

COMPETENZA PENALE EUROPEA: PROSPETTIVE DINAMICHE ALL'ESITO DEL PERIODO TRANSITORIO

di Marcello Tebaldi

SOMMARIO: 1. Inquadramento: le innovazioni del Trattato di Lisbona. – 1.1. Stati membri e innovazioni eurounitarie: la necessità di disposizioni transitorie. – 2. *L'acquis* di terzo pilastro: quale destino dopo Lisbona? – 2.1. Periodo transitorio (2009-2014) e terzo pilastro: limitazioni e difficoltà di trasposizione. – 2.2. Le prospettive per gli atti di terzo pilastro allo scadere del periodo transitorio – 2.2.1. Negoziati bilaterali o procedure di infrazione: quali strategie adottare in caso di inadempimento. – 2.2.2. La terza via: il recepimento "autonomo" da parte degli Stati membri. – 3. Il processo di ammodernamento normativo post-Lisbona: la cosiddetta lisbonizzazione. – 3.1. Le ragioni del parziale fallimento del processo di lisbonizzazione – 3.2. Luci e ombre nella normazione post-Lisbona: atti emendati e relitti del passato. – 3.3. Diritti fondamentali e nuove istanze di tutela: perché continuare l'opera di rinnovamento della normativa penale europea? – 4. Considerazioni finali.

1. Inquadramento: le innovazioni del Trattato di Lisbona.

Il Trattato di Lisbona ha profondamente mutato l'aspetto dell'Unione europea, alterandone sia i profili istituzionali che quelli normativi. La sua entrata in vigore, avvenuta nel dicembre del 2009, ha comportato il superamento della struttura a pilastri che, a partire dal Trattato di Maastricht (1992), aveva suddiviso le politiche eurounitarie in tre settori¹, ognuno caratterizzato da un peculiare regime normativo.

Fino al 2009, la materia penale si collocava nel c.d. terzo pilastro (Giustizia e Affari Interni), i cui strumenti normativi principali (convenzioni e decisioni quadro) erano caratterizzati da una serie di restrizioni ai poteri di controllo delle istituzioni europee. Anzitutto, ai sensi dell'art. 35 del TUE², il rinvio pregiudiziale di interpretazione era effettuabile unicamente ove lo Stato membro, mediante apposita dichiarazione³, avesse riconosciuto la competenza della Corte del Lussemburgo. Inoltre

¹ Ogni settore della politica europea corrispondeva ad un pilastro: il primo pilastro era rappresentato dalle Comunità Europee, il secondo pilastro riguardava Politica Estera e Sicurezza Comune (la c.d. PESC) e infine il terzo pilastro si occupava di Giustizia e Affari Interni.

² Così come formulato precedentemente all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona.

³ Per quanto riguarda la dichiarazione di accettazione della competenza della Corte di Giustizia ex art. 35.2 TUE la situazione all'alba dell'entrata in vigore del Trattato portoghese era decisamente complessa: diciassette degli allora ventisette Stati membri avevano effettuato la dichiarazione; al contrario Irlanda, Regno Unito e Danimarca si erano espressi negativamente sulla competenza della Corte; mentre non si avevano notizie alcune in merito alla dichiarazione di Cipro, Estonia, Malta, Polonia, Romania e Slovacchia. A tal proposito V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law*, Cambridge, 2009, p.19.

la Commissione – da sempre protagonista nel controllo sull’attuazione degli strumenti normativi europei – non aveva il potere di avviare le procedure di infrazione nei confronti di quegli stati che si fossero rivelati inadempienti nell’opera di trasposizione di tali atti⁴. Tutto ciò implicava che questi atti fossero paragonabili a strumenti di *soft law*, benché formalmente avessero natura di *hard law*.

A partire dal dicembre 2009, invece, con il venir meno del terzo pilastro, si è passati ad una competenza penale europea indiretta e autonoma disciplinata dal titolo V del nuovo TUE⁵ e caratterizzata dall’utilizzo dello strumento normativo della direttiva, che, a differenza dei suoi predecessori, non presenta limitazioni ai poteri di controllo delle istituzioni europee.

Peraltro l’*acquis* di terzo pilastro non ha smesso di esistere con il Trattato di Lisbona: ci si è quindi trovati innanzi ad un regime normativo ibrido, in cui accanto alle direttive, espressione della nuova competenza penale europea, hanno continuato a sopravvivere decisioni quadro e convenzioni. Bisognava, quindi, capire quali poteri di controllo avessero le istituzioni europee sugli atti di terzo pilastro dopo il dicembre 2009.

Di conseguenza si comprende la necessità di adottare una serie di disposizioni transitorie che potessero facilitare il passaggio dal vecchio al nuovo regime normativo e che spiegassero quale fosse il destino dell’*acquis* di terzo pilastro dopo l’entrata in vigore del Trattato di Lisbona. Risponde a questa esigenza l’adozione del protocollo 36.

