

Alma Mater Studiorum – Università di Bologna

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA
Dipartimento di Scienze Giuridiche “A. Cicu”

Dottorato di ricerca in Diritto delle Comunità europee (SSD IUS/14)
In Cotutela con l’Université R. Schuman di Strasburgo
Coordinatore: Prof.ssa Lucia Serena Rossi
XIX Ciclo

**I DIRITTI FONDAMENTALI NELLO SPAZIO DI LIBERTÀ,
SICUREZZA E GIUSTIZIA DELL’UNIONE EUROPEA**

Relatore:

Chiar.ma Prof.ssa

LUCIA SERENA ROSSI

Presentata da:

Dott.ssa

VALENTINA BAZZOCHI

Matricola n. 6464

Controrelatori:

Chiar.ma Prof.ssa

ANTONIETTA DI BLASE

Chiar.ma Prof.ssa

CONSTANCE GREWE

Anno esame finale: 2007

INDICE

CAPITOLO I	5
<i>L'evoluzione storica dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia dell'UE</i>	5
I: Le origini	5
II: Gli Accordi di Schengen	7
III: Il Trattato di Maastricht	16
IV: Il Trattato di Amsterdam: la parziale comunitarizzazione del terzo pilastro e l'incorporazione dell'acquis di Schengen.....	20
V: Il Consiglio europeo di Tampere: una significativa spinta verso la realizzazione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia.....	32
VI: Il Trattato di Nizza e l'istituzione di Eurojust.....	37
VII: Il Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa e l'abbandono della ripartizione in pilastri.....	41
VIII: Il Programma quinquennale dell'Aja per lo sviluppo dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia...	50
CAPITOLO II	53
<i>Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia e la protezione dei dati personali</i>	53
<i>SEZIONE I: Il diritto al rispetto della vita privata e la protezione dei dati personali</i>	53
I.1: L'art. 8 CEDU e la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.....	55
I.2: Segue: La giurisprudenza della Corte di giustizia	58
I.3: La Convenzione n. 108 del 1981 e la tutela dei dati personali	59
I.4: La Direttiva 95/46/CE e la protezione dei dati personali nel primo pilastro	65
I.5: La protezione dei dati personali nella Carta dei diritti fondamentali dell'UE.....	71
I.6: La protezione dei dati personali nel terzo pilastro: verso l'adozione di uno strumento giuridico dell'UE?	72
<i>SEZIONE II: Le banche dati istituite nell'ambito dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia</i>	77
II.1: Il Sistema Informatizzato Europol (SIE).....	77
II.2: Il Sistema di gestione automatizzata dei casi di Eurojust.....	85
II.3: Il Sistema d'Informazione Schengen di prima e di seconda generazione (SIS e SIS II).....	91
II.4: Il Sistema Eurodac.....	102
II.5: Il Sistema d'Informazione Visti (VIS)	106
<i>SEZIONE III: Verso una sorveglianza generalizzata degli individui</i>	111
III.1: L'obbligo dei vettori aerei di comunicare i dati relativi alle persone trasportate nel territorio degli Stati membri.....	111
III.2: L'inserimento dei dati biometrici nei passaporti.....	113
III.3: L'Accordo con gli Stati Uniti sul trasferimento e trattamento dei dati dei passeggeri: il difficile equilibrio tra la lotta al terrorismo e la tutela dei dati personali.....	115

III.4: La conservazione dei dati relativi alle comunicazioni a fini di ricerca, accertamento e perseguimento della criminalità e del terrorismo	125
SEZIONE IV: Lo scambio di informazioni nell'ambito della cooperazione penale e di polizia. 128	
IV.1: Lo scambio dei risultati delle analisi del DNA.....	128
IV.2: La decisione relativa allo scambio di informazioni estratte dal casellario giudiziario e la proposta di decisione-quadro sull'organizzazione e il contenuto dello scambio di informazioni estratte dal casellario giudiziario	129
IV.3: La decisione-quadro sulla semplificazione dello scambio di informazioni e di intelligence tra le autorità degli Stati membri dell'Unione europea incaricate dell'applicazione della legge.....	132
IV.4: La decisione sullo scambio di informazioni e la cooperazione in materia di reati terroristici.....	134
IV.5: La proposta di decisione sul miglioramento della cooperazione di polizia tra gli Stati membri	135
IV.6: L'Accordo di Prüm ("Schengen III"): un ritorno alla cooperazione intergovernativa esterna al sistema istituzionale dell'UE?.....	136
VI.7: Considerazioni conclusive sul rispetto del diritto alla protezione dei dati personali nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia dell'UE.....	140
CAPITOLO III.....	143
Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia e le garanzie del giusto processo.....	143
SEZIONE I: Le garanzie processuali nel sistema della CEDU, nella giurisprudenza comunitaria e nella Carta dei diritti fondamentali dell'UE.....	143
I.1: L'art. 6 CEDU e il diritto al giusto processo nella giurisprudenza della Corte europea e della Corte di giustizia	147
I.2: L'art. 13 CEDU e il diritto ad un ricorso effettivo nella giurisprudenza della Corte europea e della Corte di giustizia	158
I.3: L'art. 7 CEDU e il principio di legalità nella giurisprudenza della Corte europea e della Corte di giustizia	159
I.4: L'art. 4 Protocollo n. 7 alla CEDU e l'art. 54 Convenzione d'applicazione di Schengen: il principio del ne bis in idem	163
I.5: Le garanzie processuali, il principio di legalità e il principio del ne bis in idem nella Carta dei diritti fondamentali dell'UE.....	168
SEZIONE II: Il principio del mutuo riconoscimento	170
II.1: La decisione-quadro sul mandato d'arresto europeo	175
II.3 La proposta di decisione-quadro sul mandato europeo di ricerca delle prove nei procedimenti penali	190
SEZIONE III: L'armonizzazione e il ravvicinamento della legislazione: verso il rafforzamento della fiducia reciproca.....	195
III.1: La decisione-quadro sullo status delle vittime nel procedimento penale	199
III.2: Il Libro Verde sul ravvicinamento delle sanzioni penali	203
III.3: La proposta di decisione-quadro sulle garanzie procedurali	206
SEZIONE IV: Una cooperazione giudiziaria penale tradizionale	213
IV.1: La Convenzione sulla mutua assistenza giudiziaria tra Stati membri del 2000.....	215

IV.2: Gli Accordi sull'extradizione e sulla mutua assistenza giudiziaria tra l'Unione europea e gli Stati Uniti	218
IV.3: Considerazioni conclusive sul rispetto delle garanzie del giusto processo nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia dell'UE	221
<i>CAPITOLO IV</i>	223
<i>Quale tutela giurisdizionale nel terzo pilastro?</i>	223
I: Le interazioni tra i gradi di giurisdizione.....	223
II: I conflitti interpilastri.....	237
<i>CONCLUSIONI</i>	245
<i>BIBLIOGRAFIA</i>	253
<i>GIURISPRUDENZA</i>	277

CAPITOLO I

L'evoluzione storica dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia dell'UE

I: Le origini

La cooperazione in materia di giustizia e affari interni è nata verso la metà degli anni '70 come una cooperazione informale tra Stati, dominata dal metodo diplomatico ed esterna al quadro istituzionale comunitario. Si trattava, in origine, di una scelta obbligata dal momento che tali materie esorbitavano dall'ambito di competenza delle Comunità¹. I Trattati istitutivi erano infatti caratterizzati dal metodo funzionalista², volto alla realizzazione di un'Europa economica. L'andamento del processo d'integrazione delle economie e dei mercati mostrò tuttavia l'impossibilità di prescindere da forme di cooperazione nel settore giudiziario. Si fece pertanto strada l'idea di creare uno spazio giuridico europeo³. Quasi contemporaneamente esigenze sempre più marcate di gestione dell'immigrazione clandestina e di lotta contro il terrorismo spinsero i ministri e gli esperti degli Stati membri a riunirsi in gruppi intergovernativi per coordinare le rispettive politiche⁴.

¹ Cfr. sul punto: SCOTTI, L., *La Cooperazione giudiziaria dal Trattato di Roma agli Accordi di Maastricht*, in *Doc. giust.*, 1992-I, pag. 1406 e ss.; FORTESCUE, A., *La coopération dans les domaines de la justice et des affaires intérieures dans le Traité de Maastricht*, in NASCIMBENE, B., (con la collaborazione di) PASTORE, M., *Da Schengen a Maastricht. Apertura delle frontiere, cooperazione giudiziaria e di polizia*, Giuffrè, Milano, 1995, pag. 28; ADAM, R., *La cooperazione nel campo della giustizia e degli affari interni: da Schengen a Maastricht*, in *Riv. Dir. Eu.*, 1994, pag. 225 e ss.; TIZZANO, A., *Il Trattato di Amsterdam*, CEDAM, Padova, 1998, pag. 73 e ss..

² Cfr. sulla concezione funzionalista TIZZANO, A., *Codice dell'Unione europea*, CEDAM, Padova, 1995, pag. XIII e ss.

³ Si tratta di una proposta avanzata dal Presidente della Repubblica francese Giscard d'Estaing in occasione del Consiglio europeo di Bruxelles del 1977.

⁴ Si segnala in particolare il gruppo TREVI, istituito nel dicembre del 1975 su proposta inglese, che riuniva i ministri degli Affari interni e della Giustizia dei Paesi membri della Comunità. Ai lavori del gruppo partecipavano anche funzionari, esperti e ufficiali di polizia. Al gruppo Trevi I, il cui mandato era limitato alla lotta contro il terrorismo, e al gruppo Trevi II, in materia di cooperazione di polizia, si aggiunsero il gruppo Trevi III, sulla criminalità organizzata e il traffico illecito di stupefacenti (precursore dell'European Drugs Unit e di Europol), e il gruppo Trevi 1992, sulle implicazioni per la polizia e la sicurezza per il Mercato unico europeo. Questo "laboratorio" si caratterizzava per la mancanza di un accordo internazionale posto a fondamento delle attività svolte, per l'assenza di un'istituzione permanente e di strumenti legali e per il carattere strettamente confidenziale e segreto dei lavori svolti. Le decisioni, adottate all'unanimità in questo contesto non venivano neppure rese note attraverso la loro pubblicazione. Il gruppo Trevi, pur acquistando col passare del tempo una maggiore ufficialità, non perse tuttavia quel carattere di cooperazione informale che lo contraddistingueva. I lavori svolti hanno giocato un ruolo fondamentale per l'introduzione nel Trattato UE della cooperazione in materia di giustizia e affari interni e per la formulazione della maggior parte delle disposizioni previste dalla Convenzione Europol. Con il Trattato di Maastricht le riunioni ministeriali del gruppo Trevi diventarono le riunioni del Consiglio GAI e Trevi perse la sua identità. Cfr. ELSSEN, C., *Les mécanismes institutionnels: Trevi, Schengen, Dublin*,

La firma dell'Atto unico europeo⁵ e la progressiva creazione di un mercato interno in cui fosse assicurata la libera circolazione delle persone, delle merci, dei servizi e dei capitali, portarono alla istituzionalizzazione della cooperazione politica europea⁶ e alla formazione di nuovi gruppi di cooperazione⁷. L'obiettivo perseguito da questi ultimi consisteva nel rafforzamento dei controlli alle frontiere esterne e nell'adozione di misure di cooperazione giudiziaria e di polizia per colmare il deficit di sicurezza derivante dalla liberalizzazione della circolazione interna. L'attività svolta in tale contesto fu particolarmente intensa e condusse alla formulazione di convenzioni internazionali⁸, in parte ispirate ai precedenti lavori del Consiglio d'Europa, che già da tempo si era fatto promotore di uno spazio giudiziario europeo su più vasta scala⁹. Solo

Maastricht, in PAULY, A., (sous la direction de), *Schengen en panne*, European Institute of Public Administration, Maastricht, 1994, pag. 43 e ss.

⁵ L'Atto unico europeo del 17 febbraio 1986 prevedeva che gli Stati membri della Comunità realizzassero entro il 1° gennaio 1993 un mercato interno. Quest'ultimo comportava uno spazio senza frontiere interne in cui le persone, le merci, i servizi e i capitali potessero circolare liberamente.

⁶ Il Titolo III dell'Atto unico europeo conteneva disposizioni sulla cooperazione europea in materia di politica estera. I meccanismi previsti erano tuttavia applicabili a tutti i settori della Cooperazione politica.

⁷ Il Gruppo dei Coordinatori, istituito dal Consiglio europeo di Rodi del dicembre 1988, era composto dai coordinatori nazionali in rappresentanza dei Ministeri degli Interni, della Giustizia o degli Affari Esteri degli Stati membri, e da un rappresentante della Commissione europea. Esso coordinava l'attività di gruppi settoriali quali il Gruppo Trevi in materia di cooperazione di polizia, il Gruppo per la cooperazione in materia giudiziaria ed il Gruppo ad hoc Immigrazione, creato su iniziativa inglese nel 1986. Il Gruppo dei coordinatori esercitava le sue funzioni nel quadro comunitario, ma rispondeva del suo operato al Consiglio europeo. Per una approfondita trattazione dei lavori svolti dal gruppo sulla cooperazione giudiziaria, cfr. LIBRANDO, V., *La cooperazione giudiziaria nell'ambito della Comunità economica europea: sette anni di attività (1984-1990)*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1990, pag. 7 e ss.

⁸ Tra le convenzioni elaborate nell'ambito della Cooperazione politica europea si possono citare: le tre Convenzioni di Bruxelles del 25 maggio 1987 sul trasferimento delle persone condannate, sull'applicazione del principio del *ne bis in idem* e sulla soppressione della legalizzazione degli atti civili, l'Accordo di San Sebastian del 26 maggio 1989 sulla semplificazione e la modernizzazione dei mezzi di trasmissione delle domande di estradizione, gli Accordi di Roma del 6 novembre 1990 sulla trasmissione dei procedimenti penali e sulla semplificazione delle procedure per il recupero dei crediti alimentari, la Convenzione dell'Aja del 13 novembre 1991 sull'esecuzione della condanne penali straniere. Di tutti questi accordi internazionali, solo la Convenzione di Bruxelles del 1987 sulla soppressione delle legalizzazione degli atti civili è entrata in vigore, anche se limitatamente ad alcuni Stati. I lavori svolti nell'ambito del Gruppo ad hoc Immigrazione hanno condotto all'elaborazione della Convenzione di Dublino sulla determinazione dello Stato competente per l'esame di una domanda d'asilo presentata in uno degli Stati membri, ed alla redazione del progetto di Convenzione sull'attraversamento delle frontiere esterne. Quest'ultimo non venne firmato a causa del contrasto creatosi tra Spagna e Regno Unito per la questione dei controlli sull'aeroporto di Gibilterra. Sul progetto cfr. O'KEEFFE, *The new Draft External Frontiers Convention and the Draft Visa Regulation*, in MONAR, MORGAN, (editors), *The Third Pillar of the European Union*, Bruxelles, 1994, pag. 135 e ss.; sulla Convenzione di Dublino e sul Progetto cfr. ROSSI, L.S., *Le Convenzioni fra gli Stati membri dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2000, pag. 75 e ss. e PASTORE, M., *La cooperazione intergovernativa nei settori dell'immigrazione, dell'asilo e della sicurezza interna*, in NASCIBENE, B., (con la collaborazione di) PASTORE, M., *Da Schengen a Maastricht. Aperture delle frontiere, cooperazione giudiziaria e di polizia*, Giuffrè, Milano, 1995, pag. 12 e ss.; cfr. le Conclusioni del Consiglio europeo di Maastricht del 9/10 dicembre 1991, in *Boll. CEE*, 12/91, pag. 9.

⁹ Il Consiglio d'Europa ha rappresentato un importante punto di riferimento ed un impulso per lo sviluppo di tali materie all'interno dell'Unione europea. Numerose convenzioni europee rientrano nell'acquis dell'UE; cfr. Convenzione europea del 13 dicembre 1957 sull'estradizione; Convenzione europea del 20 aprile 1959 sulla mutua assistenza in materia penale; Convenzione del 27 gennaio 1977 sulla repressione del terrorismo; Convenzione europea del 1970 sulla validità internazionale delle sentenze penali, Convenzione europea del 21 marzo 1983 sul trasferimento delle persone condannate. Cfr.

un ristretto numero di tali accordi entrò in vigore, ma i tentativi intrapresi costituirono il terreno su cui si innestò la cooperazione in seno al terzo pilastro dell'Unione¹⁰.

I lavori all'interno dei gruppi si svolsero secondo procedure dominate dalla segretezza e dalla scarsa trasparenza, tipiche dei negoziati diplomatici. Le decisioni furono prese dai vertici dei ministeri interessati, senza alcun coinvolgimento dei rispettivi parlamenti nazionali, chiamati solamente a ratificare le convenzioni precedentemente negoziate. A loro volta le istituzioni comunitarie non esercitarono alcun controllo, trattandosi di una cooperazione fra Stati al di fuori delle strutture e delle procedure comunitarie¹¹. Gli esecutivi nazionali avevano pertanto un ampio margine discrezionale nel definire l'oggetto dei negoziati e nello stabilire il carattere e i tempi di attuazione delle misure di compensazione. Una tale situazione non poteva che suscitare forti critiche. La realizzazione di un obiettivo comunitario, quale la libera circolazione delle persone in uno spazio senza frontiere interne, ricco di implicazioni per i diritti individuali, dipendeva dalle negoziazioni di organismi intergovernativi sulle quali la Comunità europea e i parlamenti nazionali non potevano in alcun modo incidere¹².

II: Gli Accordi di Schengen

Parallelamente agli sviluppi della Cooperazione politica europea, un gruppo di Stati membri concluse a Schengen, il 14 giugno 1985, una convenzione internazionale sull'eliminazione graduale dei controlli alle frontiere interne¹³. L'intento perseguito era quello di superare le difficoltà che a livello comunitario impedivano la realizzazione

MONAR, J., *The Dynamics of Justice and Home Affairs: Laboratories, Driving Factors and Costs*, in *Journal of Common Market Studies*, 2001, pag. 749 e ss.; SCOTTI, L., *op. cit.*, pag. 1406 e ss. Alcuni autori hanno tuttavia messo in dubbio che si potesse parlare di una vera volontà di creare uno spazio giuridico europeo. Tali convenzioni, infatti, si basavano sulla coesistenza e sulla connessione di spazi giuridici, dotati ciascuno delle proprie particolarità e prerogative. La mancanza di un controllo giurisdizionale e di istituzioni comuni, unita alla possibilità di porre delle riserve, in grado di creare impegni a "geometria variabile", rappresentavano ulteriori elementi di critica, cfr. BARBE, E., *Justice et affaires intérieures dans l'Union européenne. Un espace de liberté, de sécurité et de justice*, La Documentation Française, Paris, 2002, pag. 124 e ss. ; cfr. sul punto anche ROSSI, L.S., *Le Convenzioni fra gli Stati membri dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2000, pag. 73 e ss.;

¹⁰ Cfr. sul punto ROSSI, L.S., *Le Convenzioni fra gli Stati membri dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2000, pag. 75.

¹¹ I criteri di collegamento con le istituzioni comunitarie fissati dell'Atto unico europeo non devono trarre in inganno. La Commissione europea, pur essendo ufficialmente associata ai lavori dei gruppi, nella pratica era ammessa solo in veste di osservatore.

¹² La Corte di giustizia, nonostante la delicatezza degli argomenti trattati, non risultava competente ad interpretare gli accordi conclusi. Più volte il Parlamento europeo lamentò la scarsità delle informazioni ed il mancato coinvolgimento delle istituzioni comunitarie; cfr. Risoluzione del Parlamento europeo sulla libera circolazione delle persone nel mercato interno, in GUCE C 96/274 del 17 aprile 1990; Risoluzione del Parlamento europeo sulla libertà di circolazione e sui problemi relativi alla sicurezza nazionale nella Comunità, in GUCE C 267/197 del 14 ottobre 1991.

¹³ Gli Stati firmatari dell'Accordo di Schengen erano cinque: Francia, Germania, Belgio, Lussemburgo e Paesi Bassi.

della libera circolazione delle persone¹⁴. Il legame con gli obiettivi della Comunità risultava chiaramente dal Preambolo dell'Accordo, nel quale gli Stati dichiaravano di voler «pervenire all'eliminazione dei controlli alle frontiere comuni in relazione alla circolazione dei cittadini degli Stati membri delle Comunità»¹⁵.

L'Accordo prevedeva misure a breve termine, volte ad allentare i controlli alle frontiere interne, e misure a lungo termine, finalizzate all'eliminazione di tali controlli e al loro trasferimento alle frontiere esterne¹⁶. A questi impegni si aggiungevano quelli per l'armonizzazione delle politiche sui visti, sulle condizioni d'ingresso e, se necessario, su alcuni aspetti del diritto degli stranieri¹⁷.

La natura "programmatica" dell'Accordo rese indispensabile l'adozione di disposizioni specifiche. Dopo cinque anni di negoziati, le Parti contraenti firmarono a Schengen, il 19 giugno 1990, la Convenzione d'applicazione, che individuava le misure di armonizzazione necessarie per la soppressione dei controlli alle frontiere interne. Una parte della dottrina ha affermato che «dietro agli scopi dichiarati nel Preambolo di dare attuazione all'Accordo del 1985 e di realizzare la libera circolazione dei cittadini comunitari all'interno dell'area Schengen si celava il disegno estremamente ambizioso di disciplinare, con un unico strumento, tutti gli aspetti ritenuti, direttamente o indirettamente, correlati alla abolizione delle frontiere»¹⁸. La soppressione dei controlli alla libera circolazione nel territorio Schengen era percepita infatti come strettamente legata al rafforzamento delle frontiere esterne. Occorre tuttavia rilevare che se in un primo momento l'attenzione degli Stati contraenti era stata rivolta alla realizzazione della libera circolazione delle persone, in seguito si era spostata sull'aspetto sicurezza.

¹⁴ Alcuni Paesi, come il Regno Unito rifiutavano di approfondire la dimensione politica comunitaria e non erano disposti a cedere il controllo delle frontiere, tipica prerogativa sovrana dello Stato. Tale opposizione ebbe importanti ripercussioni anche in sede di negoziazione dell'Atto unico europeo. Quest'ultimo, se da un lato prevedeva la creazione di «uno spazio senza frontiere interne nel quale è assicurata la libera circolazione di persone, merci, servizi e capitali» (art. 8 A TCE), dall'altro manteneva in tali materie il voto all'unanimità del Consiglio e la semplice consultazione del Parlamento europeo; cfr. ROSSI, L.S., *Le Convenzioni fra gli Stati membri dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2000, pag. 82 e ss..

¹⁵ A beneficiare dell'eliminazione dei controlli alle frontiere interne erano tutti i cittadini degli Stati membri delle Comunità e non solo quelli delle Parti contraenti.

¹⁶ Con le prime, le Parti si impegnavano ad avvicinare le politiche in materia di visti, a combattere il traffico di droga e a rafforzare la cooperazione tra le autorità di polizia e quelle doganali nella lotta contro il crimine, l'ingresso ed il soggiorno irregolari, la frode fiscale e doganale ed il contrabbando. Con le seconde, invece, si adoperavano «per armonizzare le disposizioni legislative e regolamentari relative ai divieti e alle restrizioni sulle quali si basano i controlli e per adottare misure complementari per la salvaguardia della sicurezza e per impedire l'immigrazione clandestina di cittadini di Stati non membri delle Comunità europee», cfr. art. 17 dell'Accordo.

¹⁷ Le Parti contraenti si ispirarono a quanto era stato già realizzato con l'Unione economica del Benelux; cfr. Convenzione tra Belgio, Lussemburgo e Paesi Bassi del 11 aprile 1960 relativa alla soppressione dei controlli doganali, sorveglianza visiva dei veicoli turistici, instaurazione di visti, lotta contro la criminalità e la droga; cfr. O'KEEFFE, D., *The Schengen Convention. A Suitable Model for European Integration?*, in *Yearbook of European Law*, 1991, pag. 187; cfr. SCHUTTE, J.J.E., *Schengen, Its Meaning for the Free Movement of Person in Europe*, in *Common Market Law Review*, 1991, pag. 550; MONTAIN-DOMENAC, J., *L'Europe de la sécurité intérieure*, Monstchrestien, Paris, 1999, pag. 32.

¹⁸ ROSSI, L.S., *Le Convenzioni fra gli Stati membri dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2000, pag. 88.

Quest'ultimo obiettivo giustificava pertanto i legami tra l'immigrazione e la lotta contro il terrorismo, il crimine organizzato e il traffico di stupefacenti. La prevalenza data all'aspetto "sicurezza" evidenziava un approccio "di polizia" che esulava tuttavia dall'obiettivo comunitario di realizzare una delle libertà fondamentali del mercato interno¹⁹. Il difficile equilibrio tra il mantenimento dell'ordine e la protezione dei diritti non sempre risultava assicurato. Nell'analizzare i contenuti della Convenzione d'applicazione si cercherà pertanto di evidenziare tali squilibri.

La Convenzione Schengen si componeva di otto titoli rispettivamente dedicati a: I) le definizioni dei termini impiegati²⁰, II) l'abolizione dei controlli alle frontiere interne e la circolazione delle persone²¹, III) la polizia e la sicurezza²², IV) il Sistema d'Informazione Schengen (SIS)²³, V) i trasporti e il traffico merci, VI) la protezione dei dati personali²⁴, VII) il Comitato esecutivo²⁵ e VIII) le disposizioni finali.

Beneficiari della libera circolazione delle persone all'interno del territorio Schengen non erano solo i cittadini degli Stati membri delle Comunità europee, ma anche gli stranieri. Per questi ultimi, tuttavia, l'esercizio di tale libertà appariva più limitato²⁶. Tra i requisiti cui era subordinato il loro ingresso nel territorio vi era anche quello di non essere stati segnalati ai fini della non ammissione²⁷ e quello di non essere stati considerati «pericolosi per l'ordine pubblico e la sicurezza nazionale (...) di una delle Parti contraenti»²⁸. In mancanza di un'armonizzazione delle nozioni di ordine pubblico e di sicurezza nazionale, l'ingresso degli stranieri era lasciato alla discrezionalità di ogni singolo Stato, che non era soggetta ad alcun controllo sovranazionale. Diversamente, a livello comunitario, la Corte di giustizia aveva affermato che i limiti dell'ordine pubblico e della sicurezza nazionale dovevano essere

¹⁹ ROSSI, L.S., op. cit., pag. 87.

²⁰ Viene determinato il significato di frontiere interne ed esterne, di straniero, di controllo frontaliero, di richiedente asilo, ecc.

²¹ Il Titolo II, a sua volta, si suddivide in: capitolo I sul passaggio alle frontiere, capitolo II sul passaggio alle frontiere esterne, capitolo III sui visti (visto di breve durata, uniforme per tutti gli Stati contraenti, e visto per periodi superiori a tre mesi, rilasciato dai singoli Stati, in base ai rispettivi ordinamenti), capitolo IV sulla condizione degli stranieri, capitolo V sui titoli di soggiorno e segnalazioni ai fini della non ammissione, capitolo VI sulle misure di accompagnamento, capitolo VII sulla responsabilità per l'esame delle domande d'asilo.

²² Questo titolo si occupa di materie eterogenee. La cooperazione fra polizie, la reciproca assistenza giudiziaria nella cause penali, l'applicazione del principio del *ne bis in idem*, l'extradizione, il trasferimento di esecutività delle sentenze penali, le sostanze stupefacenti, le armi e le munizioni.

²³ Il SIS raccoglie le segnalazioni di ogni Parte contraente relative a persone o cose. Le autorità designate possono consultare automaticamente tali informazioni, in occasione di controlli alle frontiere esterne o di verifiche di polizia o doganali all'interno del Paese.

²⁴ Tale titolo distingue tre forme di trasmissione di dati personali: quella tra archivi automatizzati, quella tra archivi non automatizzati, e quella che non rientra nei due precedenti casi.

²⁵ Tale organo vigila alla corretta applicazione della Convenzione d'applicazione, adotta disposizioni esecutive all'unanimità, aventi la stessa efficacia delle disposizioni dell'Accordo.

²⁶ Cfr. ROSSI, L.S., op. cit., pag. 94; GAJA, G., *Le "due velocità" in tema di circolazione della persone*, in *Riv. dir.internaz.*, 1989, pag. 639 e ss.; O'KEEFFE, D., *The Schengen Convention. A Suitable Model for European Integration?*, in *Yearbook of European Law*, 1991, pag. 190 e ss.

²⁷ La segnalazione era inserita nel Sistema d'Informazione Schengen.

²⁸ Art. 5 par. 1 lett. d) ed e) della Convenzione di applicazione.

interpretati restrittivamente, evitando che venissero determinati unilateralmente dai singoli Stati membri senza alcun controllo da parte delle istituzioni comunitarie²⁹.

La Convenzione Schengen, proponendosi di disciplinare la libera circolazione delle persone in tutti i suoi aspetti, dedicava un ampio capitolo alla responsabilità per l'esame delle domande di asilo³⁰. Le Parti contraenti riaffermavano i loro obblighi derivanti dalla Convenzione di Ginevra del 1957, emendata dal protocollo di New York del 1967³¹. Un tale richiamo non poteva tuttavia apparire sufficiente, in mancanza di un controllo giurisdizionale che sanzionasse l'eventuale violazione dei diritti dei richiedenti asilo. Talune disposizioni della Convenzione suscitavano infatti qualche preoccupazione. L'art. 3 par. 2, punendo senza alcuna specificazione l'attraversamento illegale delle frontiere esterne, si poneva in conflitto con la Convenzione di Ginevra che vieta la penalizzazione dell'ingresso illegale da parte dei rifugiati e dei richiedenti asilo³². A sua volta, l'art. 38 della Convenzione, pur prevedendo alcune cautele nella trasmissione dei dati sui richiedenti asilo, includeva, fra quelli soggetti a segnalazione, anche dati non essenziali, come la cittadinanza dei familiari o «altri elementi necessari per stabilire l'identità del richiedente».

Dalle disposizioni sulla cooperazione di polizia si evince che la sicurezza rappresentava la principale preoccupazione degli Stati contraenti³³. Ne è una dimostrazione l'attribuzione alle autorità di polizia di nuovi poteri³⁴, non accompagnata da un apposito controllo giurisdizionale esterno³⁵. Appare discutibile anche la possibilità lasciata alle rispettive autorità competenti di scambiarsi informazioni per la repressione di infrazioni future³⁶. Una tale previsione si poneva infatti in palese

²⁹ Corte di giustizia, sent. del 27 ottobre 1977, causa 30/77, *Regina c. Bouchereau*, in Racc. 1977, pag. 1999.

³⁰ Per scongiurare il fenomeno dei "rifugiati in orbita", l'esame della domanda d'asilo doveva essere effettuato da un solo Stato, individuato in base ad appositi criteri espressamente elencati. Il responsabile dell'esame non era tenuto ad accettare la domanda, ma conservava il diritto di respingere ed allontanare il richiedente asilo, in base a quanto previsto dal proprio ordinamento nazionale. Sulla materia era intervenuta anche la Convenzione di Dublino, firmata da tutti Stati membri delle Comunità europee il 15 giugno 1990 ed entrata in vigore solo il 1° settembre 1997, in GUCE, C 254 del 19 agosto 1997. Il problema della parziale sovrapposizione dei due testi fu risolto da un apposito protocollo in cui gli Stati Schengen stabilirono che la materia sarebbe stata regolata dalla Convenzione di Dublino, una volta entrata in vigore. Per un'ampia trattazione cfr. BERGER, N., *La politique européenne d'asile et d'immigration. Enjeux et perspectives*, Bruylant, Bruxelles, 2000.

³¹ L'art. 135 della Convenzione d'applicazione di Schengen riconosceva la prevalenza della Convenzione di Ginevra. La Convenzione di Dublino, invece, non prevede una disposizione simile.

³² Cfr. O'KEEFFE, D., *The Schengen Convention. A Suitable Model for European Integration?*, in *Yearbook of European Law*, 1991, pag. 200 e ss.

³³ ROSSETTO, J., *Le contrôle judiciaire dans la Convention de Schengen et dans le troisième pilier*, in DEN BOER, M., *The implementation of Schengen: First the Widening, Now the Deepening*, European Institute of Public Administration, Maastricht, 1997, pag. 28

³⁴ Si veda per esempio, la possibilità di osservazione a distanza e di inseguimento transfrontaliero, artt. 41 e 43 della Convenzione d'applicazione.

³⁵ O'KEEFFE, D., *The Schengen Convention. A Suitable Model for European Integration?*, in *Yearbook of European Law*, 1991, pag. 203 e ss.

³⁶ Art. 46 della Convenzione.

contraddizione con i principi della Convenzione n. 108 del Consiglio d'Europa³⁷ e con quelli della Raccomandazione (87)15 del Comitato dei Ministri³⁸, secondo i quali la raccolta di dati per fini di polizia è ammessa solamente per la prevenzione di un pericolo reale o per la repressione di una specifica infrazione penale.

Nell'ambito della cooperazione in materia penale, la necessità di una maggiore efficienza nella lotta contro il crimine superava quella di garanzia a favore di chi era sottoposto a procedure di controllo e di repressione³⁹. Ne erano un esempio, la reciproca assistenza giudiziaria penale tra autorità competenti non accompagnata da garanzie minime di assistenza legale per gli incriminati e la mancata previsione di un accesso autonomo della difesa alle informazioni provenienti dall'estero⁴⁰.

In risposta all'esigenza di rendere la cooperazione tra le polizie nazionali più efficace venne istituito il Sistema d'Informazione Schengen (SIS). Tale sistema, composto da banche dati nazionali collegate ad un'unità centrale di supporto, consentiva alle autorità competenti di disporre delle segnalazioni di persone e di oggetti⁴¹ in occasione di controlli alle frontiere esterne, di verifiche doganali e di polizia e ai fini della procedura di rilascio dei visti e dei documenti di soggiorno⁴². L'inserimento delle segnalazioni nel SIS era regolato dalle legislazioni nazionali, ciascuna caratterizzata da un proprio standard di tutela della riservatezza. La mancata armonizzazione della materia rappresentava un grave difetto, essendo in grado di creare disparità tra gli individui⁴³.

Nonostante l'espresso divieto di inserire nel SIS i "dati sensibili"⁴⁴ elencati nell'art. 6 della Convenzione n. 108 del Consiglio d'Europa, l'art. 94 comprendeva tra i dati ammessi non solo quelli prettamente identificativi, ma anche i segni fisici ed il motivo della segnalazione, strettamente legati alla sfera personale.

³⁷ Convenzione n. 108 del 28 gennaio 1981 sulla protezione delle persone rispetto al trattamento automatizzato di dati di carattere personale, entrata in vigore il 1° ottobre 1985. I primi firmatari della Convenzione furono: Austria, Danimarca, Francia, Germania, Lussemburgo, Norvegia, Portogallo, Svezia, Turchia. Attualmente (aggiornamento al 26 dicembre 2004) gli Stati firmatari sono 38.

³⁸ Raccomandazione del Comitato dei Ministri R(87)15 del 17 settembre 1987 sulla regolamentazione dell'uso dei dati di carattere personale nel settore di polizia.

³⁹ PERDUCA, A., *Le prospettive della cooperazione giudiziaria in Europa dopo Schengen*, in NASCIBENE, B., (con la collaborazione di) PASTORE, M., *Da Schengen a Maastricht. Aperture delle frontiere, cooperazione giudiziaria e di polizia*, Giuffrè, Milano, 1995, pag. 62.

⁴⁰ Cfr. O'KEEFFE, D., *The Schengen Convention. A Suitable Model for European Integration?*, in *Yearbook of European Law*, 1991, pag. 203; BONTEMPI, R., *Gli Accordi di Schengen*, in NASCIBENE, B., (con la collaborazione di) PASTORE, M., *Da Schengen a Maastricht. Aperture delle frontiere, cooperazione giudiziaria e di polizia*, Giuffrè, Milano, 1995, pag. 46.

⁴¹ Si tratta delle persone ricercate per l'arresto, degli stranieri segnalati ai fini della non ammissione, delle persone scomparse o sotto protezione, dei testimoni e delle persone citate a comparire in un procedimento penale, delle persone o dei veicoli sottoposti a sorveglianza discreta o controllo specifico e degli oggetti ricercati a scopo di sequestro o di prova in un procedimento penale.

⁴² Art. 92 della Convenzione.

⁴³ MAHMOOD, S., *The Schengen Information System: An Inequitable Data Protection Regime*, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 7, 1995, pag. 183 e ss.

⁴⁴ Si tratta dei dati personali relativi all'origine razziale, alle opinioni politiche, alle convinzioni religiose, alla salute e alla vita sessuale.

Lo scambio dei dati era accompagnato da apposite garanzie per il rispetto dei diritti individuali. Basti citare il divieto di utilizzare i dati per scopi diversi da quelli per i quali erano stati raccolti, l'obbligo per l'organo di gestione dell'archivio nazionale di registrare le trasmissioni di dati personali, la responsabilità della Parte contraente derivante da una segnalazione, l'obbligo per ogni Stato contraente di istituire una autorità centrale responsabile del corretto funzionamento della sezione nazionale, il diritto dell'interessato di ottenere la correzione e la cancellazione dei dati e di adire il giudice per la loro rettifica, l'obbligo di cancellazione dei dati trascorso il periodo necessario alla finalità per la quale erano stati raccolti, l'obbligo di istituire un'autorità di controllo dell'archivio della sezione nazionale e una autorità di controllo dell'unità di supporto tecnico, l'impegno di ciascuna Parte contraente di adottare, per l'elaborazione automatizzata dei dati personali, le disposizioni nazionali necessarie ad assicurare un livello di protezione uguale almeno a quello previsto dalla Convenzione. La protezione del diritto alla riservatezza risultava tuttavia in pericolo per le ampie deroghe alle garanzie sopra elencate e per l'utilizzo di una terminologia dai contorni vaghi⁴⁵. L'"interesse di polizia" risultava prevalere sulle esigenze di tutela della privacy. A conferma di tale considerazione ricorrevano le disposizioni di cui gli artt. 96 e 99. La prima riguardava i dati relativi agli stranieri segnalati ai fini della non ammissione. Il loro inserimento avveniva sulla base di decisioni prese dalle autorità amministrative o dagli organi giurisdizionali. Tali decisioni erano fondate sulla circostanza che la presenza sul territorio nazionale di uno straniero condannato per un reato punibile con pena detentiva di almeno un anno o nei cui confronti esistevano ragioni serie di credere che avesse commesso o si proponesse di commettere fatti gravi costituissero una minaccia all'ordine pubblico, alla sicurezza pubblica o alla difesa nazionale. La citata disposizione si poneva in contrasto con l'art. 6 della Convenzione n. 108 che vieta l'elaborazione automatica dei dati relativi alle condanne penali. Il carattere indeterminato e l'utilizzazione di semplici presunzioni suscitavano, inoltre, dubbi circa la conformità della norma con il principio di non eccessività di cui all'art. 5 della richiamata Convenzione europea. L'art. 99, a sua volta, sanciva la possibilità raccogliere e trasmettere informazioni che andavano ben oltre la mera identificazione del soggetto, quali, per esempio, l'itinerario e la destinazione del viaggio o le persone che accompagnavano il soggetto. Da queste informazioni si potevano pertanto desumere quei dati sensibili previsti dall'art. 6 della Convenzione n. 108. L'art. 99 inoltre subordinava le segnalazioni effettuate dalla Parte contraente ai fini di una sorveglianza discreta o di un controllo specifico ad indizi reali, volti a dimostrare che il soggetto intendeva commettere o avrebbe commesso fatti punibili di estrema gravità. Una tale previsione si poneva in contrasto con la Raccomandazione (87)15 secondo la quale la

⁴⁵ Cfr per esempio gli artt. 102 e 109. Per un esame più approfondito delle problematiche relative al Sistema d'Informazione Schengen e al rispetto del diritto alla privacy, cfr. Cap. II.

raccolta dei dati personali deve limitarsi alla prevenzione di un pericolo concreto o di un reato determinato. La mancanza di un'autorità giudiziaria che controllasse se le reali indicazioni fossero sufficienti per giustificare un tale inserimento metteva ancora più in pericolo il rispetto dei diritti individuali⁴⁶.

Le disposizioni della Convenzione dedicate alla protezione dei dati personali⁴⁷ suscitano considerazioni analoghe. L'art. 126, dopo aver subordinato la trasmissione dei dati automatizzati di natura personale all'adozione da parte di ogni Stato contraente delle disposizioni necessarie per ottenere un livello di tutela almeno pari a quello derivante dai principi della Convenzione n. 108 del Consiglio d'Europa, elencava una serie di garanzie. Tra queste si segnalavano: l'uso dei dati solo per i fini per i quali era stata prevista la trasmissione, salvo autorizzazione della Parte che li trasmetteva, l'utilizzazione dei dati solo da parte delle autorità giudiziarie o di altre autorità nell'esercizio delle loro funzioni, l'obbligo della Parte contraente che ha trasmesso i dati di vigilare sulla loro esattezza e provvedere a correggerli o a menzionarne l'inesattezza, il dovere dello Stato contraente che ha utilizzato dati inesatti di risarcire i danni arrecati alla persona lesa, con rivalsa sullo Stato che li ha trasmessi, la registrazione della trasmissione e della ricezione dei dati nell'archivio di provenienza e in quello in cui sono inseriti. Non vi era tuttavia una norma che prevedesse l'obbligo di comunicare alla persona interessata l'avvenuto scambio dei dati, sebbene tale diritto potesse essere previsto dalla legislazione nazionale. Il frequente rinvio alle disposizioni previste dal diritto nazionale di ogni Parte contraente rischiava di creare una mancanza di uniformità nella registrazione dei dati nel SIS e, più in generale, nell'applicazione della Convenzione di Schengen.

Le garanzie sopra richiamate non erano tuttavia applicabili alle trasmissioni di dati riguardanti la cooperazione giudiziaria in materia penale. In relazione a queste ultime, le Parti contraenti si impegnavano, secondo l'art. 129, a raggiungere un livello di protezione dei dati personali che rispettasse i principi della Raccomandazione (87)15. Anche la gestione delle domande di asilo era del tutto esclusa dall'ambito di applicazione dell'art. 126. Essa era sottoposta ad un'autonoma disciplina che trovava

⁴⁶ cfr. MAHMOOD, S., *The Schengen Information System: An Inequitable Data Protection Regime*, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 7, 1995, pag. 189 e ss.; cfr. ROSSI, L.S., *La protezione dei dati personali negli Accordi di Schengen alla luce degli standards fissati dal Consiglio d'Europa e dalla Comunità europea*, in NASCIMBENE, B., (con la collaborazione di) PASTORE, M., *Da Schengen a Maastricht. Aperture delle frontiere, cooperazione giudiziaria e di polizia*, Giuffrè, Milano, 1995, pag. 62. Secondo VAN LANCKER, A., *Transparency and Accountability of Schengen*, in DEN BOER, M., (edited by), *Schengen, judicial cooperation and policy coordination*, Institut européen d'administration publique, 1997, pag. 65, il SIS è usato principalmente come data base per le persone "indesiderabili". Un elevato numero di dati riguarda infatti gli stranieri che non hanno ottenuto il permesso di entrare nel territorio Schengen.

⁴⁷ Titolo VI della Convenzione di applicazione.

fondamento nelle cautele previste dall'art. 38⁴⁸. Nessun ragionevole motivo tuttavia giustificava una tale diversità di trattamento⁴⁹.

Analoghe considerazioni possono essere fatte con riferimento all'art. 127 che regolava il trasferimento dei dati non elaborati automaticamente. Esso stabiliva che la registrazione delle trasmissioni dei dati personali venisse fatta per iscritto e che lo Stato destinatario garantisse un livello di protezione almeno pari a quello previsto dal proprio diritto nazionale. Riguardo all'accesso ai dati la norma richiamava l'applicazione del diritto nazionale della Parte contraente alla quale la persona interessata aveva presentato domanda. Tali garanzie non potevano tuttavia trovare applicazione per gli stessi casi già esclusi dall'art. 126.

Le ampie deroghe previste lasciavano pertanto ben poco spazio a quelle garanzie che la Convenzione, proprio per i rischi di ledere i diritti individuali, avrebbe dovuto assicurare in maniera più decisa.

Il titolo VII regolava le funzioni e la composizione del Comitato esecutivo. Quest'ultimo, formato da un rappresentante a livello ministeriale, per ogni Stato contraente, adottava, nel corso di riunioni a porte chiuse⁵⁰, decisioni e dichiarazioni⁵¹, per garantire la corretta applicazione della Convenzione. Il difetto di trasparenza del processo decisionale e la mancata previsione di un organo assembleare di natura parlamentare con funzioni di controllo democratico⁵² apparivano particolarmente gravi in un settore, come quello regolato dagli Accordi di Schengen, in grado di incidere sui diritti dei cittadini e degli stranieri⁵³. Risultava ancora più criticabile l'assenza di un

⁴⁸ L'art. 38 includeva tra i dati trasmissibili alcuni elementi non qualificabili come indispensabili ai fini dell'individuazione del richiedente asilo. Cfr. *supra*.

⁴⁹ Cfr. O'KEEFFE, D., *op. cit.*, pag. 208; MAHMOOD, S., *op. cit.*, pag. 196.

⁵⁰ La Commissione europea poteva parteciparvi in qualità di osservatore.

⁵¹ Tali atti, adottati all'unanimità, non venivano pubblicati, essendo coperti dal dovere di segretezza.

⁵² A svolgere un controllo democratico non erano chiamati nemmeno i parlamenti nazionali che non venivano né consultati né informati dai rispettivi governi. *Contra* cfr. VAN DE RIJDT, W., *Le fonctionnement des institutions Schengen. "Pragmatisme, toujours"*, in DEN BOER, M., (edicted by), *Schengen's Final Days? The incorporation of Schengen into the New TEU, External Borders and Information System*, 1998, pag. 63 che evidenzia due aspetti di parziale controllo sul sistema Schengen: la presentazione delle presidenza Schengen alla commissione Affari interni e libertà pubbliche del PE almeno una volta a semestre, la verifica dei parlamenti nazionali, ciascuno secondo le regole del proprio ordinamento (ne è un esempio l'istituzione in Italia di una comitato parlamentare di controllo sull'attuazione e sul funzionamento della Convenzione di applicazione di Schengen, cfr. per un'approfondita analisi NASCIMBENE, B., *L'incorporazione degli Accordi di Schengen nel quadro dell'Unione europea e il futuro ruolo del comitato parlamentare di controllo*, in *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Comunitario*, 1999, 731 e ss.). Per la protezione dei dati personali, la Convenzione d'applicazione prevedeva inoltre l'istituzione di un'autorità di controllo in ogni Stato contraente e di un'autorità di controllo comune (artt. 114-115).

⁵³ Sul punto cfr. CURTIN, D., MEIJERS, H., *The principle of open government in Schengen and the european Union: democratic retrogression?*, in *Common Market Law Review*, 1995, pag. 414 e ss.; VAN LANCKER, A., *Transparency and Accountability of Schengen*, in DEN BOER., M., (edited by), *Schengen, Judicial Cooperation and Policy Coordination*, European Istitut of Public Administration, 1997, pag. 66 e ss.; PAPAGIANNI, G., *Free Movement of Person in the Light of the New Title IV TEC: From Intergovernmentalism Towards a Community Policy*, in *Yearbook of European Law*, 2002, pag. 117; BONTEMPI, R., *Gli Accordi di Schengen*, in NASCIMBENE, B., *Da Schengen a Maastricht*, 1995, pag. 44 e ss.; VAN OUIRIVE, L., *La collaboration policière en Europe: de Schengen à Europol*, in NASCIMBENE, B., *Da Schengen a Maastricht*, 1995, pag. 81; WAGNER, E., *The integration of*

controllo giurisdizionale sovranazionale competente a pronunciarsi in caso di violazione della Convenzione o di dubbi circa la sua interpretazione⁵⁴. La mancata previsione non era il frutto di una svista, ma la conseguenza di una volontà deliberata. Le Parti contraenti avevano infatti preferito attribuire al Comitato esecutivo il potere di regolare, in via diplomatica, eventuali conflitti tra gli Stati contraenti⁵⁵, segno evidente del prevalere delle esigenze di tutela della sicurezza su quelle di protezione dei diritti individuali.

La Convenzione infine conteneva alcune disposizioni volte a regolare il rapporto con il diritto comunitario. Nel Preambolo le parti contraenti ribadivano il loro impegno nella creazione di uno spazio senza frontiere interne, che rappresentava uno degli obiettivi previsti dal Trattato CEE e dall'Atto unico europeo, senza pregiudicarne le misure di attuazione. L'art. 134 stabiliva che le disposizioni della Convenzione sarebbero state applicabili solo se compatibili con il diritto comunitario⁵⁶. In caso di convenzioni concluse tra gli Stati membri per realizzare uno spazio senza frontiere interne⁵⁷, doveva invece essere attivata una procedura di adattamento della Convenzione Schengen per le disposizioni con esse incompatibili⁵⁸.

Schengen into the framework of the European Union, in *Legal Issues of European Integration*, 1998/2, pag. 7 e ss.; CONDINANZI, M., LANG, A., NASCIMBENE, B., *Cittadinanza dell'Unione e libera circolazione delle persone*, Giuffrè, Milano, 2003, pag. 227; VAN DE RIJST, W., *Le fonctionnement des institutions Schengen. "Pragmatisme, toujours"*, in DEN BOER, M., (edited by), *Schengen's Final Days? The incorporation of Schengen into the New TEU, External Borders and Information System*, 1998, pag. 60 e ss.; THYM, D., *The Schengen Law: A Challenge for Legal Accountability in the European Union*, in *European Legal Journal*, 2002, pag. 221 e ss.; GORTAZAR, C., *Abolishing Border Controls: Individual Rights and Common Control of EU External Borders*, in GUILD, E., HARLOW, C., (edited by), *Implementing Amsterdam Immigration and Asylum rights in EC Law*, Oxford, 2001, pag. 126 e ss.

⁵⁴ Il Parlamento olandese aveva subordinato la ratifica della Convenzione all'introduzione di un controllo giurisdizionale. Il Parlamento europeo, a sua volta, aveva sollecitato i parlamenti degli Stati contraenti a premere affinché i rispettivi governi introducessero una adeguata protezione giurisdizionale degli individui. Più in particolare, gli eurodeputati avevano sostenuto l'opportunità di attribuire alla Corte di giustizia la competenza a pronunciarsi in via pregiudiziale sull'interpretazione della Convenzione, cfr. risoluzione del 19 novembre 1992, in GUCE C 337/214. L'assenza di un controllo giurisdizionale caratterizzava anche la Convenzione di Dublino del 1990 sull'esame della domanda d'asilo. Sul deficit giurisdizionale, cfr. O' KEEFFE, D., *The Schengen Convention: A Suitable Model for European Integration?*, in *Yearbook of European Law*, 1991, pag. 212 e ss.; MONTAIN-DOMENACH, J., *L'Europe de la sécurité intérieure*, Montchrestien, Paris, 1999, pag. 36 e ss.; VAN LANCKER, A., *Transparency and Accountability of Schengen*, in DEN BOER, M., (edited by), *Schengen, Judicial Cooperation and Policy Coordination*, European Institute of Public Administration, 1997, pag. 63 e ss.; CURTIN, D., MEIJERS, H., *The principle of open government in Schengen and the European Union: democratic retrogression?*, in *Common Market Law Review*, 1995, pag. 416;

⁵⁵ ROSSETTO, J., *Le contropartite giudiziarie dans la Convention de Schengen et dans le troisième pilier*, in DEN BOER, M., (edited by), *Schengen, Judicial Cooperation and Policy Coordination*, European Institute of Public Administration, 1997, pag. 28 e ss.

⁵⁶ Una ulteriore clausola di subordinazione era prevista dall'art. 135 con riferimento alla Convenzione di Ginevra del 1951 e al Protocollo di New York del 1967. Nessuna analoga disposizione, invece, attribuiva tale prevalenza alla Convenzione n. 108 del Consiglio d'Europa sul trattamento dei dati personali.

⁵⁷ Cfr. per esempio la Convenzione di Dublino del 1990.

⁵⁸ Art. 142 della Convenzione d'applicazione; cfr. ROSSI, L.S., *Le Convenzioni fra gli Stati membri dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2000, pag. 89 e ss. Tale rapporto è mutato con l'incorporazione degli Accordi Schengen operata dal Trattato di Amsterdam. In caso di contrasto tra le convenzioni del

Gli Accordi di Schengen, nonostante le lacune e i difetti evidenziati, hanno rappresentato il più importante “laboratorio” per sperimentare una maggiore integrazione tra gli Stati membri, e, più in particolare, per creare uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia⁵⁹.

III: Il Trattato di Maastricht

Il Trattato sull'Unione europea, firmato a Maastricht il 7 febbraio 1992, ha segnato il superamento della concezione funzionalistica e il passaggio ad una nuova entità con fini non solo economici, ma anche politici. Una delle principali novità è costituita dalla struttura in tre pilastri: la Comunità, la Politica estera e di sicurezza comune (PESC), la Cooperazione in materia di giustizia e affari interni (GAI). L'istituzionalizzazione di quest'ultima rispondeva all'esigenza di assicurare coerenza, continuità e coordinamento alle azioni svolte in questo settore al di fuori dell'Unione⁶⁰. Tuttavia attorno ad un quadro istituzionale unico⁶¹, il Consiglio è riuscito nella pratica ad evitare che le altre istituzioni partecipassero efficacemente al processo decisionale. Una certa analogia si rileva infatti tra le materie elencate nell'art. K.1⁶² e quelle precedentemente regolate dagli Accordi di Schengen. A differenza di questi ultimi, tuttavia, la cooperazione nei settori del terzo pilastro era esplicitamente subordinata al rispetto di quanto previsto dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 1950. Tale obbligo, assente negli Accordi di

terzo pilastro e le norme precedentemente previste dagli Accordi di Schengen che sono state comunitarizzate prevalgono queste ultime.

⁵⁹ È stato infatti sostenuto che il più grande successo di Schengen sarebbe stato quello di diventare inutile, una volta che le sue regole fossero divenute applicabili per tutti gli Stati membri, cfr. ELSEN, C., *Schengen et la coopération dans les domaines de la justice et des affaires intérieures. Besoins actuels et options futures*, in DER BOER, M., (edited by), *The implementation of Schengen. First the Widening, Now the Deepening*, European Institut of Public Administration, Maastricht, 1997, pag. 63 e ss.; cfr. GUIMEZANES, N., *La Convention de Schengen: une présentation française*, in PAULY, A., (sous la direction de), *Schengen en panne*, European Institute of Public Administration, Maastricht, 1994, pag. 5 e ss.; cfr. Schengen come “laboratorio”, MONAR, J., *The Dynamic of Justice and Home Affairs: Laboratories, Driving factors and Costs*, in *Journal of common market studies*, 2001, pag. 757 e ss.; cfr. anche ANDERSON, M., DEN BOER, M., MILLER, G., *European citizenship and cooperation in justice and home affairs*, in DUFF, A., (edited by), *Maastricht and Beyond. Building the European Union*, 1994, pag. 105 e ss.

⁶⁰ Cfr. *supra* par. II, III.

⁶¹ Le istituzioni comunitarie erano competenti a lavorare per le politiche comuni e per le materie oggetto della cooperazione intergovernativa tra Stati membri.

⁶² Si tratta di nove ambiti ritenuti di interesse comune: politica d'asilo, norme che disciplinano l'attraversamento delle frontiere esterne e relativi controlli, politica d'immigrazione (entrata e circolazione dei cittadini degli Stati terzi; condizioni di soggiorno dei cittadini dei paesi terzi, compresi il ricongiungimento familiare e l'accesso all'occupazione), lotta contro l'immigrazione clandestina, lotta contro la tossicodipendenza, lotta contro la frode su scala internazionale, cooperazione giudiziaria civile e penale, cooperazione doganale, cooperazione di polizia, ristretta alla lotta contro il terrorismo, il traffico illecito di droga e altre forme di criminalità.

Schengen e nei Trattati originari, trovava infatti espresso riconoscimento nell'art. K.2 e, più in generale, nell'art. F del Trattato sull'Unione⁶³. La Corte di giustizia tuttavia non era competente ad interpretare nessuna delle due disposizioni.

Nonostante il quadro istituzionale unico, la cooperazione in materia di giustizia e affari interni manteneva un carattere prettamente intergovernativo⁶⁴. Il ruolo principale era svolto dal Consiglio che, deliberando all'unanimità⁶⁵, poteva adottare posizioni comuni e azioni comuni ed elaborare convenzioni. Tale posizione di preminenza risultava rafforzata da una pesante procedura che vedeva coinvolti il Comitato dei Rappresentanti Permanenti (COREPER) ed il Comitato di coordinamento previsto dall'art. K. 4, col compito di preparare i lavori del Consiglio. Il processo decisionale si svolgeva a porte chiuse e i risultati dei voti rimanevano segreti⁶⁶.

Le altre istituzioni comunitarie non disponevano di poteri che potessero fungere da contrappeso alla posizione del Consiglio⁶⁷. Il Parlamento europeo infatti non esercitava alcun controllo sugli atti adottati, essendo solamente informato dei lavori svolti e consultato sui principali aspetti della cooperazione in materia di giustizia e affari interni⁶⁸. Un tale coinvolgimento confinava i rappresentanti dei popoli dell'Unione in una posizione diversa da quella ricoperta in ambito comunitario. Essa non risultava in armonia con le procedure democratiche nazionali, ma costituiva pur sempre un passo in avanti rispetto alle convenzioni concluse nell'ambito della cooperazione politica europea e a quelle previste dall'art. 220 (oggi 293) TCE che escludevano qualsiasi partecipazione del PE.

Il ruolo della Commissione appariva significativamente limitato. Nelle materie elencate dall'art. K. 1 parr. 1-6 essa condivideva il potere d'iniziativa legislativa con gli

⁶³ L'art. F par. 2. recitava: «L'Unione rispetta i diritti fondamentali quali garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario». La norma richiama quanto affermato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, cfr. Sentenza del 17 dicembre 1970, causa 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, in *Racc.*, 1970, p. 1125 e ss., Sentenza del 14 maggio 1974, causa 4/73, *Nold*, in *Racc.*, 1974, pag. 491 e ss., Sentenza del 28 ottobre 1975, causa 36/75, *Rutili*, in *Racc.*, 1975, pag. 1219 e ss. Seppur in assenza di una disposizione relativa all'adesione della Comunità alla CEDU, l'Unione si impegna a rispettare i diritti in essa previsti. Cfr. sull'adesione della Comunità alla CEDU e sul Parere 2/94 della Corte di giustizia, ROSSI, L.S., *Il parere 2/94 sull'adesione della Comunità alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Dir. Unione europea*, 1996, p. 939 e ss. L'art. K.2 richiama la CEDU e la Convenzione di Ginevra del 1957, senza fare alcun riferimento alle tradizioni costituzionali comuni, previste dall'art. F.

⁶⁴ Costituiva un'eccezione la politica comune dei visti, ricondotta alla competenza della Comunità. L'art. 100 C prevedeva infatti che il Consiglio, deliberando all'unanimità, su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo, determinasse i paesi terzi i cui cittadini dovevano essere in possesso di un visto per l'attraversamento delle frontiere.

⁶⁵ Rappresentava un'eccezione alla regola generale dell'unanimità la previsione di deliberare a maggioranza qualificata per le questioni di procedura e le misure di applicazione di un'azione comune, e a maggioranza dei due terzi per le misure di applicazione delle convenzioni ex art. K. 3. par. 2 lett. c).

⁶⁶ Il Consiglio tuttavia poteva autorizzarne la pubblicazione con una decisione presa all'unanimità.

⁶⁷ Sul punto cfr. CURTIN, D.M., POUW, J.F.M., *La coopération dans le domaine de la justice et des affaires intérieures au sein de l'Union européenne : une nostalgie d'avant Maastricht ?*, in *Revue du Marché Unique eur.*, 1995, pag. 13 e ss.

⁶⁸ Nella pratica esso veniva informato quando le decisioni erano già state prese e gli atti già adottati.

Stati membri, mentre nell'ambito della cooperazione giudiziaria penale e di polizia tale potere era del tutto assente⁶⁹.

Il controllo giurisdizionale della Corte di giustizia sulle materie del terzo pilastro era escluso, salvo l'eccezione prevista dall'art. L TUE riferita alle convenzioni di cui all'art. K. 3 par. 2 lett. c) terzo comma. La riluttanza degli Stati membri⁷⁰ a prevedere un simile potere aveva spinto la Corte a denunciare il "deficit giurisdizionale"⁷¹. Esso risultava particolarmente grave in un settore, come quello coperto dal titolo VI, in grado di incidere significativamente sulla tutela dei diritti dell'uomo. La cooperazione giudiziaria in materia penale, per esempio, era suscettibile di portare all'adozione di misure restrittive della libertà personale. A sua volta, il controllo alle frontiere esterne necessitava, per essere efficace, di un sistema informatizzato di dati in grado di incidere sul diritto alla riservatezza.

Per l'attuazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, l'art. K. 3 prevedeva tre differenti tipi di strumenti giuridici. Le posizioni comuni erano l'espressione dell'unanime orientamento degli Stati membri su aspetti specifici delle materie coperte dal titolo VI. La definizione poco circostanziata prevista dal Trattato faceva sorgere dubbi circa il valore e gli effetti giuridici da attribuire a tali atti⁷². Ancora meno chiara appariva la portata delle azioni comuni. Il termine impiegato evocava l'idea di delibere a contenuto operativo, e non normativo, la cui concretezza era confermata dalla previsione di misure di applicazione che il Consiglio poteva adottare a maggioranza qualificata⁷³. Infine, le convenzioni previste dall'art. K. 3 erano vere e

⁶⁹ In materia giudiziaria penale e di polizia il potere d'iniziativa legislativa spettava agli Stati. Spesso era lo Stato che esercitava la Presidenza del Consiglio ad elaborare una proposta legislativa.

⁷⁰ Cfr. in particolare la posizione assunta dal Regno Unito che, dato il carattere intergovernativo del terzo pilastro, preferiva conferire tale potere ad un'istanza arbitrale di natura esecutiva o politica. Cfr. la Convenzione Europol che attribuiva al Consiglio dell'Unione la competenza a risolvere le controversie. Tale soluzione venne superata dalla previsione, contenuta nel Protocollo allegato alla suddetta convenzione, che attribuisce la competenza alla Corte di giustizia.

⁷¹ Rapport de la Cour de Justice sur certains aspects de l'application du Traité sur l'Union européenne, Luxembourg, May 1995. La carenza di controllo giurisdizionale sull'interpretazione e sull'applicazione delle convenzioni ex art. K. 3 par. 2 contribuisce a rendere meno incisiva la cooperazione tra Stati, in particolare quando sia suscettibile di incidere sulla condizione dei singoli individui, cfr. sul punto PARISI, N., *Il "terzo pilastro" dell'Unione europea*, in PARISI, N., RINOLDI, D., (a cura di), *Giustizia e Affari interni nell'Unione europea. Il "terzo pilastro" del Trattato di Maastricht*, Giappichelli, Torino, 1996, pag. 48 e ss.

⁷² Secondo CLOOS, J., REINESCH, G., VIGNES, D., WEYLAND, J., le posizioni comuni avevano un valore giuridico vincolante ed obbligavano gli Stati membri a «se conformer dans leur ordre interne et dans leur politique extérieure à ce qu'ils ont décidé en réunion du Conseil», in CLOOS, J., REINESCH, G., VIGNES, D., WEYLAND, J., *Le Traité de Maastricht. Genèse, Analyse, Commentaires*, Bruylant, Bruxelles, 1994, pag. 504; riconosceva effetti giuridici non vincolanti PARISI, N., *Il "terzo pilastro" dell'Unione europea*, in PARISI, N., RINOLDI, D., (a cura di), *Giustizia e Affari interni nell'Unione europea. Il "terzo pilastro" del Trattato di Maastricht*, Giappichelli, Torino, 1996, pag. 51 e ss.; sostenevano invece la mancanza di effetti giuridici vincolanti O'KEEFFE, D., *Recasting the Third Pillar*, in *Common Market Law Review*, 1995, pag. 913, BERGER, N., *La politique européenne d'asile et d'immigration. Enjeux et perspectives*, Bruylant, Bruxelles, 2000, pag. 35 e ss. .

⁷³ Alcuni autori ritenevano che tali atti avessero effetti giuridici vincolanti solo quando erano attuative di obblighi già previsti dal Trattato, cfr. O'KEEFFE, D., *Recasting the Third Pillar*, in *Common Market Law Review*, 1995, pag. 914; un'altra parte della dottrina faceva discendere tale portata dal tipo di azione prevista, cfr. MÜLLER-GRAFF, P.-C., *The legal basis of the third pillar and its position in the*

proprie convenzioni internazionali con effetti vincolanti per le parti contraenti⁷⁴. Esse presentavano talune caratteristiche che ne sottolineavano lo stretto legame con le istituzioni dell'Unione. La loro elaborazione avveniva in seno al Consiglio senza che fosse necessaria la convocazione di una conferenza intergovernativa. Un apposito atto del Consiglio ne raccomandava l'adozione, che avveniva con la ratifica di tutti gli Stati, secondo le rispettive procedure costituzionali⁷⁵. La Commissione partecipava ai lavori e il Parlamento europeo era regolarmente informato e consultato. Infine la Corte di giustizia poteva vedersi attribuita la competenza ad interpretarle e a risolvere le controversie connesse alla loro applicazione. Le forti resistenze mostrate dagli Stati a tale riconoscimento aveva tuttavia portato in molti casi ad affidare la competenza della Corte ad autonomi protocolli, in modo da consentire agli Stati di ratificare le convenzioni senza aderire ad essi.

Dagli elementi sopra citati non possono certo stupire le forti critiche mosse alla struttura del terzo pilastro. L'esclusione della Corte di giustizia in un ambito così delicato per il rispetto dei diritti individuali, il ruolo marginale del Parlamento europeo e il potere ridotto della Commissione europea in materia d'iniziativa legislativa erano la dimostrazione del mancato equilibrio tra i poteri e il segno evidente delle insufficienze del Trattato di Maastricht⁷⁶. La regola del voto all'unanimità in seno al Consiglio, idonea a bloccare il processo decisionale, spesso comportava l'abbassamento del contenuto e della portata degli impegni assunti, rispetto ai quali gli Stati potevano liberarsi con riserve o dichiarazioni⁷⁷. Infine la tipologia degli atti prevista dal titolo VI TUE, mutuata dal secondo pilastro, si mostrava inadatta ad un contesto come quello

framework of the Union Treaty, in *Common Market Law Review*, 1994, pag. 509 e ss. Pur essendo diventate lo strumento privilegiato per l'avvicinamento delle legislazioni nazionali in materia di cooperazione giudiziaria, le azioni comuni continuavano ad essere utilizzate per registrare impegni di carattere meramente politico, cfr. sul punto DE KERCHOVE, G., *Les progrès des groupes de travail du troisième pilier en matière de coopération judiciaire*, in DEN BOER (edited by), *The implementation of Schengen. First the Widening, Now the Deepening*, European Institut of Public Administration, Maastricht, 1997, pag. 105.

⁷⁴ Nell'ambito del terzo pilastro sono state elaborate le seguenti convenzioni: la Convenzione del 10.3.1995 relativa alla procedura semplificata di estradizione, le tre convenzioni del 26.7.1996 relative alla protezione degli interessi finanziari delle comunità, alla istituzione di Europol (cfr. Cap. II), e all'uso dell'informatica nel settore doganale, la Convenzione del 27.9.1996 relativa all'estradizione tra gli Stati membri dell'UE, le due Convenzioni del 26.5.1997 sulla lotta contro la corruzione e sulle notificazioni degli atti giudiziari ed extragiudiziari, la Convenzione del 16.12.1997 relativa alla mutua assistenza e alla cooperazione tra amministrazioni doganali. Occorre rilevare tuttavia la preoccupante assenza di un controllo a livello dell'UE sull'attuazione da parte degli Stati degli impegni assunti con tali convenzioni.

⁷⁵ Per un esame più approfondito sulle convenzioni del terzo pilastro, cfr. ROSSI, L.S., *Le Convenzioni fra gli Stati membri dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2000, pag. 113 e ss.

⁷⁶ L'art. K. 9, norma c.d. "passerella", prevedeva tuttavia la possibilità per il Consiglio di deliberare all'unanimità la "comunitarizzazione" di alcuni settori regolati dal titolo VI. Le materie che potevano essere oggetto di trasferimento nel primo pilastro erano solo quelle previste dall'art. K. 1 punti da 1) a 6) TUE. La "comunitarizzazione" è avvenuta con il Trattato di Amsterdam e l'inserimento del nuovo titolo IV TCE, cfr. par. IV, *infra*.

⁷⁷ VERNIMMEN, G., *Améliorer la coopération judiciaire dans le troisième pilier TUE*, in DEN BOER, M., (edited by), *Schengen, Judicial Cooperation and Policy Coordination*, European Institut of Public Administration, Maastricht, 1997, pag. 93 e ss.

della cooperazione di giustizia e affari interni che richiedeva una protezione giuridica ed un quadro legislativo. Il Consiglio preferiva continuare a servirsi di strumenti non vincolanti, come le risoluzioni, le dichiarazioni e le conclusioni, tipici della cooperazione intergovernativa⁷⁸. Una tale predilezione era probabilmente dovuta alla maggiore flessibilità di questi strumenti rispetto alle convenzioni che invece richiedevano una trasposizione puntuale negli ordinamenti interni degli Stati membri.

IV: Il Trattato di Amsterdam: la parziale comunitarizzazione del terzo pilastro e l'incorporazione dell'acquis di Schengen

I gravi difetti di costruzione del terzo pilastro, emersi nei primi anni di applicazione del Trattato di Maastricht, e le crescenti esigenze di lotta contro l'immigrazione clandestina, il traffico di stupefacenti e il crimine organizzato, hanno condotto alla revisione dei meccanismi previsti per la cooperazione in materia di giustizia e affari interni⁷⁹. Il Trattato di Maastricht aveva collocato all'interno del terzo pilastro un insieme eterogeneo di materie che non sempre avevano immediata attinenza con l'obiettivo di agevolare, attraverso la cooperazione tra Stati membri, «la libera circolazione delle persone, garantendo nel contempo la sicurezza dei loro popoli»⁸⁰.

Il Trattato di Amsterdam, firmato il 2 ottobre 1997, ha spezzato l'unitarietà della materia⁸¹, restringendo l'ambito di applicazione del terzo pilastro alla

⁷⁸ Tali atti non erano espressamente previsti dal titolo VI, ma la loro base giuridica poteva essere ricondotta alla previsione di cui all'art. K. 3 par. 2 lett. A). cfr. LABAYLE, H., *La libre circulation des personnes en Europe de Schengen à Amsterdam*, in DONY, M., BRIBOSIA, E., (edited by) *L'avenir du système juridictionnel de l'Union européenne*, Institut d'études européennes, Bruxelles, 2002, pag. 17 e ss.; CURTIN, D.M., POUW, J.F.M., *La coopération dans le domaine de la justice et des affaires intérieures au sein de l'Union européenne: une nostalgie d'avant Maastricht?*, in *Revue du Marché Unique*, 1995, pag. 13 e ss.; MONAR, J., *The "Area of freedom, security and justice": a new "area" of european citizenship?*, in *Sovranità Rappresentanza Democrazia. Rapporti fra ordinamento comunitario e ordinamenti nazionali*, Jovene, 2000, pag. 69 e ss.; JACQUÉ, J.-P., *Affaires intérieures et justice. Quelques réflexions*, in *R.M.E.*, 1995, pag. 285 e ss.; PARISI, N., RINOLDI, D., *Sviluppo delle Comunità europee, evoluzione dell'Unione, integrazione degli Stati membri*, in PARISI, N., RINOLDI, D., (a cura di), *Giustizia e Affari interni nell'Unione europea. Il "terzo pilastro" del Trattato di Maastricht*, Giappichelli, Torino, 1996, pag. 18 e ss.; LABAYLE, H., *Le bilan du mandat de Tampere et l'espace de liberté, sécurité et justice de l'Union européenne*, in *Cahiers de droit européen*, n. 5-6 2004, pag. 605 e ss.

⁷⁹ Gli sviluppi della cooperazione in materia di giustizia e affari interni hanno sempre avuto come fondamento la necessità di rispondere a minacce esterne. L'aspetto "sicurezza" ha quindi assunto un ruolo predominante nella agenda politica dell'Unione europea, cfr. sul punto WALKER, N., *Freedom, Security and Justice*, in DE WITTE, (a cura di), *Ten reflections on the constitutional Treaty of the Europe*, IUE, Firenze, 2003, pag. 161 e ss.

⁸⁰ Preambolo del Trattato sull'Unione europea. Cfr. sulla eterogeneità delle materie, PARISI, N., *Il "terzo pilastro" dell'Unione europea*, in PARISI, N., RINOLDI, D., (a cura di), *Giustizia e Affari interni nell'Unione europea. Il "terzo pilastro" del Trattato di Maastricht*, Giappichelli, Torino, 1996, pag. 35 ss.

⁸¹ Cfr. sul punto ROSSI, L.S., *Le Convenzioni fra gli Stati membri dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2000, pag. 165; CARACCILO, I., *La rilevazione dei valori democratici nell'Unione europea. Una proiezione internazionale per l'identità giuridica occidentale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2003, pag. 214.

cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale, e comunitarizzando le competenze relative a visti, asilo, immigrazione, cooperazione giudiziaria civile e cooperazione amministrativa. Una traccia del precedente approccio unitario permane tuttavia nella nozione di “spazio di libertà, sicurezza e giustizia”, posta a fondamento del nuovo titolo IV TCE e del titolo VI TUE⁸². Lo sviluppo di tale spazio diventa un obiettivo dell’Unione che, per poter essere realizzato, necessita del concorso di tutte le componenti del sistema ad esso strumentali⁸³. La finalità perseguita è infatti quella di assicurare la libera circolazione delle persone ed un elevato livello di sicurezza. Ad evidenziare l’unitarietà dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia concorre anche l’attribuzione al Consiglio Giustizia e Affari Interni della competenza ad adottare gli atti del Titolo IV TCE e quelli del Titolo VI TUE. La trattazione di materie diverse in un unico contesto istituzionale può, da un lato, facilitare il coordinamento delle iniziative, ma, dall’altro, può rischiare di creare una commistione di livelli, a scapito della trasparenza del processo decisionale⁸⁴.

La comunitarizzazione di alcune materie del precedente terzo pilastro risulta parziale, in quanto improntata ad elementi di specificità nel processo decisionale e nel controllo giurisdizionale degli atti adottati⁸⁵. Il passaggio al primo pilastro è infatti destinato a realizzarsi nell’arco di un quinquennio, con conseguente incertezza sui risultati e sulla connotazione delle procedure decisionali relativi al periodo transitorio⁸⁶.

Il nuovo titolo IV TCE, intitolato “Visti, asilo immigrazione e altre politiche connesse con la libera circolazione delle persone”, persegue l’obiettivo di istituire progressivamente uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia attraverso l’adozione da

⁸² “Spazio” è da intendere come sinonimo di “giurisdizione”, “libertà” come luogo in cui le libertà fondamentali sono rispettate, “sicurezza” come salvaguardia dei diritti e delle libertà fondamentali e salvaguardia contro gli attacchi criminali, “giustizia” come rispetto della legge, cooperazione tra i servizi legali, ma anche uguaglianza, stato di diritto e protezione dei diritti e delle libertà fondamentali. Sul significato di tali termini, cfr. BOELES, P., *Freedom, Security and Justice for All*, in GUILD, E., HARLOW, C., (edited by), *Implementing Amsterda. Immigration and Asylum rights in EC law*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2001, pag. 4 e ss.; BRINKMANN, G., *The immigration and Asylum Agenda*, in *European Law Journal*, vol. 10, 2004, pag. 183 e ss. ; cfr. sullo stretto collegamento fra libertà e sicurezza JAECKEL, L., *The duty to protect fundamental rights in the European Community*, in *E.L. Rev.*, 2003, pag. 511 e ss.

⁸³ L’art. 2 par. 4 TUE dispone che l’Unione si prefigge di «conservare e sviluppare l’Unione quale spazio di libertà, sicurezza e giustizia in cui sia assicurata la libera circolazione delle persone insieme a misure appropriate per quanto concerne i controlli alle frontiere esterne, l’asilo, l’immigrazione, la prevenzione della criminalità e la lotta contro quest’ultima». Un ulteriore esempio di collegamento tra il primo e il terzo pilastro per la creazione e lo sviluppo dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia è rappresentato dall’art. 41 TUE relativo al bilancio nelle materie disciplinate dal Titolo VI TUE.

⁸⁴ Cfr. ROSSI, L.S., *op. cit.*, pag. 168. Nonostante la diversa collocazione delle materie nel primo e nel terzo pilastro, la differenza nel processo decisionale risulta ridimensionata per i primi cinque anni dall’entrata in vigore del Trattato di Amsterdam. Per un’esaustiva analisi degli elementi di raccordo tra il Titolo IV TCE e il Titolo VI TUE cfr. ADAM, R., *La cooperazione in materia di giustizia e affari interni tra comunitarizzazione e metodo intergovernativo*, in *Dir. UE*, 1998, pag. 506 e ss.

⁸⁵ Cfr. PAPAGIANNI, G., *Free Movement of Person in the light of the new title IV TEC: from intergovernmentalism towards a community policy*, in *Yearbook of European Law*, 2002, pag. 119 e ss.

⁸⁶ Il mancato rispetto di tale scadenza può comportare la presentazione di un ricorso in carenza dinanzi alla Corte nei confronti del Consiglio.

parte del Consiglio di misure volte a garantire l'assenza di controlli sui cittadini dell'Unione e su quelli di Paesi terzi nell'attraversamento delle frontiere interne, misure relative all'attraversamento delle frontiere esterne e al rilascio di visti riguardanti soggiorni di durata non superiore a tre mesi, misure in materia di asilo, misure applicabili ai rifugiati e agli sfollati, misure in materia di politica dell'immigrazione e rilascio di visti a lungo termine, misure relative ai diritti di cittadini di Paesi terzi soggiornanti legalmente in uno Stato membro, misure nel settore della cooperazione giudiziaria in materia civile che presentino implicazioni transfrontaliere ed infine misure atte a garantire la cooperazione amministrativa nei campi sopra richiamati. Rispetto al metodo comunitario classico, il processo decisionale, disciplinato dall'art. 67 TCE, mantiene, per il periodo transitorio di cinque anni, elementi intergovernativi, risultando più garantista per gli Stati. Si prevede infatti che gli atti comunitari aventi ad oggetto le misure elencate negli artt. 62-65 TCE vengano adottati dal Consiglio all'unanimità⁸⁷, su proposta della Commissione o su iniziativa di uno Stato membro, previa consultazione del Parlamento europeo. Il potere d'iniziativa legislativa della Commissione, che rappresenta un elemento caratterizzante del processo decisionale comunitario, risulta quindi notevolmente ridimensionato, essendo condiviso con gli Stati membri. La Commissione mantiene però il potere esclusivo di adottare le misure relative all'attraversamento delle frontiere esterne che definiscono l'elenco dei Paesi i cui cittadini devono essere in possesso del visto e che prevedono un modello uniforme di visto⁸⁸. Lo scarso coinvolgimento del Parlamento europeo, che viene solamente consultato, risulta criticabile, in materie che, come quelle disciplinate dal titolo IV TCE, incidono fortemente sui diritti fondamentali della persona⁸⁹. L'art. 67 par. 2 dispone tuttavia che, trascorso il periodo transitorio, il Consiglio deliberi a maggioranza su proposta della Commissione. Anche in questo caso, però, il monopolio del potere d'iniziativa legislativa subisce un temperamento. Gli Stati membri, infatti, possono formulare alla Commissione richieste affinché quest'ultima sottoponga una proposta al Consiglio. La norma in esame introduce una nuova "passerella", prevedendo l'applicazione della procedura di codecisione di cui all'art. 251 TCE per tutti o per una parte dei settori contemplati dal Titolo IV TCE. Tale passaggio non risulta tuttavia automatico, ma necessita di una decisione adottata dal Consiglio all'unanimità, previa consultazione del Parlamento europeo⁹⁰.

⁸⁷ PAPAGIANNI, G. evidenzia che «it becomes clear that the Member States are determined not to renounce their veto right or to allow any major interference from Community institutions until they shape a common round with regard to these areas», *op. cit.*, pag. 156.

⁸⁸ Art. 67 par. 3 TCE.

⁸⁹ Cfr. ROSSI, L.S., *Verso una parziale « comunitarizzazione » del terzo pilastro*, in *Dir. UE*, 1997, pag. 249.

⁹⁰ La procedura di codecisione risulta invece automaticamente applicabile, trascorsi cinque anni dall'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam, senza che sia necessaria una decisione unanime del Consiglio, per le misure relative alle procedure e alle condizioni di rilascio dei visti e per quelle relative ad un visto uniforme. Sulle conseguenze derivanti dalla mancata adozione da parte del Consiglio della

Un ulteriore elemento di specificità del metodo decisionale previsto per le materie del titolo IV TCE è rappresentato dalla clausola di salvaguardia di cui all'art. 64 par. 1 che riconosce agli Stati membri competenze sovrane per il mantenimento dell'ordine pubblico e la salvaguardia della sicurezza interna⁹¹. Il secondo paragrafo prevede inoltre che in caso di afflusso improvviso di cittadini di Stati terzi, il Consiglio possa, in via d'urgenza, adottare misure temporanee a beneficio degli Stati membri interessati, deliberando a maggioranza qualificata su proposta della Commissione, senza tuttavia alcun controllo del Parlamento europeo. Anche in questo caso il mancato coinvolgimento dell'istituzione che rappresenta i popoli d'Europa appare criticabile.

La più rilevante deviazione del titolo IV TCE dal metodo comunitario ha per oggetto il ruolo della Corte di giustizia. La competenza pregiudiziale di quest'ultima se da un lato costituisce una novità rispetto alle previsioni del Trattato di Maastricht, dall'altro solleva numerose perplessità, stante le limitazioni cui è sottoposta. L'art. 68 TCE introduce infatti alcune eccezioni al sistema generale del contenzioso comunitario. Solo giudici di ultima istanza sono legittimati a proporre un rinvio pregiudiziale di interpretazione del Titolo IV oppure di validità e d'interpretazione degli atti comunitari da esso derivati⁹². L'esclusione dei giudici non di ultima istanza rappresenta una regressione del controllo giurisdizionale, stante il rischio di un'applicazione non uniforme del diritto comunitario⁹³. Si creerebbero discriminazioni nella tutela giurisdizionale dei diritti fra cittadini comunitari, che potrebbero tutelare il proprio diritto alla libera circolazione chiedendo in ogni grado di giudizio il rinvio alla Corte, e cittadini extracomunitari, i quali godrebbero di tale possibilità solo nei giudizi di ultimo grado⁹⁴. Il diverso standard «di tutela giurisdizionale per gli stranieri e per i cittadini comunitari solleva un evidente problema di compatibilità con il dichiarato intento del

decisione di cui all'art. 67 par. 2 TCE, cfr. BARIATTI, S., *La cooperazione giudiziaria in materia civile dal terzo pilastro dell'Unione europea al titolo IV del Trattato CE*, in TIZZANO, A., *Il Trattato di Nizza*, Giuffrè, Milano, 2003, pag. 270 e ss.

⁹¹ Cfr. CARACCILO, I., *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia e la conciliazione tra valori democratici e tutela dell'ordine pubblico*, in *La rilevanza dei valori democratici nell'Unione europea. Una proiezione internazionale per l'identità giuridica occidentale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2003, pag. 221 e ss.

⁹² Secondo una parte della dottrina i giudici di ultima istanza avrebbero la mera facoltà di adire la Corte; cfr. LABAYLE, H., *Un espace de liberté, de sécurité et de justice*, in *RTD eur.*, 1997, pag. 863; WACHSMANN, P., *Les droits de l'homme*, in *RDT eur.* 1997, pag. 890; LEANAERTS, K., DE SMIJTER, E., *Le Traité d'Amsterdam*, in *J. Trib. Dr. Eur.*, 1998, pag. 30; NASCIMBENE, B., *L'incorporazione degli Accordi di Schengen nel quadro dell'Unione europea e il futuro ruolo del Comitato parlamentare di controllo*, in *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Comunitario*, 1999, pag. 738; secondo altri studiosi, i giudici avrebbero invece l'obbligo di rinvio pregiudiziale alla Corte, cfr. ROSSI, L.S., *Verso una parziale "comunitarizzazione" del terzo pilastro*, in *Dir. UE*, 1997, pag. 249; CURTI GIALDINO, C., *Schengen et le troisième pilier: le contrôle juridictionnel organisé par le traité d'Amsterdam*, in *Revue du Marché de l'Union européenne*, 1998, pag. 105 e ss.; BRIBOSIA, H., *Liberté, sécurité et justice: l'imbroglione d'un nouvel espace*, in *Revue du Marché de l'Union européenne*, 1998, pag. 34.

⁹³ Cfr. CURTI GIALDINO, C., *Schengen et le troisième pilier: le contrôle juridictionnel organisé par le traité d'Amsterdam*, in *Revue du Marché de l'Union européenne*, 1998, pag. 104 e ss.; LABAYLE, H., *Un espace de liberté, de sécurité et de justice*, in *RTD eur.*, 1997, pag. 863 e ss.

⁹⁴ ROSSI, L.S., *Verso una parziale "comunitarizzazione" del terzo pilastro*, in *Dir. UE*, 1997, pag. 249 e ss.

Trattato di Amsterdam di garantire l'osservanza dei diritti fondamentali della persona da parte dell'ordinamento comunitario»⁹⁵.

È opportuno tuttavia sottolineare che la competenza della Corte può essere oggetto di revisione dopo il periodo transitorio attraverso la procedura prevista dall'art. 67 par. 2 TCE, ovvero tramite l'adozione da parte del Consiglio di una decisione presa all'unanimità, su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo.

L'art. 68 par. 2 TCE esclude la competenza della Corte sulle misure e le decisioni volte a garantire l'assenza di controlli alle frontiere interne in materia di mantenimento dell'ordine pubblico e di salvaguardia della sicurezza interna. Tale previsione garantisce la sovranità statale in modo più ampio rispetto a quanto avviene in altre parti del Trattato. Le nozioni di ordine pubblico e sicurezza interna possono essere soggette ad interpretazioni divergenti. I giudici nazionali potrebbero cercare di evitare un rinvio alla Corte interpretandole in modo ampio⁹⁶. L'art. 68 inoltre al terzo paragrafo prevede un anomalo ricorso pregiudiziale nell'interesse della legge che può essere proposto dal Consiglio, dalla Commissione o da uno Stato membro per ottenere una pronuncia sull'interpretazione del Titolo IV TCE o degli atti comunitari fondati su di esso. La norma precisa che l'efficacia di tale decisione non si estende alle sentenze dei giudici nazionali passate in giudicato, «con conseguente impossibilità per le persone fisiche e giuridiche di beneficiare retroattivamente delle determinazioni della Corte»⁹⁷. È opportuno evidenziare la mancata legittimazione attiva del Parlamento europeo. Tale circostanza rappresenta un ulteriore motivo di critica della disposizione in esame in quanto esclude l'istituzione rappresentativa dei popoli d'Europa.

Le politiche previste dal Titolo IV TCE si segnalano per un'ulteriore caratteristica, la flessibilità. Due appositi protocolli, il primo relativo al Regno Unito e all'Irlanda, il secondo alla Danimarca, escludono la partecipazione di tali Stati, seppur con diverse gradazioni, dall'azione comunitaria nelle materie "comunitarizzate". L'*opting out* del Regno Unito e dell'Irlanda pur essendo completo non risulta irrevocabile. Entrambi gli Stati possono infatti notificare la loro intenzione di partecipare all'adozione e all'applicazione di una misura prevista dal Titolo IV TCE. L'Irlanda inoltre ha la possibilità di rinunciare *in toto* alla posizione di *opting out*.

Più complessa appare invece la condizione della Danimarca. Quest'ultima non partecipa all'adozione delle misure del Titolo IV TCE, tranne quelle relative all'elenco dei Paesi terzi i cui cittadini devono essere in possesso del visto per entrare nel territorio comunitario e quelle sul modello uniforme di visto. La Danimarca può tuttavia

⁹⁵ ROSSI, L.S., *Le convenzioni fra gli Stati membri dell'Unione europea*, Giuffrè, 2000, pag. 173.

⁹⁶ BARIATTI, S., *La cooperazione giudiziaria in materia civile dal terzo pilastro dell'Unione europea al titolo IV del Trattato CE*, in TIZZANO, A., *Il Trattato di Nizza*, Giuffrè, Milano, 2003, pag. 267; cfr. ADINOLFI, A., *Art. 68*, in POCAR, F., *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione europea*, CEDAM, Padova, 2001, pag. 318 e ss.

⁹⁷ CARACCILO, I., *op. cit.*, pag. 223.

esercitare un parziale *opting in*, purché ciò avvenga nel rispetto delle proprie disposizioni costituzionali.

I protocolli richiamati legittimano *a priori* un'applicazione non uniforme del diritto comunitario, consentendo di procedere nell'integrazione europea, dando vita ad un'Europa a "geometria variabile"⁹⁸. Tale flessibilità rappresenta un'opportunità per progredire nella costruzione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, ma assume anche una connotazione negativa, quando se ne evidenzia l'attitudine ad incidere sulla coerenza dell'ordinamento comunitario.

La situazione risulta ulteriormente complicata dall'incorporazione dell'*acquis* di Schengen nei Trattati. La riforma di Amsterdam per rispondere alle critiche mosse agli Accordi di Schengen⁹⁹ ed evitare l'immobilismo derivante dal rifiuto di alcuni Stati di accettare le disposizioni in essi previste ha provveduto alla loro integrazione mediante un apposito Protocollo, ponendo fine alla controversa cooperazione intergovernativa tra taluni Stati membri al di fuori del quadro giuridico comunitario¹⁰⁰. Il Protocollo autorizza infatti i tredici Stati membri che partecipano a Schengen ad instaurare tra loro una cooperazione rafforzata nell'ambito istituzionale e giuridico dell'Unione e nel rispetto delle disposizioni dei Trattati¹⁰¹. L'inserimento dell'*acquis* è avvenuto tramite l'adozione di due decisioni del Consiglio che, deliberando all'unanimità di tredici Stati, ha definito l'*acquis*¹⁰² e, deliberando all'unanimità di quindici Stati, ha individuato le basi giuridiche di ciascuna disposizione di Schengen¹⁰³, ovvero il loro collegamento con il primo o con il terzo pilastro¹⁰⁴. L'individuazione dell'*acquis* è risultata piuttosto

⁹⁸ Per un'analisi approfondita della posizione del Regno Unito, dell'Irlanda e della Danimarca, cfr. HEDEMANN-ROBINSON, M., *The Area of Freedom, Security and Justice with Regard to the UK, Ireland and Denmark: The "Opt-in Opt-outs" under the Treaty of Amsterdam*, in O'KEEFFE, D., TWOMEY, P., (edited by), *Legal Issues of the Amsterdam Treaty*, Hart Publishing, Oxford-Portland Oregon, 1999, pag. 289 e ss.

⁹⁹ Tra le critiche più frequentemente mosse agli Accordi di Schengen si ricordano la natura strettamente intergovernativa ed il conseguente deficit democratico e giurisdizionale, cfr. *supra*, par. 2.

¹⁰⁰ Secondo DEN BOER, M. «The Treaty of Amsterdam reveals a strong emphasis on security, and this is made abundantly clear by the fact that the "Schengen security clause" has been added to the Treaty», in DEN BOER, M., *An Area of Freedom, Security and Justice: Bogged Down by Compromise*, in O'KEEFFE, D., TWOMEY, P., (edited by), *Legal Issues of the Amsterdam Treaty*, Hart Publishing, Oxford-Portland Oregon, 1999, pag. 309 e ss.

¹⁰¹ La cooperazione rafforzata prevista per l'*acquis* di Schengen è autorizzata dallo stesso Protocollo. Per tale ragione una parte della dottrina l'ha qualificata come «une coopération plus étroite dans sa variante "prédéterminée"», cfr. sul punto PICARRA, N., *La mise en œuvre du protocole intégrant l'acquis de Schengen dans le cadre de l'Union européenne: règles et procédures*, in DEN BOER, M., (edited by), *Schengen's Final Days? The Incorporation of Schengen into The New TEU, External Borders and Information Systems*, European Institute of Public Administration, 1998, pag. 27.

¹⁰² Il Consiglio, nella Decisione del 20 maggio 1999, 1999/435/CE, in *GUCE*, L 176, del 10 luglio 1999, pag. 1 e ss., ha definito come *acquis* solo quello che non è stato sostituito da atti adottati nell'ambito dell'UE o della CE e che non è divenuto obsoleto. Non risultano compresi quegli atti che non rientrano nel campo d'azione comunitario o dell'Unione i quali continuano a produrre effetti sul piano del diritto internazionale, nonostante il Protocollo preveda il loro assorbimento nell'ambito del Titolo VI TUE.

¹⁰³ Decisione del Consiglio del 20 maggio 1999, 1999/436/CE, in *GUCE*, L 176, del 10 luglio 1999, pag. 17 e s.

¹⁰⁴ Consiglio ha indicato come basi giuridiche gli artt. 62, 63 TCE e gli artt. 30, 31 TUE. Rientrano nel Titolo IV TCE le misure relative all'attraversamento delle frontiere interne ed esterne, quelle relative ai

complicata, dal momento che numerose decisioni erano state adottate dagli organi esecutivi come atti riservati, non soggetti a pubblicazione. L'integrazione nell'ordinamento comunitario di questa tipologia di atti, elaborati in segreto e senza alcun controllo parlamentare, ha sollevato pertanto dubbi. È apparsa piuttosto complessa anche la ripartizione dell'*acquis* tra il primo ed il terzo pilastro, trattandosi di materie trasversali che potevano rientrare nel Titolo IV TCE o nel Titolo VI TUE oppure in entrambi. Alle difficoltà giuridiche incontrate si sono aggiunte « le preoccupazioni politiche di garanzia della sicurezza nazionale e di tutela dell'ordine pubblico» che in taluni casi sembrano aver preso il sopravvento¹⁰⁵.

È opportuno sottolineare che l'incorporazione dell'*acquis* di Schengen è avvenuta senza che il Parlamento europeo venisse consultato¹⁰⁶. Il mancato coinvolgimento dell'istituzione democratica che rappresenta l'interesse dei cittadini europei risulta criticabile, trattandosi dell'integrazione di un sistema, quale quello di Schengen, ricco di implicazioni per i diritti degli individui¹⁰⁷.

Nel quadro giuridico analizzato permane un'anomalia. Il Regno Unito e l'Irlanda assumono una posizione speciale, non facendo parte degli Accordi di Schengen. Essi possono esercitare in qualsiasi momento l'*opting in*, chiedendo di partecipare in tutto o in parte all'*acquis*. Spetta al Consiglio accettare, deliberando all'unanimità. Anche la Danimarca gode di uno status particolare, dal momento che è vincolata all'*acquis* di

visti, ai titoli di soggiorno e quelle di accompagnamento, previste rispettivamente ai capi I, II, III, VI della Convenzione d'applicazione Schengen. Il Capo VII sulle misure relative al trattamento delle domande d'asilo è stato sostituito dalla Convenzione di Dublino del 1990. Ne deriva che tale materia non rientra più nell'*acquis*. La Convenzione richiamata è stata abrogata dal regolamento 343/2003/CE del 18 febbraio 2003 che stabilisce i criteri ed i meccanismi di determinazione dello Stato competente per l'esame di una domanda d'asilo presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un Paese terzo, in *GU*, L 50, del 25 febbraio 2003, pag. 1 e ss. Le disposizioni relative alla cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale rientrano nel Titolo VI TUE, mentre appare più problematica la collocazione delle norme in materia di stupefacenti che, a seconda dei casi, ricadono nel primo e nel terzo pilastro. Per il Sistema di Informazione Schengen, disciplinato dal Titolo IV della Convenzione di applicazione, non è stata trovata una base giuridica. Si considerano pertanto applicabili le disposizioni del Titolo VI TUE. Tale soluzione risulta però assai discutibile dal punto di vista giuridico, dal momento che alcune norme potrebbero rientrare nel primo pilastro, cfr. sul punto CORRADO, L., *L'intégration de Schengen dans l'Union européenne : problèmes et perspectives*, in *Revue du Marché Commun et de l'Union européenne*, 1999, pag. 346; cfr. WAGNER, E., *The integration of Schengen into the framework of the European Union*, in *Legal Issues of European Integration*, 1998/2, pag. 16 e ss.

¹⁰⁵ CARACCILO, I., *op. cit.*, pag. 226 e ss.; cfr. CORRADO, L., *L'intégration de Schengen dans l'Union européenne : problèmes et perspectives*, in *Revue du Marché Commun et de l'Union européenne*, 1999, pag. 342 e ss.

¹⁰⁶ Il Parlamento europeo ha minacciato di promuovere un ricorso di annullamento davanti alla Corte di giustizia per la mancata consultazione nell'adozione da parte del Consiglio delle decisioni relative all'incorporazione degli Accordi di Schengen, cfr. Seduta plenaria del 7 maggio 1999, *Agence Europe*, 74/61, 1999, pag. 11 e ss.; cfr. sul punto MONAR, J., *The Impact of Schengen on the Justice and Home Affaire in the European Union: An Assessment on the Threshold of its Incorporation*, in DEN BOER, M., (edited by), *Schengen Still Going Strong. Evaluation and Update*, European Institut of Public Administration, 2000, pag. 30 e ss.; DEN BOER, M., *An Area of Freedom, Security and Justice: Bogged Down by Compromise*, in O'KEEFFE, D., TWOMEY, P., (edited by), *Legal Issues of the Amsterdam Treaty*, Hart Publishing, Oxford-Portland Oregon, 1999, pag. 320 e ss.

¹⁰⁷ Sull'assenza di un controllo democratico cfr. DEN BOER, M., *An Area of Freedom, Security and Justice: Bogged Down by Compromise*, in O'KEEFFE, D., TWOMEY, P., (edited by), *Legal Issues of the Amsterdam Treaty*, Hart Publishing, Oxford-Portland Oregon, 1999, pag. 320 e ss.

Schengen in forza del diritto internazionale, ma non partecipa al Titolo IV TCE. Ne deriva che per la parte dell'*acquis* incorporata nel primo pilastro, essa risulta vincolata nei confronti degli altri Stati firmatari solo per gli obblighi preesistenti alla comunitarizzazione, mentre la sua partecipazione continua ad essere piena per le materie rientranti nel Titolo VI TUE. La Danimarca, inoltre, può decidere di volta in volta di recepire gli atti del Consiglio che sviluppano l'*acquis* di Schengen relativi al Titolo IV TCE e, in tal caso, risulta vincolata sul piano internazionale e non su quello comunitario.

Un ulteriore elemento di complessità deriva dalla posizione assunta da due Stati, la Norvegia e l'Islanda, che, pur non essendo membri dell'Unione, risultano associati all'area Schengen. Entrambi sono legati agli atti adottati dalle istituzioni comunitarie o dell'Unione che applicano o sviluppano l'*acquis* di Schengen, salvo un'espressa previsione contraria.

Sotto il profilo delle garanzie individuali l'incorporazione ha reso applicabili, a quella parte dell'*acquis* di Schengen ricondotta al primo pilastro, gli artt. 207 e 255 TCE, che introducono il principio dell'accesso ai documenti¹⁰⁸, l'art. 286 e la direttiva 95/46 sulla tutela della riservatezza nel trattamento dei dati personali¹⁰⁹.

La cooperazione giudiziaria penale e di polizia è rimasta disciplinata dal pilastro intergovernativo, seppur con importanti modifiche. Con il nuovo Titolo VI TUE, intitolato "Disposizioni sulla cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale", l'Unione si prefigge l'obiettivo di fornire ai cittadini un elevato livello di sicurezza in uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, prevenendo e reprimendo la criminalità organizzata o di altro tipo, mediante una più stretta cooperazione fra le forze di polizia e le autorità giudiziarie¹¹⁰. La conservazione e lo sviluppo dell'Unione quale spazio di libertà sicurezza e giustizia diventa uno degli obiettivi dell'Unione previsti dall'art. 2 TUE. Tra le novità apportate dalla riforma si segnala l'estensione delle competenze dell'Unione al campo della lotta alla criminalità, compresi il terrorismo, la tratta degli esseri umani, i reati contro i minori, il traffico di armi, la corruzione, la frode, perseguita attraverso tre tipologie di strumenti, la cooperazione tra forze di polizia e autorità nazionali competenti sia direttamente sia tramite Europol, la cooperazione tra autorità giudiziarie e altre autorità competenti ed il ravvicinamento, se necessario, delle

¹⁰⁸ Per un'approfondita analisi dell'art. 255 TCE, cfr. CURTIN, D. M., *The Developing Right of Citizen Access to Information on Asylum and Immigration Decision-Making*, in GUIL, E., HARLOW, C., (edited by), *Implementing Amsterdam. Immigration and Asylum rights in EC law*, Hart Publishing, Oxford-Portland Oregon, 2001, pag. 35 e ss.; cfr. DEN BOER, M., *Steamy window: transparency and openness in Justice and Home Affairs*, in DECKMYN, V., THOMSON, I., (edited by), *Openness and Transparency in the European Union*, European Institute of Public Administration, 1998, pag. 103 e ss.

¹⁰⁹ Cfr. ROSSI, L.S., *op. cit.*, pag. 193.

¹¹⁰ Art. 29, primo comma, TUE.

normative nazionali in materia penale¹¹¹. Le modifiche apportate hanno determinato adattamenti istituzionali. Secondo l'art. 34 TUE il Consiglio delibera all'unanimità¹¹², su proposta di uno Stato membro o della Commissione europea. Quest'ultima è pienamente associata ai lavori e il suo ruolo appare rafforzato rispetto alle previsioni del Trattato di Maastricht. Il suo potere di iniziativa legislativa non risulta tuttavia esclusivo, ma condiviso. A sua volta il Parlamento europeo viene consultato dal Consiglio prima di adottare una misura rientrante nel Titolo VI TUE¹¹³. È prevista altresì una sua regolare informazione sui lavori svolti e la possibilità di rivolgere interrogazioni o raccomandazioni al Consiglio. Una norma "passerella" consente al Consiglio di "comunitarizzare", con decisione presa all'unanimità, su proposta della Commissione o di uno Stato membro e previa consultazione del Parlamento europeo, un'azione rientrante in uno dei settori contemplati dal titolo VI TUE e di raccomandarne agli Stati membri l'adozione secondo le rispettive norme costituzionali¹¹⁴.

La tipologia degli strumenti giuridici risulta modificata. Dopo avere eliminato l'azione comune, il Trattato ha introdotto, accanto alle posizioni comuni, che definiscono l'approccio dell'Unione su una determinata materia, le decisioni e le decisioni-quadro. Queste ultime sono atti vincolanti quanto al risultato da ottenere, ma risultano prive di efficacia diretta, a differenza delle direttive, strumento analogo tipico del pilastro comunitario con il quale si è cercato di evitare qualsiasi confusione. Le decisioni-quadro possono essere utilizzate per il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri, mentre le decisioni possono essere adottate per il perseguimento di ogni altro scopo¹¹⁵. Le nuove convenzioni del terzo pilastro possono entrare in vigore se adottate dalla metà degli Stati membri. Si tratta di una innovazione in linea con l'approccio generale della riforma di Amsterdam che privilegia il rafforzamento della cooperazione anche fra un numero limitato di Paesi.

L'aspetto più significativo introdotto dal Trattato di Amsterdam ha per oggetto il ruolo attribuito alla Corte di giustizia nell'ambito del terzo pilastro. Secondo l'art. 35 TUE, i giudici di Lussemburgo sono competenti a pronunciarsi in via pregiudiziale sull'interpretazione e la validità delle decisioni e delle decisioni-quadro, nonché sull'interpretazione delle convenzioni. Dal punto di vista oggettivo la loro competenza risulta fortemente limitata, non potendo ricomprendere le disposizioni del Titolo VI

¹¹¹ Art. 29, secondo comma, TUE. L'azione comune nel settore della cooperazione di polizia è disciplinata dall'art. 30 TUE, quella nel settore della cooperazione in materia penale è regolata dall'art. 31 TUE.

¹¹² Il voto all'unanimità subisce alcune deroghe. Il Consiglio delibera a maggioranza semplice per questioni procedurali, a maggioranza qualificata per le misure necessarie all'attuazione delle decisioni e a maggioranza dei due terzi per le misure d'applicazione delle convenzioni, cfr. art. art. 34 TUE.

¹¹³ Il controllo democratico del Parlamento europeo in funzione consultiva è esercitato in tempi ristrettissimi.

¹¹⁴ L'art. K. 9 del Trattato di Maastricht prevedeva già una norma passerella, ma limitava la sua applicazione ad alcuni settori, ovvero quelli previsti dall'art. K. 1 punti da 1) a 6) TUE. Cfr. *supra*, par. 3.

¹¹⁵ Le decisioni sono atti vincolanti simili ai regolamenti comunitari. Esse appaiono destinate ad assumere la veste di strumento di chiusura, cfr. ADAM, R., *op. cit.*, pag. 488 e ss.

TUE¹¹⁶, le posizioni comuni¹¹⁷ e le questioni che implicano il riesame della validità e della proporzionalità di operazioni svolte dalla polizia o da altre autorità competenti o di attività degli Stati volte al mantenimento dell'ordine pubblico e alla salvaguardia della sicurezza interna¹¹⁸. Si tratta di una notevole limitazione sotto il profilo della tutela giurisdizionale degli individui, dal momento che investe una area così ampia da coincidere quasi con l'intero titolo VI TUE. Occorre inoltre segnalare che la competenza pregiudiziale della Corte non è automatica, ma deve essere accettata da ogni singolo Stato con un'apposita dichiarazione attraverso la quale viene precisato se il rinvio può essere effettuato da ogni giurisdizione nazionale o solo da quelle di ultima istanza¹¹⁹. La soluzione elaborata dal Trattato sembra dunque porsi in contrasto con il principio di uguaglianza dei cittadini dell'Unione davanti al giudice e con l'interpretazione uniforme del diritto dell'Unione, dal momento che uno stesso atto può essere oggetto di differenti interpretazioni¹²⁰.

L'art. 35 TUE riconosce alla Corte la competenza a pronunciarsi sulla legittimità di decisioni-quadro e di decisioni, su proposta della Commissione o di uno Stato membro. La norma, non richiamando la legittimazione attiva del Parlamento europeo, nonostante le prerogative ad esso riconosciute dalla riforma del terzo pilastro, risulta criticabile¹²¹. È altrettanto opinabile il mancato riconoscimento di tale legittimazione alle persone fisiche, trattandosi di materie in grado di incidere fortemente sui diritti

¹¹⁶ La dottrina ritiene che l'interpretazione degli atti derivati non possa non comportare l'interpretazione delle norme primarie da cui gli atti stessi traggono forza; a sostegno di questa tesi viene richiamato l'art. 35 par. 6 TUE che, includendo tra i vizi dell'atto sottoposto a ricorso di legittimità la violazione del Trattato, conferma indirettamente la competenza generale della Corte a conoscere e a interpretare il Titolo VI TUE, cfr. sul punto ROSSI, L.S., *Le Convenzioni fra gli Stati membri dell'Unione*, Giuffrè, 2000, pag. 183 e ss.; TIZZANO, A., *Il Trattato di Amsterdam*, CEDAM, Padova, 1998, pag. 64 e ss.

¹¹⁷ Tali atti rimangono gli unici strumenti a non essere soggetti al controllo giurisdizionali della Corte, data la loro natura più strettamente politica, cfr. SALAZAR, L., *La costruzione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia dopo il Consiglio europeo di Tampere*, in *Cass. Pen.*, fasc. 4, 2000, pag. 1124.

¹¹⁸ L'art. 33 TUE attribuisce agli Stati membri la responsabilità per il mantenimento dell'ordine pubblico e al salvaguardia della sicurezza interna. Viene in tal modo garantito il rispetto della *domestic jurisdiction*, cfr. CARACCILO, I., *op. cit.*, pag. 241.

¹¹⁹ Spagna e Ungheria hanno dichiarato di accettare la competenza pregiudiziale della Corte di giustizia, limitando il ricorso ad essa ai soli giudici di ultima istanza. Austria, Belgio, Repubblica Ceca, Germania, Grecia, Finlandia, Francia, Italia, Lussemburgo, Paesi Bassi, Portogallo e Svezia hanno accettato la competenza della Corte di giustizia estendendo il ricorso a tutti i giudici, ovvero quelli di ultima o di non ultima istanza. Più in particolare, Austria, Belgio, Repubblica Ceca, Germania, Francia, Italia, Lussemburgo, Paesi Bassi e Spagna si sono riservati il diritto di stabilire l'obbligo per i giudici di ultima istanza di adire la Corte di giustizia. Si segnalano infine i restanti 11 Stati membri (Cipro, Danimarca, Irlanda, , Estonia, Lettonia, Lituania, Malta, Polonia, Regno Unito, Slovenia, Slovacchia) che non hanno ancora riconosciuto alla Corte di giustizia la competenza pregiudiziale.

¹²⁰ CURTI GIALDINO, C., *op. cit.*, pag. 113.

¹²¹ Secondo una parte della dottrina la Corte potrebbe applicare la propria giurisprudenza costante (sentenza della Corte di giustizia del 22 maggio 1990, causa C-70/88, Parlamento europeo c. Consiglio, in *Racc.*, 1991, pag. 4529 e ss.) volta a riconoscere al Parlamento europeo la tutela della proprie prerogative, cfr. CURTI GIALDINO, C., *op. cit.*, pag. 114; TIZZANO, A., *op. cit.*, pag. 65; altri autori escludono tale possibilità, data la natura degli atti del terzo pilastro, cfr. BLUMANN, C., *Aspects institutionnels*, in *Rev. Trim.dr. eur.*, 1997, pag. 742, cfr. WACHSMANN, P., *op. cit.*, pag. 891.

individuali¹²². La norma in esame attribuisce infine alla Corte la competenza a pronunciarsi sulle controversie tra Stati membri riguardanti l'interpretazione e l'applicazione di tutti gli atti del terzo pilastro, se il Consiglio non può risolverle entro sei mesi dal momento in cui è stato adito dallo Stato¹²³, e la competenza a statuire su ogni controversia tra Stati membri e Commissione relativa all'interpretazione o l'applicazione della convenzioni del terzo pilastro¹²⁴.

Sulla base della ricostruzione sopra esposta è possibile affermare che «il Trattato di Amsterdam si propone come una sintesi di tutti gli sviluppi intercorsi tra gli Stati membri nelle materie legate all'immigrazione e al controllo della criminalità, sia nel quadro “interno” all'Unione, sia nell'ambito “esterno” degli Accordi di Schengen»¹²⁵.

Il contributo che il titolo IV TCE è chiamato a dare alla realizzazione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia è attinente alla libertà di circolazione, mentre quello del titolo VI TUE riguarda la sicurezza¹²⁶.

Il quadro normativo e giurisprudenziale che ne scaturisce appare estremamente complesso e variegato. I numerosi protocolli e rinvii accentuano la pesantezza delle nuove procedure. La comunitarizzazione di alcune materie del terzo pilastro risulta imperfetta. Il permanere del metodo intergovernativo nel corso del periodo transitorio e la partecipazione a “geometria variabile” degli Stati membri sembrano infatti rinviare ad una forma di cooperazione rafforzata, piuttosto che a una reale comunitarizzazione. L'integrazione dell'*acquis* di Schengen permette di avanzare nella realizzazione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, ma la partecipazione disomogenea degli Stati membri e l'associazione di Stati non membri possono creare confusione, a dispetto di quanto la Conferenza intergovernativa si era proposta all'inizio dei lavori di riforma¹²⁷.

¹²² ROSSI, L.S., *op. cit.*, pag. 187. Un passo in avanti verso la democratizzazione del processo decisionale comunitario è tuttavia rappresentato dal protocollo sul ruolo dei parlamenti nazionali che formalizza e rende sistematica l'informazione di questi ultimi sulle attività dell'Unione. Il deficit democratico viene solo in parte colmato, stante il ruolo circoscritto del Parlamento europeo, cfr. CARACCILO, I., *op. cit.*, pag. 236 e ss. e SALAZAR, L., *La costruzione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia dopo il Consiglio europeo di Tampere*, in *Cass. Pen.*, fasc. 4, 2000, pag. 1124.

¹²³ Sembra profilarsi una sorta di soluzione pacifica delle controversie di ispirazione internazionalistica. Ne rappresenta un esempio il previo esaurimento del rimedio diplomatico, consistente nel coinvolgimento del Consiglio; sul punto cfr. ADAM, R., *op. cit.*, pag. 492.

¹²⁴ Si tratta di una competenza che appare ispirata al modello previsto da certe convenzioni adottate in base all'art. K.3 lett. c) del Trattato di Maastricht, cfr. *supra*, par. 3; per un'esauritiva trattazione dell'argomento, cfr. CONDINANZI, M., *La (fantomatica) competenza della Corte di giustizia delle Comunità europee nelle convenzioni concluse dagli Stati membri ai sensi dell'art. K3, lett. c del Trattato sull'Unione*, in *Dir. UE*, 1996, pag. 579 e ss. La giurisdizione arbitrale della Corte di giustizia la avvicina alle corti supreme nazionali, cfr. CARACCILO, I., *op. cit.*, pag. 240.

¹²⁵ ROSSI, L.S., *op. cit.*, pag. 165.

¹²⁶ Cfr. ADAM, R., *La cooperazione in materia di giustizia e affari interni tra comunitarizzazione e metodo intergovernativo*, in *Dir. UE*, 1998, pag. 495 e ss.; VAN SIMAEYS, B., CARLIER, J.-Y., *Le nouvel espace e liberté, de sécurité et de justice*, in *Le Traité d'Amsterdam. Espoirs et déceptions*, Bruylant, 1998, pag. 236 e ss.; BRIBOSIA, H., *Liberté, sécurité et justice : l'imbroglione d'un nouvel espace*, in *Revue du Marché de l'Union européenne*, 1998, pag. 41.

¹²⁷ BERGER, N., *La politique européenne d'asile et d'immigration. Enjeux et perspectives*, Bruylant, Bruxelles, 2000, pag.

Rispetto alla disciplina precedente la riforma di Amsterdam appare un progresso. Si tratta tuttavia di un progresso insufficiente, se si considera l'impatto potenziale dei nuovi strumenti nell'ordine giuridico degli Stati membri¹²⁸. Se da un lato l'integrazione di Schengen ha portato a superare, per i settori comunitarizzati, le critiche relative alla natura strettamente intergovernativa e al conseguente deficit democratico, dall'altro, ha comportato una frammentazione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia¹²⁹. La diversa pozione assunta da alcuni Stati membri con appositi protocolli e dichiarazioni rischia di danneggiare la certezza del diritto, «creando una diversa normativa e diversa giurisprudenza e potendo rendere più delicato il recepimento degli ordinamenti interni nazionali»¹³⁰. Ne deriva che l'integrazione dell'*acquis* di Schengen e la comunitarizzazione di alcune materie del terzo pilastro scontano il prezzo di una distinzione che mette a repentaglio la coerenza del sistema giuridico comunitario¹³¹.

Un ulteriore motivo di frammentazione può derivare dalla nuova procedura introdotta dal Trattato di Amsterdam. Si tratta della cooperazione rafforzata che permette ad un gruppo ristretto di Stati membri di perseguire, nell'ambito del primo e del terzo pilastro, l'integrazione avvalendosi del quadro istituzionale europeo¹³². Il principio di flessibilità risponde all'esigenza di evitare che l'unanimità freni il processo decisionale, ma può essere causa di tensioni tra Stati membri e comportare la frammentazione del diritto dell'Unione¹³³, attenuando la coerenza dell'azione di quest'ultima.

Il Trattato di Amsterdam si segnala infine per l'accento posto sui diritti dell'uomo. Il riferimento ai diritti fondamentali relativi al terzo pilastro contenuto nell'art. K. 2 del Trattato di Maastricht è stato però abbandonato¹³⁴. La formulazione del nuovo art. 6 TUE rende infatti inutile tale previsione. Il primo paragrafo proclama infatti che l'Unione si fonda sui principi di libertà, democrazia, rispetto dei diritti

¹²⁸ BRIBOSIA, H., *op. cit.*, pag. 50.

¹²⁹ Cfr. O'KEEFFE, D., *Can the Leopard Change its Spots? Visas, Immigration and Asylum-Following Amsterdam*, in O'KEEFFE, D., TWOMEY, P., (edited by), *Legal Issues of the Amsterdam Treaty*, Hart Publishing, Oxford-Portland Oregon, 1999, pag. 271 e ss.

¹³⁰ CARACCILOLO, I., *op. cit.*, pag. 228.

¹³¹ CORRADO, L., *op. cit.*, pag. 348; cfr. MONAR, J., *The "area of freedom, security and justice": a new "area" of european citizenship?*, in *Sovranità Rappresentanza Democrazia. Rapporti fra ordinamento comunitario e ordinamenti nazionali*, Jovene, 2000, pag. 69 e ss.

¹³² L'integrazione differenziata appare istituzionalizzata e procedimentalizzata. Essa pertanto è sottoposta ai controlli deomocratici e giurisdizionali e alle dinamiche interistituzionali che le corrispondenti materie incontrano nel sistema comunitario cfr. ROSSI, L.S., *Cooperazione rafforzata e Trattato di Nizza: quali geometrie per l'Europa allargata?*, in TIZZANO, A., (a cura di), *Il Trattato di Nizza*, Giuffrè, Milano, 2003, pag. 43 e ss.

¹³³ Secondo DE KERCHOVE, G., coesisterebbero, in materia di giustizia e affari interni, tre categorie di diritto: il diritto comunitario classico, il diritto dell'Unione e il diritto internazionale nelle relazioni tra gli Stati membri Schengen e la Danimarca o il Regno Unito e l'Irlanda, cfr. DE KERCHOVE, G., *Un espace de liberté, de sécurité e t de justice aux dimensions incertaines. Quelques réflexions sur le recours aux coopérations renforcées en matièe de justice et d'affaires intérieures*, in LEJEUNE, Y., (études coordonnées par), *Le Traité d'Amsterdam. Espoirs et déceptions*, Bruylant, Bruxelles, 1998, pag. 294 e ss.

¹³⁴ La norma si limitava a richiamare come fonti la CEDU e la Convenzione di Ginevra relativa allo status dei rifugiati del 28 luglio 1951.

dell'uomo e delle libertà fondamentali, e dello stato di diritto, principi che sono comuni agli Stati membri. Il secondo paragrafo richiama inoltre come fonti la CEDU e la tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, quali principi generali del diritto comunitario. La norma nel suo complesso ha pertanto tradotto in termini normativi gli sforzi giurisprudenziali della Corte di giustizia volti a colmare le lacune dei Trattati originari in materia di diritti fondamentali, ma non ha abbandonato il sistema di riferimenti e di rinvii attraverso i quali i giudici di Lussemburgo avevano operato negli ultimi trent'anni. L'allusione al diritto comunitario prevista dall'art. 6 TUE non esclude tuttavia che il rispetto dei diritti fondamentali sia imposto all'Unione in tutte le sue componenti, quella comunitaria e quella intergovernativa¹³⁵. Il nuovo art. 46 lett. d) TUE attribuisce infatti alla Corte di giustizia la competenza ad interpretare le disposizioni del Titolo VI TUE, alle condizioni previste dall'art. 35, e l'art. 6 par. 2, per quanto riguarda le attività delle istituzioni¹³⁶. L'attribuzione di una tale competenza in un settore così delicato come quello del terzo pilastro impone pertanto lo sviluppo di uno spazio non solo di sicurezza, ma anche di libertà e giustizia¹³⁷.

Per evitare che l'identificazione dei principi fondanti l'Unione rimanesse una mera dichiarazione d'intenti, il Trattato di Amsterdam ha introdotto l'art. 7 TUE che prevede una procedura sanzionatoria per gli Stati membri che violano l'art. 6 par. 1 TUE. Risulta tuttavia paradossale che l'Unione europea si riservi il compito di verificare il rispetto dei diritti fondamentali da parte degli Stati membri, ma adotti misure che incidono su tali diritti attraverso procedure che escludono o coinvolgono in modo marginale il Parlamento europeo e la Corte di giustizia¹³⁸.

V: Il Consiglio europeo di Tampere: una significativa spinta verso la realizzazione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia

Qualche mese dopo l'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam il Consiglio europeo teneva a Tampere una riunione straordinaria quasi esclusivamente dedicata al settore Giustizia e Affari Interni (GAI)¹³⁹. Le tematiche oggetto del vertice erano già

¹³⁵ CARACCILO, I., *op. cit.*, pag. 252; cfr. anche PEERS, S., *Les droits de l'homme et le troisième pilier*, in ALSTON, P., (sous la direction de), *L'Union européenne et les droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2001, pag. 170 e ss.

¹³⁶ L'espressione "attività delle istituzioni" deve essere interpretata estensivamente, in modo da comprendere anche le misure normative poste in essere dagli Stati membri, cfr. CARACCILO, I., *op. cit.*, pag. 252.

¹³⁷ CORRADO, L., *op. cit.*, pag. 349.

¹³⁸ Cfr. *supra*.

¹³⁹ I Capi di Stato e di Governo dei quindici Stati membri si riunirono a Tampere il 15-16 ottobre 1999. Un Consiglio europeo "specializzato" in tale materia rappresentava una novità, cfr. LABAYLE, H., *Le bilan du mandat de Tampere et l'espace de liberté, sécurité et justice de l'Union européenne*, in *Cahiers de droit européen*, n. 5-6, 2004, pag. 592.

state in parte affrontate dalla Comunicazione “Verso uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia”¹⁴⁰ della Commissione europea e dal Piano d’azione del Consiglio e della Commissione¹⁴¹ sul modo migliore per attuare le disposizioni del Trattato di Amsterdam relative allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia. Il Piano d’azione aveva evidenziato la stretta interconnessione tra le nozioni di libertà, sicurezza e giustizia. La prima era da intendere non solo come libertà delle persone di circolare, ma anche di vivere in un contesto di legalità, in cui i diritti fondamentali fossero pienamente tutelati. Un’attenzione particolare doveva essere rivolta al rispetto della vita privata e alla protezione dei dati personali, che rischiano di essere messi a repentaglio dalla creazione di archivi e banche dati nell’ambito della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale¹⁴². L’equilibrio tra la protezione della privacy e la pubblica sicurezza doveva costituire uno dei principali obiettivi dell’Unione. In uno spazio di sicurezza inoltre si rendeva necessario sviluppare un’azione comune tra gli Stati membri nei settori della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale, rafforzando il ruolo di Europol.

Infine l’Unione doveva prefiggersi l’obiettivo di garantire ai cittadini europei un pari accesso alla giustizia, agevolando la cooperazione tra le autorità giudiziarie, anche attraverso la ratifica e l’attuazione delle convenzioni adottate in tale settore. In materia civile occorreva semplificare e facilitare il contesto giudiziario, mentre in ambito penale era necessario potenziare il coordinamento delle azioni giudiziarie e fornire un sentimento comune di giustizia, attraverso la definizione di norme minime comuni sugli elementi costitutivi dei reati e sulle sanzioni applicabili, nonché norme procedurali capaci di assicurare in tutto il territorio dell’Unione garanzie equiparabili a quelle previste dalla CEDU e dalla relativa giurisprudenza della Corte di Strasburgo, integrate con norme e codici di buona prassi nei settori d’importanza transnazionale e d’interesse comune.

Sulla base di queste premesse il Consiglio europeo di Tampere affermava che lo sviluppo dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia doveva essere posto in primo piano nell’agenda politica dell’Unione. Dalle conclusioni del vertice emergeva la volontà di assicurare che le libertà garantite dal Trattato fossero godute in condizioni di sicurezza e giustizia accessibili a tutti, cittadini europei e cittadini dei Paesi terzi che cercano protezione o accesso nel territorio dell’Unione¹⁴³. L’obiettivo perseguito era infatti

¹⁴⁰ Comunicazione della Commissione del 14 luglio 1998, Doc. COM (1998) 459 fin.

¹⁴¹ Il Piano d’azione è stato presentato al Consiglio europeo di Vienna dell’11-12 dicembre 1998, Doc. 13844/98, in *GUCE*, C 19, del 23 gennaio 1999. Cfr. anche la risoluzione del Parlamento europeo del 13 aprile 1999, in *GUCE*, C 219 del 20 luglio 1999.

¹⁴² Cfr. CAP. II.

¹⁴³ Sulla complementarietà delle tre componenti di tale spazio e sul loro necessario sviluppo parallelo e della stessa intensità, cfr. VITORINO, A., *Vers un traité unique pour la mise en place de l’espace de liberté, de sécurité et de justice*, in DE KERCHOVE, G., WEYEMBERG, A., (édité par), *Quelles réformes pour l’espace pénal européen?*, Institut d’Etudes européennes, Editions de l’Université de Bruxelles, 2003, pag. 86 e ss.

quello di sviluppare, avvalendosi di tutte le possibilità offerte dalla riforma di Amsterdam, «un'Unione aperta, sicura, pienamente impegnata a rispettare diritti fondamentali»¹⁴⁴.

