLI:EU:C:1993:280
Corte giust., sent. 3 dicembre 1992, causa C-97/91, *Oleificio Borelli*, ECLI:EU:C:1992:491
Corte giust., sent. 21 gennaio 1992, causa C-319/90, *Pressler Weingut*, ECLI:EU:C:1992:28
Corte giust., parere 14 dicembre 1991, 1/91, *Accord EEE – I*, ECLI:EU:C:1991:490
Corte giust., sent. 27 novembre 1991, causa C-199/90, *Italtrade SpA*, ECLI:EU:C:1991:445

Corte giust., sent. 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e C-9/90, *Francoovich e Bonifaci c. Italia*, ECLI:EU:C:1991:428

Corte giust., sent. 11 giugno 1991, causa C-300/89, *Commissione c. Consiglio*, ECLI:EU:C:1991:244

Corte giust., ord. 13 luglio 1990, causa C-2/88 IMM, *Zwartveld*, ECLI:EU:C:1990:440

Corte giust., sent. 10 luglio 1990, causa C-326/88, *Hansen*, ECLI:EU:C:1990:291

Corte giust., sent. 19 giugno 1990, causa C-213/89, *The Queen c. Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd*, ECLI:EU:C:1990:257

Corte giust., sent. 18 ottobre 1989, causa C-374/87, *Orkem*, ECLI:EU:C:1989:387

Corte giust., sent. 21 settembre 1989, causa 68/88, *Commissione delle Comunità europee contro Repubblica ellenica*, ECLI:EU:C:1989:339

Corte giust., sent. 13 luglio 1989, causa 380/87, *Enichem Base e a. c. Comune di Cinisello Balsamo*, ECLI:EU:C:1989:318

Corte giust., sent. 11 luglio 1989, causa 265/87, *Schröder*, ECLI:EU:C:1989:303

Corte giust., sent. 22 giugno 1989, causa 103/88, *Fratelli Costanzo*, ECLI:EU:C:1989:256

Corte giust., sent. 2 febbraio 1989, causa 186/87, *Cowan*, ECLI:EU:C:1989:47

Corte giust., sent. 29 giugno 1988, causa 240/87, *Deville*, ECLI:EU:C:1988:349

Corte giust., sent. 24 marzo 1988, causa 104/86, *Commissione c. Italia*, ECLI:EU:C:1988:171

Corte giust., sent. 18 novembre 1987, causa 137/85, *Maizena*, ECLI:EU:C:1987:493

Corte giust., sent. 15 ottobre 1987, causa 222/86, *Heylens*, ECLI:EU:C:1987:442, pt. 14

Corte giust., sent. 8 ottobre 1987, causa 80/86, *Kolpinghuis Nijmegen*, ECLI:EU:C:1987:431

Corte giust., sent. 11 giugno 1987, causa 14/86, *Pretore di Salò c. X*, ECLI:EU:C:1987:275

Corte giust., sent. 5 febbraio 1987, causa 288/85, *Hauptzollamt*, ECLI:EU:C:1987:67

Corte giust., sent. 15 maggio 1986, causa 222/84, *Johnston*, ECLI:EU:C:1986:206

Corte giust., sent. 23 aprile 1986, causa 294/83, *Parti Ecologiste Les Verts contro Parlamento europeo*, ECLI:EU:C:1986:166

Corte giust., sent. 26 febbraio 1986, causa 152/84, *Marshall*, ECLI:EU:C:1986:84

Corte giust., sent. 15 gennaio 1986, causa 44/84, *Hurd*, ECLI:EU:C:1986:2

Corte giust., sent. 7 febbraio 1985, causa 240/83, *Procureur de la République / ADBHU*, ECLI:EU:C:1985:59

Corte giust., sent. 25 settembre 1984, causa 117/83, *Könecke*, ECLI:EU:C:1984:288

Corte giust., sent. 10 luglio 1984, causa 63/83, *Kirk*, ECLI:EU:C:1984:255

Corte giust., sent. 10 aprile 1984, causa 14/83, *Von Colson e Kamann*, ECLI:EU:C:1984:153

Corte giust., sent. 16 novembre 1983, causa 188/82, *Thyssen AG c. Commissione*, ECLI:EU:C:1983:329

Corte giust., sent. 9 novembre 1983, causa 199/82, *Amministrazione dello Stato contro SpA San Giorgio*, ECLI:EU:C:1983:318

Corte giust., sent. 22 settembre 1983, causa 271/82, *Auer*, ECLI:EU:C:1983:243

Corte giust., sent. 8 febbraio 1983, cause riunite da 100/80 a 103/80, *SA Musique Diffusion français*, ECLI:EU:C:1983:158

Corte giust., sent. 11 novembre 1981, causa 203/80, *Casati*, ECLI:EU:C:1981:261

Corte giust., sent. 27 marzo 1980, causa 61/79, *Amministrazione delle finanze dello Stato/Denkavit italiana*, ECLI:EU:C:1980:100