1.1. Stati membri e innovazioni eurolunitarie: la necessità di disposizioni transitorie.

La materia penale è da sempre stata vista come l’ultimo baluardo della sovranità nazionale: assai spesso gli Stati membri si sentono in dovere di proteggerla strenuamente da qualsiasi influenza sovranazionale, comprese quelle eurolunitarie. In quest’ottica si intuisce come le innovazioni introdotte dal Trattato di Lisbona fossero foriere di attriti tra Unione e Paesi membri.

Fino ad allora ci si era confrontati con un regime normativo in cui, a causa delle limitazioni ai poteri delle istituzioni europee, la puntuale e corretta trasposizione era lasciata alla buona volontà del singolo Stato membro⁶. Sicché all’alba dell’entrata in vigore del Trattato portoghese l’opera di attuazione dell’*acquis* di terzo pilastro risultava assai carente: i Paesi membri si erano approfittati degli scarsi poteri di controllo dell’Unione per non trasporre quegli atti, che – a loro dire – risultavano eccessivamente limitativi delle prerogative nazionali in ambito penale. Per tale ragione il venir meno, a partire dal dicembre 2009, delle predette restrizioni avrebbe generato forti contrasti tra Unione e singoli Stati membri. Per evitare che ciò accadesse è stato approntato il protocollo 36, contenente una serie di disposizioni transitorie finalizzate a consentire un armonioso passaggio dal vecchio al nuovo regime normativo.

⁴ Diversamente da quanto previsto dall’attuale art. 258 TFUE.

⁵ Cfr. A. BERNARDI, [La competenza penale accessoria dell’Unione Europea: problemi e prospettive](#), in questa Rivista, fasc. 1/2012, p. 1 ss.

⁶ Cfr. C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, Milano 2010, p. 63 ss.

Questo protocollo trae origine dal mai nato⁷ Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa (2004), il quale prevedeva l'abbandono del sistema a pilastri, con la conseguente necessità di disposizioni transitorie, che consentissero un'armoniosa evoluzione della materia penale europea. Nonostante l'insuccesso del suddetto Trattato, le disposizioni in esso contenute⁸ sono state riprese nel 2007 in sede di Conferenza Intergovernativa⁹ e hanno dato origine al protocollo transitorio¹⁰. Esso contiene due disposizioni fondamentali per la materia penale: *in primis* si stabilisce che gli atti di terzo pilastro continuino a produrre i loro effetti anche dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, *in secundis* si prevede un periodo di cinque anni – compreso tra il dicembre 2009 e il dicembre 2014 – in cui a tali atti si sarebbero continuate ad applicare le limitazioni ai poteri di controllo di Corte e Commissione tipiche del regime normativo di terzo pilastro. Trattasi del c.d. periodo transitorio che avrebbe dovuto servire da un lato agli Stati membri per adeguarsi all'*acquis* di terzo pilastro, dall'altro alle istituzioni europee per innovare la materia penale europea attraverso lo strumento della direttiva (la c.d. opera di "lisbonizzazione"¹¹).

Tuttavia tali obiettivi sono stati raggiunti solo in minima parte; anzi gli Stati membri hanno approfittato di tale intervallo temporale per continuare nella loro condizione di inadempienza.

2. L'*acquis* di terzo pilastro: quale destino dopo Lisbona?

Per comprendere quale futuro attendesse l'*acquis* di terzo pilastro dopo il dicembre 2009 è necessario partire dagli articoli 9 e 10 del protocollo 36. All'articolo 9 si stabilisce che gli strumenti normativi appartenenti all'*ancien regime* non modificati, abrogati o sostituiti avrebbero continuato a produrre i loro effetti anche dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona. Tale disposizione ha assolto la fondamentale funzione di evitare vuoti normativi nel superamento del sistema a pilastri. L'articolo 10, invece, si occupa del periodo transitorio prevedendo un lasso di tempo di cinque anni (a partire dall'entrata in vigore del Trattato portoghese); periodo nel quale agli atti di terzo pilastro si sarebbero continuate ad applicare le limitazioni ai poteri di controllo di Corte e

⁷ I cittadini francesi e olandesi, con i referendum del 2004, hanno bocciato il Trattato per una Costituzione europea, impedendone l'entrata in vigore.

⁸ Così recitava l'art. 438-IV del Trattato per una Costituzione europea: "Gli atti delle istituzioni, organi e organismi adottati sulla base dei trattati e atti abrogati dall'articolo IV-437 restano in vigore. I loro effetti giuridici sono mantenuti finché tali atti non saranno stati abrogati, annullati o modificati in applicazione del presente trattato. Ciò vale anche per le convenzioni concluse tra Stati membri sulla base dei trattati e atti abrogati dall'articolo IV-437". Si nota immediatamente la similitudine tra questa disposizione e l'art. 9 del protocollo 36 allegato al Trattato di Lisbona.

⁹ Le conferenze intergovernative sono riunioni dei rappresentanti dei governi degli Stati membri e vengono convocate per discutere e approvare modifiche ai trattati dell'Unione. Quella indetta dal Consiglio europeo nel 2007 ha portato all'elaborazione e all'adozione del Trattato di Lisbona.

¹⁰ Cfr. T. BLANCHET, *The genesis of Protocol 36*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2015, 6, p. 435.

