

prof. MARTIN BÖSE

Università di Bonn

LA SENTENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE TEDESCA
SUL TRATTATO DI LISBONA E IL SUO SIGNIFICATO
PER LA EUROPEIZZAZIONE DEL DIRITTO PENALE*

SOMMARIO: I. La decisione della Corte. - 1. Il diritto di voto come punto di partenza. - 2. La condizione di Stato sovrano come limite all'integrazione. - 3. La salvaguardia dell'autonomia decisionale del *Bundestag*. - 4. Legittimazione democratica sul piano dell'Unione. - II. Analisi critica. - 1. La sovranità dello Stato come elemento costitutivo della "garanzia di eternità". - 2. Dottrina sulle funzioni dello Stato e riserve di competenza. - 3. Legittimazione democratica a livello europeo. - III. Conseguenze. - 1. Le competenze penali dell'Unione tra restrizione e funzionalità. - 2. Partecipazione del Parlamento nazionale all'esercizio delle competenze. - 3. La funzione di custode della Corte costituzionale. - IV. Conclusione.

Con la sentenza sul Trattato di riforma di Lisbona la Corte costituzionale tedesca¹ ha ridisegnato i confini costituzionali del processo di integrazione europea, scatenando una controversa discussione. Benché la Corte abbia ritenuto conforme alla Costituzione l'adesione al Trattato "ai sensi di cui in motivazione" ("*nach Maßgabe der Gründe*"), aprendo così la strada ad una ratifica, essa pone al contempo requisiti stringenti alla partecipazione del legislatore nazionale al processo di integrazione. La questione, centrale nella sentenza, della legittimazione democratica riguarda in modo particolare il diritto penale e il diritto processuale penale. Nelle sue argomentazioni la Corte riprende in parte la critica rivolta dalla dottrina penalistica alla europeizzazione del diritto penale e fornisce indicazioni per l'esercizio delle competenze dell'Unione nel campo del diritto penale. Il significato di queste indicazioni e le loro (possibili) conseguenze saranno criticamente esaminate nel presente contributo.

* Traduzione a cura della dott.ssa Kolis Summerer, ricercatore di diritto penale presso la Libera Università di Bolzano.

¹ Sentenza del 30 giugno 2009 - 2 BvR 1010/2008, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08, 2 BvR 5/08 e 2 BvR 182/09, consultabile sul sito internet www.bverfg.de/entscheidungen/es20090630.

I. *La decisione della Corte*

1. *Il diritto di voto come punto di partenza*

Perno della sentenza è il diritto di voto del cittadino tedesco (art. 38, Abs. 1, primo periodo, GG), che la Corte adopera come leva processualcostituzionale per poter effettuare nell'ambito di un ricorso individuale (art. 93, Abs. 1, n. 4a, GG) una completa disamina del Trattato di riforma². Il pericolo di una violazione del diritto di voto sussiste, ad avviso della Corte, sotto un triplice profilo: il diritto all'elezione dei deputati al *Bundestag* tedesco potrebbe essere "svuotato" in seguito ad un ampio trasferimento di competenze all'Unione³. La Corte intende, inoltre, il diritto di voto come un (ampio) diritto pubblico soggettivo, con il quale viene reso censurabile il principio democratico: da un lato, l'art. 38, Abs. 1, primo periodo, GG, fonderebbe attraverso il vincolo dell'Unione europea ai principi democratici, presupposto nell'art. 23, Abs. 1, primo periodo, GG, l'esigenza di una sufficiente legittimazione democratica del potere sovrano europeo⁴; dall'altro, la Corte desume dall'art. 146 GG, secondo cui la Legge fondamentale (*Grundgesetz*) cessa di avere vigore con una Costituzione votata dal popolo tedesco in libera autodeterminazione, una difesa contro una ulteriore adesione ad uno Stato federale europeo e la conseguente perdita della statualità della Repubblica federale tedesca⁵.

2. *La condizione di Stato sovrano come limite all'integrazione*

Il parametro ricavato dall'art. 38, Abs. 1, primo periodo, GG viene in seguito precisato sul piano della fondatezza: il diritto di voto garantirebbe un diritto alla libera e uguale partecipazione al potere pubblico; questo diritto sarebbe radicato nella dignità dell'uomo (art. 1, Abs. 1, GG) e, in quanto principio elementare dell'ordinamento costituzionale tedesco (art. 20, Abs. 1 e 2, GG), sarebbe sottratto alla disponibilità del legislatore in sede di revisione costituzionale (art. 79, Abs. 3, GG)⁶. La Corte riferisce questa "garanzia di eter-

² Critici, *Nettesheim, NJW*, 2009, 2867, 2869; *Terhechte, EuZW*, 2009, 724, 276; cfr., al contrario, il rilievo di *Hillgruber/Gärditz, JZ*, 2009, 872, secondo cui anche la Corte di giustizia si è servita nella sua giurisprudenza di un rafforzamento dei diritti soggettivi come mezzo per imporre il diritto comunitario.

³ BVerfG, *loc.ult.cit.*, n. 174 s.

⁴ BVerfG, *loc.ult.cit.*, n. 176 s.

⁵ BVerfG, *loc.ult.cit.*, n. 178 s.

⁶ BVerfG, *loc.ult.cit.*, n. 211, 216.

nità” (“*Ewigkeitsgarantie*”) (art. 79, Abs. 3, GG) non soltanto alla partecipazione democratica all’esercizio del potere sovrano (sia tedesco che europeo), ma anche (in collegamento con l’art. 146 GG) alla sovranità dello Stato tedesco⁷. La Corte, pur riconoscendo l’impegno costituzionale contenuto nell’art. 23 GG alla partecipazione all’integrazione europea e desumendone il principio della “*Europarechtsfreundlichkeit*” (favore per il diritto dell’Unione europea)⁸, relativizza tuttavia subito questo principio attraverso il riferimento alla sovranità dello Stato tedesco come limite assoluto al trasferimento di poteri sovrani (“*Hoheitsrechte*”); sarebbe pertanto escluso l’ingresso in uno Stato federale europeo⁹. La Costituzione non consentirebbe la creazione di un originario potere sovrano dell’Unione, fondato cioè su un diritto proprio, ma soltanto il trasferimento di singoli poteri sovrani¹⁰. Per tale ragione sarebbe costituzionalmente illegittimo non soltanto il trasferimento della “competenza sulla competenza” (“*Kompetenz-Kompetenz*”), ma anche un’ampia autonomizzazione del potere politico attraverso la concessione di competenze sempre più numerose e il graduale superamento degli ancora esistenti requisiti di unanimità o delle altre forme di uguaglianza tra gli Stati¹¹. Dell’esigenza della materiale limitazione e della sostanziale revocabilità di singoli atti di trasferimento si terrebbe conto con il principio di attribuzione specifica limitata (art. 5, comma 1, primo periodo, comma 2, TUE) e il diritto di recesso dall’Unione (art. 50 TUE)¹². Poiché viene legittimato l’esercizio di poteri sovrani da parte dell’Unione sul singolo Stato membro, la legittimazione democratica presupporrebbe un programma di integrazione sufficientemente determinato: sarebbe democraticamente legittimato soltanto ciò di cui potrebbe essere chiamato a rispondere il Parlamento nazionale. In caso di necessità si potrebbe prevedere a livello costituzionale la responsabilità degli organi legislativi per il rispetto dei limiti costituzionali al processo di integrazione (responsabilità per l’integrazione, “*Integrationsverantwortung*”)¹³. La Corte costituzionale si riserva dunque di esaminare se attraverso l’esercizio di competenze da parte degli organi dell’Unione venga leso il principio di attribuzione specifica limitata (“controllo *ultra vires*”) oppure il nucleo inviolabile della identità costituzionale (“control-

⁷ BVerfG, *loc.ult.cit.*, n. 216, 218.

⁸ BVerfG, *loc.ult.cit.*, n. 219 ss., 225.

⁹ BVerfG, *loc.ult.cit.*, n. 226, 228.

¹⁰ BVerfG, *loc.ult.cit.*, n. 231 s.

¹¹ BVerfG, *loc.ult.cit.*, n. 233.

¹² BVerfG, *loc.ult.cit.*, n. 233 s.

¹³ BVerfG, *loc.ult.cit.*, n. 236, 239 s.

lo di identità”)¹⁴. Inoltre, la responsabilità degli organi legislativi per l'integrazione imporrebbe di richiedere una apposita legge per qualsiasi modifica delle basi testuali del diritto primario (art. 23, Abs. 1, secondo periodo, GG)¹⁵.

Secondo la Corte l'identità costituzionale e la condizione di Stato sovrano sarebbero salvaguardate dalla ripartizione di competenze tra Unione e Stati membri prevista dal Trattato di riforma¹⁶. La Corte rinvia pertanto non solo al principio di attribuzione specifica limitata (art. 5, comma 1, primo periodo, comma 2, TUE), ma anche alle regole pattizie riguardanti l'esercizio delle competenze dell'Unione, in particolare al principio di sussidiarietà (art. 5, comma 1, primo periodo, comma 3, TUE), e alla partecipazione dei Parlamenti nazionali prevista nel protocollo sulla sussidiarietà¹⁷. La posizione degli Stati membri quali “signori dei Trattati” sarebbe conservata, poiché gli organi dell'Unione non possono modificare autonomamente i fondamenti dei Trattati. La procedura di revisione ordinaria del Trattato (art. 48, commi 2-5, TUE) richiederebbe, così come la procedura di revisione semplificata (art. 48, comma 6, TUE), una ratifica mediante una legge di approvazione (“*Zustimmungsgesetz*”) ai sensi dell'art. 23, Abs. 1, secondo periodo, GG¹⁸. D'altra parte, le “clausole passerella” consentono una modifica della procedura di formazione delle leggi, in particolare un passaggio dal principio dell'unanimità alla decisione a maggioranza nel Consiglio, senza che ciò richieda una ratifica ai sensi del Trattato (art. 48, comma 7, TUE; v. anche art. 81, comma 3, TFUE). Tali modifiche potrebbero condurre ad una autonomizzazione così ampia delle procedure decisionali europee, da non risultare più coperte dal livello di legittimazione democratica sul piano europeo; ciò varrebbe in particolare per l'ambito sensibile della cooperazione penale¹⁹. Il rappresentante tedesco potrebbe pertanto approvare una corrispondente decisione del Consiglio, soltanto se in precedenza il *Bundestag* e il *Bundesrat*, in virtù della loro responsabilità per l'integrazione, avessero emanato una legge di approvazione (art. 23, Abs. 1, secondo periodo, GG) oppure – in presenza di “clausole passerella” circoscritte ad una determinata materia (art. 31, comma 3; art. 312, comma 2; art. 333, comma 1, TFUE) – avessero approvato la modifica²⁰.

¹⁴ BVerfG, *loc.ult.cit.*, n. 240.

¹⁵ BVerfG, *loc.ult.cit.*, n. 243.

¹⁶ BVerfG, *loc.ult.cit.*, n. 298 ss.

¹⁷ BVerfG, *loc.ult.cit.*, n. 304 s.

¹⁸ BVerfG, *loc.ult.cit.*, n. 312.

¹⁹ BVerfG, *loc.ult.cit.*, n. 317, 319.

²⁰ BVerfG, *loc.ult.cit.*, n. 319 s.

Del resto, il Trattato non fonderebbe alcuna “competenza sulla competenza” dell’Unione. La Corte tuttavia ritiene dubbio l’utilizzo della competenza derivante dalla “clausola di flessibilità” (c.d. competenza “di arrotondamento” – “*Vertragsabrundungskompetenz*”) ai sensi dell’art. 352 TFUE (ex art. 308 TCE), poiché essa consentirebbe una modifica sostanziale delle basi pattizie senza la partecipazione costitutiva degli organi legislativi nazionali; per questa ragione l’esercizio di questa attribuzione richiederebbe in ogni caso anche una autorizzazione legislativa, che soddisfi i requisiti previsti per una revisione costituzionale (art. 23, Abs. 1, secondo e terzo periodo, GG)²¹.

3. *La salvaguardia dell’autonomia decisionale del Bundestag*

La Corte costituzionale non limita la responsabilità per l’integrazione degli organi costituzionali tedeschi alla conservazione della propria sovranità, ma la estende anche al rispetto dei principi democratici. Il trasferimento di poteri sovrani all’Unione non dovrebbe erodere il sistema democratico in Germania, né svuotare di conseguenza il diritto di voto; il *Bundestag* dovrebbe perciò mantenere i propri compiti e poteri di natura sostanziale o il Governo federale, che ad esso risponde, dovrebbe poter esercitare una decisiva influenza sulla procedura decisionale europea²². Agli Stati membri dovrebbe rimanere sufficiente spazio per la gestione politica dei rapporti economici, culturali e sociali. Ciò varrebbe in particolare per settori che incidono sulle condizioni di vita dei cittadini, soprattutto sulla sfera privata della autoresponsabilità e della sicurezza personale e sociale, tutelata dai diritti fondamentali, così come per le decisioni politiche, che dipendono in modo particolare dai modelli culturali, storici o linguistici. Tra gli ambiti essenziali di gestione democratica la Corte colloca la cittadinanza, il monopolio del potere civile e militare, le entrate e le uscite pubbliche, incluso l’indebitamento, così come le ipotesi di ingerenza decisive per la realizzazione dei diritti fondamentali, soprattutto in caso di interventi incisivi sui diritti fondamentali, come la privazione della libertà personale nella giustizia penale o le misure di ricovero²³. A questo proposito la Corte richiama l’attenzione sul fatto che i processi democratici presuppongono una opinione pubblica efficace, che evidenzia le alternative materiali e personali; dato che la percezione e la discussione pubblica dei temi politici resta collegata in misura rilevante a modelli di identificazione nazionali, linguistici,

²¹ BVerfG, *loc.ult.cit.*, n. 328.