Corte giust., sent. 21 giugno 1979, causa 240/78, *Atlanta*, ECLI:EU:C:1979:160

Corte giust., sent. 5 aprile 1979, causa 148/78, *Procedimento penale a carico di Tullio Ratti*, ECLI:EU:C:1979:110

Corte giust., sent. 20 febbraio 1979, causa 122/78, *Buitoni*, ECLI:EU:C:1979:43
Corte giust., sent. 9 marzo 1978, causa 106/77, *Simmmenthal*, ECLI:EU:C:1978:49
Corte giust., sent. 14 luglio 1977, causa 8/77, *Sagulo*, ECLI:EU:C:1977:131
Corte giust., sent. 2 febbraio 1977, causa 50/76, *Amsterdam Bulb*, ECLI:EU:C:1977:13
Corte giust., sent. 16 dicembre 1976, causa 45/76, *Comet*, ECLI:EU:C:1976:191
Corte giust., sent. 16 dicembre 1976, causa 33/76, *Rewe*, ECLI:EU:C:1976:188
Corte giust., sent. 4 dicembre 1974, causa 41/74, *Van Duyn*, ECLI:EU:C:1974:133
Corte giust., sent. 15 maggio 1974, causa 186/73, *Norddeutsches Vieh-und Fleischkontor*, ECLI:EU:C:1974:54
Corte giust., sent. 7 febbraio 1973, causa 39/72, *Commissione c. Italia*, ECLI:EU:C:1972:66
Corte giust., sent. 13 luglio 1972, causa 48/71, *Commissione c. Italia*, ECLI:EU:C:1972:65
Corte giust., sent. 21 marzo 1972, causa 82/71, *SAIL*, ECLI:EU:C:1972:20
Corte giust., sent. 14 dicembre 1971, causa 43/71, *Politi*, ECLI:EU:C:1971:122
Corte giust., sent. 17 dicembre 1970, causa 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, EU:C:1970:114
Corte giust., sent. 17 dicembre 1970, causa 33/70, *Spa Sace*, ECLI:EU:C:1970:118
Corte giust., sent. 6 ottobre 1970, causa 9/70, *Grad*, ECLI:EU:C:1970:78
Corte giust., sent. 15 luglio 1970, causa 41/69, *Chemiefarma c. Commissione*, ECLI:EU:C:1970:71
Corte giust., sent. 15 luglio 1970, causa 44/69, *Buchler c. Commissione*, ECLI:EU:C:1970:72
Corte giust., sent. 15 luglio 1970, causa 45/69, *Boehringer c. Commissione*, ECLI:EU:C:1970:73
Corte giust., sent. 16 dicembre 1968, causa 13/68, *Salgoil*, ECLI:EU:C:1968:54
Corte giust., sent. 10 dicembre 1968, causa 7/68, *Commissione c. Italia*, ECLI:EU:C:1968:51
Corte giust., sent. 4 aprile 1968, causa 34/67, *Luck*, ECLI:EU:C:1968:24.
Corte giust., sent. 15 luglio 1964, causa 6/64, *Flaminio Costa contro E.N.E.L.*, ECLI:EU:C:1964:66
Corte giust., sent. 5 febbraio 1963, causa 26/62, *Van Gend en Loos*, ECLI:EU:C:1963:1
Corte giust., sent. 16 dicembre 1960, causa 6/60, *Humblet c. Stato belga*, ECLI:EU:C:1960:48

Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte Edu)

Corte Edu, sent. 15 novembre 2016, ric. nn. 24130/11 e 29758/11, *A. e B. contro Norvegia*, in *echr.coe.int*
Corte Edu, sent. 19 marzo 2015, ric. 7494/11, 7493/11 e 7989/11, *Corbet e a. c. Francia*, in *echr.coe.int*
Corte Edu, sent. 6 marzo 2014, ric. 31535/09, *Gorbulya c. Russia*, in *echr.coe.int*
Corte Edu, sent. 3 luglio 2012, ric. 13579/09, *Razvyazkin c. Russia*, in *echr.coe.int*
Corte Edu, sent. 5 aprile 2012, ric. 11663/04, *Chambaş c. Svizzera*, in *echr.coe.int*
Corte Edu, sent. 27 settembre 2011, ric. 43509/08, *Menarini Diagnostics s.r.l. c. Italia*, in *echr.coe.int*
Corte Edu, sent. 28 settembre 2010, ric. 12050/04, *Mangouras c. Spagna*, in *echr.coe.int*
Corte Edu, sent. 4 ottobre 2005, ric. 6563/03, *Shannon c. Regno Unito*, in *echr.coe.int*