¹¹ Il termine lisbonizzazione non viene mai esplicitamente definito nei documenti ufficiali dell'Unione, tuttavia lo rinveniamo nel Programma di Lavoro della Commissione del 2011.

Commissione. Queste restrizioni sarebbero venute meno prima del dicembre 2014 solo nel caso in cui una direttiva, adottata ai sensi del nuovo titolo V del TUE, avesse emendato l'atto di terzo pilastro.

Tuttavia questo aspetto non è risultato immediatamente chiaro, in quanto possono esservi due tipologie di modifica: quella parziale, che va ad incidere unicamente su alcune disposizioni dell'atto,¹² e quella totale¹³, che va a sostituire l'intero atto e dunque lo innova in tutte le sue parti. Ora, è chiaro che in quest'ultima ipotesi l'atto emendato cesserà di esistere e al nuovo strumento normativo non si applicheranno più le restrizioni tipiche del regime di terzo pilastro. Meno chiaro risulta invece cosa debba accadere in caso di modifica parziale, tant'è che al riguardo si sono fronteggiate due opposte teorie¹⁴: da un lato, vi era chi sosteneva che solo le disposizioni oggetto di emendamento assumessero il carattere di direttiva e di conseguenza solo per queste venissero meno le limitazioni ai poteri di controllo delle istituzioni europee; dall'altro, vi era chi riteneva che l'intero strumento acquisisse la natura della direttiva, facendo venir meno tutte le restrizioni. Quest'ultima ipotesi risulta maggiormente coerente con il dato testuale del protocollo 36, ma soprattutto concorda perfettamente con la soluzione offerta dal Consiglio dell'Unione europea, il quale, con il documento 9930 del 2014, supera ogni questione relativa alla natura delle disposizioni emendate, affermando che le restrizioni sarebbero venute meno per tutti gli atti di terzo pilastro modificati, senza alcuna distinzione legata all'estensione dell'emenda. Vi è da dire che sono relativamente pochi gli atti di terzo pilastro ad essere stati innovati: molta parte della materia penale europea è ancora in mano a convenzioni e decisioni quadro immutate.

Da ultimo, la revisione degli atti di terzo pilastro ha influenzato anche il peculiare regime riservato al Regno Unito: il protocollo 36 concede a questo Paese membro (peraltro, ormai prossimo ad uscire dall'Unione)¹⁵ la facoltà, da esercitarsi almeno sei mesi prima dello scadere del periodo transitorio, di scegliere se continuare ad aderire agli atti di terzo pilastro (c.d. *block opting out*)¹⁶; inoltre lo Stato d'oltremania non avrebbe

¹² Troviamo un esempio di modificazione parziale nella direttiva 2014/42/UE in materia di congelamento e confisca dei beni strumentali e dei proventi di reato nell'Unione europea, che con l'art. 14 ha emendato solo alcune disposizioni dei precedenti atti di terzo pilastro in materia (2001/500/GAI e 2005/212/GAI e azione comune 98/699/GAI). A tal proposito G. GRASSO, *The instrument of harmonization of national criminal law*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2015, 6, p. 498 ss.

¹³ Oggetto di modificazione totale è invece stata la disciplina relativa alla tutela della vittima: la decisione quadro 2001/220/GAI è stata completamente sostituita dalla direttiva 2012/29/UE, quest'ultima peraltro ha notevolmente implementato la tutela della vittima nel procedimento penale. A tal proposito M. VENTUROLI, *La vittima nel sistema penale-Dall'oblio al protagonismo*, Napoli, 2015, p. 98 ss.

¹⁴ Cfr. H. SATZGER, *Legal effects of directives amending or repealing pre-Lisbon framework decisions*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2015, 6, p. 533 ss.

¹⁵ Con il referendum del 23 giugno 2016 i cittadini britannici si sono espressi a favore dell'uscita del Regno Unito dall'Unione europea. Trattasi della c.d. Brexit che ha visto, per la prima volta nella storia europea, l'attivazione delle procedure previste dall'art. 50 TFUE. Questa decisione si dovrebbe perfezionare il 29 marzo 2019, data in cui dovrebbe avvenire la definitiva uscita del Regno Unito dall'Unione.

¹⁶ Il Regno Unito si avvale del c.d. *block opting out*, fuoriuscendo da tutti gli strumenti di terzo pilastro, per poi esercitare il c.d. *back opting in* nel maggio 2014, comunicando alla Commissione un elenco di trentacinque atti di terzo pilastro a cui avrebbe nuovamente aderito.

dovuto aderire automaticamente a tutte le direttive in materia penale, avendo al riguardo una facoltà di scelta. In tale contesto, una eventuale adesione del Regno Unito ad una direttiva volta ad emendare di un atto di terzo pilastro non avrebbe più consentito di esercitare, in relazione a tale atto, l'*opt-out*.

2.1. Periodo transitorio (2009-2014) e terzo pilastro: limitazioni e difficoltà di trasposizione.

Nella vigenza del periodo transitorio agli atti di terzo pilastro si sono continuate ad applicare le limitazioni tipiche del previgente regime normativo, di conseguenza la loro attuazione era totalmente lasciata nelle mani dei singoli Paesi membri.