I Capi di Stato e di Governi dei quindici Stati membri hanno provveduto a dettare, per le varie materie rientranti nel settore GAI, le priorità e l'agenda politica relativa al quinquennio 1999-2004.

Il Consiglio europeo sollecitava la definizione di una politica comune in materia di asilo e d'immigrazione, basata sul partenariato con i Paesi di origine dei flussi migratori, l'istituzione di un regime europeo comune in materia di asilo e l'elaborazione di misure contro il razzismo e xenofobia. Evidenziava inoltre la necessità di avvicinare le legislazioni nazionali relative alle condizioni di ammissione e soggiorno dei cittadini di Paesi terzi, nel tentativo di ricondurre lo status giuridico di tali persone ad un livello simile a quello dei cittadini dell'Unione¹⁴⁵.

Il secondo caposaldo di Tampere è costituito dalla realizzazione di uno spazio di giustizia europea da attuarsi attraverso un migliore accesso alla giustizia, una maggiore convergenza nel settore del diritto civile ed il reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie. Con riferimento al primo aspetto, il Consiglio europeo invitava la Commissione a pubblicare "guide dell'utente" sulla cooperazione giudiziaria e sui sistemi giuridici degli Stati membri, sollecitando il Consiglio ad adottare norme minime che garantiscano un livello adeguato di assistenza giudiziaria nelle cause transnazionali, norme procedurali comuni volte a semplificare ed accelerare la composizione di tali controversie e norme minime sulla tutela delle vittime della criminalità. Con l'espressione "migliore accesso alla giustizia" si valevano ricomprendere aspetti eterogenei, quali l'aiuto giudiziario ed il risarcimento delle vittime della criminalità¹⁴⁶. Infine, il principio del riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie e delle sentenze¹⁴⁷ era posto a fondamento della cooperazione giudiziaria all'interno dell'Unione sia in materia civile che in materia penale¹⁴⁸. La Commissione era invitata a

¹⁴⁴ SALAZAR, L., *La costruzione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia dopo il Consiglio europeo di Tampere*, in *Cass. pen.*, fasc. 4, 2000, pag. 1115.

¹⁴⁵ Coloro che sono in possesso di un permesso di soggiorno di lunga durata e che si trovano legalmente in uno Stato membro dovrebbero godere di una serie di diritti il più possibile simili a quelli riconosciuti ai cittadini europei, quali per esempio, il diritto di ottenere la residenza, di ricevere un'istruzione e di esercitare un'attività di lavoro autonomo o dipendente, cfr. Conclusioni del Consiglio europeo di Tampere, punto 21.

¹⁴⁶ Cfr. Decisione quadro del Consiglio sullo statuto delle vittime nel quadro dei procedimenti penali, in *GUCE*, L 82 del 22 marzo 2001, pag. 1 e ss.

¹⁴⁷ L'applicazione di tale principio dovrebbe altresì riguardare le ordinanze preliminari che permettono alle autorità competenti di procedere rapidamente al sequestro probatorio e alla confisca dei beni facilmente trasferibili.

¹⁴⁸ Il principio del mutuo riconoscimento si basa sulla fiducia che gli Stati membri nutrono nei rispettivi sistemi giudiziari. Un tale approccio è fondato sulla circostanza che un'armonizzazione totale di tali materie non risulta allo stato attuale appropriata, cfr. sul punto VITORINO, A., *Vers un traité unique pour la mise en place de l'espace de liberté, de sécurité et de justice?*, in DE KERCHOVE, G., WEYEMBERG, A., (édité par) *Quelles réformes pour l'espace pénal européen?*, Institut d'Etudes européennes, Editions de l'Université de Bruxelles, 2003, pag. 92 e ss.

presentare una proposta volta a ridurre le procedure intermedie per il riconoscimento delle sentenze nelle cause di modesta entità in materia commerciale, in quelle relative ai consumatori e in quelle riguardanti la materia familiare.

In ambito penale, il Consiglio europeo, pur avendo sollecitato gli Stati membri a ratificare le convenzioni del 1995 e 1996 sull'extradizione¹⁴⁹, promuoveva, per le persone che si sottraggono alla giustizia dopo una condanna definitiva, il passaggio dalla procedura formale al semplice trasferimento, nel rispetto dell'art. 6 TUE. Nei casi che fuoriuscivano da tale ambito, la Commissione era invitata a presentare proposte aventi ad oggetto procedure di estradizione accelerate, alla luce della Convenzione d'applicazione di Schengen e nel rispetto del principio dell'equo processo. L'importanza di tale passaggio merita di essere sottolineata. Viene evidenziato infatti il tentativo di superare la situazione paradossale che si era creata: grazie a Schengen i criminali potevano più facilmente circolare da uno Stato membro all'altro, oltrepassando le frontiere interne senza alcun controllo, ma il quadro giuridico era ancora governato dalla Convenzione del Consiglio d'Europa del 1957 e dai relativi protocolli¹⁵⁰, fatti salvi i miglioramenti derivanti dall'utilizzo del SIS ai fini della diffusione di una richiesta di arresto provvisorio per estradizione. L'attraversamento delle frontiere non veniva più in rilievo per i controlli personali, ma comportava l'applicazione di procedure che non erano in grado «di distinguere tra Stati dell'Unione e Stati terzi né tra richieste di estradizione emanate da un'autorità competente e quelle fondate invece su sentenze di condanna definitivamente passate in giudicato»¹⁵¹.

Il terzo caposaldo di Tampere è rappresentato dalla lotta contro ogni forma di criminalità, da perseguire mediante l'adozione di misure contro le gravi forme di criminalità organizzata transnazionale, nel rispetto delle libertà e dei diritti delle persone. Il Consiglio europeo sollecitava l'istituzione di squadre investigative comuni per combattere il traffico di droga, la tratta degli essere umani ed il terrorismo, consentendo ai rappresentanti di Europol di parteciparvi. Il coinvolgimento di quest'ultimo era riconducibile alla volontà di conferire all'Ufficio europeo di polizia poteri sempre più orientati verso la piena operatività¹⁵². Nel tentativo di rafforzare la lotta contro le forme gravi di criminalità organizzata, i Capi di Stato e di Governo concordavano sulla necessità di istituire entro la fine del 2001 un'Unità di cooperazione

¹⁴⁹ Convenzione del 10 marzo 1995 relativa alla procedura semplificata di estradizione tra gli Stati membri dell'Unione europea, in *GUCE*, C 78, del 30 marzo 1995; Convenzione del 27 settembre 1996 relativa all'extradizione tra gli Stati membri dell'Unione europea, in *GUCE*, C 313, del 23 ottobre 1996.

¹⁵⁰ Convenzione europea d'extradizione del 13 dicembre 1957, in vigore dal 18 aprile 1960; Protocolli addizionali del 15 ottobre 1975 e del 17 marzo 1978.

¹⁵¹ SALAZAR, L., *La costruzione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia dopo il Consiglio europeo di Tampere*, in *Cass. pen.*, fasc. 4, 2000, pag. 1126.

¹⁵² La Convenzione istitutiva di Europol non lo presenta come un organo operativo, ma come un organismo di raccolta, analisi e scambio di dati ed informazioni. Il fine perseguito dal Consiglio europeo è apparso dunque essere quello di favorire uno sviluppo in senso operativo di tale struttura.

giudiziaria¹⁵³, Eurojust, con il compito di agevolare il buon coordinamento tra le autorità nazionali responsabili dell'azione penale, di prestare assistenza nelle indagini riguardanti i casi di criminalità organizzata sulla base dell'analisi di Europol e di cooperare con la Rete giudiziaria europea al fine di semplificare l'esecuzione delle rogatorie¹⁵⁴. Basandosi sugli artt. 29 e 31 TUE, il Consiglio europeo affermava che il riavvicinamento delle legislazioni penali nazionali doveva riguardare in un primo tempo un settore ristretto, quello del traffico di droga, tratta degli esseri umani, la criminalità ad alta tecnologia e la criminalità ambientale.

Il Consiglio europeo di Tampere ha senza dubbio impresso una spinta forte, innovatrice ed ambiziosa alla realizzazione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia. Le conclusioni adottate in tale vertice non sono tuttavia esenti da alcuni rilievi critici. Il frequente utilizzo di verbi al modo condizionale ha lasciato il campo a qualche dubbio circa la reale precettività di alcune enunciazioni. L'istituto dell'extradizione non è risultato del tutto abbandonato, data la sua applicazione, seppur con una procedura accelerata, in tutti i casi diversi da quelli relativi a persone condannate con sentenza passata in giudicato¹⁵⁵. Il vertice di Tampere inoltre ha evitato di affrontare la questione riguardante la creazione di un Pubblico Ministero europeo, prefigurato dal *Corpus Iuris*¹⁵⁶ a tutela degli interessi finanziari della Comunità europea, preferendo sollecitare

¹⁵³ Secondo la decisione del Consiglio 2002/187/GAI del 28 febbraio 2002 che istituisce Eurojust, in *GUCE*, L 63, del 6 marzo 2002, tale unità di cooperazione giudiziaria è composta da un membro nazionale distaccato da ciascuno Stato in conformità del proprio ordinamento, avente il titolo di pubblico ministero, magistrato o funzionario di polizia con pari prerogative; cfr. sulla costituzionalizzazione di Eurojust, *infra*, PAR. VI. Sulla scelta di istituire Eurojust con una decisione del Consiglio piuttosto che con una convenzione del terzo pilastro, cfr. SORASIO, D., *Reconnaissance mutuelle, rapprochement des législations et coopération*, in DE KERCHOVE, G., WEYEMBERG, A., (édite par), *L'espace pénal européen : enjeux et perspectives*, Institut d'études européennes, Institut d'études européennes, Editions de l'Université de Bruxelles, 2002, pag. 292 e ss.

¹⁵⁴ Cfr. Azione comune 98/428/GAI del 29 giugno 1998, adottata dal Consiglio sulla base dell'art. K. 3 del Trattato sull'Unione europea concernente l'istituzione di una Rete giudiziaria europea, in *GUCE*, L 191, del 7 luglio 1998. La Rete giudiziaria europea è composta da autorità centrali responsabili in ciascuno Stato membri della cooperazione giudiziaria internazionale, una o più persone di contatto designate da ogni Stato membro e una persona designata dalla Commissione europea per i settori di sua competenza. Essa ha il compito di facilitare l'istituzione di adeguati collegamenti tra le persone di contatto dei vari Stati membri, organizzare riunioni periodiche tra i rappresentanti degli Stati membri, e fornire stabilmente alcune informazioni di base sempre aggiornate, attraverso una rete di telecomunicazione.

¹⁵⁵ Cfr. *supra*. Rappresenta un superamento di tale impostazione l'adozione della decisione-quadro sul mandato d'arresto europeo, cfr. *infra*, CAP. III.

¹⁵⁶ Cfr. Si tratta di uno studio diretto da Delmas Marty e finanziato dall'Unità di coordinamento per la lotta contro la frode della Commissione europea, che ha inaugurato una nuova via per la tutela penale degli interessi finanziari della Comunità europea. Gli autori del *Corpus Iuris* hanno infatti cercato di porre le basi per la creazione di un diritto penale e di un diritto processuale penale europei, attraverso la formulazione di otto fattispecie criminose aventi come bene giuridico tutelato gli interessi finanziari della Comunità europea. Per approfondimenti sul *Corpus Iuris*, cfr. DELMAS MARTY, M., *Nécessité, légitimité et faisibilité du Corpus Iuris*, in *Agon*, 2000, n. 25, pag. 5 e ss.; DELMAS MARTY, M., VERVAELE, J., *La mise en œuvre du Corpus Iuris dans les Etats membres*, Anversa, 2000; GRASSO, G., *Il Corpus Iuris: profili generali e prospettive di recepimento nel sistema delle fonti e delle competenze comunitarie*, in *Scritti in onore di A. Pavone La Rosa*, vol. II, Giuffrè, 1999, pag. 1811 e ss.; GRASSO, G., *Il Corpus Iuris: profili generali e prospettive di recepimento nel sistema delle fonti e delle competenze*

l'istituzione di Eurojust¹⁵⁷. I Capi di Stato e di Governo, infine, hanno lasciato irrisolto il problema del voto all'unanimità in seno al Consiglio. Quest'ultimo aspetto rappresenta un grande ostacolo nel processo di integrazione. La Commissione europea non ha esitato infatti a rilevare che «les Etats membres s'engagent parfois avec réticence à coopérer dans ce nouveau cadre européen et quand leurs intérêts sont en jeu, n'hésitent pas à menacer de se servir du veto que constitue l'unanimité pour abaisser le niveau d'ambition des propositions de la Commission et de rejeter les avis du Parlement européen»¹⁵⁸.

VI: Il Trattato di Nizza e l'istituzione di Eurojust

A tre anni dalla conclusione dei negoziati di Amsterdam e dopo qualche mese dal vertice di Tampere, i Trattati sono stati nuovamente sottoposti a revisione. La riforma di Nizza non ha tuttavia apportato sostanziali modifiche né alle materie “comunitarizzate” del primo pilastro né a quelle del terzo, salvo talune eccezioni¹⁵⁹. La prima riguarda l'applicazione della procedura di codecisione fin dall'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam alle misure in materia di asilo e a quelle relative ai rifugiati e agli sfollati di cui all'art. 63 par. 1 e 2 TCE, purché il Consiglio abbia preliminarmente approvato una disciplina che definisca le norme comuni e i principi essenziali di tali materie¹⁶⁰. Una tale procedura risulta applicabile anche all'adozione delle misure

comunitarie, in PICOTTI, L., *Possibilità e limiti di un diritto penale dell'Unione europea*, Giuffrè, 1999, pag. 127 e ss.

¹⁵⁷ L'idea di istituire un pubblico ministero europeo è stata ripresa nel dibattito che ha condotto la Convenzione presieduta da Giscard d'Estaing a redigere il Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa. L'art. III-274 prevede infatti che il Consiglio possa istituire, attraverso una legge europea adottata all'unanimità previa approvazione del Parlamento europeo, una Procura europea a partire da Eurojust per combattere i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione. Sul punto cfr. *infra* PAR. VII.

¹⁵⁸ Comunicazione della Commissione COM (2004) 401 “Spazio di libertà, sicurezza e giustizia: bilancio del programma di Tampere e futuri orientamenti” del 2 giugno 2004.

¹⁵⁹ Degne di nota risultano anche le modifiche apportate alla disciplina delle cooperazioni rafforzate. Nell'ambito del terzo pilastro, l'art. 40 TUE prevede espressamente che il fine delle cooperazioni rafforzate è quello di consentire all'Unione di diventare uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia nel modo più rapido possibile. Vengono altresì introdotti gli artt. 40 A e 40 B che regolano nello specifico la procedura applicabile. Rispetto alla disciplina prevista dal Trattato di Amsterdam, la riforma di Nizza elimina il potere di veto di uno Stato. L'avvio della procedura vede la Commissione europea svolgere una funzione di *screening* preventivo della richiesta di autorizzazione avanzata da un gruppo di Stati, anche se non ha il potere di bloccarla, come avviene nella disciplina applicabile al pilastro comunitario. Gli Stati dopo aver chiesto alla Commissione di presentare una proposta al Consiglio, qualora non ricevano risposta positiva, possono comunque domandare al Consiglio di autorizzare la cooperazione rafforzata. Quest'ultimo decide a maggioranza qualificata previa consultazione del Parlamento europeo.

¹⁶⁰ Art. 67 par. 5 primo trattino. L'armonizzazione prevista dal Trattato di Nizza riguarda solo le norme minime comuni in materia di asilo. Il Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, cfr. *infra* PAR. VII, prevede invece una procedura d'asilo comune e uno statuto uniforme, conformemente a quanto stabilito dal Consiglio europeo di Tampere.

riguardanti il settore della cooperazione giudiziaria civile, fatta eccezione per gli aspetti connessi al diritto di famiglia¹⁶¹.

La più importante novità introdotta dal Trattato di Nizza nel Titolo VI TUE è rappresentata dall'espresso riferimento ad Eurojust¹⁶². L'art. 29 TUE inserisce l'Unità di cooperazione giudiziaria tra gli strumenti con i quali l'Unione persegue l'obiettivo di sviluppare uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia. Eurojust costituisce un tramite aggiuntivo ed eventuale della cooperazione tra autorità giudiziarie ed altre autorità competenti e non si sostituisce ad essa.

Il nuovo paragrafo 2 dell'art. 31 TUE descrive nel dettaglio le forme di cooperazione in materia penale da perseguire tramite Eurojust. In particolare quest'ultimo deve poter agevolare il coordinamento tra le autorità nazionali responsabili dell'azione penale, prestare assistenza alle indagini relative a casi di criminalità organizzata, tenendo conto delle analisi di Europol, e cooperare con la Rete giudiziaria europea per facilitare l'esecuzione delle rogatorie e delle domande di estradizione¹⁶³.

Dalla lettura delle norme su Eurojust si evince che la riforma di Nizza non ha apportato nessuna sostanziale novità rispetto a quanto era già stato previsto dal Consiglio europeo di Tampere. Gli unici elementi innovativi sono rappresentati dall'accento posto sulla transnazionalità dei casi di criminalità grave, alle cui indagini Eurojust deve concorrere tenendo conto delle analisi di Europol¹⁶⁴, e dalla cooperazione tra Eurojust e la Rete giudiziaria europea¹⁶⁵, volta a facilitare l'esecuzione non solo delle rogatorie, ma anche delle domande di estradizione. In relazione a queste ultime, tuttavia, il Trattato di Nizza sembra aver fatto un passo indietro. L'espresso riferimento all'extradizione, istituto cardine della cooperazione intergovernativa, evidenzia il mancato accoglimento del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie che, secondo le conclusioni di Tampere, doveva essere posto alla base della cooperazione giudiziaria. Una parte della dottrina ha pertanto acutamente sottolineato che «è proprio nel passaggio da un regime di estradizione a quello di semplice “consegna” allo Stato di condanna che si può percepire chiaramente la differenza tra un sistema di cooperazione e quello di uno spazio di giustizia comune che in tanto può dirsi

¹⁶¹ Art. 67 par. 5 secondo trattino.

¹⁶² Cfr. sul punto DEHOUSSE, F., GARCIA MARTINEZ, J., *La coopération policière et judiciaire pénale de l'Union européenne. Les lents progrès d'un nouveau projet européen*, in *Studia Diplomatica*, 2002, vol. 4, pag. 30 e ss.

¹⁶³ Eurojust non ha un potere vincolante. La sua attività si limita al coordinamento.

¹⁶⁴ L'ambito di competenza di Eurojust era inizialmente più ampio di quello di Europol. Il Consiglio ha tuttavia reso omogenee le competenze dei due organi attraverso la decisione del 6 dicembre 2001, in *GUCE*, C 362, del 18 dicembre 2001, con la quale ha esteso il mandato di Europol alle forme gravi di criminalità internazionale enumerate nell'allegato della Convenzione Europol. Tra queste ultime si possono citare a titolo esemplificativo il traffico illecito di armi, la criminalità informatica e quella ambientale, l'omicidio volontario, il sequestro di persona e la presa di ostaggi, il traffico illecito di organi umani, il razzismo e la xenofobia.

¹⁶⁵ Sulla stretta cooperazione tra i due organismi, in conseguenza della creazione di una banca dati comune, cfr. DE AMICIS, G., *Riflessioni su Eurojust*, in *Cassazione penale*, 2002, pag. 1316.

veramente esistente in quanto il provvedimento giudiziario di uno Stato venga trattato come quello corrispondente emesso nel proprio ordinamento»¹⁶⁶.

Se da un lato la costituzionalizzazione di Eurojust rappresenta un fattore positivo dal momento che tende a colmare il divario tra la cooperazione giudiziaria e quella di polizia¹⁶⁷, dall'altro sembra non aver portato alcuna sostanziale innovazione rispetto a quanto già previsto dalle conclusioni del Consiglio europeo di Tampere. L'istituzione di Eurojust risponde ai timori di quanti guardavano con preoccupazione il sorgere di un'Europa di polizia non accompagnata da una corrispondente evoluzione dell'Europa giudiziaria¹⁶⁸. L'esplicito riferimento ad Eurojust è tuttavia apparso ad alcuni come una "misura compensativa" alla mancata introduzione di una base giuridica per l'istituzione di un Pubblico Ministero europeo¹⁶⁹.

È opportuno inoltre rilevare che nessuna modifica è stata introdotta nell'art. 30 TUE relativo alla cooperazione di polizia da attuarsi tramite Europol. Tale norma continua a non richiamare il collegamento tra l'Ufficio europeo di polizia e l'Unità di cooperazione giudiziaria, a differenza di quanto previsto nell'art. 31 TUE in cui si incoraggia il concorso di Eurojust «alle indagini riguardanti casi di criminalità transnazionale grave tenendo segnatamente conto delle analisi di Europol»¹⁷⁰. La mancata menzione nell'art. 30 TUE di tale collegamento potrebbe non risultare una distrazione. Il riferimento all'Unità di cooperazione giudiziaria avrebbe infatti potuto stabilire un equilibrio tra i due organi¹⁷¹ e avrebbe gettato le premesse per una qualche

¹⁶⁶ SALAZAR, L., *L'Unità di cooperazione giudiziaria "Eurojust" in seno al Trattato di Nizza*, in TIZZANO, A., (a cura di), *Il Trattato di Nizza*, Giuffrè, Milano, 2003, pag. 311; cfr. LATTANZI, G., *La nuova dimensione della cooperazione giudiziaria*, in *Doc. Giustizia*, 2000, pag. 1041.

¹⁶⁷ L'istituzione di Europol è avvenuta tramite una convenzione del "terzo pilastro", mentre la sua costituzionalizzazione risale al Trattato di Maastricht, cfr. *supra*, PAR. II. Cfr. sul punto DEHOUSSE, F., MARTINEZ, G., *"Eurojust" et la coopération judiciaire pénale*, in *Journal des tribunaux Droit Européen*, n. 110, 2004, pag. 170 e ss. Eurojust è invece stato creato con una decisione del Consiglio 2002/187/GAI del 28 febbraio 2002, la cui entrata in vigore ha estinto l'Unità provvisoria di cooperazione giudiziaria (Pre-Eurojust), istituita con la decisione consiliare 2000/799/GAI del 14 dicembre 2000. La scelta di adottare una decisione, atto tipico del terzo pilastro, non è stata casuale. Un tale strumento può essere modificato tramite una decisione del Consiglio presa all'unanimità, senza che sia necessaria, come nel caso di una convenzione, la ratifica dei parlamenti nazionali. Sui rapporti tra Europol ed Eurojust, cfr. BARTHELET, P., CHEVALLIER-GOVERS, C., *Quelle relation entre Europol et Eurojust? Rapport d'égalité ou rapport d'autorité?*, in *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, n. 450, juillet-août, 2001, pag. 468 e ss.

¹⁶⁸ SALAZAR, L., *La costruzione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia dopo il Consiglio europeo di Tampere*, in *Cass. pen.*, fasc. 4, 2000, pag. 1128.

¹⁶⁹ DELMAS MARTY, M., *Pour un vrai procureur européen*, in *Libération*, 28 novembre 2000; VITORINO, A., *Vers un traité unique pour la mise en place de l'espace de liberté, de sécurité et de justice*, in DE KERCHOVE, G., WEYEMBERG, A., (édité par), *Quelles réformes pour l'espace pénal européen?*, Institut d'Etudes européennes, Editions de l'Université de Bruxelles, 2003, pag. 92. A favore della creazione di un Pubblico Ministero europea si era espressa la Commissione europea nel contributo presentato alla Conferenza intergovernativa di Nizza, *Tutela penale degli interessi finanziari comunitari: un procuratore europeo*, COM (2000) 608 def. del 29 settembre 2000. Il dibattito è stato rinviato alla nuova Conferenza Intergovernativa. Sul punto cfr. disposizioni del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, PAR. VII.

¹⁷⁰ Art. 31 par. 2 lett. b).

¹⁷¹ Sui rapporti tra Europol ed Eurojust cfr. BARTHELET, P., CHEVALLIER-GOVERS, C., *Quelle relation entre Europol et Eurojust? Rapport d'égalité ou rapport d'autorité?*, in *Rev. Marché Commun*

forma di controllo giudiziario sulle attività di Europol, tanto più indispensabile se le funzioni di quest'ultimo dovessero assumere un carattere più operativo¹⁷².

Occorre infine evidenziare che la decisione 2002/187/GAI istitutiva di Eurojust attribuisce al diritto nazionale di ogni Stato membro il potere di fissare lo statuto professionale della persona designata a prendervi parte e di determinare la durata del mandato. L'ineguaglianza tra i membri, se da un lato risponde ad esigenze di flessibilità¹⁷³, dall'altro rischia di andare a detrimento del buon funzionamento della struttura¹⁷⁴. Eurojust si presenta quindi come un organismo ibrido, dove agli elementi che rivelano una logica europea si fondono con elementi di forte attaccamento ai sistemi nazionali¹⁷⁵.

Stante gli insuccessi del vertice di Nizza, Consiglio europeo ha adottato in quell'occasione una Dichiarazione, allegata all'Atto finale del Trattato, in cui ha invitato la Presidenza Svedese e quella Belga a promuovere, in cooperazione con la Commissione e con la partecipazione del Parlamento europeo, un dibattito più approfondito e più ampio sul futuro dell'Unione che coinvolgesse i rappresentanti dei parlamenti nazionali e gli esponenti della società civile. La dichiarazione prevedeva inoltre che il futuro Consiglio europeo di Laeken adottasse una dichiarazione contenente iniziative appropriate per il proseguimento di questo processo.

Union eur., 2001, pag. 468 e ss.; DEHOUSSE, F., MARTINEZ, G., "Eurojust" et la coopération judiciaire pénale, in *Journal des tribunaux Droit Européen*, n. 110, 2004, pag. 170 e ss.; DE AMICIS, G., *La costruzione di Eurojust nell'ambito del « terzo pilastro » dell'Unione europea*, in *Cass. pen.*, 2001, pag. 1985 e ss. Attualmente la cooperazione tra i due organismi, volta ad aumentare la loro efficacia nella lotta contro le gravi forme di criminalità transnazionale, è regolata da un accordo firmato il 9 giugno 2004. Esso si fonda sull'art. 26 par. 1 della decisione istitutiva di Eurojust. Tale norma prevede che gli elementi essenziali di una stretta cooperazione con Europol siano definiti in un accordo approvato dal Consiglio, previa consultazione dell'autorità di controllo comune per quanto riguarda la protezione dei dati (cfr. sul punto il CAP. II), al fine di evitare inutili sovrapposizioni. Vi veda anche la decisione del 28 maggio 2002, che permette ad Europol di avviare i negoziati con l'Unità di cooperazione giudiziaria.

¹⁷² SALAZAR, L., *op. cit.*, pag. 310; sulla posizione di Europol come in un *no man's land* giuridico, cfr. BENDLER, W., *Le droit au juge dans le cadre de la Convention Europol*, in GREWE, C., (textes réunis par), *La Convention Europol: l'émergence d'une police européenne*, Presses Universitaires de Strasbourg, 2001, pag. 53 e ss.; cfr. DE KERCHOVE, G., *Améliorations institutionnelles à apporter au titre VI du traité sur l'Union européenne afin d'accroître l'efficacité et la légitimité de l'action de l'Union européenne dans le domaine de la sécurité intérieure*, in DE KERCHOVE, G., WEYEMBERG, A., *Quelles réformes pour l'espace pénal européen?*, Institut d'études européennes, Editions de l'Université de Bruxelles, 2003, pag. 19 e ss.

¹⁷³ Secondo FLORE, D., «la décision prend le maximum de ce que les Etats sont prêts à donner pour le mettre au service de la capacité d'action de l'organe», FLORE, D., *D'un réseau judiciaire européen à une juridiction pénale européenne: Eurojust et l'émergence d'un système de justice pénale*, in DE KERCHOVE, G., WEYEMBERG, A., (édité par), *L'espace pénal européen: enjeux et perspectives*, Institut d'études européennes, Institut d'études européennes, Editions de l'Université de Bruxelles, 2002, pag. 19.

¹⁷⁴ Cfr. Rapporto annuale 2003 di Eurojust, in www.eurojust.eu.int/2003.htm

¹⁷⁵ Secondo FLORE, D., *op. cit.*, pag. 29: «On constate clairement un désir de tirer profit des avantages d'une structure qui dépasse les limites de chaque Etat membre. En termes d'appui, de coordination, d'échange d'information qui s'accompagne cependant d'une crainte de perte de souveraineté et d'un refus de se voir imposer des orientations décidées par un organe européen».

VII: Il Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa e l'abbandono della ripartizione in pilastri

Il Consiglio europeo di Laeken del dicembre 2001 ha accolto la sollecitazione del Consiglio europeo di Nizza, adottando una dichiarazione con la quale ha convocato una Convenzione¹⁷⁶, sul modello di quella che ha redatto la Carta dei diritti fondamentali¹⁷⁷, avente il compito di esaminare le questioni essenziali del futuro sviluppo dell'Unione ed individuarne le possibili soluzioni in vista della Conferenza Intergovernativa del 2004 incaricata della modifica dei Trattati. La Convenzione ha presentato il Progetto di Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa al Consiglio europeo di Salonicco il 18 luglio 2003. Il testo è stato ritenuto una buona base per la Conferenza intergovernativa che, sotto la Presidenza irlandese, ha concluso i lavori apportandovi alcune modifiche.

Il Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, firmato a Roma il 29 ottobre 2004 dai venticinque Capi di Stato e di Governo e sottoposto a ratifica secondo le rispettive procedure costituzionali¹⁷⁸, presenta numerose importanti novità, in risposta ad esigenze sempre più marcate di semplificazione. Tra queste si segnala la fusione dei Trattati UE e CE che ha comportato l'abbandono della ripartizione in pilastri e la

¹⁷⁶ Cfr. *supra*, PAR. VI. La Convenzione, composta da rappresentanti degli Stati membri, parlamentari europei, parlamentari nazionali, rappresentanti della Commissione, si caratterizza per la sua composizione eterogenea. Per la prima volta la revisione dei Trattati viene affrontata con un metodo più democratico e rappresentativo, anche se la decisione finale continua a spettare ai rappresentanti dei Governi.

¹⁷⁷ La Carta dei diritti fondamentali, solennemente proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 da Parlamento europeo, Commissione e Consiglio, è stata elaborata da un organo, la Convenzione, su mandato del Consiglio europeo di Colonia del 1999. La valenza giuridica di tale testo, prima del suo inserimento nel Trattato-Costituzione, è stata oggetto di numerosi interventi da parte della dottrina, cfr. MANZELLA, A., MELOGRANI, P., PACIOTTI, E., RODOTÀ, S., *Riscrivere i diritti in Europa*, Il Mulino, Bologna, 2000; BIFUCO, R., CARTABIA, M., CELOTTO, A., (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Il Mulino, Bologna, 2001; ROSSI, L.S., (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali e costituzione dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2002; BIFUCO, R., CARTABIA, M., CELOTTO, A., (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Il Mulino, Bologna, 2001.

¹⁷⁸ In attesa che il Trattato-Costituzione entri in vigore, in seguito alla ratifica da parte di tutti gli Stati membri, il Consiglio europeo di Bruxelles del 4 novembre 2004 ha adottato un nuovo programma pluriennale per il quinquennio 2004-2009 che ha gettato le basi per conseguire importanti risultati nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia. Il cosiddetto Programma dell'Aia, 2005/C 53/01 in *GUE*, del 3 marzo 2005, riflette le ambizioni espresse dal Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa e contribuisce a preparare la sua entrata in vigore basandosi sui Trattati esistenti, cfr. *infra*, par. VIII. Sono contemplati tutti gli aspetti delle politiche connesse allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, quali i diritti fondamentali, la cittadinanza, la protezione dei richiedenti asilo, la regolazione dei flussi migratori, il controllo e la gestione delle frontiere esterne, la lotta alla criminalità organizzata e al terrorismo, il rafforzamento del ruolo di Europol ed Eurojust, il riconoscimento reciproco delle decisioni e degli atti giudiziari in materia civile e penale, l'eliminazione degli ostacoli giudiziari e giudici nelle controversie in materia civile e di diritto di famiglia con implicazioni transfrontaliere. Il Consiglio europeo ha invitato la Commissione a presentare proposte legislative ed il Consiglio ad adottare atti in grado di rispondere a tali esigenze. Degno di nota è l'invito rivolto al Consiglio di procedere entro il 1° aprile 2005 all'adozione della decisione basata sull'art. 67 par. 2 TCE al fine di rendere applicabile la procedura di codecisione a tutte le misure previste dal Titolo IV TCE. Cfr. *supra* PAR. IV.

conseguente previsione di una base giuridica unitaria per le materie rientranti nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia¹⁷⁹. Il perseguimento di un obiettivo unico, quale l'instaurazione di un tale spazio, non poteva tollerare l'adozione di differenti tipologie di strumenti giuridici a seconda della materia coinvolta. Il superamento di tale suddivisione permette inoltre di facilitare la negoziazione e la conclusione di accordi con Stati terzi nelle materie che si situavano a cavallo tra i due pilastri¹⁸⁰.

Il Trattato-Costituzione qualifica lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia come un obiettivo dell'Unione¹⁸¹ che rientra tra i settori di competenza concorrente¹⁸². Ne deriva da un lato la possibilità di ricorrere alle cooperazioni rafforzate, dall'altro di sottoporre tale spazio al rispetto dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità¹⁸³.

La disciplina specifica dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia è contenuta nella Parte III dedicata alle politiche e al funzionamento dell'Unione. Nell'art. I-42 sono anticipati i profili essenziali, quali il ravvicinamento delle legislazioni mediante leggi europee e leggi quadro europee¹⁸⁴, il riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie ed extragiudiziali¹⁸⁵ basato sulla fiducia reciproca tra le autorità competenti

¹⁷⁹ NASCIMBENE, B., *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia in una prospettiva costituzionale europea*, in ROSSI, L.S., (a cura di), *Il Progetto di Trattato-Costituzionale. Verso una nuova architettura dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2004, pag. 285.

¹⁸⁰ Cfr. MONAR, J., *The « Area of freedom, security and justice » in the EU's Draft Constitutional Treaty and its implications for the Mediterranean*, in *The European Union and the Mediterranean*, European Documentation and Research Center, University of Malta, 2004, pag. 215 e ss. Secondo VITORINO, A., la divisione in pilastri è «controproductive, opaque et n'as plus de raison d'être», VITORINO, A., *Vers un traité unique pour la mise en place de l'espace de liberté, de sécurité et de justice*, in DE KERCHOVE, G., WEYEMBERG, A., (édité par), *Quelles réformes pour l'espace pénal européen?*, Institut d'Etudes européennes, Institut d'études européennes, Editions de l'Université de Bruxelles, 2003, pag. 84.

¹⁸¹ L'art. I-3 del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, intitolato "Obiettivi dell'Unione", prevede: «L'Unione offre ai suoi cittadini uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia senza frontiere interne (...)». Esso diviene pertanto uno spazio autonomo «che ha un valore diverso rispetto a quello del mercato interno, cui si affianca pariteticamente». Il Trattato-Costituzione non ricollega più lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia «(come dimensione secondaria) al mercato, ma direttamente (e come dimensione primaria) alla cittadinanza dell'Unione», ROSSI, L.S., *L'incidenza dei principi del diritto comunitario sul diritto internazionale privato: dalla «comunitarizzazione» alla «costituzionalizzazione»*, in *Riv.dir. internazionale processuale*, 1/2004, pag. 65. Una parte della dottrina lamenta l'assenza di una chiara definizione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, a differenza di quanto accade per il settore della Politica estera e di sicurezza comune. Sul punto cfr. MONAR, J., *The « Area of freedom, security and justice » in the EU's Draft Constitutional Treaty and its implications for the Mediterranean*, in *The European Union and the Mediterranean*, European Documentation and Research Center, University of Malta, 2004, pag. 218 e ss.

¹⁸² Cfr. art. I-14. L'art. I-12 prevede che gli Stati membri esercitino «la loro competenza nella misura in cui l'Unione non ha esercitato la propria o ha deciso di cessare di esercitarla».

¹⁸³ Cfr. ROSSI, L.S., *op. cit.*, pag. 65 e ss. Il Trattato-Costituzione introduce uno strumento di controllo preventivo da parte dei parlamenti nazionali avente ad oggetto il rispetto del principio di sussidiarietà. Cfr. il Protocollo sul ruolo dei parlamenti nazionali nell'Unione europea e il Protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità.

¹⁸⁴ Si tratta dei nuovi atti legislativi vincolanti, adottati congiuntamente dal Parlamento europeo e dal Consiglio su proposta della Commissione, secondo la procedura legislativa ordinaria, ovvero quella di codecisione, di cui all'art. III-396.

¹⁸⁵ Si tratta del principio che il Consiglio europeo di Tampere aveva posto a fondamento della cooperazione giudiziaria civile e penale all'interno dell'Unione. Esso si basa sulla fiducia che gli Stati membri nutrono nei rispettivi sistemi giudiziari. L'elemento comune delle politiche e delle attività esercitate nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia è infatti costituito dalla fiducia reciproca. Tale

degli Stati membri, la cooperazione operativa fra le autorità competenti degli Stati membri, la partecipazione dei parlamenti nazionali ai meccanismi di valutazione riguardanti l'attuazione, da parte degli Stati membri, delle politiche dell'Unione¹⁸⁶, l'associazione dei parlamenti nazionali al controllo politico di Europol e alla valutazione delle attività di Eurojust, il diritto d'iniziativa legislativa degli Stati in materia di cooperazione giudiziaria penale e di polizia¹⁸⁷. L'art. I-42 rinvia per ulteriori specificazioni al Capo IV Titolo III Parte III. Le disposizioni di quest'ultimo si suddividono in cinque sezioni, dedicate rispettivamente a: disposizioni generali, politiche relative ai controlli alle frontiere, all'asilo e all'immigrazione¹⁸⁸, cooperazione giudiziaria in materia civile, cooperazione giudiziaria in materia penale e cooperazione di polizia.

Nell'art. III-257 si precisa per la prima volta che «l'Unione realizza uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia nel rispetto dei diritti fondamentali nonché dei diversi ordinamenti e tradizioni giuridici degli Stati membri». Viene evidenziato lo stretto legame che deve sussistere tra la realizzazione di tali politiche e le previsioni contenute nella Carta dei diritti fondamentali che, inserita come seconda parte nel Trattato-Costituzione, acquista un valore giuridico vincolante¹⁸⁹, divenendo un «*élément de l'acquis communautaire qu'il import(e) de préserver intégralement*»¹⁹⁰. Essa costituisce il parametro di legittimità di tutti gli atti delle istituzioni dell'Unione e di tutte le norme degli Stati membri che li attuano. La costituzionalizzazione della Carta amplifica la portata dei diritti fondamentali, ponendo al centro dell'azione dell'Unione la persona

principio viene richiamato in numerosi articoli del Trattato-Costituzione (artt. I-42, III-257, III-260, III-261, III-269, III-270), a dimostrazione del fatto che costituisce uno degli assi portanti dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia insieme all'armonizzazione del diritto materiale relativo ai vari settori coinvolti. Cfr. sul punto ROSSI, L.S., *op. cit.*, pag. 77 e ss. e DEHOUSSE, F., GARCIA MARTINEZ, J., *The Area of Freedom, Security and Justice in the European Convention*, in DEHOUSSE, F., COUSSENS, W., (editors), *The Convention's draft Constitutional Treaty: old wine in a new bottle?*, Studia Diplomatica, vol. LVI, 2003, n. 1-2, pag. 148

¹⁸⁶ L'art. III-260 dispone che «il Consiglio, su proposta della Commissione può adottare regolamenti o decisioni europei che definiscono le modalità secondo le quali gli Stati membri, in collaborazione con la Commissione, procedono alla valutazione oggettiva ed imparziale dell'attuazione, da parte della autorità degli Stati membri delle politiche dell'Unione (...)». Si tratta di atti non legislativi, espressamente previsti dall'art. I-35.

¹⁸⁷ Per un'analisi del ruolo dei parlamenti nazionali, cfr. IMBENI, R., *Parlamento europeo e parlamenti nazionali*, in ROSSI, L.S., (a cura di), *Il Progetto di Trattato-Costituzione. Verso una nuova architettura dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2004, pag. 169 e ss.

¹⁸⁸ Le politiche comuni per visti, asilo, immigrazione e controllo alle frontiere esterne sono fondate sul principio di solidarietà e di equa ripartizione della responsabilità degli Stati membri, anche sul piano finanziario, cfr. artt. III-265, III-266, III-267, III-268.

¹⁸⁹ Ne deriva che i diritti fondamentali previsti dalla Carta, come seconda parte del Trattato-Costituzione, avranno un valore costituzionale, mentre quelli "scoperti" della Corte di giustizia avranno il valore infra-costituzionale proprio dei principi generali del diritto comunitario, come da tempo affermato dalla stessa Corte nella sua giurisprudenza. Cfr. sul punto DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, J., *Les droits fondamentaux dans le Projet de Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, in *Liberté, justice, tolérance. Mélanges en hommage au Doyen Gérard COHEN-JONATHAN*, Bruylant, Bruxelles, 2004, pag. 769.

¹⁹⁰ DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, J., *Les droits fondamentaux dans le Projet de Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, in *Liberté, justice, tolérance. Mélanges en hommage au Doyen Gérard COHEN-JONATHAN*, Bruylant, Bruxelles, 2004, pag. 764.

umana¹⁹¹. Sul piano delle relazioni esterne tale incorporazione spinge l'Unione a condurre negoziati con Paesi terzi nel pieno rispetto dei diritti umani. La tutela di questi ultimi rappresenta dunque un limite generale all'adozione di atti nei settori coperti dallo spazio di libertà, sicurezza e giustizia e l'inclusione della Carta, come è stato giustamente sostenuto, «will certainly help strike a better balance between security and freedom»¹⁹².

L'art. III-257 infine richiama il rispetto degli ordinamenti e tradizioni giuridici nazionali. La norma deve essere letta insieme agli articoli III-270 par. 3 e III-271 par. 3 relativi alla cooperazione giudiziaria penale. Questi ultimi prevedono infatti la possibilità per ogni Stato membro di chiedere l'intervento del Consiglio europeo nel caso in cui ritenga che un progetto di legge quadro europea incida su aspetti fondamentali del proprio ordinamento giudiziario penale¹⁹³.

Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia torna ad assumere una veste unitaria. Le materie precedentemente suddivise dal Trattato di Amsterdam tra il titolo IV TCE e il Titolo VI TUE ritrovano un'unica collocazione nel Capo IV del Trattato-Costituzione. Il fine perseguito è quello di superare gran parte dei limiti istituzionali e procedurali che avevano frenato la costruzione di un autentico spazio di libertà, sicurezza e giustizia dell'Unione europea, estendendo l'applicazione della procedura di codecisione¹⁹⁴ a tutti i settori rientranti in tale spazio. Le dirette ripercussioni delle misure adottate sulla vita quotidiana e i diritti delle persone hanno infatti reso necessario l'estensione del metodo comunitario a tali settori. È opportuno tuttavia sottolineare che il passaggio ad un quadro istituzionale unico non esclude la presenza di eccezioni alla procedura legislativa ordinaria. L'art. III-264, richiamato dall'art. I-42, subordina l'adozione degli atti nei settori della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale all'iniziativa legislativa della Commissione o di un quarto degli Stati membri. Tale disposizione si fonda sull'art. 34 TUE, segno evidente che la delicatezza delle materie coinvolte ha spinto ancora una volta gli Stati a non cedere del tutto i propri poteri sovrani. Occorre tuttavia segnalare che, a differenza dell'art. 34 TUE, la norma del Trattato-Costituzione non attribuisce il potere d'iniziativa legislativa ad ogni singolo Stato, ma ad un gruppo di essi che rappresenti un quarto dei Paesi membri, in modo da limitare tale prerogativa¹⁹⁵.

La procedura legislativa ordinaria subisce una deroga anche in materia di cooperazione giudiziaria civile, limitatamente alle misure relative al diritto di famiglia.

¹⁹¹ L'incorporazione della Carta produce i suoi effetti anche con riferimento alle relazioni esterne dell'Unione, cfr. sul punto, MONAR, J., *op. cit.*, pag. 220 e ss.

¹⁹² DEHOUSSE, F., GARCIA MARTINEZ, J., *op. cit.*, pag. 147 e ss.

¹⁹³ Cfr. NASCIMBENE, B., *Prefazione*, in ?, Giuffrè, Milano, 2004, pag. XI e ss.

¹⁹⁴ Essa assume la veste di procedura legislativa ordinaria, disciplinata dall'art. III-396.

¹⁹⁵ La norma è frutto del compromesso tra il mantenimento del diritto di iniziativa legislativa degli Stati membri e la necessità di evitare la proliferazione delle proposte presentate dai singoli Stati ispirate alla protezione di interessi meramente nazionali, cfr. MONAR, J., *op. cit.*, pag. 235.

L'art. III-269 n. 3 dispone infatti che il Consiglio adotti una legge o una legge quadro europea deliberando all'unanimità previa consultazione del PE. Una norma passerella, tuttavia, prevede che, con una decisione europea adottata dal Consiglio all'unanimità su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo, la procedura ordinaria si applichi agli aspetti del diritto di famiglia con implicazioni transnazionali¹⁹⁶.

Ulteriori eccezioni alla procedura di codecisione si riscontrano nell'ambito della cooperazione di polizia e in quella giudiziaria penale. L'art. III-275 n. 3 dispone infatti che il Consiglio adotti all'unanimità, previa consultazione del PE, una legge o una legge quadro europea che stabilisce le misure riguardanti la cooperazione operativa tra le autorità di polizia competenti degli Stati membri. A sua volta l'art. III- 277 subordina alla medesima procedura l'adozione di una legge o una legge quadro europea che fissa le condizioni e i limiti entro i quali le autorità di polizia e giudiziarie competenti degli Stati membri possono operare nel territorio di un altro Stato membro in collegamento e d'intesa con le autorità di quest'ultimo.

Sussistono infine ipotesi residue di decisioni adottate dal Consiglio all'unanimità, previa approvazione, e non semplice consultazione, del Parlamento europeo. Si tratta della decisione europea che individua gli elementi specifici della procedura penale di cui il Consiglio ha già stabilito le norme minime attraverso una legge quadro europea¹⁹⁷, della decisione europea con la quale in Consiglio individua altre sfere di criminalità rispetto a quelle già contemplate¹⁹⁸ e della legge quadro europea che stabilisce norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni in un settore in cui è necessario dare un'attuazione efficace a una politica dell'Unione già oggetto di armonizzazione¹⁹⁹. Un ultimo esempio è rappresentato dalla disposizione contenuta nell'art. III-274 n. 1 che subordina la creazione di una Procura europea all'adozione di una legge quadro europea da parte del Consiglio che delibera all'unanimità, previa approvazione del PE.

Tale previsione costituisce un progresso rispetto al silenzio calato su tale argomento nei Consigli europei di Tampere e di Nizza²⁰⁰. Per la prima volta i Capi di Stato e di Governo hanno accolto le sollecitazioni provenienti dal Parlamento europeo e dalla Commissione che da tempo si erano fatti promotori dell'istituzione di un Pubblico Ministero europeo competente in materia di reati lesivi degli interessi finanziari dell'Unione²⁰¹. Occorre tuttavia evidenziare la prudenza con la quale è stata redatta tale

¹⁹⁶ Art. III-269 n. 3 ultimo capoverso.

¹⁹⁷ Art. III- 270 n. 2 lett. d).

¹⁹⁸ Art. III-271 n. 1.

¹⁹⁹ Art. III-271 n. 2.

²⁰⁰ Cfr. *supra* PARR. V, VI.

²⁰¹ L'art. III-274 par. 4 prevede tuttavia la possibilità per il Consiglio europeo di estendere le attribuzioni della Procura europea alla lotta contro la criminalità grave di dimensione transnazionale, attraverso una decisione adottata all'unanimità, previa approvazione del Parlamento europeo e consultazione della Commissione. Tale formulazione è frutto dei lavori della CIG. La versione elaborata

disposizione. Si prevede infatti la mera possibilità di istituire una Procura europea. Tale creazione inoltre deve avvenire «a partire da Eurojust». La formula risulta ambigua e solleva alcuni dubbi circa i rapporti tra Eurojust e la futura ed eventuale Procura europea.

Il carattere circoscritto e limitato dei casi di voto all'unanimità evidenzia una possibile espansione della regola generale della maggioranza qualificata alle residue ipotesi sopra ricordate²⁰².

La riunificazione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia non comporta, come si è visto, il completo abbandono delle specificità che hanno sempre caratterizzato tale spazio²⁰³. Il potere di proposta legislativa della Commissione risulta infatti ulteriormente ridimensionato dalla previsione di cui all'art. III-259, che attribuisce al Consiglio europeo, inserito per la prima volta a pieno titolo tra le istituzioni dell'Unione, il potere di definire gli orientamenti strategici della programmazione legislativa e operativa²⁰⁴. La norma richiamata evidenzia come il passaggio al “metodo comunitario” non sia pienamente accolto. Il riaffiorare di aspetti intergovernativi potrebbe pertanto spingere a parlare di una “comunitarizzazione *sui generis*”, simile a quella prevista dall'attuale Titolo IV TCE.

Pur non potendo prescindere da tali rilievi critici, si ritiene opportuno evidenziare gli aspetti positivi introdotti dal Trattato-Costituzione, tra i quali emerge il rafforzamento del ruolo decisionale del PE ed un più stretto coinvolgimento dei parlamenti nazionali. Si prevede infatti che questi ultimi vengano informati dei contenuti e dei risultati della valutazione sull'attuazione delle politiche dell'Unione operata dagli Stati in collaborazione con la Commissione europea e partecipino al controllo democratico su Europol²⁰⁵ e alla valutazione delle attività di Eurojust²⁰⁶. L'Ufficio europeo di polizia e l'Unità europea di cooperazione giudiziaria risultano per la prima volta pienamente integrati nel quadro istituzionale dell'Unione, con conseguente sottoposizione del loro operato al rispetto dei diritti fondamentali previsti dalla Carta, mediante un controllo parlamentare ed uno giurisdizionale²⁰⁷.

Le competenze pregiudiziali e contenziose della Corte di giustizia risultano pienamente riconosciute in tutti i settori rientranti nello spazio di libertà, sicurezza e

dalla Convenzione infatti attribuiva fin dall'inizio una competenza più estesa alla Procura europea. Cfr. più approfonditamente sulla Procura europea il CAP. III.

²⁰² Cfr. NASCIMBENE, B., *op. cit.*, pag. 290.

²⁰³ Cfr. *supra*, PAR. IV.

²⁰⁴ Cfr. ROSSI, L.S., *op. cit.*, pag. 69 ; MONAR, J., *op. cit.*, pag. 218.

²⁰⁵ Cfr. art. III-276 par. 2.

²⁰⁶ Cfr. art. III-273 par. 1.

²⁰⁷ DEHOUSSE, F., GARCIA MARTINEZ, J., *op. cit.*, pag. 142. Cfr. *supra* PAR. VI. Il ruolo di Eurojust appare rafforzato. Il riconoscimento di funzioni operative, come la possibilità di avviare indagini penali, ne rappresenta un esempio; cfr. art. III-273 par. 1.

giustizia²⁰⁸. Vengono in tal modo superate le limitazioni che la riforma di Amsterdam aveva solo in parte cercato di eliminare²⁰⁹. Occorre tuttavia rilevare che l'art. III-377 continua ad escludere la competenza della Corte a giudicare sulla validità o proporzionalità di operazioni effettuate dalla polizia o da altri servizi incaricati dell'applicazione della legge di uno Stato membro o sull'esercizio delle responsabilità incumbenti agli Stati membri per il mantenimento dell'ordine e la salvaguardia della sicurezza interna. Tale norma ricalca fedelmente la previsione dell'art. 35 n. 5 TUE e può essere oggetto dei medesimi rilievi critici. La tutela giurisdizionale degli individui risulta infatti fortemente limitata in un'area che tende a coincidere con l'intero settore della cooperazione giudiziaria penale e di polizia²¹⁰.

La fusione dei pilastri ha comportato inoltre una semplificazione degli strumenti giuridici. Il Trattato-Costituzione sostituisce gli atti tipici del terzo pilastro con leggi, leggi quadro, regolamenti e decisioni europee²¹¹. Le posizioni comuni e le convenzioni, che da tempo avevano mostrato i loro limiti²¹², non figurano più tra gli strumenti giuridici che possono essere adottati nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia. La tendenziale uniformizzazione degli atti adottati nelle differenti politiche dell'Unione non deve tuttavia trarre in inganno. Spesso infatti i redattori del Trattato-Costituzione utilizzano la stessa terminologia per atti che presentano differenti caratteristiche.

²⁰⁸ Per approfondito esame delle competenze della Corte previste dal Trattato-Costituzione, cfr. ADINOLFI, A., *Le istituzioni giudiziarie nel Progetto di Costituzione europea*, in *Riv. dir. internazionale*, fasc. 3, 2003, pag. 645 e ss.

²⁰⁹ Le lacune nella tutela dei diritti del singolo, evidenziate dalla sentenza *Jégo Quéré c. Commissione*, resa dal Tribunale di Primo grado il 3 maggio 2002, causa T-177/01, in *Racc.*, 2002, pag. 2385 e ss., vengono in parte colmate con la disposizione di cui art. III-365 par. 4, anche alla luce e in considerazione di quanto previsto dall'art. II-47 sul diritto ad un ricorso effettivo e ad un giudice imparziale. L'art. III-365 par. 4 dispone infatti che «qualsiasi persona fisica o giuridica può proporre alla condizioni di cui ai paragrafi 1 e 2, un ricorso contro gli atti adottati nei suoi confronti o che la riguardano direttamente e individualmente, e contro gli atti regolamentari che la riguardano direttamente e che non comportano alcuna misura d'esecuzione» Quest'ultimo inciso evidenzierrebbe la possibilità di impugnare atti dell'Unione europea che operano senza la necessità di misure nazionali di esecuzione. Per un'analisi approfondita del problema, cfr. MENGOZZI, P., *Le disposizioni relative al sistema giurisdizionale comunitario: un contributo per una migliore realizzazione dell'Europa dei cittadini*, in ROSSI, L.S., (a cura di), *Il Progetto di Trattato-Costituzionale. Verso una nuova architettura dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2004, pag. 300 e ss.; cfr. NASCIMBENE, B., *op. cit.*, pag. 291 e ss.; cfr. ADINOLFI, A., *op. cit.*, pag. 662 e ss.

²¹⁰ Cfr. *supra*, PAR. IV. Il Progetto di Trattato-Costituzione elaborato dalla Convenzione prevedeva l'inciso «laddove gli atti in questione rientrino nel diritto interno», col quale si ammetteva la competenza della Corte per quegli atti che venivano adottati in applicazione del diritto dell'Unione. Nel testo definitivo tale precisazione non è più presente. Questa assenza potrebbe essere il risultato di un irrigidimento di posizioni degli Stati nei confronti dell'ordinamento dell'Unione intervenuto nel corso della Conferenza intergovernativa. Cfr. *contra*, MONAR, J., *op. cit.*, pag. 238, secondo il quale «this restriction is in line with the principle of the “respect” of “essential State functions” in maintaining law and order and safeguarding internal security in artiche I-5 and should not unduly restrict the Court's power of judicial review of Union measures».

²¹¹ I primi due sono atti legislativi, gli altri sono atti non legislativi.

²¹² Gli «svantaggi che derivavano dalla sua natura di strumento convenzionale rispetto a quella di atto comunitario» erano l'«esistenza di riserve che ne pregiudicano l'uniforme applicazione, la durata limitata nel tempo, la trasposizione non omogenea da parte negli Stati membri, la mancanza di competenza interpretativa automatica della Corte di giustizia», ROSSI, L.S., *op. cit.*, pag. 67.

Il Trattato-Costituzione ha introdotto qualche cambiamento in merito alla posizione del Regno Unito e dell'Irlanda. Il Protocollo n. 19 allegato al Trattato-Costituzione, infatti, a differenza del Protocollo n. 4 del 1997, esclude la partecipazione del Regno Unito e dell'Irlanda all'adozione non solo delle misure relative ai visti, asilo, immigrazione e cooperazione giudiziaria civile, ma anche di quelle riguardanti la raccolta, l'archiviazione, il trattamento, l'analisi e lo scambio di informazioni nell'ambito della cooperazione di polizia²¹³. Risulta modificato anche il procedimento per il calcolo del voto a maggioranza qualificata in seno al Consiglio. In sostituzione della ponderazione dei voti viene adottato il criterio della doppia maggioranza degli Stati e della popolazione. Gli artt. 1 e 3 del Protocollo n. 19 prevedono infatti che per maggioranza qualificata si debba intendere «almeno il 55% dei membri del Consiglio rappresentanti gli Stati partecipanti che totalizzino almeno il 65% della popolazione di tali Stati»²¹⁴, salvo quando si tratti di misure per le quali il Consiglio non è chiamato a deliberare su proposta della Commissione o del Ministro degli Affari esteri dell'Unione. In tal caso la maggioranza richiesta è di almeno il 72% dei membri del Consiglio che totalizzino almeno il 65 % della popolazione. Rimane invece invariata rispetto alle previsioni di Amsterdam la posizione del Regno Unito e dell'Irlanda in ordine alla possibilità di partecipare all'adozione e all'applicazione di una delle misure proposte o adottate in questi settori. Nel caso i due Stati non si avvalgano di tale prerogativa non subiscono alcuna conseguenza finanziaria diversa dai relativi costi amministrativi che ne derivano per le istituzioni. Il Protocollo n. 19 ha tuttavia aggiunto, rispetto al Protocollo del 1997, la possibilità che il Consiglio, deliberando all'unanimità previa consultazione del Parlamento europeo, disponga diversamente in merito agli aspetti finanziari.

Una posizione particolare continua a permanere anche in capo alla Danimarca²¹⁵, con una novità: l'art. 1 del Protocollo n. 20 allegato al Trattato-Costituzione prevede l'esclusione di tale Paese dall'adozione delle misure proposte a norma dell'intero Capo IV della Costituzione. La limitazione viene quindi estesa alla cooperazione di polizia e quella giudiziaria in materia penale²¹⁶. Come nel Protocollo n. 19, il calcolo del voto a maggioranza qualificata in seno al Consiglio si fonda su un procedimento che tiene conto della doppia maggioranza degli Stati e della popolazione e non più della ponderazione dei voti.

²¹³ Cfr. art. 1 del Protocollo n. 19 sulla posizione del Regno Unito e dell'Irlanda rispetto alle politiche relative ai controlli alle frontiere, all'asilo, all'immigrazione e rispetto alla cooperazione giudiziaria in materia civile e alla cooperazione di polizia.

²¹⁴ In tal caso la minoranza di blocco deve comprendere almeno il numero minimo di membri del Consiglio che rappresentano oltre il 35% della popolazione degli Stati partecipanti, più un altro membro.

²¹⁵ Cfr. il Protocollo n. 20 allegato al Trattato-Costituzione.

²¹⁶ Cfr. *supra* PAR. IV.

Il Trattato-Costituzione affronta anche la questione dell'*acquis* di Schengen, mantenendo l'*opting-out* del Regno Unito e dell'Irlanda²¹⁷, nonché quello della Danimarca, limitato agli sviluppi di tale *acquis*²¹⁸. Il regime di flessibilità previsto per tali Paesi non è invece ammesso per i nuovi Stati membri dell'Unione. Questi ultimi, secondo l'art. 3 del Protocollo n. 9 allegato al Trattato-Costituzione, risultano infatti vincolati dalle disposizioni dell'*acquis* di Schengen, integrate nell'ambito dell'Unione, a decorrere dal 1° maggio 2004. Una certa prudenza tuttavia ha spinto i redattori del Trattato-Costituzione a subordinare la completa applicazione delle disposizioni di tale *acquis* all'adozione da parte del Consiglio di una decisione europea volta a verificare l'avvenuto rispetto dei requisiti richiesti²¹⁹.

Dalle disposizioni sopra esaminate emerge un quadro abbastanza soddisfacente. L'ampliamento del ruolo del Parlamento europeo e dei parlamenti nazionali e l'estensione quasi generalizzata della procedura di codecisione rispondono all'esigenza di una maggiore democraticità del processo decisionale, mentre la piena competenza pregiudiziale e contenziosa della Corte di giustizia soddisfa le richieste di un effettivo ed efficace controllo giurisdizionale sugli atti delle istituzioni dell'Unione. Il richiamo al rispetto dei diritti fondamentali sottolinea, infine, per la prima volta in maniera esplicita che la priorità dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia è quella di trovare un equilibrio tra le esigenze di sicurezza e quelle di tutela delle libertà e dei diritti fondamentali²²⁰.

Dopo i referendum negativi di Francia e Olanda l'entrata in vigore del Trattato-Costituzione è stata messa in dubbio. Si è aperto un periodo di riflessione che non ha del tutto arrestato le ratifiche²²¹, ma ha portato i Capi di Stato e di Governo degli Stati membri ad interrogarsi ed individuare vie alternative all'entrata in vigore del Trattato-Costituzione.

²¹⁷ Cfr. art. 4 del Protocollo n. 17 sull'*acquis* di Schengen integrato nell'ambito dell'Unione, allegato al Trattato-Costituzione.

²¹⁸ Cfr. art. 3 del Protocollo n. 17 sull'*acquis* di Schengen integrato nell'ambito dell'Unione e art. 2 del Protocollo n. 20 sulla posizione della Danimarca. Cfr. sul diritto attualmente vigente *supra* par. IV.

²¹⁹ Cfr. art. 3 del Protocollo n. 9 relativo al Trattato e atto di adesione della Repubblica Ceca, della Repubblica di Estonia, della Repubblica di Cipro, della Repubblica di Lettonia, della Repubblica di Lituania, della Repubblica di Ungheria, della Repubblica di Malta, della Repubblica di Polonia, della Repubblica di Slovenia e della Repubblica di Slovacchia.

²²⁰ Cfr. MONAR, J., *op. cit.*, pag. 239, secondo il quale il Trattato-Costituzione non si è sforzato di enfatizzare il necessario bilanciamento tra libertà, sicurezza e giustizia. «The current emphasis on security, reinforced by the terrorist threat since 11 september 2001, will continue to shape the further development of the AFSJ. This increases the risk of the AFSJ becoming a pure internal security project with its inevitable accumulation of primarily restrictive measures»; cfr. anche WALKER, N., *Freedom, Security and Justice*, in DE WITTE, (a cura di), *Ten reflections on the constitutional Treaty of the Europe*, IUE, Firenze, 2003, pag. 169.

²²¹ Al momento attuale hanno ratificato 18 Stati su 27. La Bulgaria e la Romania hanno ratificato il Trattato-Costituzione contemporaneamente alla ratifica del Trattato di adesione dell'UE. La Presidenza di turno tedesca ha posto questione del futuro del Trattato-Costituzione tra le priorità della sua agenda politica.

VIII: Il Programma quinquennale dell'Aja per lo sviluppo dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia

A cinque anni dal Consiglio europeo di Tampere, i Capi di Stato e di governo hanno adottato all'Aja un altro programma quinquennale per lo sviluppo dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia dell'UE²²². Quest'ultimo riflette le ambizioni del Trattato-Costituzione e cerca di attuarle mediante gli strumenti previsti dai Trattati vigenti.

Il Programma dell'Aja si propone di sviluppare tutti e tre gli aspetti dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia. Sembra tuttavia emergere una particolare attenzione verso la componente "sicurezza". Alla luce degli attentati terroristici dell'11 settembre 2001 negli Stati Uniti e dell'11 marzo 2004 a Madrid, la sicurezza dell'Unione è venuta infatti ad assumere un nuovo carattere di urgenza²²³.

Nel programma viene tuttavia più volte evidenziata la necessità di perseguire gli obiettivi nel pieno rispetto dei diritti fondamentali quali sono garantiti della CEDU e della Carta dei diritti fondamentali, nonché dalla Convenzione di Ginevra relativa allo *status* dei rifugiati. La Commissione europea viene invitata ad elaborare un piano d'azione per l'attuazione del programma²²⁴, mentre il Consiglio viene sollecitato ad adottare una decisione basata sull'art. 67 par. 2 TCE al fine di applicare la procedura di codecisione a tutte le misure del titolo IV TCE, ad eccezione della migrazione legale²²⁵.

Degna di nota appare inoltre la riflessione che il Consiglio europeo svolge sull'importanza della Corte di giustizia nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia. I Capi di Stato e di Governo si compiacciono della scelta del Trattato-Costituzione di accrescere i poteri della Corte e sottolineano che per garantire ai cittadini europei una tutela giurisdizionale effettiva è necessario consentire alla stessa di statuire rapidamente, come previsto all'articolo III-369 del Trattato-Costituzione. In tale contesto si dovrebbe riflettere sull'adozione di una soluzione volta a trattare in modo spedito e appropriato le richieste di pronuncia pregiudiziale sullo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, se del

²²² Il Consiglio europeo si è compiaciuto dei risultati ottenuti nel corso degli ultimi cinque anni: sono state infatti poste le basi di una politica comune in materia di asilo e immigrazione, è stata predisposta l'armonizzazione dei controlli alle frontiere, è stata migliorata la cooperazione di polizia e i lavori preparatori per la cooperazione giudiziaria sulla base del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie e delle sentenze sono ben avanzati.

²²³ Cfr. conclusioni Consiglio europeo del 4-5 novembre 2004, punto 14.

²²⁴ La Commissione ha risposto a tale sollecitazione adottando il 10 maggio 2005 la Comunicazione COM (2005) 184 definitivo.

²²⁵ Il Consiglio ha risposto a tale sollecitazione adottando la Decisione del 22 dicembre 2004, 2004/927/CE, che assoggetta alcuni settori contemplati dal titolo IV, parte terza, del Trattato che istituisce la Comunità europea alla procedura di cui all'articolo 251 di detto trattato, in *GUE*, L 396 del 31 dicembre 2004, pag. 45 e ss. La Commissione europea ha proposto di attivare, nel corso del 2007, le passerelle previste dall'art. 67 TCE, sopprimendo i limiti alla giurisdizione della Corte per le materie del titolo IV TCE, e dall'art. 42 TUE, come raccomandato dal Parlamento europeo. Quest'ultimo ha più volte chiesto di trasferire nel quadro comunitario le disposizioni relative alla cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale. Si tratta di un obiettivo ambizioso che è ancora lontano da una sua realizzazione.

caso, modificando in particolare lo statuto della Corte. Su tale aspetto è intervenuta recentemente la Corte stessa esprimendo la propria posizione in un documento di riflessione. I giudici di Lussemburgo hanno affermato che solo una modifica significativa delle norme procedurali esistenti potrebbe garantire un trattamento sufficientemente rapido di una domanda di pronuncia pregiudiziale relativa allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia. La Corte di giustizia ha pertanto sollecitato la creazione di un nuovo tipo di procedimento che consenta di trattare una causa entro un termine ancora più breve di quello previsto per un procedimento accelerato definito dal regolamento di procedura. Al fine di raggiungere tale obiettivo, si potrebbe stabilire di affidare il trattamento di tali cause ad un collegio giudicante speciale, secondo un procedimento particolarmente snello, eventualmente controbilanciato dalla possibilità di riesame. La Corte è altresì consapevole del fatto che la rapidità del procedimento deve essere bilanciata con la salvaguardia di un certo numero di garanzie procedurali, evitando che la natura stessa del rinvio pregiudiziale risulti modificata.

Alla luce dell'evoluzione che il settore della giustizia e degli affari interni ha avuto negli ultimi anni si cercherà di valutare, nei prossimi capitoli, se i progetti e gli atti adottati nell'ambito dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia sono in grado di soddisfare il necessario bilanciamento tra le richiamate esigenze di tutela della sicurezza e di rispetto dei diritti e delle libertà individuali.

CAPITOLO II

Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia e la protezione dei dati personali

SEZIONE I: Il diritto al rispetto della vita privata e la protezione dei dati personali

L'evoluzione tecnologica e la diffusione di computers in grado di soddisfare non solo esigenze di calcolo, ma anche il trattamento di testi alfanumerici e di immagini, hanno facilitato l'istituzione di banche dati e la circolazione delle informazioni in esse contenute. La capacità dei computers di accumulare un'enorme quantità di dati, identificarli, selezionarli, confrontarli, aggregarli e trasformarli in una informazione organizzata che può essere diffusa rapidamente ha portato «alla creazione di un nuovo potere di dominio sociale sull'individuo: il potere informatico»¹. Lo sviluppo tecnologico ha imposto pertanto al diritto un adeguamento veloce², che si è manifestato in una più marcata esigenza di proteggere la privacy e, più in particolare, il trattamento dei dati personali.

Per poter valutare se le banche dati create nell'ambito dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia prevedano idonee garanzie per il rispetto di tale diritto fondamentale, è opportuno cercare di darne una definizione.

Il concetto di privacy trova la sua origine oltre oceano nella società americana della metà del XIX secolo come *right to be let alone*, cioè come diritto a non subire alcuna ingerenza esterna nella propria sfera privata. Il diritto alla riservatezza o al rispetto della vita privata, come viene abitualmente tradotto³, è stato infatti oggetto di un famoso saggio⁴ in cui due giuristi americani hanno prospettato una nozione di privacy

¹ FROSINI, *Banche dati e tutela della persona*, Camera dei Deputati, II Edizione, Roma, 1983; MISSORICI, M., *Banche dati e tutela della riservatezza*, in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 1996, par. 54; cfr. GIANNANTONIO, E., *Manuale di diritto dell'informatica*, CEDAM, Padova, 1994, pag. 27; RODOTÀ, S., *Tecnologie e diritti*, Il Mulino, Bologna, 1995, pag. 33 e ss.. Secondo GIANNANTONIO, E., LOSANO, M. G., ZENCOVICH, V. Z., i dati personali devono essere tutelati in quanto tali, indipendentemente dalla loro comunicazione e diffusione al fine di garantire la libertà della persona nei confronti del potere informatico, GIANNANTONIO, E., LOSANO, M. G., ZENCOVICH, V. Z., *La tutela dei dati personali. Commentario alla l. 675/1996*, CEDAM, Padova, 1997, pag. 5.

² PAGANO, R., *Tutela dei dati personali: evoluzione della legislazione europea e stato del dibattito*, in *Informatica e diritto*, 1986, pag. 70.

³ Sulle difficoltà di tradurre tale termine con l'espressione "vita privata", cfr. PAGANO, R., *op. cit.*, pag. 68; cfr. RIGAUX, F., *L'elaboration d'un right of privacy per la jurisprudence américaine*, in *Revue internationale de droit comparé*, XXIII, 1980, pag. 728. In ambito internazionale l'art. 12 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 10 dicembre 1948 sancisce che «nessun individuo potrà essere sottoposto ad interferenze arbitrarie nella sua vita privata, nella sua famiglia, nella sua casa e nella sua corrispondenza, né a lesioni del suo onore e della sua reputazione. Ogni individuo ha diritto ad essere tutelato dalla legge contro interferenze o lesioni». Il riferimento alla vita privata, alla famiglia e alla corrispondenza trovano espressione a livello europeo nell'art. 8 della CEDU, cfr. *infra*.

⁴ WARREN, S. D., BRANDEIS, L. D., *The Right to Privacy*, in *Harvard Law Review*, 1890, pag. 193.

non più fondata sul concetto di proprietà, ma su quello di tutela della personalità, ovvero di libertà personale dalle intrusioni altrui e di possibilità di godere della propria intimità⁵.

La nozione di privacy sembra però sfuggire ad un'unica definizione⁶, dovendo adattarsi ai rapidi mutamenti della società moderna e della tecnologia. Se alle origini essa era strettamente legata alla difesa della sfera privata, successivamente, in una società dell'informazione dominata dagli scambi commerciali e da interventi assistenziali e previdenziali dei pubblici poteri, essa deve fare i conti con altri interessi altrettanto meritevoli di tutela, tra i quali l'ordine pubblico, la sicurezza interna, il diritto alla salute, il diritto d'informazione. L'accento pertanto si sposta dalla segretezza al controllo operato dall'individuo sulla raccolta e sul trattamento dei propri dati personali⁷. Da una definizione di privacy come “*right to be let alone*” si passa quindi al principio del “*control of information about oneself*”. L'attenzione viene pertanto rivolta alla nozione di protezione dei dati personali⁸. «La possibilità di controllare non serve soltanto a rassicurare il singolo cittadino sull'esattezza e sull'uso corretto delle informazioni che lo riguardano direttamente, ma può diventare uno strumento di equilibrio nella nuova distribuzione di potere»⁹. La dottrina qualifica il rapporto che si instaura tra l'individuo e le informazioni che lo riguardano come “diritto all'autodeterminazione informativa”¹⁰.

⁵ Tale soluzione fu fatta propria dalla Corte Suprema solo nel 1965, nel caso *Griswald v. Connecticut*, cfr. WESTIN, A. F., *Privacy and Freedom*, New York, 1967, pag. 335. Sulla nascita della privacy come diritto tipico della classe borghese cfr. RODOTÀ, S., *op. cit.*, pag. 21 e ss. e MUMFORD, L., (trad. it. di LABÒ, E. e M.), *La cultura della città*, Milano, 1953.

⁶ Cfr. PAGANO, R., *op. cit.*, pag. 72; cfr. MARTINOTTI, G., *Controllo delle informazioni personali e sistema politico*, in ROSITI, F., (a cura di), *Razionalità sociale e tecnologie dell'informazione*, Edizioni Comunità, Milano, 1973, pag. 342.

⁷ MISSORICI, M., *op. cit.*, pag. 54.

⁸ PAGANO, R. sostiene che la normativa adottata in ambito nazionale a partire dalla metà degli anni '70 viene impropriamente qualificata come legislazione sulla privacy in quanto ha ad oggetto «non tanto il sistema della *privacy* (...) quanto il sistema della raccolta e della circolazione delle informazioni. Più che di *privacy acts* si tratta di *data protection acts*», *op. cit.*, pag. 73. Secondo GIANNANTONIO, E., LOSANO, M. G., ZENCOVICH, V. Z. i dati personali vengono tutelati in quanto tali, indipendentemente dalla loro comunicazione e diffusione. L'obiettivo infatti è quello di garantire la libertà della persona rispetto al potere informatico, cfr. GIANNANTONIO, E., LOSANO, M. G., ZENCOVICH, V. Z., *La tutela dei dati personali. Commentario alla l. 675/1996*, CEDAM, Padova, 1997, pag. 5.

⁹ RODOTÀ, S., *op. cit.*, pag. 35.

¹⁰ Cfr. RODOTÀ, S., *op. cit.*, pag. 45; cfr. PAGANELLI, M., *Diritti della personalità. L'individuo e il gruppo*, in LIPARI, N., *Diritto privato europeo*, CEDAM, Padova, 1997, pag. 148; cfr. SANTANIELLO, G., *Il sistema delle garanzie della privacy (profili introduttivi)*, in LOIODICE, SANTANIELLO, *La tutela della riservatezza*, CEDAM, Padova, 2000, pag. 11; cfr. PALLARO, P., *Libertà della persona e trattamento dei dati personali nell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2002, pag. 47; cfr. ZERDICK, T., *European aspects of data protection: what rights for the citizen?*, in *Legal Issues of European Integration*, 1995, pag. 59. Quest'ultimo autore, richiamando la sentenza della Corte costituzionale tedesca (Bundesverfassungsgericht) del 15 dicembre 1983, *Volkszählungsurteil*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1984, pag. 419 e ss., parla di diritto alla privacy come «right to determine when, where and to whom his personal data are being made available», *op. cit.*, pag. 59.

I.1: L'art. 8 CEDU e la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo

In ambito europeo per lungo tempo è mancato un istituto giuridico analogo a quello elaborato dalla dottrina statunitense. La Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) è intervenuta a colmare tale lacuna sancendo all'art. 8 il diritto al rispetto della vita privata e familiare, del domicilio e della corrispondenza. La norma non chiarisce che cosa debba intendersi con queste espressioni. Risulta pertanto significativa l'interpretazione dinamica ed evolutiva elaborata dagli organi di Strasburgo¹¹. Tale giurisprudenza ha ricondotto alla tutela prevista dall'art. 8 non solo la sfera intima della persona, ovvero l'integrità fisica e morale comprensiva della vita sessuale¹², ma anche le relazioni dell'individuo con i suoi simili e con il mondo esterno¹³. Dagli aspetti legati al rispetto del domicilio¹⁴ la Corte europea è giunta attraverso un'interpretazione estensiva a tutelare il diritto di vivere in un ambiente sano¹⁵.

Il settore che più ci interessa è quello relativo all'intervento delle pubbliche autorità sulle questioni legate ad indagini penali o finalizzate al rispetto dell'ordine pubblico e della sicurezza nazionali.

A tale riguardo vengono in rilievo le pronunce che hanno avuto ad oggetto l'utilizzo delle intercettazioni telefoniche da parte delle autorità di polizia. La Corte di Strasburgo attraverso una interpretazione estensiva della nozione di "corrispondenza"

¹¹ Il rispetto e l'interpretazione della CEDU furono in un primo tempo assicurati dalla Commissione e dalla Corte europea dei diritti dell'uomo. Con l'entrata in vigore del Protocollo n. 11 allegato alla Convenzione tale prerogativa è stata attribuita alla Corte unica. Cfr. sulla interpretazione dinamica ed evolutiva della CEDU che diventa «un instrument vivant à interpréter à la lumière des conditions de la vie actuelle», Corte europea, sentenza del 25 aprile 1978, *Tyrer*, in *Raccolta Serie A*, n. 26 par. 31; cfr. Corte europea, sentenza del 18 dicembre 1986, *Johnston c. Irlanda*, in *Raccolta Serie A*, n. 112, par. 53; cfr. SUDRE, F., *Droit européen et international des droits de l'homme*, Presses Universitaires de France, 2003, pag. 369; cfr. BARTOLE, S., CONFORTI, B., RAIMONDI, G., *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, CEDAM, Padova, 2001, pag. 308.

¹² Cfr. Corte europea, sentenza del 26 marzo 1985, *X et Y c. Paesi Bassi*, in *Raccolta Serie A*, n. 91, par. 23.

¹³ Cfr. Corte europea, sentenza del 31 maggio 1995, *Friedl c. Austria*, in *Raccolta Serie A*, n. 305, par. 45; cfr. Corte europea, sentenza del 16 dicembre 1992, *Niemetz c. Allemagne*, in *Raccolta Serie A*, n. 251; cfr. Corte europea, sentenza del 31 ottobre 1994, *Coeriel et Aurik c. Paesi Bassi*, in *Raccolta Serie A*, n. 453, par. 21; cfr. Corte europea, sentenza del 24 febbraio 1998, *Botta c. Italia*, in *Raccolta*, 1998-I.

¹⁴ La Corte europea ha esteso tale diritto anche alle persone giuridiche, cfr. Corte europea, sentenza del 16 aprile 2002, *Società Colas Est et autres c. France*, in *Raccolta*, 2002-III; cfr. Corte europea, sentenza del 14 ottobre 1987, *Chappel c. Regno Unito*, in *Raccolta Serie A*, n. 152; Corte europea, sentenza, *Niemetz c. Allemagne*, in *Raccolta Serie A*, n. 251; cfr. sul punto cfr. SUDRE, F., *op. cit.*, pag. 376; cfr. YERNAULT, D., *Les pouvoirs d'investigation de l'administration face à la délinquance économique: les locaux professionnels et l'article 8 de la Convention européenne*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 1994, p. 126; cfr. *contra* PALLARO, P. *op. cit.*, pag. 15 e ss. e altri autori richiamati.

¹⁵ Cfr. Corte europea, sentenza del 9 dicembre 1994, *Lopez Ostra c. Spagna*, in *Raccolta Serie A*, n. 303, par. 51; cfr. Corte europea, sentenza del 19 febbraio 1998, *Guerra e altri c. Italia*, in *Raccolta Serie A*, n. 46.

ha ritenuto applicabile l'art. 8 par. 1 CEDU¹⁶. Secondo una giurisprudenza consolidata, il controllo o la sorveglianza operati dallo Stato e finalizzati a proteggere la società da forme sofisticate di spionaggio o di terrorismo, sono ammessi solo in casi eccezionali e unicamente qualora siano necessari «in una società democratica alla sicurezza nazionale e/o alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati»¹⁷, secondo quanto previsto nella clausola di salvaguardia di cui all'art. 8 par. 2 CEDU¹⁸. Essi devono pertanto essere giustificati da un bisogno sociale imperativo, quale la tutela della sicurezza o la repressione delle infrazioni penali, ed essere proporzionati allo scopo legittimo cui tendono¹⁹. La Corte, consapevole del rischio di abusi e di ingerenze arbitrarie da parte delle autorità pubbliche nella sfera privata dei singoli, ha più volte sancito la necessità che l'ordinamento nazionale accompagni il sistema di sorveglianza con sufficienti garanzie²⁰, sottolineando come la legge debba usare «termini abbastanza chiari per indicare a tutti in modo sufficiente in quali circostanze e a quali condizioni autorizza i pubblici poteri ad adottare tali misure segrete»²¹.

¹⁶ Cfr. Corte europea, sentenza del 6 settembre 1978, *Klass c. Germania*, in *Raccolta Serie A*, n. 28, par. 41; cfr. Corte europea, sentenza del 25 febbraio 1992, *Andersson c. Svezia*, in *Raccolta Serie A*, n. 226, par. 71; la Corte si è spinta a ricomprendere nell'ambito della tutela prevista dall'art. 8 della CEDU anche l'utilizzazione di «cimici» nascoste nei locali della polizia, cfr. Corte europea, sentenza del 25 dicembre 2001, *P.G. e J. H. c. Regno Unito*, in *Raccolta*, 2001-IX. Numerose sono le pronunce relative ai controlli della corrispondenza e delle comunicazioni dei detenuti. La Corte li ha resi ammissibili solo se effettuati previa opportuna informazione e attraverso le modalità indicate dalla legge; cfr. Corte europea, sentenza del 21 febbraio 1975, *Golden c. Regno Unito*, in *Raccolta Serie A*, n. 18; cfr. Corte europea, sentenza del 20 giugno 1988, *Schonenberg e Durmaz c. Svizzera*, in *Raccolta Serie A*, n. 137; par. 81.; cfr. Corte europea, sentenza del 25 marzo 1992, *Campbell c. Regno Unito*, in *Raccolta Serie A*, n. 233; cfr. Corte europea, sentenza del 21 dicembre 2000, *Natoli c. Italia*, in *Raccolta*, 2000.

¹⁷ Corte europea, sentenza del 6 settembre 1978, *Klass c. Germania*, in *Raccolta Serie A*, n. 28, par. 48; cfr. anche Corte europea, sentenza del 2 agosto 1984, *Malone c. Regno Unito*, in *Raccolta Serie A*, n. 82, par. 81.

¹⁸ L'art. 8 par. 2 introduce infatti dei limiti al godimento del diritto alla protezione della vita privata. L'ingerenza dell'autorità pubblica, da intendersi come una costruzione subita dall'interessato da parte di un atto positivo dello Stato, è ammessa solo se prevista dalla legge e se risponde ad esigenze particolarmente gravi in una società democratica, quali la sicurezza pubblica, il benessere economico nazionale, la difesa dell'ordine e la prevenzione dei reati, la protezione della salute o della morale o la protezione dei diritti e delle libertà altrui. Trattandosi di eccezioni alla regola generale, la giurisprudenza della Corte le ha considerate tassative e non ne ha ammesso l'estensione per analogia.

¹⁹ DE SALVIA, M., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2001, pag. 231; cfr. Corte europea, sentenza del 24 novembre 1986, *Gillow c. Regno Unito*, in *Raccolta Serie A*, n. 109, par. 55.

²⁰ La Corte pertanto prende in considerazione «la natura, l'ampiezza e la durata delle eventuali misure, le ragioni necessarie per ordinarle, le autorità competenti per autorizzarle, eseguirle e controllarle, il tipo di ricorso apprestato dal diritto interno», cfr. Corte europea, sentenza del 6 settembre 1978, *Klass c. Germania*, in *Raccolta Serie A*, n. 28, par. 50; cfr. Corte europea, sentenza del 2 agosto 1984, *Malone c. Regno Unito*, in *Raccolta Serie A*, n. 82, par. 81; cfr. Corte europea, sentenza del 26 marzo 1987, *Leander c. Svezia*, in *Raccolta Serie A*, n. 116, par. 60.

²¹ Corte europea, sentenza del 25 giugno 1997, *Halford c. Regno Unito*, in *Raccolta*, 1997-III, par. 49; cfr. anche Corte europea, sentenza *Malone c. Regno Unito*, cit. supra, par. 81, in cui la Corte ritenuto che la normativa inglese non fosse sufficientemente chiara sui casi in cui fosse lecito utilizzare lo strumento delle intercettazioni telefoniche; cfr. anche le pronunce in cui la Corte condanna la Francia per analoghi motivi, cfr. Corte europea, sentenza del 24 aprile 1990, *Kruslin c. Francia*, in *Raccolta Serie A*, n. 176; cfr. Corte europea, sentenza del 24 aprile 1990, *Huwig c. Francia*, in *Raccolta Serie A*, n. 176; cfr. Corte europea, sentenza del 23 novembre 1993, *A. c. Francia*, in *Raccolta Serie A*, n. 227.

Dall'esame delle pronunce si evince che i giudici di Strasburgo hanno sempre cercato di trovare un equilibrio tra gli interessi in gioco, la sicurezza e la prevenzione dei reati da un lato, il rispetto della vita privata dall'altro. L'approccio utilizzato è sempre stato quello fattuale, caratterizzato da una valutazione caso per caso di quale delle due posizioni soggettive dovesse prevalere. Nel procedere a tale giudizio la Corte europea ha tenuto conto della natura e della durata dei controlli posti in essere delle autorità di polizia nonché delle vie di ricorso interno previste a tutela dei singoli²².

I giudici di Strasburgo si sono pronunciati anche sulla compatibilità di raccolte, archiviazioni e utilizzazioni di dati personali da parte delle autorità pubbliche. Il bilanciamento tra gli interessi contrapposti li ha portati a ritenere che la memorizzazione di informazioni personali in schedari segreti e la loro utilizzazione da parte delle competenti autorità interne non violassero l'art. 8 CEDU solo se la legge nazionale le avesse autorizzate ai fini della tutela della sicurezza interna e ne avesse previsto la sottoposizione ad un controllo democratico²³. Pur riconoscendo alle autorità nazionali un certo margine di discrezionalità, la Corte ne ha limitato l'estensione, consapevole del rischio di abusi e di utilizzazioni arbitrarie. Essa ha pertanto affermato che l'interesse pubblico poteva prevalere sul diritto alla protezione dei dati personali solo qualora la normativa interna avesse predisposto un controllo democratico e non fosse risultata sproporzionata rispetto all'obiettivo perseguito²⁴.

Per la raccolta di quei dati personali che, come le impronte digitali, sono idonei ad identificare l'individuo con un margine di errore ridottissimo, la Corte si è mostrata più severa ed ha richiesto che la normativa interna prevedesse garanzie più pregnanti. Tra queste si segnalano l'obbligo di stabilire con chiarezza i casi in cui la raccolta fosse lecita e non potesse essere sostituita da misure di identificazione meno invasive, il dovere di limitare la sua applicazione ai casi in cui l'individuazione duratura dell'individuo fosse necessaria per lo svolgimento di un'inchiesta penale ed infine

²² Cfr. Corte europea, sentenza del 15 giugno 1992, *Ludi c. Svizzera*, *Raccolta Serie A*, n. 238, in cui la Corte ha ritenuto colpevole la Francia per il fatto che la magistratura francese avesse utilizzato come prova una conversazione registrata su un nastro assunta senza la necessaria autorizzazione giudiziaria. La finalità tuttavia risultava lecita, dal momento che l'obiettivo era quello di raccogliere la confessione del disegno criminoso del signor Ludi. Sul punto cfr. RUSSO, C., QUAINI, P. M., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, Giuffrè, Milano, 2000, pag. 100 e ss.; cfr. DE SALVIA, M., *op. cit.*, pag. 231 e ss.

²³ Corte europea, sentenza del 26 marzo 1987, *Leander c. Svezia*, in *Raccolta Serie A*, n. 116, par. 59.

²⁴ Corte europea, sentenza del 28 ottobre 1994, *Murray c. Regno Unito*, in *Raccolta Serie A*, n. 300, par. 90; la Corte europea è intervenuta anche sulla comunicazione o divulgazione di dati di carattere personale sulla salute. Nella sentenza del 25 febbraio 1997, *Z. c. Finlandia*, in *Raccolta*, 1997-I, la Corte ha ribadito la necessità di valutare se la legislazione interna apprestava garanzie appropriate. La richiesta della testimonianza dei medici della ricorrente sieropositiva, il sequestro delle cartelle cliniche, il loro inserimento nel fascicolo d'inchiesta, nonché la decisione di rendere pubblici tali documenti e di divulgare l'identità e le condizioni di salute della ricorrente, devono, secondo i giudici di Strasburgo, risultare proporzionati allo scopo perseguito. Essi ammettono che la tutela della riservatezza possa soccombere «di fronte alla necessità di indagare su alcuni reati, di perseguirne gli autori, di proteggere la pubblicità dei procedimenti giudiziari, quando sia provato che questi ultimi interessi rivestano una maggiore importanza».

l'obbligo di distruggere le impronte digitali nel caso in cui non vi fosse più motivo di sospettare dell'interessato²⁵.

I.2: Segue: La giurisprudenza della Corte di giustizia

Se si sposta l'attenzione dal Consiglio d'Europa alle Comunità europee ci si accorge che proprio la tutela della riservatezza è stata oggetto della prima pronuncia della Corte di giustizia in materia di diritti fondamentali. Con la famosa sentenza *Stauder*²⁶, infatti, la Corte ha riconosciuto nella riservatezza un diritto fondamentale della persona che fa parte dei principi generali del diritto comunitario di cui essa è tenuta a garantire l'osservanza. Tale pronuncia ha dato l'avvio all'elaborazione di un catalogo "non scritto dei diritti fondamentali", volto a colmare le lacune presenti in tali materie nei Trattati originari²⁷. Nella tutela dei diritti fondamentali, i giudici di Lussemburgo si sono serviti delle tradizioni costituzionali comuni e dei trattati internazionali relativi alla protezione dei diritti dell'uomo ai quali gli Stati hanno aderito²⁸. Un rilievo particolare è stato attribuito alla CEDU, che ha assunto il ruolo di fonte privilegiata²⁹. Si è in tal modo sancita un'apertura significativa che ha portato a considerare garantiti dal diritto comunitario situazioni giuridiche soggettive, come il diritto alla riservatezza o al rispetto della vita privata, non espressamente previsti in tutte le Costituzioni degli Stati membri³⁰. La giurisprudenza comunitaria è stata formalizzata dall'art. 6 par. 2 TUE il quale sancisce il rispetto da parte dell'Unione dei diritti fondamentali garantiti dalla CEDU e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni.

²⁵ Cfr. Corte europea, sentenza del 31 maggio 1995, *Friedl c. Austria*, cit. supra.

²⁶ Corte di giustizia sentenza del 12 novembre 1969, *Stauder*, causa 29/69, in *Racc.*, 1969, pag. 419 e ss.

²⁷ Tra i motivi che hanno spinto la Corte di giustizia ad occuparsi dei diritti fondamentali, una parte della dottrina ha richiamato la necessità di salvaguardare il primato del diritto comunitario sul diritto interno, messo a repentaglio dagli interventi di alcune Corti costituzionali, in particolare quella italiana e quella tedesca, cfr. TESAURO, G., *I diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Riv. int. Dei diritti dell'uomo*, 1992, pag. 426 e ss.; cfr. PAGANO, E., *I diritti fondamentali nella Comunità europea dopo Maastricht*, in *Dir. Unione europea*, 1996, pag. 167 e ss.; BARBERA, A., *Esiste "una costituzione europea"?*, in *Quad. cost.*, 2000, pag. 59 e ss.; CARTABIA, M., WEILER, J. H. H., *L'Italia in Europa: profili istituzionali e costituzionali*, Il Mulino, Bologna, 2000. Un'altra parte della dottrina invece ha ritenuto che l'intervento della Corte di giustizia in materia di diritti fondamentali andasse collocato nell'ambito della trasformazione progressiva cui era soggetta la natura della Comunità, da entità economica a organizzazione politica, cfr. MÉNÉNDEZ, A. J., *The Charter of Fundamental Rights*, in www.arena.uio.no/publications/wpo1_13.htm

²⁸ Corte di giustizia, sentenza del 14 maggio 1974, causa 3/73, *Nold*, in *Racc.*, 1974, pag. 491 e ss.

²⁹ Corte di giustizia, sentenza del 15 maggio 1986, causa, 222/84, *Johnston*, in *Racc.*, 1986, pag. 1663 e ss.; Corte di giustizia, sentenza del 1° febbraio 1996, causa 177/94, *Perfili*, in *Racc.*, 1996, pag. 161 e ss.

³⁰ Cfr. MENGOZZI, P., *Istituzioni di diritto comunitario e dell'Unione europea*, CEDAM, Padova, 2003, pag. 279 e ss.

Stante queste premesse non stupisce dunque che la Corte di giustizia abbia richiamato nelle proprie pronunce l'art. 8 CEDU per riconoscere il diritto alla riservatezza o alla vita privata e familiare.

Nell'ambito della giurisprudenza comunitaria si rinvencono alcune sentenze aventi ad oggetto controversie tra funzionari e le rispettive istituzioni d'appartenenza fondate sul mancato rispetto del diritto della persona a tenere segreto il proprio stato di salute³¹. Non mancano inoltre pronunce sul trasferimento dei dati personali tramite internet³² e sul loro trattamento da parte di enti territoriali ed imprese³³. Nella soluzione dei casi sottoposti al suo esame, la Corte di giustizia ha subordinato l'ingerenza nella vita privata del singolo al soddisfacimento dei criteri previsti dall'art. 8 par. 2 CEDU: l'intervento deve essere previsto dalla legge, necessario in una società democratica, finalizzato alla realizzazione di obiettivi legittimi di interesse generale e non sproporzionato rispetto a questi ultimi³⁴. Il frequente richiamo alle pronunce della Corte di Strasburgo da parte degli Avvocati generali nelle loro conclusioni evidenzia una tendenziale uniformità di interpretazione giurisprudenziale in merito alla tutela della riservatezza e della vita privata.

I.3: La Convenzione n. 108 del 1981 e la tutela dei dati personali

Lo sviluppo tecnologico, la progressiva espansione del potere informatico e la sensibilizzazione dell'opinione pubblica in materia di protezione dei dati personali condussero negli anni '70 alcuni Stati europei ad adottare legislazioni di regolamentazione della materia³⁵ o ad introdurre modifiche nelle rispettive Costituzioni nazionali³⁶.

³¹ Cfr. Corte di giustizia, sentenza del 16 luglio 1998, causa C-252/97, *N c. Commissione*, in *Racc.*, pag. I-4871; Corte di giustizia, sentenza del 5 ottobre 1994, C-404/92, *X c. Commissione*, in *Racc.*, pag. I-4737. Sul rispetto della sfera privata e la tutela del segreto medico, cfr. Corte di giustizia, sentenza dell'8 aprile 1992, causa C-62/90, *Commissione c. Germania*, in *Racc.*, I-2575.

³² Corte di giustizia, sentenza del 6 novembre 2003, causa C-101/01, *Bodil Lindqvist*, in *Racc.*, ?.

³³ Corte di giustizia, sentenza del 20 maggio 2003, cause riunite C-465/00, C-138/01, C-139/01, *Österreichische Rundfunk*, in *GUE*, C 171 del 19 luglio 2003, pag. 3 e ss.

³⁴ Nel caso *Österreichische Rundfunk* la Corte di giustizia è stata chiamata a pronunciarsi per la prima volta sulla compatibilità di una normativa nazionale con la direttiva 95/46/CE relativa alla tutela delle persone fisiche nel trattamento dei dati personali. I giudici di Lussemburgo dovevano valutare se l'obbligo di un organo di controllo statale di raccogliere e comunicare, ai fini della pubblicazione, i dati relativi ai redditi di persone impiegate in enti soggetti a tale controllo, ove questi superassero un certo limite, fosse compatibile con il diritto comunitario. La Corte ha risolto la questione pregiudiziale rimandando al giudice *a quo* la verifica della necessità e dell'adeguatezza di tale intrusione per fini di mantenimento degli stipendi entro limiti ragionevoli.

³⁵ Si tratta di Austria, Danimarca, Francia, Germania, Lussemburgo, Islanda, Norvegia, Svezia e Regno Unito.

³⁶ La Spagna e il Portogallo hanno introdotto nelle rispettive costituzioni il principio della tutela dei dati personali, mentre l'Olanda e l'Austria hanno modificato le disposizioni costituzionali esistenti. Sul punto cfr. PAGANO, R., *op. cit.*, pag. 71 e ss; cfr. RODOTÀ, S., *op. cit.*, pag. 57.

Quasi contemporaneamente a livello di Consiglio d'Europa ci si rese conto della necessità di una disciplina specifica in materia di protezione dei dati personali³⁷. Gli archivi informatizzati, a differenza di quelli manuali, sono in grado di mettere in pericolo più facilmente la protezione della vita privata, potendo rapidamente elaborare le informazioni e collegarle tra loro³⁸. L'importanza e al tempo stesso la difficoltà di proteggere adeguatamente l'individuo da un tale trattamento automatizzato dei dati spinsero gli organi del Consiglio d'Europa a non considerare più sufficiente le previsioni contenute nell'art. 8 CEDU³⁹.

Con la risoluzione n. 509 del 1968 l'Assemblea Consultiva invitò il Comitato dei Ministri a monitorare le legislazioni nazionali e ad elaborare raccomandazioni sulla protezione dei dati personali. Seguendo tale sollecitazione furono adottate due risoluzioni l'una sulle banche dati private⁴⁰, l'altra riferita al settore pubblico⁴¹. Attraverso tali strumenti si tentò per la prima volta a livello internazionale di individuare *standards* minimi di protezione cui gli Stati dovevano ispirarsi al fine di attenuare le divergenze esistenti tra i rispettivi ordinamenti. Tra le linee guida che dovevano essere seguite si rinvenivano il diritto dell'interessato di essere informato sui dati che lo riguardano e sulla creazione di banche dati pubbliche, la limitazione della conoscibilità delle informazioni ai soggetti che ne hanno un interesse legittimo, l'accuratezza e la pertinenza delle informazioni rispetto allo scopo perseguito, il divieto di raccolta dei dati sensibili, salvo eccezioni regolamentate in modo rigido, la

³⁷ Con la raccomandazione n. 509 del 1968 l'Assemblea consultiva del Consiglio d'Europa invitava il Comitato dei Ministri ad elaborare raccomandazioni su tale materia. Sempre a livello internazionale occorre richiamare, per ragioni di completezza, l'adozione delle *Guidelines* per la tutela della privacy nell'ambito dell'OCSE. Tale organizzazione si è mostrata particolarmente sensibile alle problematiche legate alla libera circolazione delle informazioni e alla protezione dei dati personali. Alla base di tale interessamento vi era per lo più la necessità di eliminare gli ostacoli alla trasmissione transfrontaliera dei dati derivanti dalla disparità delle legislazioni nazionali che incideva negativamente sullo sviluppo delle relazioni economiche e sociali tra Stati. Sul punto cfr. MARTINES, F., *La protezione degli individui rispetto al trattamento automatizzato dei dati nel diritto dell'Unione europea*, in *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Comunitario*, 2000, pag. 723; cfr. PALLARO, P., *op. cit.*, pag. 50.

³⁸ Cfr. RODOTÀ, S., *op. cit.*, pag. 83, secondo il quale «proprio l'elaborazione automatica dei dati ha sottolineato con forza che nessuna informazione vale per sé, ma per il contesto in cui viene inserita, per le finalità in cui viene adoperata, per le altre informazioni a cui viene collegata».

³⁹ Cfr. BUTTARELLI, G., *Banche dati e tutela della riservatezza*, Giuffrè, Milano, 1997, pag. 29. Cfr. contra JACQUÉ, J. P., *La Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement informatisé des données à caractère personnel*, in *Annuaire Français de Droit International*, 1980, pag. 777 e ss. L'autore ritiene che non sarebbe stato necessario adottare una convenzione specifica per tutelare il diritto al rispetto della vita privata. La formulazione generale prevista dall'art. 8 CEDU era infatti adatta a ricomprendere la protezione della vita privata contro i danni nati dall'utilizzazione dell'informatica. Alla base di una tale scelta vi era invece la necessità di sottoporre i flussi transfrontalieri di dati personali ad una disciplina uniforme. Un tale obiettivo sarebbe stato raggiunto solo con il tempo attraverso la giurisprudenza della corti nazionali e di quella europea. Inoltre l'elaborazione di una convenzione aperta anche agli Stati che non sono membri del Consiglio d'Europa rispondeva all'esigenza di coprire un ambito geografico più ampio, con l'obiettivo di ricomprendere anche gli scambi con gli Stati Uniti e il Giappone.

⁴⁰ Risoluzione 73(22) del 26 settembre 1973.

⁴¹ Risoluzione 74(29) del 20 settembre 1974.

correzione, la cancellazione e la sicurezza dei dati, ed il principio di conservazione dei dati limitata nel tempo.

La necessità di regolare la materia con strumenti giuridici vincolanti spinse l'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa a dichiarare improcrastinabile l'adozione di una Convenzione sulla protezione dei dati personali⁴² e a promuovere uno studio sull'inserimento nella CEDU di una specifica disposizione dedicata alla protezione dei dati personali⁴³.

L'approvazione, il 28 gennaio 1981, della Convenzione n. 108 sulla protezione delle persone rispetto al trattamento automatizzato dei dati di carattere personale fu la risposta a tale sollecitazione⁴⁴. Lo scopo perseguito dall'accordo era quello di garantire il rispetto della vita privata delle persone⁴⁵ in relazione alla elaborazione automatica dei dati personali nei settori pubblico e privato⁴⁶, cercando di conciliarlo con la libera circolazione delle informazioni⁴⁷.

Non ci si deve tuttavia attendere che la Convenzione dia una definizione di vita privata o dei diritti e dei relativi limiti attribuiti alle persone fisiche interessate dalla registrazione e dall'elaborazione automatica. A giustificazione di tale scelta normativa si sono addotte la varietà delle accezioni di *vie privée*⁴⁸ e la difficoltà di trovare una definizione esaustiva del contenuto di tali diritti⁴⁹. La dottrina prevalente ha tuttavia fortemente criticato la metodologia adottata, sottolineando che alla base vi fosse una scelta politica più incentrata sulla libera circolazione dei dati che sulla protezione dei diritti delle persone⁵⁰.

⁴² Raccomandazione 866(1979) del 28 giugno 1979. Secondo Jacqué, *op. cit.*, pag. 777 e ss., non sarebbe stato necessario adottare una convenzione specifica per tutelare il diritto al rispetto della vita privata. La formulazione generale prevista dall'art. 8 CEDU era infatti adatta a ricomprendere la protezione della vita privata contro i danni nati dall'utilizzazione dell'informatica. Alla base della scelta di adottare una specifica convenzione vi era invece la necessità di sottoporre i flussi transfrontalieri di dati personali ad una disciplina uniforme. Un tale obiettivo sarebbe stato raggiunto solo con il tempo attraverso la giurisprudenza della corti nazionali e di quella europea. Inoltre l'elaborazione di una convenzione aperta anche agli Stati che non sono membri del Consiglio d'Europa rispondeva all'esigenza di coprire un ambito geografico più ampio, con l'obiettivo di comprendere gli scambi con gli Stati Uniti ed il Giappone.

⁴³ Nonostante la Raccomandazione 890 (1980) del 1° febbraio 1980 tale inserimento non è ancora avvenuto.

⁴⁴ La Convenzione n. 108 del 1981 si caratterizza per il fatto di essere aperta alla firma anche degli Stati che non sono membri del Consiglio d'Europa.

⁴⁵ Il riferimento è alle persone fisiche, anche se l'art. 3 par. 2 lett. b) prevede la possibilità per gli Stati di estendere l'ambito di applicazione alle persone giuridiche.

⁴⁶ Viene tuttavia data agli Stati la possibilità di estendere l'ambito di applicazione alle collezioni di dati che non formano oggetto di elaborazione automatica; cfr. art. 3 par. 2 lett. c).

⁴⁷ Cfr. Preambolo e art. 1 della Convenzione n. 108.

⁴⁸ Cfr. *supra*, par. I.

⁴⁹ Cfr. sul punto BUTTARELLI, G., *op. cit.*, pag. 10 e ss.

⁵⁰ Cfr. ALPA, G., *Raccolta di informazioni e protezione dei dati e controllo degli elaboratori elettronici (in margine ad un progetto di convenzione del Consiglio d'Europa)*, in *Foro it.*, 1981, parte V, c. 27-29; cfr. BUTTARELLI, G., *op. cit.*, pag. 10; cfr. JACQUÉ, J. P., *op. cit.*, pag. 779.

La Convenzione n. 108 dedica alcuni articoli alla definizione di dati a carattere personale⁵¹, collezione e trattamento automatizzati⁵² e detentore di una collezione di dati⁵³. Non enumera tuttavia i diritti riconosciuti ai singoli, ma individua i principi fondamentali cui le Parti aderenti devono adeguarsi mediante l'adozione di misure interne⁵⁴. Tali principi rappresentano il «denominatore comune minimo di garanzia»⁵⁵ che è alla base delle legislazioni nazionali e, come vedremo, anche della normativa comunitaria.

L'art. 5 della Convenzione dispone che le informazioni devono essere adeguate, pertinenti, aggiornate, esatte, non eccessive rispetto ai fini legittimi e determinati per i quali sono raccolte e che la conservazione dei dati non deve avere una durata superiore a quella necessaria al raggiungimento dello scopo per il quale sono stati registrati. Dalla lettura di tale norma si evincono alcuni principi: il principio della qualità dei dati, il principio di correttezza nella raccolta e nel trattamento delle informazioni, il principio di esattezza dei dati raccolti, a cui si accompagna l'obbligo del loro aggiornamento, il principio della «finalità limitata»⁵⁶, secondo il quale ogni elaborazione deve avvenire per il perseguimento di uno scopo predeterminato, il principio «di legalità», in base al quale il trattamento dei dati deve essere legittimo e deve avvenire secondo prescrizioni di legge, e infine il principio del diritto all'oblio, ovvero dell'eliminazione o della trasformazione in dati anonimi delle informazioni che non sono più necessarie⁵⁷.

Una particolare tutela viene riconosciuta ai dati sensibili, ovvero a quelle informazioni che rivelano l'origine razziale, le opinioni politiche, religiose o di altro credo, lo stato di salute, le abitudini sessuali e le condanne penali⁵⁸. La pericolosità di

⁵¹ Con tale espressione si intende «ogni informazione concernente una persona fisica identificata o identificabile», cfr. art. 2 lett. a).

⁵² La collezione automatizzata è quell'insieme di informazioni oggetto di elaborazione automatica, mentre il trattamento automatizzato comprende la registrazione, l'effettuazione di operazioni logiche o aritmetiche, la modifica, la cancellazione, l'estrazione o la diffusione svolte mediante procedimenti automatizzati.

⁵³ L'art. 2 lett. d) lo definisce come «la persona fisica o giuridica, la pubblica autorità, il servizio o qualsiasi altro organismo che, secondo la legge nazionale, è competente a decidere quale debba essere la finalità dello schedario automatizzato, quali categorie di dati a carattere personale debbano essere registrate e quali operazioni debbano essere loro applicate».

⁵⁴ Concordando con la dottrina prevalente si ritiene che, sulla base della formulazione di alcune disposizioni della Convenzione, come gli artt. 4, 6, 8, le norme in essa previste non siano direttamente applicabili, a differenza dell'art. 8 CEDU, ma necessitano di misure nazionali d'applicazione. Sul punto cfr. BUTTARELLI, G., *op. cit.*, pag. 15 e ss.; cfr. PALLARO, P., *op. cit.*, pag. 53; MISSORICI, M., *op. cit.*, pag. 56; cfr. ZERDICK, T., *European Aspects of Data Protection: What Rights for the Citizen?*, in *Legallssues of European Integration*, 1995, pag. 63. Cfr. sul carattere non *self executing* il parere del Council of Europe's Legal Adviser del febbraio 1990.

⁵⁵ BUTTARELLI, G., *op. cit.*, pag. 9.

⁵⁶ Le *Guidelines* dell'OCSE del 1980 parlano di principio delle limitazione dell'utilizzazione, cfr. art. 10 delle *Guidelines*.

⁵⁷ PALLARO, P., *op. cit.*, pag. 55; cfr. RODOTÀ, S., *op. cit.*, pag. 85 e ss.

⁵⁸ L'elenco non è esaustivo. L'art. 11 della Convenzione n. 108 prevede infatti la possibilità degli Stati di accordare alle persone interessate una protezione più estesa. Sul punto cfr. JACQUÉ, J., P., *op. cit.*, pag. 781; cfr. ZERDICK, T., *op. cit.*, pag. 62; MISSORICI, M., *op. cit.*, pag. 57. Il riferimento alle condanne penali è da ricondurre, secondo quanto previsto dal *Rapport Explicatif*, par. 47, a quelle condanne basate sulla legge penale ed emesse nell'ambito di un procedimento penale.

tali informazioni non è riconducibile tanto al loro contenuto, ma all'uso discriminatorio che può esserne fatto. Si è giustamente parlato dunque di «difesa del principio di eguaglianza», più che di protezione della privacy, in quanto non è tanto «in questione la sfera privata, ma la posizione dell'individuo nella organizzazione sociale, politica, economica»⁵⁹.

L'art. 6 della Convenzione n. 108 sancisce il divieto di elaborazione automatica di tali dati, salvo che la legislazione interna non introduca “garanzie appropriate”. L'individuazione di queste ultime viene lasciata alla discrezionalità degli Stati. Il Comitato consultivo ex art. 18⁶⁰ è tuttavia intervenuto a darne una definizione. Si tratterebbe di qualsiasi misura che assicuri una protezione supplementare rispetto a quella comunemente assicurata ai dati non sensibili⁶¹.

Meritano infine di essere ricordati il principio della pubblicità delle banche dati, volto alla conoscenza dell'esistenza di una collezione automatizzata di dati personali, dei suoi fini e dell'identità del responsabile⁶², il principio dell'accesso individuale della persona interessata alle informazioni raccolte sul proprio conto, all'ottenimento di una copia, alla pretesa di una correzione o cancellazione, alla possibilità di disporre di un ricorso, senza distinzione di cittadinanza o di residenza, nonché il principio della sicurezza fisica e logica della raccolta, finalizzato ad impedire la perdita accidentale e la distruzione, l'accesso, la modifica o la diffusione non autorizzati. Fatta eccezione di quest'ultimo principio, la Convenzione ammette delle deroghe, che devono tuttavia soddisfare determinati requisiti, ovvero essere previste dalla legge e risultare necessarie, in una società democratica⁶³, per la protezione della sicurezza dello Stato ed i suoi interessi monetari, la sicurezza pubblica e la repressione dei reati, la protezione della persona interessata e quella dei diritti e delle libertà altrui. Si tratta di un elenco tassativo volto ad evitare che gli Stati firmatari possano avere un margine di manovra troppo ampio. Occorre tuttavia evidenziare che l'interpretazione di tali deroghe viene lasciata alla discrezionalità delle Parti contraenti, con conseguenze rilevanti in merito al livello di protezione effettivamente garantito in ogni Stato firmatario.

La Convenzione prevede inoltre che ciascuna Parte contraente si impegni a predisporre sanzioni e ricorsi in caso di violazione dei principi enunciati. Gli Stati sono pertanto liberi di individuare gli istituti di diritto civile, penale o amministrativo che ritengono più adeguati. Una parte della dottrina ha giustamente rilevato che sarebbe stato auspicabile l'inserimento di un'espressa previsione del diritto ad ottenere il

⁵⁹ RODOTÀ, S., *op. cit.*, pag. 85.

⁶⁰ Si tratta di un organo dotato di particolare autonomia che facilita o migliora l'applicazione della Convenzione, ne propone emendamenti e formula pareri su quelli presentati dalle Parti contraenti e dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa.

⁶¹ Parere del Comitato consultivo del 27 gennaio 1993.

⁶² Non si fa tuttavia riferimento al diritto dell'interessato di conoscere la provenienza dei dati, cfr. BUTTARELLI, G., *op. cit.*, pag. 27.

⁶³ Tale locuzione richiama la giurisprudenza della Corte europea relativa all'art. 8 par. 2 CEDU; cfr. *supra*, par. I.

risarcimento dei danni per violazione del diritto alla privacy e al corretto utilizzo dei dati personali⁶⁴.

La Convenzione infine enuncia il principio della libera circolazione dei dati personali tra le Parti, basandosi sul presupposto che tutti gli Stati contraenti garantiscano un livello di protezione equivalente. Ammette tuttavia tre eccezioni: la prima riguarda il caso in cui una legislazione nazionale preveda una disciplina specifica per alcune categorie di dati, salvo l'altra Parte non fornisca la garanzia di una protezione equivalente; la seconda si riferisce alle ipotesi in cui il trasferimento dei dati è diretto solo apparentemente ad uno Stato contraente, mentre in realtà è rivolto ad un Paese terzo⁶⁵; infine la terza attiene al trattamento di dati personali per fini statistici e di ricerca scientifica, se non vi è il rischio di pregiudizio alla vita privata delle persone interessate.

La genericità di alcune disposizioni, l'ampia discrezionalità lasciata agli Stati contraenti, la mancata definizione dei diritti e delle libertà riconosciuti alle persone interessate, la possibilità che i dati contenuti in raccolte manuali restino sforniti di tutela perché non rientranti nel campo di applicazione di tale accordo, l'assenza di una previsione che individua organi indipendenti di controllo competenti per la risoluzione di controversie e la promozione dei diritti degli interessati⁶⁶, nonché il mancato riconoscimento del diritto al consenso informato sul trattamento dei dati rappresentano i principali punti di debolezza della Convenzione n. 108.

Nonostante tali critiche, i principi in essa contenuti rappresentano "la pietra miliare" non solo per le successive convenzioni e raccomandazioni adottate nell'ambito del Consiglio d'Europa⁶⁷, ma anche per la normativa comunitaria⁶⁸. La Direttiva 95/46/CE sulla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali nonché sulla libera circolazione di tali dati nell'ambito del primo pilastro⁶⁹ riconosce infatti espressamente che le proprie disposizioni precisano ed ampliano i principi sanciti

⁶⁴ PALLARO, P., *op. cit.*, pag. 58.

⁶⁵ La disciplina comunitaria in materia risulta maggiormente garantista perché impone agli Stati membri di adottare una disciplina interna sul trasferimento dei dati verso Paesi terzi e perché subordina un tale flusso al soddisfacimento di un adeguato livello di protezione, accertato con una decisione della Commissione europea, cfr. *infra* par. III.3.

⁶⁶ Il Protocollo addizionale dell'8 novembre 2001 colma tale lacuna prevedendo all'art. 1 l'obbligo per le Parti contraenti di istituire Autorità di controllo indipendenti.

⁶⁷ Cfr. Convenzione di Oviedo del 1997 sui diritti dell'uomo e la biomedicina; cfr. Raccomandazione (80) 13 sullo scambio di informazioni giuridiche in materia di protezione dei dati; cfr. Raccomandazione (81) 1 sulla regolamentazione delle banche dati sanitarie automatizzate; cfr. Raccomandazione (81) 19 sull'accesso alle informazioni in possesso di autorità pubbliche; cfr. Raccomandazione (83) 3 sulla protezione degli utenti dei servizi legali computerizzati; cfr. Raccomandazione (87) 15 sull'uso dei dati personali da parte degli organi di polizia; cfr. Raccomandazione (95) 4 sulla protezione dei dati personali nel settore delle telecomunicazioni; cfr. Raccomandazione (95) 13 sui problemi della cooperazione penale legati all'informazione tecnologica; cfr. Raccomandazione (97) 5 sulla protezione dei dati sanitari.

⁶⁸ Sulla futura adesione della CE alla Convenzione n. 108, cfr. MARTINES, F., *op. cit.*, pag. 747 e ss.

⁶⁹ Direttiva 95/46/CE relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali nonché alla libera circolazione di tali dati, in *GUCE*, L 281 del 23 novembre 1995 pag. 31.

dalla Convenzione 108⁷⁰. Tale Trattato rappresenta inoltre, in assenza di una normativa dell'Unione europea applicabile alle materie rientranti nel terzo pilastro, il quadro di riferimento per le autorità incaricate della protezione dei dati previste dalla Convenzione Europol, dalla Convenzione Schengen e dalla Decisione istitutiva di Eurojust. Per tale ragione nell'analizzare i sistemi d'informazione e le banche dati creati nelle materie disciplinate dal Titolo VI TUE si terrà conto dei principi sopra indicati.

I.4: La Direttiva 95/46/CE e la protezione dei dati personali nel primo pilastro

L'ampia discrezionalità lasciata dalla Convenzione n. 108 agli Stati aderenti ha condotto all'emanazione di legislazioni nazionali alquanto disomogenee tra loro. Il divario nei livelli di tutela dei diritti e delle libertà rappresentava un ostacolo all'esercizio di attività economiche in ambito comunitario. Per ovviare a tale inconveniente ed assicurare il libero flusso dei dati nel mercato interno era pertanto necessario un intervento della Comunità europea volto al ravvicinamento delle legislazioni nazionali per garantire un livello equivalente di protezione dei dati personali. La Direttiva 95/46/CE rappresenta il frutto di tale intervento. Essa regola «a livello comunitario i principi generali che fanno parte, in questa materia, del diritto degli Stati membri»⁷¹.

Nonostante il richiamo alla garanzia del rispetto dei diritti fondamentali, ed in particolare della vita privata⁷², la Direttiva si pone come obiettivo primario la realizzazione del mercato interno. La base giuridica utilizzata, ovvero l'art. 95 TCE, evidenzia una tale scelta legislativa. «La finalità di tutela degli individui appare quindi strumentale rispetto all'obiettivo dell'eliminazione degli ostacoli alla libera circolazione dei dati personali»⁷³. Il perseguimento di obiettivi economici non esclude tuttavia necessariamente una migliore protezione dei diritti personali.

Analizzando le disposizioni della Direttiva si rinvencono alcune differenze rispetto alla disciplina prevista dalla Convenzione n. 108. Il campo d'applicazione della disciplina comunitaria si estende al trattamento non automatizzato di dati personali contenuti o destinati a figurare in archivi pubblici o privati, ma non comprende le attività previste dai Titoli V e VI TUE ed i trattamenti aventi ad oggetto la pubblica sicurezza, la difesa, la sicurezza dello Stato (compreso il benessere economico dello

⁷⁰ Cfr. Considerando n. 11 della Direttiva 95/46/CE.

⁷¹ Corte di giustizia, sentenza del 14 settembre 2000, *Trevor Robert Fisher e Penny Fisher*, causa C-369/98, in *Racc.*, I-2000, pag. 6751 e ss.

⁷² Cfr. considerando n. 10 e art. 1 della Direttiva 95/46/CE.

⁷³ MARTINES, F., *op. cit.*, pag. 726.

Stato, laddove tali trattamenti siano connessi a questioni di sicurezza dello Stato) e le attività dello Stato in materia di diritto penale⁷⁴.

La Direttiva risolve altresì il problema della legge applicabile, che nella Convenzione n. 108 era rimasto senza una risposta. Il legislatore comunitario fissa infatti nel luogo di stabilimento del responsabile del trattamento dei dati il criterio di collegamento volto ad individuare la legge applicabile.

Un'importante novità è rappresentata dalla subordinazione del trattamento dei dati al consenso della persona interessata, ovvero alla manifestazione della sua volontà libera, specifica e informata⁷⁵. Il soggetto interessato, dopo aver ottenuto dal responsabile precise informazioni circa le finalità del trattamento, gli eventuali destinatari e i diritti di controllo che potrà esercitare, deve essere libero di accettare che i propri dati personali siano oggetto di trattamento⁷⁶. L'importanza di tale previsione sta nell'aver riconosciuto agli interessati non solo un diritto all'informazione, ma anche il diritto ad accedere direttamente a determinate categorie di dati in mano pubblica o privata⁷⁷. Il legislatore comunitario ha previsto tuttavia che in alcune ipotesi è possibile prescindere dal consenso⁷⁸.

La Direttiva prevede un generale divieto di trattamento dei dati sensibili. Anche in questo caso sono, tuttavia, individuate una serie di eccezioni. Si ammettono altresì ulteriori deroghe che gli Stati membri possono stabilire, con le opportune garanzie, per motivi di interesse pubblico rilevante. L'ampia discrezionalità lasciata a questi ultimi viene tuttavia ridimensionata in caso di trattamenti riguardanti i dati relativi alle infrazioni, alle condanne penali o alle misure di sicurezza. Questi infatti «possono essere effettuati solo sotto controllo dell'autorità pubblica, o se vengono fornite opportune garanzie specifiche, sulla base del diritto nazionale, fatte salve le deroghe che possono essere fissate dallo Stato membro in base ad una disposizione nazionale che preveda garanzie appropriate e specifiche. Tuttavia un registro completo delle condanne penali può essere tenuto solo sotto il controllo dell'autorità pubblica»⁷⁹. Ai medesimi limiti possono sottostare anche i trattamenti di dati riguardanti sanzioni amministrative o procedimenti civili. Queste ultime deroghe devono essere notificate alla Commissione, segno evidente della delicatezza dei dati coinvolti. Occorre però

⁷⁴ Cfr. considerando n. 13 e art. 3 della Direttiva 95/46/CE. Agli Stati membri, tuttavia, è lasciata la possibilità di applicare anche alla materia penale i principi contenuti nella Direttiva, attraverso la legislazione di recepimento. Sul punto cfr. PALLARO, P., *op. cit.*, pag. 328.

⁷⁵ Per i dati sensibili il consenso deve essere esplicito.

⁷⁶ Cfr. art. 2 lett. h) e art. 7 lett. a) Direttiva 95/46/CE.

⁷⁷ Sul punto cfr. RODOTÀ, S., *op. cit.*, pag. 70 e ss. L'Autore tuttavia sostiene che negli ultimi anni l'accento viene posto non più sul principio di accesso, ma su quello di finalità «che si rivela anche come un essenziale punto di partenza per evitare che forme di circolazione internazionale dei dati possono vanificare la stessa protezione offerta dal diritto di accesso», *op. cit.*, pag. 116.

⁷⁸ Cfr. art. 7 lett. b), c), d), e), f) Direttiva 95/46/CE.

⁷⁹ Art. 8 par. 5 Direttiva 95/46/CE.

evidenziare che la Direttiva non prevede alcuna conseguenza giuridica in caso di inadempimento.

In merito alla qualità dei dati la Direttiva riprende le previsioni della Convenzione n. 108 sancendo il principio della legalità, della lealtà, della finalità limitata e quello della conservazione dei dati per il periodo necessario al conseguimento degli scopi per i quali le informazioni sono rilevate o trattate. Il legislatore comunitario ha tuttavia aggiunto la previsione secondo la quale le finalità della raccolta devono essere esplicite. Viene altresì sancito l'obbligo degli Stati di stabilire garanzie adeguate per i dati personali conservati oltre il suddetto arco di tempo per motivi storici, statistici o scientifici.

A differenza della Convenzione n. 108, la Direttiva non si limita ad individuare i principi generali, ma elenca espressamente i diritti riconosciuti alla persona interessata. Si tratta del diritto di informazione⁸⁰, inteso in senso dinamico come diritto di ottenere determinate informazioni⁸¹ ad intervalli ragionevoli, senza ritardo o spese eccessive, del diritto di accesso, rettifica, cancellazione, congelamento dei dati⁸², del diritto di opporsi al loro trattamento per motivi legittimi e preminenti derivanti dalla propria situazione particolare⁸³, del diritto di non essere sottoposto ad una decisione che produca effetti giuridici o abbia effetti significativi nei propri confronti fondata esclusivamente su un trattamento automatizzato di dati destinati a valutare il rendimento professionale, il credito, l'affidabilità, il comportamento⁸⁴, del diritto di ricorso giurisdizionale⁸⁵, ed infine del diritto di ottenere il risarcimento del danno cagionato da un trattamento illecito o da qualsiasi altro atto incompatibile con le disposizioni nazionali di attuazione della Direttiva⁸⁶.

⁸⁰ Artt. 10 e 11 Direttiva 95/46/CE.

⁸¹ Tra queste rientrano la conferma dell'esistenza di trattamenti sui propri dati personali, l'identità del responsabile del trattamento ed eventualmente del suo rappresentante, le finalità del trattamento, i destinatari o le categorie di destinatari dei dati, le possibili conseguenze di una mancata risposta alla richiesta di informazioni, il diritto di accesso e di rettifica in merito ai dati che la riguardano.

⁸² Art. 12 Direttiva 95/46/CE.

⁸³ Art. 14 Direttiva 95/46/CE. Tale formulazione evidenzia la necessità di effettuare di volta in volta un bilanciamento degli interessi in gioco: da un lato quelli del titolare dei dati, dall'altro quelli pubblici o di terzi.