²² BVerfG, *loc.ult.cit.*, n. 244, 246.

²³ BVerfG, *loc.ult.cit.*, n. 249.

storici e culturali, dovrebbe essere materialmente limitato il trasferimento di competenze in settori politicamente centrali²⁴. Ciò varrebbe in particolare per il diritto penale e per il diritto processuale penale: a prescindere dall'esistenza di valori condivisi documentata dalla giurisprudenza della Corte europea per i diritti dell'uomo, la criminalizzazione di comportamenti sociali sarebbe solo in parte desumibile normativamente da valori e premesse morali condivisi a livello europeo e la decisione relativa alla punibilità di un determinato comportamento ed alla pena adeguata sarebbe affidata in misura particolare al processo decisionale democratico. Un trasferimento di poteri sovrani al di là della cooperazione intergovernativa potrebbe condurre ad una armonizzazione soltanto a determinate condizioni e in relazione a determinati fatti di rilievo transnazionale; in ogni caso, agli Stati membri dovrebbero essere lasciati sostanziali spazi di manovra²⁵.

Questi limiti costituzionali sarebbero (ancora) salvaguardati dal Trattato. La Corte a questo proposito affronta in modo particolarmente critico l'estensione delle competenze dell'Unione nel settore della giustizia penale²⁶. A prescindere dagli obblighi internazionali ed europei di criminalizzazione di determinati comportamenti, in particolare quando si tratta di fatti transnazionali, la decisione riguardo alla punibilità di un determinato comportamento richiederebbe sostanzialmente la immediata decisione democraticamente legittimata del legislatore nazionale: il diritto penale nella sua essenza non è uno strumento tecnico giuridico destinato a rendere più effettiva una cooperazione internazionale, ma garantisce la sensibile decisione sul minimo etico del diritto (cfr. anche la procedura del "freno di emergenza", ex art. 83, comma 3, TFUE)²⁷. La Corte riconosce che il trasferimento della competenza penale può essere giustificato nella misura in cui si tratti della lotta alla grave criminalità transnazionale o della repressione di reati contro i principi dell'Unione propri di uno Stato di diritto (corruzione); tuttavia, la dimensione transnazionale presupposta nell'art. 83, comma 1, TFUE non è data dal fatto che gli organi dell'Unione abbiano formato una volontà politica convergente per criminalizzare un determinato comportamento²⁸. L'interpretazione perciò necessa-

²⁴ BVerfG, *loc.ult.cit.*, n. 251.

²⁵ BVerfG, *loc.ult.cit.*, n. 253.

²⁶ BVerfG, *loc.ult.cit.*, n. 352 ss.; riguardo agli altri settori essenziali della sovranità statale, v. n. 367 ss.

²⁷ BVerfG, *loc.ult.cit.*, n. 357 s.

²⁸ BVerfG, *loc.ult.cit.*, n. 359.

riamente stretta delle competenze indicate nei Trattati si estenderebbe anche alla cooperazione penale in base al principio del reciproco riconoscimento ed al diritto processuale penale (art. 82 TFUE)²⁹. La Corte si pone in modo particolarmente scettico nei confronti della “competenza indiretta” per il ravvicinamento del diritto penale (art. 83, comma 2, TFUE); ad avviso della Corte si tratta di una ipotesi eccezionale, che sarebbe integrata soltanto quando sussista effettivamente un rilevante deficit di esecuzione in relazione alle disposizioni armonizzate e questo possa essere rimosso soltanto attraverso la minaccia di una sanzione (penale)³⁰. Ulteriori dubbi si pongono secondo la Corte rispetto alla possibilità di integrazione degli ambiti criminali citati nell’art. 83, comma 1; dato che di fatto si tratta di una estensione delle attuali competenze, un’approvazione del rappresentante tedesco nel Consiglio sarebbe ammissibile – come nel caso della generale “clausola passerella” – soltanto sulla base di una corrispondente legge di approvazione (art. 23, Abs. 1, secondo periodo, GG); inoltre, la competenza penale degli Stati membri potrebbe essere preservata non estendendo l’armonizzazione ad un intero settore delittuoso, ma limitandola ad una variante di fattispecie³¹. Da un punto di vista sostanziale, alle competenze penali vengono imposti dei limiti attraverso il principio di colpevolezza contenuto nella tutela della dignità umana (art. 1, Abs. 1, GG), che costituisce parte integrante della indisponibile identità costituzionale tedesca (art. 79, Abs. 3, GG)³². In considerazione dell’incidenza del diritto penale sulla libertà individuale, si dovrebbero stabilire requisiti particolari per la legittimazione democratica, nella misura in cui agli Stati membri vengono concessi diritti speciali attraverso il procedimento del “freno di emergenza” (art. 82, comma 3; art. 83, comma 3, TFUE); pertanto, tali diritti dovrebbero esercitarsi soltanto secondo le direttive del *Bundestag* e – se richiesto dalle disposizioni costituzionali sulla legislazione – del *Bundesrat*³³.

4. Legittimazione democratica sul piano dell’Unione

Ai sensi della clausola di garanzia strutturale (“*Struktursicherungsklausel*”) (art. 23, Abs. 1, primo periodo, GG) la partecipazione allo sviluppo dell’Unione europea presuppone che questa corrisponda a principi democratici. La

²⁹ BVerfG, *loc.ult.cit.*, n. 360.

³⁰ BVerfG, *loc.ult.cit.*, n. 362.

³¹ BVerfG, *loc.ult.cit.*, n. 363.

³² BVerfG, *loc.ult.cit.*, n. 364.

³³ BVerfG, *loc.ult.cit.*, n. 365.

Corte stabilisce i requisiti costituzionali per la struttura organizzativa e la procedura decisionale in base all'estensione dei poteri sovrani trasferiti ed al grado di autonomizzazione politica rispetto alla loro tutela: mentre in una Unione ("Verbund") di Stati sovrani, caratterizzata da tratti marcati di cooperazione intergovernativa, è sufficiente la legittimazione democratica mediata dai Parlamenti (e Governi) nazionali e integrata dal Parlamento europeo eletto in via diretta, in caso di adesione ad uno Stato federale europeo (ammissibile soltanto attraverso l'art. 146 GG) dovrebbe pretendersi il livello di legittimazione valido per un potere federativo organizzato in forma di Stato³⁴. Lo stesso vale se l'ambito di competenza, l'autonomia decisionale politica e il grado della autonoma formazione della volontà degli organi dell'Unione dovesse raggiungere un livello analogo allo Stato; una tale sproporzione tra tipo ed estensione dei poteri sovrani esercitati e misura della legittimazione democratica fonderebbe un deficit strutturale di democrazia – non più tollerabile ai sensi dell'art. 23, Abs. 1, terzo periodo, in combinato disposto con l'art. 79, Abs. 3, GG³⁵. Finché una tale sproporzione non sussiste e la disciplina europea delle competenze segue il principio di attribuzione specifica limitata, l'Unione europea non è tenuta a soddisfare queste esigenze, poiché essa esercita soltanto un potere sovrano derivato e la legittimazione democratica viene mediata in primo luogo dai Parlamenti nazionali (v. *supra* riguardo alla responsabilità per l'integrazione)³⁶.

Agli occhi della Corte il Trattato di Lisbona risponde a tali requisiti, poiché l'Unione rimane una associazione di Stati sovrani e, a fronte del trasferimento di fatto limitato di poteri sovrani, la Costituzione non impone di strutturare il sistema istituzionale europeo in modo analogo a quello statale³⁷. La Corte spiega di seguito che l'Unione, anche con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, non subisce ancora alcuna modifica che comporti un livello di legittimazione corrispondente a quello di una democrazia costituita in forma di Stato³⁸.

Il contingentamento dei mandati per il Parlamento europeo non corrisponderebbe al principio della eguaglianza del voto (stesso valore numerico e stessa probabilità di successo di ciascun voto) e determinerebbe che la maggioranza dei delegati potrebbe non rappresentare la maggioranza della popola-

³⁴ BVerfG, *loc.ult.cit.*, n. 262 s.

³⁵ BVerfG, *loc.ult.cit.*, n. 264.

³⁶ BVerfG, *loc.ult.cit.*, n. 266 s., 271 s.

³⁷ BVerfG, *loc.ult.cit.*, n. 278.

³⁸ BVerfG, *loc.ult.cit.*, n. 276 ss.

zione; in questo modo un Governo (europeo) fornito dei consueti poteri non potrebbe essere legittimato in via parlamentare, cioè democraticamente³⁹. Poiché le basi istituzionali e organizzative dell'Unione sarebbero caratterizzate dal principio della uguaglianza degli Stati, questa sarebbe "notevolmente iper-federalizzata"⁴⁰. La Corte considera contraddittorio il fatto che il Trattato di Lisbona si orienti al modello strutturale dello Stato federale, senza creare le corrispondenti basi pattizie e democratiche⁴¹. Gli elementi del Trattato di Lisbona, diretti ad un rafforzamento della legittimazione democratica (partecipazione dei Parlamenti nazionali; dialogo tra gli organi dell'Unione e i gruppi di interessi; iniziativa dei cittadini; v. art. 11 TUE), non sarebbero idonei a compensare tale deficit⁴².

II. *Analisi critica*

1. *La sovranità dello Stato come elemento costitutivo della "garanzia di eternità"*

Con la statualità della Repubblica federale tedesca garantita dalla Costituzione la Corte costituzionale⁴³ si appropria della tesi, diffusa nella dottrina pubblicistica, che concepisce lo Stato come necessario presupposto per la tutela dei principi fissati nell'art. 20, Abs. 1, GG e per tale ragione considera la rinuncia alla statualità attuata attraverso l'adesione ad uno Stato europeo federale come una violazione della garanzia di eternità (art. 79, Abs. 3, GG)⁴⁴. Si può senz'altro dubitare del fatto che il concetto di sovranità dello Stato posto dalla Corte a fondamento della propria decisione sia ancora in grado di cogliere adeguatamente il processo di integrazione. Purtroppo i modelli di "federalismo sovranazionale"⁴⁵ o di "federazione costituzionale europea"⁴⁶

³⁹ BVerfG, *loc. ult. cit.*, n. 279 ss.

⁴⁰ BVerfG, *loc. ult. cit.*, n. 288.

⁴¹ BVerfG, *loc. ult. cit.*, n. 296.

⁴² BVerfG, *loc. ult. cit.*, n. 289 ss.

⁴³ V. anche già BVerfGE 113, 273, 298 (mandato di arresto europeo).

⁴⁴ Hain, in *von Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz*, vol. 2, 5. ed., 2005, art. 79, n. 136; Hillgruber, in *Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts*, vol. II, 3^a ed., 2004, § 32 n. 41, 108; Isensee, *ivi*, § 15 n. 198; Kirchhof, *ivi*, § 21 n. 84.

⁴⁵ *Von Bogdandy, Supranationaler Föderalismus als Wirklichkeit und Idee einer neuen Herrschaftsform*, 1999.

⁴⁶ Pernice, *VVDStRL*, 60, 2001, 148, 163 ss.; Calliess, in *Calliess/Ruffert, EUV/EGV*, 3^a ed., 2007, art. 1 EUV, n. 36 ss.

elaborati in dottrina vengono citati solo marginalmente, tanto meno discussi⁴⁷. Indugiando la Corte sulla tradizionale dicotomia Stato federale – Unione di Stati, lo sguardo viene spostato troppo presto sul risvolto della perdita della propria sovranità e diviene impossibile una differenziata valutazione sul piano del diritto costituzionale delle possibili modalità di rinuncia alla sovranità⁴⁸. La Corte evita di discutere tale questione deducendo la garanzia della sovranità statale dal principio democratico (autodeterminazione del popolo tedesco), senza approfondire la vicina questione se e in quale misura si potrebbe rispettare il principio democratico anche attraverso elezioni e votazioni in uno Stato federale europeo. La concezione olistica (“statalistica”) della democrazia riferita al popolo tedesco guadagna superiorità sulla concezione, formulata in modo altrettanto enfatico nella sentenza, individualistica della democrazia, che assume come punto di partenza il singolo cittadino, i cui diritti democratici di partecipazione non sono necessariamente limitati allo Stato tedesco⁴⁹.

La Corte contrappone allo stesso tempo il principio democratico al legislatore (democraticamente legittimato) che modifichi la Costituzione, per limitare i suoi poteri⁵⁰. L’annullamento delle leggi di esecuzione (*Begleitgesetze*) del Trattato di Lisbona poggia su una diffidenza nei confronti del legislatore parlamentare, che ha trovato espressione già nella sentenza relativa al mandato di arresto europeo⁵¹. In questo modo, tuttavia, l’equilibrio istituzionale tra legislatore in sede di revisione costituzionale e giurisdizione costituzionale viene notevolmente disturbato, poiché la decisione riguardo a (ulteriori) trasferimenti di competenze all’Unione europea viene sottratta al processo politico e consegnata alla verifica da parte della Corte costituzionale⁵². Conseguenza di

⁴⁷ Ruffert, *DVBL*, 2009, 1197, 1198 s.; Terhechte, *EuZW*, 2009, 724, 728; cfr. BVerfG, *loc. ult. cit.*, n. 347, riguardo ai paralleli storici con la nascita dello Stato federale tedesco indicati da Schönberger, *Unionsbürger*, 2005, 110 ss.