Si è così giunti ad eludere uno degli obiettivi del periodo transitorio: difatti, gli Stati membri hanno approfittato di questo lasso temporale non per trasporre correttamente l'*acquis* di terzo pilastro, ma piuttosto per protrarre la loro condizione di inadempienza. Del resto, l'organo che più di tutti è chiamato al controllo sull'attuazione, ossia la Commissione europea¹⁷, non poteva avviare le procedure di infrazione. In aggiunta, continuava a persistere la limitazione di cui all'art. 35 TUE, per cui – come già ricordato – con riguardo agli atti di terzo pilastro il rinvio pregiudiziale di interpretazione era possibile unicamente nel caso in cui lo Stato membro, mediante apposita dichiarazione, avesse riconosciuto tale facoltà alla Corte di Lussemburgo. Peraltro, la predetta manifestazione di volontà poteva limitare l'esercizio di questa potestà alle sole corti di ultima istanza¹⁸.

A dimostrazione di quanto sino ad ora affermato ci giungono in soccorso due relazioni della Commissione, entrambe redatte nel 2014, ossia pochi mesi prima della scadenza del periodo transitorio: la prima riguarda l'attuazione della decisione quadro D.Q. 913/2008/GAI sulla lotta contro particolari forme di razzismo e xenofobia mediante il diritto penale¹⁹, la seconda invece si occupa del pacchetto di decisioni quadro relative al mutuo riconoscimento delle misure alternative alla detenzione (D.Q. 2008/909/GAI, 2008/947/GAI e 2009/829/GAI)²⁰. Sebbene le conclusioni a cui giungono siano parzialmente differenti, entrambe le relazioni fotografano la medesima situazione: al 2014 i Paesi membri si sono rivelati totalmente inadempienti o hanno mal trasposto questi strumenti normativi e nulla hanno fatto per migliorare la situazione nel periodo

¹⁷ Cfr. L. BACHMAIER, *Mutual recognition instrument and the role of CJEU: the grounds for non-execution*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2015, 6, p. 511.

¹⁸ L'unico paese che nella dichiarazione ex art. 35.2 TUE limitò la facoltà di effettuare il rinvio pregiudiziale di interpretazione alle sole corti di ultima istanza fu la Spagna. A tal proposito L. BACHMAIER, *op. ult. cit.*, p. 509.

¹⁹ "Relazione della Commissione al Parlamento Europeo e al Consiglio sull'attuazione della decisione quadro 2008/913/GAI del Consiglio sulla lotta contro talune forme ed espressioni di razzismo e xenofobia mediante il diritto penale {SWD (2014) 27 final}".

²⁰ "Relazione della Commissione al Parlamento Europeo e al Consiglio sull'attuazione da parte degli Stati membri delle decisioni quadro 2008/909/GAI, 2008/947/GAI e 2009/829/GAI relative al reciproco riconoscimento delle sentenze penali che irrogano pene detentive o misure privative della libertà personale, delle decisioni di sospensione condizionale e delle sanzioni sostitutive e delle misure alternative alla detenzione cautelare {SWD (2014) 34 final}".

intercorso tra il dicembre 2009 e il 2014. Sempre al 2014 la situazione italiana era perfettamente in linea con quanto appena affermato: guardando al pacchetto di decisioni quadro sul mutuo riconoscimento, nel 2010 era stata traspota, seppur non perfettamente, la decisione quadro 2008/909/GAI, ma non le decisioni quadro 2008/947/GAI, 2009/829/GAI e 2009/229/GAI, (quest'ultima peraltro innovativa della disciplina della 2008/909/GAI, così da renderne obsoleta l'opera di trasposizione effettuata). Solo nel 2016 si è data corretta attuazione all'intero pacchetto, mentre per la trasposizione della decisione quadro sul negazionismo si è dovuto attendere il novembre 2017.

All'esito di quanto detto possiamo ribadire quanto sopra accennato: durante il periodo transitorio gli Stati membri si sono rivelanti inadempienti nell'opera di attuazione dell'*acquis* di terzo pilastro, così come lo erano stati prima dell'entrata in vigore del Trattato portoghese. Non vi è quindi traccia dell'adeguamento graduale che ci si attendeva durante i lavori della Conferenza Intergovernativa del 2007 e che risultava essere uno dei principali scopi del periodo transitorio²¹.