⁸⁴ Art. 15 Direttiva 95/46/CE. Alla base di tale previsione vi è «il timore che, di fronte a mezzi tecnologici sempre più sofisticati, il giudizio umano venga, di fatto, soppiantato da una decisione esclusivamente automatica», MACARIO, F., *La protezione dei dati personali nel diritto privato europeo*, in CUFFARO, V., RICCIUTTO, V., (a cura di), *La disciplina del trattamento dei dati personali*, Giappichelli, Torino, 1997, pag. 42.

⁸⁵ Art. 22 Direttiva 95/46/CE.

⁸⁶ Art. 23 Direttiva 95/46/CE. La norma è generica. Spetta agli Stati membri qualificare tale responsabilità come oggettiva o per colpa, individuare la prova esimente e qualificare il danno come patrimoniale o non patrimoniale. In merito a quest'ultimo aspetto, si è propensi a ritenere che il risarcimento debba comprendere anche il danno morale, in base a quanto affermato dalla Corte di giustizia nella sentenza del 7 novembre 1985, *Stanley Adams*, C- 145/83, in *Racc.*, 1985, pag. 3539 e ss., e dal Tribunale di Primo Grado nella sentenza dell'11 ottobre 1995, *Baltsvias*, cause T-39/93 e T-553/93, in *Racc.*, 1995, pag. II-695 e ss.; cfr. sul punto PALLARO, P., *op. cit.*, pag. 135 e ss.

Il godimento di tali diritti non è tuttavia privo di deroghe ed eccezioni, ampie e tassative. Gli Stati membri infatti possono addurre a giustificazione di eventuali restrizioni ragioni di interesse pubblico preminente, ovvero la sicurezza e la difesa dello Stato, la pubblica sicurezza, la prevenzione, la ricerca, l'accertamento ed il perseguimento di infrazioni penali o di violazioni della deontologia delle professioni regolamentate, un rilevante interesse economico o finanziario di uno Stato membro o dell'Unione europea, anche in materia monetaria, di bilancio e tributaria, un compito di controllo, ispezione o disciplina connesso, anche occasionalmente, con l'esercizio dei pubblici poteri ed infine la protezione della persona interessata o dei diritti e delle libertà altrui⁸⁷.

Il legislatore comunitario pone a carico del responsabile del trattamento l'obbligo di garantire la sicurezza dei trattamenti⁸⁸ e quello di notificare presso l'Autorità di controllo alcune informazioni prima di procedere al loro trattamento in tutto o in parte automatizzato⁸⁹.

Degna di nota è l'introduzione dell'obbligo per ogni Stato membro di designare un'autorità pubblica indipendente preposta al controllo della protezione dei dati e dotata di poteri investigativi⁹⁰, come il diritto di accesso ai dati oggetto di trattamento e di raccolta e a qualsiasi informazione necessaria all'esercizio della sua funzione di controllo, nonché di poteri effettivi d'intervento, come quello di formulare pareri prima dell'avvio di trattamenti o vietarli a titolo provvisorio o definitivo, ovvero quello di rivolgere un avvertimento o un monito al responsabile del trattamento, di adire i Parlamenti o altre istituzioni politiche nazionali, o promuovere azioni giudiziarie in caso di violazione delle disposizioni nazionali di attuazione della Direttiva⁹¹.

Si segnala altresì l'istituzione del Gruppo per la tutela della persone con riguardo al trattamento dei dati personali, formato dai rappresentanti delle autorità nazionali garanti della privacy e dotato di poteri consultivi⁹². Ad esso è attribuito il compito di esaminare ogni questione attinente all'applicazione delle norme nazionali di attuazione della Direttiva per contribuire alla loro applicazione omogenea, formulare un parere sul

⁸⁷ Ogni misura derogatoria deve rispondere a una delle finalità tassativamente elencate nell'art. 13 e la sussistenza del presupposto deve essere verificata nel caso concreto.

⁸⁸ Art. 17 Direttiva 95/46/CE. Sull'importanza di garantire la sicurezza dei sistemi e delle reti d'informazione, nel rispetto dei valori riconosciuti nelle società democratiche cfr. Raccomandazione del Consiglio dell'OCSE del 25 luglio 2002 sulle *Linee guida dell'OCSE sulla sicurezza dei sistemi e delle reti d'informazione. Verso una cultura della sicurezza*

⁸⁹ Artt. 18 e 19 Direttiva 95/46/CE. Agli Stati membri è attribuita la facoltà di estendere tale previsione anche ai trattamenti manuali. L'art. 18 prevede la possibilità per gli Stati di prevedere deroghe.

⁹⁰ La Convenzione n. 108 non prevedeva nulla a riguardo. Il protocollo dell'8 dicembre 2001 ha colmato tale lacuna, cfr. *supra*, par. II. La ragione che ha spinto il legislatore comunitario a prevedere l'istituzione di autorità pubbliche di controllo è da ricondurre all'esigenza di «offrire a tutti gli interessati, quale contropartita della piena libertà di circolazione dei loro dati in tutta l'Unione europea, un elevato livello di salvaguardia per la loro pretesa fondamentale al rispetto della vita privata», PALLARO, P., *op. cit.*, pag. 140.

⁹¹ Art. 28 Direttiva 95/46/CE.

⁹² Si tratta del Gruppo "art. 29", le cui funzioni sono regolate dall'art. 29 della Direttiva.

livello di tutela nella Comunità e nei paesi terzi, consigliare la Commissione in merito alle modifiche della Direttiva, alle misure addizionali o ad ogni altro progetto di misure comunitarie che incidano sulla tutela dei diritti e delle libertà delle persone fisiche con riguardo al trattamento di dati personali, formulare un parere sui codici di condotta elaborati a livello comunitario⁹³, informare la Commissione qualora constati che tra le legislazioni o prassi degli Stati membri si manifestano divergenze che possono pregiudicare l'equivalenza della tutela delle persone in materia di trattamento dei dati personali nella Comunità, nonché formulare di propria iniziativa raccomandazioni su qualsiasi questione riguardante la protezione dei dati personali⁹⁴. Le prese di posizione del Gruppo non hanno valore giuridico vincolante, ma, essendo espressione dei Garanti della privacy di tutti gli Stati membri, sono in grado di influenzare gli indirizzi del legislatore interno e di quello comunitario⁹⁵.

Occorre infine esaminare le disposizioni dedicate al trasferimento dei dati personali verso i Paesi terzi. La Direttiva esige da questi ultimi garanzie di un livello di protezione adeguato, nel tentativo di estendere oltre i confini dell'Unione la portata delle previsioni comunitarie. L'adeguatezza è valutata tenendo conto della natura dei dati, delle finalità del o dei trattamenti previsti, del Paese d'origine e del Paese di destinazione finale, delle norme di diritto, generali o settoriali, vigenti nel Paese terzo di cui trattasi, nonché delle regole professionali e delle misure di sicurezza ivi osservate. Ai fini di un tale esame può essere presa in considerazione anche la legislazione nazionale dello Stato terzo o i suoi impegni internazionali, in particolare quelli riguardanti la tutela della vita privata o delle libertà e dei diritti fondamentali della persona⁹⁶. Sono ammesse tuttavia delle deroghe. Gli Stati membri infatti possono, nei casi tassativamente elencati, trasferire dati personali a Paesi terzi che non garantiscono una protezione adeguata, informando la Commissione europea e gli altri Stati membri⁹⁷.

L'analisi dei tratti salienti della Direttiva porta ad alcune riflessioni. Il bilanciamento tra il diritto alla protezione dei dati personali e l'interesse alla libera circolazione di questi ultimi per il soddisfacimento di esigenze di mercato si traduce nella Direttiva in formulazioni di carattere generale che demandano alle legislazioni interne e all'attività delle autorità indipendenti il compito di individuare il punto di

⁹³ Art. 27. Tali codici hanno la funzione di adattare i principi generali previsti dalla direttiva alle specificità settoriali.

⁹⁴ Art. 30 Direttiva 95/46/CE.

⁹⁵ Sul punto cfr. *infra* par. III.3 sull'accordo CE-USA sui dati dei passeggeri.

⁹⁶ Cfr. art. 25 Direttiva 95/46/CE. Nel Documento di lavoro del 24 luglio 1998, WP 12, il Gruppo ex art. 29 ha cercato di individuare meglio i criteri su cui fondare il giudizio di adeguatezza. A tale proposito ha richiamato il rispetto da parte dello Stato terzo dei seguenti principi: finalità limitata, qualità dei dati, diritto di accesso, sicurezza dei dati, consenso esplicito per i dati sensibili, diritto di ricorso ad organismi indipendenti dotati di potere di indagine e di risoluzione delle controversie, diritto al risarcimento dei danni. Sul controllo di adeguatezza operato dalla Commissione mediante una decisione ai sensi dell'art. 25 par. 6, cfr. *infra* par. III.3 sull'accordo CE-USA sui dati dei passeggeri.

⁹⁷ Cfr. art. 26 Direttiva 95/46/CE.

equilibrio. Questa «duplice anima»⁹⁸ rappresenta un elemento di debolezza dal momento che spesso accade che il soddisfacimento del mercato interno prevalga sulla protezione dei dati personali. Si è parlato pertanto di funzionalizzazione delle «garanzie dei cittadini alle esigenze (...) del sistema economico-sociale comunitario»⁹⁹.

La possibilità quasi generalizzata di deroghe ai principi generali sanciti dalla Direttiva lascia agli Stati uno spazio di azione troppo ampio, che si pone in contrasto con il fine di armonizzazione perseguito.

Il giudizio complessivo non può tuttavia non tenere conto del valore innovativo della Direttiva in esame. Ispirandosi alla Convenzione n. 108, il legislatore comunitario ha elaborato infatti una disciplina attenta e dettagliata attraverso la quale sono stati per la prima volta riconosciuti ai soggetti interessati il diritto di accesso e di risarcimento del danno, invocabili davanti alle giurisdizioni nazionali e a quelle comunitarie.

La Direttiva 95/46/CE ha dato inoltre l'avvio all'elaborazione di norme di settore, come quella sulle telecomunicazioni, che permettono una maggiore armonizzazione della protezione dei dati personali¹⁰⁰ nell'ambito dell'Unione europea.

⁹⁸ ROSSI, L. S., *La protezione dei dati personali negli Accordi di Schengen alla luce degli standards fissati dal Consiglio d'Europa e dalla Comunità europea*, in NASCIMBENE, B., (a cura di), *Da Schengen a Maastricht*, Giuffrè, Milano, 1995, pag. 190 e ss. Cfr. *contra* MACARIO, F., *op. cit.*, pag. 59.

⁹⁹ PALLARO, P., *op. cit.*, pag. 173.

¹⁰⁰ Sul punto cfr. ZERDICK, T., *op. cit.*, pag. 69. Cfr. Direttiva 2002/58/CE del 12 luglio 2002 sulla protezione della privacy nel settore delle telecomunicazioni, in GU, L 201, pag. 37 e ss.; cfr. *infra* par. III.4. A seguito dell'inserimento dell'art. 286 TCE, avvenuto con la riforma di Amsterdam, che prevede l'applicazione alle istituzioni comunitarie degli atti sulla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali e l'istituzione di un organo di controllo europeo indipendente incaricato di sorvegliare l'applicazione di detti atti da parte delle stesse istituzioni, è stato adottato il 18 dicembre 2000 il Regolamento 45/2001, in GUCE, L 8 del 12 gennaio 2001. Esso rende applicabili i principi e i diritti previsti dalla Direttiva 95/46/CE al trattamento dei dati personali da parte delle istituzioni e degli organismi comunitari. Tale regolamento istituisce un'autorità di controllo indipendente, il Garante europeo per la protezione dei dati, avente il compito non solo di garantire il rispetto del diritto alla vita privata da parte delle istituzioni e degli organismi comunitario, ma anche di sorvegliare ed assicurare l'applicazione del regolamento o di qualsiasi altro atto comunitario relativo alla tutela dei diritti fondamentali delle persone fisiche riguardo al trattamento dei dati personali da parte di istituzioni ed organismi comunitari, nonché di fornire pareri su tutte le questioni relative al trattamento dei dati personali. Non rientrano tuttavia nelle proprie competenze le operazioni di trattamento eseguite dagli organismi istituiti al di fuori del campo comunitario. Si è trattato di una scelta obbligata, date le previsioni dell'art. 286 TCE che ne costituisce la base giuridica, anche se «opinabile alla luce del principio della "unicità del quadro istituzionale previsto dall'art. 3 del trattato UE» che avrebbe suggerito «piuttosto l'istituzione di un organo unico di controllo (struttura "interpilastro")», Documento di lavoro sul regolamento relativo alla protezione delle persone fisiche rispetto ai trattamenti dei dati a carattere personale effettuati dalle istituzioni e dagli organi della CE e alla libera circolazione di tali dati, Commissione LIBE del PE, Relatore PACIOTTI, E. Cfr. per un'analisi approfondita sul regolamento 45/2001, anche PALLARO, P., *op. cit.*, pag. 231 e ss.

I.5: La protezione dei dati personali nella Carta dei diritti fondamentali dell'UE

A differenza della CEDU, la Carta dei diritti fondamentali dedica alla protezione dei dati personali un apposito articolo, per sottolinearne la specificità rispetto alla vita privata intesa in senso lato.

I principi contenuti nella Convenzione n. 108 e nella Direttiva 95/46/CE sono stati in parte recepiti dall'art. 8 della Carta. Tale norma, dopo aver sancito il diritto di ogni individuo alla protezione dei dati di carattere personale, prevede l'obbligo di trattare le informazioni secondo il principio di lealtà, per finalità determinate e previo consenso della persona interessata. A quest'ultima viene altresì riconosciuto il diritto di accedere ai propri dati e ottenerne la rettifica in caso di errore.

La norma non individua tuttavia i limiti alla protezione dei dati personali. A colmare tale lacuna ricorre l'art. 52 par. 3 della Carta, secondo il quale in caso di diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla CEDU «il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione».

Come si è accennato, non tutti i principi previsti dalla Direttiva 95/46/CE e dalla Convenzione n. 108 sono stati recepiti dalla Carta. Manca infatti un riferimento ai principi di accuratezza delle informazioni raccolte, di proporzionalità e di sicurezza. In tal caso la lacuna può essere colmata leggendo la norma in combinato disposto con l'art. 53 che vieta di interpretare le disposizioni della Carta come limitative o lesive dei diritti fondamentali riconosciuti dal diritto dell'Unione, dal diritto internazionale e dalle convenzioni internazionali cui la Comunità, l'Unione o gli Stati membri fanno parte. Si rinvia dunque indirettamente alle previsioni della Direttiva 95/46/CE e della Convenzione n. 108¹⁰¹.

L'art. 8 par. 3 richiama infine l'istituzione di un'autorità indipendente incaricata di controllare il rispetto delle regole sulla protezione dei dati personali. Tale previsione si fonda sull'art. 286 TCE che ha condotto alla adozione del Regolamento 45/2001¹⁰².

¹⁰¹ Cfr. BATTAGLIA, E., DI FEDERICO, G., *La Carta dei diritti e la tutela della riservatezza*, in ROSSI, L. S., (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali e costituzione dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2002, pag. 220.

¹⁰² L'art. 286 TCE, introdotto con la riforma di Amsterdam, prevede l'applicazione alle istituzioni comunitarie degli atti sulla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali e l'istituzione di un organo di controllo europeo indipendente. Il Regolamento 45/2001, adottato il 18 dicembre 2000, in *GUCE*, L 8 del 12 gennaio 2001, rende applicabili i principi e i diritti previsti dalla Direttiva 95/46/CE al trattamento dei dati personali da parte delle istituzioni e degli organismi comunitari, e istituisce un'autorità di controllo indipendente, il Garante europeo per la protezione dei dati, con il compito non solo di garantire il rispetto del diritto alla vita privata da parte delle istituzioni e degli organismi comunitari, ma anche di sorvegliare ed assicurare l'applicazione del regolamento o di qualsiasi altro atto comunitario relativo alla tutela dei diritti fondamentali delle persone fisiche riguardo al trattamento dei dati personali da parte di istituzioni ed organismi comunitari, nonché di fornire pareri su tutte le questioni relative al trattamento dei dati personali. Non rientrano invece nelle sue competenze le operazioni di trattamento eseguite dagli organismi istituiti al di fuori del campo comunitario. Tale

La Carta è stata inserita nel Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, attualmente sottoposto alla ratifica degli Stati membri¹⁰³. In caso di una sua entrata in vigore le norme contenute nella Carta assumeranno un valore giuridico vincolante ed i diritti in essa previsti potranno essere invocati di fronte alle giurisdizioni nazionali e comunitarie senza distinzione tra pilastri.

I.6: La protezione dei dati personali nel terzo pilastro: verso l'adozione di uno strumento giuridico dell'UE?

Come è già stato ricordato, la Direttiva 95/46/CE non copre materie estremamente sensibili, quali la cooperazione di polizia e la cooperazione giudiziaria penale, in grado di incidere in modo rilevante sulla vita privata delle persone.

In tali settori trovano applicazione la Convenzione n. 108 e la Raccomandazione (87) 15¹⁰⁴ del Consiglio d'Europa, in mancanza di una disciplina uniforme elaborata dalle istituzioni UE per la protezione dei dati nelle materie regolate dal Titolo VI TUE. A livello dell'Unione è prevalsa l'idea di creare norme *ad hoc* per ciascun organo incaricato di trattare determinati dati personali (Schengen, Europol, Eurojust)¹⁰⁵. La tecnica adottata ha tuttavia creato un quadro incoerente e frammentario. È necessario pertanto ovviare a tale situazione ed armonizzare la disciplina in vigore, garantendo un comune livello di protezione dei dati personali.

Rispondendo a tale esigenza, la Commissione europea ha presentato una proposta di decisione-quadro che regola la protezione dei dati personali nel terzo

limitazione rappresenta una scelta obbligata, date le previsioni contenute nell'art. 286 TCE, anche se «opinabile alla luce del principio della "unicità del quadro istituzionale previsto dall'art. 3 del Trattato UE» che avrebbe suggerito «piuttosto l'istituzione di un organo unico di controllo (struttura "interpilastro")», Documento di lavoro sul regolamento relativo alla protezione delle persone fisiche rispetto ai trattamenti dei dati a carattere personale effettuati dalle istituzioni e dagli organi della CE e alla libera circolazione di tali dati, Commissione LIBE del PE, Relatore PACIOTTI, E. Cfr. per un'analisi approfondita sul Regolamento 45/2001, anche PALLARO, P., *op. cit.*, pag. 231 e ss.

¹⁰³ Cfr. *supra*, CAP. I par. VII.

¹⁰⁴ Raccomandazione (87) 15 del 17 settembre 1987 sull'uso dei dati a carattere personale nel settore di polizia. Quest'ultima, seppur non dotata di valore giuridico vincolante, appare di particolare rilievo per le disposizioni in essa contenute. A tal riguardo si segnala la previsione secondo la quale ogni raccolta automatizzata di dati deve essere comunicata ad un'autorità di controllo indipendente, esterna all'apparato di polizia. I dati possono essere registrati ed utilizzati solo allo scopo di prevenire un pericolo concreto o reprimere un'infrazione penale determinata, mentre il trattamento dei dati sensibili può avvenire solo se assolutamente necessario nel quadro di una specifica inchiesta e circondato da garanzie aggiuntive. La raccomandazione subordina la comunicazione dei dati raccolti dalle autorità di polizia al principio di finalità limitata e all'interesse del titolare oppure alla necessità di scongiurare un danno grave ed imminente. Garanzie aggiuntive sono previste nel caso in cui la comunicazione sia richiesta da autorità oltre frontiera. Si segnala infine l'elenco dei criteri che giustificano la conservazione dei dati personali registrati, tra cui vengono in rilievo la necessità ai fini di un'inchiesta determinata, la pronuncia di una decisione definitiva, la riabilitazione, la prescrizione, l'amnistia, l'età della persona, le categorie particolari di dati.

¹⁰⁵ Cfr. *infra*, par. II.1, II.2, II.3.

pilastro¹⁰⁶. L'idea si inquadra nell'ambito delle misure che a vario titolo risultano legate alla lotta contro il terrorismo, che è divenuta, dopo gli attentati di New York, Madrid e Londra, una delle priorità dell'Unione¹⁰⁷. Nel tentativo di rafforzare e facilitare lo scambio di informazioni strategico-analitiche ed operative tra le autorità di polizia appare necessario elaborare uno strumento che garantisca il rispetto della protezione dei dati personali in questo settore. L'aumento delle informazioni raccolte e l'estensione del traffico dei dati possono infatti innalzare i rischi di violazione del diritto alla privacy¹⁰⁸. L'esigenza di trovare un equilibrio tra le opposte esigenze risulta pertanto sempre più pressante.

Il Parlamento europeo si è mostrato favorevole all'adozione di strumento giuridico vincolante che garantisca nel terzo pilastro un livello di protezione dei dati personali equivalente a quello previsto dalla Direttiva 95/46/CE¹⁰⁹. Per quest'ultimo l'obiettivo finale dovrebbe tuttavia essere l'applicazione generalizzata della richiamata Direttiva a tutti i settori di attività dell'Unione, anche se con i dovuti aggiustamenti, in vista della soppressione dei pilastri preconizzata dal Trattato-Costituzione¹¹⁰.

A sua volta il Garante europeo per la protezione dei dati ha sostenuto che il fine ultimo dovrebbe essere quello di assoggettare il terzo pilastro ai principi generali sanciti dalla Direttiva 95/46/CE, conservando le specificità previste per il sistema Schengen, Europol ed Eurojust¹¹¹.

Sulla questione è intervenuta anche la Presidenza del Consiglio dell'UE con un progetto di risoluzione sulla protezione dei dati nel terzo pilastro¹¹². Nel documento

¹⁰⁶ Cfr. la proposta della Commissione di decisione-quadro sulla protezione dei dati personali trattati nell'ambito della cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale, COM (2005) 475 del 4 ottobre 2005.

¹⁰⁷ Cfr. la relazione sulla proposta della Commissione di decisione-quadro COM (2005) 475. Sulle proposte presentate sulla scia di questa terribile ondata terroristica, cfr. *infra*, paragrafi successivi.

¹⁰⁸ Secondo RODOTÀ, S. «la tendenza a liberarsi di norme restrittive aumenta durante le congiunture socialmente o economicamente difficili. Ma è pure vero che proprio in queste fasi aumenta il rischio di utilizzazioni autoritarie delle grandi raccolte di informazioni e, quindi, si ha bisogno di leggi di garanzia», RODOTÀ, S., *op. cit.*, pag. 58.

¹⁰⁹ Cfr. Risoluzione del Parlamento europeo sugli orientamenti di strategia politica della Commissione Barroso, approvata il 16 dicembre 2004; cfr. Risoluzione del Parlamento europeo sul programma legislativo e di lavoro della Commissione per il 2005, approvata il 24 febbraio 2005.

¹¹⁰ Cfr. Rapporto relativo alla prima relazione sull'applicazione della direttiva sulla tutela dei dati, di CAPPATO, M., Commissione LIBE del PE, del 24 febbraio 2004., punti 1 e 2. Sul Trattato-Costituzione cfr. *supra*, CAP. I par. VII.

¹¹¹ Nel terzo pilastro le persone interessate possono ignorare, per esigenze di sicurezza interna o di repressione dei reati, che i propri dati sono oggetto di raccolta e scambio tra le autorità di polizia, mentre nel primo pilastro sono le stesse persone che accettano di comunicare le informazioni che le riguardano. Cfr. sul punto HAUSTINX, P. J., Garante europeo per la protezione dei dati, nell'intervento alla *Conférence scientifique sur les nouvelles idées set tendances dans le domaine de la protection des données en relation avec le troisième pilier et les services répressifs*, Budapest, 1° dicembre 2004; cfr. anche l'intervento di HAUSTINX, P. J. al Seminario pubblico “*Protection des données et sécurité des citoyens: quels principes pour l'Union européenne?*”, svoltosi a Bruxelles il 31 gennaio 2005 presso il Parlamento europeo; sul punto cfr. anche la Dichiarazione pronunciata nella *Spring Conference of European Data Protection Authorities*, tenutasi a Cracovia il 25-25 aprile 2005, in www.edps.eu.int/01_en_presentation.htm.

¹¹² *Draft Resolution on the personal data protection rules in instruments under the third pillar of the European Union*, Presidency of the Council, 12 aprile 2001, Doc. 6316/2/01 REV 2 JAI 13.

trovano espressa menzione i principi di legalità, finalità limitata, proporzionalità, qualità dei dati, riservatezza, sicurezza, responsabilità, conservazione, trattamento dei dati sensibili, nonché i diritti della persona interessata di essere informata, di accedere ai propri dati, di chiederne la rettifica o la cancellazione e di ottenere il risarcimento del danno subito. La presenza di quest'ultimo diritto rappresenta una novità rispetto alla Convenzione n. 108, segno che la Presidenza del Consiglio si è servita anche della Direttiva 95/46/CE per l'elaborazione di tale testo. Occorre tuttavia segnalare alcune lacune nel progetto di risoluzione. Ci si riferisce in particolare al mancato riferimento a disposizioni di legge per l'individuazione delle eccezioni e delle deroghe ai principi in esso contenuti, e all'omesso divieto generalizzato di elaborazione automatica dei dati sensibili. In relazione a quest'ultimo aspetto il progetto si limita a prevedere che il trattamento dei dati sensibili «may be autorised only where adequate safeguards are laid down». Desta inoltre qualche perplessità anche previsione secondo la quale «the length of time for wich data may be stored should, where possibile, be specified especially when special categories of data (leggi: dati sensibili) (...) are involved». L'inciso «where possibile» riduce ad una mera possibilità l'indicazione della durata di conservazione dei dati. Tale soluzione non appare condivisibile, tanto più se riferita ai dati sensibili. Nel progetto di risoluzione infine non viene richiamato il potere delle autorità di controllo indipendenti degli Stati membri di «engage in legal proceedings or bring to the attention of the competent judicial authorities violations of (...) principles»¹¹³, previsto dal Protocollo addizionale alla Convenzione n. 108.

La proposta di decisione-quadro della Commissione ha colmato le lacune della risoluzione del Consiglio sopra segnalate. I principi di legalità, finalità limitata, qualità dei dati, proporzionalità, riservatezza, sicurezza e conservazione dei dati sono soddisfatti. Occorre tuttavia evidenziare come l'art. 4 par. 4, che individua i casi in cui il trattamento dei dati sia necessario, non soddisfi appieno le previsioni dell'art. 8 CEDU e la giurisprudenza della Corte europea. Secondo quest'ultima, le restrizioni alla vita privata sono ammesse solo quando risultano necessarie in una società democratica. La proposta di decisione-quadro ammette invece tali restrizioni quando «vi sono ragionevoli motivi per credere che i dati personali in questione rendano possibili, agevolino o accelerino la prevenzione, le indagini, l'accertamento o il perseguimento di un reato penale».

Il testo in esame ha introdotto il divieto generalizzato di trattamento dei dati sensibili, salvo eccezioni previste dalla legge, necessarie all'adempimento di legittime funzioni dell'autorità interessata ai fini della prevenzione, delle indagini, dell'accertamento o del perseguimento dei reati penali o salvo consenso della persona

¹¹³ Art. 1 par. 2 lett. a) del Protocollo addizionale alla Convenzione n. 108, dell'8 novembre 2001. Cfr. anche l'art. 28 della Direttiva 95/46/CE. Esso riconosce alle autorità di controllo il potere di promuovere azioni giudiziarie in caso di violazione delle disposizioni nazionali di attuazione della direttiva ovvero di adire per dette violazioni le autorità giudiziarie.

interessata. Come nella direttiva 95/46/CE la proposta di decisione-quadro ha espressamente elencato i diritti riconosciuti alla persona interessata dai dati, comprese le relative eccezioni e ha previsto l'istituzione di un gruppo di lavoro per la tutela delle persone con riguardo al trattamento dei dati nel terzo pilastro.

Se la proposta venisse adottata, si sostituirebbe alla Convenzione n. 108 del 1981. Nelle disposizioni finali si prevede infatti che qualsiasi riferimento alla Convenzione n. 108 dovrà essere considerato come un riferimento alla decisione-quadro. Occorre evidenziare che quest'ultima non si applica ai sistemi di protezione previsti da Europol e da Eurojust poiché sono dotati di norme proprie. Il Parlamento europeo ha però giustamente evidenziato che, per garantire la coerenza del quadro normativo, occorre, a lungo termine, estendere anche ai Sistemi d'Informazione di Europol e di Eurojust le previsioni contenute nella decisione-quadro.

Il testo elaborato dalla Commissione è stato a lungo discusso in seno al Consiglio, dove ha incontrato taluni ostacoli che ne hanno bloccato l'adozione. I principali elementi di attrito riguardano il campo d'applicazione della decisione-quadro e lo scambio dei dati con i Paesi terzi. Alcune delegazioni si sono opposte all'estensione della decisione-quadro ai dati trattati in un ambito puramente domestico, ritenendo che i soli dati da proteggere dovessero essere quelli oggetto di scambio tra Stati membri. La posizione maggioritaria, sostenuta dal PE e dal Garante europeo per la protezione dei dati¹¹⁴, vedrebbe invece il campo d'applicazione della decisione-quadro esteso ai dati trattati in un contesto domestico. La soluzione di compromesso avanzata dalla Presidenza prevede una distinzione tra disposizioni della decisione-quadro applicabili solo ai dati oggetto di scambio tra Stati membri e disposizioni applicabili anche ai dati trattati in ambito domestico.

L'ulteriore elemento di scontro è rappresentato dalla trasmissione dei dati a Paesi terzi. La proposta della Commissione subordina tale trasferimento alla garanzia di un livello adeguato di protezione offerto dallo Stato terzo. Questa condizione è tuttavia richiesta solo nel caso in cui uno Stato membro riceva da un altro Stato membro dei dati che successivamente trasmette al Paese terzo. A ragione il Garante europeo aveva raccomandato di modificare la proposta per far sì che tale condizione fosse applicata a tutti i dati, come previsto dalla direttiva 95/46/CE. Sembra tuttavia che l'opposizione di numerose delegazioni impedisca una tale modifica.

L'adozione di una disciplina sulla protezione dei dati personali nel terzo pilastro è strettamente collegata all'esigenza sempre più avvertita di aumentare e migliorare lo scambio di informazioni tra le autorità competenti nei settori regolati dal Titolo VI TUE. A tale proposito il Programma dell'Aia, adottato dal Consiglio europeo nel

¹¹⁴ Cfr. Proposta di Raccomandazione sulla protezione dei dati nell'ambito della cooperazione di polizia in materia penale, B6-0618/2006, del 21 novembre 2006; cfr. il secondo Parere del Garante europeo per la protezione dei dati del 29 novembre 2006.

novembre 2004¹¹⁵ per lo sviluppo dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia dell'UE nel quinquennio 2004-2009, ha introdotto il principio di disponibilità, secondo il quale un ufficiale di polizia di uno Stato membro ha il diritto di ottenere da un altro Stato membro le informazioni necessarie all'esercizio delle proprie funzioni per il perseguimento di specifiche finalità espressamente dichiarate¹¹⁶. Si tratta di un'importante novità volta a creare un unico territorio in cui i dati raccolti sono resi disponibili alle pubbliche autorità richiedenti. Una corretta applicazione di tale principio permetterebbe dunque di superare le diffidenze reciproche che attualmente ostacolano il dialogo tra le varie autorità di polizia.

La Commissione europea ha presentato una proposta di decisione quadro volta a garantire alle autorità di contrasto degli Stati membri e ai funzionari di Europol l'accesso diretto on line alle informazioni disponibili e ai dati di indice per le informazioni che non sono accessibili on line¹¹⁷.

L'attuazione del principio di disponibilità dovrebbe soddisfare alcune condizioni fondamentali, quali la subordinazione dello scambio di informazioni all'unico fine di eseguire i compiti stabiliti dalla legge, la garanzia dell'integrità dei dati, la protezione delle fonti d'informazione, la riservatezza dei dati in ogni fase dello scambio, la previsione di norme e standards tecnici comuni per l'accesso ai dati, il controllo appropriato del rispetto della protezione dei dati prima e dopo lo scambio, la tutela delle persone contro un uso improprio dei dati nonché il diritto di chiederne la correzione in caso di errore. La proposta in esame cerca di rispondere a tali esigenze e spesso per farlo rinvia a quanto stabilito dalla decisione-quadro sulla protezione dei dati nel terzo pilastro e dalla Convenzione Europol¹¹⁸.

Lo scambio dei dati dovrebbe infine «sfruttare appieno le nuove tecnologie e i metodi utilizzati dovrebbero essere adeguati ai diversi tipi di informazioni, se del caso attraverso l'accesso reciproco o l'interoperabilità di basi dati nazionali, oppure l'accesso diretto (on-line), anche per l'Europol, alle basi dati centrali dell'UE già esistenti quali il SIS»¹¹⁹. Secondo la Commissione europea l'interoperabilità tra le varie banche dati

¹¹⁵ Cfr. Programma dell'Aia, in *GUE*, C 53, del 3 marzo 2005; cfr. cap. I, par. VIII. Tale programma individua per il quinquennio 2004-2009 gli obiettivi da perseguire nello sviluppo dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia dell'UE.

¹¹⁶ La Commissione europea ha presentato una proposta di decisione-quadro sullo scambio di informazioni in applicazione del principio di disponibilità, COM (2005)490.

¹¹⁷ Cfr. proposta di decisione-quadro sullo scambio di informazioni in virtù del principio di disponibilità, COM (2005) 490 del 12 ottobre 2005.

¹¹⁸ Cfr. punto 5 del preambolo e artt. 8 e 17 della proposta.

¹¹⁹ Cfr. Par. 2.1 del Programma dell'Aia. Il Consiglio GAI del 14 aprile 2005 ha provveduto ad individuare sei tipologie di informazioni, particolarmente utili ai fini delle indagini penali: DNA, impronte digitali, dati balistici, dati d'immatricolazione dei veicoli, numeri di telefono, dati minimi di identificazione delle persone contenuti nei registri anagrafici. I Ministri della giustizia e degli interni degli Stati membri hanno inoltre individuato una serie di modalità per l'attuazione del principio di disponibilità, tra cui l'accesso indiretto alle informazioni su richiesta, l'accesso diretto alle banche dati di un altro Stato membro, l'accesso indiretto alle informazioni di un altro Stato membro attraverso lo schedario centrale, la creazione di banche dati centralizzate a livello europeo o internazionale e l'accesso rafforzato ai dati di polizia resi pubblici dalle autorità degli Stati membri incaricate dell'applicazione della legge.

presenti nel terzo pilastro (Sistema d'informazione Schengen, Sistema informatizzato Europol, Banca dati Eurojust) rappresenta un obiettivo a medio termine in vista della creazione di un sistema unico per l'UE¹²⁰. Occorre evidenziare che l'interoperatività non può svilupparsi senza una fiducia reciproca tra le autorità competenti. Questa, a sua volta, non può prescindere dall'adozione di uno strumento comune per la protezione dei dati nel terzo pilastro. Si rende pertanto necessaria una regolamentazione della materia¹²¹.

Sulla base di tali premesse, si procederà all'analisi degli atti e delle proposte relativi all'istituzione di banche dati o di sistemi d'informazione nell'ambito dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, assumendo come parametri di riferimento la Convenzione n. 108 per le materie rientranti nel terzo pilastro e la Direttiva 95/46/CE per quelle del primo pilastro, e tenendo altresì nella dovuta considerazione l'art. 8 CEDU e la relativa giurisprudenza della Corte di Strasburgo nonché l'art. 8 della Carta dei diritti dell'UE.

SEZIONE II: Le banche dati istituite nell'ambito dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia

II.1: Il Sistema Informatizzato Europol (SIE)

Le crescenti esigenze di lotta contro le gravi forme di criminalità transnazionale hanno reso particolarmente importante lo scambio di informazioni tra Stati membri. Nell'ambito di Europol un tale scambio è reso possibile da un sistema informatizzato in cui sono raccolti dati in larga misura personali. Il loro trattamento è circondato da

¹²⁰ Cfr. Comunicazione della Commissione *concernente il miglioramento dell'efficienza e l'incremento dell'interoperabilità e delle sinergie tra le banche dati europee nel settore della giustizia e degli affari interni*, COM (2005) 567 del 24 novembre 2005; cfr. Comunicazione della Commissione europea *Rafforzare la cooperazione di polizia e doganale nell'Unione europea. 1. Relazione sui progressi compiuti dall'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam. 2. Proposte di miglioramenti*, COM (2004) 376 del 18 maggio 2004. Cfr. anche Comunicazione della Commissione europea *Migliorare l'accesso all'informazione da parte delle autorità incaricate del mantenimento dell'ordine pubblico e del rispetto della legge*, COM (2004) 429 del 16 giugno 2004.

¹²¹ Cfr. Nella Risoluzione della Conferenza europea di Wroclaw del 14 settembre 2004 i commissari degli Stati membri incaricati della protezione dei dati hanno denunciato anche la mancanza di un gruppo come quello ex art. 29 della Direttiva 95/46/CE da consultare prima dell'adozione di un atto legislativo del terzo pilastro avente implicazioni per i dati personali. La lacuna appare tanto più grave in un settore in cui i rischi per la tutela dei diritti e delle libertà dei singoli risultano più alti per effetto del limitato controllo democratico del PE e di quello giurisdizionale della Corte di giustizia. La prassi tuttavia ha portato alla costituzione di un gruppo informale, composto dalle autorità comuni di controllo di Europol, Eurojust e Schengen, che si riunisce ad intervalli regolari e svolge funzioni assimilabili a quelle del Gruppo "Art. 29". Il Garante europeo vi assiste in qualità di osservatore nel tentativo di cooperare ed assicurare coerenza nell'applicazione delle regole e delle procedure nel primo e nel terzo pilastro.

garanzie che la stessa Convenzione Europol pone al centro della propria disciplina¹²². Una tale scelta legislativa è probabilmente dettata dal fatto che l'Ufficio europeo di polizia non si limita a facilitare lo scambio di informazioni fra Stati membri, raccogliendo le segnalazioni e comunicandole senza indugio ai servizi competenti, ma analizza i dati raccolti e li elabora, con un evidente aumento del rischio per «l'autodeterminazione informativa delle persone»¹²³. La delicatezza della materia è sottolineata anche dall'art. 30 par. 1 lett. b) TUE che subordina la raccolta, l'archiviazione, il trattamento, l'analisi e lo scambio delle informazioni effettuate da Europol al «rispetto delle pertinenti disposizioni sulla protezione dei dati personali». La norma opera implicitamente un rinvio ai principi sanciti dalla Convenzione n. 108 e dalla Raccomandazione (87) 15 del Consiglio d'Europa. Tali documenti saranno presi come parametri di riferimento nell'analizzare il rispetto dei dati personali da parte della Convenzione Europol.

Il Sistema Informatizzato di Europol (SIE) è composto da un sistema d'informazione di contenuto circoscritto che consente di accertare rapidamente di quali informazioni dispongono gli Stati membri ed Europol, da archivi di lavoro ai fini di analisi, di durata limitata, costituiti per svolgere indagini o risolvere problemi specifici, e da un sistema di indice dei dati memorizzati negli archivi di analisi¹²⁴.

Il Sistema d'informazione raccoglie e conserva una serie determinata di dati che possono riguardare persone sospettate di aver commesso o di aver partecipato, secondo la legislazione nazionale, ad uno dei reati che rientrano nella competenza di Europol, oppure persone di cui si può presumere, in seguito a fatti gravi e secondo la legislazione nazionale, che commetteranno tali reati¹²⁵. Tra i dati identificativi ammessi alla raccolta vi sono le caratteristiche fisiche particolari, obiettive ed inalterabili. La loro presenza desta qualche perplessità, in ragione del rischio di un uso distorto. Senza le opportune garanzie infatti tale formulazione potrebbe essere erroneamente interpretata come fondamento per il trattamento dei dati sensibili, che potrebbe spingersi fino alla ricostruzione dell'appartenenza etnica o delle opinioni religiose della persona interessata. Tra i dati inseriti nel Sistema d'informazione vi sono anche quelli relativi ai reati commessi e agli strumenti di reato effettivi o potenziali, nonché ai servizi responsabili e alle sigle dei fascicoli. Tali informazioni trovano una loro giustificazione nella finalità perseguita dall'attività di Europol. Un'attenta dottrina ha tuttavia evidenziato la necessità di stabilire ulteriori cautele rispetto a quanto previsto dagli

¹²² Cfr. artt. 13-25 della Convenzione Europol.

¹²³ PALLARO, P., *op. cit.*, pag. 326.

¹²⁴ Il Sistema di informazione e il Sistema di indice sono direttamente accessibili da Europol e dagli Stati. Agli archivi di analisi possono accedere solo gli Stati interessati agli specifici progetti di analisi.

¹²⁵ Cfr. art. 8 Convenzione Europol.

archivi nazionali per l'utilizzo dei dati indiziari, in ragione delle pesanti conseguenze derivanti dall'inserimento del proprio nominativo nel Sistema d'informazione¹²⁶.

Il Sistema d'informazione è alimentato dagli Stati membri, rappresentati dalle Unità nazionali e dagli ufficiali di collegamento, nonché dal direttore, dai vicepresidenti e dagli agenti di Europol, se debitamente autorizzati¹²⁷. L'accesso diretto ai dati trova alcune limitazioni, a seconda delle informazioni che vengono richieste¹²⁸. L'utilizzo di queste ultime deve rispondere al necessario svolgimento di compiti specifici¹²⁹, mentre la cancellazione dei dati deve essere disposta quando il procedimento contro l'interessato è definitivamente archiviato o l'imputato è assolto¹³⁰. La lettura di tali disposizioni unita alla delimitazione delle finalità perseguite da Europol conducono a ritenere adeguatamente rispettato il principio di finalità. Risulta soddisfatto anche il principio di legalità grazie non solo alla previsione secondo la quale il richiamo dei dati deve avvenire nel rispetto delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative dell'unità nazionale incaricata¹³¹, ma anche alla disposizione che attribuisce ad Europol o all'unità nazionale il compito di modificare, correggere o cancellare i dati inseriti¹³².

Gli archivi di lavoro per fini di analisi sono costituiti da raccolte di dati aventi «lo scopo di venire in aiuto all'indagine criminale»¹³³. Essi possono riguardare oltre agli individui considerati nel Sistema d'informazione, anche coloro che potrebbero intervenire come testimoni nel corso delle indagini o che sono stati vittime di uno dei reati considerati, nonché le «persone di contatto e accompagnamento» e quelle che possono fornire informazioni su tali reati¹³⁴. La genericità e l'ambiguità di quest'ultima tipologia di soggetti sono state in parte superate dall'adozione di un atto specifico del Consiglio¹³⁵. Se da un lato esso ha definito le persone di contatto e accompagnamento come quelle «persone che hanno contatti non accidentali» con gli individui oggetto di investigazione, qualora vi sia motivo di supporre che le informazioni che si riferiscono a questi ultimi e che sono importanti ai fini dell'analisi possano essere ottenute per loro tramite, dall'altro non ha chiarito che cosa debba intendersi con l'espressione «persone

¹²⁶ Cfr. PALLARO, P., *op. cit.*, pag. 330. A titolo esemplificativo si potrebbe giustificare l'introduzione delle date e dei luoghi dei reati solo se realmente necessari ai fini di un'analisi di polizia sovranazionale.

¹²⁷ Per un'analisi delle funzioni delle unità nazionali e degli ufficiali di collegamento, cfr. cfr. BONIFAZI, M., *Europol. Ufficio europeo di polizia. La normativa. Il Sistema informativo. La tutela dei dati*, Edizioni Giuridiche Simone, Napoli, 2000, pag. 25 e ss.

¹²⁸ Art. 8 par. 4 Convenzione Europol.

¹²⁹ Art. 9 par. 1 Convenzione Europol.

¹³⁰ Art. 8 par. 5 Convenzione Europol.

¹³¹ Art. 9 par. 1 Convenzione Europol.

¹³² Art. 9 par. 2 e 3 Convenzione Europol.

¹³³ Art. 10 par. 2. Convenzione Europol.

¹³⁴ Art. 10 par. 1 Convenzione Europol.

¹³⁵ Si tratta dell'Atto del Consiglio che adotta le norme applicabili agli archivi di analisi dell'Europol, del 3 novembre 1998, in *GUCE*, C 26, del 30 gennaio 1999, pag. 1 e ss.

che possono fornire informazioni sui reati considerati». La formula troppo generica rischia di porsi in contrasto con il principio di finalità limitata¹³⁶.

La Convenzione Europol ammette la raccolta dei dati sensibili, subordinandola alla “stretta necessità” e al completamento dei dati contenuti nell’archivio di lavoro¹³⁷. «La stretta necessità non è a ben vedere “l’assoluta necessità” che richiede il Consiglio d’Europa» nella Raccomandazione (87) 15¹³⁸. Occorre tuttavia rilavare che il Consiglio dell’UE ha corretto l’espressione prevedendo per gli archivi di analisi “l’assoluta necessità” dell’introduzione dei dati sensibili¹³⁹. L’eccezione al divieto generale previsto dalla Convenzione n. 108 risulta quindi conforme al principio di finalità limitata. Ad ulteriore garanzia del rilevamento, memorizzazione e trattamento di tali informazioni vi è l’espresso divieto di selezionare una categoria specifica di persone unicamente a partire dai dati sensibili elencati nell’art. 6 della Convenzione n. 108.

L’atto del Consiglio che adotta le norme applicabili agli archivi di analisi fornisce un elenco dettagliato delle informazioni che possono essere raccolte in tali archivi. I dati variano a seconda della categoria di persone interessate. Per i presunti o accertati criminali, la lista comprende i dati anagrafici, le caratteristiche fisiche, i mezzi di identificazione (come le impronte digitali, i risultati dell’esame del DNA ed il gruppo sanguigno), la professione e le competenze, le informazioni economiche e finanziarie (conti e codici bancari, carte di credito, ecc.), le informazioni comportamentali (stile di vita e abitudini), i mezzi di comunicazione e di trasporto usati, le informazioni relative all’attività criminosa e i riferimenti ad altre basi di dati in cui sono memorizzate informazioni sull’interessato¹⁴⁰. Si tratta di indicazioni penetranti che possono tracciare un profilo molto preciso dell’individuo. Per evitare un utilizzo distorto di tali dati, il legislatore comunitario ha previsto che i risultati dell’esame del DNA possano essere trattati entro i limiti necessari all’identificazione della persona, escludendo invece le informazioni che ne caratterizzano la personalità. La previsione è da accogliere con favore, anche se sarebbe stato auspicabile individuare ulteriori garanzie, data la delicatezza della materia. Lo stesso elenco di dati può essere utilizzato per le persone di contatto e di accompagnamento. La memorizzazione delle informazioni può avvenire solo per analizzare il ruolo svolto da tali soggetti¹⁴¹. In particolare l’utilizzo dei dati sensibili deve essere accompagnato dalla dichiarazione del motivo per cui si ritengono assolutamente necessari¹⁴². Tale formulazione rispecchia quella prevista dalla

¹³⁶ Cfr. sul punto PALLARO, P., *op. cit.*, pag. 334, il quale sostiene di poter interpretare l’espressione richiamata come riferita ai «soli informatori tradizionali di polizia».

¹³⁷ Cfr. art. 10 par. 1 della Convenzione Europol.

¹³⁸ PALLARO, P., *op. cit.*, pag. 334.

¹³⁹ Art. 5 par. 2 Atto del Consiglio del 3 novembre 1998.

¹⁴⁰ Art. 6 par. 2 dell’Atto del Consiglio del 3 novembre 1998.

¹⁴¹ Cfr. art. 6 par. 3 dell’Atto del Consiglio del 3 novembre 1998.

¹⁴² Il trattamento dei dati sensibili riguardanti le altre categorie di persone è ammesso solo previa motivazione specifica e su esplicita richiesta di due o più Stati membri che partecipano al progetto d’analisi; cfr. art. 5 par. 2 e art. 15 par. 1 della Convenzione Europol.

Raccomandazione (87) 15 al punto 2 par. 4 e rappresenta un miglioramento che il legislatore ha apportato alla rispettiva disposizione della Convenzione Europol¹⁴³.

I dati riguardanti le vittime attuali o potenziali, i testimoni e le persone che possono fornire indicazioni sono meno numerosi e penetranti¹⁴⁴.

Il principio di finalità sembra essere soddisfatto dall'elencazione dettagliata delle informazioni che possono essere contenute negli archivi d'analisi e delle persone che vi possono accedere¹⁴⁵, dalla previsione secondo la quale l'utilizzo dei dati di carattere personale può avvenire solo conformemente alle finalità dell'archivio o nell'ambito di eventuali limitazioni stabilite da uno Stato membro¹⁴⁶, dalle motivazioni specifiche che sono alla base dell'inserimento dei dati sensibili, dalla precisazione della qualità dei dati (adeguati, precisi e pertinenti) nonché dalla durata della loro conservazione. Quest'ultima è limitata al tempo necessario allo scopo specifico per cui è stato creato l'archivio di lavoro¹⁴⁷ e non può comunque durare complessivamente più di tre anni¹⁴⁸. La necessità di una conservazione prolungata di tutti i dati personali è oggetto di revisione annuale ed è il frutto della ponderazione degli interessi in gioco: da un lato quelli di Europol relativi ai suoi compiti, dall'altro quelli della persona interessata¹⁴⁹.

La delicatezza dei dati inseriti nel Sistema informatizzato nel suo complesso ha giustificato la previsione di una serie di disposizioni specifiche contenute nella Convenzione Europol e applicabili sia al Sistema d'informazione sia agli archivi d'analisi. L'art. 14 sancisce il rispetto da parte di Europol dei principi contenuti nella Convenzione n. 108 e nella Raccomandazione (87) 15 per il rilevamento, l'uso ed il trattamento automatizzato e non automatizzato dei dati personali, subordinando il trasferimento di tali dati all'adozione da parte di ogni Stato membro di una normativa nazionale che garantisca un livello di protezione almeno pari a quello previsto dai atti sopra richiamati.

Stante queste precisazioni, è opportuno verificare se la Convenzione Europol soddisfa tali requisiti.

Il diritto di accesso della persona interessata ai dati che la riguardano subisce un adattamento e una limitazione rispetto a quanto previsto dalle disposizioni elaborate dal Consiglio d'Europa. L'accesso risulta indiretto e si sostanzia nel diritto alla comunicazione e nel diritto a ricevere una risposta. Il titolare delle informazioni può

¹⁴³ Cfr. *supra*, art. 10 par. 2 Convenzione Europol.

¹⁴⁴ Cfr. art. 6 par. 4, 5 e 6 dell'Atto del Consiglio del 3 novembre 1998.

¹⁴⁵ Si tratta del personale Europol e di quello competente dello Stato membro che ha inserito i dati.

¹⁴⁶ Dista invece qualche perplessità la previsione secondo la quale i dati personali possono essere utilizzati anche per combattere altre gravi forme di criminalità. In tal caso l'espressione generica solleva qualche dubbio di compatibilità con il principio di finalità limitata.

¹⁴⁷ Cfr. art. 4 par. 1 dell'Atto del Consiglio del 3 novembre 1998.

¹⁴⁸ Secondo l'art. 7 par. 3 dell'Atto del Consiglio del 3 novembre 1998 il termine può ricominciare a decorrere in caso di nuova segnalazione. In tale circostanza se la conservazione eccede la durata di cinque anni, l'autorità di controllo comune deve essere informata.

¹⁴⁹ Cfr. art. 7 par. 1 dell'atto del Consiglio del 3 novembre 1998.

rivolgersi all'autorità nazionale di qualunque Stato membro. Tale previsione apre la strada al "forum shopping" che può assumere una connotazione positiva, se visto come stimolo per un'armonizzazione verso l'alto, oppure negativa se considerato come motivo di abbassamento dei livelli di tutela. La domanda viene trasmessa ad Europol che entro tre mesi deve procedere alla comunicazione, se la legislazione dello Stato membro lo permette. Il termine appare ragionevole e soddisfa le previsioni contenute nella Convenzione n. 108¹⁵⁰. La richiesta non può essere accolta se il rifiuto è necessario al corretto svolgimento delle funzioni di Europol, alla protezione della sicurezza degli Stati, all'ordine pubblico e alla lotta contro i crimini, oppure alla protezione dei diritti e delle libertà dei terzi¹⁵¹. Se uno o più Stati si oppongono alla comunicazione delle informazioni richieste, Europol notifica all'interessato che le verifiche sono state effettuate, ma non può rivelargli se vi siano informazioni sul suo conto. L'interessato può ricorrere all'Autorità di controllo comune. In tal caso la questione viene trattata da un apposito comitato per i ricorsi la cui istituzione rappresenta una novità assoluta nell'ambito della protezione dei dati personali in materia di polizia e risponde alla prescrizione contenuta nel punto 6.6 della Raccomandazione (87) 15. Il procedimento è gratuito ed il ricorrente può essere assistito o rappresentato da un avvocato o da un consulente con apposito mandato. Alle parti viene garantito l'accesso agli atti del procedimento, salvo non ricorrano le condizioni previste dall'art. 19 par. 3. La decisione ha natura amministrativa e l'interessato ha quindi la possibilità di rivolgersi alle autorità giudiziarie competenti¹⁵², che rappresentano l'unica strada percorribile per ottenere il risarcimento del danno¹⁵³.

La Convenzione Europol la possibilità di rettifica e di cancellazione dei dati, anche se nella pratica vi è una concreta difficoltà per l'interessato di attivare tali procedure¹⁵⁴. Qualora il richiedente non si ritenga soddisfatto della risposta fornita da Europol, la Convenzione gli attribuisce il diritto di rivolgersi all'autorità di controllo comune¹⁵⁵.

I continui richiami all'autorità di controllo comune rendono necessario un chiarimento sulla sua composizione ed i suoi compiti. Essa è formata da al massimo due

¹⁵⁰ Si ricorda infatti che l'art. 8 della Convenzione n. 108 dispone che «ogni persona deve avere la possibilità di (...) ottenere a ragionevoli intervalli e senza eccessivo ritardo o spesa la conferma dell'esistenza o meno (...) di dati a carattere personale che la riguardano».

¹⁵¹ Art. 19 par. 3 Convenzione Europol. Tali eccezioni sono riconducibili alle deroghe ammesse dall'art. 9 della Convenzione n. 108.

¹⁵² Per un'accurata analisi del procedimento, cfr. BONIFAZI, M., *op. cit.*, pag. 64 e ss.

¹⁵³ Sulla responsabilità di Europol o dello Stato membro cfr. PALLARO, P., *op. cit.*, pag. 348 e ss.

¹⁵⁴ L'obbligo di rettifica o cancellazione grava su Europol, se si tratta di dati trasmessi dagli Stati membri o da organismi terzi oppure risultanti dall'attività di Europol, mentre pesa sugli Stati membri, se i dati errati vengono introdotti direttamente dagli stessi Stati. La responsabilità è congiunta se l'errore è dovuto a fattori tecnici.

¹⁵⁵ Cfr. art. 20 Convenzione Europol. Esiste tuttavia una concreta difficoltà per l'interessato di attivare tali procedure.

membri per ogni autorità di controllo nazionale¹⁵⁶ ed svolge funzioni di vigilanza sull'attività di Europol per accertare che la memorizzazione, il trattamento e l'utilizzazione dei dati contenuti nel Sistema informatizzato non ledano i diritti delle persone. Qualora constatata una violazione informa il direttore di Europol e se ritiene che la sua risposta non sia sufficiente o non sia pervenuta entro il termine stabilito interpella il consiglio di amministrazione. Non è chiaro tuttavia come possa concludersi un tale esame¹⁵⁷. La lacuna non è stata colmata dal Regolamento interno dell'autorità di controllo comune¹⁵⁸ e questa carenza rappresenta indubbiamente un elemento di debolezza.

Restano infine da analizzare le disposizioni relative alla conservazione e alla sicurezza delle informazioni e quelle riguardanti la trasmissione dei dati a Stati e organismi terzi. In merito al primo aspetto, la Convenzione Europol, in linea con la Convenzione n. 108, stabilisce che i dati devono essere conservati solo per il tempo necessario allo svolgimento delle funzioni dell'Ufficio europeo di polizia¹⁵⁹, pena la cancellazione. Quest'ultima, tuttavia, non può avere luogo se pregiudica la persona interessata. In tal caso senza il suo consenso il dato non può essere utilizzato. Tale previsione rappresenta un'importante novità, ma rischia di rimanere una mera affermazione di principio per la mancata predisposizione di strumenti effettivi volti ad assicurarne il rispetto. È previsto altresì un controllo triennale teso a verificare la necessità di mantenere i dati negli archivi.

Riguardo all'aspetto sicurezza dei dati, la Convenzione Europol garantisce la confidenzialità delle informazioni, nel pieno rispetto della Convenzione n. 108. A tale riguardo vengono elencate le misure che devono essere adottate per garantire la sicurezza logica e fisica delle informazioni raccolte¹⁶⁰ e la loro segretezza¹⁶¹.

La comunicazione di dati a Stati o organismi terzi può avere luogo solo se necessaria alla prevenzione o alla lotta contro i reati che rientrano nella competenza di Europol e se lo Stato o l'organismo terzo garantisce un adeguato livello di protezione dei dati. La sussistenza di quest'ultimo requisito viene giudicata tenendo conto del tipo di dati, della loro finalità, della durata del trattamento previsto e delle disposizioni

¹⁵⁶ A tutela delle persone interessate l'art. 23 Convenzione Europol pretende che ogni Stato membro designi un'autorità di controllo nazionale incaricata di accertare che l'introduzione, la consultazione e la trasmissione ad Europol di dati personali da parte dello Stato avvengano in modo lecito e non ledano i diritti delle persone.

¹⁵⁷ Sul punto cfr. PALLARO, P., *op. cit.*, pag. 345.

¹⁵⁸ Cfr. Atto 1/99 del 22 aprile 1999 dell'Autorità di controllo comune dell'Europol che stabilisce il proprio regolamento interno, in *GUCE*, C 149 del 28 maggio 1999, pag. 1 e ss.

¹⁵⁹ Cfr. art. 21 par. 1 Convenzione Europol.

¹⁶⁰ Cfr. art. 25 Convenzione Europol.

¹⁶¹ Cfr. artt. 31 e 32 Convenzione Europol e Atto del Consiglio del 3 novembre 1998 che adotta le norme sulla protezione del segreto delle informazioni di Europol, in *GUCE*, C 26 del 30 gennaio 1999, pag. 10 e ss. Sul punto cfr. PALLARO, P., *op. cit.*, pag. 332 e ss.

generali o speciali ad essi applicabili¹⁶². Il Consiglio è intervenuto a specificare i casi in cui si rende necessario il trasferimento dei dati¹⁶³, fondandosi sulle previsioni contenute nella Raccomandazione (87) 15¹⁶⁴. La comunicazione dei dati personali da parte di Europol può avvenire in presenza di un Accordo con il destinatario in cui siano indicati i dati da trasmettere, lo scopo perseguito e la loro utilizzazione¹⁶⁵; oppure, in mancanza di un accordo, quando il direttore di Europol decida, in via eccezionale, che il trasferimento è assolutamente necessario per prevenire un pericolo imminente di natura criminosa o per salvaguardare interessi fondamentali degli Stati membri nel quadro degli obiettivi di Europol. Quest'ultima ipotesi «non brilla per la sua limpidezza e categoricità, lasciando un vasto campo di manovra al direttore di Europol»¹⁶⁶. Nel tentativo di limitare la sua discrezionalità è previsto che ogni decisione di trasferimento sia comunicata al consiglio d'amministrazione e all'autorità di controllo comune¹⁶⁷.

Dall'analisi delle disposizioni della Convenzione Europol emerge con evidenza l'importanza che gli Stati membri hanno assegnato alla circolazione di informazioni riservate per la lotta alla criminalità. La possibilità di scambiare dati sensibili ed il conseguente aumento della capacità offensiva dei rispettivi trattamenti se da un lato sono giustificabili per la prevenzione del crimine e la tutela della sicurezza, dall'altro contrastano con il riconoscimento in capo ad Europol ed ai suoi funzionari di immunità

¹⁶² Art. 18 par. 3 Convenzione Europol. La formulazione della norma in esame risulta assai simile a quella dell'art. 25 della Direttiva 95/46/CE che fonda il giudizio di adeguatezza sulla «natura dei dati, le finalità del o dei trattamenti previsti, il paese d'origine e il paese di destinazione finale, le norme di diritto, generali o settoriali, vigenti nel Paese terzo di cui trattasi, nonché le regole professionali e le misure di sicurezza ivi osservate».

¹⁶³ Cfr. Atto del Consiglio del 12 marzo 1999 che stabilisce le norme per la trasmissione di dati di carattere personale da parte dell'Europol a Stati o organismi terzi, in *GUCE*, C 88, del 30 marzo 1999, pag. 1 e ss.; cfr. anche l'Atto del Consiglio del 28 febbraio 2002 recante modifica dell'atto del Consiglio del 12 marzo 1999, che stabilisce le norme per la trasmissione di dati di carattere personale da parte dell'Europol a Stati od organismi terzi, in *GUCE*, C 58, del 5 marzo 2002, pag. 12 e ss.

¹⁶⁴ La Raccomandazione (87) 15 individua due ipotesi: la necessaria prevenzione di un danno grave ed imminente o la repressione di un reato grave, oppure la presenza di una norma chiara di diritto interno o internazionale che sancisca il trasferimento dei dati. Ad ulteriore garanzia di una corretta utilizzazione dell'informazione, essa stabilisce che l'organo richiedente precisi l'oggetto e lo scopo della domanda e utilizzi l'informazione per il fine dichiarato.

¹⁶⁵ Cfr. per esempio l'Accordo tra Europol e gli Stati Uniti d'America del 6 dicembre 2001. Il trattato solleva alcune critiche. In primo luogo, si potrebbe dubitare dell'adeguatezza della protezione dei dati fornita dagli Stati Uniti dal momento che questi ultimi non hanno ratificato la Convenzione n. 108 del Consiglio d'Europa. Un secondo rilievo critico si fonda sulla mancata previsione di disposizioni specifiche dedicate alla protezione dei dati (con particolare riguardo a quelli sensibili), all'accesso alle informazioni da parte delle persone interessate e al controllo operato da un'autorità indipendente. Sul punto cfr. E.U. Network of independent experts in fundamental rights, *The balance between freedom and security in the response by the European Union and its Member States to the terrorist threats*, pag. 24. Un ulteriore motivo di critica è dato dalla possibilità di accesso ai dati contenuti nel Sistema Europol da parte di un numero non ben definito di agenzie statunitensi. C'è chi ha visto nella ratifica di tale accordo l'inclinazione dell'Unione europea, dopo gli attentati dell'11 settembre 2001, «ad accettare una limitazione della tutela del trattamento dei dati (...) per consentire agli USA l'attuazione della legislazione in materia di sicurezza», CASTELLANETA, M., *In Europa l'Italia diventa "campione" di tutela*, in *Guida al diritto*, settembre 2003, pag. 106. Un ulteriore esempio di tale politica è rappresentato dall'accordo CE-USA per il trasferimento dei dati dei passeggeri, cfr. *infra* par. III.3.

¹⁶⁶ PALLARO, P., *op. cit.*, pag. 346.

¹⁶⁷ Cfr. art. 4 dell'Atto del Consiglio del 12 marzo 1999.

in caso di trattamento illecito e non corretto dei dati¹⁶⁸. Le finalità perseguite da Europol infatti non possano giustificare siffatte previsioni. Un'attenta dottrina ha giustamente rilevato che «la pericolosità, l'irresponsabilità, l'impenetrabilità dell'azione informativa dell'Ufficio europeo di polizia assume significati preoccupanti»¹⁶⁹. In conseguenza di tale considerazione, l'opera di vigilanza attribuita alle autorità di controllo nazionali e all'autorità di controllo comune non appare sufficiente. La delicatezza delle questioni richiederebbe infatti un controllo democratico di Europol da parte del Parlamento europeo che, al momento attuale, viene solo marginalmente coinvolto¹⁷⁰.

II.2: Il Sistema di gestione automatizzata dei casi di Eurojust

La Decisione istitutiva di Eurojust, così come la Convenzione Europol, dedica al trattamento e alla protezione dei dati personali un rilievo particolare¹⁷¹, segno evidente della delicatezza delle funzioni svolte dall'Unità europea di cooperazione giudiziaria e dei conseguenti riflessi per la tutela della privacy.

Eurojust è chiamato a garantire un livello di protezione dei dati almeno equivalente a quello risultante dalla Convenzione n. 108 e dal relativo protocollo¹⁷². Occorre dunque valutare se tale parametro di riferimento viene adeguatamente rispettato. Per un esame completo della disciplina bisogna prendere in considerazione non solo le disposizioni della Decisione ma anche quelle del regolamento interno di Eurojust dedicate al trattamento e alla protezione dei dati personali¹⁷³.

¹⁶⁸ Cfr. art. 2 del Protocollo sui privilegi e le immunità di Europol.

¹⁶⁹ PALLARO, P., *op. cit.*, pag. 354.

¹⁷⁰ L'art. 34 Convenzione Europol prevede che il PE riceva annualmente dalla Presidenza del Consiglio una relazione speciale sui lavori svolti da Europol e sia consultato in occasione dell'eventuale modifica della Convenzione. Nella Comunicazione COM (2002) 95 sul controllo democratico di Europol del 26 febbraio 2002, la Commissione europea ha tuttavia sottolineato che le limitate possibilità di controllo previste dalla Convenzione Europol sono indirettamente ampliate dall'art. 39 TUE, in seguito alla riforma di Amsterdam. Secondo tale interpretazione il PE dovrebbe essere consultato per ogni decisione importante presa dal Consiglio e relativa allo sviluppo di Europol. La Commissione europea ha tuttavia sostenuto che in vista dell'attribuzione all'Ufficio europeo di polizia di poteri investigativi operativi, si renderanno necessarie misure di più ampia portata, volte a istituzionalizzare e regolare lo scambio di informazioni e il coordinamento fra il PE e Europol. Cfr. sul punto anche la Raccomandazione del PE al Consiglio del 30 maggio 2002 sul futuro sviluppo di Europol e la sua integrazione a pieno titolo nel sistema istituzionale dell'Unione europea; cfr. anche la Raccomandazione del 14 ottobre 2004 sul futuro dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia nonché sulle condizioni per rafforzarne la legittimità e l'efficacia, in cui il Parlamento europeo auspica la trasformazione, con una decisione ex art. 30 TUE, di Europol in un'agenzia europea soggetta ai principi, alle procedure e ai controlli applicabili alle agenzie comunitarie; cfr. MONTUORO, U., *La politica d'intelligence nell'Europa comunitaria*, in *Rivista della cooperazione giuridica internazionale*, gennaio-aprile 2005, pag. 84 e ss.

¹⁷¹ Cfr. artt. da 14 a 27 Decisione Eurojust.

¹⁷² Considerando n. 9 e art. 14 Decisione Eurojust.

¹⁷³ Cfr. Disposizioni del regolamento interno dell'Eurojust relative al trattamento e alla protezione dei dati personali del 24 febbraio 2005, in *GUE*, C 68, pag. 1 e ss.

Nel perseguimento dei propri obiettivi, Eurojust si serve di un sistema di gestione automatizzata dei casi¹⁷⁴ formato da un indice dei dati relativi alle indagini e da archivi di lavoro temporanei. Il primo presta sostegno alla gestione e al coordinamento delle indagini e delle azioni penali mediante il controllo incrociato delle informazioni, agevola l'accesso alle informazioni sulle indagini e sulle azioni penali in corso, e facilita il controllo sulla legittimità del trattamento dei dati personali in esso contenuti. Gli archivi di lavoro temporanei invece sono creati per il trattamento di casi specifici. Entrambi gli strumenti sono sottoposti ai principi previsti dalla Decisione Eurojust.

Le informazioni raccolte possono concernere persone oggetto di un'indagine o di un'azione penale per una o più forme di criminalità rientranti nella competenza di Eurojust, e persone ritenute testimoni o vittime di tali reati. L'elenco dei dati personali ammessi al trattamento risulta più copioso per la prima categoria di soggetti. Vi figurano non solo i dati identificativi, tra cui i codici di previdenza sociale, le patenti guida, i documenti d'identità e i dati del passaporto, ma anche i conti bancari, le informazioni riguardanti le persone giuridiche, se comprendono indicazioni relative a persone fisiche identificate o identificabili l'oggetto di un'indagine o di un'azione penale, e ogni altra notizia che attiene alla sfera criminale dell'interessato, come la descrizione e la natura dei fatti contestati, le circostanze che fanno presumere l'estensione internazionale del caso¹⁷⁵ e le informazioni relative alla presunta appartenenza ad un'organizzazione criminale. La delicatezza di questi ultimi dati renderebbe auspicabile una qualche cautela in più al fine di soddisfare l'attendibilità delle informazioni raccolte. Desti inoltre qualche perplessità la previsione secondo la quale Eurojust, in casi eccezionali, può trattare, anche se per un periodo limitato, «altri dati personali relativi alle circostanze di un reato qualora siano di rilevanza immediata e rientrino nell'ambito delle indagini in corso». Nonostante l'accortezza nel delimitare tale trattamento e nel subordinarlo all'immediata informazione del delegato alla protezione dei dati¹⁷⁶, si ritiene che la genericità della locuzione «altri dati personali» non soddisfi pienamente il principio di finalità, che invece risulta garantito dalla delimitazione degli obiettivi perseguibili¹⁷⁷ e delle persone ammesse all'utilizzo delle informazioni¹⁷⁸.

¹⁷⁴ Cfr. art. 23 regolamento interno di Eurojust sul trattamento e la protezione dei dati personali.

¹⁷⁵ Secondo l'art. 24 del regolamento interno Eurojust tali dati non possono essere inseriti nell'indice.

¹⁷⁶ Secondo l'art. 17 della Decisione Eurojust, il delegato alla protezione dei dati è designato tra i membri di quest'ultima ed è dotato di una serie di funzioni: garantire in modo indipendente la legittimità ed il rispetto della Decisione per quanto riguarda il trattamento dei dati personali, controllare che la trasmissione e ricezione dei dati siano registrate per iscritto, garantire che le persone interessate siano informate, su loro richiesta, dei loro diritti. Qualora rilevi una violazione della Decisione ne informa il collegio e ricorre all'autorità di controllo comune.

¹⁷⁷ Si tratta delle competenze di Eurojust previste dall'art. 4 Decisione Eurojust.

¹⁷⁸ Hanno accesso ai dati personali i membri nazionali di Eurojust ed i loro supplenti, nonché il personale autorizzato, cfr. art. 18 Decisione Eurojust.

L'elenco delle dati personali riguardanti le vittime o i testimoni di un'indagine o di un'azione penale è giustamente più circoscritto. Esso comprende i dati identificativi (con esclusione di codici di previdenza, patenti guida e documenti di identità) e la descrizione dei fatti. Anche in questo caso è possibile inserire «altri dati», con le relative perplessità che sono state appena richiamate.

A differenza della Convenzione n. 108, la Decisione Eurojust ammette in linea generale il trattamento dei dati sensibili, ovvero di quei dati che rivelano l'origine razziale o etnica, le opinioni politiche, le convinzioni religiose o filosofiche, i dati relativi alla salute o alla vita sessuale e l'appartenenza sindacale¹⁷⁹. Essa ne subordina l'utilizzo alla necessità di condurre indagini nazionali e di coordinare l'opera svolta da Eurojust¹⁸⁰. Una tale previsione si allontana da quanto indicato dalla Convenzione n. 108 che condiziona il permesso di elaborare automaticamente i dati sensibili alla predisposizione da parte della legislazione interna di appropriate garanzie. Occorre tuttavia segnalare che la Decisione Eurojust circonda un tale trattamento di ulteriori cautele, quali l'esclusione del loro inserimento nell'indice e l'immediata informazione al delegato per la protezione dei dati¹⁸¹.

Il principio di legalità viene parzialmente soddisfatto. L'art. 5 del regolamento interno si limita a stabilire che «i dati personali devono essere elaborati in modo equo e conforme alla legge», mentre tace sulle modalità di raccolta delle informazioni. Risultano invece pienamente accolti invece i principi di correttezza, proporzionalità e qualità dei dati¹⁸². Le informazioni infatti devono essere esatte, aggiornate, necessarie, adeguate, pertinenti e non eccessive rispetto alle finalità per le quali sono state raccolte o trattate. La loro conservazione deve avvenire «in una forma che consenta l'identificazione degli interessati per un periodo che non deve superare quello necessario per gli scopi per i quali sono raccolti o trattati»¹⁸³. La Decisione individua ulteriori cautele, stabilendo che i dati relativi alle persone oggetto di indagine o di azione penale non possono essere conservati oltre la data di scadenza del termine di prescrizione dell'azione penale, oppure oltre la data in cui è diventata definitiva la decisione giudiziaria dell'ultimo degli Stati membri interessati dalle indagini o dalle azioni, oppure ancora oltre la data in cui Eurojust e gli Stati membri interessati hanno constatato o convenuto di comune accordo che non fosse più necessario il coordinamento dell'indagine e dell'azione penale da parte di Eurojust¹⁸⁴. È possibile tuttavia che l'Unità europea di cooperazione giudiziaria conservi i dati più a lungo per raggiungere i propri obiettivi, fino alla verifica triennale successiva. Una tale previsione

¹⁷⁹ L'inclusione dell'appartenenza sindacale rappresenta una novità rispetto alle previsioni della Convenzione n. 108.

¹⁸⁰ Cfr. art. 15 par. 4 Decisione Eurojust.

¹⁸¹ Cfr. art. 15 par. 4 Decisione Eurojust.

¹⁸² Rispettivamente previsti dagli artt. 5 e 6 del regolamento interno.

¹⁸³ Art. 6 par. 2 regolamento interno.

¹⁸⁴ Cfr. art. 21 par. 2 Decisione Eurojust.

solleva qualche perplessità dal momento che potrebbe condurre al mantenimento delle informazioni quasi a tempo indeterminato, stante il possibile rinnovamento dei termini indicati.

Nessuna obiezione solleva inoltre la formulazione del principio di sicurezza dei dati personali che risulta conforme a quanto previsto dalla Convenzione n. 108¹⁸⁵.

Restano infine da considerare i diritti individuali degli interessati. Primo fra tutti il diritto di disporre delle informazioni relative alle finalità del trattamento, l'identità del responsabile, i destinatari, l'esistenza di diritti di accesso e di rettifica, nonché eventuali informazioni supplementari quali la durata della conservazione e il diritto di rivolgersi in qualsiasi momento all'autorità di controllo comune¹⁸⁶. Nel contesto delle funzioni non operative di Eurojust, il principio generale subisce delle eccezioni qualora l'informazione dell'interessato pregiudicherebbe un importante interesse economico o finanziario di uno Stato membro o dell'Unione europea, la protezione dell'interessato e dei diritti e delle libertà di altri, la sicurezza nazionale, la pubblica sicurezza o la difesa degli Stati¹⁸⁷. Tali deroghe corrispondono a quelle ammesse dalla Convenzione n. 108.

La domanda d'accesso ai propri dati può essere presentata gratuitamente dall'interessato in uno Stato di sua scelta. La Decisione ha seguito quanto previsto dalla Convenzione Europol, alla quale si rinvia per le relative considerazioni¹⁸⁸. L'accesso tuttavia può essere negato qualora rischi di compromettere le attività di Eurojust, un'indagine nazionale cui contribuisce Eurojust o i diritti e le libertà di terzi. Tali eccezioni non destano alcuna critica dal momento che rientrano tra quelle ammesse dalla Convenzione n. 108. La Decisione prevede inoltre che l'interessato, non soddisfatto della risposta data alla sua domanda, possa ricorrere all'autorità di controllo comune, così come avviene per Europol. Vi è tuttavia una netta distinzione tra le due discipline. L'autorità di controllo comune di Eurojust, infatti, è composta solamente da tre membri permanenti, scelti dagli Stati tra i giudici o le persone che esercitano funzioni tali da assicurare un'indipendenza adeguata, e da giudici *ad hoc*. Essa è incaricata di esaminare i ricorsi ed emettere decisioni definitive e vincolanti.

Alla persona interessata è altresì riconosciuto il diritto di chiedere ad Eurojust la rettifica, il blocco e la cancellazione dei propri dati qualora siano errati, incompleti oppure siano stati inseriti o conservati in modo contrario alle disposizioni previste dalla Decisione¹⁸⁹. È prevista infine la responsabilità di Eurojust o degli Stati membri per i danni causati alla persona interessata.

La trasmissione delle informazioni verso organizzazioni internazionali ed autorità di Paesi terzi è subordinata alla conclusione di un accordo di collaborazione. In

¹⁸⁵ Cfr. art. 22 Decisione Eurojust e art. 7 del regolamento interno.

¹⁸⁶ Cfr. art. 8 regolamento interno.

¹⁸⁷ Cfr. art. 33 regolamento interno.

¹⁸⁸ Cfr. *supra* par. II.1.

¹⁸⁹ Cfr. art. 20 Decisione Eurojust e art. 9 regolamento interno.

manca, è possibile trasmettere i dati personali solo se tali soggetti, pur non essendo Parti della Convenzione n. 108, assicurino «un livello comparativamente sufficiente» di protezione dei dati¹⁹⁰. La formulazione contenuta nella Decisione Eurojust desta qualche perplessità. Sarebbe stato meglio subordinare lo scambio di informazioni all'assicurazione di un livello di protezione "adeguato", così come sancito dalla Direttiva 95/46/CE e dallo stesso regolamento interno di Eurojust, in riferimento ai soli dati contenuti negli archivi di lavoro temporanei¹⁹¹. In deroga a tali condizioni la Decisione ammette, in casi eccezionali, il trasferimento dei dati a patto che questo avvenga all'unico scopo di prevenire un pericolo grave ed immediato per una persona o per la sicurezza pubblica. Il destinatario deve impegnarsi «a far sì che i dati siano utilizzati solo per lo scopo per il quale sono stati trasmessi»¹⁹². Tale previsione se da un lato è da accogliere con favore perché soddisfa il principio di finalità limitata, dall'altro solleva dei dubbi circa il carattere tenue e labile di un mero "impegno"¹⁹³.

Un rilievo particolare è assegnato alla cooperazione con Europol¹⁹⁴. L'accordo concluso il 9 giugno 2004 ne regola i rapporti¹⁹⁵. Degno di nota è il richiamo operato da quest'ultimo al rispetto dei diritti fondamentali sanciti dalla Carta dei diritti dell'UE¹⁹⁶. La scelta di prendere come parametro di riferimento la Carta, piuttosto che la CEDU o la Convenzione n. 108, lascia piacevolmente sorpresi, segno di quella tendenza ad attribuirle un valore giuridico vincolante, anche in assenza di un riconoscimento formale.

L'accordo prevede che Eurojust possa chiedere ad Europol di aprire un archivio di analisi, lasciando quest'ultimo libero di dare corso o meno a tale richiesta. Non è ammesso l'accesso diretto di Eurojust agli archivi di Europol e lo stesso limite vale anche in senso inverso. L'accordo dedica un consistente numero di disposizioni alla protezione dei dati personali. Dopo aver previsto che lo scambio deve avvenire nel pieno rispetto della Decisione Eurojust e della Convenzione Europol, sancisce il principio di finalità limitata, stabilendo che il trattamento dei dati deve essere limitato allo scopo espressamente dichiarato per il quale le informazioni vengono trasmesse. Riprendendo la formula contenuta nell'atto del Consiglio sugli archivi di analisi di Europol, l'accordo prevede che il trasferimento dei dati sensibili «shall be limited to

¹⁹⁰ Cfr. art. 27 par. 4 Decisione Eurojust.

¹⁹¹ Cfr. art. 28 regolamento interno.

¹⁹² Art. 27 par. 6 Decisione Eurojust.

¹⁹³ Cfr. *infra* par. III.3 Accordo CE-USA sullo scambio dei dati dei passeggeri (PNR).

¹⁹⁴ Cfr. l'art. 26 Decisione Eurojust. La norma prevede che gli elementi essenziali della cooperazione tra i due organi siano definiti in un accordo, approvato dal Consiglio, previa consultazione dell'autorità di controllo comune per quanto attiene le disposizioni relative alla protezione dei dati. Sui rapporti tra i due organi cfr. BARTHELET, P., CHEVALLIER-GOVERNS, C., *Quelle relation entre Europol et Eurojust? Rapport d'égalité ou rapport d'autorité?*, in *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, juillet-août 2001, pag. 468 e ss.

¹⁹⁵ L'Accordo tra Eurojust ed Europol ha come base giuridica gli artt. 29, 31 e 32 par. 2 lett b) TUE, così come modificati dal Trattato di Nizza.

¹⁹⁶ Cfr. ultimo considerando dell'Accordo tra Eurojust ed Europol.

absolutely necessary cases, and such data only be transmitted in addition to other data»¹⁹⁷. L'informazione inesatta o non aggiornata deve essere corretta dalla Parte che l'ha trasmessa. I dati personali devono essere conservati per un periodo che non può superare quello necessario per gli scopi per i quali sono stati trasmessi. La durata non deve comunque eccedere i tre anni, a meno che la conservazione non si riveli ancora necessaria. In tal caso occorre verificare annualmente la sussistenza di tale presupposto. Europol ed Eurojust assicurano un livello equivalente di riservatezza e sicurezza nel trattamento delle informazioni attraverso il «Memorandum of Understanding» concluso tra il Direttore di Europol e il Presidente del Collegio di Eurojust. Ogni Parte è responsabile per i danni causati dal trattamento non autorizzato o incorretto dei dati. Qualora siano entrambe responsabili, l'accordo utilizza una formula ambigua, prevedendo che «the Parties shall endeavour to find an equitable solution for the compensation of damage suffered»¹⁹⁸. L'interessato si vede riconosciuto il diritto di accesso o di verifica dei propri dati che sono stati oggetto di trasmissione. In tal caso l'accordo si limita a rinviare alle disposizioni contenute nella Decisione o nella Convenzione, a seconda che la Parte richiesta sia Eurojust o Europol.

La conclusione di tale accordo deve essere salutata con favore, anche se la presenza di limiti e precauzioni tende a minare una piena cooperazione tra i due organi. Certamente la mancanza di una disciplina unica per la tutela dei dati personali nel terzo pilastro è stata una delle ragioni di tale cautela. Si ritiene pertanto che questa lacuna debba essere colmata anche in vista della realizzazione di una più ampia sinergia tra Europol ed Eurojust nella lotta contro le più gravi forme di criminalità, in attuazione di quello che la Commissione europea ha chiamato “il principio dell'accesso equivalente”¹⁹⁹.

¹⁹⁷ Art. 8 dell'Accordo tra Eurojust ed Europol.

¹⁹⁸ Art. 14 par. 2 Accordo tra Eurojust ed Europol.

¹⁹⁹ Cfr. Comunicazione della Commissione *Migliorare l'accesso all'informazione da parte delle autorità incaricate del mantenimento dell'ordine pubblico e del rispetto della legge*, COM (2004) 429 del 16 giugno 2004.

II.3: Il Sistema d'Informazione Schengen di prima e di seconda generazione (SIS e SIS II)

La Convenzione d'applicazione Schengen²⁰⁰ nel prevedere lo scambio di informazioni e di dati personali tra le Parti contraenti ha istituito e regolato il Sistema d'Informazione Schengen (SIS). La disciplina ha subito di recente qualche modifica che ha esteso le funzioni di tale sistema, trasformandolo progressivamente da strumento di controllo delle frontiere, a mezzo per investigazioni di polizia.

Il SIS è attualmente formato da una sezione nazionale (N-SIS) presso ciascuno Stato membro e da un'unità di supporto tecnico (C-SIS) con sede a Strasburgo²⁰¹. Tale Sistema «consente alle autorità designate delle Parti contraenti, per mezzo di una procedura d'interrogazione automatica, di disporre di segnalazioni di persone e di oggetti, in occasione di controlli alle frontiere, di verifiche e di altri controlli di polizia e doganali effettuati all'interno del paese (...), nonché (...) ai fini della procedura del rilascio di visti, dei documenti di soggiorno e dell'amministrazione degli stranieri in applicazione delle disposizioni contenute nella presente Convenzione in materia di circolazione delle persone»²⁰². Lo scopo perseguito è quello di «preservare l'ordine pubblico e la sicurezza pubblica, compresa la sicurezza dello Stato e di assicurare l'applicazione, nel territorio delle Parti contraenti, delle disposizioni sulla circolazione delle persone stabilite nella presente Convenzione»²⁰³.

Ogni sezione nazionale è dotata di un archivio di dati collegato solo con l'unità di supporto. La “struttura a stella” garantisce la coincidenza tra le informazioni contenute nell'archivio centrale e quelle presenti nelle sezioni nazionali. Gli Stati possono tuttavia scambiarsi a livello bilaterale o multilaterale informazioni complementari a quelle ricavate nel C-SIS tramite appositi uffici SIRENE, composti da esponenti della polizia, della gendarmeria, delle dogane e dell'apparato giudiziario. L'utilizzo di tali dati è permesso solo per lo scopo per il quale sono stati trasmessi²⁰⁴. Le

²⁰⁰ Cfr. CAP. I par. 2.

²⁰¹ Ciascuno Stato membro è dotato di un Ufficio SIRENE, composto secondo un apposito manuale, in *GUE*, C 38 del 17 febbraio 2003, pag. 1 e ss. La Convenzione d'applicazione Schengen non fa menzione della rete SIRENE. Tale lacuna, come si vedrà fra breve, è colmata dalle previsioni relative al Sistema d'Informazione di seconda generazione (SIS II), cfr. Proposta di regolamento per l'istituzione, il funzionamento e l'utilizzazione del sistema d'informazione Schengen di seconda generazione COM (2005) 230 del 31 maggio 2005 e cfr. proposta di decisione per l'istituzione, il funzionamento e l'utilizzazione del sistema d'informazione Schengen di seconda generazione COM (2005) 236 del 31 maggio 2005.

²⁰² Art. 92 Convenzione d'applicazione Schengen

²⁰³ Art. 93 Convenzione d'applicazione Schengen. Rispetto ad Europol, il cui obiettivo è garantire la sicurezza e la libertà delle persone dalle forme più pericolose di aggressione criminale, la cooperazione Schengen è diretta a compensare il deficit di sicurezza derivante dall'abolizione dei controlli alle frontiere esterne.

²⁰⁴ Cfr. art. 92 par. 4 così come inserito dal regolamento 871/2004 del Consiglio del 29 aprile 2004 relativo all'introduzione di alcune nuove funzioni del sistema d'informazione Schengen, compresa la lotta contro il terrorismo, in *GUE*, L 162, pag. 29 e ss. e dalla decisione 2005/211/GAI del Consiglio del 24

informazioni possono riguardare specifiche categorie di oggetti (veicoli sottoposti a sorveglianza discreta o controllo specifico e oggetti ricercati a scopo di sequestro o di prova in un procedimento penale) e di soggetti. In tal caso si tratta di: persone ricercate per l'arresto ai fini dell'extradizione²⁰⁵, stranieri segnalati ai fini della non ammissione perché rappresentano una minaccia per l'ordine e la sicurezza pubblica o per la sicurezza nazionale²⁰⁶, persone scomparse o che devono essere sottoposte a protezione per garantire loro una tutela o per prevenire minacce ad altri o alla collettività²⁰⁷, testimoni, imputati, persone alle quali deve essere notificata una sentenza penale o una richiesta di presentarsi per subire una pena privativa della libertà²⁰⁸, ed infine persone nei cui confronti esistono indizi concreti che facciano supporre che commetteranno fatti punibili di estrema gravità oppure che potranno in essere altre minacce gravi per la sicurezza interna ed esterna dello Stato²⁰⁹.

La Convenzione d'applicazione si preoccupa di elencare in maniera esaustiva anche i dati che possono essere inseriti negli archivi, facendo espresso divieto di introdurre i dati sensibili. La possibilità di far figurare i «segni fisici particolari, oggettivi ed inalterabili» delle persone sopra elencate desta pertanto qualche perplessità, essendo questi ultimi potenzialmente suscettibili di rivelare l'origine etnica o razziale della persona oppure le sue convinzioni religiose²¹⁰.

L'inserimento degli «alias» crea qualche difficoltà. La segnalazione di persone la cui identità è stata usurpata pone infatti seri problemi giuridici e pratici. Il SIS può infatti contenere dati riguardanti l'identità di una persona che non corrisponde né di diritto né di fatto ad uno dei soggetti rientranti nell'ambito di applicazione della Convenzione. Tale previsione contrasta dunque con i principi di pertinenza e di esattezza dei dati che vengono espressamente sanciti dalla stessa Convenzione²¹¹. Come si vedrà tra breve, il SIS di seconda generazione (SIS II) cerca di intervenire su tale problema mediante l'utilizzo dei dati biometrici²¹².

febbraio 2005 relativa all'introduzione di alcune nuove funzioni del sistema d'informazione Schengen, compresa la lotta contro il terrorismo, in *GUE*, L 68, pag. 44 e ss. Prima di tale modifica gli Uffici SIRENE non trovavano un'espressa disciplina nella Convenzione d'applicazione Schengen.

²⁰⁵ Cfr. art. 95 Convenzione d'applicazione Schengen.

²⁰⁶ Cfr. art. 96 Convenzione d'applicazione Schengen. I contorni vaghi dell'espressione utilizzata lasciano spazio ad interpretazioni differenti nei vari paesi contraenti. Vi è pertanto il rischio che i dati dei richiedenti asilo, sebbene non possano essere contenuti nel SIS, rientrino in tale sistema attraverso un'interpretazione ampia della categoria "stranieri indesiderabili", segnati ai fini della non ammissione. Sul punto cfr. VAN OUTRE, L., *La collaboration policière en Europe: de Schengen à Maastricht*, in NASCIMBENE, B., *Da Schengen a Maastricht*, 1995, pag. 76 e ss., BONTEMPI, R., *Gli Accordi di Schengen*, in NASCIMBENE, B., *Da Schengen a Maastricht*, 1995, pag. 45 e ss.

²⁰⁷ Cfr. art. 97 Convenzione d'applicazione Schengen.

²⁰⁸ Cfr. art. 98 Convenzione d'applicazione Schengen.

²⁰⁹ Cfr. art. 99 Convenzione d'applicazione Schengen.

²¹⁰ Cfr. supra II.1. Cfr. anche ROSSI, L. S., *op. cit.*, pag. 18; cfr. PALLARO, P., *op. cit.*, pag. 286 e ss.

²¹¹ Cfr. art. 105 Convenzione d'applicazione Schengen.

²¹² Cfr. *infra*.

In seguito alla decisione 2005/211/GAI²¹³ l'accesso ai dati ed il diritto di consultarli direttamente non è più riservato solamente alle autorità competenti in materia di controlli alle frontiere e altri controlli di polizia e doganali, alle autorità centrali competenti per il rilascio dei visti, per l'esame delle domande di visti, per il rilascio dei documenti di soggiorno e per l'amministrazione degli stranieri appositamente indicate da ogni Stato membro, ma è esteso anche alle autorità giudiziarie nazionali, nell'assolvimento dei propri compiti e conformemente alla legislazione nazionale, ad Europol e ai membri di Eurojust, limitatamente ai dati necessari all'adempimento dei rispettivi compiti. L'ampliamento dei soggetti autorizzati trova una giustificazione nella necessità di garantire una maggiore sicurezza ai cittadini anche in vista di una più efficace lotta al terrorismo. L'aspetto sicurezza anche in questo caso sembra prevalere su ogni altra esigenza. Non bisogna infatti dimenticare che l'accesso al SIS da parte delle nuove autorità è consentito per ragioni differenti da quelle per le quali i dati sono raccolti, con conseguente rischio di violazione del principio di finalità²¹⁴. La Convenzione Schengen cerca tuttavia di prevedere alcune garanzie, stabilendo per esempio che l'accesso e la consultazione dei dati contenuti nel SIS da parte di Europol sono monitorati dall'autorità di controllo comune, oppure affermando per Eurojust che tale previsione «non pregiudica in alcun modo le disposizioni della decisione del Consiglio che istituisce l'Eurojust attinenti alla protezione dei dati e alla responsabilità per eventuali trattamenti non autorizzati e scorretti di tali dati (...), e neppure le competenze dell'autorità di controllo comune»²¹⁵. In entrambi i casi le garanzie offerte non sembrano sufficienti dal momento che non è stato fatto alcun richiamo ai principi di finalità limitata e di proporzionalità. Questi ultimi devono invece trovare soddisfazione in caso di accesso a banche dati istituite in base ad un quadro giuridico diverso e con scopi differenti.

Gli altri aspetti critici riguardanti la tipologia di dati ammessi alla raccolta sono già stati affrontati nel primo capitolo al quale si rinvia per le relative considerazioni.

Occorre invece esaminare le disposizioni della Convenzione relative alla protezione dei dati nel SIS. A tale riguardo è opportuno innanzitutto segnalare che l'uso del Sistema da parte degli Stati contraenti è subordinato all'adozione di norme nazionali in grado di fornire alle persone interessate un livello di protezione dei dati personali almeno uguale a quello derivante dalla Convenzione n. 108 e dalla Raccomandazione

²¹³ L'art. 101 bis par. 6 Convenzione d'applicazione Schengen, così come inserito dalla decisione 2005/211/GAI del Consiglio del 24 febbraio 2005 relativa all'introduzione di alcune nuove funzioni del sistema d'informazione Schengen, compresa la lotta contro il terrorismo, in *GUE*, L 68, pag. 44 e ss.

²¹⁴ Una posizione critica su tale estensione è stata espressa dal Parlamento europeo nella Risoluzione del 9 marzo 2004 sulla prima relazione sull'applicazione della direttiva sulla tutela dei dati.

²¹⁵ Art. 101 ter Convenzione d'applicazione Schengen, così come inserito dalla decisione 2005/211/GAI del Consiglio del 24 febbraio 2005 relativa all'introduzione di alcune nuove funzioni del sistema d'informazione Schengen, compresa la lotta contro il terrorismo, in *GUE*, L 68, pag. 44 e ss.

(87) 15. Il richiamo di tali documenti ne conferma il ruolo di parametri di riferimento per la protezione dei dati nei settori rientranti nel terzo pilastro.

Il principio di finalità limitata può subire, secondo la Convenzione Schengen, delle deroghe, purché queste siano giustificate dalla «necessità di prevenire una minaccia grave imminente per l'ordine pubblico e la sicurezza pubblica, per gravi ragioni di sicurezza dello Stato o ai fini della prevenzione di un fatto punibile grave»²¹⁶. La durata di conservazione delle informazioni varia a seconda delle categorie dei soggetti interessati. I dati personali inseriti nel SIS ai fini della ricerca di persone sono infatti conservati solo per il periodo necessario al raggiungimento degli scopi per i quali sono stati immessi²¹⁷, mentre gli altri dati vengono mantenuti per dieci anni al massimo²¹⁸. Si ritiene che tale differenziazione non abbia alcun fondamento giuridico plausibile. Sarebbe pertanto auspicabile un intervento del legislatore nazionale volto a porre fine a tale disparità²¹⁹.

Il principio di legalità è garantito dalla previsione secondo la quale lo Stato che ha effettuato la segnalazione è responsabile dell'esattezza, dell'attualità e della liceità dell'inserimento dei dati nel SIS²²⁰ ed è l'unico autorizzato a modificare, completare, rettificare o cancellare i dati che ha introdotto²²¹. Occorre sottolineare che il legislatore convenzionale non ha recepito pienamente quanto sancito dalla Convenzione n. 108 in materia di qualità dei dati, dal momento che manca un riferimento esplicito alla necessità che i dati personali siano adeguati ed ottenuti lealmente e legalmente.

Ogni Parte contraente ha l'obbligo di designare un'Autorità di controllo indipendente con il compito di sovrintendere ai trattamenti svolti dalla propria sezione nazionale del SIS e con la funzione di decidere se e in base a quali modalità concedere all'interessato l'accesso ai propri dati personali²²².

La Convenzione Schengen riconosce alla persona interessata una serie di diritti, primo fra tutti quello di scegliere in quale Stato contraente presentare la domanda d'accesso ai propri dati personali²²³. Numerosi sono tuttavia gli ostacoli che il soggetto

²¹⁶ Art. 102 par. 3 Convenzione Schengen.

²¹⁷ Analoga previsione è contenuta nell'art. 112 bis in relazione ai dati personali archiviati dagli uffici SIRENE. La norma sancisce inoltre l'obbligo di distruzione entro un anno dalla cancellazione di tali segnalazioni dal SIS. L'art. 112 Convenzione d'applicazione Schengen prevede inoltre una verifica dopo tre anni relativa alla necessità di conservare i dati. Il termine è ridotto ad un anno nel caso di persone segnalate ai fini di una sorveglianza discreta o di un controllo specifico.

²¹⁸ Gli anni si riducono a cinque anni per i dati relativi ai documenti d'identità rilasciati ed alle banconote registrate e a tre per quelli riguardanti i veicoli a motore, i rimorchi e le roulotte

²¹⁹ Cfr. *infra* la soluzione adottata per il SIS II.

²²⁰ Cfr. art. 105 Convenzione d'applicazione Schengen.

²²¹ Cfr. art. 106 Convenzione d'applicazione Schengen.

²²² Art. 109 Convenzione d'applicazione Schengen.

²²³ La scelta cadrà sulla Parte che offre le maggiori garanzie. Vi sono ordinamenti che prevedono il diritto di accesso diretto ed altri il diritto di accesso indiretto. Nel primo caso la persona sottopone la propria domanda direttamente all'autorità competente per la gestione dei dati. Nel secondo caso, invece, essa è rivolta all'autorità nazionale di protezione dei dati. La medesima soluzione è stata adottata dalla Convenzione Europol e dalla Decisione Eurojust; cfr. supra II.1 e II.2.

in concreto deve superare per vedere soddisfatto il proprio diritto²²⁴. L'accesso può essergli rifiutato in ipotesi circoscritte, quando la comunicazione dell'informazione può nuocere all'esecuzione dell'attività legale indicata nella segnalazione o alla tutela dei diritti e delle libertà altrui. La domanda è in ogni caso respinta durante il periodo di segnalazione a fini di sorveglianza discreta. Nessuna norma tuttavia prevede l'obbligo di motivazione per il negato accesso ai dati. Una tale mancanza rappresenta certamente un elemento di debolezza della Convenzione. Quest'ultima riconosce all'interessato i diritti di rettifica, di cancellazione, di informazione e di risarcimento²²⁵, che possono essere fatti valere dinanzi all'autorità giudiziaria o altra autorità competente nel territorio di ciascuna Parte contraente. La Convenzione si limita ad un mero richiamo di tali diritti rinviando per le opportune specificazioni alle legislazioni nazionali. Una tale tecnica legislativa, seppur scarna, non risulta in contrasto con i principi sanciti dalla Convenzione n. 108.

A differenza della Convenzione Europol e della Decisione Eurojust, la Convenzione Schengen non prevede una disciplina volta a regolare il trasferimento dei dati contenuti nel SIS a Paesi o organismi terzi. L'unico riferimento a tale eventualità è contenuto nelle disposizioni che permettono ad Europol e a Eurojust di accedere e consultare direttamente il Sistema²²⁶. I due organi possono comunicare a Paesi ed organismi terzi le informazioni ottenute solo previo consenso dello Stato membro che ha effettuato la segnalazione²²⁷. Una tale garanzia non appare sufficiente. Sarebbe stato auspicabile almeno un richiamo alle previsioni contenute nella Convenzione Europol su tale aspetto²²⁸, soluzione in parte accolta per quanto riguarda Eurojust²²⁹. Il trasferimento di informazioni a Paesi terzi rischia infatti di violare i principi fondamentali se non viene accompagnato da adeguate garanzie di protezione dei dati personali.

È prevista infine l'istituzione di un'Autorità comune incaricata di esercitare il controllo sull'unità centrale di supporto tecnico²³⁰, conformemente alle disposizioni della Convenzione Schengen, della Convenzione n. 108, della legge nazionale francese e nel rispetto della Raccomandazione (87) 15. Nello svolgimento delle proprie funzioni, l'Autorità comune di controllo può adottare raccomandazioni o pareri il cui valore non viene tuttavia specificato dalla Convenzione. Tale carenza rappresenta una debolezza del Sistema²³¹, che dovrebbe in qualche modo essere colmata.

²²⁴ Sul punto cfr. COLVIN, M., *The Schengen Information System: A Human Rights Audit*, in *European Human Rights Law Review*, 2001, pag. 276 e ss.

²²⁵ Artt. 110, 111, 116 Convenzione d'applicazione Schengen.

²²⁶ Cfr. *supra*.

²²⁷ Cfr. artt. 101 bis par. 4 e 101 ter par. 3 Convenzione d'applicazione Schengen.

²²⁸ Cfr. *supra* II.1. Cfr. infra le previsioni del SIS II.

²²⁹ Cfr. art. 101 ter par. 4 Convenzione d'applicazione Schengen.

²³⁰ Cfr. art. 115 Convenzione d'applicazione Schengen.

²³¹ Cfr. COLVIN, M., *op. cit.*, pag. 277. Cfr. *contra*, PALLARO, P., *op. cit.*, pag. 292.

L'incorporazione nei Trattati dell'*acquis* di Schengen²³² non ha portato all'individuazione di una base giuridica specifica per il Sistema d'informazione Schengen. Quest'ultimo è stato quindi ricondotto alla disciplina del terzo pilastro²³³. Una delle conseguenze di tale scelta legislativa è stata la mancata coincidenza tra l'Autorità di controllo comune Schengen ed il Garante europeo per la protezione dei dati personali, istituito dal Regolamento 45/2001 con la funzione di controllare il rispetto dei dati personali da parte delle istituzioni comunitarie nelle materie del primo pilastro²³⁴. La proposta di decisione della Commissione europea sull'istituzione del Sistema d'informazione Schengen di seconda generazione (SIS II) ha completamente modificato tale situazione²³⁵. In essa si stabilisce infatti che, per una protezione dei dati coerente ed uniforme, il trattamento delle informazioni da parte della Commissione europea, subentrante alla Francia nella gestione operativa del C-SIS²³⁶, sia sottoposto al controllo del Garante europeo. L'Autorità comune di controllo Schengen cessa dunque di esistere ed i suoi compiti vengono attribuiti, in parte, alle autorità di controllo di Europol e di Eurojust ed, in parte, al Garante europeo²³⁷. A quest'ultimo viene dunque riconosciuta una competenza anche nelle materie rientranti nel terzo pilastro. Tale soluzione appare in linea con quell'idea di abbattimento delle distinzioni tra pilastri che è alla base del Trattato-Costituzione.

La proposta di decisione sopra richiamata merita di essere esaminata anche con riferimento ad altri aspetti legati allo sviluppo del Sistema d'informazione Schengen. Per un'analisi esaustiva della materia è opportuno prendere in considerazione anche la

²³² Cfr. CAP. I par. IV.

²³³ Tale soluzione è stata oggetto di critiche risulta, cfr. CORRADO, L., *L'intégration de Schengen dans l'Union européenne : problèmes et perspectives*, in *Revue du Marché Commun et de l'Union européenne*, 1999, pag. 346; cfr. WAGNER, E., *The integration of Schengen into the framework of the European Union*, in *Legal Issues of European Integration*, 1998/2, pag. 16 e ss.; cfr. PEERS, S., *The SIS II proposals. Statewatch Analysis*, in www.statewatch.org, june 2005.

²³⁴ La presenza di più autorità comuni di controllo nei settori riguardanti il terzo pilastro ha condotto pertanto il Parlamento europeo ad auspicare la creazione di un'unica autorità per la tutela dei dati nel terzo pilastro volta ad associare le autorità nazionali ed europee presso Europol, Eurojust, SIS, ed avente il compito di verificare il rispetto delle norme di protezione da parte delle istituzioni europee nonché di assisterle nell'attività legislativa; cfr. Risoluzione del Parlamento europeo sui progressi compiuti nel 2004 in sede di creazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia (SLSG) (articoli 2 e 39 del trattato UE), approvata l'8 giugno 2005, punto 34; cfr. anche Raccomandazione del Parlamento europeo del 14 ottobre 2004 destinata al Consiglio e al Consiglio europeo sul futuro dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia nonché sulla condizioni per rafforzarne la legittimità e l'efficacia, punto 1 lett. c).

²³⁵ Cfr. Proposta di decisione per l'istituzione, il funzionamento e l'utilizzazione del sistema d'informazione Schengen di seconda generazione COM (2005) 236 del 31 maggio 2005, in http://europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUriServ/site/it/com/2005/com2005_236fr01.pdf. La base giuridica è individuata nell'art. 30 par. 1 lett.a) e b) TUE, nell'art. 31 lett. a e b) TUE e nell'art. 34 par. 2 lett. c) TUE.

²³⁶ Il Parlamento europeo si è invece espresso a favore della gestione del SIS II da parte di un organo separato, interamente finanziato dal bilancio comunitario e soggetto suo controllo, cfr. Risoluzione del Parlamento europeo del 20 settembre 2001 sull'attraversamento delle frontiere esterne e lo sviluppo della cooperazione Schengen.; nella raccomandazione del 20 novembre 2003, il Parlamento europeo si riferisce ad un'agenzia europea diretta da un consiglio d'amministrazione composto dai rappresentanti delle istituzioni europee e degli Stati membri e soggetta al controllo del Parlamento europeo. Tale soluzione è ancora oggetto di dibattito in seno al Consiglio.

²³⁷ La proposta è attualmente sottoposta ad un parere della Autorità comune di controllo Schengen.

proposta di regolamento presentato dalla Commissione allo scopo di disciplinare il trattamento dei dati nel SIS II in relazione alle politiche dei visti e dell'immigrazione²³⁸. Le previsioni contenute in tali proposte sono volte a sostituire gli articoli della Convenzione d'applicazione Schengen riguardanti il SIS e le successive modifiche.

L'idea di un sistema d'informazione di seconda generazione nasce in primo luogo da esigenze tecniche legate alla necessità di permettere al Sistema di funzionare efficacemente anche in un'Unione allargata²³⁹. Ad esse si aggiungono motivazioni strettamente connesse al potenziamento della cooperazione giudiziaria penale e di polizia tramite Eurojust ed Europol. Le informazioni contenute nel SIS sono infatti considerate una preziosa risorsa nella lotta alla criminalità e al terrorismo. La finalità perseguita dal SIS II è dunque quella di permettere alle autorità competenti degli Stati membri di cooperare tra loro scambiandosi informazioni per il controllo su persone ed oggetti²⁴⁰.

Le proposte di regolamento e di decisione sopra richiamate individuano i soggetti che possono essere segnalati nel SIS II. Si tratta degli stranieri che rappresentano una minaccia grave per l'ordine o la sicurezza pubblica²⁴¹, in quanto condannati per uno dei reati previsti dall'art. 2 par. 2 della decisione-quadro sul mandato d'arresto europeo²⁴² o sottoposti ad una misura restrittiva che impedisce loro di entrare o transitare sul territorio di uno Stato membro, oppure degli stranieri cui è impedito rientrare nel territorio comunitario in base ad una decisione presa conformemente «a la directive 2005/XX/CE (relative au retour)»²⁴³. Il rinvio ad un atto comunitario non ancora adottato desta qualche perplessità e rischia di minare il carattere esaustivo della lista delle persone individuate dalla proposta di regolamento²⁴⁴. A bilanciamento di tale situazione è stata introdotta la garanzia secondo la quale in caso di

²³⁸ Cfr. Proposta di regolamento per l'istituzione, il funzionamento e l'utilizzazione del sistema d'informazione Schengen di seconda generazione COM (2005) 230 del 31 maggio 2005, http://europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUriServ/site/it/com/2005/com2005_230fr01.pdf. La base giuridica è stata individuata negli artt. 62 par. 2 lett. a) e 66 TCE. Il SIS II viene considerato come un sistema d'informazione unico, dotato di una doppia base giuridica. Questa circostanza rende l'organizzazione del sistema più complessa.

²³⁹ L'attuale banca dati centrale è in grado di contenere le informazioni di al massimo diciotto Stati membri. L'attivazione del SIS II, inizialmente prevista per il marzo 2007, ha incontrato difficoltà tecniche e organizzative. Per far fronte a tali problemi, la Presidenza portoghese ha proposto una soluzione transitoria volta ad aggiornare l'attuale versione del SIS, in modo da permetterne l'accesso ai dieci Stati che sono entrati a far parte dell'UE nel 2004. Il c.d. SISone4all assicurerà l'operatività del sistema per il tempo necessario all'attivazione del SIS II prevista per metà dicembre 2008, dopo la valutazione dei controlli dei confini operati via mare e via terra dai nuovi Stati membri.

²⁴⁰ Art. 1 della proposta di regolamento e della proposta di decisione. La norma richiamata prosegue «le SIS II contribue à la préservation d'un niveau élevé de sécurité dans un espace sans contrôles aux frontières intérieures entre les États membres», confermando cioè il carattere di misura compensativa.

²⁴¹ La proposta di regolamento elimina il riferimento alla sicurezza nazionale, ampliando in tal modo il raggio d'azione.

²⁴² Decisione-quadro 2002/584/GAI del Consiglio relativa al mandato d'arresto europeo, in *GUE*, L 190, del 18 luglio 2002, pag. 1, cfr. Cap. III par. II. 1.

²⁴³ Art. 15 della proposta di regolamento.

²⁴⁴ Sul punto, cfr. PEERS, S., *op. cit.*, pag. 13.

segnalazione decisa da un'autorità amministrativa, lo straniero ha il diritto di rivolgersi ad un'autorità giudiziaria per chiedere il riesame o presentare ricorso. Occorre tuttavia evidenziare che non sono previste ulteriori specificazioni, come l'eventuale effetto sospensivo dell'appello o il diritto di essere assistito da un legale. La proposta di regolamento introduce però un'ulteriore tutela dell'interessato stabilendo che ogni segnalazione deve avvenire in conformità della Convenzione di Schengen e senza pregiudizio delle disposizioni contenute in direttive appositamente elencate suscettibili di essere più favorevoli per gli stranieri²⁴⁵.

Nel SIS II sono segnalate anche le persone ricercate ai fini della consegna in applicazione di un mandato d'arresto europeo. Tale novità è la conseguenza della introduzione di una procedura semplificata di consegna della persona accusata di un reato o condannata per averlo commesso²⁴⁶. Le proposte di regolamento e di decisione hanno ampliato anche le categorie di oggetti segnalati. Vi rientrano le navi, gli aerei, i containers, i titoli di soggiorno, i documenti di viaggio, i certificati d'immatricolazione, le targhe d'immatricolazione dei veicoli, gli assegni, le carte di credito, le azioni e le obbligazioni.

Le due proposte ampliano anche il numero dei soggetti che possono avere accesso alle segnalazioni contenute nel SIS II. Risultano comprese le autorità competenti in materia di immigrazione ed quelle competenti in materia di asilo²⁴⁷. La presenza di queste ultime solleva qualche dubbio. Secondo il Regolamento Dublino sulla determinazione dello Stato membro responsabile dell'esame di una domanda di asilo²⁴⁸, la decisione di negare lo status di rifugiato è adottata dalle autorità nazionali competenti sulla base di una dettagliata analisi di informazioni e di prove. La mera segnalazione nel SIS II risulta invece «manifestly insufficient to this end particulary

²⁴⁵ Si tratta della direttiva 2003/86/CE sul raggruppamento familiare, della direttiva 2003/109/CE sullo status degli stranieri sedenti di lunga durata, della direttiva 2004/81/CE sul titolo di soggiorno rilasciato agli stranieri che sono stati vittime di una tratta di esseri umani o di immigrazione clandestina e che cooperano con le autorità competenti, della direttiva 2004/83/CE sulle norme minime relative alle condizioni che devono essere soddisfatte dagli stranieri o dagli apolidi per poter beneficiare dello status di rifugiato o di persona che per altre ragioni hanno bisogno di protezione internazionale, della direttiva 2004/114/CE sulle condizioni di ingresso degli stranieri a scopo di studio, scambio di studenti, formazione non remunerata o volontariato e infine della futura direttiva relativa alla procedura di ammissione specifica per gli stranieri ai fini della ricerca scientifica.

²⁴⁶ Cfr. Cap. III par. II.1.

²⁴⁷ Si tratta delle autorità incaricate dell'attuazione del regolamento 343/2003 che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato responsabile dell'esame della domanda di asilo e di quelle incaricate dell'attuazione della direttiva 2004/83/CE e della direttiva 2005/XX/CE riguardanti le norme minime applicabili alla concessione o al ritiro dello status di rifugiato. La loro presenza si iscrive, secondo la Commissione europea, nell'ambito della lotta contro l'immigrazione clandestina ed in particolare di rientro degli stranieri che soggiornano illegalmente in uno Stato membro, nonché nella prospettiva di attuazione dell'acquis di Schengen in materia di asilo. Cfr. Motivazioni della Commissione che accompagnano la presentazione della proposta di regolamento.

²⁴⁸ Cfr. Regolamento n. 343/2003 del 18 febbraio 2003 che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro responsabile dell'esame di una domanda d'asilo presentata da un cittadino di un Paese terzo in uno degli Stati membri, in *GUE*, L 50 del 25 febbraio 2003, pag. 1 e ss.

since this provision appears to set out non-exhaustive grounds for listing persons»²⁴⁹. Viene infine confermata la possibilità per Europol ed Eurojust di accedere al SIS II, ma limitatamente ai dati necessari per l'adempimento dei rispettivi compiti e conformemente alla Convenzione Europol e alla Decisione Eurojus²⁵⁰t. Tale precisazione sembra soddisfare i principi di finalità limitata e di proporzionalità.

Nel SIS II vengono introdotte nuove categorie di dati (fotografie e impronte digitali) allo scopo di identificare le persone con un margine di errore minimo²⁵¹. La presenza di tali informazioni oltre ad indebolire il divieto di trattamento dei dati sensibili sancito dalla Convenzione n. 108, rischia di trasformare il SIS II in un doppione del Sistema d'informazione Europol²⁵², con conseguente modificazione delle finalità originariamente perseguite. Si assiste infatti alla silenziosa trasformazione del SIS, da misura compensativa, nata per permettere la libera circolazione delle persone, a strumento investigativo²⁵³.

L'utilizzo dei dati biometrici si inquadra in una politica più generale volta al controllo di tutti gli individui, cittadini europei e stranieri, che sarà oggetto dei prossimi paragrafi. In questa sede ci si limita a sottolineare che i dati biometrici possono rappresentare un valido strumento per risolvere situazioni di confusione tra una persona segnalata e una persona la cui identità è stata usurpata. L'introduzione delle impronte digitali di quest'ultima può avvenire solo previo consenso esplicito e unicamente allo scopo di permettere alle autorità competenti di distinguere le due persone o permettere all'interessato di provare la propria identità²⁵⁴, riducendo i casi di errore²⁵⁵.

Il SIS II permette di creare legami tra i dati in esso contenuti²⁵⁶. Tale previsione rappresenta un ulteriore indice del "carattere investigativo" che il nuovo sistema d'informazione sta assumendo. Se da un lato la possibilità di collegare informazioni può risultare utile ai fini di una più efficace lotta alla criminalità e al terrorismo, dall'altro, rischia di creare discutibili equazioni²⁵⁷. L'esigenza di impedire che attraverso tali collegamenti le informazioni presenti nel sistema possano essere utilizzate per scopi diversi da quelli per cui sono state raccolte ha spinto il legislatore comunitario a

²⁴⁹ PEERS, S., *op. cit.*, pag. 15.

²⁵⁰ Il Garante europeo per la protezione dei dati aveva suggerito di limitare l'accesso di Europol ed Eurojust ai dati riguardanti le persone i cui nominativi figurano già nelle loro banche dati. Cfr. Parere del Garante europeo del 19 ottobre 2005, in http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/workinggroup/wpdocs/2005_en.htm

²⁵¹ Cfr. art. 39 proposta di decisione.

²⁵² Cfr. *supra* II.1.

²⁵³ Cfr. Relazione di Carlos Coelho del 7 novembre 2003, Commissione per le libertà e i diritti dei cittadini, la giustizia e gli affari interni del PE, recante una proposta di raccomandazione del Parlamento europeo destinata al Consiglio sul Sistema d'informazione Schengen di seconda generazione (SIS II), in www.europarl.eu.int.

²⁵⁴ Cfr. art. 25 proposta di regolamento.

²⁵⁵ Cfr. PEERS, S., *op. cit.*, pag. 14.

²⁵⁶ Cfr. art. 39 par. 1 lett. m) proposta di decisione.

²⁵⁷ Cfr. HAYES, B., *SIS II: fait accompli? Construction of EU's Big Brother data base underway*, in www.statewatch.org/news/2005/may/sisII-analysis-may05.pdf.

prevedere che «les autorités ne disposant pas d'un droit d'accès à certaines catégories de signalement n'ont pas accès aux liens menant à ces catégories»²⁵⁸. Si è in tal modo assicurato il rispetto dei principi di proporzionalità e di finalità limitata.

Le proposte di regolamento e di decisione individuano nello Stato che ha effettuato la segnalazione il responsabile del trattamento dei dati. In caso di contrasto tra due Stati sull'esattezza di una segnalazione, la veste di mediatore non viene più attribuita all'autorità comune di controllo, ma al Garante europeo per la protezione dei dati²⁵⁹.

Si segnala altresì un generale aumento della durata di conservazione dei dati²⁶⁰, privo tuttavia di una giustificazione plausibile. La Commissione europea non ha infatti provveduto ad esplicitare le regioni che sono alla base di un tale cambiamento.

Entrambe le proposte dedicano alla protezione dei dati un'apposita disciplina. A tale riguardo, la proposta di decisione richiama espressamente i principi contenuti nella Convenzione n. 108, mentre la proposta di regolamento è priva di un rinvio alle disposizioni della Direttiva 95/46/CE.

È da accogliere con favore l'introduzione del diritto d'informazione della persona interessata. La proposta di regolamento dispone che «toute personne au sujet de la quelle des données doivent être traitées dans le SIS II aux fins de non-admission est informée de l'identité du responsable du traitement (...), des finalités du traitement (...), des destinataires potentiels (...), du motif justifiant l'introductions du signalement dans le SIS II, de l'existence d'un droit d'accès aux données à caractère personnel la concernant et d'un droit de rectification de ces données»²⁶¹. Manca tuttavia l'obbligo di informare l'interessato della possibilità di ricorrere all'autorità garante nazionale o europea, e di chiedere la cancellazione dei dati errati. È stato giustamente osservato che «it is not clear when the obligations set out in artiche 28 have to be carried out, in the absence on an express obligation to inform individuals as soon as an alert concernine them is entered into the SIS II or used to take a decision»²⁶².

Nella proposta di decisione è previsto un analogo diritto di informazione. In questo caso però è lo stesso interessato che deve farne domanda. La comunicazione delle informazioni può essere rifiutata «si elle peut nuire à l'exécution d'une tâche légale se rapportant aux données introduites sans le SISI II ou à la protection des droits et libertés de la personne concernée ou de tiers. Elle est refusées dans tous les cas

²⁵⁸ Art. 46 par. 3 proposta di decisione.

²⁵⁹ Cfr. *supra*.

²⁶⁰ Per le segnalazioni di persone ai fini della non ammissione si passa dai 3 ai 5 anni, per quelle ai fini di protezione, prevenzione delle minacce o ricerca si arriva a 10 anni, mentre per quelle ai fini della sorveglianza discreta o controllo specifico si raggiungono i 3 anni. Per gli oggetti la durata è aumentata è di 10 anni. Si ammette inoltre la possibilità per lo Stato che ha effettuato la segnalazione di continuare a conservare i dati se li ritiene necessari al raggiungimento delle finalità che ne hanno giustificato l'inserimento nel SIS II.

²⁶¹ Art. 28 proposta di regolamento.

²⁶² PEERS, S., *op. cit.*, pag. 8.

pendant toute la durée de validité du signalement aux fins de surveillance discrète»²⁶³. I diritti di accesso, di rettifica e di cancellazione vengono esercitati dall'interessato senza il filtro dell'autorità nazionale di controllo ed entro un limite di tempo prefissato (sessanta giorni al massimo per la comunicazione dei dati personali e sei mesi per la procedura di rettifica e cancellazione).

Nella proposta di regolamento non viene più richiamata la possibilità di rifiutare la comunicazione dei dati quando può nuocere all'esecuzione dell'attività legale indicata nella segnalazione o ai fini della tutela dei diritti e delle libertà altrui. Una tale previsione viene invece mantenuta nella proposta di decisione.

Viene altresì confermato il diritto dell'interessato di presentare ricorso alle giurisdizioni dello Stato in cui si trova. Un'attenta dottrina ha evidenziato che «it would have been preferable to delete the territorial limitation placet on access to court, since obviously many persons with complaints about use of SIS II immigration data not be on the territory of a Member State (...); so the requirement to be on the territory to access the courts is simply absurd»²⁶⁴. Il richiamo al limite territoriale contrasta inoltre con quanto sancito dalla Direttiva 95/46/CE, che invece deve trovare applicazione.

Il trasferimento dei dati personali a Paesi o organi terzi non trova nella proposta di regolamento alcuna disciplina. Potranno in tal caso applicarsi le norme contenute nella Direttiva 95/46/CE. La proposta di decisione, invece, prevede un generale divieto di trasferimento dei dati, a meno che non sia stato concluso un accordo con l'Unione europea che garantisca un livello adeguato di protezione dei dati personali e a patto che la trasmissione dei dati sia preceduta dal consenso dello Stato membro che ha introdotto la segnalazione nel SIS II. Un analogo consenso è necessario per la comunicazione a Paesi o organismi terzi delle informazioni ottenute da Europol ed Eurojust tramite l'accesso al SIS II²⁶⁵. La flessibilità invocata da più parti come elemento fondamentale del nuovo SIS II rischia però di comportare «una deriva funzionale»²⁶⁶, dal momento che la fruizione delle segnalazioni viene estesa ad un'ampia gamma di organismi ed enti che potrebbero utilizzare le informazioni del sistema per scopi diversi da quelli inizialmente previsti, con evidente violazione del principio di finalità limitata e di proporzionalità.

²⁶³ Art. 50 proposta di decisione.

²⁶⁴ PEERS, S., *op. cit.*, pag. 9.

²⁶⁵ Il Parlamento europeo nella Raccomandazione del 20 novembre 2003 sul Sistema d'informazione Schengen di seconda generazione aveva suggerito di escludere la possibilità per Europol ed Eurojust di comunicare a Stati o organismi terzi le informazioni cui ha avuto accesso.

²⁶⁶ Autorità Comune di Controllo, *Schengen: quale futuro per il Sistema d'informazione?*, in www.garanteprivacy.it/garante/doc.jsp?ID=1028963

II.4: Il Sistema Eurodac

Eurodac rappresenta il primo Sistema comune di identificazione automatica delle impronte digitali presente nell'Unione europea²⁶⁷. L'utilizzo di tali dati biometrici, normalmente collegato ad aspetti investigativi, viene invece limitato alla politica d'asilo e risponde ad esigenze circoscritte, come quella di facilitare l'applicazione della Convenzione di Dublino del 1990 sulla determinazione dello Stato competente per l'esame di una domanda di asilo²⁶⁸, attualmente sostituita dal Regolamento n. 343/2003²⁶⁹.

Per stabilire quale Stato sia dotato di una tale competenza è necessario procedere ad uno scambio di informazioni sulla domanda e sui dati personali relativi al richiedente²⁷⁰. La determinazione dell'esatta identità di quest'ultimo ha condotto pertanto il legislatore comunitario ad individuare nella raccolta delle impronte digitali lo strumento più affidabile, rapido ed efficace²⁷¹.

Eurodac si compone di un'unità centrale, istituita presso la Commissione e dotata di un sistema informatizzato per il riconoscimento delle impronte digitali. Quest'ultima provvede a registrare nella banca dati centrale le informazioni rilevate e trasmesse dagli Stati membri, per confrontarle con quelle già registrate e procedere senza indugio a comunicare la risposta pertinente o il risultato negativo del confronto allo Stato membro che lo ha richiesto²⁷².

Il regolamento Eurodac subordina le operazioni effettuate dagli Stati membri e dall'unità centrale al rispetto della Direttiva 95/46/CE²⁷³. Occorre pertanto verificare se i principi contenuti in quest'ultima siano pienamente soddisfatti.

Il regolamento si apre con l'espressa indicazione dello scopo perseguito da Eurodac «di concorrere alla determinazione dello Stato membro competente ai sensi

²⁶⁷ Regolamento (CE) n. 2725/2000 del Consiglio dell'11 dicembre 2000 che istituisce l'«Eurodac» per il confronto delle impronte digitali per l'efficace applicazione della convenzione di Dublino, in *GUCE*, L 316 del 15 dicembre 2000, pag. 1 e ss. Ad Eurodac hanno chiesto di partecipare il Regno Unito, l'Irlanda. La Danimarca ha concluso il 10 maggio 2005 un accordo con la Comunità europea.

²⁶⁸ Convenzione di Dublino sulla determinazione dello Stato competente per l'esame di una domanda di asilo presenta in uno degli Stati membri delle Comunità europee, firmata a Dublino il 15 giugno 1990.

²⁶⁹ Cfr. *supra* II.3.