Corti e tribunali nazionali

Corte cost., sent. 16 gennaio 2020, n. 15, ECLI:IT:COST:2020:15
Corte cost., sent. 6 novembre 2019, n. 279, ECLI:IT:COST:2019:279
Corte cost., sent. 15 luglio 2019, n. 222, ECLI:IT:COST:2019:222
Corte cost., ord. 10 maggio 2019, n. 117, ECLI:IT:COST:2019:117
Corte cost., sent. 20 febbraio 2019, n. 63, ECLI:IT:COST:2019:63

Corte cost., sent. 31 maggio 2018, n. 115, ECLI:IT:COST:2018:115
Corte cost., sent. 24 gennaio 2018, n. 43, ECLI:IT:COST:2018:43
Corte cost., ord. 26 gennaio 2017, n. 24, ECLI:IT:COST:2017:24
Corte cost., sent. 8 marzo 2016, n. 102, ECLI:IT:COST:2016:102
Corte cost., sent. 1° giugno 2016, n. 126, ECLI:IT:COST:2016:126
Corte cost., sent. 22 ottobre 2014, n. 238, ECLI:IT:COST:2014:238
Corte cost., sent. 5 giugno 1984, n. 170, ECLI:IT:COST:1984:170
Corte cost., sent. 7 marzo 1964, n. 14, ECLI:IT:COST:1964:14

Cass., sez. II pen., sent. 7 giugno 2019, n. 38277, in *De Jure*
Cass., sez. V pen., sent. 15 aprile 2019, n. 39999, in *De Jure*
Cass., sez. V pen., sent. 21 settembre 2018, n. 49869, in *De Jure*
Cass., sez. II civ., ord. 13 aprile 2017 (dep. 2018), n. 3831, in *DeJure*
Cass., sez. III pen., ord. 30 marzo 2016, n. 28346, in *De Jure*
Cass., sez. I pen., sent. 29 aprile 2011, n. 22130, in *De Jure*
Cass., sez. I pen., sent. 28 aprile 2011, n. 22105, in *De Jure*
Cass., sez. Un. Civili, sent. 4 febbraio 2005, n. 2207, in *De Jure*

Trib. Milano, sez. III pen., sent. 15 novembre 2018, n. 14767 (dep. 2019), pres. Zucchetti, Est. Secchi, in *DPC*

Corte d'Appello di Milano, sez. II Pen., n. 6421/14 R.G.A., ord. 18 settembre 2015, in *DPC*

Trib. Cuneo, Uff. GUP, ord. 17 gennaio 2014, est. Boetti, in *DPC*

RINGRAZIAMENTI

*In rebus quibuscumque difficilioribus
non expectandum ut qui simul, et serat, et metat,
sed praeparatione opus est, ut per gradus maturescant.*

La continuità che lega i miei studi magistrali e quelli dottorali – sempre una sola città, la stessa Università, i medesimi interessi scientifici – raffigura un percorso che potrebbe apparire monotono, persino noioso.

Così non è stato: il mondo universitario si è rivelato ricco di fatiche e gioie, preoccupazioni e soddisfazioni; mi ha regalato un sentiero, lungo un decennio, condiviso con tante persone, alle quali devo l'unicità di questo percorso.

Da ciascuno ho appreso qualcosa, a tutti devo un piccolo tassello della mia formazione, non soltanto come membro della comunità scientifica, ma ancor prima come individuo.

In questo senso, un sincero ringraziamento è doveroso alla professoressa Chiara Amalfitano: e non lo è per mera formalità. Ne ho sempre ammirato la dedizione al lavoro, la meticolosa attenzione, il rigore scientifico: per un giovane dottorando, non può che essere un insuperabile esempio.

A lei, ai proff. Condinanzi e Nascimbene, a Ilaria, Jacopo e Filippo sono grato perché ciascuno di loro, con suggerimenti, proposte, iniziative, ha contribuito ad arricchire il triennio del dottorato.

A Miriam, Camilla, Giacomo e Lorenzo devo un “grazie” speciale: se le sessioni d'esame, la correzione di bozze, i compiti di segreteria e assistenza sono risultati meno noiosi di quel che dovrebbero, è certamente dipeso dalla loro insostituibile e preziosa amicizia.

Quello che si conclude non è stato un triennio di sola Università.

Sono sempre stato persuaso che, per chi studia materie giuridiche, sia imprescindibile accompagnare al contributo dei libri quello, altrettanto (se non più) formativo, che si vive nelle aule dove del diritto si fa esercizio. Queste ultime hanno esercitato un fascino irresistibile, tanto da rendere accettabili i più rigorosi regimi di studio in vista delle prove, dapprima scritte, poi orali, del concorso a magistrato ordinario.

La mia famiglia e gli amici più cari sanno quanta fatica abbia comportato rinunciare al tempo che avrei altrimenti voluto dedicare loro e quanto sia stato fondamentale il loro paziente sostegno in questi anni: un ringraziamento, per quanto sincero e profondo, non sarà mai abbastanza per l'affetto che ho ricevuto.

Cassano d'Adda, 25 novembre 2020.