2.2. Le prospettive per gli atti di terzo pilastro allo scadere del periodo transitorio.

La fine del periodo transitorio ha fatto venire meno le restrizioni ai poteri di controllo delle istituzioni europee sull'*acquis* di terzo pilastro. Anzitutto, a partire dal dicembre 2014, la Commissione ha il potere di avviare procedure di infrazione nei confronti di quegli Stati membri che permangono nella loro condizione di inadempienza riguardo all'opera di trasposizione della normazione di terzo pilastro. Inoltre vengono meno tutte le limitazioni relative al rinvio pregiudiziale di interpretazione. Ci si sarebbe dovuti attendere, quindi, che numerose procedure di infrazione coinvolgessero la materia penale dopo il dicembre 2014, data la generale condizione di inadempienza in cui versavano gli Stati membri²². Supportava questa ipotesi la succitata relazione sull'attuazione delle decisioni quadro in materia di mutuo riconoscimento²³, la quale terminava la sua disamina minacciando gli Stati membri di avviare numerose procedure di infrazione, una volta scaduto il regime transitorio, se questi non avessero provveduto a trasporre le decisioni quadro in oggetto. Ma quest'ultima non era l'unica prospettiva che si apriva dopo il periodo di transizione: la relazione relativa alla decisione quadro 2008/913/GAI terminava infatti la sua analisi affermando che, a partire dal dicembre 2014, le istituzioni europee avrebbero dovuto aprire una serie di negoziati bilaterali con i singoli Paesi membri, al fine di spingere questi ultimi a recepire l'*acquis* di terzo pilastro, senza bisogno di avviare procedure di infrazione ex art. 258 TFUE. Peraltro era ben possibile che, viste le numerose minacce giunte dalle istituzioni europee e visti i nuovi poteri di cui queste ultime erano dotate, i Paesi membri si adoperassero autonomamente

²¹ Cfr. T. BLANCHET, op. ult. cit., p. 435 ss.

²² Cfr. L. BACHMAIER, op. ult. cit., p. 507 ss.

²³ Cfr. *supra*, sub par. 2.1, ntt. 19 e 20.

per recepire gli atti di terzo pilastro, senza il bisogno di negoziati bilaterali e/o di procedure di infrazione.

In realtà, si sa che la Commissione, immediatamente dopo lo scadere del periodo transitorio, inviò una lettera alle delegazioni degli Stati membri in cui si minacciava di avviare numerose procedure di infrazione nel caso in cui questi avessero continuato ad essere carenti nell'opera di trasposizione degli atti di terzo pilastro.

2.2.1. Negoziati bilaterali o procedure di infrazione: quali strategie adottare in caso di inadempimento.

Le relazioni emesse dalla Commissione europea sino al dicembre 2014 tracciavano essenzialmente due percorsi attivabili nei confronti degli Stati membri inadempienti: da un lato si sarebbero potuti avviare negoziati bilaterali, dall'altro si sarebbe potuto ricorrere al meccanismo dell'art. 258 TFUE²⁴. Questo secondo percorso era teoricamente possibile, in quanto, spirato il periodo transitorio la Commissione ha conseguito il pieno potere di avviare procedure di infrazione nei confronti di quei Paesi membri che non hanno dato corretta e puntuale trasposizione agli atti di terzo pilastro. Tuttavia è evidente che l'esercizio di tale facoltà non può non generare attriti tra Unione e Stati membri. Ragione per cui, in un periodo come quello attualmente attraversato dall'Unione – dove i contrasti fra istituzioni europee e Paesi membri sono quasi all'ordine del giorno – e in una materia come quella penale – come detto da sempre custodita gelosamente come ultimo baluardo della sovranità nazionale – quest'ultima soluzione dovrebbe davvero costituire l'*extrema ratio*, dovendosi senz'altro preferire il primo dei summenzionati percorsi, vale a dire l'apertura di un dialogo bilaterale volto al recepimento dell'*acquis* di terzo pilastro. Questa sembra essere, in effetti, la linea adottata dall'Unione: a più di tre anni dall'avvenuta scadenza del periodo transitorio, nessuna vera e propria procedura di infrazione è stata attivata. Al contrario, molte sono state le relazioni diplomatiche tra Stati membri e istituzioni europee per favorire l'attuazione degli atti di terzo pilastro.

Unica parziale eccezione a quanto sino ad ora affermato è risultata essere l'avvio di una procedura pilota²⁵ nei confronti dell'Italia per non aver correttamente trasposto la decisione quadro in materia di negazionismo.

Nel giugno 2016 infatti l'Italia, sebbene con colpevole ritardo, ha provveduto a trasporre la summenzionata 2008/913/GAI, che tra l'altro impone di sanzionare

²⁴ Così recita l'attuale art. 258 TFUE: "La Commissione, quando reputi che uno Stato membro abbia mancato a uno degli obblighi a lui incombenti in virtù dei trattati, emette un parere motivato al riguardo, dopo aver posto lo Stato in condizioni di presentare le sue osservazioni. Qualora lo Stato in causa non si conformi a tale parere nel termine fissato dalla Commissione, questa può adire la Corte di giustizia dell'Unione europea".

²⁵ Le procedure pilota sono gli embrioni delle procedure di infrazione. Esse servono per avviare il dialogo tra UE (nello specifico la Commissione europea) e Stati membri, al fine di convincere questi ultimi ad adeguarsi correttamente alla normativa europea senza che vi sia il bisogno di avviare una procedura di infrazione ai sensi dell'art. 258 TFUE.

penalmente i fatti di c.d. *negazionismo*. Tuttavia questa trasposizione è risultata carente, in quanto il nuovo art. 3 bis della legge 654 del 1975, introdotto dalla legge 115 del 2016, perseguiva unicamente la negazione della *Shoah*, dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra, diversamente da quanto stabilito dalla decisione quadro che, invece, prevedeva un obbligo di incriminazione anche delle condotte traducendosi nella minimizzazione di questi fenomeni. Per tale ragione la Commissione ha deciso di agire attraverso la procedura pilota EU PILOT 8184/15/JUST, a seguito della quale l'Italia ha provveduto ad adeguarsi alle indicazioni provenienti dall'Unione con la legge del 20 novembre 2017, che ha modificato il succitato art. 3 bis. Si è così evitato l'avvio di una vera e propria procedura di infrazione²⁶.