²⁷⁰ L'art. 15 della Convenzione di Dublino prevedeva la possibilità di scambiare i seguenti dati personali: nome, cognome, pseudonimi, luogo e dati di nascita ed altri elementi necessari per l'identificazione del richiedente. In relazione a questi ultimi, si lascia un ampio margine di discrezionalità agli Stati membri, che non è da accogliere con favore. Esso potrebbe portare a comprendere quei «segni fisici particolari oggettivi ed inalterabili previsti dalla Convenzione Schengen; cfr. per una puntuale analisi della protezione dei dati personali nella Convenzione di Dublino PALLARO, P., *op. cit.*, pag. 298 e ss.

²⁷¹ Il ricorso ai documenti d'identità infatti non appariva soddisfacente, in ragione dei numerosi casi di falsificazione e della frequente mancanza di tali documenti dovuta alle difficoltà incontrate dal richiedente asilo al momento di fuggire dal proprio Paese d'origine.

²⁷² Cfr. art. 4 del Regolamento Eurodac.

²⁷³ Occorre specificare che con l'entrata in vigore del regolamento 45/2001, le operazioni svolte dalla Commissione nell'ambito dell'unità centrale di Eurodac sono soggette al rispetto di quest'ultimo.

della Convenzione di Dublino (...) e di facilitare inoltre l'applicazione di tale convenzione»²⁷⁴. Il principio di finalità limitata trova ulteriore conferma nella delimitazione della tipologia delle informazioni registrate nella banca dati centrale²⁷⁵. Desta invece qualche perplessità l'estensione dell'ambito di applicazione del regolamento agli «stranieri fermati in relazione all'attraversamento irregolare della frontiera esterna di uno Stato membro»²⁷⁶ e agli «stranieri illegalmente presenti nel territorio di uno Stato membro»²⁷⁷, in ragione delle possibili interpretazioni difformi che gli Stati membri possono dare di tali categorie di soggetti²⁷⁸. È opportuno tuttavia segnalare che riguardo a queste persone il regolamento introduce apposite garanzie. Esso sancisce infatti che i dati relativi agli stranieri fermati in relazione all'attraversamento irregolare di una frontiera esterna sono registrati «all'unico scopo di confrontarli con i dati riguardanti i richiedenti asilo trasmessi successivamente all'unità centrale»²⁷⁹. Viene inoltre introdotto l'apposito divieto di confrontarli con quelli di uno straniero che in futuro verrà colto a compiere la stessa irregolarità, escludendo in tal modo l'utilizzo di Eurodac a fini investigativi. Riguardo agli stranieri irregolarmente presenti nel territorio di uno Stato membro il legislatore comunitario ha previsto garanzie più penetranti, stabilendo che il rilevamento e la trasmissione delle loro impronte digitali all'unità centrale rappresentano una mera facoltà per lo Stato membro volta esclusivamente al confronto con i dati dei richiedenti asilo già registrati. A differenza degli altri soggetti interessati, inoltre, le impronte digitali dei stranieri che si trovano irregolarmente sul territorio di uno Stato membro non possono essere registrate.

Il principio di finalità limitata trova soddisfazione anche nella delimitazione del periodo di conservazione dei dati. Le informazioni relative ai richiedenti asilo vengono cancellate automaticamente dall'unità centrale trascorsi dieci anni dal loro rilevamento. Il termine appare ragionevole, in quanto gli stranieri che hanno presentato una domanda di asilo in uno Stato membro possono avere la possibilità di chiedere asilo per vari anni

²⁷⁴ Art. 1 del Regolamento Eurodac. Cfr. anche considerando n. 3 dello stesso regolamento.

²⁷⁵ Si tratta per i richiedenti asilo dell'indicazione dello Stato membro d'origine, del luogo e del giorno in cui è stata presentata la domanda di asilo, delle impronte digitali, della data del loro rilevamento, trasmissione e inserimento nella banca dati centrale nonché del sesso dell'interessato e dei «particolari relativi ai destinatari ai quali sono stati trasmessi i dati». Non è chiaro che cosa il legislatore comunitario abbia voluto dire con quest'ultima locuzione. I dati che possono essere raccolti per gli stranieri fermati in relazione all'attraversamento irregolare di una frontiera esterna sono gli stessi di quelli dei richiedenti asilo. Non sono tuttavia compresi nell'elenco i particolari relativi ai destinatari e la data di inserimento dei dati nella banca dati centrale.

²⁷⁶ Cfr. art. 8 Regolamento Eurodac.

²⁷⁷ Cfr. art. 11 Regolamento Eurodac.

²⁷⁸ Cfr. BROUWER, E. R., *Eurodac: Its Limitations and Temptations*, in *European Journal of Migration and Law*, 2002, pag. 236; cfr. *contra* PALLARO, P., *op. cit.*, pag. 314 il quale sottolinea come alla base di tale estensione dell'ambito di applicazione del regolamento vi siano esigenze di un'adeguata applicazione della Convenzione di Dublino. In particolare vengono richiamati gli artt. 6 e 10 della Convenzione di Dublino. Il primo si riferisce al caso in cui il richiedente asilo presenta una domanda ad uno Stato membro dopo aver varcato illegalmente la frontiera di un altro Stato membro. Il secondo obbliga lo Stato membro a riammettere un richiedente asilo che ha formalmente presentato nel proprio territorio una domanda d'asilo, ma che si trovava illegalmente nel territorio di un altro Stato membro.

²⁷⁹ Art. 9 par. 1 Regolamento Eurodac.

in un altro Stato membro²⁸⁰. È possibile procedere alla cancellazione anticipata dei dati quando tali persone siano diventate cittadini di uno Stato membro. Sarebbe stato opportuno estendere tale previsione anche al caso di stranieri riconosciuti ed ammessi come rifugiati, dal momento che l'oggetto della conservazione, ovvero la ricerca dello status di rifugiato, viene meno anche questa circostanza²⁸¹. Il legislatore comunitario ha invece preferito sancire il congelamento dei dati, in attesa di una decisione del Consiglio che deve essere adottata entro cinque anni dall'avvio delle attività di Eurodac²⁸². Analoghe considerazioni valgono anche per le informazioni riguardanti gli stranieri fermati in relazione all'attraversamento irregolare di una frontiera esterna. La cancellazione avviene automaticamente decorsi due anni dal rilevamento delle impronte, salvo che lo Stato membro d'origine non venga a conoscenza del fatto che lo straniero ha ottenuto il permesso di soggiorno oppure ha lasciato il territorio di uno Stato membro o ne ha acquisito la cittadinanza²⁸³. La cancellazione dei dati degli stranieri trovati illegalmente sul territorio di uno Stato membro avviene invece immediatamente dopo il confronto operato dall'unità centrale. Una tale previsione trova giustificazione nella mancata inclusione delle informazioni riguardanti tali soggetti nella banca dati centrale²⁸⁴.

Prima di analizzare le disposizioni dedicate alla protezione dei dati è opportuno sottolineare che il regolamento Eurodac ha subordinato il rilevamento e la trasmissione delle impronte digitali al rispetto della CEDU e della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo²⁸⁵. Tale previsione è da accogliere con favore, anche se il rinvio alla Convenzione delle Nazioni Unite è probabilmente da ricondurre al mancato innalzamento dell'età delle persone interessate dalla raccolta delle impronte digitali (quattordici anni invece di diciotto), che non appare del tutto condivisibile²⁸⁶.

²⁸⁰ Cfr. considerando n. 8 del Regolamento Eurodac.

²⁸¹ Cfr. Risoluzione del Parlamento europeo del 28 novembre 1999; cfr. BROUWER, E. R., *op. cit.*, pag. 246.

²⁸² Cfr. art. 12 Regolamento Eurodac.

²⁸³ Cfr. art. 10 Regolamento Eurodac.

²⁸⁴ Cfr. art. 11 Regolamento Eurodac.

²⁸⁵ Cfr. artt. 4 e 8 del Regolamento Eurodac, riguardanti il rilevamento delle impronte digitali dei richiedenti asilo e degli stranieri fermati in relazione all'attraversamento irregolare di una frontiera esterna. Manca invece un analogo richiamo alla CEDU e alla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo per il rilevamento delle impronte digitali degli stranieri illegalmente presenti in uno Stato membro. Non si ritiene possa essere stata una svista del legislatore. La distinzione tuttavia appare priva di giustificazione.

²⁸⁶ Il Parlamento europeo è intervenuto più volte a richiedere l'innalzamento a 18 anni dell'età dei soggetti interessati, in quanto contrastante con gli strumenti internazionali in vigore. Esso ha altresì denunciato l'utilizzo del termine "straniero", ritenendo che assumesse una connotazione negativa. Ne suggeriva quindi la sostituzione con la locuzione "cittadino di uno Stato terzo", che tuttavia non è stata recepita nella formulazione definitiva del regolamento. Cfr. Risoluzione del PE del 28 novembre 1999 sulla proposta di regolamento del Consiglio relativa alla creazione del Sistema "Eurodac" per il confronto delle impronte digitali dei richiedenti asilo e di alcuni altri stranieri; Cfr. Relazione di Hubert Pirker, Commissione per le libertà e i diritti dei cittadini, la giustizia e gli affari interni del PE, del 1° settembre 2000 sul progetto di regolamento del Consiglio che istituisce l'"Eurodac" per il confronto delle impronte digitali per l'efficace applicazione della Convenzione di Dublino.

Il principio di legalità trova soddisfazione nella previsione secondo la quale lo Stato membro d'origine è tenuto a garantire la legalità del rilevamento, della trasmissione, della registrazione, della conservazione, della rettifica e della cancellazione delle impronte digitali, nonché l'esattezza e attualità dei dati²⁸⁷, mentre la Commissione europea deve garantire la sicurezza dei dati nell'unità centrale.

Ai soggetti interessati vengono riconosciuti diritti e prerogative in linea con quanto previsto dalla Direttiva 95/46/CE. Pur prescindendo dal consenso dello straniero per il rilevamento delle impronte digitali, il regolamento Eurodac attribuisce all'interessato il diritto di essere informato non solo sull'identità del responsabile del trattamento e sulle finalità perseguite, ma anche sui destinatari dei dati, sull'esistenza di un obbligo di rilevare le impronte digitali²⁸⁸ e sull'esistenza di un diritto di accesso e di rettifica. Si tratta di informazioni che la Direttiva prevede solo se e nella misura necessaria ad assicurare la lealtà dei trattamenti. Ad ulteriore garanzia dell'interessato il legislatore comunitario ha stabilito che le informazioni sull'identità del responsabile del trattamento siano comunicate all'atto del rilevamento delle impronte digitali²⁸⁹ o quando i dati sono trasmessi all'unità centrale²⁹⁰. Si tratta di un miglioramento rispetto alla pratica seguita nell'ambito del SIS²⁹¹ e per tale ragione è da accogliere con favore.

Agli interessati viene altresì riconosciuto il diritto di accesso ai propri dati, secondo quanto previsto dall'art. 12 della Direttiva, ed il diritto di chiederne la rettifica o la cancellazione senza eccessivo ritardo. In caso di rifiuto, essi possono proporre ricorso o presentare denuncia all'autorità competente o agli organi giurisdizionali²⁹².

Risultano in linea con le previsioni della Direttiva il diritto di risarcimento del danno da parte dello Stato membro responsabile²⁹³ e l'istituzione di autorità nazionali di controllo con il compito di vigilare sulla legalità del trattamento e della trasmissione dei dati da parte dello Stato membro e di prestare assistenza e consulenza alle persone interessate²⁹⁴. Il controllo sull'attività dell'unità centrale e sulla legalità delle trasmissioni agli Stati membri è svolto dal Garante europeo, che ha sostituito l'Autorità comune di controllo Eurodac e risulta pertanto soggetto alla disciplina contenuta nel Regolamento 45/2001.

La protezione dei dati è ulteriormente garantita dalla predisposizione da parte degli Stati membri di apposite sanzioni in caso di uso dei dati contrario allo scopo di Eurodac.

²⁸⁷ Cfr. art. 13 Regolamento Eurodac.

²⁸⁸ Tale previsione vale solo per i richiedenti asilo.

²⁸⁹ Tale previsione vale per i richiedenti asilo e per gli stranieri fermati all'attraversamento irregolare delle frontiera esterna.

²⁹⁰ Tale previsione si applica agli stranieri che si trovano illegalmente presenti in uno Stato membro.

²⁹¹ Cfr. sul punto BROUWER, E. R., *op. cit.*, pag. 245.

²⁹² Cfr. art. 18 parr. 6 e 11 Regolamento Eurodac.

²⁹³ Cfr. art. 17 Regolamento Eurodac.

²⁹⁴ Cfr. art. 18 par. 9 e 10 e art. 19.

Resta infine da considerare se il possibile trasferimento delle informazioni registrate nella banca dati centrale da parte dell'unità centrale soddisfa le previsioni contenute nella Direttiva 95/46/CE. Il regolamento Eurodac subordina il trasferimento alla specifica autorizzazione contenuta in «un accordo comunitario sui criteri e i meccanismi per determinare lo Stato competente dell'esame di una domanda d'asilo»²⁹⁵. Non viene tuttavia fatta alcuna menzione all'adeguatezza del livello di protezione dei dati garantita dal Paese terzo. Il mancato richiamo di tale garanzia può tuttavia essere colmato dal generale rinvio alle disposizioni della Direttiva contenuto nei considerando n. 15 e 16 del Regolamento in esame.

Nonostante i rilievi critici sopra evidenziati, la disciplina che regola Eurodac appare complessivamente rispettosa dei principi sanciti dalla Direttiva 95/46/CE. La crescente domanda di utilizzazione delle informazioni contenute nella banca dati di Eurodac per scopi investigativi rischia tuttavia di porsi in contrasto con il principio di finalità limitata. Alla base di tale richiesta vi sarebbe l'esigenza di dare una risposta efficace alla lotta contro il terrorismo internazionale. Occorre tuttavia ricordare che per non incorrere in una violazione del principio di finalità l'accesso deve rivelarsi necessario e proporzionato.

Altrettanto preoccupante appare anche la proposta di una sistematica interconnessione delle informazioni contenute nelle varie banche dati istituite nell'ambito dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia²⁹⁶. Se non adeguatamente regolata essa rischia di accrescere il pericolo di utilizzazione delle informazioni per finalità differenti da quelle per le quali sono state raccolte, con conseguente modificazione della natura stessa delle banche dati.

II.5: Il Sistema d'Informazione Visti (VIS)

La tendenza a creare nuove banche dati ha spinto il legislatore comunitario a istituire il Sistema d'Informazione Visti (VIS) per permettere «alle autorità nazionali autorizzate di inserire e aggiornare dati relativi ai visti nonché di consultare tali dati per via elettronica»²⁹⁷. La struttura del VIS rispecchia quella del SIS, essendo basata su un sistema d'informazione centrale (CS-VIS), un'interfaccia nazionale in ciascuno Stato membro (NI-VIS) e un'infrastruttura di comunicazione tra il sistema centrale e le interfacce nazionali. Lo scopo, le funzionalità e le competenze del VIS sono state

²⁹⁵ Art. 15 par. 5 Regolamento Eurodac.

²⁹⁶ Cfr. Nella Council Declaration on the EU response to the London bombing del 13 luglio 2005, par. 4, il Consiglio dell'UE propone una interazione tra SIS II, Eurodac e VIS (Sistema d'informazione Visti). Cfr. anche la Dichiarazione del Consiglio europeo del 25 marzo 2003. Cfr. *infra* CAP. II par. II.5.

²⁹⁷ Art. 1 Decisione 2004/512/CE che istituisce il sistema di informazione visti (VIS) dell'8 giugno 2004, in *GUE*, L 213 del 15 giugno 2004, pag. 5 e ss.

oggetto di una proposta di regolamento della Commissione europea che merita di essere analizzata²⁹⁸. Occorre infatti verificare se i principi contenuti nella Direttiva 95/46/CE e nel Regolamento 45/2001 nonché i diritti sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'UE, espressamente richiamati dalla proposta²⁹⁹, sono effettivamente soddisfatti.

L'obiettivo perseguito dal VIS è quello di contribuire «a migliorare la realizzazione della politica comune in materia di visti, la cooperazione consolare e la consultazione tra autorità consolari centrali agevolando lo scambio di dati tra Stati membri» (...) al fine di prevenire minacce alla sicurezza interna di qualunque Stato membro, evitare l'elusione dei criteri volti a determinare lo Stato competente per l'esame di una domanda d'asilo, contribuire alla lotta contro la frode, agevolare i controlli ai valichi delle frontiere esterne e all'interno del territorio degli Stati membri, contribuire all'identificazione e al rimpatrio degli immigrati clandestini e agevolare l'applicazione del regolamento 343/2003»³⁰⁰. Tale formulazione desta qualche perplessità. Sembra infatti che non vi sia distinzione tra l'obiettivo vero e proprio di contribuire a sviluppare una comune politica dei visti ed i benefici che da questa possono derivare, quali la prevenzione della frode, del "visa shopping" e delle minacce alla sicurezza interna, o l'identificazione di immigrati clandestini³⁰¹. Tali benefici dovrebbero essere trattati come tali e non come obiettivi, pena il mancato rispetto del principio di proporzionalità. Se dunque la finalità dovesse essere una comune politica dei visti, un accesso sistematico al VIS da parte delle autorità nazionali competenti in materia di sicurezza interna, fortemente voluto dal Consiglio³⁰², contrasterebbe con esso. L'art. 13 della Direttiva 95/46/CE permette infatti di derogare al divieto di accesso ai dati per ragioni di sicurezza interna solo in circostanze specifiche e con appropriate garanzie, non già abitualmente.

Il principio di finalità trova soddisfazione nella delimitazione delle informazioni che possono essere registrate nel VIS. Si tratta dei dati alfanumerici sul richiedente e sul visto rilasciato, rifiutato, annullato, revocato o prorogato, nonché delle fotografie, delle

²⁹⁸ Proposta di regolamento concernente il sistema di informazione visti (VIS) e lo scambio di dati tra Stati membri sui visti per soggiorni di breve durata, COM (2004) 835 def. del 28 dicembre 2004. Tale atto si applica allo scambio di dati sui visti uniformi Schengen per soggiorni di breve durata, inclusi i visti nazionali per soggiorni di lunga durata validi anche come visti per soggiorni di breve durata.

²⁹⁹ Cfr. rispettivamente i considerando 15, 16 e 20 della proposta di Regolamento VIS.

³⁰⁰ Art. 1 proposta di Regolamento VIS.

³⁰¹ Il Garante europeo ha presentato un parere sulla proposta di Regolamento VIS in cui ha suggerito di modificare l'art. 1 nel modo seguente: «The VIS has the pur pose to improbe the administration of the common visa policy, (...). In doing so it shall also contribute to facilitate the fight against fraud (...)», Opinion of the European Data Protection Supervisor on the proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council concerning the Visa Information System (VIS) and the exchange of data between Member States on short stay-visas, in *GUE*, C 181 del 23 luglio 2005, pag. 13 e ss.

³⁰² Cfr. Riunione del Consiglio GAI del 24 febbraio 2005, in http://ue.eu.int/ue/Doces/cms_Data/docs/pressData/it/jha/83990.pdf; cfr. anche Comunicazione della Commissione europea, COM(2005)184 del 10 maggio 2005, "Le programme de La Haye: Dix priorités pour les cinq prochaines années. Un partenariat pour le renouveau européen dans le domaine de la liberté, de la sécurité et de la justice". Nel par. 3.1 di tale Comunicazione la Commissione europea si propone di presentare entro il 2005 un proposta sull'accesso da parte dei servizi repressivi al VIS.

impronte digitali e dei legami con altre domande³⁰³. L'inserimento di dati biometrici (immagini del volto e impronte digitali) se da un lato risponde all'esigenza di identificare in maniera pressoché certa una determinata persona³⁰⁴, dall'altro necessita di essere accompagnato da adeguate garanzie, data la natura sensibile delle informazioni che da essi possono scaturire, come la razza o un handicap fisico³⁰⁵. A quest'ultimo riguardo la proposta di regolamento non prevede alcuna tutela per quelle persone che a causa di menomazioni o malattie non possono fornire le proprie impronte digitali³⁰⁶. Nonostante tali rilievi critici, è possibile sostenere che l'introduzione dei dati biometrici soddisfa il principio di finalità limitata dal momento che lo scopo perseguito, ovvero garantire il controllo e l'identificazione dei richiedenti il visto³⁰⁷, appare legittimo e proporzionato.

La durata di conservazione dei dati nel VIS (cinque anni)³⁰⁸ e la successiva cancellazione automatica risultano proporzionali alle esigenze perseguite. Altrettanto soddisfacente è la previsione secondo la quale la cancellazione viene anticipata in caso di acquisto della cittadinanza di uno Stato membro³⁰⁹.

Il principio di legalità è garantito dalla previsione secondo la quale ogni Stato membro garantisce che i dati siano esatti e aggiornati e che la loro raccolta e trasmissione avvenga legalmente. Alla responsabilità dello Stato di completare, rettificare e cancellare i dati errati corrisponde il diritto della persona interessata di ricevere un indennizzo per il danno subito³¹⁰.

Il principio di finalità limitata trova soddisfazione nella previsione secondo la quale le varie autorità indicate agli artt. 16, 17, 18, 19 possono avere accesso al VIS per il perseguimento di specifici scopi appositamente individuati³¹¹. Sorgono tuttavia dei dubbi in relazione all'accesso ai dati da parte delle autorità di controllo alle frontiere

³⁰³ Cfr. art. 3 proposta Regolamento VIS.

³⁰⁴ Le impronte digitali «offer a quasi-absolute distinctiveness, (...), they almost never change throughout a person's life which provides permanency to these characteristics, (...) (and they have) a dimension of universality», Par.3.4.2 dell'Opinion of the European Data Protection Supervisor, cfr. *supra*.

³⁰⁵ Occorre pertanto soddisfare le garanzie espressamente individuate dall'art. 8 della Direttiva 95/46/CE in caso di trattamento dei dati sensibili. Cfr. *supra*, CAP. II, par.I.4.

³⁰⁶ Si tratta di persone con dita amputate o impronte digitali deteriorate. Si stima che nel mondo vi siano più di un milione di persone in queste condizioni.

³⁰⁷ Cfr. considerando n. 9 proposta Regolamento VIS.

³⁰⁸ Il termine può decorrere dalla scadenza del visto in caso di rilascio, dalla nuova scadenza in caso di visto annullato, revocato o prorogato oppure dalla creazione del file di domanda, qualora il visto o l'esame della domanda siano stati rifiutati o la domanda revocata.

³⁰⁹ Cfr. art. 20 proposta Regolamento VIS. La soluzione adottata corrisponde a quanto previsto da Regolamento Eurodac per i richiedenti asilo.

³¹⁰ Sarebbe stato più opportuno utilizzare il termine "risarcimento", piuttosto che quello di "indennizzo", per restare in linea con quanto previsto per le altre banche dati sopra analizzate.

³¹¹ Possono avere accesso al VIS le autorità competenti ad effettuare controlli alle frontiere esterne e nell'ambito del territorio degli Stati membri per il solo scopo di verificare l'identità della persona e/o l'autenticità del visto (art. 16); le autorità competenti in materia di immigrazione ai fini dell'identificazione e del rimpatrio di immigrati clandestini (art. 17); le autorità competenti in materia di asilo per la determinazione dello Stato competente ad esaminare la domanda di asilo o per l'esame della domanda d'asilo (artt. 18 e 19).

esterne. Queste ultime possono avviare la ricerca nel VIS mediante il nome, cognome, sesso, data e luogo di nascita, impronte digitali e fotografie. Se il risultato è positivo, tali autorità possono accedere a dati ulteriori (per esempio lo stato di avanzamento del procedimento e i dati relativi a visti precedentemente rilasciati, annullati, revocati o prorogati), al fine di verificare l'identità della persona. L'ambiguità della norma sta proprio nel fatto che l'identificazione della persona è già avvenuta con la prima ricerca, quella che ha dato un risultato positivo. Sarebbe più opportuno che l'ulteriore accesso fosse permesso in caso di risultato negativo. «In this case, the data mentioned in Artiche 16(2) would appropriately contribute to fallback procedure helping to ascertain the identity of the person»³¹².

La proposta di Regolamento garantisce la confidenzialità delle informazioni, nel pieno rispetto della Direttiva 95/46/CE. Vengono infatti individuate le misure che devono essere adottate dagli Stati e dalla Commissione europea per garantire la sicurezza logica e fisica delle informazioni raccolte nonché la loro segretezza³¹³.

Alla persona viene riconosciuto il diritto di essere informata non solo sull'identità del responsabile del trattamento e sulle finalità perseguite, ma anche sui destinatari dei dati, sull'esistenza di un obbligo di utilizzare i dati ai fini dell'esame della domanda di visto e sull'esistenza di un diritto di accesso e di rettifica, informazioni che la Direttiva prevede solamente se e nella misura in cui siano necessarie ad assicurare la lealtà dei trattamenti. È previsto altresì l'obbligo di fornire ulteriori informazioni conformemente all'art. 12 lett. a) della Direttiva.

Degna di nota risulta inoltre la previsione secondo la quale l'interessato deve ricevere senza indugio la giustificazione scritta della ragione per cui lo Stato membro responsabile non intende correggere o cancellare i suoi dati. In tale circostanza deve essere informato sulle modalità per avviare un'azione o un ricorso presso le autorità o i tribunali competenti. Un'analoga disciplina non è stata purtroppo prevista in caso d'ingresso erroneamente negato alla frontiera esterna. La mancanza contrasta con quanto sancito dall'art. 15 della Direttiva 95/46/CE³¹⁴ e pertanto dovrebbe essere colmata.

La proposta di Regolamento riconosce il diritto dell'interessato di accedere ai dati registrati nel VIS. L'accesso può essere accordato solo da uno Stato membro e la comunicazione dei dati non viene garantita dall'unità centrale, ma da ogni Stato

³¹² Par. 3.7.2 dell'Opinion of the European Data Protection Supervisor, cfr. *supra*.

³¹³ Cfr. artt. 24, 25 par. 2 e 26 proposta Regolamento VIS. L'art. 28 prevede l'istituzione da parte degli Stati e della Commissione di appositi registri in cui sono indicate le finalità dell'accesso, la data e l'ora, i dati trasmessi, l'autorità che inserisce o estrae i dati. Tali registri possono essere utilizzati oltre che per il controllo dell'ammissibilità del trattamento dati anche per garantire la sicurezza degli stessi.

³¹⁴ L'art. 15 par. 1 dispone che «gli Stati membri riconoscono a qualsiasi persona il diritto di non essere sottoposta ad una decisione che produca effetti giuridici o abbia effetti significativi nei suoi confronti fondata esclusivamente su un trattamento automatizzato di dati destinati a valutare taluni aspetti della sua personalità, quali il rendimento professionale, il credito, l'affidabilità, il comportamento, ecc.».

membro. In caso di rettifica o cancellazione, invece, la domanda deve invece essere rivolta allo Stato membro competente.

Un'autorità nazionale di controllo, istituita presso ogni Stato membro, è incaricata di verificare la legalità del trattamento e del trasferimento dei dati al VIS, nonché di fornire assistenza e consulenza alla persona interessata nell'esercizio del proprio diritto di rettifica e cancellazione anche nel corso del procedimento attivato mediante ricorso al tribunale competente. Quest'ultima specificazione crea qualche difficoltà, dal momento che non in tutti gli Stati membri le autorità nazionali di controllo possono svolgere un ruolo di consulenza del ricorrente. Si attribuisce inoltre al Garante europeo per la protezione dei dati il controllo della attività della Commissione europea con lo scopo di garantire che i diritti delle persone non siano violati dal trattamento dei dati nel VIS.

Occorre infine concludere l'analisi sulle banche dati istituite nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia con una riflessione relativa alla interconnessione tra i vari Sistemi di informazione (SIS II, Eurodac, VIS). Si ritiene, in particolare, che la sinergia tra il VIS e il SIS II sotto forma di piattaforma tecnica comune sarebbe da accogliere con favore, in quanto permetterebbe di ridurre i costi di funzionamento e di licenza³¹⁵. L'obiettivo perseguito dovrebbe essere quello di «ensuring stronger and more flexible information system to protect our external borders and internal security»³¹⁶.

Per evitare una violazione del principio di finalità limitata e di proporzionalità occorrerebbe però mantenere una rigorosa distinzione tra i due sistemi, ovvero tra i dati in essi contenuti ed i relativi accessi³¹⁷. La consultazione del SIS II da parte degli utilizzatori del VIS in sede di rilascio del visto dovrebbe essere finalizzata a verificare che il richiedente non sia già stato segnalato ai fini della non ammissione. A loro volta gli utenti del SIS II dovrebbero fruire dei dati contenuti nel VIS solamente per controllare l'autenticità di un visto e per individuare i viaggiatori che ne sono sprovvisti. Sembra invece che l'intenzione della Commissione europea, sollecitata a più riprese dal Consiglio europeo e dal Consiglio, sia quella di favorire l'interoperabilità e le sinergie tra le banche dati europee nel settore della giustizia e degli affari interni per combattere più efficacemente il terrorismo. In un'apposita comunicazione, la Commissione ha affermato che il rispetto dei diritti sanciti agli articoli 6, 7, 8, 48 e 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea sarebbe assicurato dall'accesso alle informazioni contenute nelle tre banche dati (VIS, SIS II, EURODAC) solo per

³¹⁵ Sul punto cfr. Comunicazione della Commissione COM(2003) 771 def. dell'11 dicembre 2003 sullo sviluppo del sistema di informazione Schengen II e possibili sinergie con un futuro sistema di informazione visti (VIS).

³¹⁶ Council Declaration on the EU response to the London bombing del 13 luglio 2005, par. 6.

³¹⁷ Cfr. Raccomandazione del Parlamento europeo del 20 novembre 2003 sul Sistema d'informazione Schengen di seconda generazione (SIS II); cfr. conclusioni del Consiglio del 19 febbraio 2004; cfr. Garante europeo dei dati personali, Comments on the Communication of the Commission on interoperability of European databases, 10 marzo 2006.

combattere i reati di terrorismo, quali definiti nella decisione quadro 2002/475/GAI del Consiglio, e i reati che rientrano nella sfera di competenza di Europol³¹⁸. Tale posizione non sembra condivisibile, dal momento che ciascuna delle banche dati sopra indicate persegue un obiettivo differente.

SEZIONE III: Verso una sorveglianza generalizzata degli individui

III.1: L'obbligo dei vettori aerei di comunicare i dati relativi alle persone trasportate nel territorio degli Stati membri

Esigenze sempre più marcate di lotta contro l'immigrazione clandestina³¹⁹ e di controllo alle frontiere esterne hanno spinto il legislatore comunitario ad adottare la Direttiva 2004/82/CE che istituisce l'obbligo per i vettori aerei di comunicare i dati relativi ai passeggeri che entrano nel territorio degli Stati membri³²⁰. Nonostante l'espressa indicazione del fine perseguito, ovvero migliorare i controlli alle frontiere e lottare contro l'immigrazione illegale³²¹, l'atto sembra rientrare tra quelle misure che l'Unione ha deciso elaborare, dopo gli attacchi dell'11 settembre 2001, per contrastare il terrorismo³²². La differenza tra lo scopo espressamente enunciato e quello

³¹⁸ Cfr. Comunicazione concernente il miglioramento dell'efficienza e l'incremento dell'interoperabilità e delle sinergie tra le banche dati europee nel settore della giustizia e degli affari interni, COM (2005) 597, del 24 novembre 2005.

³¹⁹ Cfr. su una politica comune in materia di immigrazione illegale la Decisione del Consiglio 2005/267/CE del 16 marzo 2005, in *GUE*, L 83 del 1° aprile 2005, pag. 48 e ss., relativa alla creazione su web di una rete di informazione e coordinamento sicura per i servizi di gestione dell'immigrazione degli Stati membri. Lo scopo perseguito è quello di garantire uno scambio di informazioni rapido e sicuro tra gli Stati membri concernente flussi migratori irregolari, ingresso e immigrazione clandestini e rimpatrio di persone che soggiornano illegalmente sul territorio dell'UE. La Decisione attribuisce alla Commissione europea la responsabilità dello sviluppo e della gestione della rete. I termini e le procedure di concessione dell'accesso, le condizioni d'uso del sistema e le norme in materia di riservatezza, memorizzazione, archiviazione e cancellazione delle informazioni devono essere fissati dalla Commissione secondo la procedura ex artt. 3 e 7 della Decisione 1999/468/CE sulla "comitologia".

³²⁰ Direttiva 2004/82/CE del Consiglio del 29 aprile 2004 concernente l'obbligo dei vettori di comunicare i dati relativi alle persone trasportate, in *GUE*, L 261 del 06/08/2004, pag. 24 e ss. Sarebbe stato preferibile abbandonare la locuzione generica "persone trasportate" e sostituirla con quella di "cittadini di Paesi terzi". Una tale soluzione avrebbe permesso di sottolineare in maniera più evidente che il fine perseguito dalla Direttiva è il controllo dell'immigrazione illegale.

³²¹ Cfr. art. 1 Direttiva 2004/82/CE.

³²² Significativo a questo riguardo è il richiamo, contenuto nel considerando n. 2 della Direttiva, alla dichiarazione del 25-26 marzo 2004 sulla lotta al terrorismo in cui il Consiglio europeo ha sottolineato la necessità di terminare i lavori relativi alla proposta di Direttiva in esame.

implicitamente perseguito rischia di porsi tuttavia in contrasto con il principio di finalità limitata. Il pericolo che si potrebbe celare dietro un tale approccio è infatti quello di equiparare gli immigrati clandestini con i terroristi.

L'espresso richiamo alla Direttiva 95/46/CE rende necessaria una verifica della compatibilità dei principi in essa contenuti con le disposizioni previste dalla Direttiva 2004/827CE oggetto di esame.

Il numero circoscritto di dati che i vettori aerei devono comunicare, entro il termine delle procedure di accettazione, alle autorità incaricate di effettuare i controlli alle frontiere esterne soddisfa il principio di finalità limitata³²³. Tra le informazioni trasmesse non rientrano infatti i dati sensibili, ma solamente il numero e il tipo di documento di viaggio utilizzato, la cittadinanza, il nome completo, la data di nascita, il valico di frontiera di ingresso nel territorio degli Stati membri, il numero del trasporto, l'ora di partenza e di arrivo del mezzo di trasporto, il numero complessivo di passeggeri trasportati con tale mezzo ed il primo punto di imbarco. È stato soppresso il riferimento alle informazioni relative ai piani di viaggio dei passeggeri previsto dalla proposta presentata dal Regno di Spagna³²⁴. Una tale esclusione è da accogliere con favore dal momento che non spetta ai vettori ma agli Stati membri e ai servizi di polizia e di sorveglianza delle frontiere esterne controllare gli spostamenti degli immigrati clandestini.

Le autorità incaricate di effettuare i controlli alle frontiere devono cancellare di dati dei passeggeri entro 24 ore dalla loro trasmissione, a meno che non risultino necessari per l'esercizio delle loro funzioni regolamentari in conformità della legislazione nazionale e nel pieno rispetto della Direttiva 95/46/CE³²⁵. A loro volta i vettori devono provvedere, entro 24 ore dall'arrivo dell'aereo, alla cancellazione delle informazioni raccolte. Il periodo di conservazione non sembra del tutto compatibile con i principi di finalità limitata e di proporzionalità. Occorre infatti ricordare che la trasmissione dei dati è volta unicamente a migliorare i controlli alle frontiere esterne per individuare immigrati illegali e non possibili criminali o terroristi. La conservazione dei dati successiva all'ingresso dei passeggeri nel territorio di uno Stato membro non ha quindi alcuna giustificazione. Sarebbe stato più corretto che il legislatore comunitario avesse previsto la cancellazione delle informazioni immediatamente dopo l'ingresso di tali persone nel territorio di uno Stato membro.

Occorre inoltre segnalare che, nonostante i ripetuti richiami alla Direttiva 95/46/CE, l'atto in esame non dedica alcuna disposizione alla qualità dei dati, ma si limita a prevedere l'obbligo dei vettori di fornire ai passeggeri informazioni riguardanti

³²³ Cfr art. 3 Direttiva 2004/82/CE.

³²⁴ Cfr. art. 1 dell'iniziativa del Regno di Spagna in vista dell'adozione della direttiva del Consiglio relativa all'obbligo dei vettori di comunicare i dati relativi alle persone trasportate, in GUE, C 82 del 5 aprile 2003, pag. 23 e ss.

³²⁵ Cfr. art. 6 par. 1 Direttiva 2004/827CE.

i destinatari o le categorie di destinatari dei dati, il carattere obbligatorio o volontario dei dati rilasciati e le possibili conseguenze di una mancata risposta, nonché l'esistenza di diritti di accesso e di rettifica dei dati³²⁶ senza tuttavia prevedere ulteriori specificazioni.

Si ritiene dunque che il legislatore comunitario sia stato più preoccupato a tutelare gli interessi dei vettori e delle autorità di controllo, che quelli dei passeggeri. Vengono infatti previste apposite sanzioni che devono essere comminate ai vettori in caso di mancata trasmissione dei dati oppure in caso di trasmissione di informazioni incomplete o false³²⁷. In tali circostanze il legislatore si è preoccupato di assicurare ai vettori i diritti di difesa e di impugnazione effettivi³²⁸, mentre analoghi diritti non vengono riconosciuti ai passeggeri con la stessa accuratezza.

III.2: L'inserimento dei dati biometrici nei passaporti

I drammatici eventi dell'11 settembre 2001, cui hanno purtroppo fatto seguito altri attacchi terroristici in Europa, hanno spinto il legislatore comunitario a considerare la sicurezza interna come una delle priorità dell'UE. L'esigenza di rafforzare e uniformare la sicurezza dei documenti ha determinato un'accelerazione dei lavori riguardanti l'introduzione di identificatori biometrici non solo nei documenti rilasciati ai cittadini di Paesi terzi³²⁹, ma anche nei passaporti ed nei documenti di viaggio dei cittadini europei. Come è già stato sottolineato in precedenza, l'uso della biometria è una questione molto delicata sotto il profilo della protezione dei dati. Per tale ragione si rende ancora più necessario il pieno rispetto delle disposizioni contenute nella Direttiva 95/46/CE.

Il regolamento n. 2252/2004 individua come elementi biometrici da introdurre nei passaporti dei cittadini europei³³⁰ l'immagine del volto e le impronte digitali³³¹. La

³²⁶ Cfr. art. 6 par. 2 Direttiva 2004/82/CE. La norma richiama espressamente le previsioni contenute nell'art. 10 lett. c) e nell'art. 11 punto 1 lett. c) della Direttiva 95/46/CE.

³²⁷ L'art. 4 Direttiva 2004/82/CE individua sanzioni pecuniarie il cui importo massimo non deve essere inferiore a 5000 euro o il cui importo minimo non sia inferiore a 3000 euro. Gli Stati tuttavia possono adottare altre sanzioni quali l'immobilizzazione, il sequestro e la confisca del mezzo di trasporto, oppure la sospensione temporanea o il ritiro della licenza di esercizio.

³²⁸ Cfr. art. 5 Direttiva 2004/82/CE.

³²⁹ Cfr. Proposta di Regolamento COM(2003)558 definitivo del 24 settembre 2003, che modifica il regolamento (CE) n. 1683/95 che istituisce un modello uniforme per i visti e Proposta di regolamento che modifica il regolamento (CE) n. 1030/2002 che istituisce un modello uniforme per i permessi di soggiorno rilasciati a cittadini di Paesi terzi. In tali proposte è inserita l'immagine del volto e le immagini di due impronte digitali.

³³⁰ Regolamento 2252/2004 del 13 dicembre 2004 relativo alle norme sulle caratteristiche di sicurezza e sugli elementi biometrici dei passaporti e dei documenti di viaggio rilasciati dagli Stati membri, in *GUE*, L 385 de 29 dicembre 2004, pag. 1 e ss.

³³¹ Nell'allegato della decisione della Commissione del 28 febbraio 2005 COM (2005)409 def. volta a stabilire le specifiche tecniche relative alle norme sulle caratteristiche di sicurezza e sugli elementi

presenza di quest'ultime desta tuttavia qualche perplessità. Essa non risulta in linea con le raccomandazioni dell'Organizzazione internazionale per l'aviazione civile (ICAO), espressamente richiamate dal Regolamento, secondo le quali nei passaporti occorre inserire l'immagine del volto, mentre le impronte digitali potrebbero essere introdotte come identificatori aggiuntivi. Le stesse decisioni adottate dagli USA in relazione al programma di esenzione dall'obbligo di visto per i Paesi che dispongono di un programma di emissione di passaporti leggibili elettronicamente si riferiscono all'immagine del volto³³². La scelta del legislatore comunitario è probabilmente stata dettata dall'esigenza di trovare «un approccio coerente a livello dell'UE per quanto riguarda gli elementi di identificazione» con «soluzioni armonizzate per i documenti dei cittadini di paesi terzi, i passaporti dei cittadini dell'UE e i sistemi d'informazione (VIS e SIS II)»³³³. Nonostante tale giustificazione si ritiene che il principio di proporzionalità non sia del tutto rispettato³³⁴.

Il principio di finalità viene soddisfatto dall'espressa limitazione dell'uso degli elementi biometrici al solo scopo di verificare l'autenticità del documento e l'identità del titolare³³⁵. L'utilizzo dei dati biometrici è infatti volto a creare un collegamento più affidabile tra il titolare ed il passaporto, contribuendo in maniera significativa alla protezione contro l'uso fraudolento. Occorre segnalare invece la mancata individuazione dei soggetti che possono utilizzare tali dati. Il legislatore comunitario si è limitato a sancire che «la designazione delle autorità e degli organismi autorizzati ad accedere ai dati contenuti nel supporto di memorizzazione dei documenti è di competenza nazionale»³³⁶. Sarebbe stata preferibile una formulazione che garantisse la conoscenza preventiva delle autorità competenti e dell'uso che ciascuna di esse può fare delle informazioni ricavate dal documento³³⁷.

biometrici dei passaporti e dei documenti di viaggio rilasciati dagli Stati membri, si prevede che le impronte da incorporare nel passaporto UE devono essere quelle dell'indice destro e sinistro. In caso di infortunio agli indici delle mani occorre procedere all'incorporazione delle impronte delle altre dita. Non viene invece data alcuna indicazione in caso di amputazioni o altre malattie.

³³² Il termine ultimo per conformarsi alle richieste degli Stati Uniti e beneficiare dell'ingresso nel loro territorio senza obbligo di visto è il 25 ottobre 2005.

³³³ Conclusioni del Consiglio europeo di Salonicco 19-20 giugno 2003.

³³⁴ Cfr. la posizione assunta dal Gruppo Art. 29 del 20 novembre 2004 sull'introduzione del secondo elemento biometrico come obbligatorio

³³⁵ Art. 4 Regolamento 2252/2004. Nel considerando n. 3 del Regolamento si afferma inoltre che l'utilizzo dei dati biometrici è volto a creare un collegamento più affidabile tra il titolare ed il passaporto, contribuendo in maniera significativa alla protezione contro l'uso fraudolento.

³³⁶ Considerando n. 4 Regolamento 2252/2004.

³³⁷ L'europarlamentare Carlos Coelho, relatore della Commissione per le libertà civili, la giustizia e gli affari interni del PE nella Relazione del 28 ottobre 2004 sulla proposta della Commissione di regolamento relativo alle norme sulle caratteristiche di sicurezza e sugli elementi biometrici dei passaporti dei cittadini dell'Unione aveva proposto di inserire nell'art. 2 un nuovo par. 1 bis. Questo doveva prevedere che «il supporto di memorizzazione può essere utilizzato unicamente: dalle autorità competenti degli Stati membri per leggere, memorizzare e cancellare dati e dagli organismi autorizzati cui la legge conferisce il diritto di lettura dei dati al fine di leggere i dati». L'emendamento non è stato accolto dal Consiglio.

Il Regolamento 2252/2004 riconosce al titolare del passaporto il diritto di verificare i dati personali ivi riportati e quello di chiederne la rettifica o la cancellazione³³⁸. Non è stata tuttavia predisposta un'apposita garanzia che permetta al cittadino respinto indebitamente alla frontiera esterna di essere informato dei motivi che giustificano un tale respingimento e dei mezzi che può utilizzare per chiarire e rettificare la propria situazione il più rapidamente possibile.

Occorre infine ricordare che la Commissione europea ha auspicato l'istituzione di un registro centralizzato dei passaporti europei. Le preoccupazioni espresse dal Parlamento europeo a tale riguardo sono condivisibili³³⁹. Si ritiene infatti che una banca dati centralizzata di questo tipo non sia necessaria a garantire un collegamento più sicuro tra il titolare ed il passaporto, ma rischi di essere utilizzata impropriamente, per scopi diversi da quelli originariamente previsti, con conseguente violazione del principio di finalità.

III.3: L'Accordo con gli Stati Uniti sul trasferimento e trattamento dei dati dei passeggeri: il difficile equilibrio tra la lotta al terrorismo e la tutela dei dati personali

Le crescenti esigenze di lotta contro il terrorismo e le altre gravi forme di criminalità transnazionale hanno reso prioritario lo scambio di informazioni non solo tra le autorità competenti a livello europeo e a livello nazionale, ma anche tra queste e i Paesi terzi³⁴⁰.

È in questo contesto che si inquadra l'accordo CE-USA³⁴¹ sul trattamento e il trasferimento dei dati di identificazione delle pratiche (Passenger Name Record, PNR)³⁴² da parte dei vettori aerei europei all'Ufficio doganale e di protezione dei

³³⁸ Cfr. Art. 4 par. 1 del Regolamento 2252/2004.

³³⁹ Cfr. Relazione del 28 ottobre 2004 di Carlos Coelho della Commissione per le libertà civili, la giustizia e gli affari interni del PE sulla proposta della Commissione di regolamento relativo alle norme sulle caratteristiche di sicurezza e sugli elementi biometrici dei passaporti dei cittadini dell'Unione.

³⁴⁰ Cfr. Accordo tra Europol e gli USA sullo scambio dei dati personali e informazioni connesse, Docs 1368/02 Europol 82 e 13689/02 Europol ADD 1, in www.europol.eu.int/legal/agreements/Agreements/16268-2.pdf.

³⁴¹ Cfr. Accordo tra la Comunità europea e gli Stati Uniti d'America sul trattamento e il trasferimento di dati PNR da parte dei vettori aerei all'Ufficio delle dogane e della protezione delle frontiere del Ministero americano della sicurezza interna, in *GUE*, L 183 del 20 maggio 2004, pag. 84 e ss. Non si tratta di un vero accordo internazionale, bensì di un *light international agreement*, dal momento che non vengono precisati tutti i principali obblighi delle parti contraenti, i diritti e gli obblighi dei passeggeri, delle compagnie aeree e delle pubbliche autorità. Il testo infatti si limita ad attribuire all'Ufficio delle dogane statunitense il diritto di accedere ai dati delle compagnie aeree e di trattarli conformemente alle leggi e alle esigenze costituzionali americane.

³⁴² Il *Passanger Name Record* (PNR) è il registro dei nomi dei passeggeri e di quelli dell'equipaggio, formato sulla base dei dati di prenotazione e di controllo delle partenze raccolti dalle compagnie aeree. Esso permette a tutti gli addetti al servizio aereo (l'agenzia viaggi, gli agenti d'assistenza negli scali degli

confini del dipartimento per la sicurezza interna statunitense (Bureau of Customs and Border Protection, CBP), la cui conclusione è stata oggetto di una recente pronuncia della Corte di giustizia³⁴³.

L'accordo nasceva dalla necessità di regolare i rapporti tra le compagnie aeree europee e gli Stati Uniti. Questi ultimi avevano infatti adottato una legge³⁴⁴ che imponeva alle compagnie aeree che effettuano il trasporto di passeggeri da, per o attraverso gli Stati Uniti di fornire all'ufficio doganale e di protezione dei confini del dipartimento per la sicurezza interna (CBP) l'accesso elettronico diretto ai dati di identificazione delle pratiche (PNR) raccolti e conservati nei sistemi automatici di prenotazione e controllo, pena la comminazione di gravi sanzioni³⁴⁵. Un'ulteriore legge imponeva ai vettori aerei di comunicare all'ufficio dell'immigrazione e naturalizzazione le informazioni relative ai passeggeri dei voli in arrivo e in partenza dagli Stati Uniti³⁴⁶. Tali dati devono essere successivamente trasmessi ad una banca dati centralizzata, gestita dall'ufficio delle dogane e da quello dell'immigrazione e aperta alla fruizione di altre agenzie federali, senza che fosse prevista alcuna tutela specifica.

Tali misure rientrano senza dubbio tra le espressioni del potere sovrano degli Stati Uniti. Tuttavia la lotta contro il terrorismo e la criminalità organizzata, anche se costituisce un importante obiettivo di ogni società democratica, non può essere perseguita senza un adeguato rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali dell'individuo³⁴⁷, e, in particolare, del diritto alla riservatezza e alla protezione dei dati personali.

L'accesso diretto delle autorità doganali statunitensi ai dati contenuti nei PNR doveva pertanto essere dotato di specifiche garanzie per non violare tali diritti

aeroporti e le compagnie aeree) di riconoscere ogni passeggero e di avere accesso a tutte le informazioni commerciali riguardanti il suo viaggio: voli di andata e ritorno, voli di collegamento, servizi speciali richiesti a bordo, ecc. Il numero e la natura delle informazioni inseriti nel sistema PNR possono variare da compagnia a compagnia. Secondo la stima effettuata dalla Commissione europea esistono circa 20-25 sezioni, che a loro volta comprendono sotto-sezioni, per un totale di una sessantina di campi possibili, cfr. European Commission, *Airline passenger data transfers from the EU to the United States (Passenger Name Record) frequently asked questions*, in http://europa.eu.int/rapid/start/cgi/guesten.ksh?p_action.gettxt=gt&doc=MEMO/03/53/O/RAPID&lg=EN&display=.

³⁴³ Corte di giustizia, sentenza del 30 maggio 2006, *Parlamento c. Consiglio, Parlamento c. Commissione*, cause riunite C-317/04 e C-318/04, in www.curia.eu.int.

³⁴⁴ Titolo 49, sezione 44909 lett. c), paragrafo 3 dell'*United States Code*.

³⁴⁵ Le compagnie aeree che rifiutavano di fornire l'accesso diretto alle pratiche PNR potevano essere sanzionate con pesanti ammende (5000 dollari per passeggero) e, in alcuni casi, anche con la perdita dei loro diritti di atterraggio. I passeggeri invece avrebbero subito ritardi al loro arrivo negli Stati Uniti.

³⁴⁶ Si tratta dell'*Enhanced Border Security and Visa Entry Reform Act (EBSV)*.

³⁴⁷ Nella motivazione della Relazione sulla prima applicazione della Direttiva sulla tutela dei dati (95/46/CE), del 24 febbraio 2004, A5-0104/2004, in www2.europarl.eu.int/omk/sipade2?SORT_ORDER=D&S_REF_A=%25&PROG=REPORT&L=IT&MI_TITLE=dati+personali&F_M_TITEL=dati+personali&MI_TEXT, il relatore M. Cappato sostiene che «il diritto alla privacy è una delle prime vittime di questo attivismo legislativo di emergenza, che mira a ridefinire i delicati confini tra diritti fondamentali ed ingerenze legali necessarie in una società democratica per fini di “ordine pubblico”».

fondamentali³⁴⁸. I PNR sono infatti in grado di coprire un'ampia gamma di informazioni relative a ciascun passeggero: cognome, nome, data di nascita, numero di telefono, giorno e numero di prenotazione, agenzia di viaggio, indicazioni di natura finanziaria (numero della carta di credito, data di scadenza, indirizzo di fatturazione), numero di posto, viaggi precedentemente effettuati, luogo di residenza o contatti personali (indirizzo di posta elettronica, dettagli su un amico o sul luogo di lavoro). Risultano compresi in tale elencazione anche i dati sensibili che rivelano l'origine etnica, le convinzioni religiose (deducibili attraverso la scelta del pasto a bordo) o le informazioni mediche (derivanti dalla richiesta di assistenza sanitaria o di ossigeno) di ogni passeggero.

Le compagnie aeree situate nell'Unione europea si erano trovate costrette a scegliere tra il rispetto della normativa comunitaria in materia di protezione dei dati personali e l'adeguamento alla legislazione statunitense sull'accesso ai dati PNR. Le differenze tra i due ordinamenti non sono di poco conto. Per l'Unione europea, come è già stato evidenziato, la protezione dei dati personali costituisce un diritto fondamentale riconosciuto ad ogni individuo. Gli Stati Uniti, invece, non considerano la protezione della vita privata come un diritto fondamentale (pur citandola nel quarto emendamento alla Costituzione) e regolano la sua disciplina con norme specifiche, aventi come unici beneficiari i cittadini americani o coloro che risiedono legalmente nel territorio statunitense.

Preoccupata del possibile conflitto tra la legislazione degli Stati Uniti e la normativa comunitaria in materia di diritto alla privacy, la Commissione europea aveva avviato contatti bilaterali³⁴⁹ per trovare una soluzione soddisfacente³⁵⁰.

Il Parlamento europeo si era mostrato tuttavia critico ed aveva espresso alcuni dubbi circa la legittimità della richiesta americana e la sua conformità alla normativa comunitaria, rammaricandosi per la scelta di un atto, come la Dichiarazione comune, privo di base giuridica e interpretabile come un invito indiretto per le autorità nazionali a non rispettare la normativa comunitaria³⁵¹. Aveva inoltre contestato la mancata inclusione di tale disciplina nell'ambito degli accordi di cooperazione giudiziaria e di polizia già conclusi con gli Stati Uniti³⁵² ed aveva evidenziato il rischio che le banche

³⁴⁸ Il diritto alla riservatezza e alla protezione dei dati personali sono espressamente tutelati a livello europeo dall'art. 8 CEDU e dagli artt. 7 e 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Cfr. *supra*, parr. I.1e I.5.

³⁴⁹ Risale al giugno del 2002 l'avvio dei contatti bilaterali CE-USA.

³⁵⁰ La Commissione europea ha, in un primo momento, ottenuto che l'entrata in vigore della normativa statunitense sull'accesso diretto ai dati PNR fosse rinviata al 5 marzo 2003.

³⁵¹ Risoluzione del Parlamento europeo del 13 marzo 2003, P5_TA(2003)0097, B5-0187/2003.

³⁵² Si tratta degli accordi adottati secondo gli artt. 24 e 38 TUE, nell'ambito del terzo pilastro. Cfr. l'Accordo sull'estradizione tra l'Unione europea e gli Stati Uniti d'America, in *GUE*, L 181, del 19 luglio 2003, pag. 27 e l'Accordo sulla mutua assistenza giudiziaria tra l'Unione europea e gli Stati Uniti d'America, in *GUE*, L 181, del 19 luglio 2003, pag. 34. Cfr. Decisione del Consiglio del 6 giugno 2003 relativa alla firma degli accordi tra l'Unione europea e gli Stati Uniti d'America sull'estradizione e sulla mutua assistenza giudiziaria in materia penale, in *GUE*, L 181, del 19 luglio 2003, pag. 25; cfr. V.

dati dei sistemi di prenotazione potessero divenire «un terreno di “data mining” per l’amministrazione statunitense»³⁵³.

I negoziati tra la Commissione e il CBP erano proseguiti per tutto il 2003, accompagnati dalle manifestazioni di opposizione del PE e del Gruppo di lavoro per la protezione dei dati personali (detto Gruppo “Art. 29”)³⁵⁴. A tali sollecitazioni la Commissione aveva replicato con l’adozione di una Comunicazione³⁵⁵ che evidenziava le importanti garanzie ottenute dagli Stati Uniti³⁵⁶. Alla luce di tali miglioramenti, aveva concluso che vi fossero le condizioni necessarie per adottare la “decisione sull’adeguatezza”. Nel frattempo, il Parlamento europeo, chiamato ad esprimere un parere in via d’urgenza sulla conclusione dell’accordo con gli USA, ai sensi dell’art. 300 n. 3 primo comma, seconda frase TCE³⁵⁷, aveva respinto tale richiesta e aveva deciso di rivolgersi alla Corte di giustizia per un parere sulla compatibilità dell’accordo con le disposizioni del Trattato, secondo l’art. 300 n. 6 TCE³⁵⁸.

Nonostante la posizione del Parlamento europeo e il suo invito a non prendere alcuna decisione fino alla pronuncia della Corte, la Commissione ha adottato la

MITSILEGAS, *The New EU-USA Cooperation on Extradition, Mutual Legal Assistance and the Exchange of Police Data*, in *European Foreign Affairs Review*, 2003, pag. 515 e ss; cfr. R. GENSON, *Les accords d’extradition et d’entraide judiciaire signés le 25 juin 2003 à Washington entre l’Union européenne et les États-Unis d’Amérique*, in *Revue du Marché Commun et de l’Union européenne*, n. 470, juillet-août 2003, pag. 427 e ss; cfr. S. DOUGLAS-SCOTT, *The rule of law in the European Union-putting the security into the “area of freedom, security and justice”*, in *European Law Review*, 2004, pag. 219 e ss..

³⁵³ Punto C della Risoluzione del PE del 13 marzo 2003. Cfr. sul punto anche il parere 2/2004 sul livello di protezione adeguato dei dati di carattere personale contenuti nelle pratiche passeggeri (PNR-Passenger Name Record) trasferite all’Ufficio delle dogane e della protezione di frontiera degli Stati Uniti (Bureau of Customs and Border Protection-US, CBP), del 29 gennaio 2004, 10019/04/IT WP 87, in www.europa.eu.int/comm/internal_market/privacy/docs/wpdocs/2004/wp87it.pdf. Si stima che i flussi di dati riguardino ogni anno circa 10-11 milioni di passeggeri.

³⁵⁴ Cfr. Risoluzione del Parlamento europeo sul trasferimento di dati personali da parte delle compagnie aeree in occasione di voli transatlantici: stato dei negoziati con gli Stati Uniti, P5_TA(2003)0429, B5-0411/2003, del 9/10/2003. Cfr. parere 4/2003 del Gruppo “Art. 29” del 13 giugno 2003. Sul Gruppo “Art. 29” cfr. *supra*, par. I.4.

³⁵⁵ Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento. Trasferimento dei dati di identificazione dei passeggeri (Passenger Name Record-PNR). Un approccio globale dell’Unione europea, COM(2003) 826 finale, in www.eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/it/com/2003/com2003_826it.pdf.

³⁵⁶ Si trattava della riduzione del numero dei dati PNR trasferibili (da 39 a 34), della distruzione dei dati sensibili, della definizione più precisa delle finalità alla base del trasferimento dei dati (lotta contro il terrorismo e crimini ad esso legati), della riduzione a 3 anni e 6 mesi del periodo di conservazione dei dati, della nomina da parte del Ministero della Sicurezza interna statunitense di un responsabile per la tutela della vita privata, dell’esame annuale e congiunto dell’applicazione da parte degli Stati Uniti dei impegni assunti e dello scambio dei dati fondato sul principio di reciprocità.

³⁵⁷ Alla base di tale richiesta il Consiglio aveva individuato tre esigenze: lottare contro il terrorismo, superare la situazione d’incertezza in cui si trovavano i vettori aerei ed i passeggeri, e tutelare gli interessi economici delle parti.

³⁵⁸ Il controllo di compatibilità degli accordi internazionali non riguarda solo le disposizioni dei Trattati, ma anche i principi generali del diritto comunitario ed in particolare i diritti fondamentali. La richiesta di un parere alla Corte è volta ad evitare di creare, non solo sul piano comunitario, ma anche su quello delle relazioni internazionali, gravi difficoltà; sul punto cfr. Corte di giustizia, parere 3/94 del 13 dicembre 1995, *Accordo Banane*, in *Racc.*, 1995, I-4577; Corte di giustizia, parere 2/94 del 28 marzo 1996, in *Racc.*, 1996, I-1759.

decisione sull'adeguatezza³⁵⁹ del livello di protezione dei dati fornito dal CBP, sostenendo che gli “Undertakings” dell'ufficio doganale e della protezione delle frontiere statunitense rappresentavano un impegno politico serio e maturo, per di più soggetto al controllo congiunto degli Stati Uniti e della Comunità³⁶⁰.

Qualche giorno più tardi, il Consiglio, temendo un parere negativo della Corte, ha approfittato della sospensione delle attività parlamentari, dovuta alle elezioni europee, per adottare la decisione relativa alla conclusione dell'accordo³⁶¹. Il Parlamento europeo è stato pertanto costretto a ritirare la propria richiesta di parere³⁶². La forte opposizione alle decisioni adottate dalle altre istituzioni lo ha spinto però a

³⁵⁹ Decisione della Commissione relativa al livello di protezione adeguato dei dati personali contenuti nella schede nominative dei passeggeri aerei trasferiti all'Ufficio delle dogane e della protezione delle frontiere degli Stati Uniti, del 14 maggio 2004, 2004/535/CE, in *GUE*, L 235, del 6 luglio 2004, pag. 11 e ss. Cfr. la Dichiarazione d'impegno dell'Ufficio delle dogane e della protezione delle frontiere del Ministero della Sicurezza Interna statunitense ad essa allegata.

³⁶⁰ Il CBP, a sua volta, ha dichiarato che non avrebbe usato i dati sensibili e li avrebbe cancellati da ogni divulgazione discrezionale finché non fosse stato realizzato un sistema automatizzato che seleziona e cancella determinati codici e termini PNR sensibili. Si è attribuito inoltre la possibilità di estrarre i dati PNR non prima di 72 ore precedenti la partenza del volo, salvo i rari casi in cui può ottenere in anticipo informazioni su persone particolarmente sospette. L'accesso ai dati PNR per gli utenti CBP autorizzati è limitato a 7 giorni, mentre per un numero più ridotto di funzionari è esteso a 3 anni e 6 mesi. In caso di mancata consultazione manuale i dati vengono distrutti, altrimenti vengono trasferiti in un “file di dati cancellati” in cui rimangono per 8 anni prima della loro soppressione. Nessun ente straniero, federale, statale o locale può avere accesso diretto ai dati PNR tramite le banche dati del CBP. Quest'ultimo, tuttavia, a propria discrezione, ha la possibilità di trasmettere i dati PNR ad altre autorità governative, comprese quelle straniere, incaricate di far rispettare le legge o la lotta contro il terrorismo, salvo un preventivo esame del singolo caso in questione. Le Autorità straniere devono assicurare di usare i dati solo ai fini indicati, di cancellarli sistematicamente, di ritenerli sottratti alla divulgazione a norma della legge sulla libertà d'informazione, di richiedere l'autorizzazione esplicita del CBP per ogni trasmissione successiva dei dati. Nessuna disposizione della dichiarazione d'impegno può impedire l'uso o la divulgazione dei dati PNR nell'ambito di un procedimento penale o negli altri casi previsti dalle legge oppure nel caso risulti essenziale per la tutela degli interessi vitali della persona. Il CBP si è impegnato a rettificare i dati su richiesta degli interessati, qualora dovesse accertare che risultano sulla sua banca dati e che la rettifica è giustificata e debitamente motivata. Il CBP tuttavia ha precisato di non avere la possibilità di modificare i dati contenuti nei PNR, potendo solamente apportare nel documento di esame secondario del passeggero (*secondary examination record*) un'annotazione in cui segnala che taluni dati sono (forse) errati. Non si può dunque sostenere che si tratti di una vera e propria rettifica. La Dichiarazione d'impegno statunitense ha previsto inoltre una procedura accelerata per i reclami provenienti dalle autorità incaricate della protezione dei dati negli Stati membri e ha specificato che «i criteri in virtù dei quali il CBP tratta i dati PNR sulla base della legislazione americana e della dichiarazione d'impegno comprendono i principi fondamentali necessari per assicurare un livello di protezione adeguato delle persone fisiche». Il CBP si è impegnato a sollecitare, in applicazione del principio di reciprocità, la collaborazione delle compagnie aeree con sede negli Stati Uniti qualora sia istituito nell'UE un sistema di identificazione dei passeggeri aerei. Si è infine impegnato a svolgere una volta all'anno un'analisi congiunta con la Commissione europea sull'attuazione della dichiarazione di impegno. A tale riguardo si rinvia all'analisi congiunta del settembre 2005, Commission Staff working Paper on the Joint Review of implementation by the U.S. Bureau of Customs and Border Protection of the Undertakings set out in Commission Decision 2004/535/EC of 14 May 2004, COM (2005) final, in cui il gruppo UE ha rilevato una reticenza dell'Ufficio delle dogane americano a mostrare tutti documenti necessari ai fini dell'analisi, una riluttanza ad abbandonare il sistema “pull”, nonché una carenza nell'introduzione di garanzie per i ricorsi dei passeggeri.

³⁶¹ Cfr. decisione del Consiglio del 17 maggio 2004, 2004/496/CE, in *GUE*, L 183, del 20 maggio 2004, pag. 83.

³⁶² Se l'accordo è già stato stipulato, la domanda di parere risulta priva di oggetto, cfr. Corte di giustizia, parere del 13 dicembre 1995, 3/94, in *Racc.*, I-4577.

proporre due ricorsi in annullamento, ai sensi dell'art. 230 TCE³⁶³. Si tratta del primo caso in cui ha esercitato questo potere come ricorrente privilegiato, grazie alla riforma di Nizza³⁶⁴.

Per contestare la decisione sull'adeguatezza adottata dalla Commissione, il Parlamento europeo ha invocato quattro motivi di annullamento: l'eccesso di potere, la violazione dei principi fondamentali della Direttiva, la violazione del diritto alla protezione dei dati personali e la violazione del principio di proporzionalità. La Corte di giustizia si è limitata solo all'esame del primo motivo e ha fondato su di esso la propria pronuncia di annullamento. Seguendo una prassi ormai consolidata, ha concluso infatti che, una volta annullato l'atto per errata scelta della base giuridica, non occorresse procedere all'esame delle altre questioni.

Con il primo motivo di ricorso il Parlamento europeo ha giustamente sostenuto che l'adozione della decisione di adeguatezza era stata adottata *ultra vires*. Lo scopo perseguito riguardava infatti un settore, come quello della salvaguardia della pubblica sicurezza e della repressione dei reati, che esula dall'ambito di applicazione *ratione materiae* della Direttiva 95/46/CE. Quest'ultima, come è già stato ricordato, non copre le attività disciplinate dai titoli V e VI del Trattato sull'Unione, ma solo quelle rientranti nel diritto comunitario propriamente inteso³⁶⁵. La Corte analizzando i "considerando" della decisione ha concluso che «il trasferimento dei dati al CBP costituisce un trattamento avente come oggetto la pubblica sicurezza e le attività dello Stato in materia di diritto penale». I giudici di Lussemburgo hanno quindi annullato la decisione sull'adeguatezza perché aveva ad oggetto un trattamento di dati personali facente parte delle attività escluse dall'ambito di applicazione della Direttiva. Anche se i dati personali erano stati inizialmente raccolti dalle compagnie aeree per scopi commerciali, venivano successivamente trattati non per realizzare una prestazione di servizi, ma per

³⁶³ L'eurodeputata Johanna Boogerd-Quaak, relatrice della commissione LIBE del PE ha affermato che «refusing to wait the Court's opinion is disrespectful to the authority of the Court and a breach of the duty of loyal co-operation between EU institutions», in www.euobserver.com/?sid=22&aid=16089; sulla leale collaborazione tra le istituzioni cfr. Sentenza del 27 settembre 1988, *Parlamento c. Consiglio*, causa 302/87, in *Racc.* 1988, pag. 5615 e ss.; sull'effettiva partecipazione del PE al processo legislativo come fondamentale principio della democrazia, la cui omissione costituisce la violazione di una formalità sostanziale e comporta la nullità dell'atto, cfr. Corte di giustizia, sentenza del 29 ottobre 1980, *Roquettes Frères c. Consiglio*, causa 138/79, in *Racc.* 1980, pag. 3333 e ss. Il Parlamento europeo ha presentato una richiesta di procedura accelerata che la Corte di giustizia ha respinto perché ha ritenuto insussistenti le circostanze atte a giustificarla; cfr. Corte di giustizia, ordinanza del 21 settembre 2004, causa C-317/04, in www.curia.eu.int

³⁶⁴ È noto infatti che il Trattato di Nizza ha attribuito al Parlamento europeo il potere di ricorso in annullamento, senza più limitarlo alla salvaguardia delle sue prerogative.

³⁶⁵ L'art. 3 n. 2 della direttiva 95/46/CE stabilisce che: «le disposizioni della presente direttiva non si applicano ai trattamenti di dati personali effettuati per l'esercizio di attività che non rientrano nel campo di applicazione del diritto comunitario, come quelle previste dai titoli V e VI del Trattato sull'Unione europea e comunque ai trattamenti aventi come oggetto la pubblica sicurezza, la difesa, la sicurezza dello Stato (compreso il benessere economico dello Stato, laddove tali trattamenti siano connessi a questioni di sicurezza dello Stato) e le attività dello Stato in materia di diritto penale».

salvaguardare la sicurezza pubblica e perseguire scopi repressivi, settori che esulano dal diritto comunitario propriamente inteso.

Con il secondo motivo il Parlamento europeo ha lamentato la violazione dei principi fondamentali della Direttiva, ed in particolare del principio di finalità limitata. La violazione di quest'ultimo derivava, secondo il Parlamento europeo, dalla discrasia tra gli scopi commerciali alla base della raccolta dei dati PNR da parte delle compagnie aeree e quelli di salvaguardia della sicurezza interna perseguiti dal CBP mediante il trattamento finale. Come suggerito dall'Avvocato generale, la Corte ha scelto di non analizzare tali aspetti, in considerazione del fatto che la decisione sull'adeguatezza esulava dall'ambito d'applicazione della Direttiva. Si ritiene però che tale posizione non sia del tutto condivisibile. Se è vero infatti che al momento attuale non è stato ancora adottato un atto del terzo pilastro che regoli la materia, è altrettanto vero che la Convenzione europea n. 108 del 1981 e la relativa Raccomandazione (87) 15, adottati nell'ambito del Consiglio d'Europa, costituiscono la fonte di riferimento per la protezione dei dati in materia penale³⁶⁶. In attesa dell'adozione di un atto giuridicamente vincolante che garantisca nel terzo pilastro un livello di protezione dei dati personali equivalente a quello previsto dalla disciplina comunitaria, valgono pertanto i principi contenuti nella Convenzione n. 108, così come recepiti dalla Direttiva.

La violazione del diritto alla protezione dei dati personali garantito dall'art. 8 CEDU e la violazione del principio di proporzionalità costituiscono il terzo e il quarto motivo di ricorso contro la decisione sull'adeguatezza. Il Parlamento europeo li ha invocati anche a sostegno dell'annullamento della decisione del Consiglio relativa alla conclusione dell'accordo³⁶⁷. Il richiamo generico alla legislazione statunitense contenuto nel suddetto accordo non soddisfa il requisito dell'accessibilità³⁶⁸. A fare difetto risulta inoltre la condizione di prevedibilità. La decisione sull'adeguatezza e quella del Consiglio sulla conclusione dell'accordo non contengono infatti con sufficiente precisione i diritti e gli obblighi dei vettori aerei e dei passeggeri. Questi ultimi, in particolare, ricevono un'informazione generale, in contrasto non solo con l'art. 10 e 11 della Direttiva, che nel caso di specie non potrebbe venire in rilievo, ma anche con l'art. 8 lett. a) della Convenzione europea n. 108, che, invece, risulterebbe applicabile³⁶⁹.

Si concorda inoltre con il Parlamento europeo quando critica il valore degli *Undertakings*. Questi non sono propriamente qualificabili come un impegno formale del

³⁶⁶ Cfr. *supra*, parr. I.3 e I.6.

³⁶⁷ Stante questa coincidenza di argomenti, l'Avvocato generale ha invitato la Corte alla riunione delle due cause.

³⁶⁸ Soddisfa invece tale esigenza il richiamo specifico alla Direttiva 95/46/CE. L'individuazione della normativa statunitense relativa all'obbligo di trasmissione dei dati personali contenuti nei PNR avviene nella decisione della Commissione europea sull'adeguatezza e non nell'accordo.

³⁶⁹ L'Art. 8 lett. a) della Convenzione europea n. 108 del 1981 sancisce che: «ogni persona deve avere la possibilità di conoscere l'esistenza di una collezione autorizzata di dati a carattere personale, i suoi fini principali, nonché l'identità e la residenza abituale o la sede principale del responsabile della collezione».

Governo statunitense dotato di forza obbligatoria, ma come “impegni” assunti dall’Autorità amministrativa³⁷⁰. La stessa Commissione europea nella decisione sull’adeguatezza li qualifica come un “impegno politico” il cui inadempimento «può essere eventualmente fatto valere attraverso mezzi giuridici, amministrativi e politici»³⁷¹. Ad ulteriore conferma dell’assenza di una loro forza giuridica vincolante è possibile richiamare anche il par. 47 della Dichiarazione d’impegno in cui si afferma che «la presente dichiarazione non crea o conferisce alcun diritto o vantaggio o beneficio a persone fisiche o giuridiche, private o pubbliche». Infine, il numero dei dati richiesti (34)³⁷², comprensivo di dati sensibili, ed il periodo di conservazione (3 anni e 6 mesi) risultano eccessivi, in violazione del principio di proporzionalità.

L’accordo tra CE e Australia sul trattamento dei dati PNR costituisce un esempio virtuoso, dal momento che ha previsto un sistema compatibile con i principi fondamentali di rispetto della vita privata e di protezione dei dati personali³⁷³. Un software di interrogazione elimina automaticamente i dati di quei passeggeri che non presentano profili di rischio e la conservazione dei dati dura il tempo necessario all’indagine e riguarda esclusivamente i passeggeri che hanno violato una legge sulla protezione delle frontiere. Le dogane non hanno accesso ai dati dopo 24-48 ore dall’atterraggio e sono tenute ad assicurare ai passeggeri i diritti di accesso, rettifica ed obiezione dei dati raccolti.

A differenza della tesi sostenuta dal Parlamento europeo e conformemente alle conclusioni dell’Avvocato generale, sembrano soddisfatti i requisiti dello scopo legittimo e dell’ingerenza necessaria in una società democratica, richiesti dall’art. 8 CEDU. Il trattamento dei dati PNR, così come risultante dall’accordo CE-USA, persegue infatti l’obiettivo di lottare contro il terrorismo e prevenire e contrastare altri

³⁷⁰ Essi non risultano allegati all’accordo bensì alla decisione della Commissione europea sull’adeguatezza. La situazione è analoga per la Dichiarazione di impegno del Canada. Nel caso canadese, però, gli impegni risultano vincolanti. L’art. 3 par. 1 dell’Accordo CE-Canada prevede infatti che «i dati API/PNR delle persone che effettuano viaggi pertinenti all’accordo siano trattati secondo le modalità descritte negli impegni assunti dall’autorità competente che acquisisce i dati API/PNR».

³⁷¹ Considerando n. 13 della decisione sull’adeguatezza della Commissione europea.

³⁷² Il Garante europeo per la protezione dei dati, ammesso per la prima volta ad intervenire in una causa pendente davanti alla Corte di giustizia, ha dichiarato che il trattamento di sei categorie di dati costituisce un pregiudizio evidente al diritto alla vita privata. Tale violazione dipenderebbe dalla possibilità di ricostruire i profili personali sulla base di tali dati. Si tratta delle rubriche: “informazioni sui viaggiatori abituali”, “osservazioni generali”, “informazioni Other Service Information”, “informazioni Special Service Request” (ne sono un esempio la scelta de pasto a bordo o la richiesta di assistenza sanitaria), “numero di viaggiatori nel PNR e “informazioni Advanced Passenger Information System. L’intervanto del Garante europeo è stato reso possibile grazie ad un’interpretazione ampia della missione descritta all’art. 41 del regolamento 45/2001. Tale norma attribuisce al Garante europeo il potere di assicurare un alto livello di protezione dei dati in tutte le politiche comunitarie, in veste di consigliere. La cooperazione con gli organi di controllo del terzo pilastro (Schengen, Europol Eurojust) e l’appartenenza al Gruppo “Art. 29” gli permettono di contribuire all’elaborazione di un quadro più coerente e logico della protezione dei dati, a prescindere dal pilastro preso in considerazione. Cfr. Corte di giustizia, ordinanza del 17 marzo 2005, causa 317/04, in *www.curia.eu.int*. Contro la posizione del PE e del Garante europeo, cfr. Conclusioni dell’Avvocato generale Léger, presentate il 22 novembre 2005, in *www.curia.eu.int*, punto 238 e ss.

³⁷³ Cfr. parere 1/2004 e parere 2/2004 punto 1 del Gruppo “Art. 29”.

gravi reati, che, sebbene non specificatamente individuati, rientrano tra le categorie di interessi menzionati dall'art. 8 n. 2 CEDU legittimanti l'ingerenza nella sfera privata.

I motivi di annullamento sollevati dal Parlamento europeo contro la decisione del Consiglio sono analoghi a quelli rivolti contro la decisione sull'adeguatezza. Non si tornerà pertanto ad esaminarli. Occorre tuttavia segnalare che la Corte, accogliendo la critica mossa dal PE, ha giudicato incorretta la scelta della base giuridica poiché la decisione non aveva per oggetto né per contenuto l'instaurazione e il funzionamento del mercato interno, ma era volta a conferire al CBP il diritto d'accesso ai dati PNR per la prevenzione e la lotta contro il terrorismo³⁷⁴.

La sentenza di annullamento pronunciata dalla Corte di giustizia ha previsto che gli effetti dell'accordo dovessero essere mantenuti fino al 30 settembre 2006 per garantire la certezza del diritto e proteggere le persone interessate.

Per evitare il formarsi di un vuoto giuridico sulla materia, il Consiglio dell'UE ha deciso di autorizzare la Presidenza, assistita dalla Commissione europea, a riaprire i negoziati con gli Stati Uniti. L'esigenza di una maggiore armonizzazione ha portato a propendere per un nuovo accordo concluso dall'Unione europea e fondato sulla corretta base giuridica, piuttosto che per accordi bilaterali stipulati dai singoli Stati membri³⁷⁵.

Il 6 ottobre 2006 si sono concluse le negoziazioni ed è stato adottato un accordo "ad interim", fondato sulla corretta base giuridica³⁷⁶ che produce i suoi effetti dal momento della firma fino alla data della sua estinzione, fissata per il 31 luglio 2007³⁷⁷.

Come è già stato detto, la Corte non si è pronunciata sul contenuto dell'accordo, anche se il Parlamento europeo ne aveva evidenziato i difetti. Le negoziazioni dovevano quindi essere finalizzate alla sola modifica della base giuridica. In realtà sono state sfruttate dagli Stati Uniti per rivedere le loro posizioni e per dare una lettura più restrittiva degli "Undertakings".

Trattandosi di una materia rientrante nel terzo pilastro, il Parlamento europeo non è stato coinvolto nelle negoziazioni, né potrà in futuro sindacare davanti alla Corte di giustizia la legittimità dell'accordo³⁷⁸. Si è pertanto parlato di "vittoria di Pirro" per il Parlamento europeo.

³⁷⁴ Cfr. sul punto *infra* Cap. IV par. II.

³⁷⁵ Cfr. Commissione europea, *Raccomandation from the Commission to the Council for an authorisation to open negotiations for an agreement with the United States of America on the use of Passenger Name Records (PNR) data to prevent and combat terrorism and transnational crime, including organised crime*; cfr. Gruppo "Art. 29", *Opinion on the Protection of Individual with regard to the Processing of Personal Data*, Bruxelles, 14 giugno 2006.

³⁷⁶ Si tratta degli artt. 24 e 38 TUE che attribuiscono al Consiglio il potere di concludere trattati internazionali nelle materie del terzo pilastro secondo la disciplina prevista in ambito PESC

³⁷⁷ Cfr. art. 7 della proposta di Accordo.

³⁷⁸ Secondo l'art. 35 par. 6 solo gli Stati membri e la Commissione europea possono proporre ricorsi di legittimità. Il ruolo della Corte di giustizia risulta limitato e disomogeneo. L'art. 35 par. 2 stabilisce infatti che ogni Stato membro possa accettare la competenza pregiudiziale della Corte di giustizia e decidere quale giurisdizione nazionale può proporre un rinvio pregiudiziale.

Leggendo il nuovo accordo emergono alcuni elementi piuttosto significativi, espressione della tendenza “*sécuritaire*” degli ultimi anni. Il Preambolo non si apre più con l’affermazione dell’importanza del rispetto dei diritti fondamentali nella prevenzione e nella lotta contro il terrorismo e gli altri reati di natura transnazionale, ma con la dichiarazione d’impegno delle Parti contraenti di prevenire e combattere il terrorismo e la criminalità transnazionale. Il richiamo al rispetto dei diritti fondamentali passa in secondo piano.

È invece da accogliere con favore l’inserimento della indicazione specifica delle leggi statunitensi adottate negli ultimi anni in materia di lotta al terrorismo. Viene in tal modo soddisfatto il requisito dell’accessibilità della legge, richiesto dall’art. 8 CEDU.

Desta invece preoccupazione il mantenimento della previsione secondo la quale il Department of Homeland Security tratta i dati PNR «in accordance with applicable US law». Le frequenti modifiche cui è soggetta la legislazione statunitense in tale materia rischiano infatti di costringere l’UE ad accettare, senza poter intervenire, le variazioni effettuate.

Risulta inoltre deludente la mancata riduzione del numero dei dati PNR scambiati. La lettera di interpretazione degli *Undertakings* autorizza addirittura il DHS ad aggiungere altri dati se vi fosse tale necessità.

È da accogliere con favore, invece, l’intenzione di passare dal sistema “*pull*” al sistema “*push*”, che, come è stato precedentemente evidenziato, è considerato meno intrusivo dal punto di vista del rispetto della privacy. Tale passaggio non è tuttavia privo di inconvenienti. Nella lettera di interpretazione gli USA hanno infatti specificato che il sistema “*push*” non attribuisce alle compagnie aeree il potere di decidere discrezionalmente quando, come e quali dati trasmettere. Ne deriva dunque che se l’accesso diretto alle banche dati delle agenzie aeree poteva avvenire solo nelle 72 ore prima della partenza del volo, con il sistema “*push*” questo limite viene meno. Vengono pertanto ampliate le possibilità di controllo da parte delle autorità statunitensi.

Infine la lettera di interpretazione degli *Undertaking*” autorizza il DHS a trasmettere i dati PNR ad altre autorità del governo statunitense incaricate della prevenzione e della lotta contro il terrorismo. Si tratta di una previsione che lascia ampia discrezionalità al DHS. Poco soddisfacente appare la circostanza che tali autorità dichiarino per iscritto di rispettare gli standards di protezione dei dati applicabili al DHS e che il DHS ne informi l’UE.

La conclusione del nuovo accordo UE-USA non ha portato gli effetti sperati. Per cercare di trovare un giusto equilibrio tra la tutela della sicurezza pubblica e la protezione dei dati personali sarebbe stato opportuno conformarsi alle previsioni

contenute nei trattati che la Comunità europea ha concluso con il Canada e l'Australia³⁷⁹.

III.4: La conservazione dei dati relativi alle comunicazioni a fini di ricerca, accertamento e perseguimento della criminalità e del terrorismo

La necessità di rafforzare l'aspetto sicurezza all'interno dell'Unione, manifestata nella Dichiarazione del Consiglio europeo del 25 marzo 2004 sulla lotta al terrorismo, ha indotto quattro Stati membri a presentare un'iniziativa volta all'adozione di una decisione-quadro sulla conservazione dei dati trattati e memorizzati nel quadro della fornitura di servizi di comunicazioni elettroniche accessibili al pubblico o dei dati sulle reti pubbliche di comunicazione, a fini di prevenzione, ricerca, accertamento e perseguimento della criminalità e del terrorismo³⁸⁰.

La proposta di decisione-quadro ha sollevato alcuni dubbi, primo fra tutti quello relativo alla base giuridica prescelta, ovvero l'art. 31 par. 1 e l'art. 34 par. 2 lett. b) TUE. A tale riguardo, i servizi giuridici delle tre Istituzioni comunitarie hanno affermato che era opportuno lasciare alla disciplina del terzo pilastro i provvedimenti relativi all'accesso e allo scambio dei dati immagazzinati dagli Stati membri, mentre era necessario ricondurre al primo pilastro, ed in particolare all'art. 95 TCE, la definizione dei dati da memorizzare ed il periodo di conservazione³⁸¹. Alla base di tale conclusione

³⁷⁹ Cfr. *supra*. A quest'ultimo riguardo occorre segnalare che tali accordi sarebbero però passibili di annullamento per errata individuazione della base giuridica. Al fine di scongiurare tale eventualità, il Preambolo dell'Accordo UE-USA stabilisce che «the same principle will be applied in any similar agreement on the processing and transfer of PNR data». A differenza dell'accordo CE-USA la rinegoziazione di quelli con il Canada e l'Australia non necessiterebbe di alcuna modifica nel contenuto, ma solo nell'individuazione della base giuridica.³⁷⁹ La Dichiarazione di impegno del Canada prevede infatti un sistema "push" che permette alle compagnie aeree di controllare il trasferimento e la trasmissione dei dati. L'elenco dei dati PNR richiesti (25) appare più limitato e circoscritto. Non vengono infatti compresi i dati sensibili e le categorie aperte di dati che possono rivelare informazioni sensibili. Le finalità cui è subordinato il trasferimento sono più strettamente definite. Lo scambio dei dati con altri Paesi è sottoposto ad una constatazione di adeguatezza ai sensi della Direttiva 95/46/CE. Infine il Canada possiede una normativa in materia di protezione dei dati, che tutela la persona interessata, anche attraverso la supervisione di un garante indipendente. La proposta di accordo era stata tuttavia sottoposta al parere del Garante europeo per la protezione dei dati il quale aveva segnalato alcune lacune, cfr. parere del Garante europeo della protezione dei dati del 15 giugno 2005, in GUE del 5 settembre 2005, C 218, pag. 6 e ss.; cfr. anche relazione della commissione LIBE del 4 luglio 2005, A6-0226/2005, in *www.europarl.eu.int*; cfr. il parere 1/2004 del Gruppo "Art. 29"; cfr. decisione del Consiglio relativa alla conclusione di un accordo tra la Comunità e il governo del Canada sul trattamento delle informazioni anticipate sui passeggeri e dei dati delle pratiche dei passeggeri (PNR), COM (2005)200 definitivo del 19 maggio 2005; Cfr. Accordo tra la Comunità europea e il Governo del Canada, in GUE, L 82, del 21 marzo 2006, pag. 15; cfr. Decisione della Commissione sul livello di protezione adeguato dei dati personali contenuti nei PNR dei passeggeri aerei trasferiti all'Agenzia dei servizi di frontiera del Canada, in GUE, L 91, del 29 marzo 2006, pag. 49 e ss.

³⁸⁰ Cfr. iniziativa di Francia, Irlanda, Svezia e Regno Unito, Doc. 8958/04 del 28 aprile 2004.

³⁸¹ Cfr. Parere del servizio giuridico della Commissione europea 7735/05 COPEN 64 JUR 138; cfr. parere del servizio giuridico del Consiglio 7688/05 JUR 137 COPEN 62 TELECOM 21; Cfr. Parere della

vi era la considerazione che queste ultimi aspetti trovano già una regolamentazione nella Direttiva 2002/58/CE relativa alla vita privata e alle comunicazioni elettroniche³⁸². Ogni modifica della materia non poteva dunque formare oggetto di uno strumento fondato sul Trattato UE. L'art. 47 TUE prevede infatti che «fatte salve le disposizioni che modificano il Trattato che istituisce la Comunità europea per creare la Comunità europea,(...) nessuna disposizione del presente Trattato pregiudica i trattati che istituiscono le Comunità europee né i trattati e atti successivi che li hanno modificati o completati».

Seguendo tale indicazione, è stata recentemente adottata, su proposta della Commissione europea, una direttiva volta a regolare l'armonizzazione delle categorie dei dati e del periodo di conservazione da parte dei fornitori di servizi³⁸³. Nel considerando n. 25 si specifica che le questioni relative all'accesso e al ricorso ai dati da parte di autorità nazionali non rientrano nel campo del diritto comunitario, ma possono essere oggetto di legislazione nazionale o di azione ai sensi del Titolo VI TUE. In ogni caso devono rispettare pienamente i diritti fondamentali risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri e garantiti dalla CEDU. Il contenuto di tale atto corrisponde in parte a quello della proposta di decisione-quadro. L'obiettivo perseguito sembra il medesimo, ovvero quello di garantire la disponibilità dei dati di comunicazione elettronica per fini legati alle attività di contrasto e alla sicurezza, come la prevenzione, la ricerca, l'accertamento e il perseguimento di reati gravi. Il generico riferimento ai "gravi reati" senza ulteriori specificazioni, a parte il richiamo alla criminalità organizzata contenuto nel considerando n. 7, sembra contrastare con il principio di finalità limitata.

A differenza della Direttiva 2002/58/CE che permette la conservazione dei dati solo quando essa risulta necessaria, appropriata e proporzionata in una società democratica, la proposta prevede l'obbligo generalizzato dei *providers* di conservare le comunicazioni. Tale previsione sembra violare quanto previsto dall'art. 8 par. 2 CEDU e dalla relativa giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Occorre infatti ricordare che l'ingerenza di un'autorità pubblica nella sfera privata di un individuo si considera legittima solamente se è prevista dalla legge e costituisce una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del Paese, alla difesa dell'ordine pubblico e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute e della morale o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui. La

Commissione giuridica del Parlamento europeo del 31 marzo 2005 in Relazione della Commissione LIBE del PE del 31 maggio 2005, A5-0174/2005.

³⁸² Direttiva 2002/58/CE del 12 luglio 2002 relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle telecomunicazioni, in *GUE*, L 201 del 31 luglio 2002, pag. 37 e ss.

³⁸³ Cfr. direttiva 2006/24/CE riguardante la conservazione dei dati generati o trattati nell'ambito della fornitura di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico o di reti pubbliche di comunicazione che modifica la direttiva 2002/58/CE. La base giuridica individuata nell'art. 95 TCE. L'Irlanda ha presentato un ricorso in annullamento per incorretta scelta della base giuridica, sul punto cfr. Cap. IV par. II.

sorveglianza degli individui può quindi ritenersi lecita solo se eccezionale e limitata a condizioni specifiche³⁸⁴. La direttiva non sembra soddisfare tali condizioni, dal momento che prevede la conservazione “generalizzata” dei dati relativi al traffico proveniente dalla telefonia fissa e mobile nonché da Internet³⁸⁵. La sorveglianza delle comunicazioni da eccezione si trasforma quindi in regola. Ne consegue che ogni utente diventa un “sospetto”³⁸⁶. I dati oggetto di conservazione non riguardano categorie circoscritte di individui sottoposti a sorveglianza in base a leggi specifiche, ma tutti gli utilizzatori e i fruitori dei servizi di telecomunicazione. Una tale scelta legislativa sembra violare il principio di proporzionalità e si pone in contrasto con i principi contenuti nella Convenzione sul Cybercrime del Consiglio d’Europa³⁸⁷. Quest’ultima limita la conservazione dei dati di traffico a specifiche utenze oggetto di indagini o a ragionevoli sospetti e prevede la cancellazione immediata al termine dei relativi accertamenti. La soluzione adottata dalla proposta permette invece ad ogni Stato membro di monitorare le attività quotidiane di tutti i cittadini con conseguente rischio di abuso da parte delle autorità pubbliche.

Si ritiene poi che la collaborazione giudiziaria penale non risulterebbe avvantaggiata dalla conservazione di una gigantesca mole d’informazioni. La ricerca dei dati necessari per scopi giudiziari potrebbe infatti nella pratica risultare appesantita da informazioni che non appaiono rilevanti ai fini investigativi.

Occorre inoltre evidenziare che l’obbligo imposto ai *providers* di conservare i dati per finalità diverse da quelle meramente commerciali per le quali sono stati raccolti rappresenta una deroga al principio di finalità limitata³⁸⁸ che non trova una giustificazione adeguata.

³⁸⁴ Cfr. sentenza della Corte europea dei diritti dell’uomo del 6 settembre 1978, *Klass c. Germania*, in *Raccolta, Serie A*, n. 28, par. 41, cfr. *supra*, I.1.

³⁸⁵ L’art. 5 della direttiva 2006/24/CE individua le categorie di dati soggetti a conservazione.

³⁸⁶ Cfr. BUNYAN, T., in www.statewatch.org/news/2005/jul/05eu-data-retention.htm; secondo PAYE, J.- C., «L’état d’urgence s’inscrit dans la durée. Il est considérée comme une nouvelle forme de régime politique, ayant pour vocation la défense de la démocratie et des droits de l’homme. Autrement dit, le citoyen doit être prêt, pendant une longue période, à renoncer à ses libertés concrètes afin de maintenir un ordre démocratique auto-proclamé et abstrait», PAYE, J.- C., *Lutte antiterroriste : la fin de l’état de droit*, in *Rev. Trim. Dr. h.*, 2004, pag. 62.

³⁸⁷ Si tratta della Cybercrime Convention n. 185 del 23 novembre 2001 del Consiglio d’Europa. Tale Convenzione non è ancora stata ratificata da tutti gli Stati membri. Cfr. sul punto la relazione presentata dall’eurodeputato Alvaro della Commissione LIBE del PE del 31 maggio 2005, A-5-0174/2005. L’Unione non può permettersi di adottare uno strumento legislativo in contrasto con i principi contenuti in una Convenzione firmata dalla maggior parte degli Stati membri.

³⁸⁸ Gruppo di lavoro “Art. 29”, *Avis 9/2004 sur le projet de décision cadre sur la conservation de données traitées et stockées en relation avec la mise à disposition de services de communications électroniques disponibles publiquement ou de données sur les réseaux de communications publiques aux fins de la prévention, l’étude, la détection et la poursuite des actes criminels, y compris le terrorisme*, del 9 novembre 2004. Cfr. sentenza della Corte europea dei diritti dell’uomo del 16 febbraio 2000, *Amann c. Svizzera*, in *Raccolta*, 2000-II, n. 843; cfr. sentenza della Corte europea dei diritti dell’uomo del 24 aprile 1990, *Kruslin c. Francia*, in *Raccolta Serie A*, n. 176; cfr. sentenza della Corte europea dei diritti dell’uomo del 2 agosto 1984, *Malone c. Regno Unito*, in *Raccolta Serie A*, n. 82.

I dati devono essere conservati per un periodo non inferiore a 6 mesi e non superiore a 2 anni. La conservazione sistematica e obbligatoria dei dati prevista dalla proposta di decisione-quadro non sembra soddisfare tali criteri e risulta pertanto sproporzionata.

Occorre salutare, invece, con favore il richiamo alle disposizioni della Direttiva 2002/58/CE e della Direttiva 95/46/CE in merito al principio di protezione e sicurezza dei dati³⁸⁹. L'atto in esame non riconosce espressamente ai soggetti interessati il diritto d'informazione o quello di chiedere la rettifica e la cancellazione dei dati inesatti. L'unico rinvio alla Direttiva 95/46/CE viene circoscritto alle disposizioni contenute nel Capo III, ovvero ai ricorsi giurisdizionali, al diritto di risarcimento e alle sanzioni³⁹⁰.

L'accesso ai dati è consentito alle autorità competenti in casi specifici, conformemente alle normative nazionali. La direttiva, tuttavia, non si sofferma ad individuare quali siano i soggetti dotati di tale prerogativa, ma stabilisce che le procedure e le condizioni devono soddisfare i principi di necessità e proporzionalità, nel pieno rispetto del diritto UE e della CEDU³⁹¹.

SEZIONE IV: Lo scambio di informazioni nell'ambito della cooperazione penale e di polizia

IV.1: Lo scambio dei risultati delle analisi del DNA

Con la risoluzione del 25 giugno 2001 il Consiglio ha elaborato un formulario per lo scambio di dati sul profilo del DNA ottenuti con l'analisi forense³⁹². La risoluzione si inquadra nell'ambito delle misure volte a sviluppare ed approfondire la cooperazione giudiziaria penale. Persuaso che lo scambio dei risultati delle analisi del DNA possa essere essenziale per combattere la criminalità in modo controllato ed efficiente, il Consiglio ha invitato gli Stati membri ad utilizzare gli stessi marcatori del DNA. Sono state opportunamente richiamate non solo la Convenzione n. 108 e la Raccomandazione (87) 15 del Consiglio d'Europa, ma anche la Raccomandazione (92) 1 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa sull'impiego di analisi di DNA nella giustizia penale.

³⁸⁹ Cfr. art. 7 direttiva 2006/24/CE.

³⁹⁰ Cfr. art. 13 direttiva 2006/24/CE.

³⁹¹ Cfr. art. 4 direttiva 2006/24/CE.

³⁹² Risoluzione del Consiglio del 25 giugno 2001 sullo scambio dei risultati delle analisi del DNA, in *GUCE*, C 187 del 3 luglio 2001, pag. 1 e ss.

Nel pieno rispetto del principio di finalità limitata il Consiglio ha circoscritto lo scambio dei risultati delle analisi del DNA al solo caso in cui vi sia ragione di credere che possano fornire informazioni pertinenti alle indagini penali. Il carattere sensibile dei dati ricavabili da tali analisi ha spinto il Consiglio a limitare ulteriormente l'utilizzazione dei risultati, escludendo quelle zone cromosomiche idonee a fornire informazioni su specifiche caratteristiche ereditarie.

Degna di nota è la previsione secondo la quale occorre tenere conto dei progressi della scienza. Nel caso i marcatori elencati nella risoluzione diventino in grado di fornire informazioni su specifiche caratteristiche ereditarie, gli Stati membri devono distruggere i risultati delle analisi da essi ottenuti.

A differenza di una precedente risoluzione sul medesimo soggetto³⁹³, il Consiglio non ha invitato gli Stati membri a creare banche dati nazionali sul DNA in vista dell'istituzione di un sistema europeo di scambio delle informazioni, né ha attribuito agli Stati membri la competenza a decidere in quali condizioni e per quali reati i dati DNA possono essere raccolti nelle banche dati nazionali³⁹⁴.

IV.2: La decisione relativa allo scambio di informazioni estratte dal casellario giudiziario e la proposta di decisione-quadro sull'organizzazione e il contenuto dello scambio di informazioni estratte dal casellario giudiziario

Lo sviluppo di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia non può prescindere da una buona circolazione delle informazioni relative alle condanne pronunciate nei confronti di persone che risiedono nel territorio degli Stati membri. In risposta all'esigenza di una normativa europea in grado di assicurare un'efficiente, giusta e rapida azione penale, il Consiglio ha adottato, su proposta della Commissione, la decisione sullo scambio di dati estratti dal casellario giudiziario³⁹⁵. L'obiettivo perseguito è quello di migliorare il funzionamento dei meccanismi esistenti, regolati dalla Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale del 1959³⁹⁶. Tale

³⁹³ Cfr. Risoluzione del Consiglio del 9 giugno 1997 relativa allo scambio dei risultati d'analisi del DNA, in *GUCE*, C 193 del 24 giugno 1997, pag. 2 e ss.

³⁹⁴ Cfr. punti I e III della Risoluzione del Consiglio del 9 giugno 1997 sullo scambio dei risultati delle analisi del DNA, in *GUCE*, C 193 del 24 giugno 1997, pag. 2 e ss.

³⁹⁵ Cfr. decisione relativa allo scambio di informazioni estratte dal casellario giudiziario, 2005/876/GAI del 21 novembre 2005, in *GUE*, L 322 del 9 dicembre 2005, pag. 33; cfr. proposta di decisione relativa allo scambio di informazioni estratte dal casellario giudiziario, COM (2004) 664 definitivo, in *GUE*, C 322 del 29 novembre 2004, pag. 9. L'accordo politico raggiunto in tempi brevi dal Consiglio ha conto solo in parte delle osservazioni presentate dal Garante europeo e degli emendamenti avanzati dal Parlamento europeo. Cfr. parere del Garante europeo per la protezione dei dati, in *GUE*, C 58 dell'8 marzo 2005, pag. 5; cfr. Risoluzione del Parlamento europeo, in *GUE*, C 304 E del 1° dicembre 2005, pag. 107.

³⁹⁶ La decisione 2005/876/GAI completa ed agevola l'applicazione della Convenzione europea del 1959 senza sostituirsi ad essa, cfr. considerando n. 6 della decisione.

Accordo ha introdotto l'obbligo per gli Stati che ne fanno parte di trasmettersi ogni anno informazioni sulle condanne di cui i rispettivi cittadini sono stati oggetto³⁹⁷. La lentezza delle procedure per ottenere le informazioni, unita alla difficoltà di identificare rapidamente gli Stati nei quali una persona è già stata condannata si oppongono alla necessità di una efficiente cooperazione giudiziaria all'interno dell'Unione³⁹⁸. La decisione cerca quindi di superare tali ostacoli prevedendo uno scambio di informazioni in tempi brevi e in modo strutturato, ovvero attraverso un'autorità centrale³⁹⁹. Quest'ultima deve informare senza ritardo le autorità centrali degli altri Stati membri delle condanne pronunciate nei confronti dei cittadini di tali Stati iscritte nel casellario giudiziario nazionale⁴⁰⁰ e può rivolgere una richiesta di informazioni sulla base di un apposito formulario in cui vengono riportate le generalità della persona interessata⁴⁰¹. La risposta deve essere trasmessa immediatamente o, al massimo, entro dieci giorni⁴⁰². In tal caso lo Stato membro richiedente può utilizzare le informazioni solo per il procedimento penale per il quale sono state richieste. L'art. 4 ammette tuttavia l'utilizzo anche per un fine diverso, purché avvenga conformemente al proprio diritto nazionale e corrisponda al fine per il quale i dati personali sono stati richiesti⁴⁰³. Tale formulazione soddisfa il principio di finalità limitata sancito dalla Convenzione n. 108. Sarebbe stato tuttavia opportuno indicare esplicitamente tra le condizioni di utilizzo dei dati anche il rispetto della Convenzione n. 108, che viene richiamata solo nel considerando n. 9 della decisione in esame.

A differenza della proposta presentata dalla Commissione, il testo licenziato dal Consiglio contempla la possibilità, per la persona interessata, di richiedere informazioni sul proprio casellario giudiziario⁴⁰⁴. Nella nuova versione del formulario allegato alla decisione si prevede inoltre che l'autorità competente indichi l'eventuale consenso dato

³⁹⁷ La Convenzione europea del 1959 obbliga gli Stati a trasmettersi le condanne pronunciate contro i rispettivi cittadini, ma non impone l'iscrizione nei rispettivi registri. Ne deriva pertanto che il casellario giudiziario può risultare incompleto.

³⁹⁸ Cfr. considerando n. 3 della decisione.

³⁹⁹ Cfr. art. 1 della decisione. La presenza di un'autorità centrale competente a trasmettere le informazioni non esclude tuttavia la possibilità per le autorità giudiziarie di ottenere tali informazioni rivolgendosi direttamente ai loro omologhi, secondo quanto sancito dall'art. 6 par. 1 della Convenzione relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea del 29 maggio 2000, in *GUCE*, C 197 del 12 luglio 2000, pag. 1 e ss.

⁴⁰⁰ Cfr. art. 2 della decisione. Il casellario giudiziario è il registro nazionale che riporta le condanne conformemente al diritto nazionale. La sua istituzione è volta principalmente ad informare le autorità responsabili del sistema giudiziario penale sui precedenti dell'imputato.

⁴⁰¹ Tra queste rientrano in modo facoltativo anche le impronte digitali ed altri dati identificativi.

⁴⁰² Cfr. art. 3 della decisione. Il Parlamento europeo aveva proposto un emendamento volto a introdurre, in caso di urgenza, una riduzione del termine a 48 ore. Tale posizione non è stata accolta dal Consiglio.

⁴⁰³ Cfr. art. 4 della decisione. Le condizioni di utilizzo dei dati personali previste dall'art. 4 non trovano invece applicazione in caso di informazione ad iniziativa di parte disciplinata dall'art. 2 della proposta di decisione. In tal caso non esistono quindi limiti ai fini per i quali possono essere utilizzate le informazioni.

⁴⁰⁴ Cfr. art. 3 par. 2 della decisione.

dall'interessato all'ottenimento dell'informazione, se tale assenso è previsto dalla legge dello Stato richiesto.

Il testo esaminato offre solo una prima risposta parziale alle disfunzioni derivanti dall'applicazione della Convenzione europea del 1959. Per tale ragione la Commissione ha elaborato un Libro bianco⁴⁰⁵ che persegue l'obiettivo più ambizioso di creare un sistema informatizzato di scambio d'informazioni tra casellari giudiziari nazionali⁴⁰⁶. L'attuazione di tale sistema dovrebbe svilupparsi in due fasi, la prima volta alla creazione di uno schedario europeo delle persone condannate, cittadini europei e di Paesi terzi, che permetta di individuare rapidamente gli Stati nei quali le persone hanno già subito una condanna, la seconda finalizzata all'elaborazione di un formato europeo standardizzato di scambi che consenta all'utilizzatore finale di ottenere informazioni comprensibili e utilizzabili. Nello schedario dovrebbero essere riportati solamente gli elementi identificativi della persona e lo Stato che ha comminato la pena, mentre resterebbero escluse le informazioni sul contenuto e sulla forma della condanna. Il formato europeo standardizzato dovrebbe invece integrare anche le informazioni relative alla forma, al contenuto e ai fatti che hanno dato luogo alla decisione⁴⁰⁷.

In seguito alla pubblicazione del Libro bianco, la Commissione ha presentato una proposta di decisione-quadro che integra e completa quanto introdotto dalla decisione sopra esaminata, riformando in profondità i meccanismi di scambio previsti. L'opposizione di alcuni Stati membri alla creazione di un casellario giudiziario europeo, ha infatti condotto la Commissione a presentare una proposta tesa a migliorare le procedure di scambio delle informazioni tra i casellari nazionali. Inoltre, a differenza di quanto previsto dal Libro Bianco, la proposta concerne solo i cittadini degli Stati membri⁴⁰⁸. Essa mira a garantire che lo Stato membro di appartenenza sia in grado di fornire una risposta corretta ed esauriente alle richieste relative agli antecedenti giudiziari di un suo cittadino. Tale proposta, se adottata, sostituirà in toto la decisione sopra richiamata.

A differenza di quest'ultima, la proposta in esame prevede una definizione dei termini casellario giudiziario e condanna⁴⁰⁹, inserisce tra gli obblighi che incombono

⁴⁰⁵ Cfr. Libro bianco relativo allo scambio di informazioni sulle condanne penali e sull'effetto di queste ultime nell'Unione europea, COM (2005) 10 definitivo del 25 gennaio 2005, http://europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUriServ/site/it/com/2005/com2005_0010it01.pdf.

⁴⁰⁶ Cfr. Punto 3.3.1 del Programma dell'Aia sul rafforzamento della libertà, della sicurezza e della giustizia nell'Unione europea, in *GUE*, C 53 del 3 marzo 2005 pag. 12. La Commissione europea propone di riutilizzare le infrastrutture del SIS o di Eurodac, conservando tuttavia integralmente l'autonomia di ciascun sistema. Cfr. sul punto 26 del Libro bianco.

⁴⁰⁷ Per superare le difficoltà legate alle differenze tra le nozioni giuridiche utilizzate, la Commissione europea suggerisce di introdurre un dizionario che spieghi la natura ed il significato delle menzioni riportate.

⁴⁰⁸ Nella riunione del Consiglio del 14 aprile 2005, gli Stati membri si sono dichiarati favorevoli alla creazione di un indice dei cittadini di Paesi terzi condannati sul territorio dell'UE. L'accesso alle informazioni relative alle condanne pronunciate nei confronti di tali persone formerà oggetto di proposte ulteriori.

⁴⁰⁹ Cfr. art. 1 della proposta di decisione-quadro.

allo Stato d'appartenenza la conservazione integrale delle informazioni che gli sono state trasmesse dall'autorità centrale dello Stato membro di condanna⁴¹⁰, introduce la possibilità di riutilizzo dei dati trasmessi per prevenire un pericolo immediato e grave per la sicurezza pubblica⁴¹¹, subordina la comunicazione delle informazioni da parte dello Stato di appartenenza ad un Paese terzo alla verifica presso l'autorità centrale dello Stato membro di condanna della sussistenza di limiti alla trasmissione⁴¹², assoggetta i dati trasmessi da un Paese terzo agli stessi limiti di utilizzo previsti per gli Stati membri⁴¹³, richiama la proposta di decisione-quadro relativa alla tutela dei dati personali nel terzo pilastro della proposta di decisione-quadro⁴¹⁴.

Sulla base di tali novità sembra che la proposta risponda meglio alle esigenze di tutela dei dati previste dalla Convenzione n. 108 e dalla proposta di decisione-quadro sulla protezione dei dati nel terzo pilastro.

IV.3: La decisione-quadro sulla semplificazione dello scambio di informazioni e di intelligence tra le autorità degli Stati membri dell'Unione europea incaricate dell'applicazione della legge

Il Consiglio ha adottato, su iniziativa del Regno di Svezia, una decisione-quadro volta a rendere più efficace e veloce lo scambio di informazioni e di intelligence tra le autorità incaricate dell'applicazione della legge, spesso ostacolato dalle differenti procedure e strutture amministrative degli Stati membri⁴¹⁵. L'atto in esame rientra tra quelli elaborati per garantire ai cittadini europei un alto livello di sicurezza.

Nella lotta contro il crimine transfrontaliero è però necessario bilanciare l'interesse ad una rapida ed efficiente cooperazione tra le autorità competenti, con il rispetto delle libertà e dei diritti degli individui, ed in particolare del diritto alla protezione dei dati personali. A tale riguardo, la decisione-quadro richiama opportunamente la Convenzione n. 108 e l'art. 6 TUE, ma non menziona in alcun modo la Carta dei diritti fondamentali⁴¹⁶. Si tratta di una mancanza che non trova ragione, dal momento che tutta la recente legislazione richiama, spesso nell'ultimo considerando, il

⁴¹⁰ Cfr. art. 5 par. 1 della decisione-quadro.

⁴¹¹ Cfr. art. 9 par. 3 della proposta di decisione-quadro.

⁴¹² Cfr. art. 7 par. 3 della proposta di decisione-quadro.

⁴¹³ Cfr. art. 9 par. 4 della proposta di decisione-quadro.

⁴¹⁴ Cfr. considerando n. 10 della proposta di decisione-quadro.

⁴¹⁵ Cfr. decisione-quadro relativa alla semplificazione dello scambio di informazioni e di intelligence tra le autorità degli Stati membri dell'Unione europea incaricate dell'applicazione della legge, 2006/960/GAI, in *GUE*, L 386 del 29 dicembre 2006, pag. 89. Cfr. proposta di decisione-quadro relativa alla semplificazione dello scambio di informazioni e di intelligence tra le autorità degli Stati membri dell'Unione europea incaricate dell'applicazione della legge, in particolare con riguardo ai reati gravi, compresi gli atti terroristici, in *GUE*, C 281 del 18 novembre 2004, pag. 5.

⁴¹⁶ Cfr. art. 1 par. 7 e art. 8 della decisione-quadro.

rispetto dei diritti fondamentali sanciti non solo nell'art. 6 TUE, ma anche nella Carta dei diritti.

Occorre a questo punto verificare se le disposizioni contenute nella decisione-quadro siano compatibili con i diritti e i principi sanciti in tali testi.

La definizione di “autorità incaricate dell'applicazione della legge” appare troppo generica. Essa infatti comprende non solo la polizia nazionale, ma anche le autorità doganali ed altre autorità autorizzate a prevenire o scoprire reati e ad infliggere misure coercitive⁴¹⁷.

Il principio di finalità limitata è soddisfatto dalla previsione secondo la quale la richiesta di informazioni ed intelligence deve avvenire ai fini dell'individuazione, della prevenzione o dell'indagine su di un reato. Tale richiesta deve illustrare le finalità delle informazioni e dell'intelligence e il nesso tra tali finalità e la persona oggetto delle informazioni⁴¹⁸. Il principio di finalità limitata risulta soddisfatto anche dalla delimitazione dei casi in cui le autorità competenti possono utilizzare le informazioni e l'intelligence raccolte⁴¹⁹.

La decisione-quadro circoscrive il proprio ambito di applicazione a quei reati elencati nell'art. 2 par. 2 della decisione-quadro sul mandato d'arresto europeo⁴²⁰. Per le fattispecie criminose che rientrano in tale lista, la comunicazione deve avvenire entro 8 ore, se la richiesta è urgente e se le informazioni sono conservate in una banca dati⁴²¹. Se manca il requisito dell'urgenza, la risposta deve essere data entro una settimana. In tutti gli altri casi, la comunicazione deve essere effettuata entro 48 ore⁴²².

Il trasferimento dei dati può avvenire attraverso qualsiasi canale. Le informazioni possono essere scambiate anche con Europol ed Eurojust. In tali casi il trasferimento deve avvenire in conformità dei rispettivi atti istitutivi e limitatamente ai reati o alle attività criminali di loro competenza⁴²³.

⁴¹⁷ Art. 2 lett.a) proposta di decisione-quadro. Possono essere ricomprese tra le autorità competenti anche quelle giudiziarie.

⁴¹⁸ Art. 5 par. 1 della decisione-quadro. L'art. 10 individua i casi in cui è possibile non dare seguito alla domanda di informazioni proveniente da un'altra autorità competente. Si tratta dei casi in cui sussistono ragioni di fatto per ritenere che la comunicazione di tali informazioni o intelligence: pregiudichi interessi fondamentali della sicurezza nazionale dello Stato membro richiesto; metta a repentaglio il buon esito dell'indagine o la sicurezza di persone; sia palesemente sproporzionata o irrilevante per lo scopo; riguardi un reato passibile di una pena privativa della libertà inferiore a un anno; l'autorità giudiziaria competente non abbia autorizzato l'accesso e lo scambio richiesti.

⁴¹⁹ L'art. 8 par. 3 della decisione-quadro prevede che le autorità competenti incaricate dell'applicazione della legge possono utilizzare le informazioni e intelligence soltanto per gli scopi per i quali sono stati forniti o per la prevenzione di un pericolo grave e d'immediato per la sicurezza pubblica, previa autorizzazione dello Stato membro che trasmette i dati e nel rispetto della legislazione nazionale dello Stato ricevente.

⁴²⁰ Cfr. art. 2 lett.e) della decisione-quadro; per un'analisi sulla decisione-quadro sul mandato d'arresto europeo cfr. cap. III par. II.1. Per tali reati la comunicazione deve avvenire entro 8 ore se la richiesta è urgente, e se le informazioni sono conservate in una banca dati; cfr. Per gli altri casi, cfr. art. 4 par. 2,3,4 della decisione-quadro.

⁴²¹ Cfr. art. 4 par. 1 della decisione-quadro.

⁴²² Cfr. art. 4 par. 3,4 della decisione-quadro.

⁴²³ Cfr. art. 6 parr. 1 e 2 della decisione-quadro.

È infine previsto lo scambio spontaneo di informazioni e intelligence che deve essere utile e necessario per individuare, prevenire e svolgere indagini sui reati o le attività criminose elencati nell'art. 2 par. 2 della decisione quadro sul mandato d'arresto europeo⁴²⁴.

La decisione-quadro dedica un apposito articolo alla protezione dei dati⁴²⁵. In esso si stabilisce che l'utilizzo di informazioni e intelligence deve rispettare i principi contenuti nella Convenzione n. 108 e nella Raccomandazione R(87)15 del Consiglio d'Europa. Come è già stato evidenziato, il principio di finalità limitata sembra essere assicurato. La decisione-quadro non dedica, invece, alcuna attenzione al principio della qualità dei dati e al diritto delle persone interessate di essere informate, nonché di accedere ai propri dati e chiederne la correzione. Si tratta di lacune che contrastano con i principi sanciti dalla Convenzione europea n. 108.

IV.4: La decisione sullo scambio di informazioni e la cooperazione in materia di reati terroristici

La lotta contro il terrorismo rappresenta per l'Unione un obiettivo prioritario. Tra gli atti elaborati per regolamentare questo settore rientra anche la decisione sullo scambio di informazioni e la cooperazione in materia di reati terroristici adottata dal Consiglio su proposta della Commissione⁴²⁶. L'atto in esame cerca di stimolare gli Stati membri non solo a rendere accessibile agli altri Stati membri le informazioni relative ai reati terroristici, così come previsti dalla decisione-quadro sulla lotta contro il terrorismo⁴²⁷, ma anche a trasmetterle ad Europol ed Eurojust. Quest'ultima trasmissione deve avvenire conformemente alla legislazione nazionale e alle disposizioni della Convenzione Europol e della decisione Eurojust. Tali richiami non risultano sufficienti. Occorre infatti evidenziare che nessuna disposizione dell'atto in esame viene dedicata ai principi relativi alla raccolta e al trattamento dei dati, quali il principio di finalità limitata, il principio di integrità e riservatezza ed il principio di qualità e pertinenza dei dati. alcuna menzione viene inoltre fatta al diritto di accesso alle informazioni da parte della persona interessata e al suo diritto di rettifica, di informazione e di risarcimento in caso di mancato rispetto di tali principi. Gli emendamenti presentati a tale riguardo al

⁴²⁴ Cfr. art. 7 della decisione-quadro.

⁴²⁵ Cfr. art. 8 della decisione-quadro.

⁴²⁶ Cfr. Decisione del Consiglio concernente lo scambio di informazioni e la cooperazione in materia di reati terroristici, 2005/671/GAI, del 20 settembre 2005, in *GUE*, L 252 del 29 settembre 2005, pag. 22; cfr. Proposta di decisione concernente lo scambio di informazioni e la cooperazione in materia di reati terroristici, COM 2004 (221), in http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/it/com/2004/com2004_0221it01.pdf.

⁴²⁷ Cfr. decisione-quadro sulla lotta contro il terrorismo, 2002/475/GAI del 13 giugno 2002, in *GUE*, L 164 del 22 giugno 2002, pag. 3.

Parlamento europeo cercavano di colmare tali lacune⁴²⁸, ma il Consiglio, in sede di adozione dell'atto, non li ha recepiti. Non si può dunque che giudicare negativamente la decisione in esame per le significative lacune in materia di rispetto del diritto alla protezione dei dati.

IV.5: La proposta di decisione sul miglioramento della cooperazione di polizia tra gli Stati membri

Come è già stato più volte evidenziato lo scambio di informazioni rappresenta lo strumento primario per un'efficace cooperazione tra i servizi repressivi degli Stati membri. La necessità di adottare un quadro comune per rispondere efficacemente alle richieste di sicurezza provenienti soprattutto dalle regioni di frontiera, ha spinto la Commissione europea a presentare una proposta di decisione sul miglioramento della cooperazione di polizia tra gli Stati membri, che modifica la Convenzione Schengen⁴²⁹.

La proposta si occupa non solo della cooperazione operativa da realizzare mediante la creazione di pattuglie comuni, squadre comuni d'inchiesta o ufficiali di collegamento, ma anche dello scambio di informazioni. A quest'ultimo riguardo essa individua le autorità competenti ad effettuare la trasmissione dei dati (polizia, autorità doganali o altre autorità che agiscono nell'ambito del Titolo VI TUE, ad eccezione di quelle giudiziarie)⁴³⁰ ed elenca in maniera non esaustiva le informazioni che possono essere scambiate su richiesta di tali autorità o su diretta iniziativa di quest'ultime, ai fini della prevenzione e della ricerca di fatti punibili, senza che sia necessario l'intervento dell'autorità giudiziaria⁴³¹. La proposta di decisione cerca dunque di semplificare ed

⁴²⁸ Cfr. Risoluzione del Parlamento europeo Risoluzione legislativa del Parlamento europeo sulla proposta di decisione del Consiglio concernente lo scambio di informazioni e la cooperazione in materia di reati terroristici, P6_TA(2005)0217 del 7 giugno 2005, in GUE, C 124 E del 25 maggio 2006, pag. 223.

⁴²⁹ Proposition de Décision du Conseil concernant l'amélioration de la coopération policière entre les États membres de l'Union européenne, en particulier aux frontières intérieures, et modifiant la Convention d'application de l'Accord de Schengen, del 18 luglio 2005, COM(2005)317 final. La proposta in esame si inquadra tra le misure individuate dal Consiglio europeo nel Programma dell'Aia del 4 novembre 2004.

⁴³⁰ Cfr. art. 2 proposta di decisione.

⁴³¹ L'art. 3 par. 1 della proposta di decisione prevede che: «aux fins de l'application de l'article 39 de la Convention de Schengen, une assistance est fournie et des informations sont transmises à la demande des autorités policières des États membres, en particulier dans les domaines suivants: a) identification des propriétaires et des conducteurs de véhicules, y compris des navires et des aéronefs; b) demandes de renseignements relatives aux permis de conduire, y compris pour les navires et les aéronefs; c) repérage du lieu de séjour et de résidence; d) identification des abonnés à des moyens de télécommunications (téléphone, télécopieur et internet); e) obtention, par la police, d'informations des personnes concernées sur une base volontaire; f) identification de personnes; g) transmission de renseignements de nature criminelle provenant de bases de données ou de fichiers contrôlés par les autorités couvertes par la présente décision, sous réserve du respect des dispositions applicables en matière de protection des données; h) préparation de plans, coordination de mesures de recherche et lancement de recherches en urgence; i) traçage de l'origine des biens, en particulier des armes et des véhicules, par exemple en remontant les filières de vente; j) examen de preuves, par exemple, en cas de dommages causés à un

accelerare le procedure nel tentativo di uniformare la disciplina prevista nei vari ordinamenti nazionali. Occorre infatti ricordare che non in tutti gli Stati membri le forze di polizia possono accedere ai dati sensibili senza l'autorizzazione dell'autorità giudiziaria.

Lo scambio delle informazioni deve avvenire nel rispetto delle norme contenute nel Titolo VI della Convenzione Schengen relative alla protezione e alla sicurezza dei dati⁴³². Devono pertanto trovare applicazione i principi sanciti dalla Convenzione n. 108 e dalla Raccomandazione (87)15 del Consiglio d'Europa. La tecnica del rinvio adottata dal legislatore comunitario non risulta però del tutto soddisfacente. Sarebbe stato preferibile, data la delicatezza della materia, individuare espressamente i principi e i diritti che devono essere garantiti nello scambio di informazioni tra le autorità di polizia.

Per un corretto bilanciamento tra le esigenze di tutela della privacy e quelle di salvaguardia della sicurezza appare sempre più evidente la necessità di adottare uno strumento legislativo sulla protezione dei dati nel terzo pilastro che assicuri un livello di protezione equivalente a quello previsto per il primo pilastro⁴³³.

IV.6: L'Accordo di Prüm ("Schengen III"): un ritorno alla cooperazione intergovernativa esterna al sistema istituzionale dell'UE?

Parallelamente alle proposte e agli atti legislativi sopra analizzati volti a contribuire alla realizzazione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, si sono sviluppate forme di cooperazione tra Stati membri esterne al quadro giuridico dell'Unione europea. Ne sono un esempio il "Club di Berna" per lo scambio di informazioni tra servizi segreti ed il recentissimo Accordo di Prüm (c.d. "Schengen III") sul rafforzamento della cooperazione transfrontaliera nella lotta contro il terrorismo, la criminalità transfrontaliera e l'immigrazione illegale, di cui si analizzeranno le disposizioni relative allo scambio di informazioni.

Il ritorno a forme di cooperazione intergovernativa come quelle che hanno caratterizzato gli anni '70 e '80⁴³⁴ suscita qualche preoccupazione. Occorre infatti ricordare che alla base dell'incorporazione dell'*acquis* di Schengen nei Trattati CE e UE vi era proprio la necessità di superare le critiche mosse a tali Accordi, come il difetto di trasparenza del processo decisionale, la mancata previsione di un organo assembleare di

véhicule lorsque le responsable de l'accident n'a pu être identifié et de grattages dans des documents; k) examen de documents nationaux officiels; l) organisation d'actions opérationnelles supposant une observation et une poursuite transfrontalières, des livraisons surveillées ou des opérations sous couverture; m) individus ou organisations criminels à l'échelle locale et leur mode opératoire».

⁴³² Cfr. art. 7 proposta di decisione.

⁴³³ Cfr. *supra*, par. I.6.

⁴³⁴ Cfr. *supra*, Cap. I parr. I e II.

natura parlamentare con funzioni di controllo democratico e l'assenza di un controllo giurisdizionale⁴³⁵. La scelta di approfondire l'integrazione tra Stati senza utilizzare lo strumento delle cooperazioni rafforzate non può essere pertanto accolto con favore⁴³⁶.