⁴⁸ Cfr. Herdegen, in Maunz/Dürig, *Grundgesetz*, art. 79, n. 162.

⁴⁹ V. in merito, Kottmann/Wöhlfahrt, *ZaöRV*, 69, 2009, 443, 444 ss., 448 s.

⁵⁰ Meyer, *NStZ*, 2009, 657, 659.

⁵¹ BVerfGE 113, 273, 315: la Corte ha dichiarato nulli non soltanto i voti impugnati con il ricorso costituzionale, ma l’intera legge di conversione, per consentire al legislatore (sic!) di decidere “in libertà normativa” riguardo alla riformulazione della legge; v. per una critica il parere dissenziente del giudice Gerhardt, BVerfGE 113, 273, 339, 345; Böse, in Grützner/Pötz/Kreß, *Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen*, 3. ed., pre § 78 IRG, n. 18, con ulteriori riferimenti.

⁵² Nettesheim, *NJW*, 2009, 2867, 2868 s.; Schönberger, *German Law Journal*, vol. 10, 2009, 1201, 1208 s.

questa concezione è che il Governo e il Parlamento, in virtù del loro vincolo all'ordinamento costituzionale, non possono aspirare ad una adesione ad uno Stato federale europeo, ma piuttosto la devono impedire con forza⁵³. Un partito politico che persegua una tale adesione minaccia l'esistenza della Repubblica federale tedesca e correrebbe il rischio di essere proibito in quanto contrario alla Costituzione (art. 21, Abs. 2, GG)⁵⁴. Il perseguimento di un obiettivo politico, che per decenni era radicato nel programma di partito della CDU⁵⁵, rientrerebbe così nella sfera dell'alto tradimento (§ 81 in combinato disposto con il § 92, Abs. 1, StGB)⁵⁶. La "garanzia di eternità" (art. 79, Abs. 3, GG), che dovrebbe fornire una tutela rispetto alla reintroduzione di un regime totalitario, diviene una norma di difesa contro uno Stato federale europeo⁵⁷.

Non è oggi possibile prevedere se si arriverà alla costituzione di uno Stato federale europeo. L'interrogativo se dal punto di vista della Germania questo obiettivo debba essere perseguito dovrà essere discusso politicamente al momento opportuno e non può essere tabuizzato mediante un riferimento alla Costituzione. Ci possono essere buone ragioni per far dipendere un tale passo, in quanto decisione basilare sui fondamenti dell'ordinamento costituzionale, da una votazione popolare (art. 146 GG); tale questione rimane tuttavia al di fuori dell'ambito di disciplina della "garanzia di eternità" (art. 79, Abs. 3, GG)⁵⁸. Si potrebbe ora rilevare che questi interrogativi sono di natura puramente accademica, finché l'istituzione di uno Stato federale europeo non sia posta all'ordine del giorno. La scottante attualità di questa sentenza è data tuttavia dal fatto che la Corte non delimita l'ambito di applicazione dell'art. 79, Abs. 3, GG all'adesione ad uno Stato federale europeo, ma lo estende anche all'ampio processo di autonomizzazione del potere politico attraverso l'Unione europea (v. *supra* II.1.). Poiché la Corte definisce i limiti costituzionali

⁵³ Così, Hillgruber/Gärditz, *JZ*, 2009, 872, 876.

⁵⁴ Hillgruber/Goos, *Verfassungsprozessrecht*, 2ª ed., 2006, n. 706; *contra*, Klein, in Maunz/Dürig, art. 21, n. 523, con ulteriori riferimenti; riguardo alle ulteriori condizioni di un *Parteiverbot*, in particolare di una "condotta attivamente combattiva, aggressiva", v. BVerfGE 5, 85, 141 s. (proibizione del KPD).

⁵⁵ V. il riferimento in *von Bogdandy*, *NJW*, 2010, 1, 2.

⁵⁶ Tuttavia, sarebbe punibile come alto tradimento contro la federazione (§ 81 StGB) soltanto una condotta commessa con violenza o minaccia.

⁵⁷ *Von Bogdandy*, *NJW*, 2010, 1, 2; Halberstam/Möllers, *German Law Journal*, vol. 10, 2009, 1241, 1254; Schönberger, *German Law Journal*, vol. 10, 2009, 1201, 1208; critico anche Pache, *EuGRZ*, 2009, 285, 296; v. *contra*, Hillgruber/Gärditz, *JZ*, 2009, 872, 875; Schorkopf, *EuZW*, 2009, 718, 719.

⁵⁸ Dreier, in Dreier, *Grundgesetz*, vol. 2, 2ª ed., 2006, art. 79, comma 3, n. 57.

(assoluti!) del processo di integrazione, le decisioni basilari riguardo alla prosecuzione del processo di integrazione vengono sottratte alle istanze politiche che sono in primo luogo a ciò deputate (nonché democraticamente legittimate)⁵⁹. La Corte ricava dall'art. 79, Abs. 3, GG non soltanto concrete direttive per la partecipazione del *Bundestag* e del *Bundesrat* alla emanazione del diritto secondario dell'Unione⁶⁰, ma anche direttive per lo *status* di membro (nonché eventualmente per la rinuncia a questo condizionata al diritto dell'Unione) all'interno della organizzazione mondiale del commercio (OMC)⁶¹. Nella dottrina penalistica le argomentazioni della Corte riguardo al principio di colpevolezza vengono interpretate in modo tale che l'introduzione di sanzioni penali per le persone giuridiche sarebbe inammissibile per ragioni costituzionali⁶². Se si seguisse questa interpretazione⁶³, l'introduzione in Germania della pena societaria (*Verbandsstrafe*) sarebbe vietata allo stesso legislatore in sede di revisione costituzionale. L'unico modo per superare i (supposti) limiti tracciati dalla Corte consisterebbe nella abrogazione della Costituzione mediante violenza rivoluzionaria⁶⁴.

2. Dottrina sulle funzioni dello Stato e riserve di competenza

Il vincolo del principio democratico alla forma statale, ritenuto necessario dalla Corte, prosegue nel postulato di una sufficiente autonomia decisionale del legislatore nazionale. La Corte non si accontenta pertanto di fornire indicazioni generali, ma definisce gli ambiti essenziali per l'autonomia democratica dello Stato costituzionale, nei quali un trasferimento di poteri sovrani è ammissibile soltanto entro ristretti limiti⁶⁵. Poiché questi settori politici dipendono in modo particolare da concezioni culturali, linguistiche e storiche, a livello europeo non vi sarebbe una risposta sufficiente⁶⁶.

⁵⁹ Schönberger, *German Law Journal*, vol. 10, 2009, 1201, 1210.

⁶⁰ Cfr. Pache, *EuGRZ*, 2009, 285, 295.

⁶¹ BVerfG, *loc.ult.cit.* (nota 1), n. 372 ss., 375; critici, Halberstam/Möllers, in *German Law Journal*, vol. 10 (2009), 1241, 1246; Nettesheim, *NJW*, 2009, 2867, 2868; Terhechte, *EuZW*, 2009, 724, 730.

⁶² Zimmermann, *Jura*, 2009, 844, 851; v. anche Meyer, *NStZ*, 2009, 657, 660.

⁶³ In senso contrario depone, in particolare, il collegamento con la dignità dell'uomo sottolineato in motivazione (art. 79, Abs. 3, in combinato disposto con l'art. 1, Abs. 1 GG) e che non può spettare ad una federazione.

⁶⁴ Nettesheim, *NJW*, 2009, 2867, 2868 s.

⁶⁵ BVerfG, *loc.ult.cit.* (nota 1), n. 249, 251 s.

⁶⁶ Schorkopf, *EuZW*, 2009, 718, 721; v. anche Hillgruber/Gärditz, *JZ*, 2009, 872, 879 s.

Con questo riferimento alle condizioni effettive della legittimazione democratica (v. al riguardo *infra* 3), la dottrina delle funzioni dello Stato formulata dalla Corte viene motivata in modo insufficiente⁶⁷. L'enumerazione degli ambiti essenziali resistenti alla integrazione sembra a prima vista plausibile, ma ad una osservazione più attenta si dimostra poco convincente. Così, in relazione agli "ambiti che reggono lo Stato"⁶⁸ (cittadinanza, potere di bilancio, monopolio del potere civile e militare) si pone la questione relativa alla inclusione del sistema monetario⁶⁹, che secondo la concezione tradizionale rientra tra le funzioni esclusive dello Stato⁷⁰. Gli ambiti determinanti per l'identità culturale (lingua, educazione e istruzione)⁷¹ non appartengono invece alle funzioni esclusive, ma a quelle concorrenti dello Stato – ovvero a quelle che non sono affidate solo allo Stato⁷². Utilizzando il criterio della identità (culturale, storica) sarebbe stato opportuno considerare anche il diritto civile come ambito nazionale essenziale, posto che il codice civile rappresenta certamente una delle codificazioni centrali dopo la nascita dello Stato nazionale tedesco⁷³. Il collegamento ai modelli culturali, linguistici e storici si rivela in questo quadro poco utilizzabile, poiché questi sono rintracciabili anche in settori che già da molto tempo sono stati toccati dal processo di integrazione; si pensi soltanto alla norma sulla purezza per la birra ("*Reinheitsgebot*") secondo il diritto tedesco⁷⁴. L'enumerazione selettiva delle funzioni statali essenziali è pertanto puramente funzionale al risultato ed è dovuta alla preoccupazione di preservare le competenze degli Stati membri che finora sono state risparmiate dal processo di integrazione, definite ampiamente resistenti

⁶⁷ V. la corrispondente critica in *von Bogdandy, NJW*, 2010, 1, 3; *Halberstam/Möllers, German Law Journal*, vol. 10, 2009, 1241, 1250; *Kottmann/Wohlfahrt, ZaöRV*, 443, 461; *Ruffert, DVBl*, 2009, 1197, 1204; *Schönberger*, in *German Law Journal*, vol. 10, 2009, 1201, 1209.

⁶⁸ *Hillgruber/Gärditz, JZ*, 2009, 872, 879.

⁶⁹ V. riguardo alle funzioni esclusive e concorrenti dello Stato, *Isensee*, in *Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts*, vol. IV, 3ª ed., 2006, § 73, n. 26, con riferimento a *Jellinek, Allgemeine Staatslehre*, 3. ed., 1914, 255 ss.

⁷⁰ V. la corrispondente critica in *Halberstam/Möllers, German Law Journal*, vol. 10, 2009, 1241, 1250; *Schönberger, German Law Journal*, vol. 10, 2009, 1201, 1209.

⁷¹ Cfr. *Hillgruber/Gärditz, JZ*, 2009, 872, 879 s.

⁷² *Isensee, loc.ult.cit.* (nota 66). Lo stesso vale per il settore della "previdenza esistenziale" (*Daseinsvorsorge*) (*Isensee, loc.ult.cit.*), nella misura in cui il BVerfG (*loc.ult.cit.*, n. 257 ss.) considera anche la gestione dell'ordinamento sociale una funzione statale essenziale.

⁷³ *Halberstam/Möllers, German Law Journal*, vol. 10, 2009, 1241, 1250.

⁷⁴ V. riguardo alla anti giuridicità comunitaria (art. 34 TFUE, ex-art. 28 TUE), CGCE, causa 178/84 (Commissione Germania), Racc. 1987, 1227 ss.

all'integrazione (*integrationsfest*)⁷⁵.

Questa critica sostanziale vale anche e soprattutto per il diritto penale e per il diritto processuale penale. La Corte riconosce espressamente che l'incorporamento della Repubblica federale tedesca nell'ordinamento internazionale può limitare la libertà di azione del legislatore tedesco e obbligarlo a punire la violazione di norme internazionali⁷⁶. Facendo riferimento a questo proposito al diritto penale internazionale, la Corte nasconde la circostanza rilevante che la punibilità dei più importanti crimini internazionali (*Kernverbrechen*) deriva direttamente dal diritto (penale) internazionale⁷⁷. Tale pretesa punitiva della comunità internazionale, indipendente dalla legislazione nazionale, si lascia integrare solo a fatica nel modello di potestà penale derivato dagli Stati utilizzato dalla Corte costituzionale⁷⁸. La selettività del ricorso al diritto penale quale ambito statale essenziale si traduce nel fatto che la Corte non prende per nulla in considerazione le numerose influenze del diritto comunitario sul diritto penale degli Stati membri. Così, non viene menzionato il fatto che la potestà penale nazionale incontra notevoli limiti nelle libertà fondamentali e nel diritto comunitario secondario⁷⁹. Come dimostra l'esempio della intermediazione nelle scommesse sportive, il primato del diritto comunitario può escludere l'applicazione di disposizioni penali interne (cfr. § 284 StGB)⁸⁰. Il primo Senato della Corte costituzionale tedesca ha espressamente riconosciuto questa giurisprudenza della Corte di giustizia, senza problematizzare la questione della invasione nella potestà penale statale⁸¹. Per tutelare le competenze del legislatore nazionale la riserva di sovranità di diritto penale avrebbe dovuto essere estesa anche ai divieti di criminalizzazione di diritto europeo⁸². Da questa prospettiva si dimostra allo stesso tempo quanto fragile sia l'argomentazione della Corte, nella misura in cui poggia sulla intensità dell'intervento propria della sanzione penale, senza considerare le influenze liberaliz-

⁷⁵ Halberstam/Möllers, *German Law Journal*, vol. 10, 2009, 1241, 1250; Schönberger, *German Law Journal*, vol. 10, 2009, 1201, 1209.