2.2.2. La terza via: il recepimento “autonomo” da parte degli Stati membri.

Esiste poi una terza via che porta alla trasposizione degli atti di terzo pilastro: il c.d. recepimento autonomo. Era ben possibile che gli Stati membri inadempienti, a partire dal dicembre 2014, spinti dalle numerose minacce provenienti dall'Unione (non ultima la succitata lettera inviata dalla Commissione alle rappresentanze dei singoli Stati membri) dopo la scadenza del periodo transitorio potessero adeguarsi autonomamente alla normativa di terzo pilastro fino ad allora non recepita o oggetto di non corretta trasposizione.

Troviamo un esempio di recepimento autonomo nella trasposizione in Italia del pacchetto di decisioni quadro in materia di mutuo riconoscimento delle misure alternative alla detenzione. Fino al dicembre 2014 il nostro Paese era stata fortemente carente nel dare attuazione a tali atti²⁷; questa situazione viene correttamente fotografata nella relazione della Commissione del febbraio 2014²⁸, che minacciava di avviare nei confronti degli Stati membri inadempienti procedure di infrazione dopo il dicembre 2014, nel caso in cui la situazione di non corretta trasposizione perdurasse. L'Italia era fra quei paesi passibili di essere oggetto di una procedura di infrazione per la carente trasposizione di questo pacchetto; tuttavia con la prima legge di delegazione europea²⁹ successiva allo scadere del periodo transitorio (legge 114/2015) si è deciso di adottare i decreti legislativi delegati volti a recepire le decisioni quadro in questione ed effettivamente questi decreti sono stati adottati nel corso del 2016³⁰, consentendo all'Italia di uscire dalla condizione di inadempienza.

²⁶ Cfr. A. GALLUCCIO, [Modificata l'aggravante di negazionismo e inserito l'art.3 c. 3-BIS l. 654/1975 nel novero dei reati presupposto ex D.LGS. 231/2001](#), in questa Rivista, 20 dicembre 2017.

²⁷ L'unica delle decisioni quadro contenute nel pacchetto ad essere trasposta – peraltro non correttamente – risultava essere la 2008/909/GAI, mentre nulla era stato fatto per la 2008/947/GAI e per la 2009/829/GAI.

²⁸ Cfr. A. MARTUFI, [La Commissione europea denuncia il ritardo degli Stati membri nell'attuazione della disciplina comune in tema di detenzione](#), in questa Rivista, 26 febbraio 2014.

²⁹ Viene detta legge di delegazione europea quella legge con il quale il Parlamento annualmente fornisce la delega al Governo per adottare una serie di decreti legislativi delegati volti al corretto recepimento della normativa eurounitaria.

³⁰ Il D. Lgs. 15 febbraio 2016, n. 31 ha dato attuazione alla decisione quadro 2009/299/GAI, mentre il D. Lgs.

Sempre l'Italia è stata protagonista di un ulteriore esempio che può dirsi – ma come vedremo solo per certi versi – di recepimento autonomo: quello riguardante la già più volte ricordata decisione quadro sul negazionismo (2008/913/GAI). Con riferimento a quest'ultimo testo europeo il nostro Paese si era dapprima trovato in una situazione di totale inadempienza, protrattasi fino al giugno 2016, quando con la legge 115 si era provveduto al recepimento. Peccato però che – come già illustrato al precedente paragrafo – questa prima trasposizione non risultasse corretta, ragione per cui la Commissione ha deciso di avviare la predetta procedura pilota, interrotta quando l'Italia, con la legge del 20 novembre 2017 – Legge europea 2017, ha finalmente recepito in modo del tutto soddisfacente la succitata decisione quadro. Il caso appena qui appena riportato costituisce, per vero, un esempio ibrido di trasposizione autonoma perché, sebbene l'adeguamento del giugno 2016 sia avvenuto in maniera spontanea, quello del novembre 2017 è stato stimolato dall'avvio di una procedura pilota da parte della Commissione europea.

3. Il processo di ammodernamento normativo post-Lisbona: la cosiddetta lisbonizzazione.

Fino ad ora abbiamo solo accennato al procedimento di innovazione normativa che avrebbe dovuto scaturire dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona. Si tratta, appunto, della c.d. lisbonizzazione, che consiste nell'applicazione del nuovo regime normativo previsto dal titolo V del TFUE e che nello specifico comporta la sostituzione dei vecchi strumenti di terzo pilastro con le direttive espressione della competenza penale europea post-Lisbona.