Con il Trattato di Prüm, firmato nel luglio del 2005 da sette Stati membri dell'UE (Belgio, Germania, Francia, Spagna, Lussemburgo, Paesi Bassi e Austria)⁴³⁷, le Parti contraenti si propongono di intensificare la cooperazione transfrontaliera nel pieno rispetto del diritto dell'Unione⁴³⁸. Il Trattato prevede che entro tre anni dalla sua entrata in vigore dovrà essere presentata un'iniziativa volta ad inserire le norme in esso contenute nel quadro giuridico dell'UE⁴³⁹. Come per l'Accordo di Schengen lo scopo delle Parti contraenti è quello di svolgere il "ruolo di pionieri" nell'integrazione europea⁴⁴⁰. La trasformazione del Trattato di Prüm in una cooperazione rafforzata non sembra essere la strada che gli Stati membri intendono perseguire. Si tratterebbe di una cooperazione rafforzata *sui generis* non può essere rinegoziata. Essa avrebbe inoltre effetti diversi rispetto a quelli prodotti dall'integrazione degli Accordi di Schengen. La riforma di Nizza ha infatti espressamente previsto che gli atti e le decisioni derivanti da una cooperazione rafforzata non rientrano nell'*acquis* dell'Unione⁴⁴¹. Forse in considerazione di tali elementi, gli Stati membri firmatari del Trattato di Prüm e quelli che hanno espresso l'intenzione di aderirvi hanno presentato una proposta di decisione volta ad integrare, nel quadro giuridico dell'UE, le parti dell'Accordo che riguardano quegli aspetti del terzo pilastro non regolati da Schengen⁴⁴². L'iniziativa sembra essere sostenuta dalla Presidenza di turno tedesca e probabilmente non tarderà ad essere trasformata in atto definitivo. In attesa che ciò avvenga appare opportuno analizzare il

⁴³⁵ Cfr. Sul punto anche la Risoluzione del Parlamento europeo dell'8 giugno 2005 sui progressi compiuti nel 2004 in sede di creazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, in www2.europarl.eu.int/omk/sipade2?PUBREF=-//EP

⁴³⁶ Il Trattato di Prüm prevede all'art. 43 la creazione di un comitato composto dai ministri delle Parti contraenti e avente il compito di adottare le decisioni necessarie all'attuazione e all'applicazione del Trattato all'unanimità. Tale figura è assimilabile al Comitato esecutivo previsto dalla Convenzione d'applicazione Schengen prima dell'integrazione nei Trattati UE e CE. Le funzioni di quest'ultime sono state attribuite al Consiglio UE.

⁴³⁷ Cfr. *Traité entre le Royaume de Belgique, la République fédérale d'Allemagne, le Royaume d'Espagne la République française, le Grand-Duché de Luxembourg, le Royaume des Pays-Bas et la République d'Autriche relatif à l'approfondissement de la coopération transfrontalière, notamment en vue de lutter contre le terrorisme, la criminalité transfrontalière et la migration illégale*. Il Trattato è già entrato in vigore tra Austria, Spagna e Germania.

⁴³⁸ Alle sette Parti contraenti iniziali altri otto Paesi (Italia, Finlandia, Portogallo, Slovenia, Svezia, Grecia, Romania, Bulgaria) hanno ufficialmente dichiarato di voler aderire al Trattato di Prüm.

⁴³⁹ Cfr. art. 1 par. 4 Trattato di Prüm. Tra le priorità della Presidenza tedesca del primo semestre 2007 vi è proprio l'incorporazione del Trattato di Prüm nel Trattato UE.

⁴⁴⁰ Il valore aggiunto del Trattato di Prüm sta nelle procedure di scambio delle informazioni.

⁴⁴¹ Cfr. art. 44 par. 1 TUE.

⁴⁴² Cfr. *Projet de décision du Conseil 2007/.../JAI relative à l'approfondissement de la coopération transfrontière, notamment en vue de lutter contre le terrorisme et la criminalité transfrontière*, 6 febbraio 2007. Si tratta delle parti riguardanti lo scambio dei dati, la cooperazione di polizia e la cooperazione giudiziaria in materia penale. Non rientrerebbero tuttavia le disposizioni relative all'intervento oltre frontiera della polizia per un imminente pericolo, che saranno oggetto di una proposta separata.

contenuto del Trattato di Prüm, concentrando l'attenzione su quegli aspetti che possono incidere sulla protezione dei dati.

In base a tale Accordo, le Parti contraenti si impegnano a creare e gestire degli archivi di analisi nazionali sul DNA con lo scopo di perseguire fatti punibili⁴⁴³ e garantiscono l'istituzione di indici di riferimento contenenti solamente un riferimento e i profili ricavati dalla parte non codificante del DNA⁴⁴⁴. Non è invece possibile inserire dati che permettano di identificare direttamente la persona interessata. L'accesso a tali indici di riferimento è limitato ai punti di contatto designati da ciascuna Parte contraente secondo il proprio diritto nazionale e la loro consultazione è automatica e limitata al perseguimento di fatti punibili.

Un'analogha disciplina è prevista per le impronte digitali. L'accesso agli indici di riferimento da parte dei punti di contatto nazionali può avvenire in modo automatico non solo allo scopo perseguire fatti punibili, ma anche di prevenirli⁴⁴⁵.

Appare più particolareggiata la disciplina relativa allo scambio dei dati contenuti nei registri nazionali dei veicoli⁴⁴⁶. Le finalità perseguite non riguardano solo la prevenzione e il perseguimento di fatti punibili, ma si estendono alla sanzione di infrazioni suscettibili di rientrare nella competenza dei tribunali o del pubblico ministero della Parte contraente che effettua la consultazione, nonché alla prevenzione di minacce alla sicurezza.

Le Parti contraenti si sono impegnate a trasmettersi reciprocamente i dati relativi alle «condamnations coulées en force de chose jugée» o riguardanti persone che si presume possano commettere dei reati in occasione di importanti manifestazioni di dimensione transfrontaliera, come eventi sportivi o riunioni del Consiglio europeo, o che rappresentano un pericolo per la sicurezza e l'ordine pubblico⁴⁴⁷. Lo scambio di informazioni deve essere finalizzato alla prevenzione dei fatti punibili e al mantenimento della sicurezza e dell'ordine pubblico. Gli Stati aderenti hanno sentito la necessità di limitare la conservazione dei dati, prevedendo l'immediata cancellazione delle informazioni quando i fini sono già stati raggiunti ed comunque dopo un anno dalla trasmissione.

Lo scambio di informazioni può riguardare anche la descrizione di fatti e i dati personali (nome, cognome, data e luogo di nascita) di soggetti che si presume possano commettere uno dei reati previsti dagli artt. 1 e 3 della decisione-quadro 2002/475/GAI relativa alla lotta contro il terrorismo⁴⁴⁸.

⁴⁴³ L'utilizzo del DNA può essere giustificato per scopi investigativi. Non risulta invece proporzionato l'uso per fini di mero controllo delle frontiere.

⁴⁴⁴ Art. 2 Trattato di Prüm.

⁴⁴⁵ Cfr. artt. 8 e 9 Trattato di Prüm.

⁴⁴⁶ I dati riguardano i proprietari o i possessori dei veicoli, nonché il numero completo di identificazione o numero completo della targa d'immatricolazione degli autoveicoli.

⁴⁴⁷ Cfr. artt. 13 e 14 Trattato di Prüm.

⁴⁴⁸ Cfr. art 16 Trattato di Prüm. Cfr. Decisione-quadro del Consiglio del 13 giugno 2002 relativa alla lotta contro il terrorismo, in *GUCE*, L 164 del 22 giugno 2002, pag. 3 e ss.

Il trasferimento delle informazioni sopra richiamate deve avvenire nel pieno rispetto dei diritti fondamentali previsti dalla Carta dei diritti, dalla CEDU e dalle tradizioni costituzionali comuni⁴⁴⁹. Ogni Parte contraente è tenuta ad assicurare un livello adeguato di protezione dei dati che corrisponda a quello previsto dalla Convenzione n. 108 e dalla Raccomandazione (87) 15 del Consiglio d'Europa. Occorre pertanto verificare se i principi contenuti in tali documenti siano effettivamente rispettati dalle norme del Trattato.

Il principio di finalità trova una parziale soddisfazione. Dopo aver previsto che i dati personali non possono essere trattati se non ai fini espressamente indicati per i quali sono stati trasmessi, l'Accordo ammette la possibilità di deroghe previa autorizzazione della Parte che li gestisce e nel rispetto del diritto nazionale della Parte destinataria⁴⁵⁰. La formulazione della norma appare generica e lascia un ampio margine di discrezionalità agli Stati. Sarebbe stato auspicabile invece circoscrivere le eccezioni a casi determinati, come la protezione della sicurezza nazionale, gli interessi monetari dello Stato, la repressione dei reati, la protezione della persona interessata nonché dei diritti e delle libertà altrui, così come è previsto dalla Convenzione n. 108⁴⁵¹. Solleva qualche dubbio anche la previsione secondo la quale i dati personali possono essere trattati da autorità che non ne avrebbero la competenza, ma che la acquistano previa autorizzazione della Parte contraente che ha trasmesso le informazioni⁴⁵².

Il Trattato dedica un'apposita norma alla qualità dei dati, in cui vengono menzionate le caratteristiche di esattezza e di aggiornamento, ma non quelle di adeguatezza, pertinenza e non eccessività, richieste dalla Convenzione n. 108⁴⁵³.

Risulta invece soddisfacente la disciplina relativa alla conservazione dei dati. L'Accordo infatti prevede la cancellazione dei dati personali che non dovevano essere comunicati e di quelli che non sono più necessari al raggiungimento degli scopi per i quali sono stati trasmessi. È possibile tuttavia bloccare tale cancellazione se vi è motivo di credere che essa possa danneggiare la persona interessata. L'eccezione rientra tra le deroghe ammesse dalla Convenzione n. 108⁴⁵⁴ e risulta pertanto adeguata e proporzionata.

Occorre infine salutare con favore l'espressa individuazione dei diritti riconosciuti alle persone interessate. Trovano infatti menzione il diritto di essere informati in modo comprensibile e senza eccessivo ritardo o spesa sui propri dati personali, sul destinatario e sui fini perseguiti, il diritto di ottenere la correzione dei dati inesatti o la cancellazione di quelli illeciti, il diritto di risarcimento o altro rimedio

⁴⁴⁹ Cfr. considerando n. 4 del Trattato di Prüm.

⁴⁵⁰ Cfr. art. 35 Trattato di Prüm.

⁴⁵¹ Cfr. art. 9 par. 2 Convenzione n. 108.

⁴⁵² Cfr. art. 36 Trattato di Prüm.

⁴⁵³ Cfr. art. 37 par. 1 Trattato di Prüm; *contra* cfr. art. 5 Convenzione n. 108.

⁴⁵⁴ Cfr. art. 9 par. 2 lett. b) Convenzione n. 108.

giurisdizionale, nonché il diritto di proporre ricorso ad un tribunale indipendente o ad un'autorità nazionale di controllo ai sensi dell'art. 28 della Direttiva 95/46/CE⁴⁵⁵.

VI.7: Considerazioni conclusive sul rispetto del diritto alla protezione dei dati personali nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia dell'UE

Dall'analisi delle proposte e degli atti adottati dalle istituzioni comunitarie emerge con chiarezza come la politica dell'Unione presti più attenzione all'aspetto sicurezza che a quello relativo alla protezione dei dati personali.

La formazione e il consolidamento di numerose banche dati nel primo e nel terzo pilastro mostra come lo scambio delle informazioni sia divenuto progressivamente una esigenza imprescindibile legata soprattutto alla lotta contro il terrorismo.

Le disposizioni che ne regolano il funzionamento appaiono, nella maggior parte dei casi, rispettose dei principi sanciti dalla Convenzione europea n. 108 del Consiglio d'Europa e dalla Direttiva 95/46/CE. Occorre tuttavia segnalare che la crescente domanda di una interconnessione tra i differenti sistemi d'informazione solleva dubbi circa il rispetto del principio di finalità limitata, ovvero accresce il rischio di una utilizzazione dei dati in essi contenuti per scopi diversi da quelli per i quali sono stati raccolti. Si assiste, inoltre, ad una latente trasformazione di alcune banche dati da strumenti per assicurare la libera circolazione delle persone (SIS) o lo sviluppo di una comune politica dei visti (VIS) a strumenti investigativi o di prevenzione di minacce alla sicurezza interna dell'UE, in contrasto con il principio di finalità limitata.

Esigenze sempre più marcate di lotta contro il terrorismo e la criminalità organizzata hanno spinto il legislatore comunitario ad adottare misure di sorveglianza dei movimenti e delle comunicazioni non solo degli stranieri, ma anche dei cittadini europei⁴⁵⁶. Tali misure non appaiono però il frutto di un bilanciamento adeguato degli interessi in gioco. L'inserimento dei dati biometrici nei passaporti, l'obbligo dei vettori aerei di comunicare i dati reattivi alle persone trasportate, l'accordo UE-USA sui dati PNR, la conservazione dei dati relativi alle comunicazioni così come lo scambio di informazioni strettamente legato alla cooperazione giudiziaria e di polizia sono espressione della particolare attenzione che l'Unione rivolge all'aspetto "sicurezza", ovvero a quello repressivo. Ad esso tuttavia non corrisponde un adeguato contrappeso. La proposta di decisione-quadro sulla protezione dei dati personali nel terzo pilastro, presentata dalla Commissione europea alcuni anni fa, risulta tutt'ora bloccata in seno al Consiglio. Non è possibile però continuare ad aumentare il numero delle informazioni

⁴⁵⁵ Cfr. art. 40 par. 1 Trattato di Prüm. Sulle autorità nazionali di controllo per la protezione dei dati personali, cfr. anche l'art. 39 par. 5 Trattato di Prüm.

⁴⁵⁶ BUNYAN, T., in www.statewatch.org/news/2004/feb/26eu-biometric-passports.htm

raccolte e l'estensione del traffico dei dati personali senza accompagnarli con un atto *ad hoc* volto ad assicurarne la protezione in un settore così delicato come quello della cooperazione giudiziaria penale e di polizia. L'esigenza di trovare un equilibrio tra le opposte esigenze dovrebbe quindi trovare soddisfazione. Occorre infatti ricordare che «the effectiveness of steps to fight terrorism cannot be measured by the extend of the restrictions which these steps impose on fundamental freedoms»⁴⁵⁷. La risposta delle Istituzioni comunitarie a tali piaghe non deve quindi generare un abbassamento del livello di tutela dei diritti e delle libertà fondamentali che rappresentano i valori su cui si fonda l'Unione⁴⁵⁸.

⁴⁵⁷ E.U. Network of independent experts in fundamental rights, *The balance between freedom and security in the response by the European Union and its Member States to the terrorist threats*.

⁴⁵⁸ Cfr. Gruppo "Art. 29", *Sixième rapport annuel sur l'état de la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel et de la vie privée dans l'Union européenne et les pays tiers portant su l'année 2001*, del 16 dicembre 2003.

CAPITOLO III

Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia e le garanzie del giusto processo

SEZIONE I: Le garanzie processuali nel sistema della CEDU, nella giurisprudenza comunitaria e nella Carta dei diritti fondamentali dell'UE

Come è stato già evidenziato nel precedente capitolo, la costruzione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia sembra essersi caratterizzata negli ultimi anni per un più forte accento dato alla dimensione “sicurezza”. A seguito degli attacchi terroristici che hanno colpito gli Stati Uniti e l'Europa, i Capi di Stato e di Governo hanno infatti convenuto che la sicurezza dell'Unione dovesse essere considerata la priorità politica¹.

Lo sviluppo della cooperazione giudiziaria penale si è allineato a questa tendenza. Infatti se le conclusioni di Tampere avevano attribuito all'armonizzazione delle garanzie processuali e all'accesso alla giustizia un ruolo paritario rispetto al mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie, il “dopo Tampere” si è invece caratterizzato per uno sbilanciamento a favore della cooperazione penale, che ha portato all'adozione di proposte e atti aventi ad oggetto il mandato d'arresto europeo e il riavvicinamento delle disposizioni nazionali sugli elementi costitutivi di talune fattispecie criminose di carattere transfrontaliero² e sulle relative sanzioni applicabili³. Tale scelta legislativa ha evidenziato la prevalenza della dimensione repressiva e di sicurezza su quella legata alla tutela delle garanzie processuali⁴, facendo risaltare la dimensione «épée» del diritto

¹ Cfr. Conclusioni del Consiglio europeo di Bruxelles del 4-5 novembre 2004.

² Cfr. per esempio il terrorismo e la criminalità organizzata.

³ Sul punto cfr. DE BIOLLEY, S., *Liberté et sécurité dans la construction de l'espace européen de justice pénale: la cristallisation de la tension sous présidence belge*, in DE KERCHOVE, G., WEYENBERGH, A., (édité par), *L'espace pénal européen: enjeux et perspectives*, Edition de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2002, pag. 195 ; cfr. anche CESONI, M. L., *Droit pénal européen: une harmonisation périlleuse*, in DE KERCHOVE, G., WEYENBERGH, A., (édité par), *L'espace pénal européen: enjeux et perspectives*, Edition de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2002, pag. 166 ; cfr. MONETTI, V., SALAZAR, L., *Proposte specifiche in tema di cooperazione penale e di garanzie processuali*, in AMATO, G., PACIOTTI, E., (a cura di), *Verso l'Europa dei diritti. Lo Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia*, Il Mulino, Bologna, 2005, pag. 115; cfr. WEYEMBERGH, A., *L'impact du 11 septembre sur l'équilibre sécurité/liberté dans l'espace européen*, in BRIBOSIA, E., WEYEMBERGH, A., *Lutte contre le terrorisme et droits fondamentaux*, Bruylant, Bruxelles, 2002, pag. 155 ; cfr. MONETTI, V., SALAZAR, L., *Proposte specifiche in tema di cooperazione penale e di garanzie processuali*, in AMATO, G., PACIOTTI, E., (a cura di), *Verso l'Europa dei diritti. Lo Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia*, Il Mulino, Bologna, 2005, pag. 115.

⁴ Cfr. MONETTI, V., SALAZAR, L., *op. cit.*, pag. 105; cfr. SELVAGGI, E., DE AMICIS, G., *La legge sul mandato europeo d'arresto tra inadeguatezze attuative e incertezze applicative*, in *Cass. pen.*, giugno 2005, pag. 1822 e ss.

penale, a scapito della dimensione «bouclier»⁵. Con queste espressioni si intende fare riferimento al duplice aspetto che può assumere il diritto penale. In virtù del primo, esso agisce come insieme di misure positive di protezione che implicano un'azione dello Stato e non solo l'astensione di quest'ultimo dalla violazione dei diritti fondamentali⁶. Riguardo al secondo aspetto, la funzione perseguita dal diritto penale è quella di contenere la violenza e al tempo stesso i limiti alle libertà provenienti dallo Stato, così come risultano dalla funzione «épée»⁷.

È opportuno ricordare che il rispetto dei diritti rappresenta «la seule légitimité possible du droit pénal»⁸ e non può passare in secondo piano⁹. Lo scambio di informazioni tra le autorità di polizia degli Stati membri non collegato all'attivazione di inchieste giudiziarie rispettose delle regole processuali non sarebbe infatti in grado di raggiungere i risultati che l'UE si è prefissata¹⁰. È stato giustamente sottolineato che occorre pensare al diritto penale europeo anche come un «ordre de “liberté” et non comme un simple ordre sécuritaire, comme un droit de protection des personnes et non comme un droit utilisé contre les personnes»¹¹. I diritti fondamentali possono «constituer un ottimo antidoto contro una espansione incontrollata di un futuro sistema penale europeo»¹². Essi tuttavia non devono essere visti solo nella loro veste di limite, funzionali alla cooperazione giudiziaria penale, ma anche come un vero e proprio

⁵ Per l'utilizzo di tale terminologia cfr. VERVAELE, J. A. E., *Régulation et répression au sein de l'Etat providence: la fonction «bouclier» et la fonction «épée» du droit pénal en déséquilibre*, in *Déviante et société*, 1997, vol. 21, pag. 123 e ss.

⁶ Cfr. WEYEMBERGH, A., *L'harmonisation des législations: condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, Editions de l'Université de Bruxelles, 2004, pag. 40.

⁷ Cfr. WEYEMBERGH, A., *L'harmonisation des législations: condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, op. cit., pag. 40

⁸ DE BIOLLEY, S., *Liberté et sécurité dans la construction de l'espace européen de justice pénale: la cristallisation de la tension sous présidence belge*, in DE KERCHOVE, G., WEYEMBERGH, A., (édité par), *L'espace pénal européen: enjeux et perspectives*, Edition de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2002, pag. 176. Cfr. sul punto anche ROSSI, L. S., *L'incidenza dei principi del diritto comunitario sul diritto internazionale privato: dalla “comunitarizzazione” alla “costituzionalizzazione”*, in *Riv. di dir. internazionale priv. e processuale*, pag. 82 secondo la quale «il rispetto dei diritti fondamentali è un limite strutturale, nell'ordinamento dell'Unione europea e nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia in particolare».

⁹ Cfr. LABAYLE, H., *Architecte ou spectatrice? La Cour de justice de l'Union: dans l'Espace de liberté, sécurité et justice*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 2006, n. 1, pag. 2 e ss.

¹⁰ Cfr. BARBE, E., *Qu'attendre de la Convention pour les acteurs de l'espace pénal européen?*, in DE KERCHOVE, G., WEYEMBERGH, A., (édité par), *Quelles réformes pour l'espace pénal européen?*, Edition de l'Université de Bruxelles, 2003, pag. 59 e ss.

¹¹ MIRANDA RODRIGUES, A., *Confiance mutuelle et contrôle juridictionnel: une liaison nécessaire?*, in DE KERCHOVE, G., WEYEMBERGH, A., *La confiance mutuelle dans l'espace pénal européen/Mutual Trust in the European Criminal Area*, Edition de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2005, pag. 170 e ss. Cfr. sul punto anche GUALTIERI, P., *Mandato d'arresto europeo: davvero superato (e superabile) il principio di doppia incriminazione?*, in *Dir. pen. e processo*, 1/2004, pag. 115, il quale sostiene che «il campo privilegiato sul quale l'Unione sembra essersi mossa è dunque quello della cooperazione investigativa, trascurando i profili relativi alla uniformità fra gli ordinamenti e omettendo di considerare che il processo penale non può essere uno strumento di lotta alla criminalità, bensì, e soltanto, il luogo di verifica della fondatezza di un'accusa».

¹² MILITELLO, V., *Criminalità organizzata: politica criminale europea versus tutela nazionale dei diritti fondamentali?*, in CANESTRARI, S., FOFFANI, L., (a cura di), *Il diritto penale nella prospettiva europea. Quali politiche criminali per quale Europa?*, Giuffrè, Milano, 2005, pag. 267.

obiettivo da raggiungere nell'adozione di ogni politica¹³. La «posizione ancillare» che invece hanno assunto «mal si concilia con la costituzionalizzazione della Carta dei diritti»¹⁴.

Nel tentativo di rispondere a tali esigenze e controbilanciare la tendenza sopra accennata, la Commissione europea ha di recente presentato una proposta di decisione quadro sulle garanzie processuali in ambito penale e due Libri Verdi, uno sui conflitti di giurisdizione e sul principio del *ne bis in idem* nei procedimenti penali¹⁵, l'altro sulla presunzione d'innocenza¹⁶, che saranno oggetto di analisi nelle prossime sezioni.

La proposta di decisione-quadro sulle garanzie procedurali, in particolare, si inquadra nell'ambito di una tecnica legislativa che è stata definita del «doppio binario»¹⁷. Da un lato infatti si assiste all'elaborazione di testi volti a migliorare la cooperazione tra Stati membri in materia penale e contenenti solo qualche disposizione dedicata ai diritti processuali¹⁸, dall'altro, vengono presentate proposte specificatamente dedicate alle garanzie processuali¹⁹, per far fronte alle preoccupazioni sollevate in materia di rispetto dei diritti fondamentali. Nel primo caso, i diritti processuali individuati assumono la funzione tradizionale di limite all'introduzione di nuove forme di cooperazione transfrontaliera di carattere punitivo, nel secondo caso, invece, essi si configurano come un vero e proprio obiettivo.

Le garanzie del giusto processo appartengono alla c.d. «prima generazione» dei diritti fondamentali, quelli civili e politici. Tradizionalmente essi presuppongono un'astensione dello Stato da qualsiasi ingerenza, ma dall'altro richiedono altresì interventi pubblici per assicurare loro l'attuazione²⁰. Si parla a tale riguardo di

¹³ Cfr. Réseau U.E. d'experts indépendants en matière de droits fondamentaux, *Les exigences des droits fondamentaux dans le cadre des mesures de prévention de la radicalisation de la violence et du recrutement de terroristes potentiels*, Avis 3-2005 du 23 août 2005, pag. 5.

¹⁴ MONETTI, V., *Strumenti di cooperazione e garanzie processuali*, relazione al Convegno di Catania del giugno 2005. Gli atti del convegno sono in corso di pubblicazione

¹⁵ Libro Verde sui conflitti di giurisdizione e il principio del *ne bis in idem* nei procedimenti penali, del 23 dicembre 2005, COM (2005) 696 final.

¹⁶ Libro Verde sulla presunzione d'innocenza, del 26 aprile 2006, COM (2006) 174 final.

¹⁷ MONETTI, V., *op. cit.*

¹⁸ Cfr. *infra*, PAR. II.1 decisione-quadro sul mandato d'arresto europeo.

¹⁹ La Commissione europea ha individuato, tra le possibili azioni volte alla realizzazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, quella relativa alla presunzione di innocenza. L'obiettivo che si propone di raggiungere è infatti quello di bilanciare gli interessi in gioco e di sviluppare con la stessa determinazione tutti e tre gli aspetti dello suddetto spazio.

²⁰ Cfr. sul punto ORIANNE, P., *Mythe ou réalité des droits économiques, sociaux et culturels*, in *Présence du droit public et des droits de l'homme. Mélanges offerts à Jacques Vélu*, Bruylant, Bruxelles, 1992, Tome troisième, pag. 1883; cfr. HERRERA, C. M., *Sur le statut des droits sociaux- La constitutionnalisation du social*, in *Revue Universelle des droits de l'homme*, vol. 16, n. 1-4, 2004, pag.33. Cfr. sulle obbligazioni positive riguardanti i diritti civili WRIGHT, J. *Tort Law and Human Rights*, pag. 116 e ss. Secondo PETCULESCU, I., *Droit international de la responsabilité et droits de l'homme*, in *Revue Générale de droit international public*, Tome 109/2005/3, pag. 592, «les obligations positives constituent l'expression de la volonté des organes européens de protection de droits de l'homme de dépasser la conception classique opposant les droits civils, qui exigent una abstention de la part de l'Etat, aux droits économiques et sociaux, nécessitant une prestation de la part de celui-ci. Dans leur conception, les droits fondamentaux de l'individu sont tous, sans exception, des droits «de créance»».

obbligazioni positive che impongono allo Stato di intervenire per una più completa ed efficace protezione. L'effettività di un diritto richiede infatti non solo l'astensione dello Stato, ma anche la sua azione²¹. Questa impostazione appare in linea con la giurisprudenza della Corte europea secondo la quale il diritto ad un equo processo rientra tra le norme suscettibili di un tale intervento²².

La necessità di un sistema minimo comune di principi rappresenta un presupposto indispensabile per la realizzazione di uno spazio giudiziario europeo. A tale riguardo, la CEDU e la relativa giurisprudenza della Corte europea hanno svolto e continuano a svolgere un ruolo fondamentale nella individuazione dei principi direttivi del processo penale che gli Stati europei sono tenuti a rispettare. Tra le garanzie processuali tipiche, funzionali all'attuazione del diritto ad una difesa piena ed effettiva, rientrano la possibilità di accesso alla giustizia, la presunzione d'innocenza, il diritto ad essere giudicato in un tempo ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, il diritto al contraddittorio ed il principio del *ne bis in idem*.

Come è noto, i diritti riconosciuti dalla CEDU rappresentano «a tutti gli effetti regole di base dell'ordinamento comunitario e (...) principi generali di diritto idonei a disegnare un sistema minimo di garanzie inalienabili che si aggiunge ai diritti processuali dei singoli Stati membri integrando la disciplina applicabile»²³.

A livello dell'Unione, la Carta dei diritti fondamentali ha cercato di raccogliere nel Capo "Giustizia" le garanzie processuali di cui godono tutti gli individui, senza distinzione tra cittadini europei e stranieri. L'apporto della Carta, tuttavia, è ridotto dal suo attuale status giuridico. Una svolta potrebbe verificarsi con l'entrata in vigore del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa che, incorporandola come seconda parte, le attribuirebbe valore giuridico vincolante.

Nei paragrafi che seguono si analizzeranno le norme a tutela delle garanzie processuali contenute nella CEDU e nella Carta dei diritti fondamentali dell'UE e la relativa giurisprudenza di Strasburgo e di Lussemburgo. L'obiettivo perseguito è quello di individuare i parametri di riferimento in base ai quali valutare, nelle successive sezioni, se la legislazione dell'UE in materia di cooperazione giudiziaria penale assicuri un adeguato livello di garanzie.

²¹ Cfr. DIJON, X., *La Convention européenne et les droits de l'homme le plus démunis*, in *Journal des tribunaux*, 1988, pag. 717.

²² Cfr. GREWE, C., *Les influences du droit allemand des droits fondamentaux sur le droit français: le rôle médiateur de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, in *Revue Universelle des droits de l'homme*, vol. 16, n. 1-4, 2004, pag. 28 ; cfr. TRECHSEL, S., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il sistema penale*, in *Riv. Internaz. Dir. uomo*, 1997, pag. 232 e ss.; cfr. Corte europea, sentenza del 26 marzo 1985, *X e Y c. Paesi Bassi*, in *Raccolta Serie A*, n. 91. Anche sul piano del diritto penale internazionale la dottrina distingue i diritti fondamentali «nella loro tradizionale e pur sempre necessaria, ma certamente riduttiva funzione di limite di ogni intervento punitivo (...) ma anche quale oggetto di diretta tutela penale», PICOTTI, L., *I diritti fondamentali come oggetto e limite del diritto penale internazionale*, in *Indice penale*, 2003, pag. 263.

²³ MARESCA, M., *Principi generali di diritto comunitario sulla disciplina del processo*, in *Diritto dell'Unione europea*, 1997, pag. 359.

I.1: L'art. 6 CEDU e il diritto al giusto processo nella giurisprudenza della Corte europea e della Corte di giustizia

Il diritto ad un equo processo è espressamente sancito dall'art. 6 CEDU. Esso costituisce «il principale punto di riferimento per l'individuazione di uno standard - "minimo" ma adeguato - di garanzie della persona in rapporto all'esercizio della giurisdizione»²⁴. L'obiettivo perseguito è infatti quello di assicurare il diritto ad una buona amministrazione della giustizia²⁵.

Nell'ambito delle garanzie del giusto processo è possibile individuare da un lato il "diritto al processo", sancito dal par. 1 dell'articolo in esame²⁶, dall'altro i "diritti nel processo", previsti dal par. 3²⁷. Il primo trova applicazione in un contesto più vasto, riferendosi alle «controversie sui diritti e doveri di carattere civile» e ad «ogni accusa

²⁴ CHIAVARIO, M., *Art. 6 Diritto ad un equo processo*, in BARTOLE, S., CONFORTI, B., RAIMONDI, G., *Commentario Alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, pag. 154. Secondo SUDRE, F., «le droit à un procès équitable, vivifié par l'interprétation dynamique et luxuriante que le juge européen a donné de l'art. 6 par. 1 de la CEDH, fait aujourd'hui figure de norme processuelle de référence pour tout contentieux (...). Véritable "ius commune" de la procédure, le droit à un procès équitable se positionne nécessairement au carrefour des droits», in SUDRE, F., PICHERAL, C., (sous la direction de), *La diffusion du model européen du procès équitable*, La Documentation française, 2003, pag. 1 e ss.

²⁵ Corte europea, sentenza del 21 febbraio 1975, *Golder c. Regno Unito*, in *Raccolta Serie A*, n. 23, par. 34; nella sentenza del 9 ottobre 1979, *Airey c. Irlanda*, in *Raccolta Serie A*, n. 32, par. 24, e nella sentenza del 13 maggio 1980, *Artico c. Italia*, in *Raccolta Serie A*, n. 37, par. 33, la Corte europea ha sottolineato «la place éminente que le droit à un procès équitable occupe dans une société démocratique»; sul punto cfr. anche Corte europea, sentenza del 27 settembre 1990, *Windisch c. Austria*, in *Raccolta Serie A*, n. 186, par. 30. Cfr. sul punto NENGA-MAGANDA, M., *Le droit à un procès équitable*, Edition Academia, Bruylant, Bruxelles, 2002, pag. 17 e ss.

²⁶ L'art. 6 par. 1 prevede che «ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente, imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti. La sentenza deve essere resa pubblicamente, ma l'accesso alla sala d'udienza può essere vietato alla stampa e al pubblico durante tutto o parte del processo nell'interesse della morale, dell'ordine pubblico o della sicurezza nazionale in una società democratica, quando lo esigono gli interessi dei minori o la protezione della vita privata delle parti in causa, o nella misura giudicata strettamente necessario dal tribunale, quando in circostanze speciali la pubblicità possa portare pregiudizio agli interessi della giustizia». L'accesso alla giustizia deve essere inteso come diritto ad un ricorso, o meglio, come diritto ad un giudice. Cfr. sul punto RIDEAU, J., *Le droit au juge dans l'Union européenne*, in *LGDJ*, 1998; cfr. anche COULON, J.-M., FRISON-ROCHE, M.- A., *Le droit d'accès à la justice*, in CABRILLAC, R., FRISON-ROCHE, M.- A., REVET, T., *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, Paris, 2002, pag. 466 e ss. Secondo GREWE, C. «le droit d'accès à un tribunal apparaît progressivement comme un véritable droit au juge, préalable nécessaire au procès équitable», in GREWE, C., *Droit européen et droit constitutionnel : l'articulation malaisée entre le procès équitable et la justice constitutionnelle*, in *Le droit social-le droit comparé. Études dédiées à la mémoire de PIERRE ORTSCHIEDT*, Annales de la Faculté de droit de Strasbourg, 2004, pag. 156.

²⁷ L'art. 6 par. 3 elenca rispettivamente il diritto di ogni accusato di: «a) essere informato, nel più breve tempo possibile, in una lingua a lui comprensibile e in modo dettagliato, della natura e dei motivi dell'accusa formulata a suo carico; b) disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie a preparare la sua difesa; c) difendersi personalmente o avere l'assistenza di un difensore di sua scelta e, se non ha mezzi per retribuire un difensore, poter essere assistito gratuitamente da un avvocato d'ufficio, quando lo esigono gli interessi della giustizia; d) esaminare o far esaminare i testimoni a carico ed ottenere la convocazione e l'esame dei testimoni a scarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico; e) farsi assistere gratuitamente da un interprete se non comprende o non parla la lingua usata in udienza».

penale»²⁸. I secondi sono invece riconducibili solo all'ambito penalistico, l'unico che ai fini della presente analisi viene in rilievo²⁹.

Ogni singola garanzia processuale prevista dall'art. 6 è dotata di uno scopo e una funzione specifici, ma nel complesso la finalità comune risulta essere quella di «ridurre la probabilità di arbitrio delle autorità statali nell'esercizio dei poteri decisionali nei confronti di un individuo intervenendo sul *modo in cui la decisione viene raggiunta*»³⁰. I principi consacrati dalla CEDU toccano in particolare l'aspetto “bouclier” del diritto penale, anche se presentano alcuni effetti anche sul piano “épée”, grazie alla giurisprudenza della Corte europea. Quest'ultima infatti ha talvolta imposto agli Stati di adottare misure positive, anche se nella maggior parte dei casi si è trattato di obbligazioni di non fare o di astenersi dal fare³¹.

A tale riguardo, la Corte europea ha interpretato l'espressione “accuse penali” in modo autonomo, svincolato dalle scelte di tecnica giuridica adottate dai singoli Stati contraenti per qualificare gli illeciti penali³². I giudici di Strasburgo hanno infatti identificato il termine “accusa” con quello di «notification officielle, émanant de l'autorité compétente, du reproche d'avoir accompli une infraction pénale»³³. L'esistenza di un'accusa non presuppone necessariamente un atto *ad hoc*, ma la

²⁸ Si tratta di nozioni autonome che non possono essere ricondotte al diritto nazionale, ma devono essere interpretate alla luce della giurisprudenza della Corte di Strasburgo che attribuisce loro un “significato europeo”; sul punto cfr. SUDRE, F., *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, 2005, pag. 320 ; cfr. sentenza del 27 febbraio 1980, *Deewer c. Belgio*, in *Raccolta Serie A*, n. 35, par. 42; cfr. anche FOCARELLI, C., *Equo processo e Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Contributo alla determinazione dell'ambito di applicazione dell'art. 6 della Convenzione*, CEDAM, Padova, 2001, pag. 250 e ss.

²⁹ La materia penale è definita dalla Corte europea attraverso tre criteri: 1) la qualificazione data dal diritto interno dello Stato in causa, 2) la natura stessa dell'infrazione, ovvero la trasgressione di una norma generale di carattere dissuasivo e repressivo, 3) lo scopo e la gravità della sanzione inflitta; cfr. Corte europea, sentenza dell'8 giugno 1976, *Engel e altri c. Paesi Bassi*, in *Raccolta Serie A*, n. 4, par. 81; sul punto cfr. SOYER, J.-C., DE SALVIA, M., *Article 6*, in PETTITI, L. E., DECAUX, E., IMBERT, P.-E., (sous la direction de), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Paris, 1999, pag. 254 e ss.

³⁰ FOCARELLI, C., *op. cit.*, pag. 251.

³¹ Cfr. WEYEMBERGH, A., *L'harmonisation des législations : condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, pag. 83 e ss.

³² Cfr. *supra* Corte europea, sentenza *Engel e altri c. Paesi Bassi*. Sui criteri interpretativi utilizzabili per individuare il significato da attribuire ai termini contenuti nella CEDU, cfr. FOCARELLI, C., *op. cit.*, pag. 250 e ss. L'Autore esclude il ricorso illimitato all'interpretazione “autonoma”, sottolineando il problema dell'incertezza nella delimitazione degli ambiti di qualificazione “autonoma” e di qualificazione secondo il diritto del foro, *op. cit.*, pag. 262 e ss. La Corte europea ha enucleato tre criteri alternativi per stabilire se una persona è accusata di un illecito penale. Si tratta di quello relativo alla tecnica giuridica dello Stato convenuto, di quello sulla natura dell'illecito addebitato all'interessato e infine di quello riguardante la natura ed il grado di severità della sanzione che l'interessato rischia di subire. Cfr. sul punto, DE SALVIA, M., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Editoriale scientifica, Napoli, 2001, pag. 204 e ss. Sull'interpretazione dei trattati relativi ai diritti dell'uomo e in particolare sull'interpretazione della CEDU, cfr. SCIOTTI-LAM, C., *L'applicabilité des traités internationaux relatifs aux droits de l'homme en droit interne*, Bruylant, Bruxelles, 2004, pag. 14 e ss.

³³ Corte europea, sentenza del 27 febbraio 1980, *Deewer c. Belgio*, in *Raccolta Serie A*, n. 35, par. 46.

presenza di ripercussioni importanti sulla situazione della persona che ne è oggetto³⁴. Riuscire a identificare il momento in cui si può parlare di accusa appare particolarmente complicato durante le indagini svolte dalla polizia. In questa fase della procedura un testimone, trattenuto a lungo per interrogatori con conseguente limitazione della propria libertà, può diventare il primo dei sospetti agli occhi degli inquirenti. Quando allora è possibile ritenerlo “accusato”? La Corte europea ha sostenuto che «il *dies a quo* coincide con il momento dell'imputazione dell'accusa o dell'arresto a prescindere se sia stata imputata formalmente l'accusa o dell'avvio delle indagini preliminari, o comunque con il momento in cui il sospettato subisce “ripercussioni” di rilievo»³⁵. Gli organi di Strasburgo non si sono invece ancora pronunciati sulla qualificazione della “mise en garde à vue” come “accusa penale”³⁶. La questione risulta delicata e merita di trovare presto una soluzione. Gli organi di Strasburgo hanno però ammesso che le garanzie previste dall'art. 6 par. 3 lett. b) e c) si applicano anche nella fase di istruzione probatoria perché le investigazioni risultano particolarmente importanti per la preparazione del giudizio³⁷.

Appare invece chiara l'esclusione dal campo d'applicazione dell'art. 6 della persona condannata per un illecito penale, e non più solo accusata di averlo commesso³⁸.

Come si è accennato in precedenza, la condizione di accusato comporta l'attribuzione del “diritto al processo”³⁹. Si parla a tale riguardo di un diritto d'accesso effettivo e concreto ad un tribunale per ottenere una decisione giurisdizionale⁴⁰. La Corte europea ha interpretato il termine “tribunale” come riferito ad un organo con funzioni giurisdizionali dotato del potere di «decidere, sulla base di norme giuridiche all'esito di un procedimento giuridicamente regolato, ogni questione attribuita alla sua

³⁴ Cfr. Corte europea, sentenza del 15 luglio 1982, *Eckle c. Repubblica Federale Tedesca*, in *Raccolta Serie A*, n. 51, par. 73; cfr. Corte europea, sentenza del 20 ottobre 1997, *Serves c. Francia*, in *Raccolta* 1997-VI.

³⁵ FOCARELLI, C., *op. cit.*, pag. 359 e ss. Cfr. Corte europea, sentenza del 27 giugno 1968, *Fritz Neumeister c. Austria*, in *Raccolta*, A-8, par. 18; cfr. Corte europea, sentenza del 19 febbraio 1999, *Gelli c. Italia*, in *Raccolta*, par. 37, cfr. Corte europea, sentenza del 16 luglio 1971, *Michael Ringeisen c. Austria*, in *Raccolta*, A-13, par. 110; cfr. Corte europea, sentenza del 22 giugno 2000, *Coëme e altri c. Belgio*, in *Raccolta*, par. 133.

³⁶ Sul punto cfr. SOYER, J.-C., DE SALVIA, M., *op. cit.*, pag. 256.

³⁷ Cfr. Corte europea, sentenza del 12 luglio 1984, *Elvan Can c. Austria*, in *Raccolta Serie A*, n. 96, par. 50. Gli organi di Strasburgo hanno tuttavia negato che l'art. 6 trovi applicazione quando il soggetto decidente svolga funzioni investigative che non incidono in maniera sostanziale sulla situazione giuridica del ricorrente. Sul punto cfr. FOCARELLI, C., *op. cit.*, pag. 124 e ss.

³⁸ Cfr. FOCARELLI, C., *op. cit.*, pag. 118 e ss.

³⁹ Il modo in cui il diritto al processo è correlato all'accusa esclude l'attribuzione di tale diritto in capo alla vittima del reato, cfr. Corte europea, sentenza del 29 ottobre 1991, *Helmers c. Svezia*, in *Raccolta Serie A*, n. 212, par. 29.

⁴⁰ Anche la Corte di giustizia ha riconosciuto nel diritto ad un ricorso effettivo davanti ad una giurisdizione competente un principio generale del diritto comunitario di cui garantisce l'osservanza, fondandosi sulle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri e sulle disposizioni della CEDU, cfr. Corte di giustizia, sentenza del 15 maggio 1986, *Johnston*, causa 222/84, in *Racc.*, 1986, pag. 1651.

competenza»⁴¹ in modo definitivo⁴², con una statuizione nel merito avente efficacia giuridica vincolante⁴³. Nel procedimento penale per decisione di merito deve intendersi una pronuncia sulla colpevolezza dell'accusato, non risultando invece inclusi un giudizio di valutazione della legittimità di misure di custodia cautelare ai fini della scarcerazione, un provvedimento di revoca della sospensione condizionale della pena⁴⁴, o più in generale, provvedimenti di carattere "procedurale".

A livello comunitario, il Tribunale di primo grado ha escluso l'applicazione del diritto ad un equo processo quando il procedimento pende davanti a commissioni prive di natura giurisdizionale⁴⁵. A sua volta la Corte di giustizia, trovandosi di fronte a nozioni di "giurisdizione" diverse da Stato a Stato membro ne ha elaborato una definizione autonoma e comunitaria, giungendo a considerare come tale organi che nell'ordinamento statale erano considerati come giurisdizioni⁴⁶. Lo stesso Tribunale ha recentemente asserito che «il diritto di ricorrere ai tribunali (...) non è assoluto», ma può essere derogato «in caso di pericolo pubblico eccezionale che minaccia l'esistenza della nazione (...)» oppure in circostanze eccezionali, rientranti nella dottrina delle immunità degli Stati⁴⁷.

Particolarmente copiosa risulta la giurisprudenza di Strasburgo sui requisiti di indipendenza e di imparzialità del giudice precostituito per legge. «L'indipendenza è un connotato che postula, nel giudice, l'assenza di legami con altri (...) poteri »⁴⁸, in particolare con quello esecutivo⁴⁹. L'imparzialità può qualificarsi invece sotto un

⁴¹ Corte europea, sentenza del 29 aprile 1988, *Belilos c. Svizzera*, in *Raccolta Serie A*, n. 132, par. 64; cfr. anche Corte europea, sentenza del 22 ottobre 1984, *Sramek c. Austria*, in *Raccolta Serie A*, n. 84, par. 36; cfr. Corte europea, sentenza del 10 febbraio 1983, *Albert et Le Compte c. Belgio*, in *Raccolta Serie A*, n. 58, par. 29; cfr. Corte europea, sentenza del 19 aprile 1994, *Van den Hurk c. Paesi Bassi*, in *Raccolta Serie A*, n. 288, par. 45; cfr. Corte europea, sentenza del 23 ottobre 1995, in *Raccolta Serie A*, n. 328; cfr. Corte europea, sentenza del 27 agosto 2002, *Didier c. Francia*, in *Raccolta*, n. 5818.

⁴² Il diritto d'accesso al tribunale non è un diritto assoluto, ma può essere oggetto di limitazioni implicite proporzionate allo scopo legittimo perseguito.

⁴³ Per un'analisi approfondita sull'ambito di applicazione dell'art. 6 CEDU, cfr. FOCARELLI, C., *op. cit.*, pag. 47 e ss.

⁴⁴ Cfr. *supra* Corte europea, sentenza *Fritz Neumeister c. Austria*; cfr. FOCARELLI, C., *op. cit.*, pag. 59.

⁴⁵ Cfr. Tribunale di primo grado delle Comunità europee, sentenza del 12 dicembre 2002, *Procter&Gamble*, causa T-63/01, in *Raccolta*, II-5255, punto 22 e ss.; cfr. Tribunale di primo grado delle Comunità europee, sentenza del 20 aprile 2005, *Kriese GmbH & Co*, in *Raccolta*.

⁴⁶ Cfr. Corte di giustizia, sentenza del 30 giugno 1966, *Vaassen-Goebbels*, causa 61/65, in *Raccolta*, 1966, pag. 407, cfr. Corte di giustizia, sentenza del 30 marzo 1993, *Corbiau*, causa C-24/92, in *Raccolta*, 1993, I-1277.

⁴⁷ Cfr. Tribunale di Primo grado delle Comunità europee, sentenza del 21 settembre 2005, *Kadi*, causa T-315/01, punto 287, in *GUE*, C 281, del 12 novembre 2005, pag. 17; cfr. Tribunale di Primo grado delle Comunità europee, sentenza del 21 settembre 2005, *Yusuf*, causa T-306/01, in *GUE*, C 281, del 12 novembre 2005, pag. 17.

⁴⁸ CHIAVARIO, M., *op. cit.*, pag. 181.

⁴⁹ Cfr. Corte europea, sentenza del 23 giugno 1981, *Le Compte e altri c. Belgio*, in *Raccolta Serie A*, n. 43, par. 55; cfr. Corte europea, sentenza del 16 dicembre 1999, *T. c. Regno Unito*, in *Raccolta*, 1999, par. 113; cfr. Corte europea, sentenza del 28 giugno 1984, *Campbell et Fell c. Regno Unito*, in *Raccolta Serie A*, n. 80, par. 78. Per verificare l'indipendenza dei giudici, la Corte europea tiene conto del modo in cui sono designati i giudici, della durata del loro mandato, dell'inamovibilità e dell'indipendenza da pressioni esterne, cfr. Corte europea, sentenza del 29 aprile 1988, *Belilos c. Svizzera*, in *Raccolta Serie A*, n. 132; cfr. Corte europea, sentenza del 22 giugno 1989, *Langborger c. Spagna*, *Raccolta Serie A*, n. 155.

duplice profilo⁵⁰: imparzialità soggettiva, che è presunta fino a prova contraria⁵¹, e imparzialità oggettiva, attraverso la quale, «indépendement de la conduite personnelle du juge», si accerta se «certains faits vérifiables autorisent à suspecter l'impartialité de ce dernier»⁵².

Per una buona amministrazione della giustizia è necessario altresì che la causa si esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole.

L'equità funge da principio cardine dell'intero art. 6 CEDU. La salvaguardia del contraddittorio e l'eguaglianza delle armi tra le parti ne rappresentano l'esplicitazione. Soddisfare il requisito della parità delle armi, ovvero offrire a ciascuna parte la possibilità di presentare la propria posizione in condizioni che non la pongano in situazione di netto svantaggio rispetto all'avversario⁵³, può risultare particolarmente complesso in ambito penale, data la strutturale ineguaglianze delle parti. Per poter parlare di "giusto processo" occorre che l'accusa e la difesa siano entrambe in grado di conoscere le osservazioni e gli elementi di prova della controparte al fine di confutarne la posizione ed assicurare appieno il principio del contraddittorio⁵⁴. Sono tuttavia previsti dei temperamenti. Il Tribunale di primo grado delle Comunità europee ha infatti recentemente affermato che «il principio di diritto comunitario relativo al diritto al contraddittorio non si può applicare» nel caso in cui «l'audizione dell'interessato non

⁵⁰ Cfr. Corte europea, sentenza del 1° ottobre 1982, *Piersak c. Belgio*, in *Raccolta Serie A*, n. 53, par. 30.

⁵¹ Cfr. *supra* Corte europea, sentenza *Le Compte e altri c. Belgio*, par. 58.

⁵² Cfr. Corte europea, sentenza del 24 maggio 1989, *Hauschildt c. Danimarca*, in *Raccolta Serie A*, n. 26, par. 48; sull'argomento cfr. SUDRE, F., *op. cit.*, pag. 360 e ss.

⁵³ Cfr. Corte europea, sentenza del 27 ottobre 1993, *Dombo Beheer c. Paesi Bassi*, in *Raccolta Serie A*, n. 274, par. 33. Sussiste pertanto una violazione di tale principio nel caso di trasmissione al solo pubblico ministero e non anche alla difesa di un rapporto della polizia, cfr. Corte europea, sentenza del 27 aprile 2000, *Kuopila c. Finlandia*, in *Raccolta*, 2000; cfr. Corte europea, sentenza del 22 marzo 2005, *MS c. Finlandia*, in *European Human Rights Report*, January 2006, pag. 95 e ss.

⁵⁴ Cfr. Corte europea, sentenza 16 dicembre 1992, *Edwards c. Regno Unito*, in *Raccolta Serie A*, n. 247, par. 36; cfr. Corte europea, sentenza del 27 marzo 1998, *J.J. c. Paesi Bassi*, in *Raccolta*, 1998-II, par. 43. Se entrambe le parti non sono potute venire a conoscenza di un'informazione utile ai fini della decisione del giudice, si parla di violazione del principio del contraddittorio. Se il difetto di comunicazione riguarda, invece, solo una delle parti, si ricade nell'inosservanza del principio dell'eguaglianza delle armi. Cfr. Corte europea, sentenza del 1° giugno 2006, *Fodale c. Italia*. In alcuni casi la giurisprudenza della Corte europea non è stata così netta, cfr. Corte europea, sentenza del 24 novembre 1997, *Werner c. Austria*, in *Raccolta*, 1997-VII, par. 65; sull'argomento cfr. SUDRE, F., *op. cit.*, pag. 354. Nelle conclusioni presentate l'11 luglio 2002 nella causa *Arben Kaba c. Secretary of State for the Home Department*, causa C-466/00, l'Avvocato generale Jarabo Colomer ha ricordato come le esigenze del contraddittorio varino a seconda degli ordinamenti nazionali, che si distinguono in quelli di tipo inquisitorio e quelli di tipo accusatorio. L'Avvocato generale ha pertanto affermato che «in quanto principio generale del diritto comunitario, che deve ispirarsi a tradizioni giuridiche differenti, il contraddittorio dovrà formare oggetto di una speciale tutela giudiziale solo quando la sua inosservanza provochi la violazione di un diritto fondamentale, ossia quando pregiudichi i diritti della difesa», punto 93. Cfr. sulla parità delle armi e sul principio del contraddittorio, Corte di giustizia, sentenza del 10 gennaio 2002, *Plant*, causa C-480/99, in *Raccolta*, pag. I-265, punto 24; cfr. Corte di giustizia, sentenza del 17 dicembre 1998, *Baustahlgewbe GmbH c. Commissione*, C-185/95, in *Raccolta*, I-8417; cfr. sui diritti di difesa, come principio di diritto comunitario, Corte di giustizia, sentenza del 23 ottobre 1974, *Transocean Marine Paint*, causa 17/74, in *Raccolta*, pag. 1063, punto 15; cfr. Corte di giustizia, sentenza del 29 giugno 1994, *Fissano*, causa C-135792, in *Raccolta*, pag. I-5373, punto 39 e ss.; cfr. Corte di giustizia, sentenza del 21 settembre 2000, *Mediocrurso*, causa C-462/98, in *Raccolta*, pag. I-7183, punto 36.

potrebbe in nessun caso portare l'istituzione (comunitaria) a rivedere la propria posizione»⁵⁵.

La giurisprudenza della Corte europea ha desunto dalla nozione di “procès équitable” il diritto al silenzio dell'accusato, inteso sia come diritto di tacere durante l'interrogatorio, sia come diritto di non contribuire alla propria incriminazione⁵⁶. I giudici di Strasburgo hanno tuttavia precisato che questa tutela «non si estende all'uso (...) di dati che possono ottenersi dall'accusato con il ricorso a poteri coercitivi ma che esistono indipendentemente dalla sua volontà, come i documenti acquisiti in virtù di un mandato, (...), i prelievi di sangue (...) oppure di tessuti corporali ai fini di un'analisi del DNA»⁵⁷.

Alla globale esigenza di correttezza del processo può essere ricondotto anche il principio di pubblicità processuale. Quest'ultimo protegge gli accusati da una giustizia segreta che sfugge al controllo del pubblico e, allo stesso tempo, contribuisce a preservare la fiducia verso le corti e i tribunali⁵⁸. Lo scopo è dunque quello di «rendere il processo controllabile all'esterno sul presupposto che il criterio di controllo più “oggettivo” possibile, in una società democratica, sia quello della verifica “inter-soggettiva” da parte della comunità»⁵⁹. Ne deriva pertanto il diritto dell'accusato ad essere ascoltato personalmente dalle giurisdizioni d'appello⁶⁰. La Corte europea ha interpretato la nozione di “pubblicità” in senso estensivo, ritenendo soddisfatta la previsione contenuta nell'art. 6 anche con il semplice deposito della decisione purché risulti accessibile al pubblico. Si tratta di una garanzia del giusto processo che ammette restrizioni, solo se giustificate da un interesse generale (ordine pubblico e sicurezza nazionale)⁶¹, da esigenze specifiche riferite alle singole persone coinvolte (protezione della vita privata delle parti o interesse di un minore), oppure da motivi riconducibili ad interessi della giustizia⁶². Per garantire all'accusato un giusto processo occorre tuttavia che ogni difficoltà causata alla difesa dalla limitazione dei suoi diritti sia adeguatamente controbilanciata.

L'efficienza e la credibilità della giustizia possono essere minate da una durata non ragionevole del processo. L'abbondantissima giurisprudenza della Corte europea su

⁵⁵ Tribunale di Primo grado delle Comunità europee, *supra*, sentenza *Kadi*, punto 258.

⁵⁶ Cfr. Corte europea, sentenza dell'8 febbraio 1996, *John Murray c. Regno Unito*, in *Raccolta Serie A*, n. 23, par. 45; cfr. Corte europea, sentenza del 25 febbraio 1993, *Funke c. Francia*, in *Raccolta Serie A*, n. 256, par. 44.

⁵⁷ Corte europea, sentenza del 17 dicembre 1996, *Saunders c. Regno Unito*, in *Raccolta*, 1996-VI, par. 69. La Corte ha riconosciuto anche a colui che si trovi nella condizione di testimone o in altra veste diversa da quella di accusato di rifiutarsi di rispondere, cfr. Corte europea, sentenza del 20 ottobre 1997, *Serves c. Francia*, in *Raccolta*, 1997-VI, par. 47.

⁵⁸ Cfr. Corte europea, sentenza dell'8 dicembre 1983, *Pretto c. Italia*, in *Raccolta Serie A*, n. 71, par. 21; cfr. Corte europea, sentenza del 29 ottobre 1991, *Helmers c. Svezia*, in *Raccolta Serie A*, n. 212, par. 33; cfr. *supra*, Corte europea, sentenza, *Campbell et Fell c. Regno Unito*, par. 91.

⁵⁹ cfr. FOCARELLI, C., *op. cit.*, pag. 272.

⁶⁰ Cfr. Corte europea, sentenza del 28 giugno 2005, *Hermi c. Italia*, in *Raccolta*.

⁶¹ Cfr. Corte europea, sentenza del 27 ottobre 2004, *Edwards e Lewis c. Regno Unito*, in *Raccolta*.

⁶² Per un approfondimento sul punto, cfr. CHIAVARIO, M., *op. cit.*, pag. 200 e ss.

tale aspetto mostra quanto spesso tale principio risulta violato. In materia penale esso assume un particolare rilievo, dal momento che non si limita ad essere una generica garanzia di una “giustizia tempestiva”, ma è volto a scongiurare il protrarsi di una situazione d’incertezza giuridica, ovvero ad evitare che una persona resti «troppo a lungo sotto il peso di un’accusa»⁶³, con tutto quello che materialmente e moralmente può comportare.

La durata ragionevole di un processo si giudica caso per caso, sulla base di tre criteri: la complessità della causa, il comportamento dell’interessato e il comportamento delle autorità competenti⁶⁴. Il punto di partenza per considerare il “termine ragionevole” è dato dal momento in cui è possibile parlare di accusa. Questa sussiste, come è stato già accennato, anche prima di una formale imputazione, ovvero quando iniziano ad aversi importanti ripercussioni sulla situazione giuridica della persona⁶⁵. Attraverso un’interpretazione costruttiva della norma in esame i giudici di Strasburgo hanno esteso il campo d’applicazione delle garanzie del giusto processo non solo alla fase del giudizio, ma anche a quella istruttoria, ritenendo che «leur inobservation iniziale risque de compromettre gravement le caractère équitable du procès»⁶⁶. A fondamento di tale posizione vi è la finalità stessa della CEDU, cioè quella di proteggere diritti non teorici o illusori, ma concreti ed effettivi.

La Corte di giustizia non ha esitato ad utilizzare i criteri elaborati dalla giurisprudenza di Strasburgo per riconoscere il diritto ad una durata ragionevole del processo⁶⁷. I giudici di Lussemburgo non hanno tuttavia dato applicazione diretta all’art. 6 par. 1 CEDU, ma hanno affermato che il diritto ad un equo processo e ad una durata ragionevole del procedimento, rappresentano un principio generale del diritto comunitario, di cui la Corte è tenuta a garantire l’osservanza⁶⁸.

Occorre infine soffermarsi brevemente sul principio della presunzione d’innocenza, collocato «alla cerniera fra la più generale clausola ricognitiva del diritto “al processo” e quella concernente gli specifici diritti dell’accusato “nel processo”»⁶⁹. Per la giurisprudenza di Strasburgo non si tratta di un principio distinto, ma di

⁶³ Corte europea, sentenza del 26 giugno 1968, *Wemhoff c. Repubblica Federale di Germania*, in *Raccolta Serie A*, n. 7, par. 18.

⁶⁴ Cfr. *supra*, Corte europea, sentenza *Pretto c. Italia*, par. 21.

⁶⁵ Cfr. *supra*, sentenza *Deewer*, par. 46 e sentenza *Eckle*, par. 73.

⁶⁶ Cfr. Corte europea, sentenza del 24 novembre 1993, *Imbrioscia c. Svizzera*, in *Raccolta Serie A*, n. 275.

⁶⁷ Cfr. *supra*, Corte di giustizia, sentenza *Baustahlgewbe GmbH c. Commissione*.

⁶⁸ Cfr. Corte di giustizia, sentenza del 15 ottobre 2002, *LMV c. Commissione*, causa C-238/99, in *Raccolta*. Nella propria giurisprudenza la Corte di giustizia ha sempre rimarcato che il diritto ad un processo equo si ispira alle tradizioni costituzionali comuni e alla CEDU. Per la particolare attenzione che i giudici dedicano all’art. 6 CEDU e alla giurisprudenza della Corte europea, cfr. Corte di giustizia, sentenza del 16 giugno 2005, *Pupino*, causa C-105/03, punti 60 e ss.; cfr. Corte di giustizia, sentenza dell’11 gennaio 2000, *Paesi Bassi e Van der Wal*, cause riunite 174/98 e C-189/98, in *Raccolta*, I-0000, punto 77; cfr. Corte di giustizia, sentenza del 28 marzo 2000, *Krombach*, causa C-7/98, in *Raccolta*, punto 25 e ss..

⁶⁹ cfr. CHIAVARIO, M., *op. cit.*, pag. 216.

un'applicazione particolare dell'esigenza di equità del processo⁷⁰. La presunzione di innocenza si sostanzia nell'esigenza che «i membri dell'organo giudicante non partano dall'idea preconcepita che il prevenuto (abbia) commesso il reato per cui lo si persegue»⁷¹. Si tratta di un principio dotato di un valore che travalica l'aspetto puramente processuale, dal momento che «permea l'azione penale in quanto tale, indipendentemente dall'esito del procedimento giudiziario»⁷². Esso vincola non solo l'autorità giudiziaria, ma anche tutti gli organi dello Stato chiamati a collaborare con il giudice.

«Se la presunzione d'innocenza consacrata nel par. 2 (dell'art. 6 CEDU) caratterizza alla radice (...) la posizione di chi è sottoposto a un'accusa di carattere penale, il par. 3 dell'art. 6 viene ad esplicitare una serie di specifiche garanzie dell'accusato»⁷³, la cui interpretazione è strettamente collegata alla nozione di "fairness". I diritti previsti in maniera non esaustiva nel par. 3 costituiscono infatti degli aspetti specifici del principio dell'equo processo⁷⁴ e il loro scopo «è chiaramente (quello) di permettere al destinatario di una decisione di influire sull'iter di formazione del convincimento del soggetto decidente in modo da ottenere una decisione più favorevole di quella che otterrebbe se tali diritti non venissero riconosciuti o venissero riconosciuti in maniera più ristretta»⁷⁵. A tale riguardo la Corte europea ha sancito che «en veillant à son observation, il ne faut pas perdre de vue sa finalit   profonde ni le couper du "tronc commun" au quel il se rattache»⁷⁶.

La prima garanzia che viene in rilievo    quella relativa al diritto dell'accusato di «essere informato, nel pi   breve tempo possibile, in una lingua a lui comprensibile e in modo dettagliato, della natura e dei motivi dell'accusa formulata a suo carico»⁷⁷. Deve cio   essere portata a conoscenza dell'accusato la qualificazione giuridica dell'accusa e dei fatti materiali che gli vengono addebitati perch   questo possa essere in grado di preparare la sua difesa⁷⁸. Per far sorgere il diritto ad essere informato in una lingua comprensibile    necessario che l'accusato si trovi nell'impossibilit   di comprendere la

⁷⁰ Cfr. Corte europea, sentenza del 25 marzo 1983, *Minelli c. Italia*, in *Raccolta Serie A*, n. 62, par. 30.

⁷¹ Cfr. Corte europea, sentenza del 6 dicembre 1988, *Barber  , Messegu   e Jabardo c. Spagna*, in *Raccolta Serie A*, n. 146, par. 77; cfr. *supra*, Corte europea, sentenza *Minelli c. Svizzera*, par. 37; cfr. Corte europea, sentenza dell'11 febbraio 2003, *O. c. Norvegia*, in *Raccolta*, 2003-I, n. 160.

⁷² DE SALVIA, M., *op. cit.*, pag. 224.

⁷³ CHIAVARIO, M., *op. cit.*, pag. 222.

⁷⁴ Cfr. Corte europea, sentenza del 25 agosto 1987, *Lutz c. Repubblica Federale Tedesca*, in *Raccolta Serie A*, n. 123, par. 52.

⁷⁵ FOCARELLI, C., *op. cit.*, pag. 270 e ss.

⁷⁶ Corte europea, sentenza del 13 maggio 1980, *Artico c. Italia*, in *Raccolta Serie A*, n. 37, par. 32.

⁷⁷ Art. 6 par 3 lett. a) CEDU.

⁷⁸ Cfr. Corte europea, sentenza del 25 marzo 1999, *Pelissier e Sassi c. Francia*, in *Raccolta*, 1999, par. 52. Non si tratta della formulazione vera e propria dell'imputazione, la quale risulta possibile solo al termine della fase investigativa, cfr. Corte europea, sentenza del 19 dicembre 1989, *Brozicek c. Italia*, in *Raccolta Serie A*, n. 167, par. 42; cfr. Corte europea, sentenza del 23 settembre 1998, *Steel e altri c. Regno Unito*, in *Raccolta*, 1998-VII, par. 84. Non si richiede nemmeno che l'informativa sia scritta, cfr. Corte europea, sentenza del 19 dicembre 1989, *Kamasinski c. Austria*, in *Raccolta Serie A*, n. 168, par. 79.

lingua del processo. Tale diritto è strettamente collegato a quello previsto dal par. 3 lett. e) che si riferisce all'assistenza gratuita ad opera di un interprete. Anche in questo caso, la garanzia non opera automaticamente in base allo *status* anagrafico dell'accusato, ma è circoscritta alla condizione di non saper parlare o non comprendere la lingua del processo. Un'attenta dottrina ha sottolineato che l'attribuzione del diritto ad un interprete «è in funzione della tutela della persona in quanto tale, e in particolare, dei suoi interessi difensivi»⁷⁹, non alla sua appartenenza etnica.

Il diritto all'assistenza gratuita di un interprete si estende a tutti gli atti del processo, compresi quelli delle autorità inquirenti, per permettere all'accusato di confutare gli argomenti che gli vengono contestati. Le autorità giudiziarie non devono limitarsi a designare la persona competente, ma sono chiamate a controllare il valore dell'attività interpretativa offerta⁸⁰. L'assistenza gratuita dell'interprete, a differenza di quanto accade per quella difensiva, non è subordinata ad accertamenti di carattere economico e alla valutazione di interessi della giustizia, ma solo alla mancata conoscenza della lingua del processo.

Degno di nota risulta anche il diritto dell'accusato di «disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie a preparare la sua difesa»⁸¹. La formulazione generica lascia un ampio margine all'interprete. Una parte della dottrina ne ha visto il “contrappeso” del principio di ragionevolezza della durata dei procedimenti⁸².

La garanzia prevista dal par. 3 lett. c) rappresenta la caratterizzazione soggettiva dell'esercizio della difesa. Essa si esplicita nel diritto dell'accusato di difendersi personalmente o di avere l'assistenza di un difensore di fiducia oppure, in mancanza di mezzi, di essere assistito gratuitamente da un avvocato d'ufficio, quando lo esigono gli interessi della giustizia⁸³. Manca invece l'espressa previsione, a differenza di quanto stabilito nell'art. 14 par. 3 del Patto sui diritti civili e politici del '66, del diritto di essere informato sul diritto di avere un difensore.

L'assistenza dell'avvocato deve essere effettiva, e non meramente formale⁸⁴, e può ricorrere in ogni fase della procedura, compresa quella degli interrogatori iniziali della polizia, qualora siano in grado di determinare conseguenze rilevanti per il

⁷⁹ CHIAVARIO, M., *op. cit.*, pag. 243; cfr. più approfonditamente CONETTI, *L'impiego della lingua materna nei procedimenti giudiziari come diritto dell'uomo*, in *Studi in onore di G. Sperduti*, Milano, 1984, par. 507 e ss.

⁸⁰ Cfr. *supra*, Corte europea, sentenza *Kamasinski c. Austria*, par. 74.

⁸¹ Art. 6 par. 3 lett. b) CEDU.

⁸² CHIAVARIO, M., *op. cit.*, pag. 226.

⁸³ La Corte europea nella sentenza del 7 ottobre 2003, *Duriez-Costes c. Francia* e nella sentenza del 9 ottobre 2003, *Gaucher c. Francia*, ha affermato che la rinuncia all'assistenza di un avvocato non comporta la rinuncia «au bénéfice des garanties d'une procédure contradictoire».

⁸⁴ Cfr. Corte europea, sentenza del 9 giugno 1984, *Goddi c. Italia*, in *Raccolta Serie A*, par. 31.

prevenuto⁸⁵. Un aspetto essenziale di tale prerogativa è la possibilità dell'accusato di comunicare con il suo difensore al di fuori della portata d'ascolto di terzi⁸⁶.

Si ricorre alla difesa gratuita d'ufficio quando l'accusato versa in ristrettezze economiche e gli interessi della giustizia lo esigono. All'interessato viene pertanto riconosciuta la possibilità di svolgere un ruolo effettivo nella procedura in corso⁸⁷. Quest'ultimo aspetto si collega all'ulteriore diritto dell'accusato, non espressamente sancito dall'art. 6 par. 3 CEDU, ma ricavato dal combinato disposto del par. 1 con il par. 3, ovvero il diritto di partecipare attivamente al proprio processo, assistendo, ascoltando e seguendo i dibattiti⁸⁸. Il diritto di presenza dell'accusato non significa tuttavia che siano assolutamente inammissibili i procedimenti *in absentia*⁸⁹. Nel processo in contumacia l'accusato deve infatti essere stato posto al corrente del procedimento e la sua assenza deve essere volontariamente decisa⁹⁰.

Resta infine da considerare il diritto di «esaminare o far esaminare i testimoni a carico ed ottenere la convocazione e l'esame dei testimoni a discarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico»⁹¹. Tale diritto rappresenta un aspetto particolare del principio del contraddittorio, volto a soddisfare il requisito della completa «eguaglianza delle armi»⁹². La norma in esame, regolando espressamente l'amministrazione della prova, è volta ad incidere immediatamente sulla ricerca della verità. È tuttavia opportuno sottolineare che il giudice nazionale, se ritiene che la prova sia priva di interesse, può decidere di non interrogare i testimoni, senza che questo comporti alcuna violazione dei diritti della difesa⁹³. Manca invece l'espressa previsione del diritto dell'imputato di non essere costretto a testimoniare contro se stesso o a confessarsi colpevole, sancita dall'art. 14 par. 3 lett. g) del Patto sui diritti civili e politici.

Secondo una giurisprudenza costante della Corte europea e della Corte di giustizia le prove, tra cui quella testimoniale, devono di regola essere prodotte davanti

⁸⁵ Cfr. *supra*, Corte europea, sentenza, *John Murray c. Regno Unito*, par. 63 e ss.; cfr. Corte europea, sentenza del 6 giugno 2000, *Magee c. Regno Unito*, in *Raccolta*, 2000, par. 38 e ss. Occorre valutare caso per caso, in base alle particolarità della procedura e alle circostanze della causa.

⁸⁶ Cfr. Corte europea, sentenza del 28 novembre 1991, *S. c. Svizzera*, in *Raccolta Serie A*, n. 220, par. 48; cfr. Corte europea, sentenza del 16 ottobre 2001, *Brennan c. Regno Unito*, in *Raccolta*, 2001.

⁸⁷ Cfr. Corte europea, sentenza del 24 maggio 1991, *Quaranta c. Svizzera*, in *Raccolta Serie A*, n. 205.

⁸⁸ Cfr. Corte europea, sentenza del 12 febbraio 1985, *Colozza c. Italia*, in *Raccolta Serie A*, n. 89, par. 27; cfr. Corte europea, sentenza del 23 febbraio 1994, *Stanford c. Regno Unito*, in *Raccolta Serie A*, n. 282.

⁸⁹ Per i procedimenti *in absentia*, cfr. *infra* le previsioni della decisione-quadro sul mandato d'arresto europeo, PAR. II.1.

⁹⁰ Cfr. *supra*, Corte europea, sentenza *Colozza c. Italia*, par. 29, cfr. Corte europea, sentenza del 10 novembre 2004, *Sejdovic c. Italia*, in *European Human Rights Reports*, February 2006, pag. 361, par. 26; cfr. Corte europea, sentenza 19 maggio 2005, *Vigroux c. Francia*; cfr. Corte europea, sentenza del 9 giugno 2005, *R.R. c. Italia*, in *Raccolta*; cfr. Corte europea, sentenza del 23 novembre 1993, *Poitrinol c. Francia*, in *Raccolta Serie A*, n. 277, par. 31.

⁹¹ Art. 6 par. 3 lett. d) CEDU.

⁹² Corte europea, sentenza del 27 luglio 2000, *Pisano c. Italia*, in *Raccolta*, 2000, par. 23.

⁹³ Cfr. Corte europea, sentenza del 22 aprile 1992, *Vidal c. Belgio*, in *Raccolta Serie A*, n. 235-B, par. 33; Corte di giustizia, sentenza del 7 ottobre 2004, *Mag Instrument Inc.*, C-136/02, in *Raccolta*, punto 76.

all'accusato in una pubblica udienza⁹⁴. Sono ammesse tuttavia delle eccezioni, quando il testimone è anonimo⁹⁵ oppure minorenni. In tali circostanze è necessario che all'accusato sia concessa un'occasione adeguata e sufficiente per contestare la testimonianza a carico e per interrogarne l'autore anche in un momento successivo⁹⁶. Occorre cioè che la condanna non si fondi unicamente o in misura determinante sulle deposizioni di un testimone che l'accusato non ha potuto interrogare in nessuna fase della procedura⁹⁷.

Occorre infine sottolineare che le previsioni contenute nell'art. 6 CEDU sono tutte a favore della tutela della persona. Questo però non esclude la possibilità di deroghe temporanee o bilanciamenti con esigenze di tutela collettiva⁹⁸. È opportuno infatti ricordare che la stessa nozione di "processo equo", e comunque il complessivo sistema di beni e di valori protetti dalla Convenzione, impongono altresì di tenere conto, a bilanciamento delle stesse garanzie processuali dell'accusato, degli interessi vitali di altri soggetti (vittime e testimoni). In tale operazione si deve tuttavia «partire da una priorità accordata alla tutela del singolo rispetto alla salvaguardia delle esigenze essenziali della collettività»⁹⁹. Deve cioè essere preferita la garanzia processuale più equa ed efficace per l'individuo che comporti un minor costo per la collettività.

⁹⁴ Cfr. Corte europea, sentenza del 20 novembre 1989, *Kostovsky c. Paesi Bassi*, in *Raccolta Serie A*, n. 166; , par. 41; Corte europea, sentenza del 19 dicembre 1990, *Delta c. Francia*, in *Raccolta*, A-191-A, par. 36. A tale riguardo la dottrina parla di «principe d'immédiateté», TRECHSEL, S., *L'administration de la preuve. Quelques réflexions sur l'article 6, 3°, d) de la Convention européenne des droits de l'homme*, in *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire. Mélanges en hommage à Pierre Lambert*, Bruylant, Bruxelles, 2000, pag. 913.

⁹⁵ Il ricorso ad una testimonianza anonima comporta una restrizione dei diritti della difesa. Per tal ragione appare ammissibile solo quando risulta assolutamente necessaria alla protezione dei testimoni o al mantenimento da parte della polizia del segreto o della possibilità di riutilizzare le stesse fonti. Cfr. sul punto DE SCHUTTER, O., *La Convention européenne des droits de l'homme à l'épreuve de la lutte contre le terrorisme*, in BRIBOSIA, E., WEYEMBERGH, *op. cit.*, pag. 118.

⁹⁶ Cfr. Corte europea, sentenza del 14 dicembre 1999, *A. M. c. Italia*, in *Raccolta*, 1999, par. 25; cfr. Corte europea, sentenza del 16 marzo 2000, *Camilleri c. Malta*, in *Raccolta*; sul punto cfr. CROQUET, N., *La commission rogatoire à la lumière du principe de l'égalité des armes : une nouvelle approche par la Cour européenne des droits de l'homme ?*, in *Revue de droits international et de droit comparé*, 2004, pag. 79 e ss.

⁹⁷ Cfr. Corte europea, sentenza del 23 aprile 1997, *Van Mechelen a altri c. Paesi Bassi*, in *Raccolta*, 1997-III, par. 58.; cfr. Corte europea, sentenza del 20 dicembre 2001, *P. S. c. Germania*, in *Raccolta*, 2002-I, par. 10; cfr. Corte europea, sentenza del 2 luglio 2002, *S. N. c. Svezia*, in *Raccolta*, 2002-V; cfr. Corte europea, sentenza del 13 novembre 2003, *Rachdad c. Francia*; cfr. *supra*, Corte di giustizia, sentenza *Pupino*, punto 60 e conclusioni dell'Avvocato generale Kokott, punti 66 e ss.

⁹⁸ Cfr. Corte europea, sentenza del 23 maggio 2000, *Van Pelt c. Francia*, in *Raccolta*, par. 64 e ss.; cfr. Corte europea, sentenza del 26 marzo 1996, *Doorson c. Paesi Bassi*, in *Raccolta*, par. 70.

⁹⁹ FOCARELLI, C., *op. cit.*, pag. 345.

I.2: L'art. 13 CEDU e il diritto ad un ricorso effettivo nella giurisprudenza della Corte europea e della Corte di giustizia

L'art. 13 CEDU sancisce il diritto ad un ricorso effettivo davanti ad un'istanza nazionale. Si tratta di un diritto complementare, che può essere invocato solo in caso di inosservanza di un altro diritto previsto dalla CEDU¹⁰⁰. La giurisprudenza della Corte europea ha tuttavia esteso l'interpretazione della norma, affermando che è possibile applicarla non solo quando sia stata accertata la violazione di un altro diritto sostanziale della Convenzione, ma anche quando tale violazione sia stata solo invocata dal ricorrente¹⁰¹.

L'art. 13 introduce una garanzia di mezzi, volta ad assicurare la possibilità di ricorso, ma non il risultato favorevole al ricorrente¹⁰². Si tratta di una garanzia generale rispetto a quella speciale prevista dall'art. 6 par. 1 CEDU¹⁰³. La possibile sovrapposizione tra le due norme ha spinto per anni la Corte europea ad affermare che la prima non potesse trovare applicazione quando veniva in rilievo la seconda¹⁰⁴. Lo spazio di operatività dell'art. 13 risultava dunque limitato ai casi in cui non era necessario il rispetto dei criteri più restrittivi previsti dall'art. 6. Recentemente, con un *revirement jurisprudentiel*, i giudici di Strasburgo hanno, invece, affermato che l'art. 13 CEDU può essere invocato anche congiuntamente all'art. 6¹⁰⁵.

Il carattere sussidiario della garanzia contenuta nell'art. 13 CEDU è desunto dalla stessa formulazione della norma, la quale prevede il diritto ad un ricorso effettivo davanti ad un'«istanza nazionale». Quest'ultima locuzione è da intendere in senso ampio, comprensivo anche di organi non giurisdizionali purché dotati dei requisiti di indipendenza, imparzialità¹⁰⁶ e del potere di prendere decisioni vincolanti. L'effettività

¹⁰⁰ L'art. 13 CEDU prevede che: «ogni persona i cui diritti e le cui libertà riconosciuti nella presente Convenzione siano stati violati, ha diritto ad un ricorso effettivo davanti ad un'istanza nazionale, anche quando la violazione sia stata commessa da persone che agiscono nell'esercizio delle loro funzioni ufficiali». Cfr. anche l'art. 2 Protocollo n. 7 allegato alla CEDU il quale attribuisce a chiunque venga dichiarato colpevole di un'infrazione penale il diritto di ricorso ad un Tribunale di giurisdizione superiore

¹⁰¹ Cfr. Corte europea, sentenza del 6 settembre 1978, *Klass c. Germania*, in *Raccolta Serie A*, n. 28, par. 66; cfr. Corte europea, sentenza del 25 marzo 1983, *Silver e altri c. Regno Unito*, in *Raccolta Serie A*, n. 61.

¹⁰² Cfr. Corte europea, sentenza del 6 febbraio 1976, *Swedish Engine Drivers' Union c. Svezia*, in *Raccolta Serie A*, n. 20; cfr. Corte europea, sentenza del 30 ottobre 1991, *Vilvarajah c. Regno Unito*, in *Raccolta Serie A*, n. 215.

¹⁰³ Cfr. Corte europea, sentenza del 26 maggio 1993, *Brannigan e McBride c. Regno Unito*, in *Raccolta Serie A*, n. 258. COHEN-JONATHAN, G. e FLAUSS, J.-F., *Chroniques d'actualité. Commission et Cour européennes des droits de l'homme*, in *Justice*, 1997, pag. 188, parlano a tale riguardo di «théorie dite de l'absorption».

¹⁰⁴ Cfr. Corte europea, sentenza del 25 ottobre 1989, *Jacobsson c. Svezia*, in *Raccolta Serie A*, n. 163, par. 78.

¹⁰⁵ La Corte europea nella sentenza del 26 ottobre 2000, *Kudla c. Polonia*, in *Raccolta*, 2000, par. 34 ha affermato che l'art. 13 poteva essere invocato anche per lamentare un'irragionevole durata del processo; cfr. Corte europea, sentenza del 21 ottobre 2003, *Broca e Tixier-Micault c. Francia*, in *Raccolta*, 2003.

¹⁰⁶ Cfr. *supra*, Corte europea, sentenza *Klass c. Germania*, par. 67.

richiede infatti che l'autorità competente emetta una decisione motivata con effetti obbligatori. La motivazione consente di controllare che la decisione non sia il frutto di un mero arbitrio, mentre l'obbligatorietà degli effetti permette di configurare il ricorso come uno strumento idoneo a ristabilire il rispetto dei diritti e delle libertà che sono stati violati.

A livello comunitario, la giurisprudenza della Corte di giustizia ha riconosciuto nel diritto a un ricorso effettivo un principio generale del diritto comunitario¹⁰⁷. L'ambito di applicazione risulta tuttavia più circoscritto. Il ricorso infatti può essere proposto non ad una generica un'istanza nazionale, ma ad un giudice¹⁰⁸.

I.3: L'art. 7 CEDU e il principio di legalità nella giurisprudenza della Corte europea e della Corte di giustizia

Il principio di legalità enunciato nell'art. 7 CEDU rappresenta uno dei principi della «civilisation juridique européenne»¹⁰⁹, appartenenti al «nocciolo duro» della Convenzione, ovvero a quelle norme che non ammettono deroghe in tempo di guerra o di altro pericolo pubblico¹¹⁰.

Esso è espressione della preminenza del diritto ed è volto a «garantire la sicurezza giuridica dei cittadini in materia criminale»¹¹¹. Si tratta di un principio già previsto negli ordinamenti degli Stati membri che ha trovato spazio nei più importanti

¹⁰⁷ Cfr. Corte di giustizia, sentenza del 15 maggio 1986, *Johnston*, causa 222/84, in *Raccolta*, pag. 1651, punto 18.

¹⁰⁸ Cfr. *supra* Corte di giustizia, sentenza *Johnston*; per il diritto ad un ricorso giurisdizionale effettivo davanti alle giurisdizioni comunitarie, cfr. Tribunale di primo grado, ordinanza del 7 giugno 2004, *Segi*, T-338/02; cfr. Corte di giustizia, sentenza del 25 luglio 2002, *Union de Pequeños Agricultores*, causa C-50/00, in *Raccolta*, 2002; cfr. Tribunale di Primo grado delle Comunità europee, sentenza del 30 gennaio 2002, *Max Mobil Telekommunikation*, causa T-54/99, in *Raccolta*, 2002; cfr. Tribunale di Primo grado delle Comunità europee, sentenza del 3 maggio 2002, *Jégo-Quéré*, causa T-177/01, in *Raccolta*, 2002. Cfr. sul punto SIMON, D., «*Droit au juge*» et contentieux de la légalité en droit communautaire: la clé du prétoire n'est pas un pass-partout, in *Libertés, justice, tolérance. Mélanges en hommage au Doyen Gérard COHEN-JONATHAN*, Bruylant, Bruxelles, 2004, vol. 2, pag. 1406 e ss.

¹⁰⁹ ROLLAND, *Article 7*, in PETTITI, L. E., DECAUX, E., IMBERT, P.-E., (sous la direction de), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Paris, 1999, pag. 293. Secondo l'Autore si tratta dell'«application particulière du principe fondateur de l'État de droit».

¹¹⁰ DE SALVIA, M., *Droit communautaire, droit pénale et Convention européenne des droits de l'homme: quelques observations liminaires*, in *Droit communautaire et droit pénal*, Giuffrè, Milano, 1981, pag. 109; cfr. BERNARDI, A., *op. cit.*, pag. 251 e ss.; cfr. Corte europea, sentenza del 22 novembre 1995, *C. R. c. Regno Unito*, in *Raccolta, Serie A*, n. 256-B; cfr. Corte europea, sentenza del 22 novembre 1995, *S. W. c. Regno Unito*, in *Raccolta, Serie A*, n. 335-B.

¹¹¹ BERNARDI, A., *Art. 7. Nessuna pena senza legge*, in BARTOLE, S., CONFORTI, B., RAIMONDI, G., *op. cit.*, pag. 250. L'art. 7 CEDU prevede infatti che «nessuno può essere condannato per una azione o una omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o internazionale. Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso. Il presente articolo non ostacolerà il giudizio e la condanna di una persona colpevole di una azione o di una omissione che, al momento in cui è stata commessa, costituiva un crimine secondo i principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili».

testi in materia di diritti dell'uomo¹¹² e che l'art. 7 CEDU ha ulteriormente convalidato. A livello internazionale esso è da intendere in senso «esclusivamente “materiale”, non alludendo affatto alla necessità che le fonti giuridiche siano di stretta *competenza* dei Parlamenti nazionali o di organi *rappresentativi* della volontà e sovranità popolari»¹¹³

La norma in esame è volta ad evitare che un soggetto sia condannato per un fatto non previamente sancito dal diritto vigente come reato¹¹⁴. Tale disposizione non si limita «a proibire l'applicazione retroattiva del diritto penale (...), (ma) consacra altresì (...) il principio (...) che impone di non applicare estensivamente o analogicamente la legge penale a detrimento dell'imputato»¹¹⁵.

In riferimento alla irretroattività della norma penale, occorre segnalare che l'art. 7 par. 1 CEDU, a differenza dell'art. 15 del Patto del '66 sui diritti civili e politici, non sancisce espressamente il principio di retroattività favorevole. Tale lacuna, tuttavia, non impedisce ai singoli Stati di assicurarne l'applicazione, dal momento che l'art. 53 CEDU fa salve le maggiori garanzie in tema di diritti dell'uomo previste dagli ordinamenti nazionali¹¹⁶.

L'interpretazione restrittiva della norma penale ha trovato consacrazione anche nella giurisprudenza della Corte di giustizia. I giudici di Lussemburgo hanno infatti affermato che le norme di diritto comunitario a contenuto sanzionatorio devono essere interpretate restrittivamente, soprattutto quando si rivelano carenti sotto il profilo della determinatezza¹¹⁷. Il controllo operato dalla Corte di giustizia non riguarda solamente la legislazione comunitaria, ma anche le norme incriminatrici nazionali volte a trasporre prescrizioni comunitarie¹¹⁸. È noto che la legislazione penale e le norme di procedura penale non rientrano tra le competenze della Comunità. Recentemente, tuttavia, i giudici di Lussemburgo, dopo aver ribadito tale regola generale, hanno affermato che «cette dernière constatation ne saurait cependant empêcher le législateur communautaire,

¹¹² Cfr. art. 11 n. 2 Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e art. 15 Patto internazionale sui diritti civili e politici.

¹¹³ PICOTTI, L., *op. cit.*, pag. 271 e ss. Cfr. anche la dottrina richiamata dall'Autore, BERNARDI, A., *op. cit.*, pag. 249 e ss.

¹¹⁴ Cfr. ROLLAND, *op. cit.*, pag. 295, secondo il quale esiste un obbligo generale di «*prévisibilité qui doit être entendue de façon plus rigoureuse encore en droit pénal*».

¹¹⁵ Corte europea, sentenza del 25 maggio 1993, *Kokkinakis c. Grecia*, in *Raccolta, Serie A*, n. 260-A, par. 52; cfr. Corte europea, sentenza del 15 novembre 1996, *Cantoni c. Francia*, in *Raccolta*, par. 29.

¹¹⁶ Sul punto cfr. BERNARDI, A., *op. cit.*, pag. 290 e ss.

¹¹⁷ Corte di giustizia, sentenza del 13 febbraio 1979, causa 85/76, *Hoffmann-La Roche c. Commissione*, in *Raccolta*, 1979, pag. 461 e ss.; cfr. GUILD, E., LESIEUR, G., *The European Court of Justice on the European Convention on Human Rights*, in *Kluwer Law International*, 1998, pag. 201 e ss.

¹¹⁸ Il controllo di legalità operato dalla Corte di giustizia sulle norme incriminatrici nazionali sembra improntato al criterio dell'«orientamento prevalente», ovvero della *better law*, che consente di accogliere, tra le soluzioni adottate nei vari Stati membri, quella che la Corte preferisce in relazione a ogni singolo principio-diritto fondamentale, tenuto conto dell'interesse comunitario. Cfr. sul punto BERNARDI, A., *Il principio di legalità dei reati e delle pene nella Carta europea dei diritti: problemi e prospettive*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comunitario*, 2002, pag. 695 e ss.; sulla giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di diritti fondamentali, cfr. CARTABIA, M., *Principi inviolabili e integrazione europea*, Giuffrè, Milano, 1995; cfr. MENGOZZI, P., *Il diritto comunitario e dell'Unione europea*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, vol. XV, CEDAM, Padova, 1997, pag. 287 e ss.

losque l'application de sanctions pénales effectives, proportionnées et dissuasives par les autorités nationales compétentes constitue une mesure indispensable pour lutter contre les atteintes graves à l'environnement, de prendre des mesures en relation avec le droit pénal des Etats membres et qu'il estime nécessaires pour garantir la pleine effectivité»¹¹⁹. In base a tale pronuncia il legislatore comunitario potrà quindi elaborare misure in relazione con il diritto penale, ma solo se sussiste la necessità di rendere effettivo il diritto comunitario.

Occorre segnalare che «l'ambito applicativo dei principi di legalità e di irretroattività si estende al di là dei reati e delle pene formalmente intesi, (...) finendo per abbracciare tutte le norme e tutte le misure considerate "intrinsecamente penali" in base alla concezione "autonomistica" accolta dalla giurisprudenza CEDU»¹²⁰. Ne deriva una sorta di «parallelismo tra la nozione di "reato" e quella di "materia penale" che conduce al parziale superamento dei parametri tecnico-formali interni di qualificazione dell'illecito-penale, a vantaggio di parametri flessibili, (...) capaci di cogliere l'"intima essenza" dell'illecito stesso»¹²¹. Per qualificare quest'ultimo come penale ricorrono due criteri: quello della natura stessa dell'illecito, risultante dal comportamento sanzionato dalla norma, dalle regole procedurali e dalla qualifica dei soggetti attivi, e quello della gravità della sanzione.

L'obiettivo di trovare un comune denominatore, valido per i sistemi di *civil* e di *common law*, ha spinto i redattori dell'art. 7 CEDU a non richiamare espressamente la riserva di legge e a non richiedere l'esistenza di una norma scritta.

La legalità è strettamente collegata all'esigenza di garantire l'effettiva conoscibilità dei fatti vietati. Tale conoscibilità viene perseguita non solo attraverso la determinatezza della norma incriminatrice, ma anche mediante la sua accessibilità e prevedibilità. La Corte europea ha infatti affermato che l'illecito penale deve essere formulato in modo chiaro e preciso dal diritto¹²², in modo «tale da permettere al cittadino di regolare la propria condotta (...). Questi deve essere in grado di prevedere, con un grado di ragionevole approssimazione in rapporto alle circostanze del caso, le conseguenze che possono derivare da un atto determinato»¹²³. Secondo la giurisprudenza della Corte europea, per valutare la determinatezza dell'illecito penale

¹¹⁹ Corte di giustizia, sentenza del 13 settembre 2005, causa C-176/03, *Commissione c. Consiglio*, in www.curia.eu.int, punto 48.

¹²⁰ BERNARDI, A., *Art. 7. Nessuna pena senza legge*, *op. cit.*, pag. 252 e ss. Sull'interpretazione autonomistica delle disposizioni della CEDU, cfr. *supra*, par. I.I.

¹²¹ BERNARDI, A., *Art. 7. Nessuna pena senza legge*, *op. cit.*, pag. 256 e ss.

¹²² Il termine "diritto" deve essere interpretato come comprensivo del diritto scritto e di quello non scritto, in ragione dei differenti sistemi giuridici di *civil* e di *common law* degli Stati membri. Cfr. Corte europea, sentenza del 22 novembre 1995, *S. W. e C. R. c. Regno Unito*, in *Raccolta*, par. 35; cfr. Corte europea, sentenza dell'8 luglio 1999, *Baskaya e Okçuoglu c. Turchia*, in *Raccolta*, par. 36.

¹²³ Corte europea, sentenza del 26 aprile 1979, *Sunday Times c. Regno Unito*, in *Raccolta*, Serie A, n. 30, par. 49.

occorre fare riferimento al testo normativo, al significato che esso assume nel contesto della legge, alle caratteristiche dei soggetti destinatari e alla prassi giurisprudenziale¹²⁴.

Il principio in esame trova applicazione anche con riferimento alle sanzioni penali. Il concetto di pena, al pari di quanto si è detto per quello di reato¹²⁵ e di accusa penale¹²⁶, deve essere interpretato in maniera autonoma. La giurisprudenza della Corte europea ha individuato una serie di elementi in grado di indicare la sussistenza o meno di tale carattere. Tra essi possono essere ricordati la natura e lo scopo della misura, la sua qualificazione a livello nazionale, le procedure correlate alla sua adozione ed esecuzione nonché la sua gravità¹²⁷. Rientrano pertanto nel campo d'applicazione dell'art. 7 le pene principali e quelle accessorie previste da una sentenza penale di condanna. Risultano invece escluse le misure irrogate a prescindere da una sentenza penale di condanna, come la custodia cautelare, e le misure di prevenzione a carattere detentivo¹²⁸. La giurisprudenza di Strasburgo appare infine piuttosto cauta e per nulla abbondante in relazione alla qualificazione come "pene" ai sensi della norma in esame delle misure di sicurezza di tipo detentivo¹²⁹.

L'obbligo del legislatore di disciplinare con chiarezza e precisione la sanzione penale non si spinge fino alla previsione dei minimi e dei massimi edittali in relazione ad ogni fattispecie astratta¹³⁰. Ne deriva pertanto che «non dovrebbero incorrere nelle censure dei giudici di Strasburgo quei sistemi che (...) indicano esclusivamente i limiti massimi della pena applicabili (...), (né) quei sistemi nazionali che (...) da un lato indicano in via generale i limiti minimi per ogni tipo di sanzione e dall'altro lato specificano, per ogni reato o per ogni categoria di reati, i relativi massimi»¹³¹.

Occorre infine segnalare che l'art. 7 par. 2 CEDU prevede una deroga al principio del *nullum crimen, nulla poena sine lege*, consentendo un'applicazione retroattiva di alcune fattispecie penali. Gli autori di fatti che, in base ai principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili, sono considerati criminali possono essere processati e condannati anche se al momento della loro commissione non costituivano reato secondo il diritto nazionale o internazionale. Non si tratta solamente dei crimini di guerra e di quelli contro l'umanità commessi durante la seconda guerra mondiale¹³², come si sarebbe portati a credere sulla base del fatto che l'art. 7 par. 2 «è il frutto di un

¹²⁴ Cfr. ROLLAND, *op. cit.*, pag. 296 e ss.

¹²⁵ Cfr. *supra* in questo paragrafo.

¹²⁶ Cfr. *supra*, PAR. I.1.

¹²⁷ Cfr. Corte europea, sentenza del 9 febbraio 1995, *Welch c. Regno Unito*, in *Raccolta*, par. 28; cfr. Corte europea, sentenza dell'8 giugno 1995, *Jamil c. Francia*, in *Raccolta*, par. 31.

¹²⁸ Cfr. Corte europea, sentenza del 1° luglio 1961, *Lawless c. Irlanda*, in *Raccolta, Serie A*, n. 3, par. 19; cfr. BERNARDI, A., *Art. 7. Nessuna pena senza legge*, *op. cit.*, pag. 274 e ss.

¹²⁹ Cfr. sul punto BERNARDI, A., *Art. 7. Nessuna pena senza legge*, *op. cit.*, pag. 276 e ss.

¹³⁰ A livello dell'Unione europea la dichiarazione n. 8 allegata al Trattato di Amsterdam sancisce che uno Stato membro che non preveda pene minime non può essere obbligato ad adottarle.

¹³¹ BERNARDI, A., *Art. 7. Nessuna pena senza legge*, *op. cit.*, pag. 279.

¹³² Cfr. Commissione europea dei diritti dell'uomo, decisione di ricevibilità del 13 gennaio 1997, 29420/95, *Touvier c. Francia*, in *Décisions et Rapports*, 88-A, pag. 14 e ss.

emendamento all'originale progetto di tale articolo (...) espressamente finalizzato a giustificare i processi di Norimberga e Tokyo»¹³³, ma l'ambito di applicazione della norma si estende ai crimini considerati tali dai principi generali espressivi di quella che è stata definita «la morale internazionale»¹³⁴.

I.4: L'art. 4 Protocollo n. 7 alla CEDU e l'art. 54 Convenzione d'applicazione di Schengen: il principio del *ne bis in idem*

Il *ne bis in idem* è un principio essenziale del diritto penale, in virtù del quale nessuno può essere giudicato o punito penalmente due volte per lo stesso fatto/reato¹³⁵. Esso trova fondamento in due pilastri tipici di ogni sistema giuridico: la certezza del diritto, che si sostanzia nell'autorità della *res iudicata*, e l'equità, espressione della tutela giurisdizionale dell'individuo contro lo *ius puniendi*¹³⁶, che impedisce il cumulo delle sanzioni.

A livello internazionale il principio in esame trova consacrazione nei principali testi di protezione dei diritti fondamentali¹³⁷, mentre a livello interno, è previsto nella maggior parte degli ordinamenti nazionali.

La CEDU non dedica però alcuna disposizione al *ne bis in idem*. La lacuna è stata colmata dall'art. 4 del Protocollo n. 7 allegato alla Convenzione¹³⁸ il quale prevede

¹³³ BERNARDI, A., *Art. 7. Nessuna pena senza legge*, op. cit., pag. 298.

¹³⁴ LOMBOIS, C., *Droit pénal international*, Dalloz, Paris, 1979, pag. 130. Sul punto cfr. BERNARDI, A., *Art. 7. Nessuna pena senza legge*, op. cit., pag. 300.

¹³⁵ Cfr. *infra* sulla nozione di “*idem*”.

¹³⁶ Cfr. Conclusioni dell'Avvocato generale Jarabo Colomer del 20 ottobre 2005, *Van Esbroeck*, causa C-436/04, punto 19 e ss. Cfr. sul punto anche CARTA, M., *Gli obblighi di cooperazione giudiziaria degli Stati con le giurisdizioni penali internazionali e la tutela dei diritti dell'uomo*, in ZANGHÌ, C., PANELLA, L., (a cura di), *Cooperazione giudiziaria in materia penale e diritti dell'uomo*, Giappichelli, Torino, 2004, pag. 292 e ss.

¹³⁷ Cfr. art. 14 n. 7 del Patto sui diritti civili e politici del 16 marzo 1966 delle Nazioni Unite; cfr. *infra* art. 50 Carta dei diritti fondamentali dell'UE; cfr. anche le convenzioni sulla cooperazione giudiziaria penale adottate nell'ambito del Consiglio d'Europa, come l'art. 9 della Convenzione europea d'estradizione del 1957, secondo il quale «l'estradizione non sarà consentita quando l'individuo è stato definitivamente giudicato dalle autorità competenti della parte richiesta per i fatti che motivano la domanda. Essa potrà essere rifiutata se le autorità competenti della Parte richiesta hanno deciso di non aprire un perseguimento penale o di chiuderne uno già avviato per gli stessi fatti». Nella Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale del 1959, invece, il principio del *ne bis in idem* non viene espressamente previsto. Esso tuttavia si ricava dalle riserve formulate da numerosi Stati contraenti (tra cui i Paesi Bassi) in base alle quali è possibile rifiutare l'assistenza giudiziaria qualora uno stesso soggetto sia già stato condannato o punito per uno stesso fatto. Cfr. anche l'art. 7 della Convenzione europea sulla sorveglianza delle persone condannate o liberate con la condizionale del 1964; cfr. gli artt. 53-57 della Convenzione europea sulla validità internazionale dei giudizi repressivi del 1970; cfr. gli artt. 35-37 della Convenzione europea sulla trasmissione delle procedure repressive del 1972. Sulla non configurabilità del principio del *ne bis in idem* come norma consuetudinaria cfr. FARINELLI, S., *Sull'applicazione del principio del ne bis in idem tra gli Stati membri della Comunità europea*, in *Rivista Dir. Internazionale*, 1991, pag. 878 e ss.; cfr. AMALFITANO, C., *Dal ne bis in idem internazionale al ne bis in idem europeo*, in *Riv. Dir. Internazionale privato e processuale*, 2002, pag. 929 e ss.

che «nessuno può essere perseguito o condannato penalmente dalla giurisdizione dello stesso Stato per un'infrazione per cui è stato scagionato o condannato a seguito di una sentenza definitiva conforme alla legge e alla procedura penale di tale Stato». La norma in esame ha lo scopo di vietare la reiterazione di azioni penali definitivamente chiuse nei confronti di uno stesso soggetto e per il medesimo reato. Il principio del *ne bis in idem* non può trovare dunque applicazione prima che sia aperto un nuovo procedimento¹³⁹. Il campo d'applicazione della disposizione in esame risulta limitato allo stesso Stato in cui il soggetto è stato condannato o perseguito penalmente.

A livello comunitario, questa limitazione è stata superata dall'art. 1 della Convenzione del 1987 sull'applicazione del *ne bis in idem* tra gli Stati membri delle Comunità europee¹⁴⁰, adottata nell'ambito della Cooperazione politica europea¹⁴¹, che, a sua volta, ha ispirato la formulazione dell'art. 54 della Convenzione Schengen¹⁴². Quest'ultima disposizione ha esteso l'applicazione geografica del principio a tutti gli Stati contraenti¹⁴³. Con l'incorporazione dell'*acquis* di Schengen, tale norma è diventata il parametro di riferimento per la tutela del principio del *ne bis in idem* nell'Unione europea. Ne risultano vincolati tutti gli Stati membri, compresi il Regno Unito e l'Irlanda, che hanno presentato al Consiglio la domanda per potere partecipare a tale *acquis*.

Il principio del *ne bis in idem* assume una particolare importanza in un momento, come quello attuale, in cui la criminalità transfrontaliera è in continuo aumento. L'abolizione dei controlli alle frontiere interne operata dagli Accordi di Schengen rischia infatti di abbassare la soglia di vigilanza e favorire la libera circolazione dei criminali. All'esigenza di una più efficace cooperazione tra polizie e tra autorità giudiziarie si deve però accompagnare il rispetto delle garanzie processuali, tra cui quella del *ne bis in idem* che persegue l'obiettivo di evitare la sovrapposizione delle decisioni giudiziarie.

¹³⁸ Il Protocollo n. 7 è entrato in vigore il 1° novembre 1988. Esso tuttavia non è ancora stato ratificato da tutti gli Stati membri dell'UE. Mancano all'appello Belgio, Germania, Gran Bretagna, Paesi Bassi e Spagna.

¹³⁹ Cfr. Corte europea, sentenza del 23 ottobre 1995, *Gradinger c. Austria*, in *Raccolta Serie A*, n. 328; cfr. Corte europea, sentenza del 30 luglio 1998, *Oliveira c. Svizzera*, in *Raccolta*, 1998-V. Quest'ultima rappresenta la prima pronuncia della Corte europea incentrata esclusivamente sull'art. 4 del Protocollo n. 7 della CEDU. Per un commento sulle due sentenze, cfr. MOCK, H., *Une clarification bienvenue de la portée du principe "Ne bis in idem" au sens de l'article 4 du Protocole n. 7*, in *RTDH*, 1999, pag. 623 e ss.

¹⁴⁰ Cfr. art. 1 della Convenzione del 25 maggio 1987 tra gli Stati membri delle Comunità europee sull'applicazione del *ne bis in idem*. Tale Convenzione non è entrata in vigore per mancanza delle ratifiche necessarie. Sullo stato delle ratifiche, cfr. http://ue.eu.int/ueDocs/cms_Data/docs/polju/EN/EJN231.pdf

¹⁴¹ Cfr. Cap. I par. 1.

¹⁴² Cfr. Cap. I par. 2.

¹⁴³ L'art. 54 Convenzione d'applicazione Schengen stabilisce infatti che «una persona che è stata giudicata con sentenza definitiva in una Parte contraente non può, per i medesimi fatti, essere sottoposta a procedimento penale da un'altra Parte contraente, a condizione che, in caso di condanna, la pena sia stata eseguita effettivamente, o sia in corso di esecuzione attualmente, o non possa essere più eseguita secondo le leggi della Parte contraente che ha emesso la condanna».

L'applicazione di tale principio risulta tuttavia particolarmente difficile per la mancanza di un'uniforme definizione. In alcune fonti la nozione di “*idem*” è ricondotta all'idea di “reato”¹⁴⁴, in altre a quella di “fatti materiali”¹⁴⁵. Nel tentativo di dare un'interpretazione comune, la Corte europea ha affermato che tale principio si applica quando un individuo è stato perseguito o punito per gli stessi fatti sulla base di due infrazioni nominalmente differenti, ma che presentano elementi essenziali tipici¹⁴⁶.

Recentemente, a livello comunitario, la Corte di giustizia è stata chiamata in più occasioni ad interpretare la locuzione “medesimi fatti”, contenuta nell'art. 54 Convenzione Schengen¹⁴⁷. Pronunciandosi in uno dei casi pendenti, essa ha escluso che la terminologia utilizzata dalla norma richiamata potesse essere riferita alla “qualificazione giuridica” o al “bene giuridico tutelato”, piuttosto che ai “medesimi fatti”, intesi come «l'insieme di circostanze concrete inscindibilmente collegate tra di loro»¹⁴⁸. Alla base di tale soluzione vi è la constatazione che, «data l'assenza di armonizzazione delle legislazioni penali nazionali, un criterio fondato sulla qualificazione giuridica dei fatti o sull'interesse giuridico tutelato sarebbe tale da creare altrettanti ostacoli alla libera circolazione nello spazio Schengen quanti sono i sistemi penali esistenti negli Stati contraenti»¹⁴⁹. I giudici di Lussemburgo hanno pertanto accolto la soluzione prospettata dall'Avvocato generale. Quest'ultimo nelle sue conclusioni ha infatti affermato che se si prendessero in considerazione le violazioni di norme giuridiche o dei valori che esse sanciscono, il principio del *ne bis in idem* non sarebbe mai operativo a livello internazionale»¹⁵⁰, poiché tali criteri «risultano

¹⁴⁴ Cfr. art. 14 Patto sui diritti civili e politici e art. 4 Protocollo n. 7 CEDU; art. 50 Carta dei diritti fondamentali dell'UE, cfr. *infra* PAR. I.4.

¹⁴⁵ Cfr. art. 54 Convenzione d'applicazione Schengen e Convenzione europea del 1957 sull'estradizione.

¹⁴⁶ Cfr. Corte europea, sentenza del 29 maggio 2001, *Franz Fischer c. Austria*, in *Raccolta*, 2001; cfr. WEYEMBERGH, A., *Le principe ne bis in idem: pierre d'achoppement de l'espace pénal européen?*, in *Cahiers de droit européen*, 2004, n. 3-4, pag. 34 1 e ss.

¹⁴⁷ Cfr. Corte di giustizia, sentenza del 9 marzo 2006, *Van Esbroeck*, causa C-436/04, in www.curia.europa.eu; cfr. Corte di giustizia, sentenza del 28 settembre 2006, *Van Straaten*, causa C-150/05, www.curia.europa.eu; cfr. conclusioni dell'Avvocato generale Sharpston del 5 dicembre 2006, *Kretzingen*, causa C-288/05, punti 36 e ss.. In quest'ultima causa la Corte di giustizia è stata chiamata a pronunciarsi anche sull'interpretazione di “condanna in caso di esecuzione” prevista dall'art. 54 della Convenzione Schengen. L'Avvocato generale ha proposto alla Corte di far rientrare in tale locuzione la condanna condizionale. Lo stesso Avvocato generale nel caso *Kraaijenbrink*, causa C-367/05, è tornato sulla nozione di “stessi fatti”, affermando che la comune intenzione delittuosa sottostante ai fatti materiali non è di per sé sufficiente per qualificarli come “stessi fatti” ai sensi dell'art. 54 della Convenzione Schengen. Occorre infatti che questi siano legati nel tempo e nello spazio, cfr. punto 28 delle conclusioni. Secondo l'Avvocato generale, inoltre, la nozione di “stessi fatti” copre anche i fatti accessori che sono indissociabilmente legati nel tempo, nello spazio e per oggetto ai fatti principali, cfr. conclusioni punto 52.

¹⁴⁸ Cfr. Corte di giustizia, sentenza *Van Esbroeck*, *cit. supra*, par. 36. Cfr. anche Corte di giustizia, sentenza *Van Straaten*, *cit. supra*, par. 48.

¹⁴⁹ Cfr. sentenza *Van Esbroeck*, par. 35.

¹⁵⁰ Conclusioni Avvocato generale Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, presentate il 20 ottobre 2005, *Van Esbroeck*, causa C-436/04, punto 47. La presente causa assume rilievo anche per un'altra questione pregiudiziale sollevata: quella relativa all'applicazione *ratione temporis* dell'art. 54 Convenzione Schengen alla Norvegia. Cfr. Conclusioni, punto 27 e ss.

strettamente vincolati alle legittime opzioni delle politiche criminali nazionali»¹⁵¹. Se si accogliesse una soluzione diversa, la realizzazione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia incontrerebbe tanti ostacoli, quanti sono i sistemi penali vigenti, «i quali, del resto, nonostante le preoccupazioni di armonizzazione delle decisioni quadro approvate dal Consiglio, presentano forti connotati nazionali»¹⁵².

La necessità di fornire agli Stati membri norme giuridiche comuni, assicurando uniformità nell'interpretazione e nell'attuazione del principio, ha spinto la Grecia a presentare una proposta di decisione quadro sull'applicazione del *ne bis in idem*¹⁵³. Tale iniziativa legislativa, rimasta al momento senza seguito, si preoccupa di dare una definizione di “*idem*”, prospettando una soluzione in linea con la giurisprudenza della Corte europea sopra richiamata. L'art. 1, intitolato “definizioni”, prevede infatti che per “*idem*” deve intendersi «un secondo illecito penale derivante esclusivamente dagli stessi fatti o da fatti sostanzialmente identici, indipendentemente dalla sua natura giuridica». La medesima soluzione viene indicata come preferibile nel Libro Verde della Commissione che sarà oggetto di esame¹⁵⁴.

La definizione di “*bis*”, o, più precisamente, la determinazione delle decisioni suscettibili di rientrare nel campo d'applicazione del principio in esame, ha trovato risposta in alcune significative pronunce della Corte di giustizia¹⁵⁵. Nel primo caso la Corte era chiamata a chiarire se il principio del *ne bis in idem* fosse applicabile anche quando l'azione penale si è estinta nell'ordinamento giuridico di uno Stato membro non sulla base di una “sentenza definitiva”, come letteralmente prevedono la versione italiana e spagnola dell'art. 54 Convenzione Schengen, ma in seguito ad una transazione tra il pubblico ministero e l'imputato seguita dal versamento della somma di denaro stabilita. I giudici di Lussemburgo hanno interpretato estensivamente l'articolo, facendo proprie le conclusioni dell'Avvocato generale. Quest'ultimo aveva infatti sostenuto che la transazione penale non costituisce la negoziazione di un accordo tra imputato e pubblico ministero avente ad oggetto la determinazione della pena, ma rappresenta una proposta dei pubblici poteri che l'imputato può scegliere di accettare o rifiutare. In altri

¹⁵¹ Conclusioni Avvocato generale Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, *supra*, punto 46.

¹⁵² Conclusioni Avvocato generale Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, *supra*, punto 45. Ad un'analogia conclusione è giunto anche il Congrès international de droit pénal del 12-19 settembre 2004, il quale nella sua risoluzione, ha stabilito che «le “idem” (...) devrait être identifié eu égard au fait substantiellement», in *Revue internationale de droit pénal*, 3-4 trimestres 2004, pag. 778.

¹⁵³ Iniziativa della Repubblica ellenica in vista dell'adozione della decisione quadro del Consiglio sull'applicazione del principio del “*ne bis in idem*”, in *GUE* del 26 aprile 2003, C 100, pag. 24 e ss. Tale proposta si segnala anche per il tentativo di dare una risposta al problema dei fori competenti in materia penale; sul punto cfr. AMALFITANO, C., *Bis in idem per il “ne bis in idem”*: nuovo quesito alla Corte di giustizia, in *Riv. Dir. Internazionale privato e processuale*, 2004, n. 1, pag. 97 e ss. Cfr. sul punto, *infra*, PAR. III.5.

¹⁵⁴ Cfr. Allegato al Libro Verde sui conflitti di giurisdizione e sul principio del *ne bis in idem* nei procedimenti penale, COM (2005) 696 final, pag. 56 e ss.

¹⁵⁵ Cfr. Corte di giustizia, sentenza dell'11 settembre 2003, *Gözütok e Brügge*, cause riunite C-187/01 e C-385/01, in *Raccolta*, 2003; cfr. Corte di giustizia, sentenza del 10 marzo 2005, *Miraglia*, causa C-469/03, in *GUE*, del 28 maggio 2005; cfr. Corte di giustizia, sentenza *Van Straaten*, *cit. supra*.

termini, «l'assenza del giudice nel patteggiamento non comporta alcuna "degiurisdizionalizzazione"»¹⁵⁶. L'istituto ha dunque «carattere giurisdizionale implicito»¹⁵⁷, dal momento che si è comunque di fronte ad una «decisione (...) che costituisce (...) una manifestazione dello *ius puniendi*»¹⁵⁸. Secondo la Corte, se non si accogliesse questa interpretazione, si correrebbe il rischio di far beneficiare del principio del *ne bis in idem* solo quegli imputati colpevoli dei reati più gravi, per i quali non è possibile adottare una transazione penale.

La soluzione prospettata dai giudici di Lussemburgo appare in linea con le conclusioni di Tampere e con il Trattato-Costituzione¹⁵⁹ che hanno posto a fondamento della cooperazione giudiziaria in materia penale il principio del mutuo riconoscimento delle "decisioni giudiziarie"¹⁶⁰. L'utilizzo di tale terminologia non è casuale e permette di ricomprendere non solo le sentenze, ma anche le altre decisioni emesse dalle autorità competenti¹⁶¹.

La Corte di giustizia è tornata a pronunciarsi sul significato di "decisione definitiva", chiarendone ulteriormente la portata. I giudici di Lussemburgo hanno affermato che il principio del *ne bis in idem*, sancito dall'art. 54 Convenzione Schengen, «non si applica ad una decisione delle autorità giudiziarie di uno Stato membro che dichiara chiusa una causa dopo che il Pubblico ministero ha deciso di non proseguire l'azione penale per il solo motivo che è stato avviato un procedimento penale in un altro Stato membro a carico dello stesso imputato e per gli stessi fatti, senza alcuna valutazione nel merito»¹⁶². Ne deriva pertanto che una decisione priva di un giudizio sui fatti addebitati all'imputato e avente ad oggetto solo la dichiarazione di non procedibilità a causa dell'inizio di un procedimento penale a carico dello stesso soggetto e per i medesimi fatti in un altro Stato non può essere qualificata come decisione definitiva ai sensi dell'art. 54 della Convenzione Schengen¹⁶³. Nel caso *Van*

¹⁵⁶ BAZZOCCHI, V., *Ancora sui casi Gözütok e Brügge: la Corte di giustizia ed il principio del ne bis in idem*, in *Quad. cost.*, 2004, n. 1, pag. 171.

¹⁵⁷ AMALFITANO, C., *op. cit.*, pag. 952.

¹⁵⁸ Conclusioni Avvocato generale Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, presentate il 19 settembre 2002, *Gözütok e Brügge*, cause riunite C-187/01 e C-385/0, punto 86. Per un'analoga conclusione a livello di *ne bis in idem* internazionale, cfr. risoluzione del Congrès international de droit pénal del 12-19 settembre 2004, *op. cit.*, pag. 778.

¹⁵⁹ Cfr. *supra*, CAP. I PARR. V e VII.

¹⁶⁰ Il principio del mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie si basa sulla fiducia che gli Stati membri nutrono nei rispettivi sistemi giudiziari. Sul punto cfr. *infra*, SEZIONE II.

¹⁶¹ Viene utilizzata una locuzione ampia anche nella Comunicazione della Commissione sul riconoscimento reciproco delle decisioni definitive in materia penale, COM (2000) 495 def. Nell'allegato al Libro Verde, COM (2005) 696 final, cfr. *supra*, la Commissione europea propone di ampliare il raggio d'applicazione del *ne bis in idem* in modo da ricomprendere «a decision in criminal matters which has either been taken by a judicial authority or one which has been subject to an appeal to such an authority», pag. 54. La riflessione che si pone all'attenzione degli Stati è quella di valutare la possibilità di considerare decisioni definitive ai sensi dell'art. 54 Convenzione Schengen anche quelle adottate dalle autorità amministrative, purché passibili di riesame da parte delle autorità giudiziarie.

¹⁶² Corte di giustizia, sentenza *Miraglia*, cfr. *supra*.

¹⁶³ Con il ricorso proposto dall'Audiencia Provincial de Malaga, causa C-467/04, la Corte di giustizia è nuovamente chiamata a pronunciarsi sull'interpretazione di "decisione definitiva" e di "medesimi fatti".

Straaten i giudici di Lussemburgo hanno affermato che il principio del *ne bis in idem* è applicabile ad una decisione di assoluzione per insufficienza di prove emessa da un'autorità giudiziaria. Tale conclusione appare in linea con la soluzione del caso *Miraglia* dal momento che la pronuncia di assoluzione per insufficienza di prove rappresenta pur sempre una decisione sul merito. Nel caso *Gasparini*, invece, la Corte di giustizia sembra aver posto l'accento solo sul carattere definitivo della sentenza, senza fare riferimento anche all'esame nel merito. Discostandosi da quanto sostenuto dall'Avvocato generale¹⁶⁴, i giudici di Lussemburgo hanno genericamente affermato che il principio del *ne bis in idem* trova applicazione nel caso di assoluzione di un imputato per prescrizione del reato. Probabilmente non si tratta di un *revirement jurisprudentiel*, ma si auspica che la Corte torni ad occuparsi del principio in esame per chiarire la propria posizione.

I.5: Le garanzie processuali, il principio di legalità e il principio del *ne bis in idem* nella Carta dei diritti fondamentali dell'UE

Nel capo VI della Carta, intitolato "Giustizia", si trovano disciplinati diritti e principi già contenuti nelle Costituzioni nazionali e nelle più importanti convenzioni internazionali, quali il diritto ad una tutela giurisdizionale e ad un ricorso effettivo (art. 47 par. 1), il diritto ad un equo processo, da svolgersi pubblicamente, entro un termine ragionevole, davanti ad un giudice indipendente e imparziale, precostituito per legge (art. 47 par. 2), il diritto di difesa, inteso come facoltà di ogni individuo di farsi assistere, difendere e rappresentare e, in mancanza di mezzi sufficienti, di godere del gratuito patrocinio (art. 47 par. 2 e 3), la presunzione d'innocenza (art. 48), i principi di legalità e proporzionalità dei reati e delle pene (art. 49) ed infine il principio del *ne bis in idem* (art. 50).

La formulazione degli articoli risulta sintetica e in alcuni casi non appare del tutto esaustiva, rispetto a quanto previsto dalla CEDU. L'art. 48 par. 2, per esempio, richiama genericamente i diritti della difesa¹⁶⁵. La concisione della norma non deve necessariamente avere tuttavia una connotazione negativa. Essa infatti può permettere

Nel ricorso pregiudiziale si chiede ai giudici di Lussemburgo se l'assoluzione di un imputato per un reato, in ragione della prescrizione dello stesso, sia vincolante per i giudici degli altri Stati membri. Al momento attuale la Corte deve ancora statuire su tale rinvio pregiudiziale.

¹⁶⁴ Nelle proprie conclusioni, presentate il 15 giugno 2006, l'Avvocato generale Sharpston aveva affermato che l'art. 54 della Convenzione Schengen deve essere interpretato nel senso che «un giudice nazionale è vincolato da una decisione relativa alla prescrizione dell'azione penale adottata da un giudice di un altro Stato membro solo se a) tale decisione è definitiva (...), b) il procedimento (...) ha implicato un esame nel merito della causa, c) i fatti materiali e l'imputato solo gli stessi», punto 160.

¹⁶⁵ L'art. 48 par. 2 Carta dei diritti fondamentali sancisce che: «il rispetto dei diritti della difesa è garantito ad ogni imputato».

«soluzioni diverse per ciò che attiene al bilanciamento fra le garanzie della difesa ed esigenze del processo e, in particolare, per ciò che riguarda la realizzazione del principio del contraddittorio nel processo penale»¹⁶⁶.

Occorre inoltre ricordare che il significato e la portata dei diritti contenuti nella Carta corrispondenti a quelli della CEDU devono essere uguali a quelli conferiti da quest'ultima¹⁶⁷. Essa rappresenta il livello minimo di protezione al di sotto del quale non è permesso scendere. Per tale ragione i redattori della Carta hanno previsto che «nessuna disposizione deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti dalla CEDU e dalle costituzioni nazionali»¹⁶⁸.

L'art. 49 della Carta, intitolato “Principi della legalità e della proporzionalità dei reati e delle pene”, ricalca l'art. 7 CEDU, apportandovi un'aggiunta che ne rende la formulazione più evoluta e garantista rispetto a quella contenuta nella Convenzione. Nell'art. 49 par. 1 infatti viene esplicitamente introdotto l'obbligo applicazione retroattiva della norma penale più favorevole, in linea con quanto previsto dall'art. 15 del Patto internazionale sui diritti civili e politici. Il secondo paragrafo inoltre «ha modificato l'espressione “nazioni civili” con la locuzione, meno arcaica, ma dai contenuti sotto ogni aspetto equivalenti, “tutte le nazioni”»¹⁶⁹

A sua volta l'art. 50 della Carta, dedicato al principio del *ne bis in idem*, costituisce un ulteriore esempio di superamento in senso positivo del livello minimo di tutela garantito dalla CEDU e dai suoi Protocolli. La norma in esame, infatti, a differenza dell'art. 4 Protocollo n. 7 CEDU, estende l'ambito d'applicazione del principio a tutto il territorio dell'Unione¹⁷⁰. Occorre però segnalare che nella versione italiana, francese e spagnola si continua ad utilizzare la locuzione “sentenza penale definitiva”, piuttosto che quella più ampia si “decisione definitiva”. L'inserimento della Carta come seconda parte del Trattato-Costituzione non ha portato al superamento di una tale terminologia, anche se una modifica sarebbe stata più in linea con le disposizioni del Trattato-Costituzione dedicate allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia. Sarebbe inoltre stato «scongiurato ogni possibile, sebbene alquanto improbabile, *revirement jurisprudentiel* in materia»¹⁷¹.

¹⁶⁶ D'AMICO, M., *Art. 48 Presunzione di innocenza e diritti della difesa*, in BIFULCO, R., CARTABIA, M., CELOTTO, A., *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Il Mulino, Bologna, 2001, pag. 334.

¹⁶⁷ Cfr. art. 52 par. 3 Carta dei diritti fondamentali.

¹⁶⁸ Art. 53 Carta dei diritti fondamentali.

¹⁶⁹ BERNARDI, A., *Il principio di legalità dei reati e delle pene nella Carta europea dei diritti: problemi e prospettive*, *op. cit.*, pag. 700.

¹⁷⁰ L'art. 50 Carta dei diritti fondamentali prevede che: «nessuno può essere perseguito o condannato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato nell'Unione a seguito di una condanna definitiva conformemente alla legge».

¹⁷¹ BAZZOCCHI, V., *op. cit.*, pag. 172.

Nelle sezioni che seguono si procederà all'analisi degli atti e delle proposte relativi allo sviluppo della cooperazione giudiziaria in materia penale verificando di volta in volta se le garanzie processuali previste dalle fonti di riferimento appena richiamate risultano adeguatamente salvaguardate e in linea con l'interpretazione giurisprudenziale delle Corti di Strasburgo e di Lussemburgo.

SEZIONE II: Il principio del mutuo riconoscimento

La creazione di uno spazio giudiziario europeo può essere perseguita attraverso tre modalità fra loro complementari¹⁷²: mutuo riconoscimento, armonizzazione-ravvicinamento della legislazione¹⁷³ e cooperazione giudiziaria classica¹⁷⁴.