⁷⁶ BVerfG, *loc.ult.cit.* (nota 1), n. 357.

⁷⁷ V. in merito, Werle, *Völkerstrafrecht*, 2ª ed., 2007, n. 81, 85, con ulteriori riferimenti.

⁷⁸ Meyer, *NStZ*, 2009, 657, 661.

⁷⁹ Folz, *ZIS*, 2009, 427 s.; Meyer, *NStZ*, 2009, 657, 661; Ruffert, *DVBl* 2009, 1197, 1207.

⁸⁰ CGCE, causa C-243/01 (Gambelli), Racc. 2003, I-13031 n. 72; cause riunite C-338/04, 359/04 e 360/04 (Placanica et al.), Racc. 2007, I-1891 n. 68 ss.

⁸¹ BVerfGE 115, 276, 316 s.; *NVwZ*, 2005, 1303, 1304.

⁸² Cfr., ad es., le riserve di Irlanda e Malta rispetto alle disposizioni penali interne sull'interruzione volontaria della gravidanza; al riguardo, v. Böse, in Merli/Huster, *Die Verträge zur Osterweiterung* (2008), 461, 478 s.

zanti del diritto dell'Unione europea sul diritto penale nazionale⁸³.

Ora si deve ammettere che in tempi recenti l'evoluzione politico-normativa è stata determinata prevalentemente da obblighi di diritto europeo di introdurre (o estendere) disposizioni penali⁸⁴. Non stupisce pertanto che la Corte affronti nelle sue argomentazioni anche il conseguente nesso tra la questione della competenza della Comunità o dell'Unione europea e quella della giustificazione materiale della pena (statale). La concezione liberale, che viene opposta alla competenza penale dell'Unione, si trova tuttavia in singolare contrasto con la fiducia dimostrata al legislatore nazionale, quando la Corte osserva che quest'ultimo è "sostanzialmente libero" nella decisione se tutelare un bene giuridico con lo strumento penale⁸⁵. I ridotti requisiti materiali che la Corte pone per la giustificazione materiale della pena quale invasione nei diritti fondamentali, contrastano con il significato che essa attribuisce alla legittimazione (procedurale) democratica della legge penale. L'ulteriore riferimento alle basi storiche e culturali dell'ordinamento penale nazionale ottiene in questo quadro una patente legittimante, che echeggia anche nell'ultima decisione emanata dal medesimo Senato sulla punibilità dell'incesto (§ 173 StGB)⁸⁶. Il riferimento a modelli culturali di comportamento è tuttavia insufficiente per una giustificazione materiale delle norme penali e risulta pertanto poco convincente anche in relazione alla questione della competenza⁸⁷. Inoltre, a fronte della progressiva penetrazione del diritto penale nel diritto europeo e internazionale, si può a buon diritto dubitare che esso possa ancora considerarsi genuina espressione della cultura penale nazionale⁸⁸.

In definitiva, va contraddetta l'opinione della Corte costituzionale, secondo cui con il Trattato di Lisbona verrebbero "notevolmente estese" le competenze dell'Unione in campo penale⁸⁹. Per il momento la Corte riconosce ancora espressamente che, sulla base della giurisprudenza della Corte di giustizia, la competenza indiretta (art. 83, comma 2, TFUE) non vada oltre lo *status quo*,

⁸³ V. al riguardo, *Jens, Der nationale Strafrechtsanwender unter dem Einfluss des Europäischen Gemeinschaftsrechts* (2006), 42 ss.

⁸⁴ V. pertanto le numerose decisioni quadro ai sensi dell'art. 31, comma 1, TUE versione precedente; v. i riferimenti in *Böse*, in *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, Nomos Kommentar zum StGB*, 3. ed. (2010), pre § 3 n. 4.

⁸⁵ V. BVerfG, *loc.ult.cit.* (nota 1), n. 356.

⁸⁶ BVerfGE 120, 224, 243, 248.

⁸⁷ *Braum, ZIS*, 2009, 418, 423, 424.

⁸⁸ *Meyer, NStZ*, 2009, 657, 662.

⁸⁹ BVerfG, *loc.ult.cit.* (nota 1), n. 352.

ma essa vi intravede poco dopo una “rilevante estensione della competenza in materia penale rispetto alla situazione giuridica finora vigente”⁹⁰. A prescindere dall’attribuzione della competenza ad istituire una procura europea (art. 86 TFUE), l’ambito materiale delle precedenti competenze non viene ampliato, se si ritiene, in accordo con l’opinione dominante, che l’elencazione degli ambiti indicati negli artt. 30 e 31 TUE non abbia determinato in via definitiva l’estensione delle competenze dell’Unione⁹¹. Sulla base di questa interpretazione il Consiglio ha emanato una serie di atti che riguardano non soltanto il diritto penale, ma anche il diritto processuale penale⁹², senza che ciò sia stato finora censurato dalla Corte costituzionale⁹³. Il significato delle nuove regolamentazioni consiste soprattutto nel fatto che la cooperazione penale è stata “sovrannazionalizzata”. Nonostante le connesse conseguenze per l’esercizio delle corrispondenti competenze, il loro ambito non viene complessivamente esteso, ma piuttosto limitato attraverso una disciplina più precisa e definitiva (v. *infra* III.1.)⁹⁴. Ciò vale non solo per il contenuto (determinazione sostanzialmente tassativa degli ambiti delittuosi che devono essere armonizzati, v. art. 83, comma 1, TFUE; v. anche art. 82, comma 2, secondo periodo, TFUE), ma anche per le tipologie di condotta (direttiva, v. art. 82, comma 2; art. 83, commi 1 e 2, TFUE), la procedura (estensione del “procedimento del freno di emergenza” alla competenza indiretta, v. art. 88, comma 3) e le riserve nazionali (nessun esercizio di poteri coercitivi da parte dell’Europol, v. art. 88, comma 3, secondo periodo). Ciò conduce al risultato paradossale che la richiesta, sollevata dopo la decisione della Corte, di recuperare il “terreno perduto”⁹⁵ attraverso la revoca di atti giuridici già emanati, non può essere soddisfatta semplicemente in base alle restrizioni di competenza entrate in vigore. Così, la decisione quadro sulla lotta al razzismo e alla xenofobia⁹⁶ non

⁹⁰ BVerfG, *loc.ult.cit.* (nota 1), n. 352, 361.

⁹¹ Avvocato generale Kokott, in CGCE, causa C-105/03 (Pupino), Racc. 2005, I-5289 n. 50; Böse, in Schwarze, *EU-Kommentar*, 2. ed. (2009), art. 30 TUE, n. 1, art. 31, n. 1, 3, con ulteriori riferimenti.

⁹² V. i riferimenti in Böse, in Schwarze, *EU-Kommentar*, art. 31, TUE, n. 5 ss., 9 s.

⁹³ V. in generale riguardo agli artt. 29 ss. TUE, BVerfGE 113, 273, 297 s., 300 s.; per la giurisprudenza della CGCE riguardo alla interpretazione conforme alla decisione quadro, v. BVerfG, in *StV*, 2006, 541 s.

⁹⁴ V. per la corrispondente critica della argomentazione della Corte costituzionale, *Ambos/Rackow*, *ZIS*, 2009, 397, 404; *Heger*, *ZIS*, 2009, 406, 413; *Suhr*, *ZEuS*, 2009, 687, 705 s.

⁹⁵ *Hillgruber/Gärditz*, *JZ*, 2009, 872, 879.

⁹⁶ Decisione quadro 2008/913/JI del Consiglio del 28 novembre 2008, GUCE L 328 del 9 dicembre 2008, 55.

potrebbe essere annullata sulla base delle competenze stabilite dall'art. 83, comma 1, TFUE, ma richiederebbe una decisione del Consiglio per l'ampliamento delle competenze dell'Unione europea (art. 83, comma 1, terzo e quarto periodo, TFUE)⁹⁷.

3. Legittimazione democratica a livello europeo

Per la legittimazione democratica dell'Unione europea la decisione punta in prima linea sui Parlamenti nazionali, mediante il rafforzamento della loro influenza sui negoziati all'interno del Consiglio. Va salutato con favore⁹⁸ il fatto che non sia stata riproposta la concezione adottata nella sentenza sul mandato di arresto europeo, secondo la quale può essere garantita una sufficiente legittimazione democratica lasciando al Parlamento nazionale il potere politico di decisione riguardo alla esecuzione delle direttive europee – in caso anche attraverso il rifiuto dell'esecuzione⁹⁹. Il maggiore coinvolgimento dei Parlamenti nazionali è un obiettivo essenziale del Trattato di riforma: tuttavia, la Corte va al di là della disciplina ivi contenuta e per le “clausole passerella” e per i procedimenti per la revisione semplificata del Trattato adduce requisiti per l'approvazione che sono compatibili a malapena con il diritto primario pattizio¹⁰⁰. La “nobile assolutizzazione” della Costituzione¹⁰¹, avvenuta per tutelare la legittimazione democratica, nasconde allo stesso tempo il pericolo di paralizzare le procedure decisionali a livello europeo. A fronte del compito costituzionale indicato dall'art. 23 GG e della “*Europafreundlichkeit*” della Costituzione, evidenziata dalla stessa Corte, non convince una interpretazione che – qualora le Corti costituzionali degli altri 26 Stati membri deducessero dai rispettivi testi costituzionali un analogo diritto di partecipazione dei propri Parlamenti nazionali – porterebbe a pregiudicare il funzionamento dei meccanismi previsti nel Trattato¹⁰². Questo rilievo critico non mette in alcun

⁹⁷ Suhr, *ZEuS*, 2009, 687, 699. Come alternativa si dovrebbe pensare di utilizzare la competenza indiretta secondo l'art. 83, comma 2, in combinato disposto con l'art. 19, comma 1, TFUE; anche ciò presuppone tuttavia una decisione unanime del Consiglio.

⁹⁸ V. già la convincente critica nel parere dissenziente del giudice *Lübbe-Wolff*, BVerfGE 113, 273, 336.

⁹⁹ BVerfGE 113, 273, 301.

¹⁰⁰ Von Bogdandy, *NJW*, 2010, 1, 3; Classen, *JZ*, 2009, 881, 885 s.; Kottmann/*Wohlfahrt*, *ZaöRV*, 69 (2009), 443, 457. Hillgruber/*Gärditz*, *JZ*, 2009, 872, 878, hanno per questo motivo richiesto una corrispondente riserva di interpretazione.

¹⁰¹ Oppermann, *EuZW*, 2009, 473.

¹⁰² V. riguardo al principio di generalizzazione come parametro della interpretazione costi-

modo in questione la prospettiva costituzionale della disamina¹⁰³, ma indica soltanto la necessità di una interpretazione della Costituzione che sia in grado di accordarsi con il processo di integrazione. Inoltre, non si può trascurare il fatto che la posizione del Governo federale nei negoziati del Consiglio viene indebolita da un vincolo alla posizione stabilita o che ancora deve essere elaborata dal *Bundestag* (o eventualmente dal *Bundesrat*)¹⁰⁴. Ciò può sembrare accettabile finché l’emanazione di un atto presupponga l’unanimità, ma diviene rischioso dopo il passaggio alla votazione a maggioranza attuato sostanzialmente anche nella cooperazione penale: una posizione negoziale non flessibile aumenta il pericolo che la Repubblica federale tedesca venga messa in minoranza e che i diritti di partecipazione del *Bundestag* tedesco diventino inefficaci. In questo modo divengono evidenti i limiti di una legittimazione democratica attraverso i Parlamenti nazionali: il passaggio al voto a maggioranza conduce alla rottura della catena di legittimazione, se la Repubblica federale tedesca viene messa in minoranza nel Consiglio¹⁰⁵. Le direttive della Corte riguardo al meccanismo del “freno di emergenza” (art. 82, comma 3; art. 3, comma 3, TFUE) non escludono tale pericolo, poiché il rappresentante tedesco nel Consiglio deve esercitare tale diritto soltanto su indicazione del *Bundestag*¹⁰⁶, ma non è tenuto a esercitarlo ogni volta che la Repubblica federale tedesca rischia di essere messa in minoranza nel Consiglio¹⁰⁷.

Questi deficit sollevano la questione se e in quale misura il Parlamento europeo possa contribuire alla legittimazione democratica della produzione legislativa a livello europeo. La Corte costituzionale tedesca nega questa possibilità, assegnando al Parlamento europeo una funzione meramente integrativa,

tuzionale, *von Bogdandy, NJW*, 2010, 1; con riferimento al corrispondente problema nell’esercizio di una competenza di verifica attraverso i tribunali costituzionali nazionali, *von Bogdandy, NJW*, 2010, 1, 5; *Pache, EuGRZ*, 2009, 285, 297.

¹⁰³ V. però la corrispondente critica di *Ambos/Rackow, ZIS*, 2009, 397, 400; *contra*, v. *von Bogdandy, NJW*, 2010, 1, 4.

¹⁰⁴ *Von Bogdandy, NJW*, 2010, 1, 5.