La necessità di "lisbonizzare" il terzo pilastro è affermata in numerosi atti ufficiali dell'Unione: anzitutto la possiamo rinvenire nella Dichiarazione 50³¹, che invita le istituzioni europee a portare avanti questo procedimento di innovazione normativa nella vigenza del periodo transitorio; inoltre, anche il Programma di Stoccolma³² afferma la necessità di sostituire gli ormai vetusti atti di terzo pilastro³³; infine il Programma di Lavoro della Commissione europea per il 2011 si occupa di lisbonizzazione, condannando il ritardo con cui tale processo veniva portato avanti³⁴.

15 febbraio 2016, n. 36 ha correttamente trasposto la decisione quadro 2009/829/GAI e infine il D. Lgs. 15 febbraio 2016 n.38 si è occupato del recepimento della decisione quadro 2008/947/GAI.

³¹ Il c.d. Programma di Stoccolma consisteva in una sorta di agenda non vincolante che avrebbe dovuto orientare la politica penale dell'Unione negli anni compresi tra il 2010 e il 2014.

³² La Dichiarazione 50 è una delle dichiarazioni allegate al Trattato di Lisbona al termine della Conferenza Intergovernativa del 2007, essa si occupa del rinnovamento degli strumenti normativi in ambito penale nella vigenza del periodo transitorio e non ha carattere vincolante.

³³ Nello specifico troviamo il termine lisbonizzazione nei paragrafi 1.2.3 e 1.2.4 del Programma di Stoccolma del 2010.

³⁴ Rinveniamo il termine lisbonizzazione al punto 58 della "Presentazione del Programma di Lavoro della Commissione per il 2011".

Ora, il processo di lisbonizzazione risulta fondamentale per due ragioni: anzitutto esso garantirebbe maggiore coerenza nella normazione penale europea, dove a tutt'oggi convivono atti (per l'appunto di terzo pilastro) privi di qualsivoglia effetto diretto e atti che al contrario ne sono provvisti³⁵. Inoltre i vecchi strumenti di terzo pilastro faticano a rispondere alle nuove esigenze di tutela, le quali richiederebbero ulteriori interventi normativi di ammodernamento. Nonostante quanto appena affermato tale evoluzione normativa è stata fortemente ostacolata dagli Stati membri, che da sempre vedono con sospetto le innovazioni della materia penale europea; ragion per cui a tutt'oggi il processo di lisbonizzazione non è ancora terminato.

3.1. *Le ragioni del parziale fallimento del processo di lisbonizzazione.*

Il processo di lisbonizzazione, nonostante i già elencati vantaggi, è risultato parzialmente fallimentare: esso è a tutt'oggi incompleto e viene portato avanti timidamente dalle istituzioni europee. Dobbiamo quindi interrogarci sulle ragioni dell'insuccesso.

Anzitutto l'innovazione normativa è stata ostacolata dalle reticenze dei singoli Stati membri; questi ultimi vedevano con sospetto lo strumento della direttiva per le modalità con cui essa veniva adottata. Difatti con la procedura legislativa ordinaria³⁶, tipica di regolamenti e direttive, si è superata l'ottica intergovernativa con la quale venivano creati gli strumenti di terzo pilastro. Oggi, in virtù di tale procedura, i principali attori del procedimento normativo sono il Parlamento europeo e la Commissione, mentre residua un ruolo assai marginale a quelle istituzioni in cui gli Stati membri esprimono direttamente la propria volontà (quali ad esempio il Consiglio europeo).

Inoltre le fonti deputate a disciplinare la lisbonizzazione non hanno carattere vincolante: si pensi al Programma di Stoccolma, o alla Dichiarazione 50, la quale si limita ad invitare le istituzioni europee a completare il processo di evoluzione normativa nella vigenza del periodo di transizione. Ora, è chiaro che il mancato rispetto di queste disposizioni non comporta alcuna conseguenza.

Infine, non si deve dimenticare che gli Stati membri, durante e dopo il periodo transitorio, si sono dimostrati già in affanno con la trasposizione dell'*acquis* di terzo pilastro. Andare a sostituire un atto che solo da poco è stato correttamente trasposto

³⁵ Si allude, beninteso, alle direttive penali d'armonizzazione o di cooperazione processuale. La Corte di Giustizia dell'Unione europea nella sua giurisprudenza ha accordato la possibilità che le direttive avessero effetti diretti (sentenza Van Duyn), ponendo però alcune condizioni: la sentenza Ratti riconosce effetti diretti alle sole direttive scadute chiare precise e incondizionate, mentre la pronuncia Marshall la Corte nega che la direttiva possa avere effetti diretti orizzontali. A tal proposito T.E. EPIDENDIO, *Diritto Comunitario e Diritto Penale Interno. Guida alla prassi giurisprudenziale*, Milano, 2007, p. 84 ss.

³⁶ La procedura di co-decisione (o per meglio dire la procedura legislativa ordinaria ex art. 294 TFUE), fa sì che si attenuino le critiche alla democraticità dell'Unione, infatti, essa comporta il coinvolgimento necessario del Parlamento europeo nell'opera di produzione normativa.

genererebbe ulteriori ritardi e carenze nell'adeguamento dei Paesi membri alla normativa penale europea.