Nei settori in cui l'armonizzazione risulta impossibile o particolarmente difficile, perché la materia è strettamente legata ai valori e alle tradizioni degli ordinamenti nazionali, dovrebbe trovare applicazione il mutuo riconoscimento¹⁷⁵. Quest'ultimo non deve essere considerato «un substitut au rapprochement des législations», ma piuttosto un obiettivo autonomo da realizzare¹⁷⁶. A differenza del primo esso non tende verso l'unità, ma alla salvaguardia delle diversità¹⁷⁷, mirando «a porre rimedio, d'un lato, alle lacune tuttora esistenti nel settore dell'armonizzazione e, dall'altro, a preservare un

¹⁷² Cfr. SORASIO, D., *Reconnaissance mutuelle, rapprochement des législations et coopération*, in DE KERCHOVE, G., WEYEMBERGH, A., (édité par), *L'espace pénal européen: enjeux et perspectives*, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, pag. 291; cfr. WEYEMBERGH, A., *Le rapprochement des législations pénales au sein de l'Union européenne*, in DE KERCHOVE, G., WEYEMBERGH, A., (édité par), *L'espace pénal européen: enjeux et perspectives*, op. cit., pag. 141.

¹⁷³ Cfr. *infra* SEZIONE III.

¹⁷⁴ Cfr. *infra* SEZIONE IV. La cooperazione giudiziaria tradizionale in materia penale si basa su strumenti internazionali, fondati sul principio della "richiesta", secondo il quale uno Stato presenta una richiesta ad un altro Stato che decide se dare o meno seguito a tale domanda. Si tratta di un sistema che presenta lo svantaggio di essere lento e complesso. Cfr. sul punto la Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo, *Riconoscimento reciproco delle decisioni definitive in materia penale*, COM (2000) 495 definitivo del 26 luglio 2000.

¹⁷⁵ Cfr. DEHOUSSE, F., MARTINEZ, G., *La coopération policière et judiciaire pénale de l'Union européenne. Les lents progrès d'un nouveau projet européen*, in *Studia diplomatica*, 2002, n. 4, pag. 43 e ss.; cfr. SORASIO, D., *Reconnaissance mutuelle, rapprochement des législations et coopération*, in DE KERCHOVE, G., WEYEMBERGH, A., (édité par), *L'espace pénal européen: enjeux et perspectives*, op. cit., pag. 289 e ss.

¹⁷⁶ Cfr. WEYEMBERGH, A., *L'harmonisation des législations: condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2004, pag. 339.

¹⁷⁷ WEYEMBERGH, A., *L'harmonisation des législations: condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, pag. 39; cfr. DESCAMPS, M.-H., *La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales*, in A.A.V.V., *Actualités de droit pénal européen*, pag. 89; cfr. sul rapporto tra il principio di mutuo riconoscimento e il principio di sussidiarietà MATTERA, A., *Subsidiarité, reconnaissance mutuelle et hiérarchie des normes européennes*, in *RMUE*, 1991, pag. 7 e ss.

sufficiente margine di flessibilità tra i diversi ordinamenti senza comprometterne la reciproca compatibilità»¹⁷⁸.

Gli stretti legami tra armonizzazione/ravvicinamento e mutuo riconoscimento rendono particolarmente difficile operare una netta distinzione fra gli atti adottati attraverso l'uno o l'altro di tali strumenti. La base giuridica è infatti per entrambi rappresentata dagli artt. 31 e 34 par. 2 lett. b) TUE. Il paragrafo 1 lett. a) della prima norma enuncia l'obiettivo generale di facilitare e accelerare la cooperazione giudiziaria penale, mentre il paragrafo 1 lett. e) richiama specificatamente «la fissazione di norme minime relative agli elementi costitutivi dei reati e alle sanzioni»¹⁷⁹. Se da un lato «il ravvicinamento, ove necessario, delle normative degli Stati membri in materia penale» è espressamente sancito dall'art. 29 par. 2 TUE¹⁸⁰, dall'altro nessun richiamo esplicito è fatto al principio del mutuo riconoscimento. Tale mancanza non deve però stupire. Occorre infatti ricordare che solo a partire dal Consiglio europeo di Tampere dell'ottobre 1999 tale principio viene definito come l'asse portante ovvero la pietra angolare della cooperazione giudiziaria civile e penale¹⁸¹. Risulta invece criticabile il silenzio mantenuto sul punto dalla riforma di Nizza. Sarebbe infatti stato opportuno introdurre una disposizione che permettesse al Consiglio di adottare le misure necessarie per attuare il mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie e delle sanzioni¹⁸². Il Trattato-Costituzione ha cercato di rispondere a tale esigenza richiamando esplicitamente il principio in esame¹⁸³. Quest'ultimo viene pertanto ad assumere, insieme al ravvicinamento della legislazione, il ruolo di strumento volto a garantire ai cittadini europei un livello elevato di sicurezza.

La seconda base giuridica utilizzata per l'adozione degli atti relativi alla cooperazione giudiziaria penale è rappresentata dall'art. 34 par. 2 lett. b). Tale norma

¹⁷⁸ MONETTI, V., SALAZAR, L., *Proposte specifiche in tema di cooperazione penale e di garanzie processuali*, in AMATO, G., PACIOTTI, E., (a cura di), *Verso l'Europa dei diritti. Lo Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia*, Il Mulino, Bologna, 2005, pag. 103.

¹⁷⁹ L'art. 31 par. 1 lett. e) TUE individua tre settori in cui l'armonizzazione costituisce un obiettivo specifico. Si tratta della criminalità organizzata, del terrorismo e del traffico illecito di stupefacenti. La necessità di garantire ai cittadini uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia induce tuttavia ad auspicare un ampliamento degli ambiti in cui procedere al ravvicinamento delle legislazioni. Sul punto cfr. VITORINO, A., *Vers un Traité unique pour la mise en place de l'espace de liberté, de sécurité et de justice?*, in DE KERCHOVE, A., WEYEMBERGH, A., (édité par) *Quelles réformes pour l'espace pénal européen?*, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2003, pag. 99. CLAISSE, S., JAMART, J.-S., *L'harmonisation des sanctions*, in A.A.V.V., *Actualités de droit pénal européen*, pag. 62. Il Trattato-Costituzione risponde a tale esigenza prevedendo all'art. III-271 par. 1 la possibilità per una legge-quadro europea di «stabilire norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni in sfere di criminalità particolarmente grave che presentano una dimensione transnazionale». Tra queste rientrano non solo la criminalità organizzata, il terrorismo ed il traffico illecito di stupefacenti, ma anche la tratta degli esseri umani e lo sfruttamento sessuale delle donne e dei minori, il traffico illecito di armi, il riciclaggio di capitali, la corruzione, la contraffazione di mezzi di pagamento e la criminalità informatica.

¹⁸⁰ Tale previsione è stata inserita dal Trattato di Amsterdam.

¹⁸¹ Cfr. *supra*, CAP. I par. V.

¹⁸² Cfr. sul punto anche VITORINO, A., *Vers un Traité unique pour la mise en place de l'espace de liberté, de sécurité et de justice?*, *op. cit.*, pag. 98.

¹⁸³ Cfr. gli artt. III-257 par. 3 e III-270 par. 1.

individua nelle decisioni-quadro gli strumenti giuridici tipici del terzo pilastro volti al «ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri». Lo scopo circoscritto e specifico indicato nella disposizione ha di recente suscitato dubbi interpretativi. L'«Arbitragehof/Cour d'arbitrage» del Belgio ha infatti domandato alla Corte di giustizia se l'art. 34 par. 2, lett. b) TUE rappresentasse una adeguata base giuridica per gli atti espressione del principio del mutuo riconoscimento¹⁸⁴. I giudici di Lussemburgo non si sono ancora pronunciati. Si ritiene tuttavia che difficilmente negheranno alle decisioni-quadro il ruolo di strumento tipico della cooperazione giudiziaria penale volto anche all'attuazione del mutuo riconoscimento. L'utilizzo di tale tipologia di atti infatti risulta in parte giustificata dalla circostanza che attraverso l'obbligo di introdurre norme nazionali volte a raggiungere l'obiettivo posto dalla decisione-quadro, si tende a implicitamente a ravvicinare le legislazioni¹⁸⁵.

Il principio oggetto di esame appare, nell'ambito dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, «come un'evoluzione del concetto di mutuo riconoscimento da lungo tempo sviluppato (a partire dalla giurisprudenza *Cassis de Dijon*) nel mercato interno come equivalenza degli *standard* minimi e *home country control*»¹⁸⁶. Esso si fonda sull'idea che le autorità di uno Stato membro riconoscano alle decisioni giudiziarie straniere¹⁸⁷ gli stessi effetti attribuiti alle decisioni nazionali, anche qualora vi siano differenze tra i rispettivi ordinamenti interni¹⁸⁸.

¹⁸⁴ Con ordinanza del 13 luglio 2005, l'«Arbitragehof/Cour d'arbitrage» del Belgio ha sottoposto alla Corte di giustizia due questioni pregiudiziali. Con la prima chiede «se la decisione-quadro del Consiglio dell'Unione europea 13 giugno 2002, 2002/584/GAI, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra gli Stati membri, sia compatibile con l'art. 34, n. 2, lett. b) del Trattato sull'Unione, a norma del quale decisioni-quadro possono essere adottate solo per il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri», Domanda di pronuncia pregiudiziale, *Advocate voor de Wereld*, causa C-303/05, in *GUE*, C 271, del 29 ottobre 2005, pag. 14. Con la seconda questione pregiudiziale chiede se l'articolo 2. part. 2 della decisione-quadro sul mandato d'arresto europeo è compatibile con l'art. 6 par. 2 TUE ed in particolare con il principio di legalità e con il principio di eguaglianza e di non discriminazione.

¹⁸⁵ Cfr. WEYEMBERGH, A., *L'harmonisation des législations : condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, op. cit., pag. 72.

¹⁸⁶ ROSSI, L. S., *L'incidenza dei principi del diritto comunitario sul diritto internazionale privato: dalla "comunitarizzazione" alla "costituzionalizzazione"*, in *Riv. dir. internazionale priv. e processuale*, pag. 78. Cfr. Corte di giustizia, sentenza del 20 febbraio 1979, *Rewe Centrale (Cassis de Dijon)*, causa 120/78, in *Racc.*, 1979, pag. 649 e ss.

¹⁸⁷ Nella Comunicazione COM (2000) 495, la Commissione europea ha cercato di chiarire cosa debba intendersi per «decisione». Con tale termine deve intendersi l'atto tramite il quale una determinata questione viene risolta in modo vincolante. Risultano incluse «tutte le decisioni adottate sul merito in un procedimento penale che non siano più impugnabili tramite un mezzo ordinario di ricorso oppure, nel caso in cui tale ricorso sia ancora proponibile, qualora esso non abbia effetto sospensivo». Appaiono pertanto comprese non solo le sentenze pronunciate da un tribunale, ma anche il patteggiamento concluso tra la persona indagata e il PM; cfr. sul punto sentenza della Corte di giustizia, *Gözütok e Brügge*, *supra*, PAR. I.4. I primi passi verso il riconoscimento di una certa efficacia alle pronunce penali straniere erano stati mossi nell'ambito del Consiglio d'Europa attraverso l'adozione della Convenzione europea del 1970 sul valore internazionale delle sentenze penali straniere, ratificata solamente da cinque Stati membri dell'Unione europea. Un analogo insuccesso aveva caratterizzato l'adozione della Convenzione di Bruxelles del 1991 sull'esecuzione delle condanne penali straniere, ratificata da soli tre Stati membri. Alla base di tali fallimenti vi era l'attaccamento da parte degli Stati al principio tradizionale di sovranità e di territorialità del diritto penale. Sul punto cfr. WEYEMBERGH, A., *Droit pénal et reconnaissance des*

L'applicazione del mutuo riconoscimento non è però limitata alle sole decisioni penali definitive, ma si estende anche alle decisioni che precedono la fase del giudizio, secondo quanto stabilito dal Consiglio europeo di Tampere¹⁸⁹. Ne rappresenta un esempio la decisione-quadro sul mandato d'arresto europeo e la decisione-quadro sul blocco dei beni o il sequestro probatorio¹⁹⁰, che saranno oggetto d'analisi nei prossimi paragrafi¹⁹¹.

Come è già stato sopra affermato, il mutuo riconoscimento può operare anche in assenza di armonizzazione della legislazione. Si tratta infatti di «due vie diverse e coesistenti per la realizzazione dello spazio giudiziario penale europeo»¹⁹². Occorre tuttavia evidenziare che per essere più efficace appare necessaria un'armonizzazione minima del diritto sostanziale anche al fine di evitare un ribasso degli standard¹⁹³. L'applicazione del mutuo riconoscimento può infatti comportare il rischio «d'“exporter” la procédure pénale qui offre le moins de garanties»¹⁹⁴, ovvero quella più repressiva, con conseguente pericolo per lo “spazio di libertà”. La tendenza legislativa cui si assiste è infatti quella volta all'individuazione del minimo comune denominatore, anche in considerazione del fatto che non esiste un vero e proprio diritto a beneficiare del sistema che assicura il livello più elevato di protezione¹⁹⁵. In considerazione di tali riflessioni, si ritiene che il principio del mutuo riconoscimento possa essere considerato

décisions judiciaires. Un nouveau défi pour l'Union européenne, in *Journal des tribunaux. Droit européen*, octobre 2001, pag. 194 e ss.

¹⁸⁸ Secondo FLORE, D. «dès lors qu'une décision est prise par une autorité judiciaire qui est compétente en vertu du droit de l'Etat membre dont elle relève, en conformité avec le droit de cet Etat, cette décision doit avoir un effet plein et direct sur l'ensemble du territoire de l'Union. Cela signifie que les autorités compétentes de l'Etat membre sur le territoire duquel la décision peut être exécutée doivent prêter leur concours à l'exécution de cette décision comme s'il s'agissait d'une décision prise par une autorité compétente de cet Etat», *Double incrimination et territorialité*, in DE KERCHOVE, G., WEYEMBERGH, A., *La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l'Union européenne*, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2001, pag. 75.

¹⁸⁹ Cfr. il par. 36 delle Conclusioni del Consiglio europeo di Tampere secondo il quale: «il principio del reciproco riconoscimento dovrebbe altresì applicarsi alle ordinanze preliminari, in particolare a quelle che permettono alle autorità competenti di procedere rapidamente al sequestro probatorio e alla confisca di beni facilmente trasferibili; le prove legalmente raccolte dalla autorità di uno Stato membro dovrebbero essere ammissibili dinanzi ai tribunali degli altri Stati membri, tenuto conto delle norme ivi applicabili».

¹⁹⁰ Decisione-quadro 2003/577/GAI del 22 luglio 2003 relativa all'esecuzione nell'UE delle decisioni di blocco dei beni o di sequestro probatorio, in *GUE*, L 196, del 2 agosto 2003, pag. 45.

¹⁹¹ Cfr. *infra* PARR. II.1 e II.5.

¹⁹² DAMATO, A., *Il mandato d'arresto europeo e la sua attrazione nel diritto italiano (II)*, in *Dir. UE*, 3/2005, pag. 210; cfr. sul punto anche ELSEN, C., *L'esprit et les ambitions de Tampere*, in *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, 1999, pag. 662.

¹⁹³ Cfr. ROSSI, L.S., *op. cit.*, pag. 78. Secondo VITORINO, A., *Vers un Traité unique pour la mise en place de l'espace de liberté, de sécurité et de justice*, in *op. cit.*, pag. 98, «la reconnaissance mutuelle exige cependant une base commune de principes partagés et des normes minimales, telles que les garanties de procédure minimales harmonisées pour la protection des droits de la personne, et nécessite par conséquent des mesures d'accompagnement pour faciliter la compréhension et la confiance mutuelles».

¹⁹⁴ MIRANDA RODRIGUES, A., *Confiance mutuelle et contrôle juridictionnel: une liaison nécessaire?*, in DE KERCHOVE, G., WEYEMBERGH, A., (édité par) *La confiance mutuelle dans l'espace pénal européen/ Mutual Trust in the European Criminal Area*, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2005, pag. 166 e ss.

¹⁹⁵ WEYEMBERGH, A., *L'impact du 11 septembre sur l'équilibre sécurité/liberté dans l'espace pénal européen*, *op. cit.*, pag. 188.

come uno degli assi portanti dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, ma non il solo¹⁹⁶. Per ristabilire l'equilibrio necessario occorre infatti ravvicinare le procedure penali degli Stati, prevedendo alti standards di garanzie per gli individui¹⁹⁷.

L'obiettivo perseguito attraverso il principio del mutuo riconoscimento è quello di eliminare gli ostacoli alla circolazione di sentenze, decisioni e altri atti, garantendo la loro applicazione e al tempo stesso rafforzando la protezione dei diritti dei singoli¹⁹⁸. A quest'ultimo riguardo la Commissione europea ha affermato che in taluni casi per una corretta applicazione del mutuo riconoscimento può essere necessario fissare norme minime comuni relative alla tutela dell'imputato, con particolare riferimento ai diritti della difesa, e alla tutela della vittima del reato, in merito alla possibilità di essere ascoltata.

L'attuazione del mutuo riconoscimento presuppone la fiducia reciproca degli Stati membri verso i rispettivi sistemi di giustizia penale. Quest'ultima si fonda in particolare sui principi di libertà, democrazia, rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e sullo Stato di diritto, comuni agli Stati membri¹⁹⁹ e sull'esistenza della Corte europea cui il singolo può rivolgersi in caso di violazione di uno dei diritti sanciti dalla CEDU. Ne deriva pertanto che più ampia sarà la fiducia reciproca, minori risulteranno i controlli o le barriere di protezione posti dagli ordinamenti giuridici nazionali nei confronti delle decisioni giudiziarie straniere.

Occorre tuttavia sottolineare che il carattere puramente astratto del comune rispetto dei diritti fondamentali da parte degli Stati membri non appare una garanzia sufficiente. Esso infatti «suffit à ceux qui ont la confiance “confiante”» ma non basta «pour convaincre les prudents ni les sceptiques. Ces valeurs ne “valent” en effet que si elles sont effectives et le mécanisme de contrôle politique de leur effectivité qui est offert par l'article 7 du Traité est bien trop hypothétique pour rassurer. (...) Le contrôle actuel, (...) qu'il s'agisse de la Cour de justice ou de la Cour européenne, ne répond pas aux caractéristiques d'un contrôle juridictionnel plein et est dès lors insuffisant»²⁰⁰. La stessa copiosa giurisprudenza della Corte europea è inoltre un segno evidente delle frequenti violazioni delle garanzie penali di cui gli Stati contraenti si sono macchiati nel corso dei decenni, nonostante la loro appartenenza alla CEDU²⁰¹. La fiducia reciproca

¹⁹⁶ Cfr. ROSSI, L. S., *op. cit.*, pag. 80.

¹⁹⁷ Cfr. WEYEMBERGH, A., *L'harmonisation des législations : condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, *op. cit.*, pag. 152.

¹⁹⁸ Cfr. la Comunicazione COM (2000) 495 definitivo, *cit. supra.*; cfr. *Programma di misure per l'attuazione del principio del riconoscimento reciproco delle decisioni penali*, 2001/C 12/02, in *GUE* del 15 gennaio 2001, C/12, par. 10.

¹⁹⁹ Cfr. Programma di misure destinato ad attuare il principio del mutuo riconoscimento delle decisioni penali, in *GUE*, del 15 gennaio 2001, C 12, pag. 2.

²⁰⁰ FLORE, D., *La notion de confiance mutuelle : l'«alpha» ou l'«oméga» d'une justice pénale européenne ?*, in DE KERCHOVE, G., WEYEMBERGH, A., *La confiance mutuelle dans l'espace pénal européen/ Mutual Trust in the European Criminal Area*, *op. cit.*, pag. 27.

²⁰¹ Cfr. ALEGRE, S., LEAF, M., *Mutual Recognition in European Judicial Cooperation: A Step Too Far Too Soon? Case Study-the European Arrest Warrant*, in *European Law Journal*, March 2004, pag.

deve quindi essere costruita, non essendo «ni une évidence ni une donnée incontestable»²⁰².

Si cercherà pertanto di verificare se l'attuazione del principio del mutuo riconoscimento nell'ambito dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia avviene nel rispetto effettivo dei diritti fondamentali.

II.1: La decisione-quadro sul mandato d'arresto europeo

La prima concretizzazione del principio del mutuo riconoscimento è rappresentata dalla decisione-quadro sul mandato d'arresto europeo²⁰³. Con essa gli Stati membri hanno deciso di passare dall'assistenza alla collaborazione²⁰⁴, o meglio, da un sistema di spazi nazionali tra loro collegati a un'idea di spazio europeo²⁰⁵.

L'adozione di tale atto, nonostante la delicatezza e la sensibilità della materia, è avvenuta in tempi brevi. La proposta, presentata dalla Commissione europea in occasione del Consiglio europeo straordinario del 20 settembre 2001, convocato in seguito agli attentati dell'11 settembre 2001 per varare un Piano d'azione dell'UE contro il terrorismo, ha trovato il favore degli Stati membri. In pochi mesi, proprio sull'onda emotiva degli attacchi terroristici e del conseguente rafforzamento dei meccanismi repressivi, è stato raggiunto un accordo politico in seno al Consiglio. L'adozione formale dell'atto, tuttavia, è avvenuta solo nel giugno 2002, a causa di rallentamenti nei lavori dovuti alle riserve presentate dal Governo italiano²⁰⁶ e dai parlamenti del Regno Unito, Danimarca, Irlanda, Olanda, Svezia.

216; cfr. WOUTERS, J., NAERT, F., *Of attest warrants, terrorist offences and extradition deals: an appraisal of the EU's main criminal law measures against terrorism after "11 september"*, in *Common Market Law Review*, 2004, pag. 923.

²⁰² MIRANDA RODRIGUES, A., *op. cit.*, pag. 167. L'Autrice sostiene inoltre che se non si può contare sull'armonizzazione delle garanzie di procedura di base, un controllo giurisdizionale deve promuovere la loro "uniformizzazione".

²⁰³ Cfr. considerando n. 6 e art. 1 par. 2 della decisione-quadro 2002/584/GAI del 13 giugno 2002 relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri, in *GUE*, L 190, del 18 luglio 2002, pag. 1 e ss.

²⁰⁴ Cfr. BENOIT, L., *Le mandat d'arrêt européen*, in *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, 2003, pag. 107.

²⁰⁵ Cfr. BARBE, E., *Le mandat d'arrêt européen: en tirera-t-on toutes es conséquences ?*, in DE KERCHOVE, G., WEYEMBERG, A., (édite par), *L'espace pénal européen: enjeux et perspectives*, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2002, pag. 113.

²⁰⁶ L'11 dicembre 2001, nell'ambito del comunicato con cui il Consiglio dell'UE dava atto dell'accordo raggiunto, il Governo italiano dichiarava che: «per dare esecuzione alla decisione quadro sul mandato di cattura europeo il Governo dovrà avviare le procedure di diritto interno per rendere la decisione-quadro stessa compatibile con i principi supremi dell'ordinamento costituzionale in tema di diritti fondamentali, e per avvicinare il suo sistema giudiziario ed ordinamentale ai modelli europei». Tale dichiarazione non assume alcun valore derogatorio rispetto alla decisione-quadro. La Corte di giustizia nella propria giurisprudenza ha infatti affermato che la dichiarazione assunta al processo verbale del Consiglio non può essere utilizzata per incidere sul testo normativo quando il suo contenuto non trova corrispondenza nel testo dell'atto, cfr. Corte di giustizia, sentenza del 19 marzo 1996, *Commissione c.*

L'iniziativa della Commissione era ispirata agli accordi bilaterali tra Spagna e Italia e tra Spagna e Regno Unito che prevedevano forme di estradizione "supersemplificata". Alla base della proposta legislativa vi era però soprattutto la sollecitazione, contenuta nelle conclusioni del Consiglio europeo di Tampere, di sostituire la procedura di estradizione vigente tra gli Stati membri con un semplice trasferimento delle persone che si sottraggono alla giustizia dopo essere state oggetto di condanna definitiva²⁰⁷.

La decisione-quadro sul mandato d'arresto europeo raccoglie tale invito apportandovi alcuni ampliamenti. Essa infatti introduce un sistema semplificato di consegna di persone condannate o accusate di un reato e ricercate ai fini dell'esercizio di un'azione penale e dell'esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza privative della libertà²⁰⁸.

Tutti i precedenti strumenti giuridici applicabili in materia di estradizione vengono sostituiti²⁰⁹. L'art. 31 della decisione-quadro inserisce infatti la c.d. "clausola ghigliottina"²¹⁰, secondo la quale a partire dal 1° gennaio 2004 la decisione-quadro sostituirà la Convenzione europea di estradizione del 1957 e i protocolli del '75 e del '78, l'accordo del 1989 sulla semplificazione e la modernizzazione delle modalità di trasmissione delle domande di estradizione, le Convenzioni UE del 1995²¹¹ e 1996²¹², e

Consiglio, C- 25/94, in *Racc.*, 1996, I-1469 e ss.; cfr. sul punto PATRONE, J., *La decisione-quadro del Consiglio relativa al mandato di arresto europeo*, in *Quad. cost.*, 2002, pag. 396.

²⁰⁷ Cfr. punto 35 delle Conclusioni del Consiglio europeo di Tampere.

²⁰⁸ Cfr. considerando n. 5 della decisione-quadro sul mandato d'arresto europeo. Rientrano pertanto nell'ambito d'applicazione della procedura di consegna non solo le sentenze di condanna definitive, ma anche quelle non definitive e le decisioni di arresto emesse nella fase istruttoria o delle indagini.

²⁰⁹ Cfr. considerando n. 11 e art. 31 della decisione-quadro sul mandato d'arresto europeo. L'art. 31 par. 2, tuttavia, prevede che gli Stati membri possano continuare ad applicare gli accordi o le intese bilaterali/multilaterali già in vigore oppure possano concludere ulteriori accordi o intese nella misura in cui questi consentano di approfondire o di andare oltre il contenuto della decisione-quadro, semplificando o agevolando la consegna del ricercato. Danimarca, Finlandia e Svezia hanno dichiarato che continueranno ad applicare la legislazione uniforme in vigore tra loro, cfr. *GUE*, L 246 del 29 settembre 2003, pag. 1. Il 15 dicembre 2005 Danimarca, Finlandia, Islanda, Svezia e Norvegia hanno firmato una Convenzione che istituisce un mandato d'arresto nordico, cfr. Raccomandazione adottata il 15 marzo 2006 dal Parlamento europeo sulla valutazione del mandato d'arresto europeo, 2005/2175(INI), in *www.europarl.eu.int*. È tuttavia in corso di negoziazione un accordo tra UE e Islanda e Norvegia volto a disciplinare la procedura di consegna tra questi ultimi e gli Stati membri dell'UE sulla falsariga di quella regolata dalla decisione-quadro sul mandato d'arresto europeo.

²¹⁰ Lo scopo di tale clausola è quello di evitare la lentezza nel recepimento di un atto del terzo pilastro, cfr. BARBE, E., *Une triple étape pour le troisième pilier de l'Union européenne. Mandat d'arrêt européen, terrorisme et Eurojust*, in *Revue du Marché Commun et de l'Unione européenne*, 2002, pag. 7.

²¹¹ La Convenzione sulla procedura di estradizione semplificata tra Stati membri richiedeva il consenso della persona che doveva essere estradata. La Convenzione ampliava i fatti rispetto ai quali poteva essere presentata una richiesta di estradizione ed aboliva non solo la possibilità di invocare la natura politica del reato per rifiutare l'extradizione, ma anche, entro certi limiti, l'applicazione del principio della doppia incriminazione. Tale Convenzione non è entrata in vigore per la mancata ratifica di tutti gli Stati membri. L'hanno ratificata solo Austria, Belgio, Danimarca, Finlandia, Grecia, Irlanda, Lituania, Lussemburgo, Paesi Bassi, Portogallo, Regno Unito, Germania, Spagna e Svezia.

²¹² La Convenzione del 1996 sulla procedura di estradizione tra Stati membri aveva abolito il divieto di estradizione per motivi politici e quello relativo a un proprio cittadino. Si prevedeva tuttavia la possibilità che gli Stati membri ponessero una riserva su entrambi gli aspetti. Per un'analisi di tale Convenzione, cfr. BRIBOSIA, E., WEYEMBERG, A., *Extradition et asile: vers un espace judiciaire*

il Titolo III della Convenzione d'applicazione Schengen. Tale scelta legislativa si fonda sulla constatazione che le lente, farraginose e complesse procedure di estradizione apparivano ormai inadeguate per fronteggiare il crescente bisogno di lottare efficacemente contro la criminalità organizzata transnazionale e il terrorismo. Con il mandato d'arresto europeo, valido su tutto il territorio dell'UE, viene infatti abbandonato il ruolo decisionale dell'esecutivo e quindi la discrezionalità politica, per lasciare spazio a una procedura di natura puramente giudiziaria²¹³, affidata direttamente ed esclusivamente alle autorità competenti²¹⁴. Queste caratteristiche sanciscono «il salto di qualità nel livello di cooperazione tra gli Stati membri»²¹⁵.

La nuova disciplina si basa su un elevato livello di fiducia tra Stati membri²¹⁶, che troverebbe fondamento nella sostanziale comunanza dei sistemi giuridici nazionali, improntati al rispetto dei diritti fondamentali, così come sanciti dall'art. 6 TUE e contenuti nella Carta dei diritti dell'UE²¹⁷. L'espresso richiamo a quest'ultima è da accogliere con favore. Esso rappresenta un ulteriore tassello per il più volte sollecitato riconoscimento formale di un suo valore giuridico vincolante²¹⁸. Appare una novità

européen?, in *Revue belge du droit international*, 1997, pag.77 e ss. Tale Convenzione non è entrata in vigore per la mancata ratifica di tutti gli Stati membri, cfr. *supra*. Al punto 35 delle sue conclusioni il Consiglio europeo di Tampere aveva invitato gli Stati membri a ratificare rapidamente le convenzioni UE del 1995 e del 1996.

²¹³ La completa giurisdizionalizzazione implica che l'autorità giudiziaria emittente può comunicare direttamente all'autorità di esecuzione il mandato d'arresto europeo, se è a conoscenza del luogo in cui si trova il ricercato. Altrimenti può decidere di segnalare la persona ricercata al SIS, cfr. *supra*, CAP. II. 3, e in tal caso la segnalazione equivale a un mandato d'arresto europeo. Cfr. art. 9 par. 1, 2, 3 della decisione-quadro sul mandato d'arresto europeo. In alternativa può effettuare la trasmissione mediante il sistema di telecomunicazione protetto dalla Rete giudiziaria europea, cfr. art. 10 par. 2. Se non è possibile ricorrere al SIS, l'autorità giudiziaria emittente può fare ricorso anche a Interpol, cfr. art. 10 par. 3.

²¹⁴ Criticabile appare dunque la legge italiana di recepimento della decisione-quadro che ha designato come autorità centrale per assistere le autorità giudiziarie competenti il Ministro della giustizia, cfr. art. 4 par. 1 della legge 22 aprile 2005 n. 69.

²¹⁵ SALAZAR, L., *Il Commento alla decisione-quadro sul mandato d'arresto europeo*, in *Diritto penale e processo*, 2002, n. 8, pag. 1049.

²¹⁶ Cfr. considerando n. 10 della decisione-quadro sul mandato d'arresto europeo. Cfr. STESENS, G., *The Principle of Mutual Confidence between Judicial Authorities in the Area of Freedom, Justice and Security*, in DE KERCHOVE, G., WEYEMBERG, A., (édite par), *L'espace pénal européen : enjeux et perspectives*, *op.cit.*, pag. 93 e ss.

²¹⁷ Cfr. considerando n. 12 della decisione-quadro sul mandato d'arresto europeo; cfr. DAMATO, A., *Il mandato d'arresto europeo e la sua attuazione nel diritto italiano (II)*, in *Dir. UE*, 3/2005, pag. 212; cfr. SALAZAR, L., *Il mandato d'arresto europeo*, in *Dir. pen. e proc.*, 2002, pag. 1043; cfr. MANZIONE, D., *Il mandato d'arresto europeo*, in *Leg. Pen.*, 2002, pag. 976; cfr. SELVAGGI, E., VILLONI, O., *Questioni reali e non sul mandato d'arresto europeo*, in *Cass. pen.*, 2002, pag. 445; cfr. per dubbi sull'esistenza di un alto livello di fiducia LUGATO, M., *La tutela dei diritti fondamentali rispetto al mandato d'arresto europeo*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1/2003, pag. 33.

²¹⁸ Il Trattato-Costituzione ha attribuito formalmente valore giuridico alla Carta inserendola come seconda parte. L'incertezza sull'entrata in vigore del Trattato-Costituzione rende quindi necessario prevedere altre soluzioni per attribuire alla Carta quel carattere giuridicamente vincolante che informalmente le viene già riconosciuto, cfr. *supra*, CAP. I par. VII e CAP. III par. I.5.

anche il mancato riferimento esplicito alla CEDU²¹⁹. In questo caso il legislatore comunitario ha probabilmente ritenuto sufficiente richiamare l'art. 6 TUE²²⁰.

La decisione-quadro stabilisce che il mandato d'arresto europeo può essere rifiutato qualora vi siano elementi oggettivi per ritenere che sia stato emesso «al fine di perseguire penalmente o punire una persona a causa del suo sesso, della sua razza, religione, origine etnica, nazionalità, lingua, opinione politica e delle sue tendenze omosessuali»²²¹. La clausola di non discriminazione, che rappresenta un elemento tipico nella procedura tradizionale di estradizione²²², viene però sancita solo nel preambolo senza essere richiamata negli artt. 3 e 4 tra i motivi di non esecuzione obbligatoria o facoltativa. Il mancato richiamo nell'articolato suscita qualche perplessità²²³. Sarebbe forse stato preferibile, nonostante l'affermata fiducia reciproca tra gli Stati membri, mantenere la consueta formulazione della clausola di non discriminazione²²⁴. Anche in questo caso il legislatore comunitario ha forse ritenuto sufficiente prevedere genericamente l'obbligo di rispettare i diritti e i principi giuridici fondamentali sanciti dall'art. 6 TUE²²⁵.

Si segnala altresì il mancato inserimento della violazione o del rischio di violazione dei diritti del ricercato tra i motivi di non esecuzione obbligatoria o facoltativa del mandato d'arresto europeo²²⁶. Le critiche che tale assenza ha sollevato possono in parte essere allontanate dalla constatazione che la decisione-quadro, inserendosi in un sistema normativo che non solo rispetta, ma addirittura si fonda sui diritti fondamentali, già implicitamente esclude l'esecuzione del mandato d'arresto se la persona è sottoposta a trattamenti con essi incompatibili²²⁷. Tale conclusione non ha però impedito agli Stati membri, in sede di recepimento della decisione-quadro, di aggiungere, tra i motivi di rifiuto dell'esecuzione del mandato d'arresto europeo, la violazione dei diritti fondamentali²²⁸.

²¹⁹ Cfr. MONJAL, P.-Y., *La décision-cadre instaurant le mandat d'arrêt européen et l'ordre juridique français : la constitutionnalité du droit dérivé de l'Union européenne sous le contrôle du Conseil de l'Etat*, in *Revue du droit de l'Union européenne*, 2003, pag. 133.

²²⁰ Questo tuttavia non ha impedito al legislatore italiano, in sede di recepimento della decisione-quadro, di continuare ad attribuire alla CEDU un ruolo di primo piano nella tutela dei diritti fondamentali, cfr. art. 2 legge 22 aprile 2005 n. 69.

²²¹ Considerando n. 12 della decisione-quadro sul mandato d'arresto europeo.

²²² Cfr. PRADEL, J., *Le mandat d'arrêt européen. Un premier pas vers une révolution copernicienne dans le droit français de l'extradition*, in *Recueil Dalloz*, 2004, n. 20, pag. 1397.

²²³ Cfr. LUGATO, M., *op. cit.*, pag. 37.

²²⁴ Cfr. VIARENGO, I., *Mandato d'arresto europeo e tutela dei diritti fondamentali*, in PEDRAZZI, M., *Mandato d'arresto europeo e garanzie della persona*, Giuffrè, Milano, 2004, pag. 144.

²²⁵ Cfr. art. 1 par. 3 della decisione-quadro sul mandato d'arresto europeo.

²²⁶ Cfr. LUGATO, M., *op. cit.*, pag. 42.

²²⁷ Cfr. VIARENGO, I., *op. cit.*, pag. 155; PASQUERO A., *Il mutuo riconoscimento delle decisioni penali nel mandato d'arresto europeo e nella rendition statunitense*, in *Riv. di dir. internaz. priv. e processuale*, n. 4, 2005, pag. 986 e ss.

²²⁸ VIARENGO, I., *op. cit.*, pag. 158 e ss.. Irlanda, Svezia e Regno Unito hanno inserito come motivo di esclusione del mandato d'arresto europeo la violazione dei diritti fondamentali. Italia, Danimarca, Portogallo, Finlandia hanno invece previsto una formulazione più circoscritta che configura come motivo di esclusione la violazione specifici diritti, quali il diritto all'equo processo, il diritto alla libertà di

La decisione-quadro stabilisce che «nessuna persona dovrebbe essere allontanata, espulsa o estradata verso uno Stato membro allorquando sussista un serio rischio che essa venga sottoposta alla pena di morte, alla tortura o ad altri trattamenti inumani o degradanti»²²⁹. Rispetto alla giurisprudenza internazionale sviluppatasi negli ultimi decenni, che ha ricondotto tra le cause di esclusione dell'extradizione anche il rischio di violazione dei diritti processuali²³⁰, la formulazione contenuta nella decisione-quadro appare restrittiva. Altrettanto rimarchevole risulta inoltre l'utilizzo del verbo al condizionale²³¹. Il legislatore comunitario si è però preoccupato di sancire che la decisione-quadro in esame non osta all'applicazione delle norme costituzionali nazionali relative al giusto processo²³² e che l'attuazione di tale normativa deve avvenire nel rispetto dei principi contenuti nella Convenzione europea del 1981 sulla protezione dei dati personali²³³. Il richiamo generico alle garanzie del giusto processo viene in parte integrato nell'articolato con alcune disposizioni dedicate ai diritti dell'accusato che saranno prese in esame²³⁴.

Infine il considerando n. 10 del preambolo prevede la possibile sospensione del mandato d'arresto europeo «in caso di grave e persistente violazione da parte di uno Stato membro dei principi sanciti all'art. 6 par. 1 del Trattato sull'Unione europea, constatata dal Consiglio in applicazione dell'art. 7 par. 1 dello stesso Trattato»²³⁵. La procedura di cui all'art. 7 TUE ha un carattere essenzialmente politico e si riferisce ad una situazione generale di violazione dei diritti umani e non alla violazione degli specifici diritti del ricercato²³⁶. La sua effettiva utilizzazione appare pertanto poco probabile. Come è stato giustamente sottolineato, sarebbe stato preferibile accogliere la soluzione prospettata dalla Commissione europea secondo la quale un singolo Stato poteva sospendere l'applicazione della decisione-quadro nei confronti di un altro Stato sospettato di aver compiuto gravi e ripetute violazioni dei diritti fondamentali, ma se

associazione e di opinione, il divieto di tortura ed il principio di non discriminazione. Si tratta tuttavia di previsioni che stonano con un sistema che si assume fondato sulla reciproca fiducia. La Commissione europea nella relazione sul recepimento del mandato d'arresto europeo ha infatti affermato che: «il Consiglio non ha inteso tradurre il generico principio del rispetto dei diritti fondamentali in un motivo di rifiuto», dal momento che in un sistema basato sulla fiducia reciproca la «violazione dell'art. 6 TUE e dei principi costituzionali comuni agli Stati membri (...) dovrebbe essere un'eccezione». Occorre inoltre sottolineare che le leggi nazionali di attuazione delle decisione-quadro non sono suscettibili di controllo giurisdizionale da parte della Corte di giustizia.

²²⁹ Cfr. considerando n. 13 della decisione-quadro sul mandato d'arresto europeo.

²³⁰ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 26 giugno 1992, *Drozd e Janousek c. Francia e Spagna*, in *Racc.*, 1992, par. 110.

²³¹ Cfr. LUGATO, M., *op. cit.*, pag. 38.

²³² Cfr. considerando n. 12 della decisione-quadro sul mandato d'arresto europeo.

²³³ Cfr. considerando n. 14 della decisione-quadro sul mandato d'arresto europeo.

²³⁴ Cfr. *infra*.

²³⁵ Considerando n. 10 della decisione-quadro sul mandato d'arresto europeo.

²³⁶ Cfr. LUGATO, M., *op. cit.*, pag. 36 e 43; cfr. BRIBOSIA, E., WEYEMBERGH, A., *op. cit.*, pag. 93; cfr. *supra*, FLORE, D., *op. cit.*, pag. 27; cfr. VIARENGO, I., *op. cit.*, pag. 152.

entro sei mesi non veniva attivata la procedura di cui all'art. 7 TUE, la sospensione sarebbe dovuta cessare²³⁷.

Prima di analizzare i diritti fondamentali che la decisione-quadro attribuisce ai ricercati, è opportuno evidenziare alcuni aspetti che caratterizzano la nuova procedura di consegna²³⁸ e che hanno dirette implicazioni con i principi del giusto processo. Si tratta in particolare del campo d'applicazione del mandato d'arresto europeo²³⁹ e più specificatamente della lista dei trentadue reati²⁴⁰ per i quali è prevista l'abolizione del principio della doppia incriminazione²⁴¹. Quest'ultimo è risultato uno dei principi cardine dell'estradizione, e, come tale, è apparso incompatibile con il principio del mutuo riconoscimento²⁴². La soppressione di tale requisito risponde infatti «alla finalità di evitare che qualcuno speculi sulle differenze tra l'una e l'altra legislazione per bloccare la cooperazione giudiziaria transnazionale: in questa prospettiva (...) essa sopperisce ai difetti di armonizzazione (e anche alle volute diversità) tra i vari sistemi penali»²⁴³. È altresì vero, tuttavia, che l'abolizione della doppia incriminazione rischia

²³⁷ Cfr. VIARENGO, I., *op. cit.*, pag. 153.

²³⁸ Alcuni autori hanno affermato che l'abolizione della doppia incriminazione rappresenta una delle novità del mandato d'arresto europeo, cfr. SALAZAR, L., *op. cit.*, pag. 1044, cfr. CHIAVARIO, N., *Un tema sempre più scottante: il mandato d'arresto europeo*, in *Leg. Pen.*, 2003, pag. 611; altri hanno sottolineato che la rottura con il principio di doppia incriminazione risale invece alla Convenzione del 1996 sull'estradizione tra Stati membri, che tuttavia ne limitava l'esclusione ai fatti qualificati dallo Stato di emissione come cospirazione o associazione a delinquere puniti con una pena o misura di sicurezza privative della libertà non inferiori nel massimo a dodici mesi, cfr. DAMATO, A., *Il mandato d'arresto europeo e la sua attuazione nel diritto italiano (I)*, in *Dir. UE*, 1/2005, pag. 28.

²³⁹ L'art. 2 par. 1 della decisione-quadro sul mandato d'arresto europeo stabilisce che questo «può essere emesso per dei fatti puniti dalle leggi dello Stato membro emittente con una pena privativa della libertà o con una misura di sicurezza privative della libertà della durata massima non inferiore a dodici mesi oppure, se è stata disposta la condanna a una pena o è stata inflitta una misura di sicurezza, per condanne pronunciate di durata non inferiore a quattro mesi».

²⁴⁰ L'art. 2 par. 2 della decisione-quadro sul mandato d'arresto europeo.

²⁴¹ La doppia incriminazione può essere *in abstracto* o *in concreto*. Nel primo caso i fatti costitutivi del reato devono essere i medesimi sia per lo Stato d'emissione che per lo Stato d'esecuzione, senza che risulti necessaria la medesima qualificazione giuridica. Nel secondo caso, invece, occorre effettuare anche un esame delle condizioni di procedibilità e di quelle oggettive di punibilità; cfr. su tale distinzione WEYEMBERGH, A., *L'harmonisation des législations: condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, *op. cit.*, pag. 139 e ss.; cfr. anche BERNARDI, A., GRANDI, C., *Gli effetti della prescrizione e dell'ammnistia sull'estradizione e sul mandato d'arresto europeo*, in *Cass. pen.*, novembre 2005, pag. 3566 e ss.. La decisione-quadro sul mandato d'arresto europeo ha mantenuto per i reati non compresi nella lista di cui all'art. 2 par. 2 l'applicazione del principio di doppia incriminazione nella sua accezione *in abstracto*. L'art. 2 par. 4 infatti stabilisce che «per quanto riguarda i reati non contemplati dal paragrafo 2, la consegna può essere subordinata alla condizione che i fatti per i quali è stato emesso il mandato d'arresto europeo costituiscano un reato ai sensi della legge dello Stato membro di esecuzione indipendentemente dagli elementi costitutivi o dalla qualifica del fatto. Sul punto cfr. DEL TUFO, M., *Profili di diritto penale sostanziale*, in *Dir. pen. e processo*, n. 8, 2005, pag. 940. Si può pertanto affermare che la decisione-quadro non ha previsto un'applicazione radicale del mutuo riconoscimento, che avrebbe imposto la soppressione totale della doppia incriminazione, ma ha compiuto un primo passo in quella direzione, cfr. PASQUERO A., *op. cit.*, pag. 979.

²⁴² VIARENGO, I., *op. cit.*, pag. 138; DE KERCHOVE, G., *La reconnaissance mutuelle des décisions pré-sentencielles en général*, in DE KERCHOVE, G., WEYEMBERGH, A., (édité par), *Vers un espace judiciaire pénal européen*, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2000, pag. 118 e ss..

²⁴³ CHIAVARIO, M., *op. cit.*, pag. 611. Una parte della dottrina ha evidenziato che per i trentadue reati elencati il controllo della doppia incriminazione non è abolito, ma presupposto «dal momento che, proprio in relazione alle incriminazioni più gravi, si deve immaginare sia già stata operata da parte degli Stati membri una "sorta di valutazione tipica circa l'esistenza del requisito in questione"» che esime da

di privilegiare il diritto penale più repressivo²⁴⁴. Questa tendenza risulta particolarmente preoccupante se non viene contrastata attraverso un'armonizzazione delle legislazioni nazionali.

L'art. 2 par. 2 stabilisce che la consegna dell'accusato avviene, indipendentemente dalla doppia incriminazione, a due condizioni, ovvero se il reato è riconducibile, in base alla legge dello Stato membro emittente, a una delle trentadue ipotesi di reato espressamente elencate dalla norma, e se, in detto Stato membro, il massimo della pena o della misura di sicurezza privative della libertà è pari o superiore a tre anni.

L'individuazione delle fattispecie da inserire nell'elenco, suscettibile di essere ampliato con una decisione del Consiglio, è avvenuta in base alla loro specificità e alla gravità della pena applicabile²⁴⁵.

La previsione di una lista positiva non costituisce una novità²⁴⁶. La convenzione istitutiva di Europol e la decisione-quadro di Eurojust hanno infatti delimitato le aree di competenza dei due organismi attraverso un ampio elenco di reati, indicati in via generica²⁴⁷.

L'art. 2 par. 2 della decisione-quadro sul mandato d'arresto europeo non si preoccupa di qualificare sul piano giuridico i reati ovvero di tipizzare i comportamenti delittuosi²⁴⁸, ma individua in maniera generale categorie di incriminazioni²⁴⁹. Tale scelta

una verifica sul tipo di quelle previste per l'estradizione, BARAZZETTA, A., *I principi di specialità e di doppia incriminazione*, in PEDRAZZI, M., *Mandato d'arresto europeo e garanzie della persona*, Giuffrè, Milano, 2004, pag. 107.

²⁴⁴ WEYEMBERGH, A., *L'harmonisation des législations : condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, op. cit., pag. 151.

²⁴⁵ Cfr. ROSI, E., *L'elenco dei reati nella decisione sul mandato di arresto europeo: l'UE "lancia il cuore oltre l'ostacolo"*, in *Dir. pen. e processo*, n. 3, 2004, pag. 378; cfr. DE BIOLLEY, S., *Liberté et sécurité dans la construction de l'espace européen de justice pénale: cristallisation de la tension sous présidence belge*, in DE KERCHOVE, G., WEYEMBERGH, A., (édité par), *L'espace pénal européen : enjeux et perspectives*, op. cit., pag. 181.

²⁴⁶ Per alcuni autori il ricorso ad una lista positiva appare una regressione, ovvero un ritorno ai modelli di estradizione dell'Ottocento, cfr. DE HOYOS SANCHO, M., *Il nuovo sistema di estradizione semplificata nell'Unione europea. Lineamenti della legge spagnola sul mandato d'arresto europeo*, in *Cass. pen.*, 2005, pag. 309; cfr. MASSÉ, M., *La décision-cadre*, in CARTIER, M.-E., (sous la direction de), *Le mandat d'arrêt européen*, Bruylant, Bruxelles, 2005, pag. 59.

²⁴⁷ Secondo ROSI, E., pag. 380, «i reati sono assunti come base comune (...) a prescindere dagli specifici elementi strutturali delle fattispecie previste nelle legislazioni nazionali. È come se la rigidità definitoria cedesse il passo alla flessibilità operativa, ma senza tenero troppo in conto i possibili rischi di una tale scelta», ovvero la violazione del principio di legalità.

²⁴⁸ Un esempio è rappresentato dal racket. Il Consiglio ha tuttavia dichiarato che occorre proseguire nei lavori di ravvicinamento dei reati elencati nell'art. 2 par. 2 della decisione-quadro, cfr. dichiarazione pubblicata nel documento del Consiglio n. 9958/02 ADD 1 dell'8 luglio 2002; cfr. sul punto SALAZAR, L., op. cit., pag. 1049.

²⁴⁹ Un'altra parte della dottrina ha sostenuto che la lista di cui all'art. 2 par. 2 non costituisce un'elencazione di figure criminose sovrapponibili a quelle esistenti negli ordinamenti degli Stati membri, ma definisce l'ambito di operatività di «un meccanismo di esclusiva portata processuale, congegnato per superare i problemi derivanti dall'operatività (...) del requisito della doppia incriminazione, che deve invece sussistere per tutti i reati non riconducibili alle categorie indicate in elenco», SELVAGGI, E., VILLONI, O., *Questioni reali e non sul mandato europeo d'arresto*, in *Cass. pen.*, 2002, pag. 455. Secondo WEYEMBERGH, A., l'utilizzazione di definizioni e di concetti fluidi possono essere considerati come «une "stratégie" pour faire face à l'accélération. L'abstraction et les notions confuses

legislativa ha sollevato dubbi circa la sua compatibilità con il principio di legalità²⁵⁰, inteso come tassatività e determinatezza dei reati²⁵¹, che, come è già stato evidenziato²⁵², costituisce un principio essenziale in ogni Stato di diritto. In risposta a tali dubbi occorre evidenziare che i reati inseriti nella lista sono a vario titolo comuni agli Stati membri²⁵³. Alcuni di essi infatti sono conosciuti da tutti gli ordinamenti giuridici nazionali (omicidio volontario, furto, violenza carnale), altri sono richiamati dal Trattato sull'Unione europea (razzismo, xenofobia, criminalità organizzata)²⁵⁴, altri ancora sono disciplinati da atti di diritto derivato dell'UE (terrorismo, traffico di droga, traffico illecito di armi, munizioni ed esplosivi, tratta di esseri umani, sfruttamento sessuale dei bambini e pedopornografia, favoreggiamento ingresso e soggiorno irregolari, corruzione, frode, falsificazione di monete, compresa la contraffazione dell'euro, criminalità informatica)²⁵⁵, o da convenzioni ratificate da tutti gli Stati

apparaissent alors comme nécessaires pour appréhender l'évolution de plus en plus rapide de la réalité sociale, comme constitutives d'un certain pragmatisme: elle confèrent une certaine souplesse aux normes, leur donnent du "mou" et leur permettent ainsi de s'adapter aux divers glissements qui interviennent dans la réalité, sans être dépassées », in WEYEMBERGH, A., *L'harmonisation des législations : condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, op. cit., pag. 284. Si concorda con l'Autrice richiamata quando sostiene che l'utilizzazione di definizioni ampie caratterizza le negoziazioni che si svolgono in un contesto emotivo forte dove la volontà di incriminare e di punire certi comportamenti prevale sulla necessità di prendere in considerazione anche le garanzie dei singoli. Quello che prevale è pertanto la volontà di incriminare e punire certi comportamenti, senza tuttavia prendere in considerazione i comportamenti legittimi che rischiano di rientrare tra i fatti incriminati. cfr. WEYEMBERGH, A., *L'harmonisation des législations : condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, op. cit., pag. 292. Alla base di un generale ricorso ad ampie incriminazioni vi è altresì la necessità di trovare il consenso di 25 Paesi con tradizioni giuridiche a volte differenti.

²⁵⁰ Cfr. BARTONE, N., *Mandato di arresto europeo e tipicità nazionale del reato*, Giuffrè, Milano, 2003, pag. 68; cfr. DEL TUFO, M., op. cit., pag. 941. Cfr. *supra* anche il rinvio pregiudiziale con il quale la Cour d'Arbitrage del Belgio ha chiesto alla Corte di giustizia se l'assenza di una definizione chiara e precisa delle infrazioni non violi il principio di legalità ed il principio di eguaglianza, dal momento che lascerebbe ampia discrezionalità alle diverse autorità nazionali incaricate dell'esecuzione del mandato d'arresto europeo.

²⁵¹ In base ad esso la persona ha diritto di conoscere in anticipo, con sicurezza e precisione i fatti per i quali può essere condannata.

²⁵² Cfr. *supra*, PARI.3.

²⁵³ Cfr. per questa soluzione interpretativa, SALAZAR, L., op. cit., pag. 1048 e ss.; cfr. DAMATO, A., op. cit., pag. 217 e ss.; PATRONE, J., *La decisione-quadro del Consiglio relativa al mandato d'arresto europeo*, in *Quad. cost.*, 2002, 396. Cfr. *contra* DEL TUFO, M., op. cit., pag. 941; cfr. ROSI, E., op. cit., pag. 381 e ss.; cfr. GUALTIERI, P., *Mandato d'arresto europeo: davvero superato (e superabile) il principio di doppia incriminazione?*, in *Dir. pen. e processo*, 1/2004, pag. 119; cfr. DOUGLAS-SCOTT, S., *The rule of law in the European Union - putting the security into the "area of freedom, security and justice"*, in *European Law Review*, april 2004, pag. 225.

²⁵⁴ Cfr. art. 29 TUE. Per la definizione di razzismo e la xenofobia, cfr. anche azione comune del 15 luglio 1996, in *GUCE*, L 185, del 24 luglio 1996, pag. 5.

²⁵⁵ Cfr. decisione-quadro del 13 giugno 2002 relativa alla lotta contro il terrorismo, in *GUCE*, L 164 del 22 giugno 2002, pag. 3; cfr. decisione-quadro del 25 ottobre 2004 relativa alla previsione di norme minime sugli elementi costitutivi dei reati e delle sanzioni applicabili al traffico di droga, in *GUE*, L 335 del 11 novembre 2004, pag. 8; cfr. decisione del 16 ottobre 2001 relativa alla firma a nome della Comunità europea del protocollo contro la fabbricazione e il traffico illecito di armi da fuoco, loro parti e componenti e munizioni allegato alla convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità transnazionale organizzata, in *GUCE*, L 280 del 24 ottobre 2001, pag. 5; cfr. decisione-quadro del 19 luglio 2002 relativa alla lotta contro la tratta di esseri umani, in *GUCE*, L 203 del 1° agosto 2002, pag. 1; direttiva del 28 ottobre 2002 che definisce il favoreggiamento all'entrata, al transito e al soggiorno irregolari, in *GUCE*, L 328 del 5 dicembre 2002, pag. 17; cfr. decisione-quadro del 28 novembre 2002 volta a rafforzare il quadro penale per la repressione del favoreggiamento all'entrata, al transito e al

membri dell'UE (criminalità ambientale)²⁵⁶. A sostegno della mancata violazione del principio di legalità ricorre altresì la considerazione secondo la quale spetta ad ogni Stato membro, e non al legislatore comunitario, assicurare il rispetto di tale principio nel momento in cui definisce le fattispecie riconducibili ad una delle categorie indicate dalla decisione-quadro²⁵⁷. L'art. 8 par. 1 stabilisce infatti che il mandato d'arresto deve contenere alcune informazioni tra cui quella relativa «alla natura e alla qualificazione giuridica del reato, in particolare tenendo conto dell'art. 2»²⁵⁸. Tale previsione esclude altresì l'esistenza di un automatismo nell'esecuzione del mandato d'arresto europeo. Il giudice dell'esecuzione, infatti, sulla base delle indicazioni contenute nel provvedimento inviatogli dall'autorità giudiziaria emittente, può verificare che il fatto sia riconducibile ad una delle categorie elencate nell'art. 2 par. 2 e che sussistano tutte le condizioni per consegnare il ricercato²⁵⁹.

I diritti di quest'ultimo sono sanciti nell'art. 11 della decisione-quadro. Si tratta del diritto di essere informato sul mandato d'arresto europeo e sul suo contenuto da parte dell'autorità giudiziaria dell'esecuzione, nonché del diritto di acconsentire alla consegna e di essere assistito da un consulente legale e da un interprete, in conformità con il diritto interno dello Stato di esecuzione. La disciplina appare scarsa, rispetto a quella dell'art. 6 par. 3 CEDU. Non viene infatti previsto il diritto del ricercato di essere informato in una lingua a lui comprensibile, e il diritto di essere assistito gratuitamente da un interprete, se non comprende o non parla la lingua usata, e da un avvocato d'ufficio, se è privo di mezzi e lo esigono gli interessi della giustizia²⁶⁰. Sarebbe stato inoltre preferibile indicare in quale momento sorge il diritto all'assistenza legale. Il rinvio alle previsioni dell'ordinamento dello Stato di esecuzione e il generico richiamo all'art. 6 TUE e alla Carta dei diritti non appaiono infatti sufficienti.

soggiorno irregolari, in *GUCE*, L 328 del 5 dicembre 2002, pag. 1; cfr. decisione-quadro del 22 dicembre 2003 relativa allo sfruttamento sessuale dei bambini e pedopornografia, in *GUE*, L 13 del 20 gennaio 2004, pag. 44; cfr. decisione-quadro del 22 luglio 2003 relativa alla lotta contro la corruzione nel settore privato, in *GUE*, L 192 del 31 luglio 2003, pag. 54; cfr. decisione-quadro del 29 maggio 2000 volta a rafforzare la protezione contro la falsificazione di monete in vista della circolazione dell'euro, in *GUCE*, L 140 del 14 giugno 2000, pag. 1 così come modificata dalla decisione-quadro del 6 dicembre 2001, in *GUCE*, L 329 del 14 dicembre 2001, pag. 3; decisione del 6 dicembre 2001 sulla protezione dell'euro contro la falsificazione, in *GUCE*, L 329 del 14 dicembre 2001, pag. 1; decisione-quadro del 28 maggio 2001 sulla lotta contro la frode e la contraffazione dei mezzi di pagamento, in *GUCE*, L 149 del 2 giugno 2001, pag. 1; cfr. decisione-quadro del 24 febbraio 2005 sugli attacchi contro i sistemi informatici, in *GUE*, L 69 del 16 marzo 2005, pag. 67. Sul raggiunto livello di armonizzazione in relazione a numerosi "reati fine", cfr. MONETTI, V., SALAZAR, L., *op. cit.*, pag. 102.

²⁵⁶ Cfr. Convenzione del Consiglio d'Europa sulla cybercriminalità del 23 novembre 2001; cfr. Convenzione del Consiglio d'Europa sulla protezione dell'ambiente attraverso il diritto penale del 4 novembre 1998.

²⁵⁷ Cfr. VIARENGO, I., *op. cit.*, pag. 141. L'art. 2 della decisione-quadro rispetta pienamente il principio del mutuo riconoscimento nel momento in cui prevede che «la qualificazione della fattispecie, al fine di determinare se essa rientri o meno nell'elenco dei trentadue reati, vada operata, in modo vincolante per lo Stato richiesto, dallo Stato emittente», PASQUERO, A., *op. cit.*, pag. 979.

²⁵⁸ Art. 8 par. 1 lett. d) della decisione-quadro sul mandato d'arresto europeo.

²⁵⁹ Cfr. DAMATO, A., *op. cit.*, pag. 31 e ss.

²⁶⁰ Cfr. anche l'art. 47 par. 3 della Carta dei diritti fondamentali.

Si segnala altresì il mancato inserimento di norme relative alle persone cosiddette “vulnerabili” (handicapati mentali, minori, analfabeti, madri di figli infanti, stranieri) e all’informazione dei congiunti²⁶¹. Criticabile appare infine l’assenza di una sanzione processuale in caso di violazione del diritto all’informazione.

Per individuare i diritti di cui gode il ricercato non ci si deve tuttavia limitare alla lettura dell’art. 11. Ulteriori garanzie possono essere ricavate da altre disposizioni contenute nella decisione-quadro. L’art. 14 attribuisce al ricercato che non acconsente alla propria consegna il diritto all’audizione a cura dell’autorità giudiziaria dell’esecuzione. Il fine perseguito è quello di verificare la legalità della detenzione²⁶², ma il legislatore comunitario non ha espressamente menzionato né il diritto del ricercato alla verifica giudiziale del provvedimento d’arresto²⁶³ né il diritto ad essere assistito da un legale e da un interprete in questa delicata fase del procedimento.

Qualora il mandato sia emesso per esercitare un’azione penale, l’autorità giudiziaria dell’esecuzione deve accettare che si proceda all’audizione della persona ricercata²⁶⁴. Risulta criticabile il mancato richiamo al diritto di preparare la propria difesa e di essere assistito da un legale e da un interprete.

Pienamente conforme all’esigenza di garantire una durata ragionevole della procedura risulta invece la previsione contenuta nell’art. 17. Tale disposizione stabilisce che il mandato d’arresto europeo deve essere trattato ed eseguito con la massima urgenza. La decisione sulla consegna deve infatti essere presa entro dieci giorni, se l’interessato ha dato il proprio consenso, o, negli altri casi, entro sessanta giorni dall’arresto. Tale previsione è uno degli elementi che contraddistinguono il mandato d’arresto europeo rispetto all’extradizione, caratterizzata da una procedura lunga e lenta. Occorre tuttavia segnalare la mancata previsione di sanzioni in caso di violazione dei tempi stabiliti. La decisione-quadro si limita infatti a indicare la possibilità, per uno Stato membro che ha subito ripetuti ritardi, di informare il Consiglio «affinché sia valutata l’attuazione della presente decisione-quadro a livello degli Stati membri»²⁶⁵. La soluzione prospettata appare dunque meramente politica, con conseguenti dubbi circa la sua portata deterrente.

L’esigenza di garantire una durata ragionevole del procedimento ha portato il legislatore comunitario a stabilire che la consegna del ricercato deve avvenire al più tardi entro dieci giorni dalla decisione definitiva, salvo non ricorrano gravi motivi umanitari. In quest’ultimo caso, la consegna deve essere effettuata non appena tale

²⁶¹ MONETTI, V., SALAZAR, L., *op. cit.*, pag. 117.

²⁶² Cfr. LUGATO, M., *op. cit.*, pag. 40 e ss.

²⁶³ Cfr. LUGATO, M., *op. cit.*, pag. 40.

²⁶⁴ Cfr. art. 18 par. 1 lett. a) e art. 19 decisione-quadro sul mandato d’arresto europeo.

²⁶⁵ Art. 17 par. 7 decisione-quadro sul mandato d’arresto europeo. La norma richiamata prevede inoltre che lo Stato membro che non è in grado di rispettare i termini stabiliti informa Eurojust dei motivi del ritardo.

condizione venga a cessare²⁶⁶. Nel caso non siano rispettati tali limiti temporali la conseguenza appare più incisiva rispetto a quella indicata nell'art. 17. Il ricercato in stato di custodia deve infatti essere rilasciato²⁶⁷.

Di carattere maggiormente garantista, ma non del tutto corrispondente a quanto previsto dall'art. 3 par. 1 del secondo protocollo allegato alla CEDU, appare l'art. 5 della decisione-quadro²⁶⁸. Tale norma stabilisce che «se il mandato d'arresto è stato emesso ai fini dell'esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza comminate mediante decisione pronunciata "in absentia", e se l'interessato non è stato citato personalmente né è stato informato della data e del luogo dell'udienza (...) la consegna può esser subordinata alla condizione che l'autorità giudiziaria emittente fornisca assicurazioni considerate sufficienti a garantire (...) la possibilità di richiedere un nuovo processo nello Stato emittente e di essere presente al giudizio»²⁶⁹. Se la pena e la misura di sicurezza privative della libertà sono la vita, «l'esecuzione può essere subordinata alla condizione che lo Stato emittente preveda nel suo ordinamento una revisione della pena comminata (...) oppure l'applicazione di misure di clemenza»²⁷⁰.

Occorre infine richiamare gli artt. 3 e 4 della decisione-quadro che individuano i motivi di non esecuzione obbligatoria e facoltativa del mandato d'arresto europeo²⁷¹. Il

²⁶⁶ Cfr. art. 23 par. 2 e 4 decisione-quadro sul mandato d'arresto europeo.

²⁶⁷ Cfr. art. 23 par. 5 decisione-quadro sul mandato d'arresto europeo.

²⁶⁸ L'art. 3 par. 1 del secondo protocollo allegato alla CEDU attribuisce allo Stato richiesto la possibilità di rifiutare l'extradizione o di subordinarla alle assicurazioni dello Stato richiedente in base alle quali l'extradando sarà sottoposto a un nuovo giudizio nel pieno rispetto dei diritti di difesa. Spetta inoltre allo Stato richiedente valutare la sufficienza di tali valutazioni. Cfr. VIARENGO, I., *op. cit.*, pag. 147.

²⁶⁹ Art. 5 n. 1 decisione-quadro sul mandato d'arresto europeo. La disposizione in esame non chiarisce tuttavia cosa debba intendersi per processo *in absentia*.

²⁷⁰ Art. 5 n. 2 decisione-quadro sul mandato d'arresto europeo.

²⁷¹ La decisione-quadro non prevede tra i motivi di esclusione del mandato d'arresto europeo il caso in cui ad essere consegnato debba essere un cittadino dello Stato di esecuzione. Tale soluzione, voluta dal legislatore comunitario, può tuttavia porsi in contrasto con quanto previsto da alcune costituzioni nazionali che vietano l'extradizione dei propri cittadini. Il possibile contrasto tra la norma comunitaria e quella costituzionale non è stato tuttavia rilevato e denunciato da nessun governo al momento dell'adozione della decisione-quadro. Il problema è invece venuto a galla dopo l'adozione delle leggi di recepimento. La Corte costituzionale polacca è intervenuta sulla questione risolvendo il contrasto con la costituzione nazionale attraverso una scappatoia prevista dallo stesso ordinamento, cfr. Corte costituzionale polacca, *Trybunal Konstytucyjny*, sentenza del 27 aprile 2005, No. P 1/05 in www.trybunal.gov.pl/eng/summaries/documents/P_1_05_GB.pdf. La Suprema Corte ha infatti invitato il legislatore nazionale ad una modifica della Costituzione volta a introdurre un'eccezione al divieto di estradizione dei cittadini polacchi, in conformità con quanto previsto dalla decisione-quadro sul mandato d'arresto europeo. Su una questione analoga è intervenuta anche la Corte costituzionale tedesca, giungendo tuttavia ad una conclusione parzialmente differente, cfr. Corte costituzionale tedesca, *Bundesverfassungsgericht*, sentenza del 18 luglio 2005, 2 BvR 2236/04, in www.bverfg.de/entscheidungen/rs20050718_2bvr223604.html. Essa infatti ha dichiarato l'incostituzionalità della legge nazionale di recepimento in quanto contrastante con una norma fondamentale della Costituzione tedesca. Tale pronuncia non mette tuttavia in discussione la decisione-quadro sul mandato d'arresto europeo che viene indicato come un completamento efficace della disciplina nazionale. Ad essere contestato è invece il legislatore tedesco che non ha adeguatamente preso in considerazione i margini di manovra che la decisione-quadro gli lasciava per la trasposizione della normativa a livello nazionale. Cfr. sul punto PALERMO, F., *La sentenza del Bundesverfassungsgericht sul mandato di arresto europeo*, in *Quad. cost.*, 4/2005, pag. 897 e ss.; SILEONI, S., *La Corte costituzionale polacca, il mandato di arresto europeo e la sentenza sul trattato di adesione all'UE*, in *Quad. cost.*, 4/2005, pag. 894 e ss. Sul lamentato contrasto tra la legge di recepimento e la Costituzione è

principio del *ne bis in idem* rientra in entrambe le categorie. Nel primo caso il mandato d'arresto europeo non può essere eseguito «se in base a informazioni in possesso dell'autorità giudiziaria dell'esecuzione risulta che la persona ricercata è stata giudicata con sentenza definitiva per gli stessi fatti da uno Stato membro, a condizione che, in caso di condanna, la sanzione sia stata applicata o sia in fase di esecuzione o non possa essere più eseguita in forza delle leggi del paese di condanna»²⁷². Tale formulazione estende il campo d'applicazione del *ne bis in idem* a tutto il territorio dell'Unione, così come previsto dall'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali, superando le previsioni dell'art. 4 Protocollo n. 7 allegato alla CEDU ²⁷³. Nel secondo caso, il principio in esame assume una portata ancora più ampia. L'art. 4 n. 5 della decisione-quadro stabilisce infatti che l'autorità giudiziaria dell'esecuzione può rifiutare di eseguire il mandato d'arresto europeo se «la persona ricercata è stata giudicata con sentenza definitiva per gli stessi fatti da un Paese terzo, a condizione che, in caso di condanna, la sanzione sia stata applicata o sia in fase di esecuzione o non possa essere più eseguita in forza delle leggi del paese di condanna». Nell'applicazione di tali norme occorrerà, come è già stato evidenziato, tenere conto dell'interpretazione ampia data dalla Corte di giustizia all'espressione “sentenza definitiva”²⁷⁴.

Tra i motivi di esclusione facoltativa del mandato d'arresto europeo rientra inoltre la clausola di territorialità in virtù della quale lo Stato di esecuzione può rifiutarsi di effettuare la consegna del ricercato se il reato è stato in tutto o in parte commesso nel suo territorio²⁷⁵ o se è stato commesso al di fuori del territorio dello Stato emittente e la legge del proprio Stato non consente l'azione penale per lo stesso reato commesso al di fuori del territorio²⁷⁶. La presenza di tale clausola è volta a scongiurare il rischio che l'abolizione della doppia incriminazione possa costituire una violazione del principio di legalità²⁷⁷, ma la tempo stesso solleva dubbi circa la reale volontà di creare uno spazio giudiziario europeo.

intervenuta anche la Corte costituzionale ceca, cfr. Corte costituzionale ceca, sentenza dell'8 maggio 2006, in http://test.concourt.cz/angl_verze/doc/pl-66-04.html. I giudici di Brno hanno affermato che essendo l'art. 14 par. 4 della Carta dei diritti ceca, annessa alla Costituzione, passibile di varie interpretazioni, deve essere preferita quella che permette alla Repubblica ceca di rispettare gli obblighi derivanti dalla sua partecipazione all'UE. A fondamento di tale posizione è stato richiamato un principio costituzionale derivante dalla lettura dell'art. 1 par. 2 della Costituzione ceca in combinato disposto con l'art. 10 TCE. In base a tale principio, la legislazione interna di attuazione e la Costituzione nazionale devono essere interpretate conformemente ai principi dell'integrazione europea e della cooperazione tra la Comunità e gli Stati Membri. Sulla base di tale lettura, la Corte ceca non ha ritenuto necessario valutare quali dei valori e dei principi di diritto comunitario e di diritto costituzionale nazionale dovessero essere tenuti in considerazione.

²⁷² Art. 3 n. 2 decisione-quadro sul mandato d'arresto europeo.

²⁷³ Cfr. *supra*, PAR. I.5.

²⁷⁴ Cfr. *supra* I.4; cfr. *supra* Corte di giustizia, sentenza *Gözütok e Brügger*; cfr. *supra* Corte di giustizia, sentenza *Miraglia*.

²⁷⁵ Cfr. art. 4 n. 7 lett. a) decisione-quadro sul mandato d'arresto europeo.

²⁷⁶ Cfr. art. 4 n. 7 lett. b) decisione-quadro sul mandato d'arresto europeo.

²⁷⁷ Cfr. WEYEMBERGH, A., *L'harmonisation des législations: condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, *op. cit.*, pag. 149

Può condividersi infine la posizione di quella parte della dottrina che nel sottolineare come la questione del rispetto dei diritti fondamentali nella fase di emissione del mandato sia affidata all'ordinamento interno dell'autorità emittente ha concluso che «la portata del principio del mutuo riconoscimento finisce per essere più ampia rispetto a quanto riportato nell'art. 1, par. 2, della decisione-quadro», in quanto «finisce per applicarsi non solo al mandato d'arresto europeo, ma anche alle regole procedurali e sostanziali sulla base delle quali la decisione è stata emessa»²⁷⁸.

Nella raccomandazione del 15 marzo 2006 il Parlamento europeo ha rimarcato l'esigenza di «prestare particolarmente attenzione alla questione del rispetto dei diritti umani e delle libertà individuali nell'applicazione del mandato d'arresto europeo, compito per il quale dovrà essere sollecitato il contributo della futura Agenzia dei diritti fondamentali». Quest'ultima, secondo quanto previsto dall'art. 28 della proposta di regolamento che la istituisce²⁷⁹, potrà essere autorizzata dal Consiglio a svolgere le proprie attività anche con riferimento ai settori del titolo VI TUE²⁸⁰.

II.2 La decisione-quadro sull'esecuzione dei provvedimenti di blocco dei beni o di sequestro probatorio

Il programma di misure per l'attuazione del principio di mutuo riconoscimento²⁸¹, adottato dal Consiglio e dalla Commissione in base alle conclusioni del Consiglio europeo di Tampere²⁸², aveva accordato la massima priorità al perseguimento di azioni volte a «consentire la ricevibilità delle prove, impedirne la scomparsa e agevolare l'esecuzione delle decisioni di perquisizione e sequestro per ottenere rapidamente mezzi di prova nel quadro di una causa penale». In attuazione di tale obiettivo veniva sollecitata l'«elaborazione di uno strumento sul riconoscimento delle decisioni di blocco dei mezzi di prova per impedire la dispersione delle prove che si trovano nel territorio di un altro Stato membro»²⁸³.

²⁷⁸ LUGATO, M., *op. cit.*, pag. 42; cfr. anche CHIAVARIO, M., *op. cit.*, pag. 614.

²⁷⁹ Cfr. Proposta di regolamento che istituisce l'Agenzia dell'UE per i diritti fondamentali, COM (2005) 280.

²⁸⁰ Analoghe previsioni sono contenute nella proposta di decisione-quadro COM (2005) 280 che conferisce all'Agenzia il potere di svolgere le proprie attività anche per le materie regolate dal terzo pilastro.

²⁸¹ Cfr. Programma di misure per l'attuazione del principio di mutuo riconoscimento, adottato il 29 novembre 2000, in *GUCE*, C 12 del 15 gennaio 2001, pag. 10.

²⁸² In particolare il par. 36 delle Conclusioni del Consiglio europeo di Tampere prevedeva che «il principio del reciproco riconoscimento dovrebbe altresì applicarsi alle ordinanze preliminari, in particolare a quelle che permettono alle autorità competenti di procedere rapidamente al sequestro probatorio e alla confisca di beni facilmente trasferibili; le prove legalmente raccolte dalla autorità di uno Stato membro dovrebbero essere ammissibili dinanzi ai tribunali degli altri Stati membri, tenuto conto delle norme ivi applicabili».

²⁸³ Programma di misure per l'attuazione del principio di mutuo riconoscimento, Misura 6.

Su proposta di Francia, Svezia e Belgio²⁸⁴ è stata quindi adottata la decisione-quadro relativa all'esecuzione nell'Unione europea dei provvedimenti di blocco dei beni o di sequestro probatorio²⁸⁵. L'applicazione del principio del mutuo riconoscimento in tale materia permette ad uno Stato membro di riconoscere ed eseguire nel proprio territorio un provvedimento di blocco o di sequestro emesso a fini probatori o per la successiva confisca dei beni²⁸⁶ da un'autorità giudiziaria di un altro Stato membro²⁸⁷.

La finalità perseguita dalla decisione-quadro in esame è esplicitamente limitata ai provvedimenti emessi da un'autorità giudiziaria volti ad impedire provvisoriamente ogni operazione tesa a distruggere, trasformare, spostare, trasferire o alienare beni che potrebbero essere oggetto di confisca o costituire prova nell'ambito di un procedimento penale²⁸⁸.

Ogni provvedimento di blocco dei beni deve essere accompagnato da un certificato europeo standardizzato firmato dall'autorità competente dello Stato di emissione²⁸⁹. Sebbene quest'ultimo sia tenuto a tradurre soltanto il certificato nella lingua o in una delle lingue ufficiali dello Stato di esecuzione, può risultare necessario tradurre anche la decisione nazionale iniziale. Tale eventualità, lasciata alle legislazioni nazionali di recepimento, rischia tuttavia di comportare un ulteriore controllo che poco si concilia con la mutua fiducia e con il tentativo di accelerare la procedura.

Il principio della doppia incriminazione viene superato se il provvedimento riguarda un reato che, secondo la legislazione dello Stato membro di emissione, rientra tra quelli espressamente elencati nell'art. 3 par. 2 ed è punibile con una pena privativa della libertà di almeno tre anni. La lista delle fattispecie criminose corrisponde a quella prevista dall'art. 2 par. 2 della decisione-quadro sul mandato d'arresto europeo. Si rinvia pertanto alle considerazioni precedentemente svolte in merito alla compatibilità di tale elenco con il principio di legalità²⁹⁰. La decisione-quadro in esame prevede, inoltre,

²⁸⁴ Cfr. Proposta di decisione-quadro, in *GUCE*, C 75 del 7 marzo 2001, pag. 3.

²⁸⁵ Decisione-quadro del 22 luglio 2003 relativa all'esecuzione nell'Unione europea dei provvedimenti di blocco dei beni o di sequestro probatorio, in *GUE*, L 196 del 2 agosto 2003, pag. 45. Il sequestro probatorio rappresenta un mezzo di ricerca della prova, ovvero uno strumento di cui «si serve l'autorità giudiziaria per individuare ed assicurare al processo, cose, tracce, documenti ed ogni altro elemento utile per provare i fatti che si riferiscono all'imputazione, alla punibilità e alla determinazione della pena». Il sequestro probatorio può avere ad oggetto il corpo del reato o le cose pertinenti al reato e comporta un vincolo alla libera disponibilità della cosa. Cfr. su tale nozione SIRACUSANO, D., GALATI, A., TRANCHINA, G., ZAPPALÀ, E., *Diritto processuale penale*, Giuffrè, Milano, 2001, pag. 376 e ss.

²⁸⁶ Cfr. art. 3 par. 1 lett. a) e b).

²⁸⁷ Cfr. art. 1 della decisione-quadro relativa all'esecuzione nell'Unione europea dei provvedimenti di blocco dei beni o di sequestro probatorio.

²⁸⁸ Cfr. art. 2 lett. c) della decisione quadro relativa all'esecuzione nell'Unione europea dei provvedimenti di blocco dei beni o di sequestro probatorio.

²⁸⁹ Cfr. artt. 4 par. 1 e 9 della decisione quadro relativa all'esecuzione nell'Unione europea dei provvedimenti di blocco dei beni o di sequestro probatorio. La tipologia di informazioni che devono essere contenute nel certificato risultano conformi al principio di finalità limitata e di proporzionalità. Su tali principio cfr. *supra*, CAP. II, par. I.3.

²⁹⁰ Cfr. *supra*, PAR. II.1.

analogamente a quella sul mandato d'arresto europeo, la possibilità per il Consiglio di ampliare la lista dei reati con una decisione presa all'unanimità.

Fuori dai casi elencati nell'art. 3 par. 2, lo Stato di esecuzione può provvedere al riconoscimento e all'esecuzione del provvedimento emesso per fini probatori se i fatti alla base della decisione di blocco dei beni configurano un reato, indipendentemente dagli elementi costitutivi o dalla qualifica datane dall'ordinamento dello Stato di emissione. In caso di provvedimenti emessi ai fini della confisca, lo Stato di esecuzione procede al riconoscimento e all'esecuzione solo se si tratta di reati per i quali la propria legge consente il blocco²⁹¹.

Le analogie con la disciplina sul mandato d'arresto europeo riguardano anche la modalità con la quale è stato attribuito rilievo ai diritti fondamentali. Nel preambolo e nell'art. 1 della decisione-quadro in esame, infatti, si afferma in maniera generale il rispetto dei principi sanciti dall'art. 6 TUE e dei diritti contenuti nella Carta. È stata altresì inserita la clausola di non discriminazione, che permette di rifiutare un sequestro di un bene qualora sussistano elementi oggettivi per ritenere che il provvedimento sia stato emesso per perseguire penalmente o punire una persona a causa del sesso, razza, religione, origine etnica, nazionalità, lingua, opinioni politiche o tendenze sessuali²⁹². Occorre tuttavia evidenziare che il mancato rispetto di tale clausola non viene incluso tra i motivi di non riconoscimento o di non esecuzione, indicati nell'art. 7, tra i quali rientrano invece il caso in cui lo Stato d'esecuzione prevede un'immunità o un privilegio e quello in cui «dalle informazioni contenute nel certificato risulti immediatamente evidente che l'assistenza giudiziaria prestata ai sensi dell'articolo 10 per il reato per il quale è stato emesso il provvedimento di blocco o di sequestro violerebbe il principio del *ne bis in idem*»²⁹³.

L'art. 10 della decisione-quadro in esame sancisce che i provvedimenti di blocco o di sequestro probatorio sono trasmessi insieme ad una richiesta di trasferimento degli elementi di prova nello Stato di emissione o accompagnati da una richiesta di confisca. Tali domande sono trasmesse e trattate in base alle norme applicabili all'assistenza giudiziaria in materia penale e alla cooperazione internazionale in materia di confisca. Fatta eccezione dei casi in cui è escluso il controllo sulla doppia incriminazione, continuano quindi ad applicarsi i motivi di rifiuto propri della procedura di assistenza giudiziaria. La differenza tra le disposizioni applicabili al blocco e al sequestro dei mezzi di prova soggette al principio del mutuo riconoscimento e quelle riguardanti il successivo trasferimento dei mezzi di prova, sottoposte alle tradizionali procedure di

²⁹¹ Cfr. art. 3 par. 4 della decisione quadro relativa all'esecuzione nell'Unione europea dei provvedimenti di blocco dei beni o di sequestro probatorio.

²⁹² Cfr. Preambolo, considerando n. 6 della decisione quadro relativa all'esecuzione nell'Unione europea dei provvedimenti di blocco dei beni o di sequestro probatorio.

²⁹³ Art. 7 par. 1 lett. c) della decisione quadro relativa all'esecuzione nell'Unione europea dei provvedimenti di blocco dei beni o di sequestro probatorio. .

assistenza giudiziaria²⁹⁴, non soddisfa appieno quell'esigenza di semplificazione e di celerità che deve essere alla base della cooperazione in uno spazio giudiziario europeo.

È da accogliere con favore invece la disposizione contenuta nell'art. 11 della decisione-quadro in esame. Secondo tale norma gli Stati membri devono adottare tutte le disposizioni necessarie per garantire alle persone interessate dall'esecuzione del provvedimento di blocco dei beni²⁹⁵ il diritto ad un ricorso, di natura non sospensiva, davanti ad un tribunale dello Stato di emissione o di quello d'esecuzione, in base alla rispettiva legislazione nazionale di questi ultimi. Per facilitare l'accesso alla giustizia, l'art. 11 par. 4 prevede che gli Stati forniscano tutte le informazioni necessarie alle persone interessate. Lo Stato d'emissione è tenuto inoltre a controllare che ogni termine per l'esercizio dell'azione sia rispettato al fine di garantire un ricorso effettivo²⁹⁶.

II.3 La proposta di decisione-quadro sul mandato europeo di ricerca delle prove nei procedimenti penali

In risposta alla necessità di semplificare la procedura di trasferimento del materiale probatorio per renderla più rapida ed efficace, la Commissione europea ha presentato una proposta di decisione-quadro volta a istituire un mandato europeo di ricerca delle prove nell'ambito di procedimenti penali²⁹⁷, basato sul principio del mutuo riconoscimento²⁹⁸. L'obiettivo perseguito è quello di superare i meccanismi di assistenza giudiziaria, fondati sul sistema delle rogatorie, sostituendoli con una decisione giudiziaria, resa secondo un formulario standard tradotto in una delle lingue ufficiali dello Stato di esecuzione, volta ad acquisire oggetti, documenti e dati per utilizzarli in procedimenti penali o in quelli avviati da autorità amministrative, in applicazione di provvedimenti di sequestro, consegna o perquisizione²⁹⁹.

La proposta originaria è stata significativamente modificata dal Consiglio in seguito alle resistenze di alcune delegazioni³⁰⁰. Il risultato, seppur ancora provvisorio, appare deludente.

²⁹⁴ Cfr. Convenzione europea del 1959 di assistenza giudiziaria penale e relativi protocolli addizionali del 1978 e del 2001; cfr. Convenzione d'applicazione di Schengen; cfr. Convenzione relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea del 29 maggio 2000, in *GUCE*, C 197 del 12 luglio 2000, pag. 1 e ss.

²⁹⁵ Tra gli interessati sono compresi anche i terzi in buona fede.

²⁹⁶ Sul ricorso effettivo, cfr. *supra*, PAR. I.2.

²⁹⁷ Proposta di decisione-quadro relativa al mandato europeo di ricerca delle prove diretto all'acquisizione di oggetti, documenti e dati da utilizzare a fini probatori nei procedimenti penali, COM (2003) 688 definitivo.

²⁹⁸ Cfr. art. 1 par. 2 della proposta di decisione-quadro relativa al mandato europeo di ricerca delle prove.

²⁹⁹ Art. 1 par. 1 della proposta di decisione-quadro relativa al mandato europeo di ricerca delle prove.

³⁰⁰ Cfr. Proposta di decisione-quadro del Consiglio relativa al mandato europeo di ricerca delle prove diretto all'acquisizione di oggetti, documenti e dati da utilizzare nei procedimenti penali, 15 gennaio 2007, 16870/1/06 REV, in <http://register.consilium.europa.eu/pdf/it/06/st16/st16870-re01.it06.pdf>

Rispetto alla versione originaria, la nuova formulazione non utilizza la “clausola ghigliottina”, in base alla quale la decisione-quadro si sarebbe sostituita agli altri strumenti giuridici in materia di assistenza giudiziaria³⁰¹. L’art. 23 stabilisce infatti che la «presente decisione quadro coesiste con gli strumenti giuridici vigenti tra gli Stati membri nella misura in cui detti strumenti riguardano richieste di assistenza giudiziaria finalizzate all’acquisizione di prove che rientrano nel campo di applicazione della presente decisione quadro». La Convenzione UE del 2000 relativa all’assistenza giudiziaria tra Stati membri³⁰² trova dunque applicazione per l’assunzione di mezzi di prova raccolti sotto forma di interrogatori, dichiarazioni o audizioni di indagati, indiziati, testimoni o periti, l’acquisizione di prelievi del corpo umano³⁰³, compresi i campioni di DNA, nonché di prove ottenute in tempo reale quali intercettazioni di comunicazioni, sorveglianza dell’indiziato e controllo di movimenti sui conti correnti bancari³⁰⁴, salvo che tali prove non siano state già raccolte prima dell’emissione del mandato europeo³⁰⁵.

L’obiettivo di sostituire l’assistenza giudiziaria con il reciproco riconoscimento non viene del tutto realizzato. Questa tecnica legislativa fondata su un approccio *step-by-step* permette di procedere nell’integrazione gradualmente, ma rischia di creare una frammentazione del sistema che incide negativamente sulla sua chiarezza e semplicità. Consapevole di tale situazione, la Commissione europea aveva sottolineato che la proposta di decisione-quadro in esame avrebbe rappresentato solo il primo passo verso l’adozione di uno strumento unico di reciproco riconoscimento per qualsiasi mezzo di prova³⁰⁶. Il “considerando” n. 18bis della versione del Consiglio sembra recepire solo potenzialmente questo proposito stabilendo che «il mandato europeo di ricerca delle prove dovrebbe coesistere con le vigenti procedure di assistenza reciproca, ma tale coesistenza dovrebbe essere considerata transitoria fino a quando, conformemente al programma dell’Aia, i tipi di raccolta delle prove esclusi dal campo di applicazione della presente decisione quadro saranno a loro volta oggetto di uno strumento di reciproco riconoscimento la cui adozione offrirà un regime di reciproco riconoscimento completo che sostituirà le procedure di assistenza reciproca».

³⁰¹ Si tratta della Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale del 1959 e relativo protocollo del 1978, della Convenzione europea sul riciclaggio, individuazione sequestro e confisca dei proventi del crimine del 1990, della Convenzione d’applicazione di Schengen del 1990, e della Convenzione del 29 maggio 2000 stabilita dal Consiglio conformemente all’art. 34 del Trattato sull’Unione europea, relativa all’assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell’Unione europea; cfr. *infra*, PAR. IV.2.

³⁰² Cfr. *infra*, par. IV.1.

³⁰³ Potrebbero rientrare in questa categoria, anche se non espressamente indicate, le impronte digitali e gli altri dati biometrici.

³⁰⁴ Cfr. art. 3 par. 2 lett. a), b), c) della proposta di decisione-quadro relativa al mandato europeo di ricerca delle prove.

³⁰⁵ Cfr. art. 3 par. 3 della proposta di decisione-quadro relativa al mandato europeo di ricerca delle prove.

³⁰⁶ Cfr. punto 38 della relazione che precede la proposta di decisione-quadro relativa al mandato europeo di ricerca delle prove.

Passando all'esame delle disposizioni contenute nella proposta, occorre segnalare che l'obbligo di rispettare ed osservare i diritti fondamentali e i principi sanciti dall'art. 6 TUE e dalla Carta viene affermato solo nel preambolo, a differenza di quanto previsto nella decisione-quadro sul mandato d'arresto europeo³⁰⁷. L'assenza di un ulteriore richiamo in uno degli articoli del testo rappresenta una lacuna che dovrebbe essere colmata. Sarebbe inoltre opportuno stabilire espressamente che la decisione-quadro non impedisce agli Stati membri di applicare le rispettive norme costituzionali sul giusto processo e sulla protezione della vita privata e dei dati personali³⁰⁸. La decisione-quadro può infatti prevedere standards più alti di tutela, ma non può permettere che gli Stati membri siano sottoposti a standards più bassi di quelli previsti dai rispettivi ordinamenti nazionali³⁰⁹.

Nella versione del Consiglio è stata inserita la clausola di non discriminazione, presente già nei preamboli delle decisioni-quadro sopra richiamate, in forza della quale è possibile rifiutare il mandato europeo di ricerca delle prove qualora sussistano elementi oggettivi per ritenere che il provvedimento sia stato emesso per perseguire penalmente o punire una persona a causa del sesso, razza, religione, origine etnica, nazionalità, lingua, opinioni politiche o tendenze sessuali³¹⁰.

Alle lacune segnalate nel preambolo si aggiungono quelle dell'articolato. A differenza di quanto previsto nella decisione-quadro sul mandato d'arresto europeo, la proposta in esame non dedica alcun articolo specifico ai diritti della persona interessata. Sarebbe invece opportuno che tale lacuna venisse colmata attraverso una disposizione che attribuisse espressamente alla persona interessata il diritto di essere informata sul mandato europeo di ricerca delle prove e sul suo contenuto, e il diritto di essere assistita da un legale e da un interprete. Il principio del contraddittorio e di parità delle armi appaiono fortemente sacrificati in favore della speditezza delle procedure.

Nonostante tali carenze è possibile individuare da una lettura attenta degli articoli alcune garanzie. L'art. 19 della proposta in esame stabilisce infatti che «gli Stati membri devono adottare le disposizioni necessarie per consentire ad ogni parte interessata, compresi i terzi in buona fede, di disporre di mezzi di impugnazione, a tutela dei propri legittimi interessi». In particolare lo Stato di emissione deve assicurare che i termini per l'avvio dell'azione consentano alle parti interessate di disporre di un mezzo giuridico effettivo. L'azione può essere promossa davanti all'autorità giudiziaria dello Stato di emissione o a quella dello Stato di esecuzione che sono tenute a prendere «le misure atte ad agevolare l'esercizio del diritto di intentare l'azione (...), fornendo le

³⁰⁷ Cfr. *supra*, PAR. II.1

³⁰⁸ Cfr. SPENCER, J. R., *An academic critique of the EU acquis in relation to trans-border evidence-gathering*, in www.era.int/web/en/resources, pubblicazione atti del Convegno di Treviri del 18-20 novembre 2004; cfr. PEERS, S., *On the european evicence warrant to the European Parliament*, in www.statewatch.org/analyses/no-25-swatch-evid-warrant.pdf

³⁰⁹ cfr. PEERS, S., *op. cit.*

³¹⁰ Cfr. considerando n. 19 della proposta.

opportune informazioni alle parti interessate»³¹¹. Tale disposizione risponde all'esigenza di assicurare il diritto ad un ricorso giurisdizionale effettivo anche mediante un'informazione adeguata dell'interessato. Appare tuttavia criticabile l'aver circoscritto il raggio di applicazione della norma ai soli casi in cui l'esecuzione del mandato richieda il ricorso a misure coercitive³¹².

Si segnalano altresì come ulteriori garanzie la delimitazione delle autorità competenti ad emettere il mandato europeo di ricerca delle prove (giudici, giudici istruttori e pubblici ministeri) e la necessità e proporzionalità dei mezzi di prova ai fini del procedimento per i quali sono richiesti. Per evitare che lo strumento in esame possa essere utilizzato per aggirare le tutele apprestate dall'ordinamento nazionale in materia di ricerca delle prove, la proposta stabilisce inoltre che l'autorità giudiziaria di emissione deve valutare se i mezzi probatori richiesti potrebbero essere acquisiti in base al diritto dello Stato di emissione nel caso si trovassero in tale territorio. Occorre infine menzionare la garanzia del risarcimento per il danno provocato ad una delle parti³¹³.

La possibilità di raccogliere dati personali in base al mandato europeo di ricerca delle prove ha spinto il legislatore a richiamare la Convenzione del Consiglio d'Europa del 1981³¹⁴. Sarebbe opportuno che tale previsione fosse integrata con un rinvio alla decisione-quadro sulla tutela dei dati personali nel terzo pilastro³¹⁵, che, tuttavia, al momento attuale è ancora in discussione davanti al Consiglio³¹⁶. L'art. 10 della proposta, relativo alle condizioni sull'utilizzo dei dati personali, presenta gravi lacune. Ci si è infatti preoccupati di assicurare il principio di finalità limitata, ma non è stato fatto alcun riferimento ai diritti legati alla protezione dei dati personali quali l'accesso della persona interessata alle informazioni raccolte sul proprio conto, la loro correzione o cancellazione, la possibilità di disporre di un ricorso e degli altri rimedi previsti dalla legislazione interna.

³¹¹ Art. 19 par. 5 della proposta di decisione-quadro relativa al mandato europeo di ricerca delle prove.

³¹² Cfr. PEERS, S., *op. cit.*

³¹³ Cfr. art. 20.

³¹⁴ Cfr. considerando n. 18 della proposta di decisione-quadro relativa al mandato europeo di ricerca delle prove.

³¹⁵ Nell'Allegato II alla proposta «il Consiglio dichiara che, una volta che sarà entrata in vigore la futura decisione quadro sulla protezione dei dati personali trattati nell'ambito della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale, valuterà se detta decisione quadro debba sostituire l'articolo 10 dell'attuale decisione quadro che istituisce un mandato europeo di ricerca delle prove. Pertanto l'articolo 10 include solo le disposizioni del testo originale presentato dalla Commissione che riprendono le vigenti disposizioni dell'articolo 23 della convenzione UE del 2000 relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale».

³¹⁶ Cfr. *supra* Cap. II par. I.6. L'art. 10 della proposta relativa al mandato europeo di ricerca delle prove individua le condizioni per l'utilizzo dei dati personali. La formulazione della norma sembra rispettare il principio di "finalità limitata". L'art. 13 indica inoltre le formalità che lo Stato di esecuzione deve assolvere. Tra di esse rientrano la riservatezza sull'esistenza dell'indagine ed il suo contenuto, la conservazione di ogni traccia delle persone che hanno trattato i mezzi di prova e l'osservazione delle procedure espressamente indicate dall'autorità di emissione, purché non siano in conflitto con i principi fondamentali del diritto dello Stato di esecuzione.

Il testo presentato dalla Commissione stabiliva in modo assai generico che l'autorità di esecuzione era tenuta a ricorrere ai mezzi meno intrusivi possibili per acquisire le prove³¹⁷. Il diritto dell'interessato di essere informato veniva soddisfatto dalla previsione in base alla quale la persona sottoposta a perquisizione domiciliare aveva il diritto di ricevere una notifica scritta in cui vengono individuati il motivo e gli oggetti della perquisizione e i mezzi di ricorso a sua disposizione³¹⁸. Altrettanto conforme al principio dell'equo processo, così come interpretato dalla giurisprudenza della Corte europea³¹⁹, risultava essere il divieto di costringere la persona interessata a produrre oggetti, documenti o dati quando ciò possa comportare la sua autoincriminazione³²⁰. Nel testo elaborato dal Consiglio queste garanzie non sono più presenti. Si tratta di una modifica in senso peggiorativo che mina la tutela dei diritti dei singoli.

L'ultima versione non contempla più il principio del *ne bis in idem* come motivo di rifiuto obbligatorio del riconoscimento o dell'esecuzione del mandato europeo di ricerca delle prove. Tale principio rientra, invece, insieme ad immunità o privilegi e alla clausola di territorialità, tra le cause facoltative di non esecuzione o non riconoscimento del mandato europeo³²¹. Per evitare che l'inserimento della clausola di territorialità paralizzi la cooperazione giudiziaria solo perché nella fase iniziale del procedimento penale una parte dell'azione è stata commessa nello Stato di esecuzione, è stata prevista la consultazione di Eurojust. Nel caso in cui l'autorità competente non sia d'accordo con il parere di Eurojust, gli Stati membri assicurano che essa motivi la sua decisione e che il Consiglio ne sia informato³²².

Come nella decisione-quadro sul mandato d'arresto europeo la violazione o il rischio di violazione dei diritti della persona interessata non viene però inserito tra i motivi di non esecuzione facoltativa del mandato europeo³²³.

Analogie con la decisione-quadro sul mandato d'arresto europeo si rinvengono anche nell'elenco dei reati per i quali il riconoscimento o l'esecuzione del mandato europeo di ricerca delle prove non è subordinato alla verifica della doppia incriminabilità³²⁴. Alla Germania è stato tuttavia attribuito l'“opting-out” per sei

³¹⁷ Cfr. art. 12 par. 1 lett. a) della proposta della Commissione.

³¹⁸ Cfr. art. 12 par. 2 lett. b) della proposta della Commissione.

³¹⁹ Cfr. *supra*, Corte europea, sentenza dell'8 febbraio 1996, *John Murray c. Regno Unito*, in *Raccolta Serie A*, n. 23, par. 45; cfr. Corte europea, sentenza del 25 febbraio 1993, *Funke c. Francia*, in *Raccolta Serie A*, n. 256, par. 44.

³²⁰ Cfr. art. 12 par. 1 lett. b) della proposta della Commissione.

³²¹ Cfr. art. 15 par. 2 lett. a).

³²² Cfr. art. 15 par. 4.

³²³ Cfr. *supra*, par. II.1.

³²⁴ L'art. 16 par. 2 stabilisce che la verifica della doppia incriminabilità non si applica anche quando è necessario effettuare una perquisizione o un sequestro per eseguire il mandato e i reati previsti nella lista siano punibili, nello Stato membro di emissione, con una pena o una misura di sicurezza privative della libertà della durata massima di almeno tre anni. L'art. 16 par. 4 prevede inoltre che il Consiglio esaminerà ulteriormente la condizione della doppia incriminabilità cinque anni dopo l'entrata in vigore della decisione-quadro alla luce delle informazioni trasmesse dal Consiglio.

tipologie di reato³²⁵. Attraverso una dichiarazione essa può riservarsi il diritto di subordinare il mandato europeo di ricerca delle prove al controllo sulla doppia incriminazione, salvo che l'autorità di emissione abbia dichiarato che, ai sensi della legislazione dello Stato di emissione, il reato in questione soddisfa i criteri indicati nella dichiarazione.

Il principio di durata ragionevole del processo viene soddisfatto dalla fissazione di termini ridotti sia per la notifica della decisione di rifiuto del mandato di ricerca delle prove («trenta giorni») sia per l'esecuzione dello stesso mandato, («senza indugio»)³²⁶. Degna di nota appare inoltre la disposizione secondo la quale lo Stato membro che non è in grado di rispettare le scadenze stabilite ha l'obbligo di informare senza indugio l'autorità competente, indicando i motivi del ritardo³²⁷. Tale soluzione ricalca quella prevista dalla decisione-quadro sul mandato d'arresto europeo. Valgono pertanto le considerazioni fatte in tale sede, ovvero la critica per la mancata previsione di sanzioni in caso di superamento dei tempi stabiliti.

Un ultimo rilievo riguarda l'ambito di applicazione della proposta in esame. Quest'ultima non si occupa dell'ammissibilità dei mezzi di prova. A tale riguardo è stato realizzato uno studio che servirà alla Commissione europea per presentare nel 2007 una proposta di decisione-quadro su tale aspetto. Sarebbe stato infine opportuno indicare espressamente in un apposito articolo della proposta in esame che l'uso delle prove acquisite mediante il mandato europeo di ricerca non deve porsi in contrasto con i diritti della difesa, ed in particolare con il diritto al contraddittorio.

SEZIONE III: L'armonizzazione e il ravvicinamento della legislazione: verso il rafforzamento della fiducia reciproca

Nella sezione precedente si è cercato di evidenziare come le prime applicazioni del principio del mutuo riconoscimento, pur essendo da accogliere con favore, abbiano sollevato una serie di problemi che potrebbero in parte essere risolti attraverso il ravvicinamento delle disposizioni di diritto penale sostanziale e processuale vigenti negli Stati membri. Le decisioni giudiziarie dovrebbero infatti rispondere a standards elevati di tutela delle garanzie procedurali³²⁸, le incriminazioni dovrebbero essere

³²⁵ Si tratta dei reati di terrorismo, crimine informatico, razzismo, xenofobia, sabotaggio, racket, estorsione e truffa. Cfr. art. 25 par. 2ter. Nel dibattito in seno al Consiglio la Germania si è mostrata preoccupata dell'eventuale incostituzionalità della legge di recepimento per violazione del principio di tassatività. Pertanto nell'Allegato II alla proposta del Consiglio si stabilisce che la Germania indicherà i criteri per la definizione dei suddetti reati.

³²⁶ Cfr. art. 17 parr. 2 e 3.

³²⁷ Cfr. art. 17 par. 4.

³²⁸ Cfr. sul punto la *Communication de la Commission du 19 mai 2005 sur la reconnaissance mutuelle des décisions de justice en matière pénale et le renforcement de la confiance mutuelle entre les Etats membres*, COM (2005) 195 final, par. 19.

formulate in maniera chiara e precisa, nel pieno rispetto del principio di legalità, e le sanzioni dovrebbero essere fissate nel loro minimo e nel loro massimo.

Un'attenta dottrina ha sottolineato come il ravvicinamento della legislazione penale possa assumere due diverse funzioni: una autonoma e l'altra ausiliaria³²⁹. Esso tende innanzitutto a realizzare il carattere "épée" del diritto penale, ovvero a migliorare la cooperazione giudiziaria e ad evitare che si creino luoghi in cui le organizzazioni criminali possano concentrare la loro attività approfittando della legislazione meno repressiva di alcuni Stati³³⁰. Tale funzione viene perseguita attraverso l'armonizzazione delle più gravi fattispecie di reato e delle rispettive sanzioni, nel tentativo di ridurre le differenze di trattamento del reo, che sono fonte di disuguaglianze non ammissibili all'interno di uno spazio giuridico europeo. Il ravvicinamento è volto altresì ad infondere nei cittadini europei un comune sentimento di giustizia³³¹ e a migliorare la libera circolazione delle persone all'interno dell'UE. Occorre infatti sottolineare come l'eterogeneità materiale e processuale sia in grado di incidere negativamente sulla trasparenza e sulla certezza del diritto, restringendo l'accesso alla giustizia³³².

Esso può infine contribuire a sviluppare la dimensione "bouclier" del diritto penale, attraverso la promozione delle garanzie che la CEDU riconosce agli imputati e ai condannati³³³. La necessità di rispondere anche a tali esigenze ha portato ad affermare che «non potrà venire a lungo disattesa la crescente domanda tesa ad ottenere che l'azione dell'Unione non si concentri solo sul versante repressivo»³³⁴.

Tra le funzioni ausiliarie rientrano, invece, non solo quelle volte a proteggere gli interessi della Comunità³³⁵ e a sostenere lo sviluppo della cooperazione giudiziaria penale e del mutuo riconoscimento, creando le basi per una più profonda fiducia reciproca tra le autorità competenti³³⁶, ma anche quelle tese a soddisfare l'esigenza di

³²⁹ Cfr. WEYEMBERGH, A., *L'harmonisation des législations: condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2004, pag. 137 e ss.

³³⁰ Cfr. BOSLY, S., VAN RAVENSTEIN, M., *L'harmonisation des incriminations*, in A.A.V.V., *Actualités de droit pénal européen*, La Charte, Bruxelles, 2003, pag. 20.

³³¹ Secondo SIEBER, U. non deve essere tralasciato "l'effet constitutif d'identité" che il ravvicinamento del diritto penale è in grado di produrre; cfr. SIEBER, U., *Union européenne et droit pénal européen. Proposition pour l'avenir du droit pénal européen*, in *Revue de science criminelle (RSC)*, 1993, pag. 262.

³³² Cfr. WEYEMBERGH, A., *L'harmonisation des législations: condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, pag. 184; cfr. anche il Libro Verde della Commissione del 19 febbraio 2003 sulle garanzie procedurali.

³³³ Cfr. DE KERCHOVE, G., *Préface*, in WEYEMBERGH, A., *L'harmonisation des législations: condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, pag. VIII.

³³⁴ MONETTI, V., SALAZAR, L., *Proposte specifiche in tema di cooperazione penale e di garanzie processuali*, in AMATO, G., PACIOTTI, E., (a cura di), *Verso l'Europa dei diritti. Lo Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia*, Il Mulino, Bologna, 2005, pag. 105.

³³⁵ Cfr. GRASSO, G., *Harmonisation of the national penal systems: a possible objective for the European Union?*, in LONGO, F., (edited by), *The European Union and the Challenge of Transnational Organised Crime. Towards a common police and judicial approach*, Giuffrè, Milano, 2002, pag. 93 e ss.

³³⁶ L'armonizzazione della legislazione penale si mostra come uno strumento utile per migliorare la cooperazione giudiziaria penale e per superare uno dei suoi principali ostacoli, rappresentato dalla doppia incriminazione. In accordo con quest'ultimo obiettivo, i lavori sul ravvicinamento delle legislazioni si sono concentrati sull'armonizzazione delle incriminazioni e hanno invece posto in secondo piano il

buon funzionamento di eventuali organi europei che potrebbero essere creati, in un futuro più o meno prossimo, nell'ambito del terzo pilastro, quali un Pubblico Ministero europeo, una polizia europea o una giurisdizione penale europea. Qualora si arrivasse alla loro introduzione, non si potrebbe però più parlare di ravvicinamento delle legislazioni, ma di unificazione. La creazione di veri e propri organi europei porterebbe infatti al superamento del concetto di "spazio penale europeo" e alla sua sostituzione con quello di "territorio penale europeo". Una tale prospettiva, caratterizzata da evidenti aspetti federali, è tuttavia ancora lontana dal trovare realizzazione, fatta eccezione per il PME, la cui creazione è stato oggetto di un Libro Verde della Commissione e ha trovato spazio anche nelle previsioni del Trattato-Costituzione³³⁷.

Merita di essere sottolineato l'importante contributo che il ravvicinamento del diritto penale materiale e processuale è in grado di dare al rafforzamento della fiducia reciproca³³⁸, aggiungendosi, e non sostituendosi, a quello fornito dal mutuo riconoscimento³³⁹. Più le legislazioni nazionali saranno oggetto di ravvicinamento, maggiore sarà la disponibilità delle autorità competenti ad accettare l'esecuzione di una pronuncia straniera³⁴⁰.

Lo stretto legame che intercorre tra ravvicinamento e mutuo riconoscimento porta quindi ad affermare che «sans rapprochement, pas de confiance mutuelle; sans confiance mutuelle, pas de reconnaissance mutuelle effective et pas d'espace pénal européen»³⁴¹. L'armonizzazione risulta pertanto funzionale all'attuazione pratica del mutuo riconoscimento.

Il frequente utilizzo nei Trattati della locuzione "ravvicinamento delle legislazioni"³⁴² non ne chiarisce, tuttavia, il significato. Si ricorre invece spesso ad espressioni, come "armonizzazione"³⁴³ o "coordinamento"³⁴⁴, in veste di sinonimi. La prima implica un adattamento, ovvero un allineamento, da parte delle legislazioni nazionali su una "regolamentazione modello", nonché una modifica delle disposizioni esistenti in funzione degli obiettivi e dei principi comuni preventivamente definiti. Il

ravvicinamento delle sanzioni e delle garanzie procedurali. Cfr. WEYEMBERGH, A., *L'harmonisation des législations: condition de l'espace pénal européen net révélateur de ses tensions*, pag. 124.

³³⁷ Il Libro Verde è stato presentato l'11 dicembre 2001, COM (2001) 715 final. Cfr. *supra*, Cap. .I parr. V e VII.

³³⁸ Cfr. WEYEMBERGH, A., *L'harmonisation des législations: condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, pag. 137 e ss.

³³⁹ Cfr. FRATTINI, F., *Préface*, in DE KERCHOVE, G., WEYEMBERGH, A., (edité par) *La confiance mutuelle dans l'espace pénal européen*, pag. 9 e ss. Solo nel Libro Verde della Commissione sulle garanzie procedurali il legame tra ravvicinamento del diritto processuale e fiducia reciproca, che a sua volta presuppone il mutuo riconoscimento, viene consacrato in maniera chiara.

³⁴⁰ Cfr. FLORE, D., *La notion de confiance mutuelle: l'"alpha" ou l'"oméga" d'une justice pénale européenne*, in DE KERCHOVE, G., WEYEMBERGH, A., *La confiance mutuelle dans l'espace pénal européen*, pag. 20.

³⁴¹ WEYEMBERGH, A., *L'harmonisation des législations: condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, pag. 147.

³⁴² Cfr. artt. 3 lett. h), 94, 95 TCE e art. 29 TUE.

³⁴³ Cfr. art. 93 TCE.

³⁴⁴ Cfr. art. 46 par. 2 TCE.

coordinamento, invece, non è volto a modificare le legislazioni nazionali, ma a coordinare le norme e ad incidere sui loro effetti³⁴⁵. Rispetto all'armonizzazione il ravvicinamento appare meno ambizioso dal momento che non tende a cercare soluzioni comuni, ma è volto a ridurre le disparità attraverso prescrizioni minime. Una lettura letterale dell'art. 31 TUE porterebbe ad individuare come obiettivo non già una reale armonizzazione, ma la predisposizione di misure minime comuni³⁴⁶. Nonostante queste precisazioni e le differenze intercorrenti tra le tre locuzioni, si ritiene tuttavia che queste ultime possano essere utilizzate come sinonimi, dati i continui intrecci tra le diverse tipologie d'integrazione³⁴⁷.

Le proposte e gli atti relativi al ravvicinamento delle legislazioni mostrano una tendenza del legislatore comunitario «à réagir à l'événementiel»³⁴⁸, ovvero in risposta a situazioni che non solo gli Stati, ma anche l'opinione pubblica reputa urgenti. Tale modo di procedere non rappresenta certo una novità, dal momento che caratterizza anche la legislazione nazionale e internazionale³⁴⁹. È tuttavia opportuno fare in modo che le riforme, divenute necessarie per adeguare il diritto penale ai bisogni e ai cambiamenti della società, vengano precedute da un attento dibattito e non siano quindi solo il frutto dell'onda emotiva.

A tale riguardo occorre evidenziare che, a differenza dei lavori intrapresi per la realizzazione del mutuo riconoscimento³⁵⁰, manca un programma di misure volto a segnare le tappe per il ravvicinamento delle legislazioni penali³⁵¹. Si tratta di una lacuna che rischia non solo di accentuare l'assenza di coerenza nell'azione dell'UE, ma anche di lasciare spazio ad un'attività normativa legata all'emergenza, con conseguente sbilanciamento a favore del carattere repressivo del diritto penale. I fatti d'attualità, piuttosto che la gravità e il carattere transnazionale dei reati, hanno giocato un ruolo decisivo nell'individuazione delle infrazioni da sottoporre ad armonizzazione. Ne rappresentano un esempio la decisione-quadro sulla lotta al terrorismo, strettamente legata ai fatti dell'11 settembre 2001, e la decisione-quadro sullo sfruttamento sessuale e la pornografia infantile, adottata a seguito del caso Dutroux³⁵².

³⁴⁵ Cfr. sul punto anche VANDER ELST, R., *Les notions de coordination, d'harmonisation, de rapprochement et d'unification du droit dans le cadre juridique de la Communauté économique européenne*, in *Les instruments de rapprochement des législations dans la Communauté économique européenne*, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 1976, pag. 14.

³⁴⁶ Cfr. BOSLY, S., VAN RAVENSTEIN, M., *op. cit.*, pag. 24.

³⁴⁷ Cfr. WEYEMBERGH, A., *L'harmonisation des législations: condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, pag. 33.

³⁴⁸ WEYEMBERGH, A., *L'harmonisation des législations: condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, pag. 343.

³⁴⁹ Cfr. MONETTI, V., SALAZAR, L., *op. cit.*, pag. 106.

³⁵⁰ Cfr. il programma di misure volto all'attuazione del mutuo riconoscimento delle decisioni penali del 15 gennaio 2001.

³⁵¹ WEYEMBERGH, A., *L'harmonisation des législations: condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, pag. 261.

³⁵² Cfr. la decisione quadro sulla lotta al terrorismo del 13 giugno 2002, 2002/475/GAI, in *GUE*, L 164 del 22 giugno 2002, pag. 3 e ss.; cfr. la decisione-quadro sullo sfruttamento sessuale e la pedopornografia del 28 dicembre 2003, 2004/68/GAI, in *GUE*, L 13 del 20 gennaio 2004, pag. 44 e ss.

Gli ostacoli che incontra l'applicazione dello strumento del ravvicinamento sono legate da un lato alla naturale tendenza conservatrice degli Stati membri, restii a modificare il proprio diritto interno, dall'altro alle differenze tra le legislazioni nazionali, frutto delle diverse tradizioni giuridiche e culturali.

Come è noto, il diritto penale rappresenta uno degli ambiti in cui il rapporto Stato-nazione è più intenso. L'attaccamento degli Stati alla propria legislazione interna risulta pertanto più forte che in altri settori.

Nell'ambito del diritto penale materiale le differenze sono evidenti. Non tutti gli Stati membri suddividono i reati secondo la loro gravità o prevedono la stessa tipologia di sanzioni. Il diritto penale processuale presenta altrettante difficoltà. È a tutti nota la tradizionale contrapposizione tra sistemi accusatori e sistemi inquisitori, basata sul diverso equilibrio tra polizia e pubblico ministero nella fase delle indagini. Occorre però evidenziare che la distinzione non risulta più così netta, in seguito ad alcune riforme che hanno interessato i codici di procedura penale di alcuni Stati membri a partire dagli anni '80. Si parla pertanto di «*systèmes mixtes reposant sur des combinaisons variant d'un Etat à l'autre*»³⁵³. Questo cambiamento dovrebbe rappresentare un momento di svolta per superare le iniziali resistenze.

Alle difficoltà legate alle diverse tradizioni giuridiche-culturali si aggiungono quelle derivanti dalle caratteristiche istituzionali e decisionali tipiche del terzo pilastro. Per trovare il consenso di tutti gli Stati membri, le negoziazioni tendono spesso ad individuare, come si cercherà di sottolineare, il minimo comune denominatore, che spesso non appare soddisfacente.

III.1: La decisione-quadro sullo status delle vittime nel procedimento penale

Tra i primi atti di armonizzazione del diritto penale processuale rientra la decisione-quadro sullo status delle vittime nel procedimento penale.

Il diritto dell'UE si era già in parte occupato di tale aspetto. L'emanazione dell'azione comune contro la tratta degli esseri umani e lo sfruttamento sessuale dei bambini³⁵⁴ e l'adozione delle risoluzioni sulla protezione dei testimoni e dei

Un altro esempio è rappresentato dalla proposta di decisione-quadro sulla repressione dell'inquinamento causato da navi, che ha seguito la catastrofe ecologica della petroliera "Prestige".

³⁵³ WEYEMBERGH, A., *L'harmonisation des législations: condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, pag. 113. Cfr. anche il richiamo contenuto nell'*op. cit.* a DELMAS-MARTHY, M., VERVAELE, J., (sous la direction de) *La mise en œuvre du corpus iuris dans les Etats membres*, Antwerpen, Groningen, Intersentia, Oxford, 2000, pag. 13.

³⁵⁴ Cfr. Azione comune del 24 febbraio 1997 sulla contro la tratta degli esseri umani e lo sfruttamento sessuale dei bambini, 97/1547GAI, in *GUCE*, L 63 del 4 marzo 1997, pag. 2 e ss. Sul tale aspetto è

collaboratori di giustizia³⁵⁵ rappresentano solo alcuni esempi dell'attenzione rivolta alle vittime di reato. Si trattava, però, di atti di discutibile portata normativa che affrontavano il tema solo parzialmente e settorialmente.

A livello di Consiglio d'Europa si era più volte sottolineato che l'attuazione di un sistema penale più soddisfacente rispetto ai bisogni attuali della società dovesse passare attraverso il rispetto effettivo delle esigenze della vittima³⁵⁶. L'attenzione verso quest'ultima si era manifestata con la Raccomandazione del 1985 sulla posizione della vittima nel quadro del diritto e della procedura penale³⁵⁷ e con la Raccomandazione del 1987 sull'assistenza alle vittime e la prevenzione della "vittimizzazione"³⁵⁸.

Il Consiglio europeo di Tampere, a sua volta, aveva evidenziato la necessità di elaborare norme minime sulla tutela delle vittime della criminalità. Secondo i Capi di Stato e di Governo, una particolare attenzione doveva essere rivolta all'accesso alla giustizia e al diritto al risarcimento del danno, comprese le spese di giudizio, nonché alle iniziative statali o non governative per l'assistenza alle vittime.

Rispondendo a tale sollecitazione, il Portogallo ha presentato una proposta di decisione-quadro³⁵⁹ cui è seguita, in un tempo relativamente breve, l'adozione dell'atto definitivo³⁶⁰.

Lo scopo perseguito dall'atto in esame è quello di «offrire alle vittime della criminalità, indipendentemente dallo Stato membro in cui si trovano, un livello elevato di protezione»³⁶¹. Tale formulazione deve essere letta in senso ampio, comprensivo della salvaguardia non solo degli interessi della vittima nel corso del processo penale, ma anche di quelli che sorgono prima e dopo il procedimento.

La decisione-quadro si apre con la definizione di "vittima del reato". Con tale espressione si intende «la persona fisica che ha subito un pregiudizio anche fisico o mentale, sofferenze psichiche, danni materiali causati direttamente da atti o omissioni che costituiscono una violazione del diritto penale di uno Stato membro»³⁶².

Segue poi l'enunciazione del principio generale in base al quale «ciascuno Stato membro prevede nel proprio sistema giudiziario penale un ruolo effettivo e appropriato

successivamente intervenuta la decisione-quadro 2002/7629/GAI sulla tratta degli esseri umani, in *GU*, L 203 dell'1 agosto 2002, pag. 1 e ss.

³⁵⁵ Cfr. Risoluzione del Consiglio del 23 novembre 1995 relativa alla protezione dei testimoni nella lotta contro la criminalità organizzata internazionale, in *GUCE*, C 327 del 7 dicembre 1995, pag. 5; cfr. Risoluzione del Consiglio del 20 dicembre 1996 relativa ai collaboratori di giustizia nella lotta contro la criminalità organizzata internazionale, in *GUCE*, C 010 dell'11 gennaio 1997, pag. 1e ss.

³⁵⁶ Cfr. DEL TUFO, M., *Linee di politica criminale europea e internazionale a protezione della vittima*, in *Questione giustizia*, 2003, pag. 707.

³⁵⁷ Cfr. Raccomandazione del Consiglio d'Europa R (85)11.

³⁵⁸ Cfr. Raccomandazione del Consiglio d'Europa R (87)22.

³⁵⁹ Cfr. Iniziativa della Repubblica portoghese in vista dell'adozione della decisione quadro relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale, in *GUE*, C 243 del 24 agosto 2000, pag. 4 e ss.

³⁶⁰ Dopo neanche un anno è stata adottata la decisione-quadro relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale, 2001/220/GAI, in *GUE*, L 82 del 22 marzo 2001, pag. 1 e ss.

³⁶¹ Considerando n. 4 della decisione quadro relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale.

³⁶² Art. 1 della decisione-quadro relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale

delle vittime (e) si adoper(a) affinché alla vittima sia garantito un trattamento debitamente rispettoso della sua dignità personale»³⁶³. Un tale principio viene specificato negli articoli successivi in cui sono individuati i diritti di cui deve godere la vittima. Si tratta del diritto di essere sentita e di fornire elementi di prova, del diritto di ottenere informazioni³⁶⁴, del diritto all'assistenza legale ed ad altre forme di assistenza³⁶⁵, del diritto alla protezione, intesa come sicurezza e tutela dell'intimità della vita privata³⁶⁶, e del diritto di ottenere una decisione sul risarcimento da parte dell'autore del reato³⁶⁷.

L'art. 4 della decisione-quadro stabilisce che «fin dal primo contatto con le autorità incaricate dell'applicazione della legge, la vittima abbia accesso, (...) per quanto possibile, in una lingua generalmente compresa, alle informazioni rilevanti ai fini della tutela dei suoi interessi». È da accogliere con favore l'indicazione del momento in cui sorge il diritto ad essere informata³⁶⁸, mentre risulta criticabile la mancata previsione di una interpretazione gratuita, qualora la vittima non conosca la lingua dello Stato in cui il reato è stato commesso. L'art. 5 cerca di colmare tale lacuna stabilendo che «ciascuno Stato membro adotta le misure necessarie per ridurre le difficoltà di comunicazione per quanto riguarda la comprensione o la partecipazione della vittima (...) nelle fasi più importanti del procedimento penale». La norma richiamata appare criticabile perché si riferisce solo alla fase in cui la vittima risulta già coinvolta nel procedimento, in qualità di testimone o di parte in causa, mentre non include la fase che precede il giudizio, altrettanto delicata.

La decisione-quadro distingue gli elementi che su cui la vittima deve essere informata³⁶⁹ e quelli su cui può scegliere, solo se lo desidera, di essere informata³⁷⁰.

Qualora sia necessario tutelare le vittime, in particolare quelle più vulnerabili, dalle conseguenze della loro dichiarazione in udienza, la decisione-quadro stabilisce che debba essere assicurata la possibilità di rendere la testimonianza in condizioni protette³⁷¹.

³⁶³ Art. 2 par. 1 della decisione-quadro relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale.

³⁶⁴ Cfr. art. 4 della decisione-quadro relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale.

³⁶⁵ Cfr. art. 6 della decisione-quadro relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale.

³⁶⁶ Cfr. art. 7 della decisione-quadro relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale.

³⁶⁷ Cfr. art. 9 della decisione-quadro relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale.

³⁶⁸ Il punto 2 della Raccomandazione del Consiglio d'Europa R(87)21 prevede che: «La police devrait informer la victime sur les possibilités d'obtenir de l'assistance, des conseils pratiques et juridiques, la réparation de son préjudice par le délinquant et le dédommagement par l'Etat».

³⁶⁹ Vi rientrano: il tipo di servizi o di organizzazioni a cui la vittima può rivolgersi, il tipo di assistenza che può ricevere, il luogo e il modo in cui sporgere denuncia, le procedure successive ed il suo ruolo, i modi e le condizioni per ottenere protezione, la misura e i termini per l'accesso all'assistenza legale, al gratuito patrocinio e a qualsiasi forma di assistenza, i requisiti per ottenere il risarcimento, e, infine, i meccanismi speciali per tutelare i propri interessi se risiede in uno Stato membro diverso da quello in cui è stato commesso il reato.

³⁷⁰ Si tratta del seguito riservato alla sua denuncia, degli elementi che le consentono di conoscere lo svolgimento del procedimento, nonché della sentenza, cfr. art. 4 par. 2.

³⁷¹ Cfr. art. 8 par. 4.

