

L'effettività nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia tra realtà intergovernativa e prospettiva comunitaria

di Paola Bilancia

SOMMARIO: 1. L'effettività fra validità ed efficacia di un sistema normativo – 2. La cooperazione giudiziaria in materia penale dal Trattato di Maastricht a quello di Amsterdam – 3. La cooperazione giudiziaria in materia penale nel Trattato di Amsterdam – 4. Strumenti giuridici del “terzo pilastro” e sovranità nazionali – 5. Prospettive evolutive del “terzo pilastro”: il Consiglio europeo di Tampere – 6. Il mandato di arresto europeo – 7. Il modello di integrazione “pragmatico” seguito col mandato d’arresto europeo – 8. L'effettività del sistema dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia.

1. L'effettività fra validità ed efficacia di un sistema normativo – Il concetto di effettività è di difficile inquadramento e di non agevole utilizzo.

Una parte di tale difficoltà è connessa all'ambiguità stessa del termine “effettività”, sia nel linguaggio comune (nel quale esso appartiene alla medesima famiglia della quale fanno parte i termini “efficiente”, “efficace”, “effettuale”, “di fatto” e sinonimi), sia nel metalinguaggio giuridico, dove esso assume ulteriori variazioni di significato¹, soprattutto nell'uso che di esso fanno quelle branche della scienza giuridica che più da vicino si interessano del concetto di “effettività”, vale a dire la filosofia del diritto e la teoria generale del diritto.

Altra parte delle difficoltà nell'uso del concetto di “effettività” deriva, invero, dalle implicazioni che esso può avere a seconda del soggetto del quale l'effettività stessa costituisce il predicato: così un conto è parlare di “ordinamento giuridico” effettivo (alla Kelsen²), altro conto di “istituzione” effettiva (alla Santi Romano³).

Non è questa la sede per poter tracciare tutti i vari profili ai quali il concetto di “effettività” accede: ci si limiterà, dunque (e in via di estrema sintesi), a quelli che più appaiono utili al fine di affrontare l'oggetto specifico di questo lavoro, che è quello del rapporto fra effettività, da una parte e sistema europeo nel settore della giustizia e degli affari interni, dall'altra.

¹ Cfr. G. GAVAZZI, *Effettività (principio di)*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, Treccani.

² In modo particolare, H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello stato*, 1945, trad. it., Milano, Giuffrè, 1959, cap. X, *L'ordinamento giuridico*.

³ Il riferimento è, naturalmente a, S. ROMANO, *L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione*, 1902, in *Lo Stato moderno e la sua crisi*, Milano, Giuffrè, 1969 p. 27 ss.

In primo luogo, l'effettività può essere collegata alla previsione di esecuzione, o di osservanza, di una determinata statuizione normativa formulata dal legislatore. In quest'ottica, essa è, per così dire, la "spia dell'insicurezza di un legislatore ansioso circa la realizzazione delle proprie prescrizioni. In altre parole: quasi che il legislatore sia consapevole che le sue prescrizioni possano restare mere enunciazioni senza, o con scarsa, esecuzione"⁴.

In questo contesto, il termine "effettivo" viene dunque ad assumere "una duplice funzione: quella di autoassicurazione circa il proprio potere di comandare *sul serio*, e quella di prescrizione (rivolta a sé stesso, al legislatore futuro, e a quelli subordinati) di rendere operative le buone intenzioni del legislatore primario"⁵. L'effettività di una norma giuridica è, perciò, vista alla luce del canone dell'obbedienza "media" (o "fisiologica") del precetto normativo stesso da parte dei consociati, quali destinatari del medesimo, in quanto costoro lo ritengano rispondente agli interessi e ai valori della comunità organizzata alla quale appartengono⁶.

Diversamente, l'effettività può essere analizzata come caratteristica o proprietà (o predicato) di un intero sistema normativo. Come tale, essa è stata oggetto di attenta riflessione nell'ambito delle teorie idealistiche, di quelle realistiche, e quelle di giuspositivistiche; anche se, più in particolare, giova sottolineare che tanto le prime, quanto le seconde hanno attribuito minore importanza al concetto di "effettività", il quale, invece, ha costituito uno degli elementi cruciali delle terze.

Infatti, le teorie idealistiche, che definiscono il diritto in termini di "dover essere" e di "regole", sono inclini a non considerare la realtà dei rapporti giuridici come "effettivamente" si sviluppa e, quindi, per eccesso di razionalismo, tendono a non collocare l'effettività nello studio del fenomeno giuridico; allo stesso modo, le teorie empiristiche, per le quali invece il diritto è pensato piuttosto in termini di "essere" e di "regolarità", non sentono il bisogno di elaborare una teoria dell'effettività⁷, dal momento che "l'effettività loro ce l'hanno nel sangue. L'effettività (cioè la realtà empiricamente accertabile) è parte essenziale della loro definizione di diritto"⁸.