¹⁰⁵ *Meyer, NStZ*, 2009, 657, 661, il quale giustamente considera poco convincente la via d’uscita, rimasta in questo caso l’unica fonte di legittimazione democratica tramite i Parlamenti nazionali, rappresentata dalla legge di approvazione che autorizza il passaggio alla decisione a maggioranza.

¹⁰⁶ BVerfG, *loc.ult.cit.* (nota 1), n. 418.

¹⁰⁷ V. al riguardo, *infra* III.2. Anche se si dovesse ammettere un obbligo generale di avviare il procedimento del “freno di emergenza”, finché il *Bundestag* non vi rinunci espressamente, nel quadro dell’art. 82, comma 1, TFUE, potrebbe comunque accadere che il governo tedesco venga battuto nel Consiglio.

ma allo stesso tempo sottolinea che in questo modo non è possibile raggiungere il livello di legittimazione proprio di un Parlamento nazionale. Per sostenere – sulla base delle precedenti considerazioni relative ai Parlamenti nazionali – la sufficiente legittimazione democratica attraverso il Parlamento europeo, non ci sarebbe stato bisogno di queste argomentazioni. Queste si spiegano piuttosto con il fatto che il livello di legittimazione, secondo la Corte insufficiente, costituisce una ragione ulteriore per rafforzare i Parlamenti nazionali. Per converso, una valorizzazione del Parlamento europeo come fonte di legittimazione democratica rappresenta una minaccia per la sovranità, costituzionalmente garantita, della Repubblica federale tedesca¹⁰⁸, che fa apparire indesiderabile una ulteriore democratizzazione dell'Unione¹⁰⁹. L'Unione viene così esposta ad esigenze costituzionali tra loro contrastanti, che non è in grado di soddisfare: se vengono poste le condizioni per un livello di legittimazione proprio di una democrazia statale, si avvia, sulla base della connessa autonomizzazione delle procedure decisionali politiche, il passaggio ad uno Stato federale europeo – costituzionalmente inammissibile¹¹⁰. In questo modo, il processo di integrazione non viene solamente “decelerato”, ma posto su un binario morto.

Le argomentazioni della Corte costituzionale riguardo alla legittimazione democratica fornita dal Parlamento europeo non convincono neppure sotto il profilo del contenuto. Rispetto al principio della eguaglianza del voto la Corte pone delle condizioni alla legittimazione democratica, che neppure gli Stati federali riescono a soddisfare. La Corte riconosce espressamente che il principio della proporzionalità decrescente viene osservato anche negli Stati federali nella composizione della seconda Camera (tra gli altri del *Bundesrat* tedesco), ma sottolinea che queste Camere non costituiscono un Parlamento eletto dal popolo¹¹¹. Questa obiezione è tuttavia debole, poiché il *Bundesrat* è titolare di ampi diritti di partecipazione alla legislazione; in particolare, la formazione di una legge richiede in molti casi l'approvazione del *Bundesrat*¹¹². Le pretese

¹⁰⁸ Halberstam/Möllers, *German Law Journal*, vol. 10 (2009), 1241, 1252.

¹⁰⁹ Kottmann/Wohlfahrt, *ZaöRV*, 69 (2009), 443, 453.

¹¹⁰ Halberstam/Möllers, *German Law Journal*, vol. 10 (2009), 1241, 1251 f.; Schönberger, *German Law Journal*, vol. 10 (2009), 1201, 1210; Terhechte, *EuZW*, 2009, 724, 729.

¹¹¹ BverfG, *loc.ult.cit.* (nota 1), n. 287. Tuttavia, il *Bundesrat* viene in seguito (n. 407) definito come parte del Parlamento nazionale; v. la corrispondente critica in Halberstam/Möllers, *German Law Journal*, vol. 10 (2009), 1241, 1248.

¹¹² V., tra gli altri, gli artt. 16a, Abs. 2, secondo periodo, e Abs. 3, primo periodo; 29, Abs. 7, primo periodo; 72, Abs. 2, secondo periodo; 73, Abs. 2; 74, Abs. 2; 84, Abs. 1, terzo e sesto periodo, Abs. 2 e 5; 85, Abs. 1, primo periodo, Abs. 2, primo periodo; 87d, Abs. 2, C.G.

rivolte alla legittimazione democratica e con ciò alla composizione del *Bundesrat* quale seconda Camera non dovrebbero perciò essere in nessun caso inferiori rispetto a quelle rivolte al *Bundestag*. Applicando in modo coerente il parametro elaborato dalla Corte costituzionale si giungerebbe pertanto al risultato che la partecipazione del *Bundesrat* alla legislazione federale non sarebbe sufficientemente legittimata democraticamente e anche la Repubblica federale tedesca sarebbe quindi “iperfederalizzata”¹¹³. Inoltre, l’esempio di altri Stati federali dimostra che del principio della uguaglianza federativa degli Stati membri si tiene conto in parte anche nella composizione della prima Camera: così, nelle Costituzioni della Svizzera e degli Stati Uniti è previsto che ogni Stato membro debba essere rappresentato da almeno un delegato indipendentemente dal numero della sua popolazione¹¹⁴. Nel Regno Unito la legge elettorale per la Camera bassa stabilisce un contingentamento dei seggi che si allontana dal principio della eguaglianza del voto come nella composizione del Parlamento europeo¹¹⁵. Sulla base di questo parallelo non si rivela convincente la conclusione della Corte, che il Parlamento europeo non rappresenta il popolo europeo, ma i popoli d’Europa¹¹⁶. Nella misura in cui la Corte sottolinea che il diritto di voto al Parlamento europeo si collega alla cittadinanza nazionale, la configurazione giuridica del diritto di voto viene misconosciuta, poiché essa si collega alla residenza del cittadino dell’Unione europea (art. 22, comma 3, TFUE; art. 19, comma 2, TUE prev.); così, uno spagnolo abitante in Grecia può esercitare il diritto elettorale attivo e passivo per la quota greca¹¹⁷. Neppure in questo contesto il binomio contrapposto Unione di Stati – Stato federale è in grado di comprendere in modo adeguato la totalità dei cittadini rappresentati nel Parlamento europeo¹¹⁸.

¹¹³ Halberstam/Möllers, *German Law Journal*, vol. 10 (2009), 1241, 1248; Schönberger, *German Law Journal*, vol. 10 (2009), 1201, 1212.

¹¹⁴ Schönberger, *Unionsbürger* (2005), 503 s., con riferimento all’art. I, § 2, terzo periodo della Costituzione americana e all’art. 149, comma 4, della Costituzione federale svizzera; v. anche l’ulteriore riferimento (*loc. ult. cit.*, in nota 64) alla corrispondente composizione del collegio elettorale nelle elezioni presidenziali negli Stati Uniti.

¹¹⁵ V. Classen, *JZ*, 2009, 881, 883, secondo cui l’Inghilterra è rappresentata da 529 delegati per 50 milioni di abitanti e il Wales da 40 delegati per 2,9 milioni di abitanti. Un delegato inglese rappresenta dunque 94.000 e un gallese 72.000 elettori.

¹¹⁶ BVerfG, *loc. ult. cit.* (nota 1), n. 286.

¹¹⁷ Classen, *JZ*, 2009, 881, 883; Halberstam/Möllers, *German Law Journal*, vol. 10 (2009), 1241, 1248 s.

¹¹⁸ Cfr. Classen, *JZ*, 2009, 881, 883 (rappresentazione di una “Unione di popoli”).

Più rilevante è l'obiezione sollevata altrove dalla Corte, che a livello europeo manchi una opinione pubblica efficiente quale necessario presupposto per un processo decisionale democratico¹¹⁹. Di fatto, non si può ignorare che temi politici vengano ancora considerati e discussi prevalentemente dalla prospettiva nazionale e che alla nascita di un'opinione pubblica europea si frappongono notevoli ostacoli, primo fra tutti la varietà linguistica¹²⁰. Questi deficit non dovrebbero tuttavia spostare l'attenzione sul fatto che lo Stato democraticamente costituito dipende dalla opinione pubblica e dalla intermediazione di interessi quali presupposti per una democrazia efficiente, ma che non è in grado di garantirli giuridicamente¹²¹. Democrazia è piuttosto un concetto normativo, che presuppone soltanto la capacità di una comunità politica di formare una volontà comune¹²². Un *demos* europeo che soddisfi queste esigenze si può riconoscere sulla base di valori condivisi, nonostante gli accertati deficit come comunità politica (cfr. art. 6 TUE)¹²³. Le ulteriori condizioni extragiuridiche per una democrazia efficiente non sono – da un punto di vista giuridico – presupposti di un potere democraticamente legittimato, ma devono essere formate nell'ambito di questa¹²⁴. Nella prospettiva del diritto costituzionale la evocata “stanchezza verso l'Europa”¹²⁵ dei cittadini non è in grado di giustificare un deficit di legittimazione, così come non lo è il deplorato “malumore politico” a livello nazionale. A favore di una tale concezione, basata sulla capacità di evoluzione della rispettiva cultura democratica, depone anche l'esperienza storica del fatto che la nazione, ovvero il popolo quale comunità politica, è nata dallo Stato¹²⁶. Infine, la stessa Corte costituzionale parte dal presupposto che finora l'orientamento della discussione politico-criminale a livello nazionale non si oppone per principio ad un trasferimento di competenze penali all'Unione, ma definisce soltanto l'ambito delle competenze trasferite¹²⁷. Con ciò si riconosce in definitiva che, se viene meno la legitti-

¹¹⁹ BVerfG, *loc.ult.cit.* (nota 1), n. 250 s.

¹²⁰ V. già Grimm, *JZ*, 1995, 581, 587 ss.

¹²¹ Grimm, *JZ*, 1995, 581, 587.

¹²² Möllers, *Demokratie - Zumutungen und Versprechen* (2008), 12; *Id.*, *Gewaltengliederung* (2005), 54.

¹²³ V. al riguardo, Meyer, *Demokratieprinzip und Europäisches Strafrecht* (2009), 95 ss., con ulteriori riferimenti.

¹²⁴ Peters, *Common Market Law Review*, 2004, 37, 78 s.

¹²⁵ Ambos/Rackow, *ZIS*, 2009, 397, 398 s., in adesione a Zöller, *ZIS*, 2009, 340, 349.

¹²⁶ Meyer, *Demokratieprinzip und Europäisches Strafrecht* (2009), 111 f.; Peters, *Elemente einer Theorie der Verfassung Europas* (2001), 656s.; *contra*, Ambos/Rackow, *ZIS*, 2009, 397, 399.

¹²⁷ BVerfG, *loc.ult.cit.* (nota 1), n. 251.

mazione fondata sul Parlamento nazionale a causa del passaggio al voto di maggioranza, la legittimazione democratica necessaria per l'esercizio di queste competenze passa (o meglio, deve passare) attraverso il Parlamento europeo (v. *supra*).

III. *Conseguenze*

1. *Le competenze penali dell'Unione tra restrizione e funzionalità*

La Corte costituzionale considera (ancora) costituzionalmente legittima l'approvazione della (supposta) estensione delle competenze dell'Unione in materia penale, a condizione che queste siano interpretate in modo restrittivo. La Corte ricorre così al principio della preservazione (*Schonungsgrundsatz*) elaborato in dottrina¹²⁸. Nonostante l'esigenza di una interpretazione restrittiva, la Corte costituzionale presuppone una concezione funzionale delle competenze attribuite nei Trattati, richiedendo una accurata verifica della necessità di una misura di armonizzazione. In questo modo la posizione della Corte è meno distante dalla giurisprudenza della Corte di giustizia di quanto facciano apparire alcune prime prese di posizione¹²⁹, tanto più che quest'ultima si è chiaramente opposta ad una concezione ampia della competenza indiretta penale¹³⁰.

Una tale interpretazione funzionale poggia non tanto sul testo quanto sullo scopo delle rispettive competenze attribuite nei Trattati. Così, la rinuncia ad un obbligo europeo di penalizzazione del possesso di sostanze stupefacenti per consumo personale è riconducibile non tanto alla stretta osservanza del testo (cfr. art. 31, comma 1, lett. e, TUE prev.: "commercio di sostanze stupefacenti"), quanto alla mancanza di necessità di una armonizzazione ed al principio di sussidiarietà. In ciò si può vedere allo stesso tempo un esempio della limitazione dell'armonizzazione ad una variante di fattispecie raccomandata dalla Corte costituzionale. All'opposto, l'ambito delittuoso della criminalità informatica dovrebbe estendersi non solo agli attacchi a sistemi informatici¹³¹,

¹²⁸ V. al riguardo, *Satzger, Europäisierung des Strafrechts* (2001), 166 ss.

¹²⁹ *Ambos/Rackow, ZIS*, 2009, 397, 401; *Kubiciel, GA*, 2010, 36, 42; *Zimmermann, Jura*, 2009, 844, 850; *contra*, come qui, *Meyer, NSZ*, 2009, 657, 658.

¹³⁰ CGCE, causa C-440/05 (inquinamento marittimo), Racc. 2007, I-9097 n. 70.

¹³¹ V. la decisione quadro sugli attacchi contro i sistemi informatici del 24 febbraio 2005 (GUCE L 69 del 16.3.2005, 67)

ma anche agli altri reati in cui il computer o internet vengano utilizzati come mezzi per la commissione del reato, cosicché, in virtù della rilevanza transnazionale, può essere necessario un adeguamento delle relative disposizioni penali¹³². A favore di una interpretazione funzionale ovvero teleologica depone anche il fatto che, a fronte delle 23 lingue ufficiali attualmente riconosciute, l'analisi del testo spesso non consente di raggiungere risultati univoci.