Gli Stati membri sono tenuti a ridurre al minimo le difficoltà che la vittima residente in altro Stato membro può incontrare. Si tratta degli ostacoli legati alla lingua e alla mancata conoscenza dei diritti di cui essa gode. Per tali ragioni vengono previste alcune tutele. Le autorità competenti devono essere in grado di raccogliere la deposizione della vittima appena è stato commesso il reato e devono poter utilizzare la videoconferenza e la teleconferenza. Alla vittima deve inoltre essere assicurata la possibilità di sporgere denuncia davanti alle autorità competenti del proprio Stato di residenza³⁷².

Infine appaiono degni di nota l'art. 9, relativo al diritto di ottenere una decisione sul risarcimento da parte dell'autore del reato, e l'art. 10, dedicato alla mediazione³⁷³. Quest'ultima norma introduce una forma di definizione del procedimento penale che coinvolge attivamente la vittima e il reo³⁷⁴. Attraverso l'aiuto di un terzo indipendente (il mediatore) viene favorito «l'incontro tra le parti e la ricomposizione privata del conflitto i cui risultati saranno poi acquisiti dall'autorità giudiziaria»³⁷⁵. L'introduzione di tale meccanismo risulta coerente con le «necessità deflative della giustizia penale» e con l'esigenza, sempre più spesso avvertita dai giudici europei, di «recuperare il senso del comportamento criminale come contrasto tra individui, da risolversi non necessariamente con la punizione dell'autore da parte dello Stato, ma anche con un accordo tra le parti in gioco»³⁷⁶.

Nel leggere l'atto in esame saltano agli occhi alcune differenze nella formulazione degli articoli. In alcuni casi il legislatore europeo utilizza l'espressione «ciascuno Stato membro garantisce il diritto di...». In altri, la formula scelta è «ciascuno Stato membro adotta le misure atte a...». La prima soluzione appare più vincolante della seconda³⁷⁷. Entrambe, tuttavia, non risultano soddisfacenti, stante il carattere programmatico che le contraddistingue. Sarebbe stato invece auspicabile utilizzare una formulazione che attribuisse direttamente alla vittima i propri diritti. La locuzione sarebbe potuta suonare in questo modo: «ogni vittima di reato ha diritto di...». Non si tratta di differenze di poco conto. La scelta dell'una o dell'altra formula non sembra infatti il frutto di una svista, ma è l'indice della prudenza che accompagna il legislatore dell'UE quando si occupa di aspetti legati ai diritti delle persone in campo penale. Non è un caso infatti che il primo tipo di formulazione sia stato scelto dal Consiglio per raggiungere un compromesso sulla proposta di decisione-quadro relativa alle garanzie

³⁷² Cfr. art. 11.

³⁷³ Un richiamo della mediazione è presente anche nella Raccomandazione del Consiglio d'Europa (85)11, lett. G par. II n. 2. In esso si raccomanda ai governi degli Stati membri di esaminare i vantaggi che possono derivare dai sistemi di mediazione e di conciliazione.

³⁷⁴ Cfr. sul tema BOUCHARD, M., *Mediazione: una terza via per la giustizia penale*, in *Questione giustizia*, 1992, pag. 754.

³⁷⁵ DEL TUFO, M., *op. cit.*, pag. 723.

³⁷⁶ DEL TUFO, M., *op. cit.*, pag. 724.

³⁷⁷ Cfr. DE BIOLLEY, S., *L'harmonisation des procédures*, in AA.VV., *Actualité de droit européen*, La Chartre, Bruxelles, 2003, pag. 341.

processuali minime presentata dalla Commissione europea, che sarà oggetto di esame³⁷⁸.

Tornando all'analisi della decisione-quadro sulla tutela delle vittime di reato, occorre evidenziare che non viene affrontato il tema del risarcimento da parte dello Stato. La materia è stata fatta rientrare nel primo pilastro e ha trovato una regolamentazione in una apposita Direttiva³⁷⁹, tesa a facilitare l'accesso all'indennizzo nelle situazioni transfrontaliere. La necessità di una disciplina comunitaria nasce dall'esigenza di evitare che le diverse disposizioni nazionali creino inaccettabili sperequazioni tra le vittime. L'obiettivo della direttiva è quello di assicurare, a coloro che hanno subito un pregiudizio grave in uno Stato membro diverso da quello in cui risiedono, il diritto di ottenere il risarcimento, senza alcuna discriminazione. La Corte di giustizia si era già occupata di tali aspetti nel lontano 1989 con il caso Cowan³⁸⁰. In tale occasione aveva riconosciuto ad un turista inglese, vittima di una rapina ad opera di ignoti all'uscita della metropolitana parigina, il diritto di essere risarcito dallo Stato francese per il danno subito.

Il Parlamento europeo ha criticato la scelta di suddividere la tutela della vittima in aspetti penali, disciplinati da norme del terzo pilastro, e aspetti civili, regolati da disposizioni del primo pilastro³⁸¹. L'obiezione appare giustificata e va letta come ulteriore espressione della necessità di comunitarizzare progressivamente il terzo pilastro al fine di sottoporre tali materie al controllo democratico e giurisdizionale pieno del PE e della Corte di giustizia.

III.2: Il Libro Verde sul ravvicinamento delle sanzioni penali

L'obbligo di procedere al ravvicinamento delle sanzioni proviene direttamente dal Trattato UE. L'art. 31 par. 1 lett. e) TUE stabilisce che l'azione comune nel settore della cooperazione giudiziaria in materia penale comprende la progressiva adozione di misure per la fissazione di norme relative alle sanzioni.

Attraverso l'armonizzazione delle sanzioni penali non vengono messi in discussione i vari sistemi giuridici³⁸², ma si cerca di superare le differenze che rischiano creare ostacoli alla realizzazione di uno spazio giuridico europeo. L'individuazione di

³⁷⁸ Cfr. *infra*, CAP.III,PAR. III.3.

³⁷⁹ Cfr. Direttiva relativa all'indennizzo delle vittime di reato, 2004/80/CE del 29 aprile 2004, in *GUE*, L 261 del 6 agosto 2004, pag. 15 e ss.

³⁸⁰ Cfr. Corte di giustizia, sentenza del 2 febbraio 1989, causa C-186/87, *Cowan c. Trésor Public*, in *Racc.*, 1989, pag. 195.

³⁸¹ PATRONE, I. J., *Il Consiglio dell'unione europea e la vittima nel procedimento penale*, in *Quad. cost.*, 1/2002, pag. 180.

³⁸² Cfr. conclusioni consiglio GAI del 25-26 aprile 2002.

sanzioni comuni relative a determinate forme di reato contribuirebbe infatti a creare nei cittadini un comune senso di giustizia e concorrerebbe ad impedire che gli autori di tali reati possano trarre beneficio dalla diversità delle pene. Apparirebbe inoltre meno problematica l'applicazione del principio del *ne bis in idem*.

Gli strumenti adottati per il ravvicinamento delle sanzioni penali risultano ormai numerosi. Si tratta della decisione-quadro sul rafforzamento della tutela contro la falsificazione di monete³⁸³, della decisione-quadro sulla lotta contro le frodi e le falsificazioni di mezzi di pagamento mediante contanti³⁸⁴, della decisione-quadro concernente il riciclaggio di denaro³⁸⁵, della decisione-quadro sulla lotta contro il terrorismo³⁸⁶, della decisione-quadro sulla lotta alla tratta degli esseri umani³⁸⁷, della decisione-quadro sulla repressione del favoreggiamento dell'ingresso, transito e soggiorno illegali³⁸⁸, della decisione-quadro sulla protezione dell'ambiente³⁸⁹, della decisione-quadro relativa alla lotta contro la corruzione nel settore privato³⁹⁰, e della decisione-quadro sulla lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pornografia infantile³⁹¹. Altri atti sono inoltre in corso di discussione.

In tutti gli strumenti sopra elencati viene individuato il minimo del massimo edittale della pena. Nessun atto prevede invece la soglia massima del massimo edittale né quella minima del minimo edittale. Si tratta di una soluzione che evidenzia una logica ancora di cooperazione tra Stati. La previsione di una gradazione delle pene rappresenterebbe invece un passo in avanti verso la realizzazione di un vero spazio giudiziario europeo³⁹².

³⁸³ Cfr. decisione-quadro del 29 maggio 2000 relativa al rafforzamento per mezzo di sanzioni penali e altre sanzioni contro la falsificazione di monete in relazione all'introduzione dell'euro, in *GU*, L 140 del 14 giugno 2000, pag. 1e ss.

³⁸⁴ Cfr. decisione-quadro del 28 maggio 2001 relativa alla lotta contro le frodi e le falsificazioni di mezzi di pagamento mediante contanti, in *GU*, L 149 del 2 giugno 2001, pag. 1 e ss.

³⁸⁵ Cfr. decisione-quadro del 26 giugno 2001 concernente il riciclaggio di denaro, l'individuazione, il rintracciamento, il congelamento o sequestro e la confisca degli strumenti e dei proventi di reato, in *GU*, L 182 del 5 luglio 2001, pag. 1 e ss.

³⁸⁶ Cfr. decisione-quadro del 13 giugno 2002 sulla lotta contro il terrorismo, in *GU*, L 164 del 22 giugno 2002, pag. 3 e ss.

³⁸⁷ Cfr. decisione-quadro del 19 luglio 2002 sulla lotta alla tratta degli esseri umani, in *GU*, L 203 del 1° agosto 2002, pag. 1 e ss.

³⁸⁸ Cfr. decisione-quadro del 28 novembre 2002 relativa al rafforzamento del quadro penale per la repressione del favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali, in *GU*, L 328 del 5 dicembre 2002, pag. 17.

³⁸⁹ Cfr. decisione-quadro del 23 gennaio 2003 sulla protezione dell'ambiente, in *GU*, L 29 del 5 febbraio 2003, pag. 55 ss.

³⁹⁰ Cfr. decisione-quadro del 23 luglio 2003 relativa alla lotta contro la corruzione nel settore privato, in *GU*, L 192 del 31 luglio 2003, pag. 54 e ss.

³⁹¹ Cfr. decisione-quadro del 22 dicembre 2003 sulla lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pornografia infantile, in *GU*, L 13 del 20 gennaio 2004, pag. 44 e ss.

³⁹² Cfr. CLAISSE, S., JAMART, J.- S., *L'harmonisation des sanctions*, in A.A.V.V., *Actualités de droit pénal européen*, pag. 63. Secondo tali autori l'individuazione di soglie minime e massime delle pene avrebbe anche il merito di «de freiner la surenchère dans la pénalisation qu'ont eu certains Etats dans leurs propositions», cfr. CLAISSE, S., JAMART, J.- S., *op. cit.*, pag. 71.

La difficoltà di individuare un limite massimo del massimo edittale deriva dal fatto che alcuni Stati membri prevedono una pena detentiva perpetua (carcere a vita), altri una sanzione a tempo determinato (carcere per 20/30 anni). Una soluzione di compromesso potrebbe essere ricercata in una combinazione tra l'ipotesi di sanzioni di durata indeterminata con riesame regolare e quella di pene detentive a tempo determinato con riesame regolare.

Riguardo ai limiti minimi della pena, l'armonizzazione incontra, invece, un ostacolo non solo nell'inesistenza di tali soglie in alcuni Stati membri, ma anche nella dichiarazione n. 8 allegata al Trattato di Amsterdam la quale stabilisce che non è possibile obbligare uno Stato membro ad introdurre pene minime se l'ordinamento interno non le prevede.

Nonostante tali considerazioni, un'armonizzazione minimale come quella attuale lascia insoddisfatti. In assenza di un ravvicinamento fondato anche sul massimo della pena vi è infatti il rischio di favorire «le moviment de surpénalisation»³⁹³, ovvero di permettere agli Stati più repressivi di continuare ad applicare sanzioni più elevate rispetto a quelle comminate negli altri Paesi dell'UE.

Un ulteriore elemento che conferma l'attuale tendenza a privilegiare l'aspetto repressivo del diritto penale è rappresentato dalla netta predominanza della pena privativa della libertà³⁹⁴ sulle altre forme di sanzioni soggette ad armonizzazione³⁹⁵. Si tratta di una tendenza che appare in contrasto con quella seguita dal Consiglio d'Europa. Quest'ultimo infatti ha più volte insistito sull'importanza delle pene e delle misure alternative alle pene privative della libertà. L'indirizzo seguito dal legislatore dell'UE può in parte essere giustificato dal fatto che i reati soggetti ad armonizzazione sono quelli particolarmente gravi. Occorre però evidenziare che, stante anche il carattere rieducativo della pena, non sempre la detenzione risulta la sanzione più adatta. Questo si può per esempio verificare nei casi di razzismo e xenofobia.

³⁹³ Cfr. CLAISSE, S., JAMART, J.- S., *op. cit.*, pag. 71.

³⁹⁴ La proposta di decisione-quadro del 2 maggio 2003 intesa a rafforzare la cornice penale per la repressione dell'inquinamento provocato dalle navi, COM(2003)227, va in controtendenza. Si prevede infatti un livello minimo delle ammende che possono essere inflitte. La decisione-quadro contro lo sfruttamento sessuale dei bambini, a sua volta, stabilisce che gli Stati membri debbano adottare misure che consentano di interdire ad una persona condannata per tale reato l'esercizio di attività professionali connesse alla sorveglianza dei minori. Cfr. anche Libro Verde sul reciproco riconoscimento delle misure cautelati non detentive, COM (2004)562 del 17 agosto 2004.

³⁹⁵ Cfr. WEYEMBERGH, A., *L'harmonisation des législations: condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, *op.cit.*, pag. 314; cfr. FLORE, D., *Droit pénal matériel et Union européenne*, in DE KERCHOVE, G., WEYEMBERGH, A., *Quelle réformes pour l'espace pénal européen?*, pag. 73.

III.3: La proposta di decisione-quadro sulle garanzie procedurali

Come è già stato evidenziato, gli Stati appaiono particolarmente restii ad applicare lo strumento dell'armonizzazione al diritto penale processuale. Lo stesso articolo 31 lett. e) TUE si riferisce a tale concetto solo per l'adozione di norme minime comuni in materia di diritto penale sostanziale³⁹⁶.

Nei paragrafi precedenti si è tuttavia mostrato come alcuni aspetti della legislazione processual-penalistica abbiano già trovato una disciplina a livello dell'UE. L'adozione di tali atti non ha incontrato particolari ostacoli perché è tesa a sviluppare la cooperazione giudiziaria nel suo aspetto repressivo. Gli Stati si mostrano invece reticenti ad accordarsi sull'individuazione dei diritti processuali da riconoscere alla persona interessata in procedimenti penali. Tale atteggiamento è espressione delle difficoltà che ancora si incontrano a sviluppare l'aspetto "bouclier" del diritto penale, più strettamente legato alle differenti tradizioni giuridiche degli Stati membri³⁹⁷.

Questa soluzione risulta però criticabile per due ragioni. Da un lato, la facilitazione di un'inchiesta penale non deve andare a scapito del rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali dell'individuo interessato³⁹⁸. Il Consiglio europeo di Tampere aveva infatti sancito che il reciproco riconoscimento e il ravvicinamento delle legislazioni dovevano essere intrapresi rispettando i diritti dei singoli³⁹⁹. Dall'altro, la mancata armonizzazione delle garanzie processuali rischia di rallentare, se non addirittura di bloccare, la stessa cooperazione giudiziaria, in una sorta di circolo vizioso. L'assenza di disposizioni minime comuni sui diritti processuali degli indagati può infatti creare ostacoli al mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie, minando la fiducia reciproca nei rispettivi ordinamenti⁴⁰⁰. Si concorda quindi con chi ha affermato che «if the Member States are to defend the common values upon which the European Union is

³⁹⁶ Per evitare future contestazioni sull'utilizzo della corretta base giuridica, sarebbe opportuno introdurre una norma come l'art. III-270 par. 2 del Trattato-Costituzione. Quest'ultimo prevede infatti che quando è necessario facilitare il riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie e la cooperazione di polizia e giudiziaria nelle materie penali aventi dimensione transnazionale, una legge quadro europea può stabilire norme minime che, tenendo conto delle differenze tra le tradizioni e gli ordinamenti giuridici degli Stati membri, regolino l'ammissibilità reciproca delle prove tra Stati membri, i diritti della persona nella procedura penale, i diritti delle vittime della criminalità, ed altri elementi specifici della procedura penale.

³⁹⁷ Cfr. WEYEMBERGH, A., *L'harmonisation des législations: condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, op.cit., pag. 314.

³⁹⁸ SORASIO, D., *Reconnaissance mutuelle, rapprochement des législations et coopération*, in DE KERCHOVE, G., WEYEMBERGH, A., (édité par), *L'espace pénal européen: enjeux et perspectives*, Institut d'études européennes, Editions de l'Université de Bruxelles, 2002, pag. 292 e ss.

³⁹⁹ Nel programma di misure per l'attuazione del reciproco riconoscimento adottato da Consiglio e Commissione viene evidenziato che il reciproco riconoscimento è strettamente legato all'esistenza e al contenuto di taluni criteri tra cui i meccanismi di protezione delle persone sospette (criterio n. 3) e la definizione delle norme minime comuni necessarie per agevolare la sua applicazione (criterio n. 4).

⁴⁰⁰ Cfr. DESCAMPS, M.-H., *La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales*, in A.A.V.V., *Actualités de droit pénal européen*, pag. 88 e ss. Il ravvicinamento delle garanzie processuali svolge pertanto una funzione ausiliaria rispetto al mutuo riconoscimento. Cfr. *supra* SEZIONE III.

built, they need to be certain that those values are truly common, and the only way in which they can be sure of that is to establish common, judiciable standards and ensure that those standards are met equally across the Union through adequate monitoring and peer review. Without mutual knowledge it is hard to see how mutual recognition can work in practice»⁴⁰¹.

Consapevole di tale situazione e intenzionata a fugare le paure suscitate dall'adozione della decisione-quadro sul mandato d'arresto europeo, la Commissione europea ha presentato un Libro Verde sulle garanzie processuali⁴⁰². Sulla base delle osservazioni ricevute, ha elaborato una proposta di decisione-quadro⁴⁰³, che ha lo scopo di rafforzare i diritti degli indagati, garantendo loro un livello di tutela equivalente in tutto il territorio dell'UE. L'obiettivo di tale atto è dunque quello di rendere più efficiente e visibile l'applicazione pratica di diritti che sono già previsti dalla CEDU. La Commissione europea ha reputato necessaria l'emanazione di una disciplina a livello dell'UE perché ha constatato che l'applicazione della CEDU a diversi livelli e le continue violazioni rilevate dalla Corte di Strasburgo⁴⁰⁴ incidessero negativamente sulla reciproca fiducia e pregiudicassero il corretto funzionamento del mutuo riconoscimento.

Nella proposta di decisione-quadro sono state individuate cinque garanzie minime comuni, già previste nella CEDU e nei sistemi giudiziari penali degli Stati membri, seppur in forme diverse⁴⁰⁵. Si tratta dell'accesso all'assistenza legale, dell'accesso all'interpretazione e alla traduzione gratuita, della garanzia, per le persone particolarmente vulnerabili, di ricevere un'attenzione adeguata, del diritto di comunicare, in particolare con le autorità consolari, e, infine, del diritto alla notifica di una comunicazione scritta contenente i diritti sopra enunciati.

La proposta di decisione-quadro si apre con una norma che ne delimita l'ambito d'applicazione. Beneficiaria delle garanzie procedurali è la persona indagata per aver commesso un reato a decorrere dal momento in cui viene informata dalle autorità competenti di uno Stato membro di essere indagata⁴⁰⁶.

⁴⁰¹ ALEGRE, S., LEAF, M., *Mutual Recognition in European Judicial Cooperation: a step too far too soon? Case Study-the European Arrest Warrant*, in *European Law Journal*, 2004, no. 2, pag. 217.

⁴⁰² Cfr. Libro Verde sulle garanzie procedurali a favore di indagati e imputati in procedimenti penali nel territorio dell'Unione europea, COM (2003)75.

⁴⁰³ Cfr. proposta di decisione-quadro in materia di determinati diritti processuali in procedimenti penali nel territorio dell'Unione europea, COM (2004) 328 def.

⁴⁰⁴ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 27 giugno 2002, *Regno Unito c. Secretary of State*.

⁴⁰⁵ Attraverso l'adozione della decisione-quadro non si intende negare agli Stati membri il potere di regolare i rispettivi sistemi giudiziari penali nel modo che ritengono opportuno, ma si vuole ridurre al minimo le differenze processuali, che impediscono lo sviluppo della cooperazione giudiziaria. Tra le garanzie processuali individuate nella proposta non sono compresi il diritto alla libertà provvisoria, il diritto ad un trattamento equo per quanto riguarda gli elementi probatori, la simmetria delle condanne, il principio del *ne bis in idem*, le garanzie in caso di contumacia dell'imputato. Tali aspetti saranno oggetto di altre proposte. Cfr. Libro Verde sul *ne bis in idem*, COM (2005) 696, del 23 dicembre 2005.

⁴⁰⁶ Cfr. art. 1 della proposta di decisione-quadro della Commissione europea.

L'art. 2 stabilisce che ciascun indagato ha il diritto all'assistenza legale «il più presto possibile» e nel corso di tutto il procedimento penale. L'espressione utilizzata appare generica. Sarebbe stato meglio prevedere che tale diritto sorge senza indebito ritardo dal momento in cui l'indagato viene a contatto con le autorità competenti di uno Stato membro.

La proposta della Commissione riconosce all'indagato il diritto all'assistenza legale prima di rispondere all'interrogatorio avente ad oggetto l'accusa rivoltagli. Sarebbe stato tuttavia preferibile garantire l'assistenza legale prima di ogni interrogatorio e assicurare la riservatezza dei contatti tra l'avvocato e il proprio assistito⁴⁰⁷. La proposta inoltre non fa alcun riferimento alla presenza dell'avvocato nel corso dell'interrogatorio di polizia. La ragione di tale lacuna è da ricercare nelle differenze esistenti tra gli ordinamenti degli Stati membri. Pur non trovando un espresso riconoscimento nell'art. 6 par. 3 lett. c) CEDU⁴⁰⁸, la Corte europea ha tuttavia affermato che in alcune circostanze la presenza fisica del difensore può servire a riportare l'equilibrio in un momento in cui la persona indagata è in una posizione di debolezza, perché sottoposta alle pressioni della polizia⁴⁰⁹. Sarebbe quindi stato opportuno prevedere una tale garanzia.

L'art. 3 della proposta della Commissione individua una serie di situazioni in cui l'assistenza legale è prevista come obbligatoria per garantire un equo processo. Si tratta dei casi di custodia cautelare, di accusa per un reato che si inserisce in un contesto complesso o per il quale viene comminata una pena più severa, di mandato d'arresto europeo, o di persone che per età o per condizioni mentali-fisico-emotive non sono in grado di comprendere o seguire il processo. Rispetto alla giurisprudenza della Corte europea la formulazione della norma appare più ampia poiché comprende anche i casi in cui si applica il mandato d'arresto europeo.

Qualora i costi dell'assistenza legale rappresentino un onere eccessivo per l'indagato o per le persone che sono a suo carico, l'art. 5 della proposta stabilisce che questi vengano sostenuti dallo Stato. A differenza dell'art. 6 par. 3 lett. c) CEDU, l'assistenza legale gratuita non viene subordinata all'ulteriore circostanza che gli "interessi della giustizia" lo esigano, formula interpretata dalla Corte europea come riferita a tre situazioni: la gravità del reato e la severità della eventuale sentenza di condanna, la complessità del caso, e la situazione sociale e personale dell'indagato⁴¹⁰.

⁴⁰⁷ Cfr. art. 350 del codice di procedura penale italiano. Cfr. sul punto anche Justice, in www.justice.org.uk.

⁴⁰⁸ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 14 dicembre 1999, *Dougan*; cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 16 ottobre 2001, *Brennan*.

⁴⁰⁹ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 6 giugno 2000, *Magee*; Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 2 maggio 2000, *Codron*.

⁴¹⁰ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 24 maggio 1991, *Quaranta*, in Racc., Serie A, 205, par. 35. Cfr. sul punto Justice, in www.justice.org.uk.

Tra le garanzie procedurali dell'indagato rientra anche quella dell'assistenza gratuita di un interprete. Rispetto all'art. 6 par. 3 lett. e) CEDU, l'art. 6 della proposta della Commissione appare più dettagliato. Qualora l'indagato non comprenda la lingua usata nel corso del procedimento, ha diritto all'assistenza di un interprete anche per la consulenza legale fornita da un avvocato. Tale garanzia non si applica solo se l'indagato non conosce la lingua del processo, ma anche se presenta un handicap dell'udito o della parola⁴¹¹. Occorre segnalare, però, una lacuna, forse frutto di una svista. L'art. 6 della proposta non contempla infatti il caso in cui l'indagato non parli la lingua. Appare invece voluta la mancata previsione dell'assistenza di un interprete in tutte le occasioni in cui l'indagato è chiamato a rispondere alle domande della polizia. Si tratta di una soluzione criticabile. Sarebbe infatti stato opportuno assicurare l'interpretazione di tutti gli atti principali della procedura ai quali la persona sospettata o accusata deve partecipare, compresi quelli delle fasi preliminari⁴¹².

L'art. 7 della proposta riconosce all'indagato il diritto alla traduzione gratuita. Una tale garanzia non viene espressamente contemplata nell'art. 6 par. 3 lett. e) CEDU, anche se la Corte europea ha stabilito che devono essere tradotti i documenti che si rendono necessari per permettere all'indagato di partecipare effettivamente al procedimento⁴¹³. L'art. 7 cerca di chiarire i casi in cui occorre procedere a tale traduzione. Spetta alle autorità competenti decidere quali documenti sono ammessi alla traduzione, ma l'avvocato difensore può richiedere la traduzione di ulteriori atti⁴¹⁴. Si tratta di una previsione ambiziosa che probabilmente nella pratica incontrerà delle resistenze dovute agli alti costi per renderla effettiva.

La proposta di decisione-quadro riconosce alle persone qualificate come "vulnerabili" una particolare protezione. Nessuna norma della CEDU prevede esplicitamente una disciplina simile. I giudici di Strasburgo hanno tuttavia concluso che l'art. 6 CEDU risulterebbe violato se la persona indagata non fosse in grado di partecipare al procedimento a causa dell'età, del livello di maturità e della capacità intellettive ed emotive. Per tale ragione ha ammesso che in tali circostanze venga assistita da un interprete, da un assistente sociale, da un amico o da un familiare⁴¹⁵. L'art. 11 della proposta di decisione-quadro prevede la possibilità che l'indagato riceva assistenza medica o abbia accanto a sé un terzo durante gli interrogatori della polizia o delle autorità giudiziarie. Tale previsione rappresenta la traduzione del principio di

⁴¹¹ Cfr. per un'analogia previsione l'art. 119 del codice di procedura penale italiano.

⁴¹² Si tratta di una soluzione che attribuirebbe agli indagati maggiori garanzie. Essa tuttavia è vista con sfavore da alcuni Stati che temono un eccessivo aumento delle spese di giustizia.

⁴¹³ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 19 dicembre 1989, *Kamasinski c. Austria*, in *Racc.*, Serie A, 168, par. 74.

⁴¹⁴ Cfr. art. 7 par. 2 della proposta di decisione-quadro della Commissione.

⁴¹⁵ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 5 giugno 2004, *S.C. c. Regno Unito*; Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 16 dicembre 1999, *T. c. Regno Unito*.

“parità delle armi”. La sua concreta applicazione rischia tuttavia di incontrare alcuni problemi dovuti alla difficoltà di identificare la categoria dei soggetti interessati.

Infine, viene riconosciuto all’indagato il diritto di comunicare con i propri familiari e le persone ad esso equiparate, con il datore di lavoro e, se si tratta di uno straniero, con le autorità consolari del suo Paese d’origine. Quest’ultima previsione richiama quanto sancito dalla Convenzione di Vienna del 1963 sulle relazioni consolari. Qualora si tratti di richiedenti asilo o rifugiati in fuga questi possono rifiutarsi di contattare la autorità consolari e decidere di rivolgersi ai rappresentanti di un’organizzazione umanitaria internazionale riconosciuta. Rispetto alla Convenzione di Vienna, però, l’art. 13 della proposta, non prevede il diritto di visita delle autorità consolari.

Occorre infine segnalare l’inserimento dell’obbligo di informare l’indagato dei suoi diritti attraverso una comunicazione scritta, la cosiddetta “lettera dei diritti”. Nella CEDU manca un’analoga previsione. L’art. 5 par. 2 CEDU e l’art. 6 par. 3 lett. a) prevedono rispettivamente il diritto della persona arrestata e della persona accusata di essere informate delle ragioni dell’arresto e delle accuse rivolte contro di loro, nel più breve tempo possibile e in una lingua che comprendono, senza tuttavia specificare il modo in cui deve avvenire tale informazione. L’art. 14 della proposta chiarisce invece che tale informazione deve avvenire mediante comunicazione scritta, contenente in particolare, ma non in modo esclusivo, i diritti sanciti dalla decisione-quadro. Si tratta di una scelta normativa che, pur trovando riscontro solo in alcuni ordinamenti degli Stati membri⁴¹⁶, è da accogliere con favore perché costituisce un importante ausilio per accrescere la visibilità dei diritti e per migliorarne il rispetto. Sarebbe tuttavia stato opportuno prevedere, per coloro che sono portatori di handicap della vista o di disabilità, una comunicazione orale di tale lettera⁴¹⁷.

⁴¹⁶ Si tratta di Austria, Irlanda e Polonia in cui l’indagato viene informato oralmente e per iscritto dei suoi diritti. In Olanda il Ministero della Giustizia elabora delle brochures, tradotte in varie lingue, in cui vengono indicati i diritti dell’indagato. Non è chiaro tuttavia se tali brochures vengano distribuite agli indagati. Sul punto cfr. Rapporto della Commissione, *Procedural Rights in Criminal Proceedings. Existing Level of Safeguards on the European Union*, in http://ec.europa.eu/justice_home/doc_centre/criminal/recognition/docs/report_proc_safeguards_en.pdf.

In Italia, l’art. 369 bis del codice di procedura penale prevede che: «Al compimento del primo atto a cui il difensore ha diritto di assistere e comunque prima dell’invito presentarsi per rendere l’interrogatorio ai sensi degli articoli 375, III comma e 416, il pubblico ministero, a pena di nullità degli atti successivi, notifica alla persona sottoposta alle indagini la comunicazione della nomina del difensore d’ufficio. La comunicazione deve contenere l’informazione della obbligatorietà della difesa tecnica, con indicazione della facoltà e dei diritti attribuiti dalla legge alla persona sottoposta alle indagini, il nominativo del difensore d’ufficio (...), l’indicazione della facoltà di nominare un difensore di fiducia, con l’avvertimento che, in mancanza, l’indagato sarà assistito da quello nominato d’ufficio, l’indicazione dell’obbligo di retribuire il difensore d’ufficio ove non sussistano le condizioni per accedere (al patrocinio a spese dello Stato), l’indicazione delle condizioni per l’ammissione al patrocinio a spese dello Stato».

⁴¹⁷ Cfr. Emendamento n. 9 del PE sulla proposta della Commissione; cfr. Risoluzione del Parlamento sulla proposta di decisione-quadro in materia di determinati diritti processuali in procedimenti penali nel territorio dell’Unione europea, P6_TA (2005)0091.

È da accogliere con favore la previsione di un formato standard tradotto in tutte le lingue ufficiali della Comunità e conservato presso gli uffici di polizia, anche se sarebbe stato auspicabile contemplare la traduzione anche nelle lingue maggiormente parlate dai cittadini di Paesi terzi che si trovano all'interno dell'UE.

A differenza degli artt. 5 e 6 CEDU, l'art. 14 della proposta non dà alcuna indicazione sul momento in cui la "lettera dei diritti" deve essere notificata all'interessato. Nella relazione che accompagna la proposta, la Commissione europea aveva chiarito che l'informazione scritta dei diritti dell'indagato doveva avvenire "al più presto possibile". L'art. 14 non ha però recepito tale indicazione. Si tratta di una lacuna piuttosto grave perché è proprio a partire dal momento in cui avviene la notificazione della lettera che la persona indagata può dirsi effettivamente a conoscenza dei propri diritti. Sarebbe quindi stato opportuno prevedere che la comunicazione scritta fosse consegnata all'indagato in un momento che precede il suo primo interrogatorio, a prescindere dal luogo e dall'autorità che deve effettuarlo⁴¹⁸.

Degna di nota risulta infine la previsione contenuta nell'art. 17 della proposta. Si tratta della clausola di non regressione, secondo la quale nessuna disposizione deve essere interpretata nel senso di limitare o derogare i diritti e le garanzie procedurali previsti da ogni Stato membro che forniscano un livello di protezione più elevato. La decisione-quadro costituirebbe quindi il minimo comune denominatore al di sotto del quale non è possibile andare.

Dall'esame della proposta emergono però alcune lacune. A differenza della CEDU, non viene incluso il diritto dell'accusato di disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie per la preparazione della difesa, e neppure il diritto di interrogare e di fare interrogare testimoni a proprio carico e ottenere la convocazione e l'interrogatorio di quelli a proprio favore alle stesse condizioni⁴¹⁹.

Infine, per assicurare il rispetto delle garanzie procedurali, sarebbe stato opportuno prevedere, in caso di violazione, l'invalidità degli atti processuali successivi⁴²⁰.

L'iter legislativo della proposta ha subito una battuta d'arresto nel corso delle discussioni che hanno avuto luogo in seno al Consiglio GAI. Le delegazioni di alcuni Stati membri⁴²¹ hanno infatti espresso la loro preoccupazione per l'adozione di un atto dell'UE volto a disciplinare aspetti già regolati dalla CEDU. Alla base di tale posizione vi sarebbe il timore di una sovrapposizione tra gli ordinamenti, in grado di generare

⁴¹⁸ Sul punto cfr. emendamento n. 41 del PE sulla proposta della Commissione, cfr. *op.cit.*

⁴¹⁹ Cfr. art. 6 par. 3 lett. b) e d) CEDU.

⁴²⁰ Il codice di procedura penale italiano sanziona il mancato rispetto delle garanzie procedurali con l'invalidità degli atti che ne sono la conseguenza. Cfr. art. 369 bis c.p.p.

⁴²¹ Si tratta di Regno Unito, Repubblica Ceca, Irlanda, Malta, Slovacchia. Tali Stati hanno proposto di adottare una risoluzione che, come è noto, è un atto giuridicamente non vincolante. La maggioranza delle delegazioni si è però espressa a favore dell'emanazione di uno strumento giuridico vincolante come la decisione-quadro.

divergenze tra le giurisprudenze delle due Corti e creare incertezza e spese inutili per i cittadini e gli Stati membri⁴²². È possibile replicare a tali obiezioni affermando che l'adesione di ciascuno degli Stati membri alla CEDU non porta necessariamente a concludere che gli ordinamenti interni siano perfettamente conformi alla Convenzione stessa. Quest'ultima è applicata a diversi livelli ed il grado di protezione dei diritti dell'uomo può dunque variare considerevolmente all'interno dei vari ordinamenti nazionali. Tali divergenze possono pregiudicare una protezione comune dei diritti processuali all'interno dell'UE, mettendo in pericolo la reciproca fiducia e il corretto funzionamento del mutuo riconoscimento⁴²³. Per tali ragioni anche coloro che si sono mostrati contrari all'adozione di una disciplina a livello dell'UE sono stati costretti ad accettare un tale intervento, subordinandolo tuttavia all'espressa previsione che la decisione-quadro sia basata sugli standards della CEDU e segua nel modo più conforme possibile i principi in essa sanciti. Più in particolare, hanno sostenuto che dovrebbe essere prevista una specifica norma che assicuri l'interpretazione della decisione-quadro in modo conforme alla CEDU, per scongiurare eventuali contrasti tra le giurisprudenze delle due Corti. Altre delegazioni hanno invece espresso una posizione di apertura. L'adozione della decisione-quadro renderebbe infatti visibile il significato e il contenuto di tali diritti e creerebbe le basi per un ulteriore progresso nell'applicazione del mutuo riconoscimento, consolidando la fiducia e l'integrazione europea.

Le differenti opinioni espresse all'interno del Consiglio GAI hanno condotto la Presidenza a cercare una soluzione di compromesso che, come spesso accade, è apparsa deludente. L'idea che ne è emersa è infatti quella di ridurre ulteriormente il numero⁴²⁴ e la portata delle garanzie procedurali, concentrandosi solo sugli standards minimi, al di sotto dei quali gli Stati membri non possono andare, ed evitando di specificare nel dettaglio come tali diritti devono essere applicati in ogni ordinamento nazionale. Per giustificare tale scelta normativa, la Presidenza ha invocato l'esigenza di conformarsi pienamente alle disposizioni della CEDU e alla giurisprudenza della Corte europea per evitare contrasti tra le Corti di Lussemburgo e di Strasburgo. Si tratta di una conclusione criticabile, volta ad utilizzare la Convenzione europea per legittimare un livellamento verso il basso dei diritti fondamentali. Essa è espressione degli stessi timori che avevano accompagnato l'adozione della Carta dei diritti fondamentali e la sua incorporazione nel Trattato-Costituzione.

Il compromesso elaborato dalla Presidenza del Consiglio ha modificato anche l'enunciazione delle garanzie. La formulazione adottata rispecchia infatti lo schema

⁴²² Si tratta delle stesse paure che avevano accompagnato l'adozione della Carta dei diritti fondamentali dell'UE.

⁴²³ Cfr. Relazione della Commissione europea che precede la proposta di decisione-quadro sulle garanzie procedurali.

⁴²⁴ Nessuna norma viene infatti dedicata alla tutela particolare delle persone vulnerabili, e al diritto di comunicare con i familiari e con le autorità consolari. Si tratta infatti di garanzie che non trovavano un'espressa previsione nelle disposizioni della CEDU, cfr. *supra*.

tipico delle dichiarazioni di principi che impongono allo Stato l'obbligo di attivarsi ("gli Stati membri adottano le misure necessarie per assicurare che ogni persona accusata di reato abbia il diritto a"), piuttosto che quello proprio dell'enunciazione di diritti.

Occorre con rammarico segnalare l'abbandono della previsione di una comunicazione scritta all'indagato relativa ai suoi diritti, che rappresentava invece un'importante novità introdotta dalla proposta della Commissione. Secondo la formulazione elaborata dalla Presidenza, l'indagato deve essere informato del diritto all'assistenza legale, eventualmente gratuita, e del diritto all'interpretazione e alla traduzione gratuita. La riduzione delle garanzie riconosciute all'indagato si manifesta anche nell'aver evitato di richiamare eventuali altri diritti oltre a quelli espressamente sanciti nella decisione-quadro.

La formula utilizzata per individuare il momento in cui sorge il diritto all'informazione appare inoltre troppo generica. Si parla infatti di «information (...) delivered as soon as these rights become relevant»⁴²⁵. Tale individuazione è del tutto assente, invece, nella disposizione dedicata al diritto all'assistenza legale. Non si tratta di una svista, ma di una lacuna voluta. Tale soluzione lascia infatti agli Stati membri la libertà di decidere come interpretare questo diritto nella pratica. Analoghe considerazioni valgono anche per la formulazione del diritto di interpretazione e di traduzione gratuita.

SEZIONE IV: Una cooperazione giudiziaria penale tradizionale

La cooperazione giudiziaria in materia penale a livello internazionale si esercita tradizionalmente attraverso due strumenti: l'extradizione e la mutua assistenza giudiziaria. Per entrambi vale il principio della "richiesta" in base al quale uno Stato presenta una richiesta ad un altro Stato, che decide se darvi o meno seguito⁴²⁶.

L'extradizione si configura come la procedura mediante la quale uno Stato consegna un individuo accusato o condannato, che si trova sul proprio territorio, ad un altro Stato perché questo lo sottoponga a giudizio o all'esecuzione della pena. Poiché lo scopo perseguito è quello di coordinare gli ambiti di giurisdizione degli Stati coinvolti, assicurando alla giustizia l'autore del reato, la fonte normativa che regola tale istituto è rappresentata da convenzioni internazionali. Nell'ambito del Consiglio d'Europa è stata adottata la Convenzione europea sull'extradizione del 1957, mentre a livello di Unione europea sono state elaborate le Convenzioni del 1995 e del 1996, che, però, non sono mai entrate in vigore, per mancanza delle ratifiche necessarie. Come è già stato

⁴²⁵ Art. 2 della proposta della Presidenza.

⁴²⁶ Cfr. sul punto la Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo, *Riconoscimento reciproco delle decisioni definitive in materia penale*, COM (2000) 495 definitivo del 26 luglio 2000.

precedentemente illustrato, la decisione-quadro sul mandato d'arresto europeo ha introdotto una procedura semplificata di consegna, che si è sostituita, nei rapporti tra Stati membri dell'UE, a quelle preesistenti,⁴²⁷. Continuano invece ad essere regolate da convenzioni internazionali le relazioni che questi ultimi hanno con Paesi terzi o che l'UE intrattiene con i Paesi terzi⁴²⁸.

L'assistenza giudiziaria può essere, invece, definita come la collaborazione dello Stato richiesto alla procedura giudiziaria che si svolge nello Stato richiedente⁴²⁹. Essa rende possibile l'esecuzione di commissioni rogatorie, la consegna di atti procedurali, la comparsa di testi e periti, la trasmissione di estratti del casellario giudiziario.

Gli Stati membri hanno sempre mostrato una certa «riluttanza a fornirsi reciproca assistenza giudiziaria in materia penale»⁴³⁰, ma la maggiore mobilità delle persone unita alla progressiva espansione della criminalità transnazionale, li ha spinti ad abbandonare gradualmente questo atteggiamento e a concludere accordi internazionali volti a istituzionalizzare tale strumento. A tale riguardo, occorre ricordare la Convenzione europea sull'assistenza giudiziaria del 1959, adottata nell'ambito del Consiglio d'Europa, che ha cercato di ridurre l'assoluta discrezionalità delle corti nazionali nell'accogliere le richieste di assistenza giudiziaria. Le Parti contraenti si sono infatti obbligate ad accordarsi reciprocamente l'assistenza giudiziaria più ampia possibile⁴³¹.

A livello di Unione europea, la volontà di costruire uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia ha condotto il Consiglio dell'UE ad adottare nel 2000 la Convenzione sulla mutua assistenza giudiziaria⁴³².

⁴²⁷ Cfr. *supra*, par. II.1.

⁴²⁸ Cfr. *infra*, par. IV.2.

⁴²⁹ Cfr. GARCIA-JOURDAN, S., *L'émergence d'un espace européen de liberté, de sécurité et de justice*, Bruylant, 2005, pag. 403.

⁴³⁰ CARACCILO, I., *Dal diritto penale internazionale al diritto internazionale penale. Il rafforzamento delle garanzie giurisdizionali*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2000, pag. 100.

⁴³¹ Cfr. art. 1 par. 1 della Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale del 1959. Le convenzioni adottate nell'ambito del Consiglio d'Europa sono particolarmente sensibili alla tutela della persona. La ragione sta nella stessa filosofia di fondo dello Statuto del Consiglio d'Europa che vede «come chiave dello sviluppo dello Stato di diritto proprio la capacità di conciliare la sicurezza pubblica col rispetto dei diritti e delle libertà individuale», DEL TUFO, M., *La tutela della libertà delle persone e l'Europa*, in *Questione giustizia*, 2-3/2004, pag. 269.

⁴³² Cfr. Atto del Consiglio del 29 maggio 2000 che stabilisce, conformemente all'articolo 34 del Trattato sull'Unione europea, la convenzione relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea, in *GUE*, L 197 del 12 luglio 2000, pag. 1 e ss.; cfr. Convenzione stabilita conformemente all'articolo 34 del Trattato sull'Unione europea, relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea, in *GUE*, L 197 del 12 luglio 2000, pag. 3 e ss. Ad essa partecipano tutti gli Stati membri e la Norvegia e l'Islanda. Alla Convenzione è stato allegato un Protocollo che fissa l'obbligo per le Parti contraenti di accordare la più ampia cooperazione giudiziaria nel caso in cui la richiesta di assistenza riguardi conti bancari detenuti in un istituto di credito presente sul territorio dello Stato richiesto. Vengono individuate determinate categorie di reati, ma un'apposita norma, l'art. 5 del Protocollo, permette agli Stati membri di riservarsi la possibilità di sottoporre le rogatorie, aventi lo scopo di perquisizioni e sequestri, al requisito della doppia incriminazione. Questa previsione comporta un depotenziamento dell'efficacia di tale strumento normativo. Si segnala altresì un avanzamento verso il progressivo superamento dell'ostacolo all'assistenza giudiziaria costituito dalla clausola fiscale. Cfr. Atto del Consiglio del 16 ottobre 2001 che stabilisce, a norma dell'articolo 34 del

IV.1: La Convenzione sulla mutua assistenza giudiziaria tra Stati membri del 2000

La Convenzione del 2000 è un atto del terzo pilastro che non ammette riserve, salvo quelle espressamente previste⁴³³. La sua entrata in vigore non è avvenuta in tempi brevi. Il numero delle ratifiche necessarie, pari almeno alla metà degli Stati membri, è stato infatti raggiunto solo cinque anni dopo la sua adozione⁴³⁴. Tali difficoltà evidenziano come la convenzione non possa più essere considerata uno strumento efficace per la realizzazione dello spazio giudiziario europeo. Non è dunque un caso che le recenti proposte presentate nell'ambito del Titolo VI TUE assumano la forma di decisioni-quadro⁴³⁵. Alcuni aspetti della stessa Convenzione in esame sono stati infatti recepiti in tali atti. Si tratta della decisione-quadro sulle squadre investigative comuni⁴³⁶ e della proposta sul mandato europeo di ricerca delle prove nei procedimenti penali che, come si è visto in precedenza, perseguono l'obiettivo di superare i meccanismi di assistenza giudiziaria, fondati sul sistema delle rogatorie, sostituendoli con una decisione giudiziaria, resa secondo un formulario standard tradotto in una delle lingue ufficiali dello Stato di esecuzione⁴³⁷. L'idea è dunque quella di superare, nei rapporti tra Stati membri dell'UE, lo strumento della convenzione, ed utilizzarlo solo, come si vedrà, nei rapporti con i Paesi terzi.

In attesa che i vari aspetti della Convenzione del 2000 vengano trasfusi in specifiche decisioni-quadro, è opportuno esaminare le disposizioni in essa contenute.

La Convenzione del 2000 persegue lo scopo di incoraggiare ed aggiornare l'assistenza tra le autorità giudiziarie degli Stati membri, completando e facilitando l'applicazione della Convenzione europea del 1959, del Protocollo del 1978 e della

Trattato sull'Unione europea, il protocollo della convenzione relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea, in *GUE*, C 326 del 21 novembre 2001, pag. 1. Cfr. Protocollo stabilito dal Consiglio a norma dell'articolo 34 del Trattato sull'Unione europea, della convenzione relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea, in *GUE*, C 326 del 21 novembre 2001, pag. 2 e ss. Cfr. sul Protocollo DE AMICIS, G., VILLONI, O., *Il Protocollo della Convenzione relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea fatta a Bruxelles il 29 maggio 2000*, in *Cass. pen.*, 2002, pag. 421 e ss.

⁴³³ Cfr. art. 25 della Convenzione 2000.

⁴³⁴ La Convenzione è entrata in vigore il 23 agosto 2005.

⁴³⁵ L'Avvocato generale Colomer, nelle conclusioni rese in occasione del ricorso presentato dalla Cour d'Arbitrage belga che contesta la corretta base giuridica del mandato d'arresto europeo, ha affermato che «gli svantaggi inerenti ai trattati internazionali hanno incoraggiato l'inserimento nell'elenco delle fonti del diritto di un nuovo tipo di atto, capace di eludere le difficoltà derivanti dall'arbitrio statale in occasione delle ratifiche», punto 66. Per motivi di efficacia del diritto europeo, dunque, la Commissione europea, giustamente, «ha optato per una decisione-quadro, alla luce dei modesti risultati ottenuti con la convenzioni anteriori», punto 66. Cfr. *supra*, II.1. Sull'assenza di nuove convenzioni in preparazione, cfr. DENZA, E., *The 2000 Convention on mutual assistance in criminal*, in *CMLR*, 2003, pag. 1050 e ss.

⁴³⁶ Cfr. decisione-quadro del 13 giugno 2002 relativa alle squadre investigative comuni, 2002/465/GAI, in *GUE*, L 162 del 20 giugno 2002, pag. 1 e ss.

⁴³⁷ Cfr. *supra*, par. II.3.

Convenzione d'applicazione di Schengen⁴³⁸. Tali strumenti continuano ad avere efficacia nella misura in cui trattano questioni che non rientrano nel campo d'applicazione della Convenzione. Alla base di tale scelta vi è l'idea che la cooperazione giudiziaria tra Stati membri si fondi già su basi solide. L'obiettivo perseguito è dunque quello di agevolare il funzionamento della cooperazione giudiziaria rendendolo più rapido, flessibile ed efficace.

La Convenzione, inoltre, non si sostituisce agli altri accordi bilaterali o multilaterali tra Stati membri, ma ammette l'applicazione delle disposizioni più favorevoli in essi previste⁴³⁹.

Dalla lettura del testo in esame emergono alcune differenze rispetto alla Convenzione del 1959. L'ambito di applicazione risulta più ampio: l'assistenza giudiziaria può essere infatti richiesta ed ottenuta non solo per le indagini in materia penale, ma anche per quelle relative ad atti che sono punibili con sanzioni amministrative⁴⁴⁰. Viene inoltre spostato il baricentro dell'assistenza giudiziaria: la richiesta deve essere eseguita il più rapidamente possibile, tenendo conto dei termini indicati dallo Stato richiedente e secondo le modalità previste da quest'ultimo⁴⁴¹. La rigida salvaguardia della sovranità nazionale trova quindi un temperamento. Il sovrapporsi della disciplina processuale del Paese richiedente rispetto a quella del Paese richiesto segna una «svolta significativa nei rapporti di assistenza» che consente «di superare lo “scoglio” della inutilizzabilità nel processo di uno Stato membro dell'Unione delle risultanze istruttorie assunte in un altro Stato membro»⁴⁴². La compatibilità con i principi fondamentali del diritto dello Stato richiesto non sembra a tale riguardo porre particolari problemi applicativi. Le richieste di assistenza e le comunicazioni relative allo scambio spontaneo di informazioni vengono effettuate direttamente tra le autorità giudiziarie competenti⁴⁴³. Viene pertanto instaurato un «dialogo ravvicinato - al di fuori dei tradizionali canali ministeriali - tra gli attori della collaborazione»⁴⁴⁴. La trasmissione non avviene solo per iscritto, ma è possibile utilizzare ogni altro mezzo, come il fax e la posta elettronica, in grado di produrre una registrazione scritta. Le importanti innovazioni in campo tecnologico hanno reso inoltre

⁴³⁸ La soppressione dei controlli alle frontiere interne rendeva necessario individuare misure che garantissero una maggiore efficienza nella lotta contro il crimine internazionale che aveva sfruttato ampiamente tale libertà di circolazione. Cfr. art. 48-53 della Convenzione d'applicazione Schengen. La reciproca assistenza giudiziaria penale tra autorità competenti non era tuttavia accompagnata da garanzie minime di assistenza legale per gli incriminati. Cfr. *supra* Cap. I par. II.

⁴³⁹ Cfr. art. 1 par. 2 della Convenzione del 2000.

⁴⁴⁰ Cfr. art. 3 della Convenzione del 2000.

⁴⁴¹ Cfr. art. 4 della Convenzione del 2000.

⁴⁴² ANODINA, E., *Cooperazione-integrazione penale nell'Unione europea*, in *Cass. pen.*, 2001, pag. 2904.

⁴⁴³ Cfr. artt. 6 e 7 della Convenzione del 2000. L'art. 15 della Convenzione del 1959 stabilisce invece che queste avvengano tramite il Ministero della Giustizia, salvo i casi d'urgenza in cui è ammesso il contatto diretto tra autorità giudiziarie.

⁴⁴⁴ PERDUCA, A., *Corpus iuris e tendenze della politica penale dell'Unione europea*, in *Riv. it. dir. pubblico comunitario*, 1999, p. 493.

possibili le audizioni di testimoni e periti mediante videoconferenza⁴⁴⁵. È rimessa invece alla discrezionalità degli Stati la scelta di procedere all'ascolto dell'imputato attraverso tale strumento. In tal caso, le condizioni per lo svolgimento della videoconferenza sono concordate in base al diritto nazionale e nel rispetto della CEDU. Per assicurare all'accusato l'effettiva garanzia dei diritti di difesa nel contraddittorio con l'accusa, la Convenzione prevede come elemento necessario il suo consenso.

Degne di nota risultano inoltre le disposizioni relative alle intercettazioni delle telecomunicazioni⁴⁴⁶. Con tale espressione si intende comprendere le comunicazioni telefoniche ed ogni altra forma di comunicazione resa possibile dalle tecnologie attuali e future. La Convenzione dedica un apposito articolo alla protezione dei dati personali⁴⁴⁷. Si tratta dell'unica norma sulla protezione dei diritti fondamentali⁴⁴⁸. L'inserimento di tale disposizione si è resa necessaria, come si evince dalla relazione esplicativa del Consiglio⁴⁴⁹, poiché la Convenzione si applica anche a metodi investigativi non esclusivamente giudiziari. Come è già stato evidenziato nel capitolo precedente, in mancanza di un atto del terzo pilastro che regoli la protezione dei dati personali⁴⁵⁰, per valutare tale disposizione occorre prendere come fonte di riferimento la Convenzione europea 108 del 1981⁴⁵¹. Sulla base di quest'ultima è possibile affermare che l'art. 23 della Convenzione del 2000 rispetta il principio di finalità limitata. Tale norma indica infatti espressamente per quali scopi i dati personali possono essere utilizzati dallo Stato membro a cui sono stati trasferiti⁴⁵². La disposizione in esame risulta però carente sotto altri aspetti. Non prevede infatti alcuna garanzia per l'esattezza dei dati e per il loro aggiornamento, né riconosce all'interessato il diritto di aver accesso alle informazioni o di disporre di un ricorso. Si tratta di mancanze che destano preoccupazione. È stato

⁴⁴⁵ Cfr. artt. 10 e 11 della Convenzione del 2000. Cfr. sulla videoconferenza PIATTOLI, B., *Videoconferenze: profili di integrazione della normativa convenzionale*, in *Diritto pen .e processo*, 11/2004, pag. 1431 e ss.

⁴⁴⁶ Cfr. artt. 18, 18, 29 della Convenzione del 2000.

⁴⁴⁷ L'art. 23 par. 1 stabilisce che «i dati personali trasmessi sulla base della presente convenzione possono essere utilizzati dallo Stato membro al quale sono stati trasferiti: a) ai fini dei procedimenti cui si applica la presente convenzione; b) per altri procedimenti giudiziari e amministrativi direttamente connessi con il procedimento di cui alla lettera a); c) per la prevenzione di un pericolo grave e immediato per la sicurezza pubblica; d) per qualsiasi altra finalità, soltanto previa autorizzazione dello Stato membro richiesto che trasmette i dati, salvo che lo Stato membro interessato abbia ottenuto il consenso della persona interessata».

⁴⁴⁸ Nel preambolo gli Stati membri esprimono la loro fiducia nella struttura e nel funzionamento dei rispettivi ordinamenti giuridici e nella capacità di ognuno di garantire processi equi. Si aggiunge inoltre che è loro interesse assicurare che l'assistenza giudiziaria sia attuata nel rispetto dei diritti individuali nonché del principio della CEDU.

⁴⁴⁹ Cfr. Relazione esplicativa del 30 novembre 2000 sulla convenzione del 29 maggio 2000 relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea, in *GUE*, C 379 del 29 dicembre 2000, pag. 26.

⁴⁵⁰ Cfr. *supra*, Cap II par. I.6.

⁴⁵¹ Cfr. *supra*, Cap. II par. I.3.

⁴⁵² Appare però troppo generica l'espressione "per qualsiasi altra finalità", anche se il legislatore europeo ha cercato di restringere la portata di tale previsione, subordinando la trasmissione dei dati all'autorizzazione dello Stato richiesto, se non è stato previamente ottenuto il consenso della persona interessata.

infatti giustamente affermato che «while onerous commitments on data protection would clearly obstruct the central purpose of speedy provision of assistance, it may be questioned whether national laws in the two countries concerned will necessarily provide adequate remedies for resulting damage to individuals»⁴⁵³.

IV.2: Gli Accordi sull'extradizione e sulla mutua assistenza giudiziaria tra l'Unione europea e gli Stati Uniti

Gli attentati dell'11 settembre 2001 hanno spinto l'Unione europea ad intensificare la cooperazione con gli Stati Uniti nella lotta al terrorismo.

In tale contesto si inquadrano gli Accordi UE-USA sull'extradizione e sulla mutua assistenza giudiziaria in materia penale⁴⁵⁴, firmati a Washington il 25 giugno 2003. L'obiettivo perseguito è quello di intensificare la cooperazione tra UE e Stati Uniti attraverso una disciplina uniforme. Si ammette tuttavia il mantenimento o la conclusione di accordi bilaterali tra i singoli Stati membri e gli USA, a condizione che siano conformi alle disposizioni degli Accordi UE-USA⁴⁵⁵.

Nell'accordo sull'extradizione la procedura seguita è quella classica. Il principio della doppia incriminazione trova quindi applicazione, anche se in maniera attenuata. Il comportamento che giustifica la consegna non deve infatti necessariamente essere collocato dallo Stato richiedente e da quello richiesto nella medesima categoria di reati né essere descritto negli stessi termini⁴⁵⁶.

La trasmissione dei documenti avviene per i canali diplomatici o, in alternativa, tramite i Ministeri della Giustizia. Qualora la persona ricercata acconsenta alla sua consegna, è prevista, tuttavia, una procedura semplificata destinata a concludersi, senza ulteriori formalità, nel periodo di tempo più breve possibile⁴⁵⁷.

È opportuno rivolgere una particolare attenzione all'art. 13 relativo alla pena di morte. Tale norma si riferisce al caso in cui il reato per il quale si richiede l'estradizione risulti punibile con la pena capitale da una legge statunitense⁴⁵⁸, essendo tale sanzione abolita in tutti gli Stati membri dell'UE. In tale circostanza, lo Stato richiesto può concederla alla condizione che la persona ricercata non sia condannata a morte, oppure,

⁴⁵³ DENZA, E., *op. cit.*, pag. 1069.

⁴⁵⁴ Entrambi gli accordi sono stati conclusi dall'Unione sulla base degli artt. 24 e 38 TUE. Si tratta dei primi accordi conclusi dall'UE con Stati terzi nell'ambito del terzo pilastro.

⁴⁵⁵ Cfr. artt. 3 e 18 Accordo UE-USA sull'extradizione tra l'Unione europea e gli Stati Uniti d'America, in *GUE*, L 181 del 19 luglio 2003, pag. 27 e ss.; cfr. artt. 3 e 14 Accordo UE-USA sulla mutua assistenza giudiziaria tra l'Unione europea e gli Stati Uniti d'America, in *GUE*, L 181 del 19 luglio 2003, pag. 34 e ss.

⁴⁵⁶ Cfr. art. 4 Accordo UE-USA sull'extradizione.

⁴⁵⁷ Cfr. art. 11 Accordo UE-USA sull'extradizione.

⁴⁵⁸ Occorre ricordare che gli Stati Uniti non hanno ratificato il Secondo Protocollo facoltativo al Patto sui diritti civili e politici sull'abolizione della pena di morte del 15 dicembre 1989.

se la condanna è inflitta, questa non venga eseguita. Se lo Stato richiedente non accetta tali condizioni, «la richiesta può essere respinta». Tale formulazione appare criticabile laddove prevede la mera facoltà e non l'obbligo dello Stato membro richiesto di negare l'estradizione qualora non vengano soddisfatte le condizioni sopra indicate. La tutela a favore dell'estradando sembra infatti notevolmente in pericolo. Altrettanto criticabile risulta l'art. 3 par. 1 lett. j) che lascia allo Stato membro la discrezionalità di applicare l'art. 13 in sostituzione o in mancanza di disposizioni che disciplinano la pena di morte contenute nel trattato bilaterale concluso con gli USA. Si tratta di una soluzione in linea con la Risoluzione 45/116 dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite, che indica come clausola facoltativa il rifiuto dell'estradizione in caso di pena di morte⁴⁵⁹. Essa appare tuttavia in contrasto non solo con il diritto alla vita, ma anche con il divieto di trattamenti inumani o degradanti garantiti a livello dell'Unione europea dagli artt. 2 e 3 CEDU, quali principi generali del diritto comunitario, e dagli artt. 1 e 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE⁴⁶⁰. Secondo la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, infatti, il fatto stesso che una persona sia condannata alla pena capitale, anche se questa non viene eseguita, è sufficiente per configurare una violazione della CEDU⁴⁶¹.

È opportuno inoltre evidenziare che nell'Accordo manca una disposizione specifica dedicata al rispetto dei diritti fondamentali. Tale assenza risulta criticabile, stante le profonde differenze esistenti tra la legislazione statunitense e quella in vigore nell'UE. Non appare infatti sufficiente quanto stabilito nel Preambolo dell'Accordo, che si limita a richiamare genericamente il rispetto dei diritti della persona e dello Stato di diritto e il diritto ad un equo processo e ad una sentenza pronunciata da un tribunale imparziale costituito a norma di legge.

Tra le lacune dell'Accordo in esame occorre segnalare anche la mancata individuazione del principio del *ne bis in idem* come motivo di rifiuto dell'estradizione. Quest'ultimo, tuttavia, essendo previsto nella maggior parte degli accordi bilaterali conclusi dagli Stati membri con gli USA, può trovare applicazione poiché l'art. 17 dell'Accordo riconosce allo Stato richiesto la facoltà di addurre motivi di rifiuto previsti da una norma del Trattato bilaterale.

Infine, per quanto concerne la comunicazione di informazioni sensibili, l'art. 14 prevede la possibilità per lo Stato richiedente di consultarsi con lo Stato richiesto per

⁴⁵⁹ Cfr. SPATAFORA, E., *Pena di morte e diritti dell'uomo nell'Accordo tra l'Unione europea e gli Stati Uniti d'America sull'estradizione*, in *Riv. della cooperazione giuridica internazionale*, aprile 2004, pag. 31.

⁴⁶⁰ Secondo DELTUFO, M., «quest'accordo (...) prevede all'art. 13 un clamoroso, illegittimo ed inaccettabile ritorno in dietro rispetto alle acquisizioni della cultura giuridica europea in tema di estradizione e pena di morte», in DELTUFO, M., *La tutela della libertà delle persone e l'Europa*, op. cit. pag. 267.

⁴⁶¹ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 7 luglio 1989, *Soering c. Regno Unito*, in *Racc.*, Serie A 161. Cfr. sul punto GEORGOPOULOS, T., *What kind of treaty-making power for the EU? Constitutional problems related to the conclusion of the EU-US Agreements on Extradition and Mutual Legal Assistance*, in *European Law Review*, 2005, pag. 198 e ss.

stabilire in che misura quest'ultimo è in grado di proteggere le informazioni che gli verranno trasmesse. Se lo Stato richiesto non è in grado di proteggerle nel modo voluto dallo Stato richiedente, quest'ultimo potrà decidere se comunicargliele comunque. La norma intende riferirsi al diritto alla riservatezza, ma manca un richiamo espresso a tale diritto e alle garanzie ad esso collegate.

Dall'analisi dell'Accordo UE-USA sull'estradizione emergono dunque gravi carenze in materia di diritti della persona. Pur auspicando che in occasione del riesame, previsto dopo cinque anni dall'entrata in vigore dell'Accordo⁴⁶², vengano introdotte alcune modifiche, si ritiene che difficilmente queste potranno riguardare le garanzie del ricercato, data la tendenza repressiva cui si assiste.

L'Accordo UE-USA sulla mutua assistenza giudiziaria ricorda, per alcuni aspetti, la Convenzione del 2000 tra Stati membri dell'UE e il relativo protocollo. Anch'esso infatti dedica alcuni articoli alle questioni relative agli accertamenti bancari e al collegamento in videoconferenza per l'assunzione della deposizione del testimone e del perito⁴⁶³.

L'istituzione di squadre investigative comuni è regolata dall'art. 5 dell'Accordo. A differenza della Convenzione del 2000, però, mancano sia l'indicazione dei casi particolari in cui è possibile costituire tali squadre sia la regolamentazione dell'utilizzo delle informazioni ottenute.

L'Accordo sulla mutua assistenza giudiziaria presenta inoltre le stesse lacune in materia dei diritti fondamentali che sono state evidenziare per il trattato sull'estradizione⁴⁶⁴. Nessuna disposizione viene infatti dedicata alla tutela dei diritti dell'uomo. L'unico riferimento ad essi è contenuto nel Preambolo che richiama genericamente il rispetto dei diritti della persona, dello Stato di diritto, del diritto a un equo processo e a una sentenza pronunciata da un tribunale imparziale. A differenza della Convenzione del 2000 sulla mutua assistenza tra Stati membri dell'UE⁴⁶⁵, l'Accordo UE-USA non prevede alcuna norma sulla protezione dei dati personali. L'art. 10, dedicato alla richiesta di riservatezza da parte dello Stato richiedente, si limita a stabilire che lo Stato richiesto si adopera al massimo per garantire la riservatezza della richiesta e del suo contenuto, se così gli è domandato dallo Stato richiedente. Nessuna disposizione garantisce invece il rispetto del diritto di accesso alle informazioni e di ricorso, né il principio di finalità limitata, di esattezza ed aggiornamento dei dati. Si tratta di lacune preoccupanti dal momento che, come si è avuto già occasione di evidenziare, gli Stati Uniti, a differenza dell'Unione europea, non considerano la protezione della vita privata come un diritto fondamentale, ma regolano la sua disciplina

⁴⁶² Cfr. art. 21 dell'Accordo UE-USA sull'estradizione.

⁴⁶³ A differenza della Convenzione del 2000, non viene prevista la possibilità di procedere all'audizione dell'imputato attraverso l'impiego di tali tecnologie.

⁴⁶⁴ Secondo GEORGOPOULOS, T., «the conclusion of the EU-US Agreements should be understood in the light of their tendency to generate derogations from European safeguards that are supposed to be central to European legal system», in *op.cit.*, pag. 204.

⁴⁶⁵ Cfr. *supra*, par. IV.1.

con norme specifiche, aventi come unici beneficiari i cittadini americani o coloro che risiedono legalmente nel territorio statunitense⁴⁶⁶.

IV.3: Considerazioni conclusive sul rispetto delle garanzie del giusto processo nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia dell'UE

Dall'esame delle proposte e degli atti adottati nell'ambito della cooperazione giudiziaria penale è emersa la tendenza a sviluppare l'aspetto repressivo del diritto penale piuttosto che quello legato alla tutela delle garanzie processuali. Queste ultime sono viste principalmente nella loro veste di limite alla cooperazione giudiziaria penale, anche se dovrebbero assumere l'ulteriore ruolo di veri e propri obiettivi.

Gli Stati membri appaiono più propensi a sviluppare lo strumento del mutuo riconoscimento che non tende all'unità, ma alla salvaguardia delle diversità tra i vari ordinamenti nazionali, piuttosto che quello dell'armonizzazione, espressamente previsto dal Trattato con riferimento però al solo diritto penale sostanziale.

L'applicazione del principio del mutuo riconoscimento si manifesta nell'adozione di una serie di atti che rappresentano la concretizzazione di un programma di misure ben individuato già nel gennaio del 2001 e che ha trovato negli attentati dell'11 settembre un ulteriore motivo di sviluppo. Le proposte e gli atti adottati per l'attuazione del ravvicinamento delle legislazioni mostrano, tuttavia, a differenza di quella espressione del principio del mutuo riconoscimento, una tendenza a reagire a situazioni che l'opinione pubblica reputa urgenti, con conseguente rischio d'incoerenza nell'azione dell'Unione e soprattutto di sbilanciamento a favore del carattere repressivo del diritto penale.

L'obbligo di rispettare ed osservare i diritti fondamentali e i principi sanciti dall'art. 6 TUE e dalla Carta è presente nella maggior parte degli atti e delle proposte. Esso viene normalmente richiamato nel preambolo, salvo, in alcuni casi, essere specificato in appositi articoli del testo, che tuttavia risultano carenti rispetto alle previsioni della CEDU.

Com'è possibile constatare, non è stato tuttavia dato seguito al metodo dell'armonizzazione. Laddove il principio del mutuo riconoscimento consente una forma di esportazione della procedura penale che offre le minori garanzie, lo strumento dell'armonizzazione contribuisce invece a trovare norme minime comuni, rafforzando la fiducia reciproca che è alla base dello stesso principio del mutuo riconoscimento.

Non è tuttavia possibile parlare di spazio penale europeo senza un adeguato sviluppo anche dello strumento dell'armonizzazione.

⁴⁶⁶ Cfr. *supra*, Cap. II par. III.3.

Gli ostacoli che incontra l'armonizzazione della legislazione penale sia materiale che processuale sono legati alla tendenza conservatrice degli Stati e alle diverse tradizioni giuridiche e culturali.

La predominanza dell'aspetto repressivo del diritto penale si manifesta nell'adozione di strumenti legislativi di armonizzazione delle sanzioni penali che individuano il minimo del massimo edittale della pena, senza prendere invece in considerazione anche il limite massimo. A conferma di questa tendenza è possibile richiamare anche la predominanza della pena privativa della libertà sulle altre forme di sanzioni.

La propensione verso l'aspetto repressivo si manifesta anche nell'adozione di misure di armonizzazione del diritto penale processuale. Non è un caso che uno dei primi atti adottati riguardi la tutela delle vittime di reato, mentre deve ancora essere emanato l'atto che individua le garanzie procedurali della persona interessata da procedimenti penali. Su quest'ultimo aspetto gli Stati membri hanno manifestato la volontà di ridurre il contenuto della proposta presentata dalla Commissione al fine di concentrarsi solo sugli standards minimi, conformemente alle disposizioni della CEDU.

Infine, lo strumento della cooperazione giudiziaria tradizionale tra gli Stati membri appare in declino. Le difficoltà legate all'entrata in vigore delle convenzioni rendono preferibile l'adozione di decisioni-quadro. Alcuni aspetti regolati dalla Convenzione sull'assistenza giudiziaria del 2000 sono infatti oggetto di decisioni-quadro o di proposte di decisioni-quadro. Lo strumento della convenzione continua invece ad essere utilizzato per la cooperazione tra l'Unione europea e i Paesi terzi. Come si è cercato di evidenziare, negli Accordi conclusi con gli Stati Uniti emergono gravi carenze in materia di diritti della persona. Difficilmente in occasione della loro revisione potranno essere colmate, se viene mantenuta l'attuale tendenza repressiva.

CAPITOLO IV

Quale tutela giurisdizionale nel terzo pilastro?

I: Le interazioni tra i gradi di giurisdizione

Dopo aver esaminato le proposte e gli atti adottati dalle istituzioni comunitarie nell'ambito dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia aventi ripercussioni sul diritto alla protezione dei dati personali e sulle garanzie processuali ed dopo aver evidenziato in quale misura essi siano rispettosi dei diritti sopra richiamati, appare opportuno verificare se i beneficiari di tali diritti godano di un'effettiva tutela giurisdizionale.

Occorre infatti ricordare che l'enunciazione del rispetto dei diritti fondamentali contenuta nell'art. 6 TUE e negli atti esaminati non appare di per sé sufficiente. È infatti necessario che sia assicurato l'accesso effettivo ad idonee vie di ricorso giurisdizionale che permettano di sindacare la conformità di un atto dell'UE con i diritti fondamentali ed ottenere la riparazione dell'eventuale torto subito.

Come è già stato messo in evidenza, nelle materie regolate dal Titolo VI TUE, le competenze della Corte di giustizia sono limitate¹ e non ugualmente accettate da tutti gli Stati membri. In particolare, la competenza pregiudiziale varia a seconda che questi ultimi abbiano effettuato una dichiarazione con cui precisano se il rinvio può essere effettuato da ogni giurisdizione nazionale o solo da quelle di ultima istanza². Occorre inoltre ricordare che l'individuo, per fare valere l'illegittimità di un atto del terzo pilastro, non ha accesso diretto alla Corte. La ragione di tale previsione è da ricondurre al carattere ancora intergovernativo della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale. Tale esclusione, tuttavia, non risulta coerente con il fatto che gli atti adottati in tali materia incidono direttamente nella sfera della libertà personale³.

La Corte di giustizia ha riconosciuto i limiti a cui è sottoposta la sua azione affermando che «non esiste un sistema completo di rimedi giuridici e di procedure destinato ad assicurare la legittimità degli atti delle istituzioni nell'ambito del titolo

¹ Cfr. *supra*, Cap. I, par. IV.

² Quattordici Stati membri hanno dichiarato di accettare la competenza pregiudiziale della Corte, mentre i restanti undici non si sono ancora pronunciati. Cfr. *supra*, Cap. I, par. IV. L'art. 35 par. 3 si riferisce alla "facoltà" di ricorrere alla Corte e non all'"obbligo" per i giudici di ultima istanza. La Dichiarazione n. 10 sull'art. 35 TUE allegata all'atto finale del Trattato di Amsterdam prevede, tuttavia, che gli Stati si riservano il diritto di prevedere l'obbligo di rinvio per i giudici di ultima istanza. L'Avvocato generale Mengozzi, nelle conclusioni presentata il 26 ottobre 2006 per le cause riunite C-354/04P e C-355/ P, *Gestora pro Amnistia e Segi*, in www.curia.europa.eu, ha sottolineato come simile obbligo di rinvio trovi la sua fonte nel diritto interno dello Stato membro e non nel diritto dell'Unione, cfr. punto 117.

³ Cfr. LUGATO, M., *op. cit.*, pag. 48.

VI»⁴. Nella causa *Segi* l'Avvocato generale Mengozzi ha ritenuto che tale affermazione debba essere intesa nel senso che, non avendo la Corte di giustizia le competenze sufficienti a garantire un controllo sulla legittimità degli atti del terzo pilastro, spetta ai giudici nazionali assicurare una tutela giurisdizionale effettiva in tali settori. La loro competenza troverebbe fondamento nei principi dello Stato di diritto, del rispetto dei diritti fondamentali e di leale cooperazione⁵. L'Avvocato generale ha pertanto affermato che, come nel pilastro comunitario, anche nel terzo pilastro spetta agli Stati membri prevedere un sistema di rimedi giurisdizionali e di procedimenti inteso a garantire il rispetto del diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva⁶. Sulla base di tale considerazione ha quindi sostenuto che «il sistema giurisdizionale dell'Unione non è costituito (...) dalle sole vie di ricorso esperibili dinanzi alla Corte di giustizia, ma anche da quelle esperibili dinanzi ai giudici nazionali»⁷. La mancanza di un quadro completo di rimedi giuridici davanti alla Corte di giustizia costituisce quindi «un indice pertinente di debole integrazione solo ove lo si riferisca al livello *sopranazionale*»⁸.

In un'ottica multilivello la tutela dei diritti fondamentali impegna dunque più ordinamenti⁹. Occorre pertanto fare riferimento anche ai mezzi di ricorso esperibili davanti dai giudici nazionali. Questi ultimi sono chiamati «ad interpretare ed applicare le norme procedurali nazionali che disciplinano l'esercizio delle azioni in maniera da consentire alle persone fisiche e giuridiche di contestare in sede giudiziale la legittimità di ogni decisione o di qualsiasi altro provvedimento nazionale relativo all'applicazione nei loro confronti di un atto comunitario di portata generale»¹⁰. Le Corti nazionali rappresentano i giudici di diritto comune del diritto comunitario sui quali grava il compito di garantire il rispetto dei diritti fondamentali. La protezione giurisdizionale assicurata dai giudizi nazionali dovrebbe compensare pertanto le insufficienze proprie delle vie di ricorso previste dal Trattato.

Sempre più frequenti sono i casi che coinvolgono più livelli di tutela.

Nel caso *Segi* il Tribunale di primo grado è stato chiamato a pronunciarsi sulla compatibilità di atti del terzo pilastro adottati in attuazione di risoluzioni del Consiglio di sicurezza con i diritti fondamentali¹¹.

La ricorrente si era rivolta al Tribunale di primo grado per chiedere il risarcimento del danno derivante dalla sua iscrizione nell'elenco delle persone

⁴ Punto 35, sentenza *Pupino*, cfr. *supra*, Cap. III, par. I. 1.

⁵ Cfr. punto 105 conclusioni Avvocato generale, cause riunite *Gestora pro Amnistia e Segi*, cfr. *supra*.

⁶ Le conclusioni cui giunge l'Avvocato generale rispecchiano quanto affermato dalla Corte di giustizia nella sentenza del 25 luglio 2000, *Union de Pequeños Agricultores*, causa C-50/00, punto 42.

⁷ Punto 111 conclusioni Avvocato generale, cause riunite *Gestora pro Amnistia e Segi*, cfr. *supra*.

⁸ Punto 125, conclusioni Avvocato generale, cause riunite *Gestora pro Amnistia e Segi*, cfr. *supra*.

⁹ Cfr. BILANCIA, P., *Le nuove frontiere della tutela multilivello dei diritti*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

¹⁰ Cfr. Corte di giustizia, sentenza del 25 luglio 2000, *Union de Pequeños Agricultores*, causa C-50/00, punto 42.

¹¹ Tribunale di primo grado, ordinanza del 7 giugno 2004, causa T-338/02, *Segi e altri*, in www.curia.europa.eu.

contenuto nella posizione comune 2001/931/PESC¹² relativa all'applicazione di misure specifiche per la lotta al terrorismo. Tale atto era stato adottato dal Consiglio dell'UE sulla base dell'art. 15 e dell'art. 34 TUE per attuare una risoluzione del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite. Più in particolare la Segi rientrava tra quei soggetti sottoposti all'applicazione dell'art. 4 della posizione comune che obbligano gli Stati a prestarsi la massima assistenza reciproca in relazione alle indagini o ai procedimenti giudiziari in materia di finanziamento o di supporto ad atti terroristici¹³.

In un primo momento la Segi aveva presentato ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo lamentando la violazione di alcuni diritti garantiti dalla CEDU, quali la presunzione d'innocenza, il diritto ad equo processo e ad un ricorso giurisdizionale effettivo davanti ad un giudice imparziale, la libertà di espressione e la libertà di associazione. La ricorrente si considerava vittima diretta e potenziale delle disposizioni adottate in ambito dell'UE e aveva pertanto chiamato in giudizio tutti gli Stati membri dell'UE. La Corte di Strasburgo ha, però, dichiarato il ricorso irricevibile¹⁴, poiché aveva ad oggetto una violazione potenziale, e non attuale, dei diritti riconosciuti dalla CEDU¹⁵. L'articolo 4 della posizione comune 2001/931/PESC conteneva, infatti, solo un obbligo di cooperazione per gli Stati che non incideva direttamente sulla ricorrente. Quest'ultima avrebbe potuto dirsi direttamente coinvolta e sarebbe stata legittimata ad agire di fronte alle giurisdizioni nazionali o internazionali solo nel caso in cui fossero state adottate misure concrete di applicazione della norma richiamata.

La Segi si è quindi rivolta al Tribunale di primo grado lamentando uno sviamento di procedura perpetrato dal Consiglio dell'UE. Secondo la ricorrente il Consiglio aveva scelto in maniera fraudolenta un atto del terzo pilastro per evitare il controllo democratico e giurisdizionale. L'elenco dei soggetti oggetto della cooperazione giudiziaria e di polizia era contenuto infatti nella posizione comune, a differenza di quello dei soggetti coinvolti in atti terroristici che era previsto in un

¹² Cfr. posizione comune 2001/931/PESC relativa all'applicazione di misure specifiche per la lotta al terrorismo, in *GUE*, L 344 del 28 dicembre 2001, pag. 93 e ss.

¹³ L'art. 4 stabilisce che «Gli Stati membri si prestano, nell'ambito della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale prevista dal titolo VI del trattato sull'Unione europea, la massima assistenza possibile ai fini della prevenzione e della lotta contro gli atti terroristici. A questo scopo, per quanto riguarda le indagini e le azioni penali condotte dalle loro autorità nei confronti di persone, gruppi ed entità di cui all'allegato, essi si avvalgono appieno, su richiesta, dei poteri di cui dispongono in virtù di atti dell'Unione europea e di altri accordi, intese e convenzioni internazionali vincolanti per gli Stati membri».

¹⁴ Corte europea, decisione del 23 maggio 2002, *Segi e altri c. tutti gli Stati membri dell'UE*, in *www.coe.int*.

¹⁵ Il ricorso alla Corte europea non può avere ad oggetto una violazione potenziale della CEDU, ma interviene *a posteriori* per constatare una violazione già avvenuta. Solo in alcuni casi eccezionali il rischio di una violazione futura può conferire al ricorrente lo status di vittima di una violazione della CEDU, cfr. Commissione europea dei diritti dell'uomo, decisione del 4 dicembre 1995, *Noël Narvii Tauria e altri c. Francia*. I casi eccezionali ammessi sono stati individuati nelle pronunce *Klass et altri c. Germania* del 6 settembre 1978, serie A n° 28, § 33; *Dudgeon c. Regno Unito* del 22 ottobre 1981, serie A n° 45; *Soering c. Regno Unito* del 7 luglio 1989, serie A n° 161; *Beldjoudi c. Francia* del 26 marzo 1992, serie A n° 234.

regolamento comunitario. La ricorrente pertanto lamentava un'illecita discriminazione a suo danno.

Il Tribunale di primo grado ha respinto il ricorso affermando che l'unico fondamento normativo per gli atti all'origine del danno lamentato era costituito dall'art. 34 TUE e che nell'ambito del titolo VI TUE non era previsto alcun ricorso per risarcimento dei danni. Pur avendo riconosciuto che i ricorrenti non avevano a disposizione nessuna tutela giurisdizionale effettiva, né dinnanzi ai giudici comunitari né dinnanzi ai giudici nazionali perché mancava l'atto di applicazione ha concluso che «l'assenza di tutela giurisdizionale non può costituire, di per sé, un titolo di competenza comunitaria autonomo in un sistema giuridico basato sul principio delle competenze di attribuzione quale risulta dall'art. 5 TUE»¹⁶. Il Tribunale si è quindi dichiarato incompetente a statuire sul ricorso per risarcimento dei danni contro un atto del terzo pilastro, ma si è riconosciuto competente a giudicare lo sviamento di procedura. A tale riguardo ha concluso che la cooperazione giudiziaria e di polizia prevista dall'art. 4 della posizione comune non viola le disposizioni del Trattato CE, poiché quest'ultime sono dirette ad attuare atti adottati nel settore del pilastro PESC e non quelli del terzo pilastro.

La pronuncia del Tribunale di primo grado è stata impugnata davanti alla Corte di giustizia. Nelle proprie conclusioni l'Avvocato generale, pur escludendo che il giudice comunitario potesse statuire sul risarcimento dei danni causato da una norma che trova la sua base giuridica nel titolo VI del TUE, ha tuttavia ritenuto ingiustificata la valutazione circa l'assenza di una tutela giurisdizionale effettiva nell'ambito del terzo pilastro. La tesi si basa sull'assunto che se si accettasse che contro gli atti adottati nell'ambito del terzo pilastro i singoli non godono di una tutela giurisdizionale effettiva, si creerebbe «una gravissima e flagrante incoerenza di sistema sul piano interno dell'Unione»¹⁷. Una tale conclusione esporrebbe certamente gli Stati membri dell'Unione ad una censura sul piano esterno da parte della Corte europea.

L'Avvocato generale di fronte all'assenza di un ricorso per risarcimento dei danni per atti del terzo pilastro ha trovato una via di uscita attribuendo al giudice nazionale il potere di assicurare una tutela giurisdizionale effettiva del singolo. Per corroborare la propria tesi ha richiamato l'art. 6 par. 1 e 2 TUE in forza del quale l'Unione ammette il sindacato giurisdizionale della legittimità dell'azione delle proprie istituzioni e garantisce la tutela giurisdizionale dei diritti. L'art. 46 TUE si occupa delle competenze del giudice comunitario. Per evitare che vengano sacrificate le esigenze di tutela giurisdizionale effettiva, appare quindi necessario riconoscere che la tutela

¹⁶ Tribunale di primo grado, ordinanza *Segi*, cfr. *supra*, punto 38. Tale soluzione potrebbe a prima vista apparire condivisibile. Tuttavia, come ha giustamente affermato l'Avvocato generale, cfr. *supra*, non può essere visto con favore un ordinamento che dichiara di rispettare i diritti fondamentali e tollera che i destinatari di provvedimenti che sono suscettibili di ledere i loro interessi, siano privati di una tutela giurisdizionale effettiva

¹⁷ Punto 85 conclusioni Avvocato generale, caso *Segi*.

risarcitoria perseguita dalla ricorrente possa essere assicurata dai giudici nazionali. Il riconoscimento di tale competenza comporta tuttavia il rischio di disomogeneità nell'applicazione degli atti del terzo pilastro. Rispetto alla mancanza di tutela giurisdizionale effettiva, il rischio di disomogeneità rappresenterebbe però il male minore¹⁸.

Non c'è dubbio che la soluzione preferibile sarebbe quella di riformare le disposizioni del Trattato UE, estendendo le competenze della Corte, così come previsto dal Trattato-Costituzione¹⁹, ma in mancanza di tali riforme o dell'entrata in vigore del Trattato-Costituzione, l'Avvocato generale ha concluso che agli individui deve comunque essere garantito il rispetto del diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva, anche attraverso il ricorso ai giudici nazionali.

La Corte di giustizia, pronunciandosi sulla causa in esame, ha giudicato irricevibile il ricorso nella parte in cui la Segi non indicava i motivi per i quali riteneva errata la base giuridica scelta²⁰. I giudici di Lussemburgo si sono inoltre dichiarati incompetenti a pronunciarsi nel terzo pilastro su di un ricorso per risarcimento, sposando la tesi del Tribunale e dell'Avvocato generale. La Corte, infine, ha affermato che le proprie competenze risultano meno estese nel terzo pilastro e che spetterebbe agli Stati riformare il sistema vigente attraverso la procedura di revisione prevista dall'art. 48 TUE. Pur ammettendo tali limitazioni, la Corte ha sostenuto che i ricorrenti non potevano fondatamente dirsi privi di qualsiasi tutela giurisdizionale effettiva. La conclusione cui è giunta corrisponde a quella del Tribunale e dell'Avvocato generale. Risulta però diverso il ragionamento che ne è alla base. La Corte ha infatti sostenuto che la tutela giurisdizionale effettiva viene garantita da un'interpretazione estensiva dell'art. 35 par. 1 TUE, che individua gli atti idonei a formare oggetto di un ricorso pregiudiziale nell'ambito del terzo pilastro. Tra questi ultimi la Corte ha fatto rientrare anche quelle posizioni comuni che, in forza del loro contenuto, hanno una portata che supera quella attribuita dal Trattato UE, producendo effetti nei confronti di terzi²¹. I giudici di Lussemburgo si sono inoltre dichiarati competenti ad esaminare la legittimità di tali atti su ricorso della Commissione e degli Stati membri, ai sensi dell'art. 35 par. 6 TUE²². Essi hanno quindi concluso che i ricorrenti non potevano fondatamente sostenere che la posizione comune impugnata, in violazione del requisito della tutela giurisdizionale effettiva, li privava della possibilità di ricorso né che l'ordinanza del Tribunale pregiudicava il loro diritto a tale tutela²³.

¹⁸ L'Avvocato generale afferma infatti che «è pur sempre preferibile una qualche “incertezza” del diritto alla certezza del “non diritto”», punto 181 delle conclusioni.

¹⁹ L'art. III-365 del Trattato-Costituzione prevede la possibilità per il singolo di esperire davanti al giudice comunitario un ricorso in annullamento anche per gli atti del terzo pilastro; l'art. III-370 riconosce la possibilità per il singolo di proporre un ricorso per il risarcimento dei danni contro l'UE.

²⁰ Corte di giustizia, sentenza del 27 febbraio 2007, *Segi*, C-355/04 P, in www.curia.europa.eu.

²¹ Cfr. punto 54 della sentenza della Corte di giustizia C-355/04 P, cfr. *supra*.

²² Cfr. punto 55 della sentenza della Corte di giustizia C-355/04 P, cfr. *supra*.

²³ Cfr. punto 57 della sentenza della Corte di giustizia, C-355/04 P, cfr. *supra*.

Il Tribunale di primo grado è stato chiamato più volte a pronunciarsi su regolamenti comunitari adottati in attuazione di decisioni PESC che recepivano le disposizioni contenute in risoluzioni del Consiglio di Sicurezza. A differenza del caso *Segi*, ad essere impugnati sono atti del primo pilastro, adottati sulla base degli artt. 60, 301, e 308 TCE. Nel caso *Yusuf*²⁴ il ricorrente chiedeva l'annullamento di un regolamento comunitario per violazione del diritto di difesa, del diritto ad un controllo giurisdizionale effettivo e del diritto di disporre dei propri beni. Similmente, nel caso *Kadi*²⁵ il ricorrente lamentava la violazione del diritto di essere ascoltato, del diritto ad un controllo giurisdizionale effettivo e del diritto al rispetto della proprietà²⁶. In entrambe le cause i ricorrenti affermavano che i regolamenti impugnati violavano i loro diritti fondamentali in quanto consentivano al Consiglio di congelare a tempo indeterminato i loro capitali senza fornire la possibilità di essere previamente informati e ascoltati ed avere la possibilità di contestare davanti ad un organo giurisdizionale il loro inserimento nelle liste redatte dal Comitato delle sanzioni²⁷.

In entrambe le cause il Tribunale di primo grado ha svolto una lunga analisi dei rapporti tra l'ordinamento internazionale e quello comunitario per stabilire fino a che punto gli Stati membri e la Comunità europea sono vincolati dalle risoluzioni del Consiglio di Sicurezza. È giunto alla conclusione che gli obblighi assunti in base alla Carta della Nazioni Unite, pur essendo rivolti solo agli Stati, vincolano anche la Comunità per una serie di ragioni. Prima fra tutte la previsione contenuta negli artt. 297 e 307 primo comma del TCE, secondo la quale le disposizioni del Trattato non pregiudicano i diritti e gli obblighi derivanti da convenzioni concluse dagli Stati anteriormente al Trattato. Il Tribunale richiama inoltre la giurisprudenza della Corte di giustizia secondo la quale le competenze della Comunità devono venir esercitate nel rispetto del diritto internazionale. Il diritto comunitario deve quindi essere interpretato

²⁴ Tribunale di Primo Grado, sentenza del 21 settembre 2005, *Yusuf*, T-306/01, in www.curia.europa.eu.

²⁵ Tribunale di Primo Grado, sentenza del 21 settembre 2005, *Kadi*, T-315/01, in www.curia.europa.eu.

²⁶ Il sig. Kadi aveva proposto ricorso avverso il provvedimento nazionale adottato in attuazione della risoluzione del Consiglio di Sicurezza. Nell'udienza preliminare il giudice adito pur avendo giudicato la richiesta non manifestamente priva di fondamento, aveva accolto la posizione del governo del Regno Unito. Quest'ultimo aveva sostenuto che, a causa dell'effetto diretto del diritto comunitario, il procedimento aperto dal ricorrente a livello nazionale doveva essere giudicato irrilevante a meno che il ricorrente non avesse vinto la causa anche rispetto al regolamento comunitario impugnato.

²⁷ Il Comitato delle sanzioni, istituito con una risoluzione del Consiglio di Sicurezza, è un organo politico composto dai rappresentanti di tutti gli Stati membri del Consiglio di Sicurezza. La sua funzione è quella di tenere aggiornato l'elenco delle persone ed degli enti associati ad Osama Bin Laden, sulla base delle informazioni comunicate dagli Stati. Gli individui e gli enti non sono autorizzati a presentarsi direttamente davanti al Comitato delle sanzioni, ma possono rivolgersi al Governo del Paese di cittadinanza o di residenza perché presenti una domanda di cancellazione. Il sig. Yusuf si era rivolto al governo svedese perché chiedesse al Comitato delle sanzioni la cancellazione nella lista del proprio nominativo. Il Comitato delle sanzioni aveva risposto che non era possibile procedere ad un esame nel merito della richiesta. Il sig. Yusuf si era quindi rivolto al Tribunale di primo grado per l'annullamento del regolamento comunitario che attua le disposizioni del Consiglio di Sicurezza.

alla luce delle norme pertinenti del diritto internazionale²⁸. Infine il Tribunale sostiene che l'art. 301 TCE sia stato inserito proprio per dare fondamento specifico alle sanzioni che la Comunità può prendere nei confronti di Paesi terzi per ragioni politiche, in applicazione di una risoluzione del Consiglio di sicurezza²⁹. I giudici di Lussemburgo hanno ritenuto che i provvedimenti controversi potessero trovare fondamento nel cumulo delle tre basi giuridiche, artt. 60, 301, e 308 TCE. Il ricorso a quest'ultimo si sarebbe reso necessario non tanto per realizzare obiettivi comunitario, per la necessità di non impedire all'Unione di contrastare il terrorismo attraverso sanzioni rivolte non già a Stati terzi, ma ad individui.

Queste considerazioni sono servite al Tribunale per concludere che le istituzioni comunitarie, nell'adottare i regolamenti che danno esecuzione alle risoluzioni del Consiglio di sicurezza, agiscono in base ad una competenza vincolata e non dispongono di alcun potere discrezionale. Come conseguenza di tale assunto, il Tribunale ha ritenuto che non fosse possibile effettuare un controllo sulla legittimità dei regolamenti, che i ricorrenti ritenevano contrastanti con i diritti fondamentali previsti dall'ordinamento comunitario, perché questo avrebbe comportato un inammissibile controllo sulle risoluzioni del Consiglio di sicurezza.

Il Tribunale, pur affermando che sono menomati i diritti fondamentali tutelati dall'ordinamento comunitario, ha sostenuto che le risoluzioni del Consiglio di sicurezza si sottraggono al suo sindacato. Si è invece riconosciuto competente a controllare la legittimità esterna dei regolamenti per quanto attiene al rispetto da parte delle istituzioni comunitarie delle norme di competenza e delle forme sostanziali imposte al loro operato alla luce dello *ius cogens*.

Con riferimento al diritto di essere ascoltato, il Tribunale ha ricordato che è ammessa la possibilità per gli interessati di rivolgersi al Comitato delle sanzioni tramite le autorità nazionali e di proporre un ricorso giurisdizionale fondato sul diritto interno o sul regolamento impugnato, se queste rifiutano abusivamente di attivare tale procedura.

In merito al diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva, il Tribunale ha rilevato che l'interessato non disponeva di alcun rimedio giurisdizionale poiché il Consiglio di sicurezza non ha ritenuto opportuno individuare un giudice internazionale indipendente con competenza in tale materia. Tale lacuna non è tuttavia apparsa, agli occhi del Tribunale, contraria allo *ius cogens* perché il diritto di ricorrere ai tribunali non è un diritto assoluto, ma può essere derogato in caso di pericolo pubblico eccezionale. L'interesse generale a che la pace e la sicurezza siano mantenute prevarrebbe pertanto sull'interesse ad una tutela giurisdizionale effettiva. Il Tribunale ponendo sul piatto della bilancia questi elementi ha elaborato una soluzione che è espressione della deferenza dei giudici di Lussemburgo alle politiche comunitarie. Il Tribunale ha cercato

²⁸ Cfr. punto 199 della sentenza *Kadi* del Tribunale di primo grado.

²⁹ Cfr. punto 202 della sentenza *Kadi* del Tribunale di primo grado.

però di temperare questa conclusione richiamando la possibilità per l'interessato di rivolgersi al Comitato delle sanzioni.

Tale soluzione non convince affatto poiché il Comitato delle sanzioni costituisce un organo politico. La possibilità di chiedere la cancellazione del proprio nominativo mediante l'intervento dello Stato di cittadinanza o di residenza non può infatti essere considerata una forma di ricorso giurisdizionale.

Inoltre se è vero che il diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva e il diritto di difesa possono trovare delle limitazioni, è anche vero che si deve trattare di deroghe temporanee, fondate su circostanze eccezionali. Come è stato rilevato «la lotta della comunità internazionale al terrorismo (...) non può essere considerata una circostanza eccezionale tale da giustificare una deroga a tempo indeterminato dei diritti e delle libertà fondamentali»³⁰. La minaccia terroristica, purtroppo, non costituisce più una situazione eccezionale che giustifica una deroga ai diritti fondamentali.

In ogni caso, la scelta del Tribunale di escludere dalle proprie competenze la verifica circa la conformità dei regolamenti ai diritti fondamentali tutelati dal diritto comunitario desta perplessità. In mancanza di un giudice internazionale indipendente che valuti la legittimità delle risoluzioni del Consiglio di sicurezza, i giudici comunitari, oltre a quelli nazionali, dovrebbero riconoscersi competenti. Le risoluzioni recepite attraverso regolamenti comunitari entrano infatti a far parte dell'ordinamento comunitario. Trattandosi di atti interni dovrebbero pertanto essere soggetti ai controlli di legittimità previsti dal Trattato. Anche se la soluzione adottata dal Tribunale può essere considerata la più adeguata da un punto di vista di opportunità politica, desta invece qualche dubbio da un punto di vista giuridico dal momento che coinvolge un ordinamento fondato sul principio di legalità³¹. Vi è infatti il rischio che si crei una categoria di atti, quelli che attuano risoluzioni del Consiglio di sicurezza, che non è sottoposta ad alcun controllo, eccetto quello relativo ai requisiti formali dell'atto. Occorre ricordare che l'adattamento al diritto internazionale incontra un limite nei valori fondamentali dell'ordinamento chiamato a recepirlo. Se per ragioni di opportunità politica il Tribunale non riteneva di poter controllare la conformità dei regolamenti adottati in attuazione delle risoluzioni ONU con i diritti fondamentali tutelati dall'ordinamento comunitario, esso avrebbe potuto affermare che la Comunità non era competente ad adottare tali atti. L'utilizzo dell'art. 308 TCE congiuntamente ad altre basi giuridiche, appare infatti discutibile poiché i regolamenti impugnati non perseguono obiettivi comunitari³².

³⁰ CONCOLINO, B., *L'applicazione delle sanzioni del Consiglio di sicurezza nella CE: competenza vincolata c. tutela dei diritti umani*, in *Dir. pubbl. comparato ed europeo*, I-2006, pag. 154.

³¹ Cfr. CONCOLINO, B., *op. cit.*, pag. 152 e ss.

³² Cfr. BARTOLONI, M. E., *L'ambito di applicazione ratione personae degli articoli 301 e 60 TCE nelle recenti sentenze Yusuf e Kadi*, in *Dir. UE*, 2006, pag. 326 e ss.

Altrettanto criticabile risulta il mancato riconoscimento del diritto di difesa. Anche se nel bilanciamento degli interessi in gioco il Tribunale ha voluto far prevalere l'interesse generale della sicurezza rispetto al diritto dell'interessato di conoscere le informazioni che portano alla sua inclusione nella lista redatta dal Comitato delle sanzioni, non è possibile ammettere un'esclusione *in toto* il diritto ad un equo processo.

Appare inoltre criticabile l'aver ricondotto allo *ius cogens* il diritto di difesa ed il diritto ad un ricorso giurisdizionale effettivo. Un'autorevole dottrina ha infatti affermato che è assurdo sostenere che il Consiglio di sicurezza sia obbligato a riconoscere il diritto alla difesa e il diritto ad un ricorso innanzi a un giudice indipendente e imparziale, quando nell'ambito della comunità internazionale non esistono giudici se non istituiti per trattato³³. Si è parlato dunque giustamente di «“profession” de foi dans l'autorité de droit international (...) au détriment de l'autonomie de l'ordre communautaire»³⁴.

Desta infine perplessità l'affermazione del Tribunale circa la prevalenza degli obblighi degli Stati membri ai sensi della Carta delle Nazioni Unite su qualsiasi altro obbligo di diritto interno o di diritto internazionale pattizio, compreso quello derivante dalla CEDU³⁵. Il Tribunale sembra aver ignorato quanto affermato dalla Corte europea nel caso *Bosphorus*³⁶. Quest'ultima, posta di fronte ad un caso analogo, ha riconosciuto che lo Stato membro non aveva alcun margine di apprezzamento nell'attuazione di un regolamento comunitario adottato in esecuzione di una risoluzione del Consiglio di Sicurezza e ha concluso per l'immunità delle misure di esecuzione, «tout en affirmant l'autorité de la Convention»³⁷. La differenza di posizioni tra il giudice dell'UE e la Corte di Strasburgo potrebbe creare conflitti giurisprudenziali. Prima di analizzare quest'ultima pronuncia, è opportuno concludere l'esame dei casi risolti dal Tribunale di primo grado sulla scia delle sentenze *Yusuf e Kadi*³⁸.

Nel caso *Hassan*³⁹ il giudice comunitario ha ribadito quanto affermato nelle precedenti sentenze *Yusuf e Kadi*. Degna di nota appare però la circostanza che il Tribunale faccia affidamento sulle giurisdizionali nazionali per assicurare la tutela dei diritti fondamentali in assenza di disposizioni comunitarie⁴⁰.

³³ Cfr. CONFORTI, B., *Decisioni del Consiglio di sicurezza e diritti fondamentali in una bizzarra sentenza del Tribunale comunitario di primo grado*, in *Dir. UE*, 2006, pag. 341.

³⁴ LABAYLE, H., *Architecte ou spectatrice? La Cour de justice de l'Union dans l'Espace de liberté, sécurité et justice*, in *RTDE*, 1/2006, pag. 39.

³⁵ Cfr. punto 181 della sentenza *Kadi* del Tribunale di primo grado.

³⁶ Corte europea, sentenza del 30 giugno 2005, *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi c. Irlanda*, in www.coe.int

³⁷ LABAYLE, H., *op.cit.*, pag. 40.

³⁸ Sono stati presentati ricorsi avverso le sentenze *Yusuf e Kadi* davanti alla Corte di giustizia; cfr. ricorso *Yusuf*, C-415/05 P; cfr. ricorso *Kadi*, C-402/05 P, in www.curia.europa.eu.

³⁹ Tribunale di primo grado, sentenza del 12 luglio 2006, *Hassan c. Consiglio e Commissione*, in www.curia.europa.eu.

⁴⁰ Cfr. punto 121 della sentenza *Hassan* del Tribunale di primo grado.

Nel caso *Ayadi*⁴¹, il Tribunale di primo grado, a differenza delle sentenze *Yusuf e Kadi*, in cui ha affermato che «gli Stati membri hanno la facoltà e anche l'obbligo di disapplicare qualsiasi disposizione di diritto comunitario, seppur di diritto primario e un principio generale di tale diritto, che ostacoli la buona esecuzione dei loro obblighi derivanti dalla Carta delle Nazioni Unite»⁴², ha stabilito che gli Stati membri, nell'esaminare la richiesta di riesame presentata dagli interessati per attivare la procedura davanti al Comitato delle sanzioni, «sono tenuti, conformemente all'art. 6 TUE a rispettare i diritti fondamentali, come garantiti dalla CEDU e come risultano dalle tradizioni costituzionali comuni (...) dal momento che il rispetto di tali diritti fondamentali non sembra atto ad ostacolare la buona esecuzione dei loro obblighi a titolo della Carta delle Nazioni Unite»⁴³. Un'ulteriore apertura è riscontrabile nel passo della sentenza in cui si prevede che gli Stati debbano «provvedere, per quanto possibile, a che gli interessati abbiano la possibilità di far valere utilmente il loro punto di vista dinanzi alle autorità nazionali competenti, nell'ambito di una domanda di riesame. (...) Il margine di valutazione che occorre riconoscere a tali autorità deve essere esercitato in modo da tenere dovutamente conto delle difficoltà che possono avere i soggetti interessati ad assicurarsi una protezione effettiva dei loro diritti»⁴⁴. Ne deriva pertanto che il rifiuto da parte dello Stato membro di attivare la procedura diplomatica per ottenere dal Comitato delle sanzioni la cancellazione dalla lista è passibile di sindacato da parte dei giudici nazionali sulla base del diritto comunitario. Come è stato evidenziato, «il diritto d'azione trova quindi piena garanzia nel rapporto cittadino-Stato membro»⁴⁵.

Il Tribunale di primo grado si è infine occupato di un ricorso presentato dall'*Organisation des Modjahedines* inclusa nell'elenco allegato ad una posizione comune adottata in ambito PESC dal Consiglio in attuazione di una risoluzione del Consiglio di Sicurezza⁴⁶. Sulla scia del caso *Segi* il Tribunale ha affermato che la scelta di adottare una posizione comune non rappresentava, in quanto, tale una violazione delle competenze della Comunità⁴⁷ anche se comportava che le persone interessate fossero private di un rimedio giurisdizionale diretto. I giudici di Lussemburgo, invece, hanno annullato la decisione del Consiglio che attuava un regolamento relativo a misure restrittive specifiche nella parte in cui riguardava la ricorrente. A differenza dei casi *Yusuf e Kadi* in cui era stata la stessa risoluzione del Consiglio di Sicurezza ad

⁴¹ Tribunale di primo grado, sentenza del 12 luglio 2006, *Ayadi*, causa T-253/02, in www.curia.europa.eu

⁴² Punto 190 sentenza *Kadi*, cfr. punto 240 sentenza *Yusuf*.

⁴³ Punto 146 della sentenza *Ayadi* del Tribunale di primo grado.

⁴⁴ Punto 147 della sentenza *Ayadi* del Tribunale di primo grado.

⁴⁵ CAPPUCCIO, L., *Sanzioni ad Al-Queda nei regolamenti comunitari: si può agire solo nei confronti del proprio Stato di appartenenza?*, in *Quad. cost.*, 4/2006, pag. 823.

⁴⁶ Cfr. Tribunale di primo grado, sentenza del 12 dicembre 2006, *Organisation des Modjahedines du peuple d'Iran*, T-228/02, in www.curia.europa.eu

⁴⁷ Cfr. punto 58 della sentenza *Organisation des Modjahedines du peuple d'Iran*, cfr. *supra*.

individuare un elenco di persone che dovevano formare oggetto di sanzioni economiche e finanziarie, nel caso in esame spettava alla Comunità, attraverso cui gli Stati membri avevano deciso di agire, identificare concretamente le persone, i gruppi e le entità i cui fondi dovevano essere congelati. La decisione impugnata quindi non rientrava nell'ambito di una competenza vincolata, ma era il frutto di una valutazione discrezionale della Comunità. Ne derivava pertanto che il rispetto dei diritti fondamentali, quali i diritti della difesa ed il diritto ad un ricorso giurisdizionale effettivo, doveva essere assicurato dalle istituzioni comunitarie nel momento in cui agivano per conformarsi alla risoluzione del Consiglio di sicurezza. Più in particolare, il Tribunale ha affermato che il problema dei diritti della difesa poteva porsi su due livelli. Innanzitutto il rispetto di tali diritti doveva essere garantito nell'ambito del procedimento nazionale che conduce l'autorità competente all'adozione di una decisione nei confronti di persone ed entità indagate o imputate per un atto terroristico o per il tentativo di commetterlo o per la partecipazione o la sua agevolazione. In tali casi gli interessati dovevano essere in grado di far conoscere il loro punto di vista, al fine di soddisfare il pieno rispetto del diritto di difesa. Nell'ambito del procedimento comunitario, qualora il Consiglio volesse basare la propria decisione di congelamento dei beni su elementi di informazione comunicati dai rappresentanti degli Stati membri senza una previa valutazione delle autorità nazionali competenti, gli interessati dovevano essere messi in grado di far valere utilmente la loro posizione in merito alle condizioni legali di applicazione della misura comunitaria. Il Tribunale, pur ammettendo che fossero possibili alcune limitazioni dei diritti di difesa, ha affermato che gli interessati dovevano potersi difendersi utilmente davanti al Tribunale di primo grado. Perché questo fosse possibile dovevano essere comunicati gli elementi a loro carico contemporaneamente all'adozione della decisione iniziale di congelamento o al più presto possibile. Nel caso in esame, il Tribunale ha concluso che la ricorrente non aveva avuto conoscenza degli elementi specificatamente fatti valere contro di lei e, per tale ragione, non era stata in grado di argomentare il proprio ricorso davanti ai giudici comunitari, con conseguente violazione del diritto di difesa.

I casi esaminati dimostrano le difficoltà che il giudice comunitario incontra nel ricoprire il ruolo di giudice dei diritti dell'uomo. È stato infatti giustamente affermato che «la juridiction de Luxembourg éprouve, semble-t-il, quelques difficultés à se débarrasser de (*son rôle de juge de l'action des pouvoirs publics européens*) pour adopter l'angle de vue de l'individu réclamant protection face à l'ingérence des pouvoirs publics»⁴⁸.

Il Tribunale di primo grado sembra porre il sistema giurisdizionale dell'UE davanti a due possibilità: deferire ai giudici nazionali la tutela dei diritti fondamentali⁴⁹,

⁴⁸ LABAYLE, H., *op. cit.*, pag. 45.

⁴⁹ Agli interessati infatti è riconosciuta la possibilità di proporre un ricorso giurisdizionale fondato sul diritto interno e persino direttamente sul regolamento impugnato e sulle risoluzioni pertinenti del

con il rischio di disomogeneità nelle soluzioni adottate, oppure fare affidamento sull'azione della Corte europea⁵⁰.

Quest'ultima, come è noto, interviene quando i ricorsi interni sono stati esauriti e la violazione del diritto è già avvenuta. Si tratta tuttavia di un controllo esterno, a differenza di quello operato dai giudici nazionali, e a carattere sussidiario che può sopperire la mancanza all'interno del sistema dell'UE di adeguate garanzie dei diritti fondamentali⁵¹.

Gli Stati membri, insieme o singolarmente, possono essere convenuti in giudizio davanti alla Corte europea per violazione della CEDU dovuta all'applicazione della normativa comunitaria. Come è noto, i giudici di Strasburgo sono incompetenti *ratione personae* a valutare ricorsi contro atti comunitari in quanto tali, non essendo la Comunità europea e l'Unione europea Parti contraenti⁵². La Corte europea ha tuttavia riconosciuto la propria competenza a valutare la responsabilità di uno o più Stati membri dell'UE, ai sensi dell'art. 1 della CEDU, per violazioni della CEDU derivanti non solo dal diritto comunitario primario⁵³, dal momento che si tratterebbe di atti di diritto internazionale che gli Stati membri hanno liberamente firmato e ratificato, ma anche dall'attuazione del diritto comunitario derivato⁵⁴.

Si assiste ad un problema di “doppia fedeltà” degli Stati all'UE, da un lato, e alla CEDU, dall'altro. A tale riguardo la Corte di Strasburgo ha affermato che la responsabilità degli Stati per violazione della Convenzione non viene meno per il trasferimento di una parte della loro sovranità ad una organizzazione internazionale

Consiglio di sicurezza contro un eventuale rifiuto abusivo dell'autorità nazionale competente di sottoporre il loro caso al Comitato delle sanzioni, cfr. punto 270 sentenza *Kadi*, cfr. punto 317 sentenza *Yusuf*, cfr. punto 120 sentenza *Hassan*. A tale riguardo il Tribunal de première instance di Bruxelles ha condannato il Belgio a domandare, in via d'urgenza, al Comitato delle sanzioni la cancellazione dei nomi di due persone iscritte nella lista; cfr. Tribunal première instance di Bruxelles, sentenza dell'11 febbraio 2005, *Nabil Sayadi e Patricia Vinck c. Belgio*. Nel caso *Hassan* il Tribunale di primo grado ritiene invece che il ricorrente non abbia invocato in maniera concreta e specifica la mancanza di leale collaborazione del Governo britannico nei suoi confronti.

⁵⁰ Stante le carenze sopra segnalate, le perplessità sollevate dai giudici dissenzienti nel caso *Bosphorus* sulla presunzione di eguale protezione avrebbero fondamento. Cfr. *infra*.

⁵¹ Cfr. punto 89 delle conclusioni dell'Avvocato generale Mengozzi nella causa *Segi*, *cit. supra*.

⁵² Commissione europea dei diritti dell'uomo, decisione del 10 luglio 1978, *C.F.D.T. c. Comunità europee*, in www.echr.coe.int/echr; cfr. Commissione europea dei diritti dell'uomo, decisione del 19 gennaio 1989, *Dufay c. Comunità europee*, in www.echr.coe.int/echr. È tuttavia permesso alle istituzioni comunitarie presentare osservazioni in corso di giudizio. Nel caso *Bosphorus*, per esempio, la Commissione europea ha potuto esprimere le proprie osservazioni; cfr. Corte europea, sentenza *Bosphorus*, *cit. supra*, punto 122.

⁵³ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 18 febbraio 1999, *Mattews c. Regno Unito*, punto 33, in www.echr.coe.int/echr

⁵⁴ Cfr. Corte europea, sentenza del 15 novembre 1996, *Cantoni c. Francia*, in www.echr.coe.int/echr. Cfr. caso *Bosphorus*, *cit. supra*. In assenza di adesione volontaria dell'UE alla CEDU, la Corte di Strasburgo esercita un controllo indiretto sugli atti comunitari attraverso le misure di applicazione a livello nazionale, realizzando «une adhésion forcée», JACQUÉ, J.-P., *Droit communautaire et Convention européenne des droits de l'homme. L'arrêt Bosphorus, une jurisprudence "Solange II" dela Cour européenne des droits de l'homme?*, in *RTDE*, 2005, pag. 762. Rimangono estranei al controllo della Corte europea quegli atti che non richiedono alcuna misura di applicazione da parte degli Stati membri.

sorta dopo l'entrata in vigore della CEDU⁵⁵. Tale trasferimento di poteri non è incompatibile con la CEDU se nell'organizzazione internazionale i diritti fondamentali ricevono una "protezione equivalente", ovvero una protezione paragonabile a quella offerta dal sistema CEDU⁵⁶. Si tratta di una constatazione non definitiva, ma che deve essere riesaminata alla luce dei successivi cambiamenti nella tutela dei diritti fondamentali⁵⁷.

La Corte europea ha affermato che il diritto comunitario soddisfa il requisito della "protezione equivalente"⁵⁸. Dietro tale espressione si annida tuttavia un problema. L'equivalenza di tutela può infatti essere intesa in un duplice modo: in astratto e in concreto. Nel primo caso, si considera il sistema giuridico vigente nell'organizzazione internazionale nel suo insieme. Si prendono quindi in considerazione i testi normativi e la giurisprudenza.

Nella decisione *M. & Co. c. Germania*, la Commissione europea dei diritti dell'uomo, fondandosi sulla giurisprudenza della Corte di giustizia e sulla Dichiarazione comune del '77 con cui le tre istituzioni comunitarie si sono impegnate a rispettare i diritti fondamentali nell'esercizio delle loro funzioni, ha affermato che il sistema comunitario è in grado in astratto di garantire un livello di tutela equivalente a quello assicurato dalla CEDU⁵⁹.

⁵⁵ La Corte europea ha affermato che le Parti contraenti sono responsabili ai sensi dell'art. 1 CEDU per tutti gli atti e le omissioni dei loro organi sia che derivino dal proprio diritto interno sia che provengano dalla necessità di osservare obblighi giuridici internazionali; cfr. Corte europea, sentenza del 30 gennaio 1998, *Partito comunista unificato della Turchia c. Turchia*, in *Racc.*, 1998/I, par. 29.

⁵⁶ Commissione europea dei diritti dell'uomo, decisione del 9 febbraio 1990, *M. & Co. c. Repubblica Federale tedesca*, in www.echr.coe.int/echr. I giudici di Strasburgo in tale caso hanno affermato la loro incompetenza a sindacare la legittimità di un atto nazionale adottato, senza potere discrezionale, in attuazione di un obbligo comunitario.

⁵⁷ Cfr. Corte europea, sentenza *Bosphorus*, *op. cit.*, punto 155.

⁵⁸ La dottrina della "protezione equivalente" trova origine nella giurisprudenza costituzionale tedesca; cfr. Bundesverfassungsgericht, sentenza del 29 maggio 1974, *Solange I*, in *BVerfGE* 37, 271, *Internationale Handelsgesellschaft v. Einfuhr und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel (Solange I)*; Per commenti sulla giurisprudenza della Corte costituzionale tedesca, cfr. EHLERMANN, C. D., *Primauté du droit communautaire mise en rager par la Cour Constitutionnelle fédérale allemande*, in *Revue du Marché Commun*, 1975, pag. 10 e ss. La posizione assunta dalla Corte europea nel caso *Bosphorus* «place donc les Etats membres dans la situation dans la quelle se trouvaient les autorités allemandes au lendemain de l'arrêt *Solange I*», JACQUÉ, J.-P., *Droit communautaire et Convention européenne des droits de l'homme. L'arrêt Bosphorus, une jurisprudence "Solange II" dela Cour européenne des droits de l'homme?*, *cit. supra*, pag. 761. Come la sentenza *Solange I* ha messo in relazione la tutela dei diritti fondamentali nella costituzione nazionale tedesca e nel diritto comunitario, così la sentenza *Bosphorus* ha rapportato il sistema di protezione assicurato dalla CEDU e dal diritto comunitario. A differenza dell'attuale giurisprudenza costituzionale tedesca, cfr. Corte costituzionale tedesca, sentenza del 7 giugno 2000, *Bananenmarktordnung Urteil*, in *BVerfGE* 1, 97, ogni ricorso fondato sui diritti fondamentali non viene dichiarato automaticamente irricevibile. La Corte europea non giunge infatti a riconoscere una presunzione di equivalenza indiscutibile, ma si lascia aperta la possibilità di esaminare il caso particolare.

⁵⁹ Cfr. Commissione europea dei diritti dell'uomo, decisione *M. & Co. C. Repubblica Federale tedesca*, cfr. *supra*. Il caso *M. & Co.* rappresenta un precedente importante per il caso *Bosphorus* dal momento che riguardava l'esecuzione da parte di uno Stato membro dell'UE di una sentenza della Corte di giustizia.

Nel caso *Bosphorus*, la Corte europea ha affermato che l'UE offre una protezione equivalente a quella della CEDU, grazie all'art. 6 TUE e alla giurisprudenza della Corte di giustizia. Da tale assunto i giudici di Strasburgo hanno fatto derivare la presunzione secondo la quale ogni Stato membro quando dà esecuzione, senza alcuna discrezionalità⁶⁰, agli obblighi derivanti dalla sua appartenenza all'UE rispetta la CEDU⁶¹. La Corte pertanto «si (è) limita(ta) a determinare “dall'esterno” se vi è compatibilità tra l'ordinamento comunitario e la Convenzione»⁶². Sulla base di quanto emerge dall'analisi delle sentenze del Tribunale di primo grado, si concorda con l'Avvocato generale Mengozzi quando nella causa *Segi* mette in dubbio il fatto che la Corte europea arrivi ad estendere al terzo pilastro la presunzione di equivalenza che ha stabilito per il primo⁶³. Questo potrebbe condurre quindi i giudici di Strasburgo a constatare la violazione da parte degli Stati membri di disposizioni della CEDU, in particolare degli artt. 6 n. 1 e/o 13⁶⁴. Per evitare che si verifichi questa ipotesi, alcuni Stati membri potrebbero essere tentati di condizionare l'applicazione del diritto dell'UE al rispetto dei diritti fondamentali, con conseguente ritorno alle resistenze della celebre giurisprudenza tedesca *Solange I*⁶⁵.

Il secondo modo di intendere l'espressione “protezione equivalente” è quello in concreto. La valutazione si fonda sulla constatazione del singolo caso concreto volta a verificare se in una situazione analoga l'individuo avrebbe avuto una tutela analoga nell'altro sistema. Nel caso *Bosphorus* si sono espressi a favore di tale modalità di valutazione i giudici dissidenti. Essi hanno concluso che nel caso in esame l'UE, pur mostrandosi attenta ai diritti fondamentali, presentava un sistema di tutela differente. La mancanza di un ricorso diretto da parte della persona fisica o giuridica e il margine di apprezzamento di cui godono i giudici nazionali nell'attuare le pronunce pregiudiziali della Corte di giustizia rappresentavano i principali elementi di differenza. Per evitare il rischio di *standards* di protezione diversificati essi hanno invocato l'adesione dell'UE alla CEDU. Una tale soluzione, contemplata dall'art. I-9 del Trattato che adotta una

⁶⁰ Nel caso in cui lo Stato membro abbia invece un margine di discrezionalità nell'applicare il diritto comunitario, la sua responsabilità sarà pari a quella che deriva dall'adozione di un atto nazionale privo di legami con il diritto comunitario.

⁶¹ Cfr. Corte europea, sentenza *Bosphorus*, *op. cit.*, punto 165. Sul caso *Bosphorus* cfr. CAPPUCIO, L., *Sul rapporto tra le limitazioni all'uso dei beni e la partecipazione alla Comunità europee nel “caso Bosphorus”*, in *Quad. cost.*, 1/2006, pag. 149 e ss. In tale sentenza la Corte europea non si è fermata al giudizio di equivalenza, come aveva fatto nel caso *M. & Co. C. Repubblica Federale tedesca*, cfr. *supra*, ma ha proceduto ad un esame nel merito. L'accertamento sull'equivalenza della protezione è divenuto quindi parte del processo di bilanciamento fra esigenze individuali ed esigenze collettive; cfr. sul punto CANNIZZARO, E., *Sulla responsabilità internazionale per condotte di Stati membri dell'unione europea: in margine al caso Bosphorus* in *Riv. dir. internazionale*, 3/2005, pag. 763 e ss.

⁶² CAPPUCIO, L., *op. cit.*, pag. 150.

⁶³ Cfr. punto 86 conclusioni Avvocato generale, causa *Segi*, *cit. supra*.

⁶⁴ Cfr. punto 86 conclusioni Avvocato generale, causa *Segi*, *cit. supra*.

⁶⁵ Cfr. CORRÉARD, V., *op. cit.*, *Constitution européenne et protection des droits fondamentaux: vers une complexité annoncée?*, in *RTDH*, 2006, pag. 509.

Costituzione per l'Europa⁶⁶ e dal Protocollo n. 14 allegato alla CEDU⁶⁷, comporterebbe un ulteriore controllo sul rispetto dei diritti fondamentali e una maggiore coerenza nella loro protezione. Una tale adesione permetterebbe «d'inscrire les Cours de Luxembourg et de Strasbourg dans une dynamique de complémentarité»⁶⁸. Gli effetti delle sentenze della Corte europea si creerebbero direttamente sulla normativa comunitaria. In un settore, come quello del terzo pilastro, in grado di incidere in maniera rilevante nella sfera soggettiva degli individui, l'intervento dei giudici di Strasburgo supplirebbe alle limitate competenze della Corte di giustizia⁶⁹.

II: I conflitti interpilastri

Uno dei principali problemi che il legislatore comunitario è chiamato ad affrontare nell'adozione degli atti rientranti nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia è rappresentato dalla scelta della corretta base giuridica. Le frequenti interazioni tra pilastri rendono più complesso tale compito e sempre più spesso la Corte di giustizia è chiamata a valutare la correttezza della base giuridica scelta che, come è noto, svolge una duplice funzione: permette di stabilire l'esistenza di una competenza comunitaria o dell'Unione e determina la procedura da seguire per l'adozione dell'atto. Secondo un'ormai consolidata giurisprudenza, la scelta della base giuridica deve risultare da criteri oggettivi, suscettibili di controllo giurisdizionale, tra cui rientrano l'oggetto e lo scopo dell'atto⁷⁰.

La Corte di giustizia è stata recentemente chiamata a pronunciarsi sul ricorso presentato dalla Commissione europea per l'annullamento della decisione-quadro sulla

⁶⁶ L'adesione dell'UE alla CEDU dovrebbe essere accompagnata da alcuni aggiustamenti procedurali e di composizione della Corte europea. Sulle problematiche legate all'adesione della UE alla CEDU cfr. MANIN, P., *L'adesione dell'Unione europea alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, in ROSSI, L. S., (a cura di) *Il Progetto di Trattato-Costituzione. Verso una nuova architettura dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2004, pag. 255 e ss. Si mostra critico rispetto alla possibilità di far valere i meccanismi di garanzia della Convenzione nei confronti della UE anche in caso di una sua adesione, CANNIZZARO, E., *op. cit.*, pag. 766 e ss.

⁶⁷ L'art. 17 del Protocollo n. 14 allegato alla CEDU, modificando l'art. 59 CEDU, prevede che l'UE possa aderire alla CEDU. Il Protocollo n.14 adottato dal Consiglio dei Ministri del Consiglio d'Europa il 12 maggio 2004 non è ancora entrato in vigore, per la mancata ratifica della Russia.

⁶⁸ CORRÉARD, V., *op. cit.*, pag. 508.

⁶⁹ Cfr. LUGATO, M., *op. cit.*, pag. 53. La questione dell'adesione dell'UE alla CEDU trova ostacoli principalmente a livello politico nella suddivisione dei pesi tra Stati membri e UE. Con la sentenza *Bosphorus* la Corte di Strasburgo invita indirettamente i giudici di Lussemburgo e il legislatore dell'UE ad esercitare un controllo più approfondito sul rispetto dei diritti fondamentali. Il fine ultimo però sembra essere di spingere l'Unione ad aderire alla CEDU. Cfr. anche QUILLERÉ-MAJZOUB, F., *Les individus face aux systèmes d'information de l'Union européenne: l'impossible équation du contrôle juridictionnel et de la protection des données personnelles au niveau européen?*, in *Journal du Droit International*, 3/2005, pag. 627.