Nell'ambito delle dottrine giuspositivistiche, l'effettività acquista, invece, uno spessore del tutto particolare nell'analisi delle caratteristiche dell'ordinamento giuridico "dato" o "posto" (e in quanto tale, né ordine ideale e astratto, né mero insieme di rapporti di fatto); e, proprio in quanto

⁴ Cfr. G. GALVAZZI, *Effettività (principio di)*, cit., p. 1.

⁵ Cfr. G. GALVAZZI, *Effettività (principio di)*, cit. p. 1.

⁶ Così C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, ed. rielab. ed agg., Padova, Cedam, 1991, p. 8.

⁷ Cfr. K. OLIVECRONA, *Il diritto come fatto*, 1939, trad. it., Milano, Giuffrè, 1967; nonché A. ROSS, *Diritto e giustizia*, 1958, trad. it., Torino, Einaudi, 1965.

⁸ Cfr. G. GALVAZZI, *Effettività (principio di)*, cit., p. 2.

attributo di un sistema normativo, essa viene a intersecarsi tanto col concetto di “validità”, quanto con quello di “efficacia” (in questo, non certo contribuendo a ridurre l’ambiguità che è propria del concetto stesso di effettività).

Significativa è, in questo senso, la posizione del Kelsen⁹, che più di altri è stato dell’effettività consapevole ed attento teorico e la cui riflessione corre sul filo dell’intreccio fra validità della norma ed efficacia dell’ordinamento.

Per un verso, infatti, una norma giuridica è tale solo in quanto valida, ovverosia prodotta in ossequio alle regole stabilite dalle norme di grado superiore che ne costituiscono la fonte sulla produzione. Dalla norma fondamentale presupposta, si svolge, quindi, l’intera “catena della validità”, in base alla quale le varie norme di grado inferiore sono considerate valide (principio di legittimità).

Per altro verso, se si osservano i sistemi normativi dinamici, il principio di legittimità può essere posto, in astratto, alla base di uno spettro potenzialmente infinito di norme, sicché, per definire quale sia, in concreto, l’ordinamento giuridico dato, occorre riferirsi solo a quelle norme giuridiche le quali, oltretutto valide, sono anche “effettive”, in quanto frutto di una volizione reale e non apparente.

Il principio di legittimità, che è posto alla base del concetto di “validità” della norma giuridica, viene, quindi, ad essere circoscritto dal principio di effettività, che è individua quali, fra le norme potenzialmente scaturenti dalla norma fondamentale, compongono, in quanto statuizioni effettive e non ipotetiche, l’ordinamento giuridico “dato” o “posto”¹⁰.

E, tuttavia, la riflessione del Kelsen si complica, nella misura in cui l’effettività non viene soltanto ricondotta nell’alveo della validità della norma giuridica, ma è estesa, come concetto, all’intero ordinamento giuridico, sotto il profilo dell’efficacia.

In questo senso, per il filosofo del diritto austriaco, “ogni norma perde la sua validità quando l’ordinamento giuridico totale al quale essa appartiene perde, nel suo complesso, la sua efficacia. L’efficacia dell’intero ordinamento giuridico è una condizione necessaria per la validità di ogni norma dell’ordinamento. È una *conditio sine qua non*, non una *conditio per quam*”¹¹.

Vista sotto questo profilo, la validità si distingue dall’efficacia: una norma giuridica non è valida in quanto efficace, ma in quanto prodotta in

⁹ Cfr. H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, 1960, trad. it., Torino, Einaudi, 1966.

¹⁰ Cfr. G. GALVAZZI, *Effettività (principio di)*, cit., p. 3: “Se la validità è la condizione per cui un materiale (un aggregato di nome) può essere pensato come giudico, l’efficacia è la condizione per la quale solo un certo materiale può essere pensato come giuridico”.

¹¹ Cfr. H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, trad. it., Milano, Giuffrè, 1952, p. 120.

base alle regole costituzionali che ne costituiscono la fonte sulla produzione; e, tuttavia, non avrebbe senso parlare di validità di una norma, se l'ordinamento giuridico al quale essa appartiene non fosse efficace: ne consegue, quindi, che una norma giuridica può perdere la sua validità non solo se viene abrogata secondo le procedure legali, ma anche se l'ordinamento giuridico nel quale essa si colloca cessa di essere efficace¹².

Non dissimile, da questo punto di vista, è la posizione dell'Hart, in forza della quale l'effettività viene intesa come caratteristica che devono le norme ultime di un ordinamento giuridico, ovverosia le norme di riconoscimento.

Anche l'Hart distingue fra la validità, che è una caratteristica della singola norma ed è parametro applicabile all' "interno" dell'ordinamento, dall'efficacia, che è invece proprietà del sistema normativo nel suo complesso ed è, pertanto, parametro applicabile all' "esterno" di esso.

In altri termini, una norma valida soddisfa tutte le condizioni poste per l'individuazione di quello che deve essere considerato come diritto all'interno dell'ordinamento giuridico, mentre l'efficacia è una proprietà dell'ordinamento *qua talis* considerato¹³.