3.2. Luci e ombre nella normazione post-Lisbona: atti emendati e relitti del passato.

A tutt'oggi vi sono innumerevoli atti di terzo pilastro non oggetto di lisbonizzazione e molti di essi interessano ambiti di materia fondamentali per la penalistica europea. A titolo esemplificativo si pensi al mandato di arresto europeo, che trova ancora la sua disciplina in una decisione quadro del 2002³⁷, oppure al già menzionato pacchetto di decisioni quadro sul mutuo riconoscimento delle misure alternative alla detenzione, o ancora alla più volte citata decisione quadro 2008/913/GAI in tema di razzismo e xenofobia. Tuttavia, proprio questi due ultimi strumenti costituiscono esempi di testi di terzo pilastro per i quali, secondo quanto ricordato alla fine del precedente paragrafo, la lisbonizzazione si rivelerebbe controproducente, dato che, per l'appunto, solo in tempi recentissimi se ne è ottenuta la corretta trasposizione.

Nonostante ciò, la storia della lisbonizzazione non è costellata unicamente di fallimenti, ma si caratterizza anche per alcuni successi. Uno di questi, avutosi durante il periodo transitorio, è quello della decisione quadro del 2001/220/GAI in tema di tutela della vittima. Questo atto non risultava più adeguato alle nuove esigenze della persona offesa nel procedimento penale, così nel 2012 si è proceduto alla sua sostituzione con la direttiva 2012/29/GAI, la quale ha notevolmente innalzato il livello di tutela.

Da ultimo, nel ricordare i successi della lisbonizzazione, non si può non far menzione della vicenda riguardante la Convenzione PIF del 1995, la quale è stata recentemente sostituita dalla direttiva 2017/1371/EU³⁸. A dimostrazione di come, nonostante gli innumerevoli ostacoli, l'opera di innovazione normativa prosegua il suo cammino.

3.3. Diritti fondamentali e nuove istanze di tutela: perché continuare l'opera di rinnovamento della normativa penale europea?

Nonostante le già illustrate difficoltà, molte sono le ragioni che spingono a portare avanti questo processo di innovazione normativa.

La prima ragione è che si darebbe finalmente coerenza alla normazione europea in ambito penale: ad oggi infatti il panorama delle fonti UE è assai variegato, in quanto accanto alle direttive continuano a sopravvivere convenzioni e decisioni quadro, con tutte le già citate differenze sul piano dell'effetto diretto. Solo dal punto di vista

³⁷ D.Q. 2002/584/GAI.

³⁸ Questa direttiva è stata adottata dopo un lunghissimo percorso: si pensi che il primo progetto volto alla sostituzione della Convenzione PIF risale al 2012 (trattasi della "Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del consiglio relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale COM/2012/0363").

interpretativo, con l'arcinota sentenza Pupino del 2005³⁹, si sono accorciate le distanze tra direttive e decisioni quadro⁴⁰.

In aggiunta l'opera di lisbonizzazione è fondamentale per dare risposte alle nuove istanze di tutela: gli atti di terzo pilastro risultano spesso superati e mal si adeguano alle nuove tipologie di reato, come ad esempio quelle in materia informatica o in molti altri settori a carattere transnazionale, che richiedono norme al passo coi tempi. Si pensi, per tutti, al settore delle frodi ai danni dell'Unione, che fino al 2017 – anno in cui si è adottata la c.d. direttiva PIF – è rimasto disciplinato da un atto risalente al 1995.

Infine, stante il fatto che la normazione di terzo pilastro è stata creata prima che la Carta di Nizza assumesse valore vincolante, un'incompleta lisbonizzazione può generare carenze nella tutela dei diritti fondamentali; in altre parole, è ben possibile che taluno di questi strumenti non risulti in perfetta sintonia con la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

4. Considerazioni finali.

Dall'analisi delle disposizioni contenute nel protocollo 36 e dei riflessi che queste hanno avuto sulla normazione di terzo pilastro possono trarsi, essenzialmente, due conclusioni:

1) Il periodo transitorio non ha raggiunto gli obiettivi prefissati in sede di Conferenza Intergovernativa. Esso non è servito agli Stati membri per adeguarsi alla normativa di terzo pilastro, dato che questi ultimi hanno approfittato di tale lasso di tempo per continuare ad essere inadempienti. Inoltre, esso non ha, permesso di concludere l'opera di lisbonizzazione richiesta dalla Dichiarazione 50; al contrario, tale opera è tutt'oggi in corso e incontra ancora notevoli difficoltà;

2) a oltre tre anni dal dicembre 2014 nessuna vera e propria procedura di infrazione è stata avviata nei confronti dei Paesi membri inadempienti, nonostante la Commissione oggi abbia pieno potere in materia. Dobbiamo, quindi, concludere che, a partire dal dicembre 2014, al fine di evitare dannosi conflitti tra Unione e Stati membri, si sia preferito avviare negoziati bilaterali volti ad ottenere la corretta e puntuale trasposizione degli atti di terzo pilastro.

³⁹ Corte giust. CE, 16 giugno 2005, in causa C-105/03, Pupino.

⁴⁰ Cfr. E. SPAVENTA, *Opening Pandora's Box: Some Reflections on the Constitutional Effects of the Decision in Pupino*, in *European Constitutional Law Review*, 2007, 3, p. 5 ss.