Se si adotta questo approccio funzionale, occorre differenziare l'interpretazione restrittiva richiesta dalla Corte costituzionale¹³³. Nonostante la riunione delle relative competenze nell'art. 82 ss. TFUE, occorre considerare le loro differenti finalità. La competenza per l'armonizzazione secondo l'art. 83, comma 1, TFUE trova origine nella cooperazione di Schengen e non mette in discussione la competenza penale primaria degli Stati membri, ma mira a sostenere l'azione penale della giustizia nazionale attraverso un miglioramento della cooperazione in materia penale. Sotto questo aspetto l'affermazione enfatica che il diritto penale non costituisca strumento tecnico-giuridico per la implementazione della cooperazione internazionale, non può essere sopravvalutata, poiché la Corte riconosce espressamente l'obiettivo, fissato nell'art. 83, comma 1, TFUE, di migliorare la lotta comune contro la criminalità transnazionale attraverso un adeguamento del diritto penale sostanziale¹³⁴. L'affermazione può dunque essere intesa solo nel senso che non si deve ripiegare in modo affrettato sulla armonizzazione del diritto sostanziale per risolvere problemi riguardanti le relazioni in materia di estradizione e rogatorie. Come ha riconosciuto la Corte costituzionale nella sua sentenza sul mandato di arresto europeo, il principio del reciproco riconoscimento apre la strada alla preservazione della competenza legislativa degli Stati membri¹³⁵. Così, da (almeno) vent'anni si propone come alternativa all'adeguamento delle disposizioni penali sostanziali una limitazione del principio della doppia incriminazione¹³⁶. Rinunciando al requisito della doppia incriminazione per i reati che sono stati commessi nel territorio dello Stato richiedente¹³⁷, non figurerebbe più nell'ordine del giorno l'armonizzazione di tutti i 32 ambiti criminosi definiti nella

¹³² Cfr. i reati che violano il diritto di autore contenuti nella Convenzione europea sulla criminalità informatica del 23 novembre 2001 (*European Treaty Series* N. 185).

¹³³ V. per ulteriori differenziazioni, *Sieber*, *ZStW*, 121 (2009), 1, 46 ss.

¹³⁴ BVerfG, *loc. ult. cit.* (nota 1), n. 358 s.; *contra*, *Kubiciel*, *GA*, 2010, 36, 42.

¹³⁵ BVerfGE 113, 273 (Leitsatz 2); v. anche *Heger*, *ZIS*, 2009, 406, 410 s.

¹³⁶ *Lagodny*, *ZStW*, 101 (1989), 987, 996 s.

¹³⁷ *Klip*, *ZStW*, 117 (2005), 889, 901 s.

decisione quadro sul mandato di arresto europeo, per i quali non avviene la verifica della doppia incriminazione (art. 2, comma 2, della decisione quadro)¹³⁸. Se una armonizzazione si rivela “necessaria”, dal divieto di “strumentalizzazione” del diritto penale emerge la (ovvia) esigenza che l’obbligo europeo di criminalizzazione debba essere proporzionale sotto il profilo materiale della meritevolezza di pena. Ciò dovrebbe potersi garantire tuttavia già sulla base della delimitazione alla “grave” criminalità transnazionale contenuta nell’art. 83, comma 1, TFUE.

La verifica più severa delle condizioni per la armonizzazione implica che il plusvalore di una misura di armonizzazione per la cooperazione penale debba essere motivato in modo approfondito. Un tale plusvalore appare dubbio, ad esempio, quando a livello internazionale esiste già una convenzione ratificata dalla maggior parte degli Stati membri. Anche la “densità” normativa delle direttive dovrà essere analizzata criticamente. Qui si mostrano punti di contatto con la Corte di giustizia, poiché questa ha delimitato la competenza indiretta in modo che l’atto non possa contenere alcuna indicazione relativa alla tipologia e alla gravità delle pene¹³⁹. Poiché questa limitazione viene dedotta dalla considerazione che altrimenti sarebbe in pericolo la coerenza degli ordinamenti penali nazionali, nonché dal principio di sussidiarietà (art. 5, comma 3, TUE)¹⁴⁰, essa dovrebbe essere applicabile fondamentalmente anche ad altre competenze per l’armonizzazione. In seguito all’abbassamento delle condizioni per la estradabilità di un reato (art. 2, comma 1, decisione quadro sul mandato d’arresto europeo), tali indicazioni non sembrano necessarie neppure per il miglioramento della cooperazione¹⁴¹. Indicazioni che riguardano la parte generale potranno essere in parte legittime, per esempio per garantire la punibilità del tentativo¹⁴². Per tutelare l’ordinamento penale nazionale potrebbe tuttavia essere opportuna una riserva, affinché il contenuto di un dato concetto (tentativo, istigazione, concorso di persone, colpa etc.) si determini secondo il diritto penale nazionale del corrispondente Stato membro. Diver-

¹³⁸ Cfr. il programma di Stoccolma approvato dal Consiglio d’Europa il 10 dicembre 2009, doc. 17024/2/09, 29.

¹³⁹ CGCE, causa C-440/05 (inquinamento marittimo), Racc. 2007, I-9097 n. 70.

¹⁴⁰ Avvocato generale Mazak, in CGCE, *loc. ult. cit.*, n. 103 ss.

¹⁴¹ V. al riguardo Böse, in *Opferschutz, Richterrecht, Strafprozessreform*, 28. *Strafverteidiger-tag* (2005), 71, 76 s.

¹⁴² Heger, *ZIS*, 2009, 406, 412, segnala giustamente che l’inquadramento nella parte generale o speciale non è prestabilito per il legislatore.

samente, vi sarebbe il pericolo che la Corte di giustizia attraverso il procedimento decisionale pregiudiziale elabori una dogmatica di parte generale – anche se riferita soltanto ai reati armonizzati –, senza che ciò sia necessario in considerazione degli obiettivi perseguiti con l’armonizzazione.

Ciò vale conformemente per l’armonizzazione del diritto processuale penale nazionale attraverso la determinazione di “disposizioni minime” (art. 82, comma 1, TFUE). Anche la determinazione di questi standard minimi comuni, volta a creare la base per la reciproca fiducia nella giustizia degli altri Stati membri, è utile come strumento “per facilitare il reciproco riconoscimento delle sentenze (...) e della (...) cooperazione in materia penale”. Sulla base dell’indiretto riferimento all’obiettivo perseguito (miglioramento della cooperazione) si devono porre condizioni severe alla necessità di direttive per il diritto processuale penale nazionale. Anche sotto questo aspetto occorre considerare se uno standard minimo comune non possa essere formulato anche attraverso la previsione di un ostacolo alla estradizione o alle rogatorie. Recentemente il legislatore dell’Unione ha scelto questa strada nel caso dell’extradizione per l’esecuzione delle sentenze pronunciate in contumacia¹⁴³.

Le cose stanno diversamente in relazione all’art. 82, comma 1, TFUE. Questa attribuzione pattizia è sorta dalla cooperazione di Schengen (art. 39 ss. CAS – Convenzione di applicazione dell’Accordo di Schengen) ed è stata ripresa dal Trattato di Amsterdam (art. 29 ss. TUE prev.), finalizzati direttamente a facilitare l’azione penale transnazionale in seguito alla abolizione delle frontiere interne attraverso il miglioramento del coordinamento e della cooperazione. Tali misure – contrariamente alle “competenze ausiliarie” secondo gli artt. 82, comma 2, e 83, comma 1, TFUE – presentano già sotto il profilo dell’oggetto un riferimento transnazionale diretto, così che non sussiste l’esigenza ulteriore di una interpretazione restrittiva¹⁴⁴. Che l’art. 82, comma 1, TFUE consenta ulteriori ingerenze nella competenza legislativa degli Stati membri si deduce anche dal fatto che la competenza ai sensi dell’art. 82, comma 1, TFUE non è limitata alle direttive, ma comprende anche l’emanazione

¹⁴³ Decisione quadro 2009/299/JI del Consiglio del 26.2.2009 sul rafforzamento dei diritti processuali delle persone e la promozione dell’applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle decisioni pronunciate in assenza dell’interessato al processo (GUCE L 81 del 27.3.2009, 24); v. in generale per una determinazione più precisa delle condizioni per la cooperazione, Sieber, *ZStW*, 121 (2009), 1, 35 ss.

¹⁴⁴ Cfr. BverfG, *loc.ult.cit.* (nota 1), n. 251; v., al contrario, la mancata differenziazione al n. 360.

di regolamenti, e che non trova applicazione il procedimento del “freno di emergenza” (v. art. 82, comma 3, TFUE). Questa competenza (e la rinuncia al requisito della unanimità) non fa apparire di per sé preoccupante¹⁴⁵ il fatto che anche gli atti giuridici volti alla semplificazione dell’extradizione e delle rogatorie possono condurre a notevoli interventi sui diritti fondamentali. Il fatto che la tutela di diritti soggettivi si trovi (ormai) nella responsabilità del Parlamento europeo (v. *supra* II.3.) e – con riferimento alla tutela giudiziaria (art. 47 Carta dei diritti fondamentali) – della Corte di giustizia è piuttosto una conseguenza del trasferimento di poteri sovrani¹⁴⁶. La rilevanza della cooperazione penale per i diritti fondamentali non giustifica pertanto una interpretazione restrittiva; piuttosto, l’Unione ha l’obbligo di affrontare i nuovi pericoli che, a causa della “deterritorializzazione” del potere punitivo nazionale (inseguimento transnazionale, gruppi comuni di investigazione, disponibilità di informazioni), minacciano la posizione giuridica del soggetto indagato o interessato attraverso la determinazione di diritti minimi nel procedimento penale transnazionale¹⁴⁷.

La Corte costituzionale considera particolarmente problematica la competenza indiretta penale. Occorre attendere per capire se e quanto possa essere sfruttata la concretizzazione da parte della Corte dell’espressione “indispensabile”¹⁴⁸ (“grave deficit di esecuzione”, v. *supra* II.2) contenuta nell’art. 83, comma 2, TFUE nell’ambito dell’esercizio dei poteri pattizi¹⁴⁹. Occorre in ogni caso considerare che punto di partenza per il ravvicinamento del diritto penale sostanziale non è più il potere punitivo nazionale, il cui esercizio deve essere favorito mediante il miglioramento della cooperazione, ma che il diritto penale deve essere utilizzato per la tutela dell’ordinamento giuridico dell’Unione¹⁵⁰. Qualora si vedesse in ciò una inammissibile “strumentalizzazione” del diritto penale¹⁵¹, occorre sottolineare che la giustificazione costituzionale della pena secondo il principio di proporzionalità presuppone necessariamente uno scopo (penale), per la cui realizzazione la norma penale è impiegata

¹⁴⁵ Così però, *Heger, JZ*, 2009, 406, 411.

¹⁴⁶ V. anche, *Meyer, NStZ*, 2009, 657, 663; *Ruffert, DVBl*, 2009, 1197, 1203.

¹⁴⁷ Cfr. *Meyer, NStZ*, 2009, 657, 662.

¹⁴⁸ V. già CGCE, causa C-176/03 (diritto penale dell’ambiente), Racc. 2005, I-7879 n. 48.

¹⁴⁹ *Scettico, Zimmermann, Jura*, 2009, 844, 850.

¹⁵⁰ *Meyer, NStZ*, 2009, 657, 662.

¹⁵¹ *Ambos/Rackow, ZIS*, 2009, 397, 401.

come mezzo¹⁵². È ovvio che non ogni violazione del diritto europeo giustifica la minaccia di una sanzione penale. Tuttavia, si tratta in prima linea di una questione sostanziale, che va tenuta distinta da quella relativa alla competenza dell'Unione (v. *supra* II.3.). Poiché la competenza indiretta si collega ad un ambito politico già armonizzato, in prospettiva funzionale è possibile giustificare una competenza ulteriore rispetto all'art. 83, comma 1, TFUE, tanto più che l'armonizzazione riguarda spesso settori che sono meno contrassegnati da concezioni sociali di valore presenti nel contesto nazionale (disciplina del bilancio, diritto alimentare)¹⁵³. In questo senso anche la Corte costituzionale ha implicitamente riconosciuto che una direttiva ai sensi dell'art. 83, comma 2, TFUE – diversamente rispetto al caso di cui all'art. 83, comma 1, TFUE – non lascia agli Stati membri alcuno spazio sostanziale per la elaborazione della fattispecie, poiché la norma di condotta è già oggetto di una misura di armonizzazione di diritto europeo¹⁵⁴. In base alla diversa funzione del ravvicinamento del diritto penale non vi è in definitiva alcuna ragione per limitare la competenza indiretta, in analogia con l'art. 83, comma 1, TFUE, al campo della criminalità più grave¹⁵⁵.