⁷⁰ Cfr. Corte di giustizia, sentenza dell'11 giugno 1991, *Commissione c. Consiglio*, causa C-30/89, in *Racc.*, pag. I-2818; cfr. Corte di giustizia, sentenza del 26 aprile 1996, *Parlamento c. Consiglio*, causa C-271/94, in *Racc.*, pag. I-1689.

protezione dell'ambiente attraverso il diritto penale⁷¹. I giudici di Lussemburgo, accogliendo le istanze della ricorrente, hanno riconosciuto alla Comunità la competenza ad adottare sanzioni penali volte a garantire l'effettività del diritto comunitario⁷². Più in particolare, hanno affermato che il legislatore comunitario, pur non essendo competente in materia penale, può, quando «l'applicazione di sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive da parte delle competenti autorità nazionali costituisce una misura indispensabile di lotta contro violazioni ambientali gravi, adottare provvedimenti in relazione al diritto penale degli Stati membri che ritiene necessari a garantire la piena efficacia delle norme emanate in materia di tutela dell'ambiente»⁷³. Per poter agire, il legislatore comunitario deve provare non solo la necessità del suo intervento, ma anche il carattere indispensabile di quest'ultimo. Come ha correttamente segnalato una parte della dottrina, la prima condizione trova fondamento nell'art. 5 par. 3 TCE, mentre la seconda è stata probabilmente ispirata dall'art. III-271 par. 2 del Trattato-Costituzione⁷⁴. Quest'ultima disposizione, tuttavia, non rappresenta «un fondement juridique irréprochable»⁷⁵, stante la mancata entrata in vigore della Costituzione europea.

La Corte ha annullato l'intera decisione-quadro anche se alcune disposizioni attinenti alla competenza giurisdizionale, all'extradizione e alle azioni penali avviate nei confronti degli autori dei reati rientravano nel terzo pilastro. Il motivo di tale scelta è da ricercare nel fatto che, come aveva sostenuto la Commissione, si trattava di disposizioni che non potevano avere un'esistenza autonoma, ma erano strumentali alla politica comunitaria in materia ambientale⁷⁶. Attraverso questo ragionamento la Corte ha messo fine al meccanismo del "doppio testo" che aveva mostrato i propri limiti⁷⁷. L'adozione di una disposizione penale necessaria per garantire l'effettività del diritto comunitario

⁷¹ Cfr. decisione-quadro del 23 gennaio 2003, 2003/89/GAI, in *GUE*, L 29 del 5 febbraio 2003, pag. 55 e ss.

⁷² Corte di giustizia, sentenza del 13 settembre 2005, *Parlamento europeo c. Consiglio*, causa 176/03, in www.curia.europa.eu. La Commissione europea ha sollevato anche una censura per sviamento di procedura, dal momento che da alcuni 'considerando' della decisione-quadro impugnata emergeva che la scelta di uno strumento del terzo pilastro dipendeva da considerazioni di opportunità, non avendo la proposta di direttiva, presentata dalla Commissione, raccolto in seno al Consiglio la maggioranza richiesta. A tale riguardo occorre ricordare che i vantaggi che possono derivare per le istituzioni dalla scelta di una determinata base giuridica non devono essere presi in considerazione.

⁷³ Punto 48 della sentenza *Parlamento europeo c. Consiglio*, cfr. *supra*.

⁷⁴ L'art. III-271 par. 2 del Trattato-Costituzione prevede che «allorché il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri in materia penale si rivela indispensabile per garantire l'attuazione efficace di una politica dell'Unione in un settore che è stato oggetto di misure di armonizzazione, la legge-quadro europea può stabilire norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni nel settore in questione».

⁷⁵ HAGUENAU-MOIZARD, C., *Vers une harmonisation communautaire du droit pénal?*, in *RTDE*, 2006, pag. 382.

⁷⁶ Cfr. punto 23 della sentenza *Commissione c. Consiglio*, cfr. *supra*. Spesso la legislazione europea ha visto l'adozione di atti del primo e del terzo pilastro che regolano la stessa materia per aspetti differenti; cfr. regolamento del 3 maggio 1998, sull'introduzione dell'euro e la decisione-quadro del 29 maggio 2000 volta a rafforzare attraverso sanzioni penali la protezione contro la falsificazione di denaro in vista della messa in circolazione dell'euro.

⁷⁷ Spesso infatti i due strumenti risultavano praticamente identici. Cfr. WHITE, S., *Harmonisation of criminal law under the first pillar*, in *European Law Review*, 2006, pag. 90.

non deve quindi più avvenire in base al terzo pilastro, ma rientra nel primo. La preferenza accordata alla base giuridica comunitaria è ricavata dall'art. 47 TUE, che è stato definito come una "clausola di subordinazione"⁷⁸. Ne deriva dunque che rimangono regolate dal Titolo VI TUE le misure di armonizzazione del diritto penale che non risultano accessoria ad un obiettivo comunitario.

A seguito di tale pronuncia, la Commissione ha impugnato davanti alla Corte di giustizia la decisione-quadro volta a rafforzare la cornice penale per la repressione dell'inquinamento provocato da navi⁷⁹. Per quegli atti, invece, che non possono più essere impugnati per decorrenza del termine, la Commissione europea ha affermato che presenterà proposte dirette a correggerne la base giuridica, lasciando inalterata la sostanza⁸⁰. Tale soluzione è da accogliere con favore, anche se dovrebbe essere accompagnata dall'attribuzione al Parlamento europeo del medesimo ruolo di colegislatore svolto nel primo pilastro⁸¹.

La correzione della base giuridica non avviene in senso univoco, dal terzo al primo pilastro. Nel caso relativo ai dati PNR, la Corte ha infatti accolto il ricorso del PE con cui veniva criticata l'individuazione nel primo pilastro del fondamento normativo dell'accordo con gli USA e della relativa decisione del Consiglio. La conclusione cui sono giunti i giudici di Lussemburgo appare condivisibile. L'art. 95 TCE⁸² non poteva infatti rappresentare la base giuridica corretta poiché le finalità perseguite dagli atti in esame non erano l'instaurazione e il funzionamento del mercato interno, bensì la prevenzione e la lotta contro il terrorismo. La Corte ha dunque affermato che l'art. 95 CE, in combinato disposto con l'art. 25 della direttiva, non era idoneo a fondare la competenza della Comunità a concludere l'accordo dal momento che quest'ultimo riguardava trattamenti di dati che sono esclusi dall'ambito di applicazione della direttiva⁸³.

⁷⁸ Cfr. MIGNOLLI, A., *La Corte di giustizia torna a presidiare i confini del diritto comunitario. Osservazioni in calce alla sentenza C-176/03*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2006, pag. 332 e ss.

⁷⁹ Cfr. decisione-quadro del 12 luglio 2005, 2005/667/GAI, in GUE, L 255 del 30 settembre 2005, pag. 164 ; cfr. ricorso della Commissione europea contro il Consiglio proposto l'8 dicembre 2005, causa C-440/05. Sono intervenuti a favore della posizione del Consiglio venti Stati membri. La Commissione europea ha ritenuto che la Corte abbia emesso una decisione di principio la cui portata va al di là della politica dell'ambiente per estendersi a tutte le politiche comuni. Cfr. sul punto anche il parere della Commissione LIBE del PE sulle conseguenze della sentenza della Corte, del 12 aprile 2006. Cfr. *contra* HAGUENAU-MOIZARD, C., *op. cit.*, pag. 384.

⁸⁰ Cfr. Comunicazione della Commissione sulle conseguenze della sentenza della Corte del 13 settembre 2005, COM (2005) 583 final.

⁸¹ Cfr. Relazione della Commissione giuridica del PE sulle conseguenze della sentenza della Corte dell'8 maggio 2006.

⁸² L'art. 95 n. 1 secondo frase TCE stabilisce che: «Il Consiglio, deliberando in conformità della procedura di cui all'art. 251 e previa consultazione del Comitato economico e sociale, adotta le misure relative al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri che hanno per oggetto l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno».

⁸³ Punti 67 e 68 della sentenza della Corte di giustizia del 30 maggio 2006, *Parlamento c. Consiglio*, causa C-317/04, cfr. *supra*.

I giudici di Lussemburgo non si sono dilungati sull'importanza costituzionale che riveste la scelta di una corretta base giuridica, ma si sono limitati ad una succinta constatazione della discrasia tra l'obiettivo perseguito dalla decisione del Consiglio e quello che fonda l'adozione di un atto ai sensi dell'art. 95 TCE⁸⁴.

L'Avvocato generale, invece, richiamando la giurisprudenza della Corte⁸⁵, ha argomentato in modo più dettagliato la propria posizione, in linea con quella del Parlamento europeo. La scelta del fondamento giuridico di un atto comunitario non può dipendere dal convincimento di un'istituzione, ma dev'essere basata su circostanze obiettive che possono essere sindacate in via giurisdizionale⁸⁶. Tra queste figurano lo scopo e il contenuto dell'atto. Con riferimento al primo, l'Avvocato generale ha sostenuto che dal preambolo dell'accordo emergevano due obiettivi simultaneamente perseguiti da entrambe le Parti contraenti⁸⁷. Si trattava da un lato, della prevenzione e della lotta contro il terrorismo, i reati ad esso connessi ed altri reati gravi di natura transnazionale, dall'altro, del rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali, e, in particolare, della tutela della vita privata. A questi il Consiglio ha aggiunto la necessità di evitare distorsioni della concorrenza tra le compagnie aeree degli Stati membri o tra queste e le compagnie dei Paesi terzi. Giustamente l'Avvocato generale ha ritenuto che quest'ultimo obiettivo avesse un carattere accessorio rispetto agli altri due⁸⁸. A sostegno della propria tesi ha invocato la giurisprudenza della Corte di giustizia, in base alla quale «il semplice fatto che un atto possa avere effetti sull'instaurazione e sul funzionamento del mercato interno non basta a giustificare il ricorso a questo articolo come fondamento giuridico di tale atto»⁸⁹. In relazione a tale aspetto ha inoltre

⁸⁴ La Corte di giustizia, nel parere 2/00 del 6 dicembre 2001, in *Racc.*, pag. I-9713, punto 5, aveva affermato che «il ricorso ad una base giuridica errata può invalidare l'atto di stipulazione stesso e, conseguentemente, inficiare il consenso della Comunità ad essere vincolata dall'accordo da essa sottoscritto».

⁸⁵ Cfr. Corte di giustizia, sentenza dell'11 giugno 1991, *Commissione c. Consiglio (Biossido di titanio)*, casa C-300/89, in *Racc.*, I-2867, punto 10; cfr. Corte di giustizia sentenza del 12 novembre 1996, *Regno Unito c. Consiglio*, causa C-84/94, in *Racc.*, I-5755, punto 25; cfr. Corte di giustizia sentenza del 25 febbraio 1999, *Parlamento c. Consiglio*, cause riunite C-164/97 e C-165/97, in *Racc.*, I-I-1139, punto 12; cfr. Corte di giustizia, sentenza del 4 aprile 2000, *Commissione c. Consiglio*, causa C-269/97, in *Racc.*, I-2257, punto 43; cfr. Corte di giustizia, sentenza del 19 settembre 2002, *Huber*, causa C-336/00, in *Racc.*, I-7699, punto 30; cfr. Corte di giustizia, sentenza del 29 aprile 2004, *Commissione c. Consiglio*, causa C-338/01, in *Racc.*, I-4829, punto 54; cfr. Corte di giustizia, sentenza del 13 settembre 2005, *Commissione c. Consiglio*, causa C-176/03, in *Racc.*, I-0000, punto 45.

⁸⁶ Cfr. conclusioni dell'Avvocato generale, punto 126. Sul punto cfr. Corte di giustizia, sentenza del 26 marzo 1987, causa 45/86, *Commissione c. Consiglio*, in *Racc.*, pag. 1493, punto 11.

⁸⁷ La Commissione europea aveva invece distinto l'obiettivo perseguito dagli Stati Uniti, ovvero la lotta al terrorismo, da quello della Comunità, rappresentato dalla salvaguardia dei principi fondamentali della propria legislazione in materia di protezione dei dati personali.

⁸⁸ Secondo l'Avvocato generale l'urgente bisogno di porre rimedio alla situazione d'incertezza in cui si trovavano le compagnie aeree ed i passeggeri non rappresentava un vero e proprio scopo dell'accordo, ma era stato posto dal Consiglio a fondamento della richiesta di parere del Parlamento europeo secondo la procedura d'urgenza prevista dall'art. 300 n. 3, primo comma, seconda frase. Cfr. conclusioni dell'Avvocato generale, punto 152.

⁸⁹ Corte di giustizia, sentenza del 9 novembre 1995, causa C-426/93, *Germania c. Consiglio*, in *Racc.*, pag. I-3723, punto 33.

ricordato che se l'atto persegue più obiettivi, la scelta deve necessariamente ricadere sulla finalità prevalente o preponderante⁹⁰.

Come è già stato evidenziato, il cambiamento della base giuridica dal primo al terzo pilastro ha rappresentato una "vittoria di Pirro" per il Parlamento europeo. Quest'ultimo, infatti, non è stato coinvolto nelle nuove negoziazioni, né potrà in futuro sindacare davanti alla Corte di giustizia la legittimità delle scelte effettuate⁹¹.

Merita infine di essere segnalato il ricorso presentato dall'Irlanda⁹² volto all'annullamento della direttiva 2006/24/CE relativa alla conservazione dei dati generati o trattati nell'ambito della fornitura di servizi di comunicazione elettronica⁹³. Come è già stato evidenziato⁹⁴ la genesi di tale atto è stata travagliata. La sua adozione costituisce la risposta che il legislatore comunitario ha cercato di dare ai pareri resi dai servizi giuridici delle tre istituzioni sulla proposta di decisione-quadro presentata da quattro Stati membri sulla conservazione dei dati trattati e memorizzati nel quadro della fornitura di servizi di comunicazioni elettroniche a fini di prevenzione, ricerca, accertamento e perseguimento della criminalità e dei reati, compreso il terrorismo. Più in particolare, era stato evidenziato che l'armonizzazione delle categorie di dati e del periodo di conservazione rientrava nell'ambito dell'*acquis* comunitario, poiché la materia era stata precedentemente regolata dalla direttiva 2002/58/CE. La modifica di quest'ultima non poteva quindi che avvenire attraverso un atto del primo pilastro, fondato sulla medesima base giuridica, ovvero sull'art. 95 TCE. In caso contrario sarebbe stato violato l'art. 47 TUE. Tale norma impedisce che un atto fondato sul Trattato UE pregiudichi l'*acquis* comunitario. Per tale ragione era stata suggerita l'elaborazione di due atti distinti: uno fondato sul primo pilastro, concernente l'armonizzazione delle categorie di dati e del periodo di conservazione, l'altro fondato sul terzo pilastro, relativo agli aspetti legati alla cooperazione in materia penale, e, in particolare all'accesso e allo scambio di tali dati. Tale indicazione è stata recepita dalla direttiva 2006/24/CE. Quest'ultima regola infatti la durata di conservazione di determinate categorie di dati, mentre stabilisce che «le questioni relative all'accesso ai dati conservati ai sensi della presente direttiva da parte di autorità nazionali per attività

⁹⁰ Cfr. Corte di giustizia, sentenza del 17 marzo 1993, causa C-155/91, *Commissione c. Consiglio*, in *Racc.*, pag. I-939, punti 19 e 21; cfr. Corte di giustizia, sentenza del 23 febbraio 1999, causa C-42/97, *Parlamento c. Consiglio*, in *Racc.*, pag. I-869, punti 39 e ss.; cfr. Corte di giustizia, sentenza del 30 gennaio 2001, causa C-36/98, *Spagna c. Consiglio*, in *Racc.*, pag. I-779, punto 59; cfr. Corte di giustizia, sentenza del 12 dicembre 2002, causa C-281/01, *Commissione c. Consiglio*, in *Racc.*, pag. I-12049, punto 34.

⁹¹ Cfr. *supra*, Cap. II par. III. 3.

⁹² Cfr. ricorso presentato dall'Irlanda il 6 luglio 2006, *Irlanda c. Consiglio e Parlamento europeo*, causa C-301/06, in *www.curia.europa.eu*.

⁹³ Cfr. direttiva del 15 marzo 2006 riguardante la conservazione di dati generati o trattati nell'ambito della fornitura di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico o di reti pubbliche di comunicazione e che modifica la direttiva 2002/58/CE, in *GUE*, L 105 del 13 aprile 2006, pag. 54 e ss.

⁹⁴ Cfr. *supra* Cap. II par. III.4.

di cui all'articolo 3, paragrafo 2, primo trattino, della direttiva 95/46/CE⁹⁵, ricadono al di fuori del campo di applicazione del diritto comunitario (e) possono formare oggetto di legislazione nazionale o di azione ai sensi del titolo VI del trattato sull'Unione europea»⁹⁶.

Nonostante questa distinzione, sembra che il ricorso dell'Irlanda, per incorretta scelta della base giuridica, possa avere fondamento. Risulterebbe infatti dai "considerando" e dallo stesso art. 1 della direttiva 2006/24/CE che l'armonizzazione delle disposizioni nazionali relative alla conservazione dei dati ai fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento dei reati è strumentale non tanto al funzionamento del mercato interno⁹⁷, ma alla lotta efficace contro i reati gravi, in particolare contro il terrorismo. Nel preambolo, la direttiva richiama infatti le conclusioni del Consiglio GAI del dicembre 2002 sottolineando che i dati derivanti dalle comunicazioni elettroniche costituiscono «uno strumento particolarmente importante e valido nella prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento dei reati, in particolare della criminalità organizzata»⁹⁸. Rilevanti appaiono inoltre i richiami alla dichiarazione sulla lotta al terrorismo, adottata il 25 marzo 2004 dal Consiglio europeo, e alla dichiarazione del 13 luglio 2005, resa dal Consiglio dopo gli attacchi terroristici di Londra. In entrambe le dichiarazioni viene sottolineata la necessità di adottare nel più breve tempo possibile misure comuni in materia di conservazione dei dati relativi alle comunicazioni elettroniche. La strumentalità di tali atti rispetto alla lotta contro il terrorismo appare dunque evidente. Infine, lo stesso art. 1 stabilisce che «la presente direttiva ha l'obiettivo di armonizzare le disposizioni degli Stati membri relative agli obblighi, per i fornitori di servizi di comunicazione elettronica relativi alla conservazione di determinati dati da essi generati o trattati, allo scopo di garantirne la disponibilità a fini di indagine, accertamento e perseguimento di reati gravi» e non per scopi commerciali.

Sulla base di tali elementi e in linea con la giurisprudenza recente, Corte di giustizia potrebbe accogliere il ricorso, ritenendo la lotta contro il crimine, e in particolare contro il terrorismo, l'obiettivo principale della direttiva in esame. La base

⁹⁵ L'Articolo 3, par. 2, primo trattino, della direttiva 95/46/CE stabilisce che «le disposizioni della presente direttiva non si applicano ai trattamenti di dati personali effettuati per l'esercizio di attività che non rientrano nel campo di applicazione del diritto comunitario, come quelle previste dai titoli V e VI del trattato sull'Unione europea e comunque ai trattamenti aventi come oggetto la pubblica sicurezza, la difesa, la sicurezza dello Stato (compreso il benessere economico dello Stato, laddove tali trattamenti siano connessi a questioni di sicurezza dello Stato) e le attività dello Stato in materia di diritto penale».

⁹⁶ Considerando n. 25 direttiva 2006/24/CE.

⁹⁷ Il considerando n. 7 per fondare la scelta dell'art. 95 TCE stabilisce genericamente che «le differenze giuridiche e tecniche fra le disposizioni nazionali relative alla conservazione dei dati ai fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento dei reati costituiscono un ostacolo al mercato interno delle comunicazioni elettroniche, giacché i fornitori dei servizi devono rispettare esigenze diverse per quanto riguarda i tipi di dati relativi al traffico e i tipi di dati relativi all'ubicazione da conservare e le condizioni e la durata di tale conservazione».

⁹⁸ Considerando n. 7 direttiva 2006/24/CE. Cfr. anche considerando n. 11.

giuridica dovrebbe quindi essere cercata nel terzo pilastro, ovvero negli artt. 30, 31, n. 1, lett. c), e 34, n. 2, lett. b) TUE. Come nella causa PNR, i giudici di Lussemburgo potrebbero affermare che l'art. 95 TCE non può rappresentare la base giuridica corretta poiché la finalità perseguita dall'atto in esame non è l'instaurazione e il funzionamento del mercato interno, bensì la prevenzione e la lotta contro il terrorismo. «Il semplice fatto che un atto possa avere effetti sull'instaurazione e sul funzionamento del mercato interno non basta a giustificare il ricorso a questo articolo come fondamento giuridico di tale atto»⁹⁹. Nel caso in esame infatti l'armonizzazione della conservazione dei dati non risponde ad esigenze di fatturazione o a fini commerciali, ma appare strumentale alla cooperazione giudiziaria in materia penale. L'accoglimento del ricorso dell'Irlanda renderebbe, però, ancora più urgente l'adozione di una decisione-quadro che assicuri nel terzo pilastro la protezione dei dati personali¹⁰⁰.

Le difficoltà emerse nei casi giurisprudenziali sopra richiamati, frutto dell'interferenza delle materie e delle procedure, evidenziano ulteriormente la necessità di superare la divisione in pilastri¹⁰¹. Il Trattato-Costituzione non può essere visto come l'unica risposta al problema. L'incertezza sulla sua entrata in vigore rende infatti essenziale l'individuazione di altre possibili soluzioni. Tra queste si segnala l'utilizzo della clausola passerella, ex art. 42 TUE, richiamata dai Capi di Stato e di Governo nel Programma dell'Aja¹⁰² e fortemente sostenuta dal Parlamento europeo e dalla Commissione¹⁰³. Nell'ultima riunione del Consiglio GAI¹⁰⁴, tuttavia, la decisione sulla sua applicazione è stata ulteriormente rinviata¹⁰⁵. Si tratta di una scelta criticabile, strettamente legata alle resistenze che l'integrazione europea incontra nel settore del diritto penale. La situazione merita tuttavia di essere risolta per garantire agli individui che si trovano sul territorio dell'Unione europea un pieno controllo democratico e giurisdizionale sugli atti adottati dalle istituzioni UE che incidono direttamente sulla loro libertà personale.

⁹⁹ Corte di giustizia, sentenza del 9 novembre 1995, causa C-426/93, *Germania c. Consiglio*, in *Racc.*, pag. I-3723, punto 33.

¹⁰⁰ Cfr. *supra*, Cap. II par. I.6.

¹⁰¹ Cfr. CHALTIEL, F., *Arrêt CJCE Commission c. Conseil, du 13 septembre 2005*, in *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, janvier, 2006, pag. 28.

¹⁰² Cfr. *supra* Cap. I, par. VIII.

¹⁰³ Cfr. Comunicazione della Commissione europea del 28 giugno 2006 sull'attuazione del programma dell'Aja.

¹⁰⁴ La riunione informale si è tenuta a Tampere il 21-22 settembre 2006. Alcuni Stati membri si mostrano favorevoli all'applicazione della clausola ex art. 42 TUE (Finlandia, Francia, Spagna, Portogallo e Lussemburgo), altri si oppongono per varie ragioni (Germania, Grecia, Polonia, Repubblica Ceca, Estonia, Lettonia, Malta, Regno Unito, Irlanda, Danimarca). La Germania infatti teme che il ricorso alla clausola passerella tolga importanza all'entrata in vigore del Trattato-Costituzione.

¹⁰⁵ L'applicazione della clausola passerella richiede il voto all'unanimità del Consiglio e la ratifica parlamentare di tutti gli Stati membri. Un'alternativa all'utilizzo della clausola passerella è rappresentata dalle cooperazioni rafforzate. L'ostacolo del voto all'unanimità in seno al Consiglio, in tal caso, verrebbe superato. Le cooperazioni rafforzate, però, se da un lato permettono di avanzare più velocemente nel processo d'integrazione, dall'altro non risolvono il problema legato all'esigenza di un maggiore controllo democratico e giurisdizionale sugli atti adottati nell'ambito della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale.

CONCLUSIONI

Al termine di questo lavoro è possibile trarre alcune considerazioni. Sono emerse con evidenza le difficoltà che l'Unione ha incontrato ed incontra nella ricerca di un equilibrio tra le esigenze di tutela della sicurezza e di rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali. Non si tratta di interessi in conflitto tra loro, ma spesso lo sviluppo dell'uno avviene a discapito dell'altro. Solo una crescita parallela di entrambi è però in grado di assicurare la realizzazione di quello spazio di libertà, sicurezza e giustizia che l'Unione europea si è posta come obiettivo.

La cooperazione in materia di giustizia e affari interni è divenuta progressivamente una delle priorità dell'Unione.

Nata come una cooperazione informale esterna al quadro istituzionale comunitario, ha subito una rapida evoluzione passando attraverso gli Accordi di Schengen, fino alla sua istituzionalizzazione avvenuta con il Trattato di Maastricht, che l'ha esplicitamente subordinata al rispetto della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

Divenuta uno dei pilastri dell'UE non ha perso il carattere prettamente intergovernativo che limitava il controllo democratico e giurisdizionale degli atti in essa adottati. Il rafforzamento del ruolo del Consiglio europeo e del Consiglio dei ministri, cui non ha fatto seguito un corrispondente aumento dei poteri del Parlamento europeo e della Commissione, ha fatto emergere la carenza di adeguati controlli e responsabilità democratiche.

Con il Trattato di Amsterdam la situazione è parzialmente cambiata. Lo sviluppo dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia è diventato un obiettivo dell'Unione teso ad assicurare la libera circolazione delle persone ed un elevato livello di sicurezza. La parziale comunitarizzazione del terzo pilastro, l'incorporazione dell'*acquis* di Schengen e l'estensione delle competenze della Corte di giustizia hanno rappresentato gli aspetti più significativi di tale riforma.

Avvalendosi di tutte le possibilità offerte dal Trattato, il Consiglio europeo di Tampere si era posto l'obiettivo di sviluppare lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia ponendolo al primo posto nell'agenda politica dell'UE. La stretta interconnessione tra le tre componenti doveva attribuire ad esse un'eguale importanza. La libertà era da intendere come libertà delle persone non solo di circolare, ma anche di vivere in un contesto di legalità, in cui i diritti fondamentali fossero pienamente garantiti. La sicurezza richiedeva lo sviluppo di un'azione comune nei settori della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale, sviluppando, in particolare, il ruolo di Europol. Infine, il pari accesso alla giustizia poteva essere raggiunto agevolando la cooperazione tra le autorità giudiziarie e fornendo un comune sentimento di giustizia attraverso la definizione di norme minime comuni sugli elementi costitutivi dei reati più gravi e sulle

sanzioni ad essi applicabili, nonché norme procedurali comuni capaci di assicurare in tutto il territorio dell'Unione garanzie equiparabili a quelle previste dalla CEDU. L'equilibrio tra la libertà e la sicurezza rappresentava dunque l'obiettivo da perseguire attraverso l'adozione di una serie di misure fissate in un calendario quinquennale.

Il "dopo Tampere" si è tuttavia caratterizzato per un più forte accento dato alla componente "sicurezza". Gli attentati terroristici dell'11 settembre e, successivamente, quelli di Madrid e di Londra hanno accelerato l'evoluzione di lavori che il Consiglio europeo di Tampere aveva già sollecitato, ed hanno spinto l'Unione a considerare la sicurezza come "la priorità" da perseguire con una particolare urgenza.

Tra gli strumenti che rappresentano la concretizzazione di tale tendenza si possono annoverare le decisioni-quadro sul mandato d'arresto europeo, sull'esecuzione dei provvedimenti di blocco dei beni o di sequestro probatorio, sul mandato europeo di ricerca delle prove, sul terrorismo e sulla criminalità organizzata. L'obiettivo perseguito è quello di migliorare la cooperazione giudiziaria tra gli Stati membri in materia penale. La scelta di adottare decisioni-quadro piuttosto che convenzioni del terzo pilastro è dovuta alle difficoltà incontrate nel raggiungere il numero di ratifiche necessarie alla loro entrata in vigore.

In tale contesto la tutela dei diritti fondamentali ha assunto una funzione ancillare, ovvero di limite alla cooperazione giudiziaria. L'obbligo di rispettare ed osservare i diritti e i principi sanciti dall'art. 6 TUE e dalla Carta spesso è stato affermato solo nel preambolo degli atti legislativi esaminati. L'inclusione del "considerando" standard sul rispetto della Carta non è risultata sistematica, ma è avvenuta solo quando la Commissione ha ritenuto che l'atto presentasse un nesso specifico con i diritti fondamentali. Il semplice inserimento di tale "considerando" alla fine del preambolo non è apparso tuttavia sufficiente per garantire l'effettivo rispetto dei diritti fondamentali¹⁰⁶. Per questa ragione si è proceduto all'esame delle singole disposizioni contenute negli strumenti legislativi presi in considerazione. Dall'indagine è emerso che solo in alcuni casi il rispetto dei diritti fondamentali ha trovato concretizzazione in specifici articoli, sempre però in funzione di limite e non di obiettivo. La formulazione adottata, inoltre, è risultata il più delle volte scarna rispetto a quella contenuta nella CEDU.

Ad ulteriore dimostrazione della tendenza repressiva che ha caratterizzato la legislazione in materia di spazio di libertà, sicurezza e giustizia degli ultimi cinque anni è possibile richiamare la preferenza accordata all'attuazione del principio del mutuo riconoscimento cui non ha corrisposto un adeguato e parallelo sviluppo

¹⁰⁶ Cfr. La Commissione europea ha ritenuto opportuno stabilire la regola secondo la quale nella relazione illustrativa da presentare insieme alla proposta legislativa deve essere inclusa una sezione in cui vengono esposti i motivi che consentono di ritenere che i diritti fondamentali sono rispettati; cfr. Comunicazione della Commissione sul rispetto della Carta dei diritti fondamentali nelle proposte legislative della Commissione. Metodologia per un controllo sistematico e rigoroso, COM (2005) 172, del 27 aprile 2005.

dell'armonizzazione della legislazione. A differenza di quest'ultima, il mutuo riconoscimento salvaguarda le diversità, ovvero assicura un sufficiente margine di flessibilità. Esso comporta però anche il rischio che venga applicata la procedura penale che offre le minori garanzie alla persona interessata. Un tale pericolo può essere scongiurato attraverso il riavvicinamento della legislazione, in grado di incidere a favore della fiducia reciproca tra i sistemi nazionali. Gli Stati membri si mostrano tuttavia particolarmente diffidenti nei confronti dell'armonizzazione della legislazione in materia penale. A riprova di tale comportamento è stata richiamata la mancata predisposizione di un programma di misure volto a segnare le tappe per il ravvicinamento della legislazione in tale settore. Si tratta di una lacuna che lascia spazio ad un'attività normativa legata all'emergenza, con conseguente sbilanciamento a favore del carattere repressivo del diritto penale.

Pochi sono ancora gli esempi di armonizzazione della legislazione in materia penale. Tra questi rientrano la decisione-quadro sullo status delle vittime e le decisioni-quadro su alcuni reati gravi di carattere transnazionale che hanno ravvicinato le sanzioni penali. L'adozione di tali atti non ha incontrato particolari ostacoli perché tesa a sviluppare la cooperazione giudiziaria nel suo aspetto repressivo. Ad ulteriore conferma di tale tendenza è possibile richiamare la netta predominanza della pena privativa della libertà sulle altre forme di sanzioni soggette ad armonizzazione.

Gli Stati membri si mostrano invece reticenti ad accordarsi sull'individuazione dei diritti processuali da riconoscere alla persona interessata, con conseguente attenuazione del carattere "bouclier" del diritto penale. La proposta di decisione-quadro volta a regolare tale aspetto non è ancora stata adottata. Le disposizioni in essa contenute trovano fondamento nella CEDU e nella giurisprudenza della Corte europea, ma su di esse il Consiglio non ha ancora raggiunto un accordo. Alcuni Stati si oppongono all'adozione di un tale atto, ritenendo già sufficienti le disposizioni contenute nella CEDU. La necessità di regolare la materia tramite un atto dell'UE al fine di controbilanciare la tendenza repressiva della legislazione degli ultimi anni ha tuttavia spinto la Presidenza finlandese a cercare un compromesso, senza tuttavia raggiungerlo. Il compito è quindi passato alla successiva Presidenza tedesca che si è proposta di sbloccare la situazione entro il primo semestre del 2007.

Le difficoltà incontrate sono il frutto degli ostacoli che si frappongono allo sviluppo di quegli aspetti del diritto penale più strettamente legati alle differenti tradizioni giuridiche. La mancata armonizzazione delle garanzie processuali incide però negativamente anche sull'attuazione del principio del mutuo riconoscimento, minando la fiducia reciproca nei rispettivi ordinamenti. Si assiste infatti negli ultimi tempi ad un rallentamento delle negoziazioni sui nuovi strumenti che applicano il principio del mutuo riconoscimento.

In più occasioni, nel corso di questo lavoro di ricerca, si è avuto modo di segnalare come la fiducia verso i rispettivi sistemi nazionali non sia qualcosa di prestabilito, ma vada costruita attraverso una serie di strumenti, tra quali rientra l'armonizzazione della legislazione in materia penale. La fiducia reciproca presuppone il rispetto delle tradizioni e delle specificità di ogni ordinamento, ma, allo stesso tempo, richiede una reale condivisione di una base comune di valori. In questo contesto il rispetto dei diritti fondamentali e, più in particolare, dei diritti della difesa deve svolgere il ruolo di vero e proprio obiettivo e non solo di limite alla cooperazione giudiziaria penale. Ogni lotta efficace contro la criminalità si rivela infatti illusoria se non è accompagnata dal rispetto scrupoloso dei diritti della difesa. Questi permettono di fondare la mutua fiducia tra gli Stati così come la fiducia dei cittadini europei nell'Europa giudiziaria.

A cinque anni dal Consiglio europeo di Tampere i Capi di Stato e di Governo sono tornati a pianificare lo sviluppo dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia attraverso il Programma dell'Aja. Pur manifestando l'intenzione di proseguire i lavori intrapresi dopo Tampere, sposando altresì le ambizioni del Trattato-Costituzione, si sono concentrati in particolare sull'aspetto "sicurezza". I settori "giustizia" e "libertà" sembrano invece assumere un ruolo più marginale.

La sicurezza è indicata come una delle priorità dell'UE, da perseguire mediante il potenziamento dello scambio di informazioni tra le autorità competenti, in risposta alla guerra al terrorismo. Viene introdotto il principio di disponibilità, secondo il quale un ufficiale di polizia di uno Stato membro ha il diritto di ottenere da un altro Stato le informazioni necessarie all'esercizio delle proprie funzioni. Si tratta di un'importante novità volta a creare un unico territorio in cui i dati raccolti sono resi disponibili alla pubbliche autorità richiedenti. Una corretta applicazione di tale principio permetterebbe di superare le diffidenze reciproche che attualmente ostacolano il dialogo tra le varie autorità di polizia. La sua attuazione dovrebbe tuttavia soddisfare alcune condizioni fondamentali quali la subordinazione dello scambio delle informazioni all'unico fine di eseguire i compiti stabiliti dalla legge, la garanzia dell'integrità dei dati, la protezione delle fonti d'informazione, la riservatezza dei dati, la previsione di *standards* tecnici comuni per l'accesso alle informazioni e il diritto delle persone interessate di chiederne la correzione e la rettifica.

La raccolta dei dati può senza dubbio rappresentare uno strumento utile se non addirittura indispensabile per contrastare efficacemente il terrorismo e le altre gravi forme di criminalità transnazionale, ma dovrebbe essere accompagnata da adeguate garanzie di rispetto dei dati personali. Al momento attuale manca invece a livello dell'Unione una legislazione che, al pari di quella prevista per il primo pilastro, assicuri un'adeguata tutela dei dati personali nei settori coperti dal Titolo VI del TUE. Pur potendo utilizzare come fonte di riferimento la Convenzione n. 108 del 1981 del

Consiglio d'Europa, tale lacuna risulta particolarmente grave, data la delicatezza della materia in esame. Per far fronte a tale necessità la Commissione europea ha presentato una proposta di decisione-quadro. L'adozione di tale atto risulta però attualmente bloccata in seno al Consiglio, ad ulteriore riprova delle difficoltà che gli Stati membri incontrano nell'adottare misure espressamente dedicate alla tutela dei diritti fondamentali. Il raggiungimento di un compromesso, anche se auspicabile, non deve però andare a discapito della portata delle garanzie da assicurare ai singoli.

Desta preoccupazione la crescente domanda di utilizzazione delle informazioni contenute in banche dati del primo pilastro per scopi investigativi. Il rischio è infatti quello di incorrere in una violazione del principio di finalità limitata, in forza del quale i dati devono essere utilizzati per il raggiungimento degli scopi per i quali sono stati raccolti.

Altrettanto preoccupante risulta la proposta di una sistematica interconnessione di alcune banche dati istituite nell'ambito dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia. Se non adeguatamente regolata essa rischia infatti di accrescere il pericolo di utilizzazione delle informazioni per finalità diverse da quelle per le quali sono state raccolte, con conseguente rischio doppiato e di modificazioni della natura stessa dei Sistemi d'Informazione.

Dall'esame della legislazione adottata in tale settore è emersa una pericolosa tendenza a "sorvegliare" le persone che si trovano sul territorio dell'UE. Il rafforzamento della sicurezza dei documenti ha determinato un'accelerazione dei lavori riguardanti l'introduzione di identificatori biometrici non solo nei visti e nei permessi di soggiorno rilasciati ai cittadini di Paesi terzi, ma anche nei passaporti e nei documenti di viaggio dei cittadini europei, non sempre rispettosa del principio di proporzionalità e dei diritti spettanti alle persone interessate.

Nella lotta all'immigrazione illegale la raccolta dei dati personali può essere un strumento utile. In alcuni casi, tuttavia, come quello della direttiva che obbliga i vettori aerei a comunicare i dati relativi alle persone trasportate nel territorio degli Stati membri, si assiste ad una discrasia tra lo scopo espressamente enunciato di contrasto all'immigrazione clandestina, attraverso un miglioramento dei controlli alle frontiere, e quello implicitamente perseguito di lotta al terrorismo, con conseguente rischio di violazione del principio di finalità limitata e di assimilazione degli immigrati illegali ai terroristi.

Come si è avuto modo di evidenziare, la tendenza a sorvegliare gli individui non riguarda solamente le persone che si trovano sul territorio dell'Unione, ma anche quelle che effettuano viaggi al di fuori di esso. Una particolare attenzione è stata dedicata all'Accordo UE-USA sul trasferimento dei dati PNR così come riformulato secondo la corretta base giuridica a seguito della sentenza della Corte di giustizia. Di fronte ad un contenuto solo parzialmente modificato è lecito auspicare che in occasione della

rinegoziazione dell'accordo sia finalmente raggiunto un equilibrio tra la tutela della sicurezza e la protezione dei dati personali più volte sollecitata dal Parlamento europeo e dalle Autorità nazionali garanti della privacy.

Ad ulteriore conferma della particolare importanza che i Capi di Stato e di Governo hanno accordato al miglioramento dello scambio di informazioni, è stato richiamato il Trattato di Prüm, concluso da un numero ridotto di Stati membri. Il ritorno a forme di cooperazione puramente intergovernativa, prive di trasparenza e di controllo democratico e giurisdizionale, segna un passo all'indietro nel processo di integrazione europea. La Presidenza tedesca si è però posta l'obiettivo di inserire il contenuto dell'Accordo nel quadro giuridico dell'UE. Una tale prospettiva è da accogliere con favore, nonostante le difficoltà che potrebbero sorgere circa la compatibilità di quest'ultimo con le disposizioni rientranti nell'acquis di Schengen.

Sulla base delle considerazioni sopra enunciate è possibile concludere che la priorità accordata dai Capi di Stato e di Governo alla dimensione "sicurezza" dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia è avvenuta spesso a scapito delle garanzie individuali. Per evitare che prevalga l'"interesse di polizia" è opportuno quindi che il legislatore adotti al più presto i due atti sopra richiamati che attribuiscono alla tutela dei dati personali e al rispetto delle garanzie procedurali il ruolo di veri e propri obiettivi. L'esigenza di lottare efficacemente contro il terrorismo non può infatti giustificare un abbassamento nella tutela dei diritti fondamentali che rappresentano i valori su cui si fonda l'Unione europea.

Giunti al termine del lavoro di ricerca, ci si è domandati se l'ordinamento dell'Unione europea assicurasse una tutela giurisdizionale effettiva, ovvero se riconoscesse al singolo la possibilità di sindacare, davanti ad un organo giurisdizionale, la mancata conformità di un atto dell'UE ai diritti fondamentali ed ottenere la riparazione dell'eventuale danno subito.

Nel rispondere a tale interrogativo si sono evidenziate le limitate le competenze della Corte di giustizia nel terzo pilastro. L'assenza di un sistema completo di rimedi giuridici e di procedure destinato ad assicurare la legittimità degli atti nell'ambito del Titolo VI è stata riconosciuta dalla stessa Corte come un limite ed un indice di integrazione debole.

In un'ottica multilivello, però, la tutela dei diritti fondamentali impegna e coinvolge anche altri ordinamenti. Per far fronte alle carenze del sistema di rimedi giuridici dell'UE ed evitare che vengano sacrificate le esigenze di tutela giurisdizionale dei singoli, è stato più volte invocato dal Tribunale e della Corte l'intervento delle autorità giudiziarie nazionali. Le sentenze più recenti hanno evidenziato infatti una certa difficoltà del giudice comunitario a ricoprire il ruolo di giudice dei diritti dell'uomo. L'intervento delle giurisdizioni nazionali, per supplire a tale lacuna, rischia tuttavia di creare una certa disomogeneità nelle soluzioni adottate. Per questo motivo sarebbe

auspicabile compiere un passo in avanti ed ampliare, come previsto dal Trattato-Costituzione, le competenze della Corte di giustizia.

Il Tribunale di primo grado sembra porre il sistema giurisdizionale davanti all'ulteriore possibilità di fare affidamento sull'azione della Corte europea dei diritti dell'uomo. Quest'ultima esercita, però, un controllo esterno, di carattere sussidiario ed interviene solo quando la violazione è già avvenuta. La sua competenza *ratione personae*, inoltre, non copre gli atti dell'Unione in quanto tali, poiché quest'ultima non è parte contraente della CEDU.

La Corte europea ha più volte affermato che il diritto comunitario soddisfa il requisito della "protezione equivalente", grazie all'art. 6 TUE e alla giurisprudenza della Corte di giustizia. Difficilmente, però, una tale presunzione potrebbe essere applicata al terzo pilastro, date le carenze di tutela giurisdizionale che lo caratterizzano.

L'adesione dell'Unione alla CEDU, così come prevista dallo stesso Trattato-Costituzione, eviterebbe il rischio di *standards* di protezione diversificati e renderebbe possibile un ulteriore controllo sul rispetto dei diritti fondamentali.

L'ampliamento delle competenze della Corte di giustizia e l'adesione dell'UE alla CEDU sono solo alcune delle modifiche che dovrebbero essere apportate ai Trattati. Le difficoltà che il legislatore comunitario incontra sempre più spesso nell'individuazione della corretta base giuridica per le materie a cavallo tra i vari pilastri e l'esigenza di rendere più democratico l'intero sistema decisionale rendono indispensabile il progressivo superamento della ripartizione in pilastri. L'utilizzazione della clausola passerella, anche in assenza dell'entrata in vigore del Trattato-Costituzione, permetterebbe il passaggio nel primo pilastro delle disposizioni del Titolo VI TUE, con conseguente controllo democratico e giurisdizionale sugli atti adottati nelle materie che investono più direttamente le libertà e i diritti delle persone.

L'equilibrio tra le esigenze di sicurezza e di rispetto delle libertà individuali incontra ancora degli ostacoli legati alle posizioni politiche degli Stati membri, ma merita di essere raggiunto perché si possa parlare di un vero spazio di libertà, sicurezza e giustizia dell'Unione europea.

BIBLIOGRAFIA

ADAM, R., *La cooperazione in materia di giustizia e affari interni tra comunitarizzazione e metodo intergovernativo*, in *Diritto dell'Unione europea*, 1998, pag. 481 e ss.

ADAM, R., *La cooperazione nel campo della giustizia e degli affari interni: da Schengen a Maastricht*, in *Riv. Dir. Eu.*, 1994, pag. 225 e ss.

ADINOLFI, A., *Art. 68*, in POCAR, F., *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione europea*, CEDAM, Padova, 2001, pag. 318 e ss.

ADINOLFI, A., *Le istituzioni giudiziarie nel Progetto di Costituzione europea*, in *Riv. dir. internazionale*, fasc. 3, 2003, pag. 645 e ss.

ALEGRE, S., LEAF, M., *Mutual Recognition in European Judicial Cooperation: A Step Too Far Too Soon? Case Study-the European Arrest Warrant*, in *European Law Journal*, March 2004, pag. 216 e ss.

ALPA, G., *Raccolta di informazioni e protezione dei dati e controllo degli elaboratori elettronici (in margine ad un progetto di convenzione del Consiglio d'Europa)*, in *Foro it.*, 1981, parte V, c. 27-29.

AMALFITANO, C., *Bis in idem per il "ne bis in idem": nuovo quesito alla Corte di giustizia*, in *Riv. Dir. Internazionale privato e processuale*, 2004, n. 1, pag. 97 e ss.

ANDERSON., M., DEN BOER, M., MILLER, G., *Europea citizenship and cooperation in justice and home affairs*, in DUFF, A., (edited by), *Maastricht and beyond. Building the European Union*, 1994, pag. 104 e ss.

ANODINA, E., *Cooperazione-integrazione penale nell'Unione europea*, in *Cass. pen.*, 2001, pag. 2904.

BARAZZETTA, A., *I principi di specialità e di doppia incriminazione*, in PEDRAZZI, M., *Mandato d'arresto europeo e garanzie della persona*, Giuffrè, Milano, 2004, pag. 107.

BARBE, E., *Justice et affaires intérieures dans l'Union européenne*, La Documentation Française, Paris, 2002.

BARBE, E., *Le mandat d'arrêt européen : en tirera-t-on toutes es conséquences ?*, in DE KERCHOVE, G., WEYEMBERG, A., (édité par), *L'espace pénal européen : enjeux et perspectives*, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2002, pag. 113.

BARBE, E., *Qu'attendre de la Convention pour les acteurs de l'espace pénal européen ?*, in DE KERCHOVE, G., WEYEMBERGH, A., (édité par), *Quelles réformes pour l'espace pénal européen ?*, Edition de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2003, pag. 59 e ss.

BARBE, E., *Une triple étape pour le troisième pilier de l'Union européenne. Mandat d'arrêt européen, terrorisme et Eurojust*, in *Revue du Marché Commun et de l'Union européenne*, 2002, pag. 7.

BARBERA, A., *Esiste "una costituzione europea"?*, in *Quad. cost.*, 2000, pag. 59 e ss.

BARIATTI, S., *La cooperazione giudiziaria in materia civile dal terzo pilastro dell'Unione europea al titolo IV del Trattato CE*, in TIZZANO, A., *Il Trattato di Nizza*, Giuffrè, Milano, 2003, pag. 267 e ss.

BARTHELET, P., CHEVALLIER-GOVERNS, C., *Quelle relation entre Europol et Eurojust? Rapport d'égalité ou rapport d'autorité?*, in *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, juillet-août 2001, pag. 468 e ss.

BARTHELET, P., CHEVALLIER-GOVERNS, C., *Quelle relation entre Europol et Eurojust? Rapport d'égalité ou rapport d'autorité?*, in *Revue du Marché Commun et de l'Union européenne*, 2001, pag. 468 e ss.

BARTOLE, S., CONFORTI, B., RAIMONDI, G., *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, CEDAM, Padova, 2001, pag. 308.

BARTOLONI, M. E., *L'ambito di applicazione ratione personae degli articoli 301 e 60 TCE nelle recenti sentenze Yusuf e Kadi*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2006, pag. 326 e ss.

BARTONE, N., *Mandato di arresto europeo e tipicità nazionale del reato*, Giuffrè, Milano, 2003, pag. 68.

BASCHERINI, G., *Da Schengen ad Amsterdam: Unione europea e condizione dello straniero*, in *Sovranità Rappresentanza Democrazia. Rapporti fra ordinamento comunitario e ordinamenti nazionali*, Jovene, Napoli, 2000, pag. 391 e ss.

BATTAGLIA, E., DI FEDERICO, G., *La Carta dei diritti e la tutela della riservatezza*, in ROSSI, L. S., (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali e costituzione dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2002, pag. 220.

BAZZOCCHI, V., *Ancora sui casi Gözütok e Brügge: la Corte di giustizia ed il principio del ne bis in idem*, in *Quad. cost.*, 2004, n. 1, pag. 171.

BENDLER, W., *Le droit au juge dans le cadre de la Convention Europol*, in GREWE, C., (textes réunis par), *La Convention Europol: l'émergence d'une police européenne*, Presses Universitaires de Strasbourg, 2001, pag. 53 e ss.

BENOIT, L., *Le mandat d'arrêt européen*, in *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, 2003, pag. 107.

BERGER, N., *La politique européenne d'asile et d'immigration. Enjeux et perspectives*, Bruylant, Bruxelles, 2000.

BERNARDI, A., *Articolo 7. Nessuna pena senza legge*, in BARTOLE, S., CONFORTI, B., RAIMONDI, G., *Commentario Alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, pag. 250 e ss.

BERNARDI, A., GRANDI, C., *Gli effetti della prescrizione e dell'amnistia sull'extradizione e sul mandato d'arresto europeo*, in *Cass. pen.*, novembre 2005, pag. 3566 e ss..

BERNARDI, A., *Il principio di legalità e delle pene nella Carta dei diritti: problemi e prospettive*, in *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Comunitario*, 2002, 673 e ss.

BILANCIA, P., *Le nuove frontiere della tutela multilivello dei diritti*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

BLUMANN, C., *Aspects institutionnels*, in *RTDE.*, 1997, pag. 742.

BONIFAZI, M., *Europol. Ufficio europeo di polizia. La normativa. Il Sistema informativo. La tutela dei dati*, Edizioni Giuridiche Simone, Napoli, 2000, pag. 14.

BONTEMPI, R., *Gli Accordi di Schengen*, in NASCIMBENE, B., *Da Schengen a Maastricht*, Giuffrè, Milano, 1995, pag. 45 e ss.

BOSLY, S., VAN RAVENSTEIN, M., *L'harmonisation des incriminations*, in A.A.V.V., *Actualités de droit pénal européen*, La Chartre, Bruxelles, 2003, pag. 20.

BOUCHARD, M., *Mediazione: una terza via per la giustizia penale*, in *Questione giustizia*, 1992, pag.

BRIBOSIA, E., WEYEMBERG, A., *Extradition et asile: vers un espace judiciaire européen?*, in *Revue belge du droit international*, 1997, pag.77 e ss.

BRIBOSIA, H., *Liberté, sécurité et justice : imbroglio d'un nouvel espace*, in *Revue du. Marché commun et de l'Union européenne*, 1998, pag. 27 e ss.

BRINKMANN, G., *The immigration and Asylum Agenda*, in *European Law Journal*, vol. 10, 2004, pag. 182 e ss.

BROUWER, E. R., *Eurodac: Its Limitations and Temptations*, in *European Journal of Migration and Law*, 2002, pag. 236.

BUNYAN, T., in www.statewatch.org/news/2005/jul/05eu-data-retention.htm

BUTTARELLI, G., *Banche dati e tutela della riservatezza*, Giuffré, Milano, 1997, pag. 29 e ss.

CANNIZZARO, E., *Sulla responsabilità internazionale per condotte di Stati membri dell'Unione europea: in margine al caso Bosphorus*, in *Riv. dir. internazionale*, 3/2005, pag. 763 e ss.

CAPPATO, M., *Rapporto relativo alla prima relazione sull'applicazione della direttiva sulla tutela dei dati*, Commissione LIBE del PE, del 24 febbraio 2004., punti 1 e 2.

CAPPUCCIO, L., *Sul rapporto tra le limitazioni all'uso dei beni e la partecipazione alla Comunità europee nel "caso Bosphorus"*, in *Quad. cost.*, 1/2006, pag. 149 e ss.

CAPPUCCIO, L., *Sanzioni ad Al-Queda nei regolamenti comunitari: si può agire solo nei confronti del proprio Stato di appartenenza?*, in *Quad. cost.*, 4/2006, pag. 823.

CARACCILOLO, I., *La rilevazione dei valori democratici nell'Unione europea. Una proiezione internazionale per l'identità giuridica occidentale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2003.

CARACCILOLO, I., *Dal diritto penale internazionale al diritto internazionale penale. Il rafforzamento delle garanzie giurisdizionali*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2000, pag. 100.

CARTABIA, M., *Gli obblighi di cooperazione giudiziaria degli Stati con le giurisdizioni penali internazionali e la tutela dei diritti dell'uomo*, in ZANGHÌ, C., PANELLA, L., (a cura di), *Cooperazione giudiziaria in materia penale e diritti dell'uomo*, Giappichelli, Torino, 2004, pag. 292 e ss.

CARTABIA, M., *Principi inviolabili e integrazione europea*, Giuffrè, Milano, 1995.

CARTABIA, M., WEILER, J. H. H., *L'Italia in Europa: profili istituzionali e costituzionali*, Il Mulino, Bologna, 2000.

CASTELLANETA, M., *In Europa l'Italia diventa "campione" di tutela*, in *Guida al diritto*, settembre 2003, pag. 106.

CESONI, M. L., *Droit pénal européen : une harmonisation périlleuse*, in DE KERCHOVE, G., WEYENBERGH, A., (édité par), *L'espace pénal européen : enjeux et perspectives*, Edition de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2002, pag. 166.

CHALTIEL, F., *Arrêt CJCE Commission c. Conseil, du 13 septembre 2005*, in *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, Janvier, 2006, pag. 28.

CHIAVARIO, M., *Art. 6 Diritto ad un equo processo*, in BARTOLE, S., CONFORTI, B., RAIMONDI, G., *Commentario Alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, pag. 154.

CLAISSE, S., JAMART, J.-S., *L'harmonisation des sanctions*, in A.A.V.V., *Actualités de droit pénal européen*, La Chartre, Bruxelles, 2003, pag. 62 e ss.

COELHO, C., *Relazione sulla proposta della Commissione del regolamento relativo alle norme sulle caratteristiche di sicurezza e sugli elementi biometrici dei passaporti dei cittadini dell'Unione*, Commissione LIBE del PE, del 28 ottobre 2004.

COELHO, C., *Relazione sulla proposta di raccomandazione del Parlamento europeo destinata al Consiglio sul Sistema d'informazione Schengen di seconda generazione (SIS II)*, Commissione LIBE del PE, 7 novembre 2003, in www.europarl.eu.int.

COHEN-JONATHAN, G., FLAUSS, J.-F., *Chroniques d'actualité. Commission et Cour européennes des droits de l'homme*, in *Justice*, 1997, pag. 188 e ss.

COLVIN, M., *The Schengen Information System: A Human Rights Audit*, in *European Human Rights Law Review*, 2001, pag. 276 e ss.

CONCOLINO, B., *L'applicazione delle sanzioni del Consiglio di sicurezza nella CE: competenza vincolata c. tutela dei diritti umani*, in *Dir. pubbl. comparato ed europeo*, I-2006, pag. 154.

CONDINANZI, M., *La (fantomatica) competenza della Corte di giustizia delle Comunità europee nelle convenzioni concluse dagli Stati membri ai sensi dell'art. K3, lett. c del Trattato sull'Unione*, in *Diritto dell'Unione europea*, 1996, pag. 579 e ss.

CONDINANZI, M., LANG., A., NASCIMBENE, B., *Cittadinanza dell'Unione e libera circolazione delle persone*, Giuffrè, Milano, 2003.

CONFORTI, B., *Decisioni del Consiglio di sicurezza e diritti fondamentali in una bizzarra sentenza del Tribunale comunitario di primo grado*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2006, pag. 341.

CORRADO, L., *L'intégration de Schengen dans l'Union européenne: problèmes et perspectives*, in *Rev. Marché Commun Union eur.*, 1999, pag. 342 e ss.

COULON, J.-M., FRISON-ROCHE, M.- A., *Le droit d'accès à la justice*, in CABRILLAC, R., FRISON-ROCHE, M.- A., REVET, T., *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, Paris, 2002, pag. 466 e ss.

CORRÉARD, V., *Constitution européenne et protection des droits fondamentaux: vers une complexité annoncée?*, in *RTDH*, 2006, pag. 511.

CROQUET, N., *La commission rogatoire à la lumière du principe de l'égalité des armes : une nouvelle approche par la Cour européenne des droits de l'homme ?*, in *Revue de droits international et de droit comparé*, 2004, pag. 79 e ss.

CURTI GIALDINO, C., *Schengen et le troisième pilier : le contrôle juridictionnel organisé par le Traité de Amsterdam*, in *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, 1998, pag. 89 e ss.

CURTIN, D. M., MEIJERS, H., *The principle of open government in Schengen and the European Union: democratic retrogression?*, in *CMLR*, 1995, pag. 391 e ss.

CURTIN, D. M., POUW, J.F.M., *La coopération dans le domaine de la justice et des affaires intérieures au sein de l'Union européenne : une nostalgie d'avant Maastricht ?*, in *Revue du Marché Unique*, 1995, pag. 13 e ss.

CURTIN, D. M., *The Developing Right of Citizen Access to Information on Asylum and Immigration Decision-Making*, in GUILD, E., HARLOW, C., (edited by), *Implementing Amsterdam. Immigration and Asylum rights in EC law*, Hart Publishing, Oxford-Portland Oregon, 2001, pag. 35 e ss.

DAMATO, A., *Il mandato d'arresto europeo e la sua attuazione nel diritto italiano (II)*, in *Diritto dell'Unione europea*, 3/2005, pag. 210 e ss.

D'AMICO, M., *Art. 48 Presunzione di innocenza e diritti della difesa*, in BIFULCO, R., CARTABIA, M., CELOTTO, A., *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Il Mulino, Bologna, 2001, pag. 334.

DE AMICIS, G., *La costruzione di Eurojust nell'ambito del « terzo pilastro » dell'Unione europea*, in *Cass. pen.*, 2001, pag. 1985 e ss.

DE AMICIS, G., *Riflessioni su Eurojust*, in *Cass. pen.*, 2002, pag. 1316.

DE AMICIS, G., VILLONI, O., *Il Protocollo della Convenzione relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea fatta a Bruxelles il 29 maggio 2000*, in *Cass. pen.*, 2002, pag. 421 e ss.

DE BIOLLEY, S., *Liberté et sécurité dans la construction de l'espace européen de justice pénale: la cristallisation de la tension sous présidence belge*, in DE KERCHOVE, G., WEYENBERGH, A., (édité par), *L'espace pénal européen : enjeux et perspectives*, Edition de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2002, pag. 195 .

DE BIOLLEY, S., *L'harmonisation des procédures*, in AA.VV., *Actualité de droit européen*, La Chartre, Bruxelles, 2003, pag. 341.

DE HOYOS SANCHO, M., *Il nuovo sistema di estradizione semplificata nell'Unione europea. Lineamenti della legge spagnola sul mandato d'arresto europeo*, in *Cass. pen.*, 2005, pag. 309.

DE KERCHOVE, G., *Un espace de liberté, de sécurité et de justice aux dimensions incertaines. Quelques réflexions sur le recours aux coopérations renforcées en matière de justice et d'affaires*

intérieures, in LEJEUNE, Y., (études coordonnées par), *Le Traité d'Amsterdam. Espoirs et déceptions*, Bruylant, Bruxelles, 1998, pag. 294 e ss.

DE KERCHOVE, G., *La reconnaissance mutuelle des décisions pré-sentencielles en général*, in DE KERCHOVE, G., WEYEMBERGH, A., (édité par), *Vers un espace judiciaire pénal européen*, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2000, pag. 118 e ss..

DE KERCHOVE, G., *Améliorations institutionnelles à apporter au titre VI du Traité sur l'Union européenne afin d'accroître l'efficacité et la légitimité de l'action de l'Union européenne dans le domaine de la sécurité intérieure*, in DE KERCHOVE, G., WEYEMBERGH, A., (édité par), *Quelles réformes pour l'espace pénal européen?*, Editions de l'Université de Bruxelles, 2003, pag. 19 e ss.

DE KERCHOVE, G., *Préface*, in WEYEMBERGH, A., *L'harmonisation des législations: condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2004, pag. VIII.

DE SALVIA, M., *Droit communautaire, droit pénal et Convention européenne des droits de l'homme : quelques observations liminaires*, in ?, *Droit communautaire et droit pénal*, Giuffré, Milano, 1981, pag. 109 e ss.

DE SALVIA, M., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2001, pag. 231.

DE SCHUTTER, O., *La Convention européenne des droits de l'homme à l'épreuve de la lutte contre le terrorisme*, in BRIBOSIA, E., WEYEMBERGH, A., *Lutte contre le terrorisme et droits fondamentaux*, Bruylant, Bruxelles, 2002, pag. 118 e ss.

DE WITTE, B., *The past and future role of the European Court of justice in the protection of human rights*, in ALSTON, P., (edited by), *The EU and the human rights*, Oxford University Press, 1999, pag. 832 e ss.

DEHOUSSE, F., GARCIA MARTINEZ, J., *The Area of Freedom, Security and Justice in the European Convention*, in DEHOUSSE, F., COUSSENS W., (edition), *The Convention's draft constitutional Treaty: old wine in a new bottle?*, Studia Diplomatica, 2003, pag. 135 e ss.

DEHOUSSE, F., MARTINEZ, G., *"Eurojust" et la coopération judiciaire pénale*, in *Journal de Tribunaux Droit Européen*, n. 110, 2004, pag. 170 e ss.

DEHOUSSE, F., MARTINEZ. G., *La coopération policière et judiciaire pénale de l'Union européenne. Les lents progrès d'un nouveau projet européen*, in *Studia diplomatica*, 2002, n. 4, pag. 43 e ss.

DEL TUFO, M., *Profili di diritto penale sostanziale*, in *Dir. pen. e processo*, n. 8, 2005, pag. 940.

DELTUFO, M., *La tutela della libertà delle persone e l'Europa*, in *Questione giustizia*, 2-3/2004, pag. 267.

DELMAS MARTY, M., *Nécessité, légitimité et faisibilité du Corpus Iuris*, in *Agon*, 2000, n. 25, pag. 5 e ss.

DELMAS-MARTHY, M., VERVAELE, J., (sous la direction de) *La mise en œuvre du corpus iuris dans les Etats membres*, Antwerpen, Groningen, Intersentia, Oxford, 2000, pag. 13.

DEN BOER, M., (edited by), *Schengen, judicial cooperation and policy coordination*, European Institut of public administration, Maastricht, 1997.

DEN BOER, M., *An Area of Freedom, Security and Justice: Bogged Down by Compromise*, in O'KEEFFE, D., TWOMEY, P., (edited by), *Legal Issues of the Amsterdam Treaty*, Hart Publishing, Oxford-Portland Oregon, 1999, pag. 303 e ss.

DENZA, E., *The 2000 Convention on mutual assistance in criminal*, in *CMLR*, 2003, pag. 1050 e ss.

DESCAMPS, M.-H., *La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales*, in *A.A.V.V., Actualités de droit pénal européen*, ?, pag. 89 e ss.

DIJON, X., *La Convention européenne et les droits de l'homme le plus démunis*, in *Journal des tribunaux*, 1988, pag. 717.

DOUGLAS-SCOTT, S., *The rule of law in the European Union - putting the security into the "area of freedom, security and justice"*, in *European Law Review*, april 2004, pag. 225.

DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, J., *Les droits fondamentaux dans le Projet de Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, in *Liberté, justice, tolérance. Mélanges en hommage au Doyen Gérard COHEN-JONATHAN*, Bruylant, Bruxelles, 2004, pag. 764.

E.U. Network of independent experts in fundamental rights, *The balance between freedom and security in the response by the European Union and its Member States to the terrorist threats*, pag. 24.

EHLERMANN, C. D., *Primauté du droit communautaire mise en ranger par la Cour Constitutionnelle fédérale allemande*, in *Revue du Marché Commun*, 1975, pag. 10 e ss.

ELSEN, C., *Incorporation juridique et institutionnelle de Schengen dans l'UE*, in DER BOER, M., *Schengen still going strong*, Institut européen d'administration publique, Maastricht, 2000, pag. 11 e ss.

ELSEN, C., *Les mécanismes institutionnelles : Trevi, Schengen, Dublin, Maastricht*, in PAULY, A., (sous la direction de), *Schengen en panne*, Institut européen d'administration publique, Maastricht, 1994, pag. 43 e ss.

ELSEN, C., *L'esprit et les ambitions de Tampere*, in *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, 1999, pag. 662 e ss.

FLORE, D., *Double incrimination et territorialité*, in DE KERCHOVE, G., WEYEMBERGH, A., *La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l'Union européenne*, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2001, pag. 75 e ss.

FLORE, D., *D'un réseau judiciaire européen à une juridiction pénale européenne : Eurojust et l'émergence d'un système de justice pénale*, in DE KERCHOVE, G., WEYEMBERGH, A., (édité par), *L'espace pénal européen : enjeux et perspectives*, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2002, pag. 19.

FLORE, D., *La notion de confiance mutuelle : l'« alpha » ou « omega » d'une justice pénale européenne ?*, in DE KERCHOVE, G., WEYEMBERGH, A., *La confiance mutuelle dans l'espace pénal européen/Mutual Trust in the European Criminal Area*, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2005, pag. 27 e ss.

FOCARELLI, C., *Equo processo e Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Contributo alla determinazione dell'ambito di applicazione dell'art. 6 della Convenzione*, CEDAM, Padova, 2001, pag. 250 e ss.

FORTESCUE, A., *La coopération dans les domaines de la justice et des affaires intérieures dans le Traité de Maastricht*, in NASCIMBENE, B., (con la collaborazione di) PASTORE, M., *Da Schengen a Maastricht. Aperture delle frontiere, cooperazione giudiziaria e di polizia*, Giuffrè, Milano, 1995, pag. 28.

FRATTINI, F., *Préface*, in DE KERCHOVE, G., WEYEMBERGH, A., (edité par) *La confiance mutuelle dans l'espace pénal européen*, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2005, pag. 9 e ss.

FROSINI, *Banche dati e tutela della persona*, Camera dei Deputati, II Edizione, Roma, 1983.

GARCIA-JOURDAN, S., *L'émergence d'un espace européen de liberté, de sécurité et de justice*, Bruylant, Bruxelles, 2005, pag. 403.

GEORGOPOULOS, T., *What kind of treaty-making power for the EU? Constitutional problems related to the conclusion of the EU-US Agreements on Extradition and Mutual Legal Assistance*, in *European Law Review*, 2005, pag. 198 e ss.

GIANNANTONIO, E., LOSANO, M. G., ZENCOVICH, V. Z., *La tutela dei dati personali . Commentario alla l. 675/1996*, CEDAM, Padova, 1997, pag. 5.

GIANNANTONIO, E., *Manuale di diritto dell'informatica*, CEDAM, Padova, 1994, pag. 27.

GRASSO, G., *Harmonisation of the national penal systems: a possible objective for the European Union?*, in LONGO, F., (edited by), *The European Union and the Challenge of Transnational Organised Crime. Towards a common police and judicial approach*, Giuffrè, Milano, 2002, pag. 93 e ss.

GRASSO, G., *Il Corpus Iuris: profili generali e prospettive di recepimento nel sistema delle fonti e delle competenze comunitarie*, in *Scritti in onore di A. Pavone La Rosa*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1999, pag. 1811 e ss.

GRASSO, G., *Il Corpus Iuris: profili generali e prospettive di recepimento nel sistema delle fonti e delle competenze comunitarie*, in PICOTTI, L., *Possibilità e limiti di un diritto penale dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 1999, pag. 127 e ss.

GREWE, C., *Droit européen et droit constitutionnel : l'articulation malaisée entre le procès équitable et la justice constitutionnelle*, in *Le droit social-le droit comparé. Études dédiées à la mémoire de PIERRE ORTSCHIEDT*, Annales de la Faculté de droit de Strasbourg, Strasbourg, 2004, pag. 156.

GREWE, C., *Les influences du droit allemand des droits fondamentaux sur le droit français: le rôle médiateur de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, in *Revue Universelle des droits de l'homme*, vol. 16, n. 1-4, 2004, pag. 28.

GUALTIERI, P., *Mandato d'arresto europeo : davvero superato (e superabile) il principio di doppia incriminazione ?*, in *Dir. pen. e processo*, 1/2004, pag. 115 e ss.

GUILD. E., LESIEUR, G., *The European Court of Justice on the European Convention on Human Rights*, in *Kluwer Law International*, 1998, pag. 201 e ss.

HAUSTINX, P. J., dichiarazione alla *Spring Conference of European Data Protection Authorities*, Cracovia il 24-25 aprile 2005, in www.edps.eu.int/01_en_presentation.htm

HAUSTINX, P. J., intervento al Seminario pubblico “*Protection des données et sécurité des citoyens: quels principes pour l'Union européenne?*”, Bruxelles, 31 gennaio 2005, in www.edps.europa.eu/EDPSWEB/webdav/site/mySite/shared/Documents/EDPS/Publications/Speeches/2005/05-01-31_Seminar_LIBE_FR.pdf.

HAUSTINX, P. J., intervento alla *Conférence scientifique sur les nouvelles idées et tendances dans le domaine de la protection des données en relation avec le troisième pilier et les services répressifs*, Budapest, 1° dicembre 2004, in www.edps.europa.eu/EDPSWEB/webdav/site/mySite/shared/Documents/EDPS/Publications/Speeches/2004/04-12-01_Budapest_FR.pdf.

HAYES, B., *SIS II: fait accompli? Construction of EU's Big Brother data base underway*, in www.statewatch.org/news/2005/may/sisII-analysis-may05.pdf.

HEDEMANN-ROBINSON, M., *The Area of Freedom, Security and Justice with Regard to the UK, Ireland and Denmark: The “Opt-in Opt-outs” under the Treaty of Amsterdam*, in O'KEEFFE, D., TWOMEY, P., (edited by), *Legal Issues of the Amsterdam Treaty*, Hart Publishing, Oxford-Portland Oregon, 1999, pag. 289 e ss.

HANF, D., *Le jugement de la Cour constitutionnelle fédérale allemande sur la constitutionnalité du Traité de Maastricht*, in *RTDE*, 1994, pag. 391 e ss.

HAGUENAU-MOIZARD, C., *Vers une harmonisation communautaire du droit pénal?*, in *RTDE*, 2006, pag. 382.

HERRERA, C. M., *Sur le statut des droits sociaux- La constitutionnalisation du social*, in *Revue Universelle des droits de l'homme*, vol. 16, n. 1-4, 2004, pag. 33.

IMBENI, R., *Parlamento europeo e parlamenti nazionali*, in ROSSI, L.S., (a cura di), *Il Progetto di Trattato-Costituzione. Verso una nuova architettura dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2004, pag. 169 e ss.

JACQUÉ, J. P., *La Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement informatisé des données à caractère personnel*, in *Annuaire Français de Droit International*, 1980, pag. 777 e ss.

JACQUÉ, J.-P., *La question de la base juridique dans le cadre de la justice et des affaires intérieures*, in DE KERCHOVE, G., WEYEMBERG, A., (édité par), *L'espace pénal européen : enjeux et perspectives*, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2002, pag. 251 e ss.

JACQUÉ, J.-P., *Affaires intérieures et justice. Quelques réflexions*, in *Revue du Marché européen*, 1995, pag. 285 e ss.

JACQUÉ, J.-P., *Droit communautaire et Convention européenne des droits de l'homme. L'arrêt Bosphorus, une jurisprudence "Solange II" de la Cour européenne des droits de l'homme?*, in *RTDE*, 2005, pag. 762.

JAECKEL, L., *The duty to protect fundamental rights in the European Community*, in *European Law Review*, 2003, pag. 508 e ss.

JIMENO-BULNES, M., *European judicial cooperation in criminal matters*, in *European Law Journal*, december 2003, pag. 614 e ss.

LABAYLE, H., *Un espace de liberté, de sécurité et de justice*, in *RTDE*, 1997, pag. 105 e ss.

LABAYLE, H., *Les nouveaux domaines d'intervention de la Cour de justice : l'espace de liberté, de sécurité et de justice*, in *Les nouveaux droits de l'homme en Europe*, Bruylant, Bruxelles, 1999

LABAYLE, H., *La libre circulation des personnes en Europe, de Schengen à Amsterdam*, in DONY, M., BRIBOSIA, E., *L'avenir du système juridictionnel de l'Union européenne*, Institut d'études européennes, Bruxelles, 2002, pag. 3 e ss.

LABAYLE, H., *Le bilan du mandat de Tampere et l'espace de liberté, sécurité et justice de l'Union européenne*, in *Cahiers de droit européen*, n. 5-6 2004, pag. 592.

LABAYLE, H., *Architecte ou spectatrice ? La Cour de justice de l'Union : dans l'Espace de liberté, sécurité et justice*, in *RTDE*, 2006, n. 1, pag. 2 e ss.

LATTANZI, G., *La nuova dimensione della cooperazione giudiziaria*, in *Doc. Giustizia*, 2000, pag. 1041.

LEANAERTS, K., DE SMIJTER, E., *Le Traité d'Amsterdam*, in *Journal des Tribunaux Droit européen*, 1998, pag. 30.

LENAERTS, K., JADOUL, L., *Quelle contribution de la Cour de justice des Communautés européennes au développement de l'espace de liberté, de sécurité et de justice?*, in DE KERCHOVE, G., WEYEMBERG, A., (édite par), *L'espace pénal européen : enjeux et perspectives*, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2002, pag. 206 e ss.

LIBRANDO, V., *La cooperazione giudiziaria nell'ambito della Comunità economica europea: sette anni di attività (1984-1990)*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1990, pag. 7 e ss.

LOMBOIS, C., *Droit pénal international*, Dalloz, Paris, 1979, pag. 130 e ss.

LUGATO, M., *La tutela dei diritti fondamentali rispetto al mandato d'arresto europeo*, in *Riv. dir. internazionale*, 1/2003, pag. 33.

MACARIO, F., *La protezione dei dati personali nel diritto privato europeo*, in CUFFARO, V., RICCIUTTO, V., (a cura di), *La disciplina del trattamento dei dati personali*, Giappichelli, Torino, 1997, pag. 42.

MAHMOOD, S., *The Schengen Information System: An Inequitable Data Protection Regime*, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 7, 1995, pag. 183 e ss.

MANIN, P., *L'adesione dell'Unione europea alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, in ROSSI, L. S., (a cura di), *Il Progetto di Trattato-Costituzione. Verso una nuova architettura dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2004, pag. 255 e ss.

MANZIONE, D., *Il mandato d'arresto europeo*, in *Leg. Pen.*, 2002, pag. 976.

MARESCA, M., *Principi generali di diritto comunitario sulla disciplina del processo*, in *Diritto dell'Unione europea*, 1997, pag. 359.

MARTINES, F., *La protezione degli individui rispetto al trattamento automatizzato dei dati nel diritto dell'Unione europea*, in *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Comunitario*, 2000, pag. 726.

MARTINOTTI, G., *Controllo delle informazioni personali e sistema politico*, in ROSITI, F., (a cura di), *Razionalità sociale e tecnologie dell'informazione*, Edizioni Comunità, Milano, 1973, pag. 342.

MCMAHON, R., *Maastricht's third pillar: load-bearing or purely decorative?*, in *Legal Issues of European Integration*, 1995, pag. 51 e ss.

MÉNÉNDEZ, A. J., *The Charter of Fundamental Rights*, in www.arena.uio.no/publications/wpo1_13.htm

MENGOZZI, P., *Il diritto comunitario e dell'Unione europea*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, vol.XV, CEDAM, Padova, 1997, pag. 287 e ss.

MENGOZZI, P., *Istituzioni di diritto comunitario e dell'Unione europea*, CEDAM, Padova, 2003, pag. 279 e ss.

MENGOZZI, P., *Le disposizioni relative al sistema giurisdizionale comunitario: un contributo per una migliore realizzazione dell'Europa dei cittadini*, in ROSSI, L.S., (a cura di), *Il Progetto di Trattato-Costituzionale. Verso una nuova architettura dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2004, pag. 300 e ss.

MIGNOLLI, A., *La Corte di giustizia torna a presidiare i confini del diritto comunitario. Osservazioni in calce alla sentenza C-176/03*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2006, pag. 332 e ss.

MILITELLO, V., *Criminalità organizzata: politica criminale europea versus tutela nazionale dei diritti fondamentali?*, in CANESTRARI, S., FOFFANI, L., (a cura di), *Il diritto penale nella prospettiva europea. Quali politiche criminali per quale Europa?*, Giuffrè, Milano, 2005, pag. 267.

MIRANDA RODRIGUES, A., *Confiance mutuelle et contrôle juridictionnel: une liason nécessaire ?*, in DE KERCHOVE, G., WEYEMBERGH, A., *La confiance mutuelle dans l'espace pénal européen/Mutual Trust in the European Criminal Area*, Edition de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2005, pag. 170 e ss.

MISSORICI, M., *Banche dati e tutela della riservatezza*, in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 1996, par. 54.

MOK, H., *Une clarification bienvenue de la portée du principe « ne bis in idem » au sens de l'article 4 du Protocole n. 7*, in *RTDH*, 1999, pag. 623 e ss.

MONAR, J., *The "area of freedom, security and justice": a new "area" of european citizenship?* in *Sovranità Rappresentanza Democrazia. Rapporti fra ordinamento comunitario e ordinamenti nazionali*, Jovene, Napoli, 2000, pag. 69 e ss.

MONAR, J., *The impact of Schengen on Justice and home affairs in the European Union: an assessment on the threshold to its incorporation*, in *DER BOER, M., Schengen still going strong*, European Institut of public administration, Maastricht, 2000, pag. 21 e ss.

MONAR, J., *The dynamics of justice and home affairs: laboratories, driving factors and costs*, in *Journal of Common Market Studies*, november 2001, pag. 747 e ss.

MONAR, J., *The « Area of freedom, security and justice » in the EU's Draft Constitutional Treaty and its implications for the Mediterranean*, in *The European Union and the Mediterranean*, European Documentation and Research Center, University of Malta, 2004, pag. 215 e ss.

MONETTI, V., SALAZAR, L., *Proposte specifiche in tema di cooperazione penale e di garanzie processuali*, in *AMATO, G., PACIOTTI, E., (a cura di), Verso l'Europa dei diritti. Lo Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia*, Il Mulino, Bologna, 2005, pag. 115.

MONETTI, V., *Strumenti di cooperazione e garanzie processuali*, relazione al Convegno di Catania del giugno 2005, in corso di pubblicazione.

MONJAL, P.-Y., *La décision-cadre instaurant le mandat d'arrêt européen et l'ordre juridique français : la constitutionnalité du droit dérivé de l'Union européenne sous le contrôle du Conseil de l'Etat*, in *Revue du droit de l'Union européenne*, 2003, pag. 133.

MONTAIN-DOMENAC, J., *L'Europe de la sécurité intérieure*, Paris, 1999.

MONTUORO, U., *La politica d'intelligence nell'Europa comunitaria*, in *Rivista della cooperazione giuridica internazionale*, gennaio-aprile 2005, pag. 84 e ss.

MÜLLER-GRAFF, P.-C., *The legal basis of the third pillar and its position in the framework of the Union Treaty*, in *CMLR*, 1994, pag. 493 e ss.

MUMFORD, L., (trad. it. di LABÒ, E. e M.), *La cultura della città*, Milano, 1953.

NASCIMBENE, B., *Da Schengen a Maastricht. Aperture delle frontiere, cooperazione giudiziaria e di polizia*, Giuffrè, Milano, 1995.

NASCIMBENE, B., *L'incorporazione degli Accordi di Schengen nel quadro dell'Unione europea e il futuro ruolo del Comitato parlamentare di controllo*, in *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Comunitario*, 1999, pag. 731 e ss.

NASCIMBENE, B., *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia in una prospettiva costituzionale europea*, in ROSSI, L.S., (a cura di), *Il Progetto di Trattato-Costituzionale. Verso una nuova architettura dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2004, pag. 285.

NENGA-MAGANDA, M., *Le droit à un procès équitable*, Edition Academia, Bruylant, Bruxelles, 2002, pag. 17 e ss.

O' KEEFFE, D., *The Schengen Convention: A Suitable Model for European Itegration?*, in *Yearbook of European Law*, 1991, pag. 212 e ss.

O'KEEFFE, D., *Recasting the Third Pillar*, in *Common Market Law Review*, 1995, pag. 893 e ss.

O'KEEFFE, D., *Can the Leopard Change its Spots? Visas, Immigration and Asylum-Following Amsterdam*, in O'KEEFFE, D., TWOMEY, P., (edited by), *Legal Issues of the Amsterdam Treaty*, Hart Publishing, Oxford-Portland Oregon, 1999, pag. 271 e ss.

ORIANNE, P., *Mythe ou réalité des droits économiques, sociaux et culturels*, in *Présence du droit public et des droits de l'homme. Mélanges offerts à Jacques Vélou*, Bruylant, Bruxelles, 1992, Tome troisième, pag. 1883.

PACIOTTI, E., *Documento di lavoro sul regolamento relativo alla protezione delle persone fisiche rispetto ai trattamenti dei dati a carattere personale effettuati dalla istituzioni e dagli organi della CE e alla libera circolazione di tali dati*, Commissione LIBE del PE, in www.int.europar.eu.int

PACIOTTI, E., *Quadro generale della costruzione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, in AMATO, G., PACIOTTI, E., (a cura di) *Verso l'Europa dei diritti. Lo spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia*, Il Mulino, Bologna, 2005, pag. 13 e ss.

PAGANELLI, M., *Diritti della personalità. L'individuo e il gruppo*, in LIPARI, N., *Diritto privato europeo*, CEDAM, Padova, 1997, pag. 148.

PAGANO, R., *Tutela dei dati personali: evoluzione della legislazione europea e stato del dibattito*, in *Informatica e diritto*, 1986, pag. 68.

PALERMO, F., *La sentenza del Bundesverfassungsgericht sul mandato di arresto europeo*, in *Quad. cost.*, 4/2005, pag. 897 e ss.

PALLARO, P., *Libertà della persona e trattamento dei dati personali nell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2002, pag. 47.

PAPAGIANNI, G., *Free movement of person in the light of the new title IV TEC: from intergovernmentalism towards a community policy*, in *Yearbook of European Law*, 2002, pag. 107 e ss.

PASQUERO A., *Il mutuo riconoscimento delle decisioni penali nel mandato d'arresto europeo e nella rendition statunitense*, in *Riv. di dir. internaz. priv. e processuale*, n. 4, 2005, pag. 986 e ss.

PATRONE, I. J., *Il Consiglio dell'Unione europea e la vittima nel procedimento penale*, in *Quad. cost.*, 2002, pag. 180.

PATRONE, J., *La decisione-quadro del Consiglio relativa al mandato di arresto europeo*, in *Quad. cost.*, 2002, pag. 396.

PAYE, J.- C., *Lutte antiterroriste : la fin de l'état de droit*, in *RTDH*, 2004, pag. 62.

PEERS, S., *Des droits de l'homme et le troisième pilier*, in ALSTON, P., (sous la direction de), *L'Union européenne et les droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2001, pag. 167 e ss.

PEERS, S., *On the european evidence warrant to the European Parliament*, in www.statewatch.org/analyses/no-25-swatch-evid-warrant.pdf

PEERS, S., *The SIS II proposals. Statewatch Analysis*, in www.statewatch.org, june 2005.

PERDUCA, A., *Corpus iuris e tendenze della politica penale dell'Unione europea*, in *Riv. it. dir. pubblico comunitario*, 1999, p. 493.

PETCULESCU, I., *Droit international de la responsabilité et droits de l'homme*, in *Revue Générale de droit international public*, Tome 109/2005/3, pag. 592.

PIATTOLI, B., *Videoconferenze: profili di integrazione della normativa convenzionale*, in *Diritto pen .e processo*, 11/2004, pag. 1431e ss.

PIÇARRA, N., *La mise en œuvre du protocole intégrant l'acquis de Schengen dans le cadre de l'Union européenne: règles et procédures*, in DEN BOER, M., (edited by), *Schengen's Final Days? The Incorporation of Schengen into The New TEU, External Borders and Information Systems*, Institut européen d'administration publique, Maastricht, 1998, pag. 25 e ss.

PICOTTI, L., *I diritti fondamentali come oggetto e limite del diritto penale internazionale*, in *Indice penale*, 2003, pag. 263.

PIRKER, H., *Relazione sul progetto di regolamento del Consiglio che istituzione l' "Eurodac" per il confronto delle impronte digitali per l'efficace applicazione della Convenzione di Dublino*, Commissione LIBE del PE, del 1° settembre 2000, in www.europarl.eu.int

PRADEL, J., *Le mandat d'arrêt européen. Un premier pas vers une révolution copernicienne dans le droit français de l'extradition*, in *Recueil Dalloz*, 2004, n. 20, pag. 1397.

QUILLERÉ-MAJZOUB, F., *Les individus face aux systèmes d'information de l'Union européenne: l'impossible équation du contrôle juridictionnel et de la protection des données personnelles au niveau européen?*, in *Journal du Droit International*, 3/2005, pag. 627.

RIDEAU, J., *Le droit au juge dans l'Union européenne*, in *LGDJ*, 1998.

RIGAUX, F., *L'élaboration d'un right of privacy pour la jurisprudence américaine*, in *Revue internationale de droit comparé*, XXIII, 1980, pag. 728.

RODOTÀ, S., *Tecnologie e diritti*, Il Mulino, Bologna, 1995.

ROLLAND, ?, *Article 7*, in PETTITI, L. E., DECAUX, E., IMBERT, P.-E., (sous la direction de), *La Convention européenne des droits de l'homme, Commentaire article par article*, Paris, 1999, pag. 293 e ss.

ROSI, E., *L'elenco dei reati nella decisione sul mandato di arresto europeo: l'UE "lancia il cuore oltre l'ostacolo"*, in *Dir. pen. e processo*, n. 3, 2004, pag. 378.

ROSITI, F., (a cura di), *Razionalità sociale e tecnologie dell'informazione*, Edizioni Comunità, Milano, 1973, pag. 342.

ROSSI, L. S., *Verso una parziale "comunitarizzazione" del terzo pilastro*, in *Diritto dell'Unione europea*, 1997, pag. 248 e ss.

ROSSI, L. S., *Le Convenzioni fra gli Stati membri dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2000.

ROSSI, L. S., *La protezione dei dati personali negli Accordi di Schengen alla luce degli standards fissati dal Consiglio d'Europa e dalla Comunità europea*, in NASCIMBENE, B., (a cura di), *Da Schengen a Maastricht*, Giuffrè, Milano, 1995, pag. 190 e ss.

ROSSI, L. S., *Cooperazione rafforzata e Trattato di Nizza: quali geometrie per l'Europa allargata?*, in TIZZANO, A., (a cura di), *Il Trattato di Nizza*, Giuffrè, Milano, 2003, pag. 43 e ss.

ROSSI, L. S., *L'incidenza dei principi del diritto comunitario sul diritto internazionale privato: dalla «comunitarizzazione» alla «costituzionalizzazione»*, in *Riv. dir. internazionale privato processuale*, 1/2004, pag. 65.

RUSSO, C., QUAINI, P. M., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, Giuffrè, Milano, 2000, pag. 100 e ss.

SALAZAR, L., *La costruzione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia dopo il Consiglio di Tampere*, in *Cass. pen.*, fasc. 4, 2000, pag. 1114 e ss.

SALAZAR, L., *Il Commento alla decisione-quadro sul mandato d'arresto europeo*, in *Diritto pen. e processo*, 2002, n. 8, pag. 1049.

SALAZAR, L., *L'Unità di cooperazione giudiziaria "Eurojust" in seno al Trattato di Nizza*, in TIZZANO, A., (a cura di), *Il Trattato di Nizza*, Giuffrè, Milano, 2003, pag. 311

SANTANIELLO, G., *Il sistema delle garanzie della privacy (profili introduttivi)*, in LOIODICE, SANTANIELLO, *La tutela della riservatezza*, CEDAM, Padova, 2000, pag. 11.

SCHUTTER, J.J.E., *Schengen , Its Meaning for The Free Movement of Person in Europe*, in *CMLR*, 1991, pag. 549 e ss.

SCIOTTI-LAM, C., *L'applicabilité des traités internationaux relatifs aux droits de l'homme en droit interne*, Bruylant, Bruxelles, 2004, pag. 14 e ss.

SCOTTI, L., *La Cooperazione giudiziaria dal Trattato di Roma agli Accordi di Maastricht*, in *Doc. giust.*, 1992-I, pag. 1406 e ss.

SELVAGGI, E., VILLONI, O., *Questioni reali e non sul mandato d'arresto europeo*, in *Cass. pen.*, 2002, pag. 445.

SIEBER, U., *Union européenne et droit pénal européen. Proposition pour l'avenir du droit pénal européen*, in *Revue de science criminelle (RSC)*, 1993, pag. 262.

SILEONI, S., *La Corte costituzionale polacca, il mandato di arresto europeo e la sentenza sul trattato di adesione all'UE*, in *Quad. cost.*, 4/2005, pag. 894 e ss.

SIMON, D., *“Droit au juge” et contentieux de la légalité en droit communautaire: la clé du prétoire n'est pas un pass-partout*, in *Libertés, justice, tolérance. Mélanges en hommage au Doyen Gérard COHEN-JONATHAN*, Bruylant, Bruxelles, 2004, vol. 2, pag. 1406 e ss.

SIRACUSANO, D., GALATI, A., TRANCHINA, G., ZAPPALÀ, E., *Diritto processuale penale*, Giuffrè, Milano, 2001, pag. 376 e ss.

SORASIO, D., *Reconnaissance mutuelle, rapprochement des législations et coopération*, in DE KERCHOVE, G., WEYEMBERGH, A., *L'espace pénal européen: enjeux et perspectives*, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2002, pag. 289 e ss.

SOYER, J.-C., DE SALVIA, M., *Article 6*, in PETTITI, L. E., DECAUX, E., IMBERT, P.-E., (sous la direction de), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Paris, 1999, pag. 254 e ss.

SPATAFORA, E., *Pena di morte e diritti dell'uomo nell'Accordo tra l'Unione europea e gli Stati Uniti d'America sull'estradizione*, in *Riv. della cooperazione giuridica internazionale*, aprile 2004, pag. 31.

SPENCER, J. R., *An academic critique of the EU acquis in relation to trans-border evidence-gathering*, in www.era.int/web/en/resources, pubblicazione atti del Convegno di Treviri del 18-20 novembre 2004.

STESSENS, G., *The Principle of Mutual Confidence between Judicial Authorities in the Area of Freedom, Justice and Security*, in DE KERCHOVE, G., WEYEMBERGH, A., (édité par), *L'espace pénal européen : enjeux et perspectives*, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2002, pag. 93 e ss.

SUDRE, F., *Droit européen et international des droits de l'homme*, Presses Universitaires de France, 2003, pag. 369.

SUDRE, F., *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, 2005, pag. 320.

SUDRE, F., PICHERAL, C., (sous le direction de), *La diffusion du model européen du procès équitable*, La Documentation française, 2003, pag. 1 e ss.

TESAURO, G., *I diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Riv. internazionale dei diritti dell'uomo*, 1992, pag. 426 e ss.

THYM, D., *The Schengen law: a challenge for legal accountability in the European Union*, in *European Law Journal*, june 2002, pag. 218 e ss.

TIZZANO, A., *Codice dell'Unione europea*, CEDAM, Padova, 1995, pag. XIII e ss.

TIZZANO, A., *Il Trattato di Amsterdam*, CEDAM, Padova, 1998, pag. 57 e ss..

TRECHSEL, S., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il sistema penale*, in *Riv. internazionale dei Diritti dell' uomo*, 1997, pag. 232 e ss.

TWOMEY, P. M., *Title VI of the Union Treaty: "matters of common interest" as a question of human rights*, in J. MONAR- R. MORGAN, *The third pillar of the European Union*, European interuniversity press, 1994, Bruxelles, 1994.

VAN OUTRE, L., *La collaboration policière en Europe: de Schengen à Maastricht*, in NASCIMBENE, B., *Da Schengen a Maastricht*, Giuffrè, Milano, 1995, pag. 76 e ss.

VAN SIMAEYS, B., CARLIER, J.-Y., *Le nouvel espace de liberté, de sécurité et de justice*, in LEJEUNE, Y., (Etudes coordonnées par), *Le Traité d'Amsterdam. Espoirs et déceptions*, Bruylant, Bruxelles, 1998, pag. 228 e ss.

VANDER ELST, R., *Les notions de coordination, d'harmonisation, de rapprochement et d'unification du droit dans le cadre juridique de la Communauté économique européenne*, in *Les instruments de rapprochement des législations dans la Communauté économique européenne*, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 1976, pag. 14.

VERVAELE, J. A. E., *Régulation et répression au sein de l'Etat providence: la fonction «bouclier» et la fonction «épée» du droit pénal en déséquilibre*, in *Déviance et société*, 1997, vol. 21, pag. 123 e ss.

VIARENGO, I., *Mandato d'arresto europeo e tutela dei diritti fondamentali*, in PEDRAZZI, M., *Mandato d'arresto europeo e garanzie della persona*, Giuffré, Milano, 2004, pag. 144.

VITORINO, A., *Vers un traité unique pour la mise en place de l'espace de liberté, de sécurité et de justice?*, in DE KERCHOVE, G., WEYEMBERG, A., (édite par) *Quelles réformes pour l'espace pénal européen?*, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2003, pag. 84 e ss.

VOLMERANGE, X., *Le federalisme allemand face au droit communautaire*, L'Harmatan, Paris, 2000, pag. 198 e ss.

WACHSMANN, P., *Les droits de l'homme*, in *RDTE*, 1997, pag. 890.

WAGNER, E., *The integration of Schengen into the framework of the European Union*, in *Legal Issues of European Integration*, 1998/2, pag. 1 e ss.

WAGNER, E., *The integration of Schengen into the framework of the European Union*, in *Legal Issues of European Integration*, 1998/2, pag. 16 e ss.

WALKER, N., *Freedom, Security and Justice*, in DE WITTE, (a cura di), *Ten reflections on the constitutional Treaty of the Europe*, IUE, Firenze, 2003, pag. 161 e ss.

WALLACE OF SALTAIRE, *National and european Parliamentary control of Schengen: gains and outstanding deficits*, in DER BOER, M., *Schengen still going strong*, European Institut of public administration, Maastricht, 2000, pag. 121 e ss.

WALTER, C., *Le contrôle de constitutionnalité des actes de droit communautaire dérivé par la Cour constitutionnelle fédérale allemande*, in *Revue du droit public et de la science politique*, 1993, pag. 1285 e ss.

WARREN, S. D., BRANDEIS, L. D., *The Right to Privacy*, in *Harvard Law Review*, 1890, pag. 193.

WESTIN, A. F., *Privacy and Freedom*, New York, 1967, pag. 335.

WEYEMBERGH, A., *Droit pénal et reconnaissance des décisions judiciaires. Un nouveau défi pour l'Union européenne*, in *Journal des Tribunaux Droit européen*, octobre 2001, pag. 194 e ss.

WEYEMBERGH, A., *L'impact du 11 septembre sur l'équilibre sécurité/liberté dans l'espace européen*, in BRIBOSIA, E., WEYEMBERGH, A., *Lutte contre le terrorisme et droits fondamentaux*, Bruylant, Bruxelles, 2002, pag. 155 e ss.

WEYEMBERGH, A., *Le rapprochement des législations, pénales au sein de l'Union européenne*, in DE KERCHOVE, G., WEYEMBERGH, A., (édité par), *L'espace pénal européen : enjeux et perspectives*, Edition de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2002, pag. 141 e ss..

WEYEMBERGH, A., *L'harmonisation des législations : condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, Edition de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2004.

WEYEMBERGH, A., *Le principe ne bis in idem: pierre d'achoppement de l'espace pénal européen?*, in *Cahiers de droit européen*, 2004, n. 3-4, pag. 341 e ss.

WHITE, S., *Harmonisation of criminal law under the first pillar*, in *European Law Review*, 2006, pag. 90.

WOUTERS, J., NAERT, F., *Of attest warrants, terrorist offences and extradition deals: an appraisal of the EU's main criminal law measures against terrorism after "11 september"*, in *CMLR*, 2004, pag. 923 e ss.

WRIGHT, J., *Tort Law and Human Rights*, Hart Publishing, Oxford, 2001, pag. 116 e ss.

YERNAULT, D., *Les pouvoirs d'investigation de l'administration face à la délinquance économique: les locaux professionnels et l'article 8 de la Convention européenne*, in *RTDH*, 1994, p. 126.

ZEPTER, B., *La vie du droit européen: actualité et perspectives*, in *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, n. 438, 2000, pag. 316.

ZERDICK, T., *European Aspects of Data Protection: What Rights for the Citizen?*, in *Legal Issues of European Integration*, 1995, pag. 63 e ss.

GIURISPRUDENZA

CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

Corte europea, sentenza del 1° luglio 1961, *Lawless c. Irlanda*, in *Raccolta, Serie A*, n. 3, par. 19.

Corte europea, sentenza del 26 giugno 1968, *Wemhoff c. Repubblica Federale di Germania*, in *Raccolta Serie A*, n. 7, par. 18.

Corte europea, sentenza del 27 giugno 1968, *Fritz Neumeister c. Austria*, in *Raccolta, Serie A*, n. 8, par. 18.

Corte europea, sentenza del 16 luglio 1971, *Michael Ringeisen c. Austria*, in *Raccolta Serie A*, n. 3, par. 110.

Corte europea, sentenza del 21 febbraio 1975, *Golden c. Regno Unito*, in *Raccolta Serie A*, n. 18.

Corte europea, sentenza del 6 febbraio 1976, *Swedish Engine Drivers' Union c. Svezia*, in *Raccolta Serie A*, n. 20.

Corte europea, sentenza del 25 aprile 1978, *Tyrer c. Regno Unito*, in *Raccolta Serie A*, n. 26 par. 31.

Corte europea, sentenza del 6 settembre 1978, *Klass c. Germania*, in *Raccolta Serie A*, n. 28, par. 41.

Corte europea, sentenza del 26 aprile 1979, *Sunday Times c. Regno Unito*, in *Raccolta, Serie A*, n. 30, par. 49.

Corte europea, sentenza del 9 ottobre 1979, *Airey c. Irlanda*, in *Raccolta Serie A*, n. 32, par. 24.

Corte europea, sentenza del 27 febbraio 1980, *Deewer c. Belgio*, in *Raccolta Serie A*, n. 35, par. 46.

Corte europea, sentenza del 13 maggio 1980, *Artico c. Italia*, in *Raccolta Serie A*, n. 37, par. 32.

Corte europea, sentenza del 23 giugno 1981, *Le Compte e altri c. Belgio*, in *Raccolta Serie A*, n. 43, par. 55.

Corte europea, sentenza del 15 luglio 1982, *Eckle c. Repubblica Federale Tedesca*, in *Raccolta Serie A*, n. 51, par. 73.

Corte europea, sentenza del 1° ottobre 1982, *Piersak c. Belgio*, in *Raccolta Serie A*, n. 53, par. 30.

Corte europea, sentenza del 10 febbraio 1983, *Albert et Le Compte c. Belgio*, in *Raccolta Serie A*, n. 58, par. 29.

Corte europea, sentenza del 25 marzo 1983, *Minelli c. Suisse*, in *Raccolta Serie A*, n. 62, par. 30.

Corte europea, sentenza del 25 marzo 1983, *Silver e altri c. Regno Unito*, in *Raccolta Serie A*, n. 61.

Corte europea, sentenza dell'8 dicembre 1983, *Pretto c. Italia*, in *Raccolta Serie A*, n. 71, par. 21.

Corte europea, sentenza del 9 giugno 1984, *Goddi c. Italia*, in *Raccolta Serie A*, par. 31.

Corte europea, sentenza del 28 giugno 1984, *Campbell et Fell c. Regno Unito*, in *Raccolta Serie A*, n. 80, par. 78.

Corte europea, sentenza del 12 luglio 1984, *Elvan Can c. Austria*, in *Raccolta Serie A*, n. 96, par. 50.

Corte europea, sentenza del 2 agosto 1984, *Malone c. Regno Unito*, in *Raccolta Serie A*, n. 82, par. 81.

Corte europea, sentenza del 22 ottobre 1984, *Sramek c. Austria*, in *Raccolta Serie A*, n. 84, par. 36.

Corte europea, sentenza del 12 febbraio 1985, *Colozza c. Italia*, in *Raccolta Serie A*, n. 89, par. 27.

Corte europea, sentenza del 26 marzo 1985, *X et Y c. Paesi Bassi*, in *Raccolta Serie A*, n. 91, par. 23.

Corte europea, sentenza del 18 dicembre 1986, *Johnston c. Irlanda*, in *Raccolta Serie A*, n. 112, par. 53.

Corte europea, sentenza del 26 marzo 1987, *Leander c. Svezia*, in *Raccolta Serie A*, n. 116, par. 59.

Corte europea, sentenza del 14 ottobre 1987, *Chappel c. Regno Unito*, in *Raccolta Serie A*, n. 152.

Corte europea, sentenza del 29 aprile 1988, *Belilos c. Svizzera*, in *Raccolta Serie A*, n. 132, par. 64.

Corte europea, sentenza del 20 giugno 1988, *Schönenberg e Durmaz c. Svizzera*, in *Raccolta Serie A*, n. 137, par. 81.

Corte europea, sentenza del 6 dicembre 1988, *Barberà, Messegué e Jabardo c. Spagna*, in *Raccolta Serie A*, n. 146, par. 77.

Commissione europea dei diritti dell'uomo, decisione del 19 gennaio 1989, *Dufay c. Comunità europee*, in www.echr.coe.int/echr

Corte europea, sentenza del 24 maggio 1989, *Hauschildt c. Danimarca*, in *Raccolta Serie A*, n. 26, par. 48.

Corte europea, sentenza del 22 giugno 1989, *Langborger c. Spagna*, *Raccolta Serie A*, n. 155.

Corte europea, sentenza del 25 ottobre 1989, *Jacobsson c. Svezia*, in *Raccolta Serie A*, n. 163, par.78.

Corte europea, sentenza del 20 novembre 1989, *Kostovsky c. Paesi Bassi*, in *Raccolta Serie A*, n. 166, par. 41.

Corte europea, sentenza del 19 dicembre 1989, *Brozicek c. Italia*, in *Raccolta Serie A*, n. 167, par. 42.

Corte europea, sentenza del 19 dicembre 1989, *Kamasinski c. Austria*, in *Raccolta Serie A*, 168, par. 74.

Corte europea, decisione del 9 febbraio 1990, *M. & Co. c. Repubblica Federale tedesca*, in www.echr.coe.int/echr.

Corte europea, sentenza del 24 aprile 1990, *Kruslin c. Francia*, in *Raccolta Serie A*, n. 176-A.

Corte europea, sentenza del 24 aprile 1990, *Huwig c. Francia*, in *Raccolta Serie A*, n. 176-B.

Corte europea, sentenza del 27 settembre 1990, *Windisch c. Austria*, in *Raccolta Serie A*, n. 186, par. 30.

Corte europea, sentenza del 19 dicembre 1990, *Delta c. Francia*, in *Raccolta Serie A*, n. 191-A, par. 36.

Corte europea, sentenza del 24 maggio 1991, *Quaranta*, in *Raccolta Serie A*, 205, par. 35.

Corte europea, sentenza del 29 ottobre 1991, *Helmens c. Svezia*, in *Raccolta Serie A*, n. 212-A, par. 29.

Corte europea, sentenza del 30 ottobre 1991, *Vilvarajah c. Regno Unito*, in *Raccolta Serie A*, n. 215.

Corte europea, sentenza del 28 novembre 1991, *S. c. Svizzera*, in *Raccolta Serie A*, n. 220, par. 48.

Corte europea, sentenza del 25 febbraio 1992, *Andersson c. Svezia*, in *Raccolta Serie A*, n. 226-A, par. 71.

Corte europea, sentenza del 25 marzo 1992, *Campbell c. Regno Unito*, in *Raccolta Serie A*, n. 233.

Corte europea, sentenza del 22 aprile 1992, *Vidal c. Belgio*, in *Raccolta Serie A*, n. 235-B, par. 33.

Corte europea, sentenza del 15 giugno 1992, *Ludi c. Svizzera*, *Raccolta Serie A*, n. 238.

Corte europea, sentenza del 26 giugno 1992, *Drozd e Janousek c. Francia e Spagna*, in *Raccolta Serie A*, n. 240, par. 110.

Corte europea, sentenza del 16 dicembre 1992, *Niemetz c. Allemagne*, in *Raccolta Serie A*, n. 251.

Corte europea, sentenza 16 dicembre 1992, *Edwards c. Regno Unito*, in *Raccolta Serie A*, n. 247, par. 36.

Corte europea, sentenza del 25 febbraio 1993, *Funke c. Francia*, in *Raccolta Serie A*, n. 256-A, par. 44.

Corte europea, sentenza del 26 maggio 1993, *Brannigan e McBride c. Regno Unito*, in *Raccolta Serie A*, n. 258-B.

Corte europea, sentenza del 27 ottobre 1993, *Dombo Beheer c. Paesi Bassi*, in *Raccolta Serie A*, n. 274, par. 33.

Corte europea, sentenza del 23 novembre 1993, *A. c. Francia*, in *Raccolta Serie A*, n. 227.

Corte europea, sentenza del 23 novembre 1993, *Poitrinol c. Francia*, in *Raccolta Serie A*, n. 227-B, par. 31.

Corte europea, sentenza del 24 novembre 1993, *Imbrioscia c. Svizzera*, in *Raccolta Serie A*, n. 275.

Corte europea, sentenza del 23 febbraio 1994, *Stanford c. Regno Unito*, in *Raccolta Serie A*, n. 282-A.

Corte europea, sentenza del 19 aprile 1994, *Van den Hurk c. Paesi Bassi*, in *Raccolta Serie A*, n. 288, par. 45.

Corte europea, sentenza del 28 ottobre 1994, *Murray c. Regno Unito*, in *Raccolta Serie A*, n. 300-A, par. 90.

Corte europea, sentenza del 31 ottobre 1994, *Coeriel e Aurik c. Paesi Bassi*, in *Raccolta Serie A*, n. 453, par. 21.

Corte europea, sentenza del 9 dicembre 1994, *López Ostra c. Spagna*, in *Raccolta Serie A*, n. 303-C, par. 51.

Corte europea, sentenza del 9 febbraio 1995, *Welch c. Regno Unito*, in *Raccolta Serie A*, n. 307-A, par. 28.

Corte europea, sentenza del 31 maggio 1995, *Friedl c. Austria*, in *Raccolta Serie A*, n. 305, par. 45.

Corte europea, sentenza dell'8 giugno 1995, *Jamil c. Francia*, in *Raccolta Serie A*, n. 317-B, par. 31.

Corte europea, sentenza del 23 ottobre 1995, *Gradinger c. Austria*, in *Raccolta Serie A*, n. 328-C.

Corte europea, sentenza del 22 novembre 1995, *C. R. c. Regno Unito*, in *Raccolta, Serie A*, n. 256-B.

Corte europea, sentenza del 22 novembre 1995, *S. W. c. Regno Unito*, in *Raccolta, Serie A*, n. 335-B.

Corte europea, sentenza del 26 marzo 1996, *Doorson c. Paesi Bassi*, in *Raccolta*, 1996-II, par. 70.

Corte europea, sentenza del 15 novembre 1996, *Cantoni c. Francia*, in *Raccolta*, 1996-V.

Corte europea, sentenza del 17 dicembre 1996, *Saunders c. Regno Unito*, in *Raccolta*, 1996-VI, par. 69.

Corte europea, sentenza del 25 febbraio 1997, *Z. c. Finlandia*, in *Raccolta*, 1997-I.

Corte europea, sentenza del 23 aprile 1997, *Van Mechelen a altri c. Paesi Bassi*, in *Raccolta*, 1997-III, par. 58.

Corte europea, sentenza del 25 giugno 1997, *Halford c. Regno Unito*, in *Raccolta*, 1997-III, par. 49.

Corte europea, sentenza del 20 ottobre 1997, *Serves c. Francia*, in *Raccolta*, 1997-VI, par. 47.

Corte europea, sentenza del 24 novembre 1997, *Werner c. Austria*, in *Raccolta*, 1997-VII, par. 65.

Corte europea, sentenza del 30 gennaio 1998, *Partito comunista unificato della Turchia c. Turchia*, in *Raccolta*, 1998/I, par. 29.

Corte europea, sentenza del 19 febbraio 1998, *Guerra e altri c. Italia*, in *Raccolta*, 1998-I, n. 46.

Corte europea, sentenza del 24 febbraio 1998, *Botta c. Italia*, in *Raccolta*, 1998-I.

Corte europea, sentenza del 27 marzo 1998, *J.J. c. Paesi Bassi*, in *Raccolta*, 1998-II, par. 43.

Corte europea, sentenza del 30 luglio 1998, *Oliveira c. Svizzera*, in *Raccolta*, 1998-V.

Corte europea, sentenza del 23 settembre 1998, *Steel e altri c. Regno Unito*, in *Raccolta*, 1998-VII, par. 84.

Corte europea, sentenza del 18 febbraio 1999, *Mattews c. Regno Unito*, punto 33, in www.echr.coe.int/echr

Corte europea, sentenza del 19 febbraio 1999, *Gelli c. Italia*, in www.echr.coe.int/echr, par. 37.

Corte europea, sentenza del 25 marzo 1999, *Pelissier e Sassi c. Francia*, in *Raccolta*, 1999, par. 52.

Corte europea, sentenza dell'8 luglio 1999, *Baskaya e Okçuoglu c. Turchia*, in *Raccolta*, par. 36.

Corte europea, sentenza del 14 dicembre 1999, *A. M. c. Italia*, in *Raccolta*, 1999, par. 25.

Corte europea, sentenza del 16 dicembre 1999, *T. c. Regno Unito*, in *Raccolta*, 1999, par. 113.

Corte europea, sentenza del 16 marzo 2000, *Camilleri c. Malta*, in www.echr.coe.int/echr

Corte europea, sentenza del 27 aprile 2000, *Kuopila c. Finlandia*, in www.echr.coe.int/echr

Corte europea, sentenza del 23 maggio 2000, *Van Pelt c. Francia*, in www.echr.coe.int/echr, par. 64 e ss.

Corte europea, sentenza del 6 giugno 2000, *Magee c. Regno Unito*, in www.echr.coe.int/echr, par. 38 e ss.

Corte europea, sentenza del 22 giugno 2000, *Coëme e altri c. Belgio*, in www.echr.coe.int/echr, par. 133.

Corte europea, sentenza del 27 luglio 2000, *Pisano c. Italia*, in *Raccolta*, 2000, par. 23.

Corte europea, sentenza del 26 ottobre 2000, *Kudla c. Polonia*, in *Raccolta*, 2000, par. 34.

Corte europea, sentenza del 21 dicembre 2000, *Natoli c. Italia*, in *Raccolta*, 2000.

Corte europea, , sentenza del 29 maggio 2001, *Franz Fischer c. Austria*, in *Raccolta*, 2001.

Corte europea, sentenza del 16 ottobre 2001, *Brennan c. Regno Unito*, in *Raccolta*, 2001.

Corte europea, sentenza del 20 dicembre 2001, *P. S. c. Germania*, in *Raccolta*, 2002-I, par. 10.

Corte europea, sentenza del 25 dicembre 2001, *P.G. e J. H. c. Regno Unito*, in *Raccolta*, 2001-IX.

Corte europea, sentenza del 16 aprile 2002, *Società Colas Est et autres c. France*, in *Raccolta*, 2002-III.

Corte europea, decisione del 23 maggio 2002, *Segi e altri c. tutti gli Stati membri dell'UE*, in www.echr.coe.int/echr.

Corte europea, sentenza del 2 luglio 2002, *S. N. c. Svezia*, in *Raccolta*, 2002-V.

Corte europea, sentenza del 27 agosto 2002, *Didier c. Francia*, in www.echr.coe.int/echr .

Corte europea, sentenza dell'11 febbraio 2003, *O. c. Norvegia*, in *Raccolta*, 2003-I, n. 160.

Corte europea, sentenza del 9 ottobre 2003, *Gaucher c. Francia*, www.echr.coe.int/echr

Corte europea, sentenza del 21 ottobre 2003, *Broca e Tixier-Micault c. Francia*, in *Raccolta*, 2003.

Corte europea, sentenza del 13 novembre 2003, *Rachdad c. Francia*, in www.echr.coe.int/echr

Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 5 giugno 2004, *S.C. c. Regno Unito*, in www.echr.coe.int/echr

Corte europea, sentenza del 27 ottobre 2004, *Edwards e Lewis c. Regno Unito*, in www.echr.coe.int/echr

Corte europea, sentenza del 10 novembre 2004, *Sejdovic c. Italia*, in *European Human Rights Reports*, February 2006, pag. 361, par. 26.

Corte europea, sentenza del 22 marzo 2005, *MS c. Finlandia*, in *European Human Rights Report*, January 2006, pag. 95 e ss.

Corte europea, sentenza 19 maggio 2005, *Vigroux c. Francia*, in www.echr.coe.int/echr

Corte europea, sentenza del 9 giugno 2005, *R.R. c. Italia*, in www.echr.coe.int/echr

Corte europea, sentenza del 28 giugno 2005, *Hermi c. Italia*, in www.echr.coe.int/echr

Corte europea, sentenza del 30 giugno 2005, *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi c. Irlanda*, in www.echr.coe.int/echr

Corte europea, sentenza del 1° giugno 2006, *Fodale c. Italia*, in www.echr.coe.int/echr

CORTE DI GIUSTIZIA

Corte di giustizia, sentenza del 30 giugno 1966, *Vaassen-Goebbles*, causa 61/65, in *Racc.*, I-407.

Corte di giustizia sentenza del 12 novembre 1969, *Stauder*, causa 29/69, in *Racc.*, I- 419.

Corte di giustizia, sentenza del 14 maggio 1974, *Nold*, causa 3/73, in *Racc.*, I-491.

Corte di giustizia, sentenza del 23 ottobre 1974, *Transocean Marine Paint*, causa 17/74, in *Racc.*, I-1063, punto 15.

Corte di giustizia, sentenza del 13 febbraio 1979, *Hoffmann-La Roche c. Commissione*, causa 85/76, in *Racc.*, I-461 e ss.

Corte di giustizia, sentenza del 15 maggio 1986, *Johnston*, causa 222/84, in *Racc.*, I-1651.

Corte di giustizia, sentenza del 26 marzo 1987, *Commissione c. Consiglio*, causa 45/86, in *Racc.*, I-1493, punto 11.

Corte di giustizia, sentenza dell'11 giugno 1991, *Commissione c. Consiglio*, causa C-30/89, in *Racc.*, I-2818.

Corte di giustizia, sentenza dell'11 giugno 1991, *Commissione c. Consiglio (Biossido di titanio)*, casa C-300/89, in *Racc.*, I-2867, punto 10.

Corte di giustizia, sentenza dell'8 aprile 1992, *Commissione c. Germania*, causa C-62/90, in *Racc.*, I-2575.

Corte di giustizia, sentenza del 17 marzo 1993, *Commissione c. Consiglio*, causa C-155/91, in *Racc.*, pag. I-939, punti 19 e 21.

Corte di giustizia, sentenza del 30 marzo 1993, *Corbiau*, causa C-24/92, in *Racc.*, I-1277.

Corte di giustizia, sentenza del 29 giugno 1994, *Fissano*, causa C-135792, in *Racc.*, pag. I-5373. punto 39 e ss.

Corte di giustizia, sentenza del 5 ottobre 1994, *X c. Commissione*, causa C-404/92, in *Racc.*, pag. I-4737.

Corte di giustizia, sentenza del 9 novembre 1995, *Germania c. Consiglio*, causa C-426/93, in *Racc.*, pag. I-3723, punto 33.

Corte di giustizia, parere 3/94 del 13 dicembre 1995, *Accordo Banane*, in *Racc.*, 1995, I-4577.

Corte di giustizia, sentenza del 1° febbraio 1996, *Perfili*, causa 177/94, in *Racc.*, I-170.

Corte di giustizia, sentenza del 19 marzo 1996, *Commissione c. Consiglio*, C- 25/94, in *Racc.*, I-1469 e ss.

Corte di giustizia, parere 2/94 del 28 marzo 1996, in *Racc.*, I-1759.

Corte di giustizia, sentenza del 26 aprile 1996, *Parlamento c. Consiglio*, causa C-271/94, in *Racc.*, pag. I-1689

Corte di giustizia sentenza del 12 novembre 1996, *Regno Unito c. Consiglio*, causa C-84/94, in *Racc.*, I-5755, punto 25.

Corte di giustizia, sentenza del 16 luglio 1998, *N c. Commissione*, causa C-252/97, in *Racc.*, pag. I-4871.

Corte di giustizia, sentenza del 17 dicembre 1998, *Baustahlgewebe GmbH c. Commissione*, C-185/95, in *Racc.*, I-8417.

Corte di giustizia, sentenza del 23 febbraio 1999, *Parlamento c. Consiglio*, causa C-42/97, in *Racc.*, I-869, punti 39 e ss.

Corte di giustizia sentenza del 25 febbraio 1999, *Parlamento c. Consiglio*, cause riunite C-164/97 e C-165/97, in *Racc.*, I-I-1139, punto 12.

Corte di giustizia, sentenza dell'11 gennaio 2000, *Paesi Bassi e Van der Wal*, cause riunite 174/98 e C-189/98, in *Raccolta*, I-0000, punto 77.

Corte di giustizia, sentenza del 28 marzo 2000, *Krombach*, causa C-7/98, in *Racc.*, I-1956, punto 25 e ss..

Corte di giustizia, sentenza del 4 aprile 2000, *Commissione c. Consiglio*, causa C-269/97, in *Racc.*, I-2257, punto 43.

Corte di giustizia, sentenza del 21 settembre 2000, *Mediocurso*, causa C-462/98, in *Racc.*, I-7183, punto 36.

Corte di giustizia, sentenza del 30 gennaio 2001, *Spagna c. Consiglio*, causa C-36/98, in *Racc.*, I-779, punto 59.

Corte di giustizia, nel parere 2/00 del 6 dicembre 2001, in *Racc.*, I-9713, punto 5

Corte di giustizia, sentenza del 10 gennaio 2002, *Plant*, causa C-480/99, in *Racc.*, I-265, punto 24.

Corte di giustizia, sentenza del 25 luglio 2002, *Union de Pequeños Agricultores*, causa C-50/00, in *Racc.*, I-6719.

Corte di giustizia, sentenza del 19 settembre 2002, *Huber*, causa C-336/00, in *Racc.*, I-7699, punto 30.

Corte di giustizia, sentenza del 12 dicembre 2002, *Commissione c. Consiglio*, causa C-281/01, in *Racc.*, I-12049, punto 34.

Corte di giustizia, sentenza dell'11 febbraio 2003, *Gözütok e Brügge*, cause riunite C-187/01 e C-385/01, in *Racc.*, I-1378.

Corte di giustizia, sentenza del 20 maggio 2003, cause riunite C-465/00, C-138/01, C-139/01, *Österreichische Rundfunk*, in *Racc.*, I-5013 e ss.

Corte di giustizia, sentenza del 6 novembre 2003, causa C-101/01, *Bodil Lindqvist*, in *Racc.*, I-12992.

Corte di giustizia, sentenza del 29 aprile 2004, *Commissione c. Consiglio*, causa C-338/01, in *Racc.*, I-4829, punto 54.

Corte di giustizia, sentenza del 7 ottobre 2004, *Mag Instrument Inc.*, C-136/02, in *Racc.*, I-9182, punto 76.

Corte di giustizia, sentenza del 10 marzo 2005, *Miraglia*, causa C-469/03, in www.curia.europa.eu.

Corte di giustizia, sentenza del 16 giugno 2005, *Pupino*, causa C-105/03, www.curia.europa.eu

Corte di giustizia, sentenza del 13 settembre 2005, *Commissione c. Consiglio*, causa C-176/03, in www.curia.europa.eu.

Ricorso presentato dalla Commissione europea l'8 dicembre 2005, *Commissione c. Consiglio*, causa C-440/05 in www.curia.europa.eu

Corte di giustizia, sentenza del 9 marzo 2006, *Van Esbroeck*, causa C-436/04, in www.curia.europa.eu.

Corte di giustizia, sentenza del 30 maggio 2006, *Parlamento c. Consiglio, Parlamento c. Commissione*, cause riunite C-317/04 e C-318/04, in www.curia.europa.eu.

Ricorso presentato dall'Irlanda il 6 luglio 2006, *Irlanda c. Consiglio e Parlamento europeo*, causa C-301/06, in www.curia.europa.eu.

Corte di giustizia, sentenza del 28 settembre 2006, *Van Straaten*, causa C-150/05, www.curia.europa.eu

Corte di giustizia, sentenza del 27 febbraio 2007, *Gestora pro Amnistia e Segi*, cause riunite C-354/04P e C-355/04 P, in www.curia.europa.eu.

CONCLUSIONI AVVOCATI GENERALI

Conclusioni presentate dall'Avvocato generale Jarabo Colomer l'11 luglio 2002, *Arben Kaba c. Secretary of State for the Home Department*, causa C-466/00, in www.curia.europa.eu

Conclusioni presentate dall'Avvocato generale Jarabo Colomer il 19 settembre 2002, *Gözütok e Brügger*, cause riunite C-187/01 e C-385/0, in *Racc.*, I-1348.

Conclusioni presentate dall'Avvocato generale Jarabo Colomer il 20 ottobre 2005, *Van Esbroeck*, causa C-436/04, in www.curia.europa.eu

Conclusioni presentate dall'Avvocato generale Sharpston il 5 dicembre 2006, *Kretzingen*, causa C-288/05, in www.curia.europa.eu

Conclusioni presentate dall'Avvocato generale Sharpston il 5 dicembre 2006, *Kraaijenbrink*, causa C-367/05, in www.curia.europa.eu.

Conclusioni presentate dall'Avvocato generale Mengozzi il 26 ottobre 2006, *Gestora pro Amnistia e Segi*, cause riunite C-354/04 P e C-355/04 P, in www.curia.europa.eu

TRIBUNALE DI PRIMO GRADO

Tribunale di Primo grado delle Comunità europee, sentenza del 30 gennaio 2002, *Max Mobil Telekommunikation*, causa T-54/99, in *Racc.*, II-313.

Tribunale di Primo grado delle Comunità europee, sentenza del 3 maggio 2002, *Jégo-Quéré*, causa T-177/01, in *Racc.*, II-2365

Tribunale di primo grado delle Comunità europee, ordinanza del 7 giugno 2004, *Segi*, T-338/02, in www.curia.europa.eu.

Tribunale di Primo grado delle Comunità europee, sentenza del 21 settembre 2005, *Kadi*, causa T-315/01, punto 287, in *GUE*, C 281, del 12 novembre 2005, pag. 17.

Tribunale di Primo grado delle Comunità europee, sentenza del 21 settembre 2005, *Yusuf*, causa T-306/01, in *GUE*, C 281, del 12 novembre 2005, pag. 17.

Tribunale di primo grado, sentenza del 12 luglio 2006, *Hassan c. Consiglio e Commissione*, in www.curia.europa.eu.

Tribunale di primo grado, sentenza del 12 luglio 2006, *Ayadi*, causa T-253/02, in www.curia.europa.eu

Tribunale di primo grado, sentenza del 12 dicembre 2006, *Organisation des Modjahedines du peuple d'Iran*, T-228/02, in www.curia.europa.eu

CORTI COSTITUZIONALI NAZIONALI

Corte costituzionale tedesca, sentenza del 29 maggio 1974, *Solange I*, in *BVerfGE* 37, 271, *Internationale Handelsgesellschaft v. Einfuhr und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel (Solange I)*;

Corte costituzionale tedesca, sentenza del 7 giugno 2000, *Bananenmarktordnung Urteil*, in *BVerfGE* 1, 97

Tribunal première instance di Bruxelles, sentenza dell'11 febbraio 2005, *Nabil Sayadi e Patricia Vinck c. Belgio*.

Corte costituzionale polacca, *Trybunal Konstytucyjny*, sentenza del 27 aprile 2005, No. P 1/05 in www.trybunal.gov.pl/eng/summaries/documents/P_1_05_GB.pdf.

Corte costituzionale tedesca, *Bundesverfassungsgericht*, sentenza del 18 luglio 2005, 2 BvR 2236/04, in www.bverfg.de/entscheidungen/rs20050718_2bvr223604.html.

Corte costituzionale ceca, sentenza dell'8 maggio 2006, in http://test.concourt.cz/angl_verze/doc/pl-66-04.html