Merita particolare attenzione la questione, se la competenza indiretta disciplinata nell'art. 83, comma 2, TFUE sia tassativa o se un atto corrispondente possa basarsi anche sulla delega decisiva per la relativa materia. Così, l'opinione dominante parte dal presupposto che sull'art. 325, comma 4, TFUE possano fondarsi anche misure penali per la lotta alla frode¹⁵⁶. Lo stesso potrebbe ammettersi per la delega alla lotta contro la tratta di persone (art. 79, comma 2, lett. *d*, TFUE)¹⁵⁷. Ciò contrasterebbe tuttavia non soltanto con la interpretazione restrittiva richiesta dalla Corte costituzionale, ma anche con la sistematica delle competenze pattizie dell'Unione, posto che l'assunzione della competenza indiretta penale indipendentemente dalla relativa competenza

¹⁵² BVerfGE 90, 145, 172; 92, 326, 337; 120, 224, 240; v. al riguardo *Appel, Verfassung und Strafe* (1998), 73 ss., 171 ss., 576 ss. e passim.

¹⁵³ *Kubiciel, GA*, 2010, 36, 50.

¹⁵⁴ *Zimmermann, Jura*, 2009, 844, 850; cfr. BVerfG, *loc. ult. cit.* (nota 1), n. 361 s., 363.

¹⁵⁵ Così, però, riguardo alla corrispondente disciplina dell'art. III-271, comma 2, Tratt. Cost.eur., *Bacigalupo, ZStW* 116 (2004), 326, 329; *Walter, ZStW*, 117 (2005), 912, 929.

¹⁵⁶ *Rosenau, ZIS*, 2008, 9, 16; *Satzger, Internationales und Europäisches Strafrecht*, 3. ed. (2009), § 7 n. 42, § 8 n. 64; *Sieber, ZStW*, 121 (2009), 1, 59; *Zimmermann, Jura*, 2009, 844, 846; v. anche riguardo all'art. III-415, comma 4, Tratt. Cost.eur., *Walter, ZStW*, 117 (2005), 912, 917 s.

¹⁵⁷ Così, riguardo all'art. III-267, comma 2, lett. *d*, Tratt. Cost.eur., *Walter, ZStW*, 11 (2005), 912, 918 s.

per materia ai sensi dell'art. 83, comma 2, TFUE depone a favore del fatto che si tratta – in relazione al diritto penale – di una disciplina tassativa. Se si ritenesse ammissibile un ricorso integrativo alla relativa competenza per materia, potrebbero essere aggirate le restrizioni contenute nell'art. 83, comma 2, TFUE (delimitazione alla tipologia di condotta della direttiva, meccanismo del “freno di emergenza”)¹⁵⁸. Per l'inquadramento dell'art. 83, comma 2, TFUE come disciplina speciale depone, inoltre, la modifica della procedura legislativa attraverso la rottura del monopolio dell'iniziativa della Commissione (art. 83, comma 2, secondo periodo, in combinato disposto con l'art. 76 TFUE). Forse anche la Corte costituzionale parte da tale assunto, poiché in relazione alle competenze penali gli artt. 325, comma 3, e 79, comma 2, lett. *d*, TFUE non vengono citati.

La circostanza che la riserva a favore della giustizia penale (v. art. 280, comma 4, secondo periodo, TCE) sia stata eliminata nell'art. 325, comma 4, TFUE non costringe a concludere che questo comprenda ormai anche le misure penali¹⁵⁹, poiché la cancellazione della riserva si può spiegare anche con la sua sostituzione con i limiti della competenza indiretta (art. 83, comma 2, TFUE): così, sarebbe stato contraddittorio motivare una competenza indiretta penale con l'art. 83, comma 2, in combinato disposto con l'art. 325, comma 4, primo periodo TFUE ed escluderla allo stesso tempo mediante la riserva a favore della giustizia penale (art. 280, comma 4, secondo periodo TCE prev.). Alla luce della identica espressione della vecchia – limitata – competenza (art. 280, co. 4, primo periodo TCE prev.), appare poco convincente che il testo della delega con l'espressione “lotta” si riferisca anche all'emanazione di misure penali (cfr. art. 83, comma 1, TFUE)¹⁶⁰. Nei lavori preparatori per il Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa è stata manifestata in parte la richiesta che le competenze per materia dovessero includere anche misure penali¹⁶¹. D'altra parte, l'evidente contrasto di valutazioni che sorge aggiran-

¹⁵⁸ V. anche, *Heger, ZIS*, 2009, 406, 415.

¹⁵⁹ Così, però *Zimmermann, Jura*, 2009, 844, 846.

¹⁶⁰ Cfr. *Walter, ZStW*, 117 (2005), 912, 918.

¹⁶¹ V. riguardo alla lotta contro la tratta di persone la relazione finale del gruppo di lavoro X (“libertà, sicurezza e diritto”), CONV 426/02, 6. Al contrario, dai materiali per la lotta contro la frode non si possono trarre univoche conclusioni circa le conseguenze della cancellazione dell'art. 280, comma 4, secondo periodo TUE; così però *Walter, ZStW*, 117 (2005), 912, 917 s.; cfr. la presa di posizione della commissaria tedesca UE *Michele Schreyer*, Gruppo di lavoro X, *Working Document No. 27, 6*; v. le proposte di modifiche non ammesse in CONV 822/03, 161.

do il procedimento del “freno di emergenza”, non può essere eliminato in questo modo¹⁶². Proprio l'esempio della tratta di persone (v. art. 83, comma 1, n. 2 TFUE: tratta di persone) dimostra piuttosto che le competenze penali devono considerarsi fundamentalmente discipline speciali tassative¹⁶³.

L'interpretazione dominante dell'art. 325, comma 4, TFUE si potrebbe forse rivelare appropriata anche sotto altri aspetti. Tuttavia, sarebbe troppo limitato giustificare l'emanazione di disposizioni penali direttamente applicabili attraverso il collegamento con la costituzione di una procura europea (cfr. art. 86 TFUE)¹⁶⁴. Poiché questa di per sé non può imporre delle sanzioni, dovendo proporre l'accusa davanti ai Tribunali penali nazionali (art. 86, comma 2, secondo periodo, TFUE), l'attività di una procura europea non presuppone necessariamente una disciplina penale europea direttamente applicabile della truffa¹⁶⁵. La differenza qualitativa rispetto alla competenza indiretta potrebbe consistere piuttosto nel fatto che le relative norme penali servono alla tutela di beni giuridici propri dell'Unione. L'Unione come comunità politica rivendicherebbe pertanto il diritto di tutelare con lo strumento del diritto penale le basi della propria attività¹⁶⁶; sarebbe coerente riconoscerle a tale scopo competenze ulteriori rispetto a quelle che si riferiscono all'esercizio del potere punitivo nazionale¹⁶⁷. Queste disposizioni penali – come la procura europea – sarebbero espressione di un potere punitivo proprio dell'Unione, svincolato da quello degli Stati membri. In questo modo si potrebbe anche spiegare che il meccanismo del “freno di emergenza” non trova applicazione, perché la legittimazione democratica di uno Stato unionale non può avvenire tramite i Parlamenti nazionali, ma soltanto tramite il Parlamento europeo (v. *supra* II.3.). Non è affatto sicuro che le basi pattizie sorreggano una tale concezione. Di fronte dell'attuale stadio di evoluzione degli effettivi presupposti di un processo decisionale democratico si potrebbe tendere alla prudenza¹⁶⁸, poi-

¹⁶² Tipica è pertanto la proposta di applicare il procedimento del “freno di emergenza” in modo analogo alla emanazione di disposizioni penali per la lotta alla frode; v. *Heger, ZIS*, 2009, 406, 416; *Walter, ZStW*, 117 (2005), 912, 923 s.

¹⁶³ *Heger, ZIS*, 2009, 406, 416.

¹⁶⁴ Così, però, *Heger, ZIS*, 2009, 406, 416.

¹⁶⁵ V. anche l'estensione delle competenze della procura europea alla criminalità transnazionale prevista nell'art. 86, comma 4, TFUE (cfr. art. 83, comma 1, TFUE).

¹⁶⁶ Cfr. *Meyer, Demokratieprinzip und Europäisches Strafrecht* (2009), 122 s., 124 s.

¹⁶⁷ V. anche, *Meyer, NStZ*, 2009, 657, 662.

¹⁶⁸ V. anche, *Sieber, ZStW*, 121 (2009), 1, 59, che nell'ambito dell'art. 325, comma 4, TFUE sulla base del principio di sussidiarietà ritiene ammissibile soltanto l'emanazione di una direttiva.

ché un “popolo europeo”, nel cui nome un cittadino europeo potrebbe essere condannato ad una sanzione penale, sta appena nascendo¹⁶⁹. Ciò è riconosciuto implicitamente nell’art. 86, co. 2, secondo periodo TFUE, attraverso la rinuncia alla costituzione di una Corte penale europea. D’altra parte, una discussione politico-criminale sugli oggetti legittimi di un diritto penale sovranazionale potrebbe contribuire alla democratizzazione dell’Unione¹⁷⁰. Così, anche la Corte costituzionale ha riconosciuto che la minaccia della funzionalità dei principi dello Stato di diritto e della democrazia nell’Unione può costituire una “particolare giustificazione” per il trasferimento di competenze penali¹⁷¹. L’esempio dimostra che l’emanazione di disposizioni penali a tutela di beni giuridici dell’Unione non dovrebbe essere limitata alla lotta alla frode¹⁷².

2. Partecipazione del Parlamento nazionale all’esercizio delle competenze

Il legislatore tedesco ha fissato le condizioni richieste dalla decisione della Corte costituzionale tedesca per la partecipazione del Parlamento nazionale nella legge sulla responsabilità per l’integrazione (*Integrationsverantwortungsgesetz-IntVG*)¹⁷³. Per la cooperazione penale derivano le seguenti conseguenze.

Il passaggio dal requisito dell’unanimità (cfr. art. 86, comma 1; art. 87, comma 3; art. 89, comma 2, TFUE) alla decisione a maggioranza nel Consiglio attraverso la generale “clausola passerella” (art. 48, comma 7, TFUE) richiede una legge di approvazione (§ 4, comma 1, secondo periodo *IntVG*). Ciò vale in particolare quando per una decisione del Consiglio sulla estensione della competenza (art. 82, comma 2, lett. *d*; art. 83, comma 1, n. 4; art. 86, comma 4, TFUE) si deve abbandonare l’unanimità¹⁷⁴. In entrambi i casi è eventualmente necessaria una legge approvata con la maggioranza necessaria per le revisioni costituzionali (art. 23, Abs. 1, secondo periodo, GG)¹⁷⁵. Ciò fa

¹⁶⁹ Meyer, *Demokratieprinzip und Europäisches Strafrecht* (2009), 123; v. anche nella prospettiva della teoria della pena, Kubiciel, *GA*, 2010, 36, 47 s.

¹⁷⁰ Meyer, *loc.ult.cit.*, 125.

¹⁷¹ BVerfG, *loc.ult.cit.* (nota 1), n. 359.

¹⁷² Come ulteriore esempio si potrebbe citare la tutela della valuta comune (cfr. art. 133 TFUE).

¹⁷³ *Gesetz über die Integrationsverantwortung des Bundestages und des Bundesrates in Angelegenheiten der Europäischen Union* del 22 settembre 2009 (BGBl. I, 3022, 3822).

¹⁷⁴ BVerfG, *loc.ult.cit.* (nota 1), n. 366, 419; motivazioni della legge, Bundestags-Drucks. 16/13923, 8.

¹⁷⁵ BVerfG, *loc.ult.cit.* (nota 1), n. 319.

si che il diritto di veto del Parlamento nazionale previsto nell'art. 48, comma 7, TUE possa essere esercitato già da una minoranza di sbarramento di un terzo dei membri del *Bundestag* o del *Bundesrat*, bloccando una approvazione. Senza la necessaria delega legislativa il rappresentante tedesco nel Consiglio deve respingere la proposta di decisione (§ 4, comma 1, secondo periodo *IntVG*).

Analogamente, anche l'approvazione di una estensione di competenza (art. 83, comma 1, n. 3; art. 86, comma 4, TFUE) richiede una legge di approvazione (§ 7, comma 1, *IntVG*). La Corte costituzionale aveva formulato un tale requisito soltanto con riferimento all'art. 83, comma 1, n. 3 TFUE¹⁷⁶. In base all'analogo significato della estensione delle competenze della procura europea anche l'art. 86, comma 4, TFUE fu sottoposto ad una tale riserva¹⁷⁷. Al contrario, è stata respinta la proposta di includere l'estensione delle competenze per il diritto processuale penale (art. 8, comma 2, lett. d, secondo periodo, TFUE)¹⁷⁸.

Particolare importanza per la cooperazione penale dovrebbe acquistare il veto sospensivo nel quadro del procedimento del "freno di emergenza" (art. 82, comma 3; art. 83, comma 3, TFUE). La direttiva della Corte costituzionale secondo cui il rappresentante tedesco nel Consiglio potrebbe esercitare tale diritto "soltanto su indicazione" del *Bundestag* ed eventualmente del *Bundesrat*¹⁷⁹, è stata in parte spiegata nel senso che anche la rinuncia al ricorso al diritto di veto richiederebbe una tale indicazione¹⁸⁰. Il legislatore non ha seguito questa interpretazione, ma ha previsto soltanto l'obbligo per il rappresentante tedesco nel Consiglio di esercitare il diritto di veto quando il *Bundestag* glielo ha ordinato con una decisione (§ 9, comma 1, *IntVG*). Ciò dovrebbe corrispondere in definitiva alle richieste della Corte costituzionale, che nella sua motivazione aveva rinviato ad una risoluzione del *Bundestag* di analogo contenuto¹⁸¹. Ciò potrebbe ritenersi contraddittorio, in considerazione delle ulteriori rigorose condizioni per la partecipazione del *Bundestag*¹⁸², ma in

¹⁷⁶ BverfG, *loc.ult.cit.* (nota 1), n. 363.

¹⁷⁷ V. la relazione del Comitato Europa, *Bundestags-Drucks.* 16/13994, 4 s.

¹⁷⁸ V. per il rifiuto di una proposta corrispondente, la relazione del Comitato Europa, *Bundestags-Drucks.* 16/13994, 5.

¹⁷⁹ BverfG, *loc.ult.cit.* (nota 1), n. 365, 418.

¹⁸⁰ *Fisahn, Kritische Justiz*, 42 (2009), 220, 224; *Zimmermann, Jura*, 2009, 844, 851.

¹⁸¹ BverfG, *loc.ult.cit.* (nota 1), n. 365.

¹⁸² *Halberstam/Möllers, German Law Journal*, vol. 10 (2009), 1241, 1244, vedono in questo una agevolazione probabilmente involontaria del processo di integrazione.

definitiva va salutato con favore, poiché l'esercizio "profilattico" sopra proposto del diritto di veto non sarebbe compatibile con il suo carattere di "freno di emergenza" per la difesa dei principi fondamentali dell'ordinamento penale nazionale¹⁸³. La disciplina legislativa vale conformemente per un ordine del *Bundesrat*, quando il relativo progetto riguardi le competenze legislative dei *Länder* oppure una legge corrispondente necessari dell'approvazione del *Bundesrat* (§ 9, comma 2, in combinato disposto con § 5, comma 2, *IntVG*). *Bundestag* e *Bundesrat* esercitano il loro diritto di impartire direttive in modo reciprocamente indipendente; ovvero, l'esistenza di una direttiva di uno dei due organi federali è sufficiente per far sorgere un corrispondente obbligo del rappresentante tedesco nel Consiglio¹⁸⁴. Inoltre, il Governo federale può esercitare il proprio diritto di veto anche senza una siffatta direttiva¹⁸⁵.

Infine, per il diritto penale in senso lato potrebbe diventare rilevante anche la competenza per l'integrazione del Trattato (*Vertragsabrundungskompetenz*) ovvero la "clausola di flessibilità" (art. 352 TFUE). Il rappresentante tedesco può approvare un tale atto oppure astenersi dal voto soltanto se prima è entrata in vigore una legge corrispondente (§ 8, primo periodo, *IntVG*). Se viene emanata una siffatta legge, che soddisfi le condizioni per una modifica costituzionale (art. 23, Abs. 1, secondo e terzo periodo, GG)¹⁸⁶, il rappresentante tedesco deve respingere la proposta (§ 8, secondo periodo, *IntVG*). Ne consegue che, per esempio, una modifica del regolamento di controllo delle fusioni¹⁸⁷, incluse le fattispecie ivi contenute che prevedono pene pecuniarie, richiede una approvazione da parte dei due terzi dei membri del *Bundestag* tedesco e dei due terzi dei voti nel *Bundesrat* (art. 23, Abs. 1, terzo periodo, in combinato disposto con l'art. 79, Abs. 2, GG)¹⁸⁸. In conclusione, una minoranza di sbarramento nel *Bundestag* o *Bundesrat* ha dunque il potere di impedire la formazione di un tale atto giuridico. In questo modo, progetti politici

¹⁸³ Nello stesso senso, *Classen, JZ*, 2009, 881, 886; *Folz, ZIS*, 2009, 427, 430; *Suhr, ZEuS*, 2009, 687, 709.

¹⁸⁴ *Hahn, EuZW*, 2009, 758, 762; *Suhr, ZEuS*, 2009, 687, 709.

¹⁸⁵ *Classen, JZ*, 2009, 881, 886; *Suhr, ZEuS*, 2009, 687, 709.

¹⁸⁶ *BverfG, loc.ult.cit.*, n. 328; con alcuni limiti, *Kottmann/Wohlfahrt, ZaöRV*, 69, 2009; 443, 459.

¹⁸⁷ Regolamento (CE), N. 139/2004 sul controllo delle concentrazioni tra imprese del 20 gennaio 2004 (GUCE L 24 del 29.1.2004, 1).

¹⁸⁸ *Terhechte, EuZW*, 2009, 724, 728; v. anche in generale, *Halberstam/Möllers, German Law Journal*, vol. 10 (2009), 1241, 1255.

che al confronto sono banali vengono sottoposti al procedimento previsto per le modifiche costituzionali; ciò nasconde allo stesso tempo il pericolo che venga pregiudicata la forza legittimante di questo procedimento¹⁸⁹. Si può dubitare che siffatti ampi requisiti per la partecipazione siano necessari per la produzione di legittimazione democratica.

3. La funzione di custode della Corte costituzionale

Gli stretti limiti costituzionali che la Corte costituzionale traccia per il processo di integrazione proseguono nel “controllo *ultra vires*” e nel “controllo di identità” reclamato dalla Corte. La Corte costituzionale si allontana dalle elevate condizioni che finora aveva posto alla ammissibilità di un ricorso costituzionale (art. 93, Abs. 1, n. 4a GG) contro un atto sovranazionale o di un concreto controllo delle norme (art. 100, Abs. 1, GG)¹⁹⁰. Tuttavia, è ancora dubbio se un tale atto possa essere impugnato attraverso il ricorso costituzionale, poiché questo è ammissibile soltanto contro atti del potere pubblico tedesco¹⁹¹. Pare perciò preferibile contare sulla partecipazione del rappresentante tedesco nel Consiglio al procedimento legislativo a livello europeo (in caso anche con la richiesta di una disposizione provvisoria, § 32 BVerfGG) o sugli atti di esecuzione o conversione¹⁹². La legge di approvazione necessaria per determinate decisioni del Consiglio (v. *supra* 2) ha pertanto anche una funzione di tutela giuridica¹⁹³. Nella misura in cui l'atto di esecuzione nazionale viene impugnato con il ricorso costituzionale, può verificarsi in via incidentale se con l'atto di diritto europeo siano stati superati i limiti costituzionali all'integrazione¹⁹⁴. Se è così e l'atto non è dunque applicabile in Germania, l'atto di esecuzione che su di esso di basa deve essere annullato. Ciò non vale

¹⁸⁹ *Von Bogdandy*, NJW, 2010, 1, 3; con riferimento al regolamento (CEE, Euratom), Nr. 1700/2003 per la modifica del regolamento (CEE, Euratom) Nr. 384/83 sul rilascio degli archivi storici della CEE del 22 settembre 2003 (GUCE L 243 del 27 settembre 2003, 14), emanato sulla base dell'art. 308 TUE.

¹⁹⁰ *Schorkopf*, EuZW, 2009, 718, 722; v. da ultimo, BVerfGE 102, 147, 164, secondo cui deve essere dimostrato che in generale la tutela dei diritti fondamentali, inalienabile secondo la Costituzione, non è garantita a livello comunitario.

¹⁹¹ BVerfGE 58, 1, 27; *Hillgruber/Goos*, *Verfassungsprozessrecht*, 2. ed. (2006), n. 164a; riguardo ai limiti posti dalla giurisprudenza successiva (v. BVerfGE 102, 147, 164), *Hillgruber/Goos*, *loc. ult. cit.*, n. 161a ss.

¹⁹² *Hillgruber/Gärditz*, JZ, 2009, 872, 874.

¹⁹³ Cfr. BVerfG, *loc. ult. cit.* (nota 1), n. 243.

¹⁹⁴ *Hillgruber/Gärditz*, JZ, 2009, 872, 874; *Kottmann/Wohlfahrt*, ZaöRV, 69 (2009), 443, 465.

però automaticamente per una legge che traduca una direttiva in diritto interno, poiché la sua validità non poggia sulla direttiva, ma sulla decisione del legislatore nazionale. In adesione alla sentenza della Corte costituzionale sul mandato di arresto europeo si potrebbe tuttavia considerare che una legge che il legislatore emani sulla base di supposte direttive di diritto europeo, debba essere dichiarata nulla per consentire al Parlamento una nuova decisione “in libertà normativa” (“*in normativer Freiheit*”)¹⁹⁵.

La funzione di custode reclamata dalla Corte costituzionale nasconde un notevole potenziale di conflitto: ciò vale soprattutto per il “controllo *ultra vires*” e la connessa interpretazione dei fondamenti pattizi dell’Unione ed è dimostrato dalle approfondite argomentazioni sull’estensione delle competenze penali (v. *supra* III.1.). Sottolineando che il principio di colpevolezza è elemento costitutivo della identità costituzionale indisponibile (v. *supra* II.2.), la Corte formula anche direttive contenutistiche per il diritto dell’Unione. Accanto all’interpretazione conforme alla Costituzione delle deleghe pattizie¹⁹⁶ diviene tangibile anche l’interpretazione conforme alla Costituzione (o *Reduzierung*) del diritto secondario¹⁹⁷. Può considerarsi un atto di intelligenza politica che il legislatore tedesco non abbia attizzato il conflitto con la Corte di giustizia formando un nuovo procedimento costituzionale per il controllo di identità ed il controllo *ultra vires*¹⁹⁸. D’altra parte, il legislatore non ha ascoltato nemmeno le proposte di rimettere in primo piano¹⁹⁹ il rapporto di cooperazione con la Corte di giustizia evidenziato nella decisione sul Trattato di Maastricht²⁰⁰ attraverso un obbligo di rinvio pregiudiziale alla Corte normativamente previsto. Ciò è tollerabile in considerazione dell’obbligo di rinvio pregiudiziale alla Corte costituzionale disciplinato altrettanto espressamente (art. 267, comma 3, TFUE)²⁰¹. Suona più seria la preoccupazione, non infon-

¹⁹⁵ BVerfGE 113, 273, 315; v. al riguardo la nota 51.

¹⁹⁶ Così, giustamente, *Classen, JZ*, 2009, 881, 888.

¹⁹⁷ Per la corrispondente discussione sulla ammissibilità di una inversione dell’onere della prova secondo l’art. 1, n. 2, lett. a, della direttiva sull’abuso di mercato (direttiva n. 2003/6/CE del 28 gennaio 2003, GUCE L 96 del 12.4.2003, 16), *Schröder, Kapitalmarktstrafrecht* (2007), n. 528, con ulteriori riferimenti.

¹⁹⁸ V. la proposta corrispondente in BverfG, *loc.ult.cit.* (nota 1), n. 241; favorevole, *Hillgruber/Gärditz, JZ*, 2009, 872, 874; v., al contrario, la critica di *Classen, JZ*, 2009, 881, 888, che considera la creazione di un tale procedimento contrario al diritto dell’Unione europea.

¹⁹⁹ V. al riguardo, *Berg/Karpenstein, ZEuS*, 2009, 529 ss.

²⁰⁰ BVerfGE 89, 155, 175.

²⁰¹ V. BVerfGE 37, 271, 282; 52, 187, 201.

data alla luce della prassi, che la Corte costituzionale non utilizzerà la possibilità di rinvio pregiudiziale. La Corte ha perlomeno circoscritto il controllo *ultra vires* a “evidenti” superamenti della competenza²⁰². In ciò si può riconoscere la prudenza recentemente espressa anche dal vicepresidente della Corte costituzionale, che ha partecipato alla sentenza, il quale ha sottolineato che tali procedimenti mantengono la loro giustificazione proprio quando non si deve ricorrere ad essi²⁰³.

IV. Conclusioni

Nonostante la suesposta critica, va tenuto fermo come risultato più importante che la Corte costituzionale ha considerato compatibile con la Costituzione l'approvazione del Trattato di riforma di Lisbona. Con l'entrata in vigore del Trattato il 1° dicembre 2009, le competenze penali dell'Unione sono state poste su una base chiara e solida. Occorre aspettare per vedere se si imporrà l'interpretazione delle attribuzioni pattizie fornita dalla Corte costituzionale. Gli argomenti portati dalla Corte dovrebbero comunque offrire l'occasione per riflettere sulla prassi del legislatore dell'Unione, che si è attirato in modo in parte non infondato il rimprovero di attivismo, e di analizzare criticamente la necessità di una armonizzazione del diritto penale e processuale penale. La questione relativa a quali settori possano costituire oggetto legittimo di un diritto penale europeo²⁰⁴, non può essere risolta soltanto attraverso una interpretazione delle basi pattizie delle competenze. Una risposta a questo quesito costituisce tuttavia presupposto per l'evoluzione di un concetto politico-criminale sulla cui base le competenze pattizie possano essere rese vitali²⁰⁵.

²⁰² BVerfG, *loc. ult. cit.* (nota 1), n. 240.

²⁰³ *Voßkuhle*, NVwZ 2010, 1, 7.

²⁰⁴ V. al riguardo, *Hefendehl*, in *Schünemann*, *Ein Gesamtkonzept für die europäische Strafrechtspflege* (2006), 450 ss.

²⁰⁵ Cfr. *Kubiciel*, *GA*, 2010, 36, 48 ss.; *Vervaele*, in *Tiedemann-Festschrift* (2008), 1353, 1383 s.; cfr., inoltre, il manifesto per la politica criminale europea di *Asp/Bitzilekis/Bogdan/Elholm/Foffani/Frände/Fuchs/Kaiafa-Gbandi/Leblois-Happe/Nieto Martín/Prittwitz/Satzer/Symeinidou-Kastanidou/Zerbes*, *ZIS*, 2009, 697 ss.

Opinioni a confronto