I due concetti, pur distinti, appaiono, però, anche per Hart, complementari, dal momento che "asserire la validità di una norma significa predire che essa sarà applicata dai tribunali"¹⁴, ma proprio nel momento in cui il giudice afferma che una particolare norma è valida, esso presuppone "la generale efficacia dell'ordinamento"¹⁵.

Tanto nell'impostazione del Kelsen, quanto in quella dell'Hart, a ben vedere, l'effettività viene dunque ad investire o l'ordinamento giuridico nel suo complesso, o le norme di riconoscimento che ne costituiscono il fondamento ultimo. Una norma, infatti, è valida se "*prodotta*" (ovvero: "creata" come risultato di una volizione del legislatore) in conformità alle regole costituzionali che sono (pre-)poste a base dell'ordinamento giuridico, purché tale ordinamento giuridico sia efficace – per il Kelsen, che ragiona all'interno degli ordinamenti continentali basati sulla centralità del diritto di matrice politica; ovvero una norma è valida se "*formulata*" (ovvero: "enunciata" ed "applicata" traendola dalla *common law*) dal giudice, ma in conformità alla norma ultima di riconoscimento, purché tale norma definitiva sia efficace – per l'Hart, che ragiona all'interno della tradizione anglosassone nella quale anche il diritto di matrice giurisprudenziale è fonte del diritto.

¹² Cfr. P. PIOVANI, *Effettività (principio di)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XIV, Milano, Giuffrè, 1965, p. 429.

¹³ Cfr. H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, 1961, trad. it., con introduz. di M. CATTANEO, Torino, Einaudi, 1965, p. 123 ss.

¹⁴ Cfr. H.L.A. HART, *op. ult. cit.*, p. 123.

¹⁵ Cfr. H.L.A. HART, *op. ult. cit.*, p. 124.

Proprio in quanto *presupposto*, che resta latente nel funzionamento del sistema normativo (ma ne condiziona l'esistenza stessa), in concetto di "effettività" si colloca, perciò, sull'orizzonte della dimensione "costituente", nella quale viene ad instaurarsi (diviene, cioè... "effettivo")¹⁶ un nuovo potere e si dà vita ad un ordinamento giuridico nuovo.

In quest'ottica, il problema dell'effettività viene solitamente posto per risolvere, ovvero per impostare vuoi il problema della "rottura" (necessariamente "rivoluzionaria") di un ordine costituzionale al fine edificarne uno diverso, vuoi il problema dei rapporti, e della corrispondenza, fra la "costituzione materiale" da una parte e la "costituzione formale" dall'altra, vuoi il problema dell'instaurazione di un "regime di fatto"¹⁷.

Se questi sono, pur a grandi linee e in via di estrema sintesi, alcuni dei tratti salienti della riflessione portata avanti dalla scienza giuridica attorno al concetto di effettività, allo specifico fine che qui interessa – ovvero sia analizzare come l'effettività operi nel contesto di quel particolare sistema normativo, che è il sistema europeo in tema di giustizia e affari interni – l'effettività di un sistema normativo deve essere rapportata non già alla validità del sistema stesso, ma alla sua efficacia.

Efficacia che, in questa sede, occorre sia intesa nella specifica accezione di capacità del sistema normativo di garantire "effettivamente" il conseguimento di quegli obiettivi e il soddisfacimento di quegli interessi comuni per i quali lo stesso sistema normativo (e le singole norme che lo compongono) è stato posto.

Occorre, peraltro, subito precisare che proprio la peculiarità del sistema normativo preso ad esame implica che il concetto di effettività si arricchisca di una sfumatura particolare.

Infatti, dal momento che, come si avrà modo di notare in seguito, nell'ambito del "terzo pilastro" dell'Unione europea più intenso è l'impatto delle norme e degli istituti elaborati a livello europeo sulla dimensione della sovranità nazionale, l'effettività del sistema non può essere soltanto considerata alla luce della capacità del sistema stesso di garantire, attraverso organi, procedure e strumenti normativi ad *effetto diretto*, un'azione *efficace* nel conseguire gli obiettivi, e nel tutelare gli interessi, sottesi alla cooperazione a livello europeo in materia di giustizia e affari interni, ma deve essere anche apprezzata alla luce della capacità del sistema medesimo di garantire il conseguimento di tali obiettivi, e la tutela di tali interessi, *in modo ponderato, armonico ed equilibrato* rispetto alle specificità giuridiche,

¹⁶ Ed è in questo senso che sembra anche collocarsi la posizione espressa da N. BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, Giappichelli, 1960, in particolare a p. 61 ss. (spec. p. 65), che per un verso afferma che un ordinamento giuridico esiste sino a che è efficace e per altro verso ricollega all'efficacia la capacità del potere originario di imporsi e far rispettare i propri precetti come legittimi.

¹⁷ Cfr. P. CARETTI e U. DE SIERVO, *Istituzioni di diritto pubblico*, VI, Torino, Giappichelli, 2002, p. 6.

storiche, di costume e di tradizione, che costituiscono il nocciolo dello *jus imperii* di ciascuno Stato membro¹⁸.

Non solo: l'osservazione del sistema europeo nell'ambito della giustizia e degli affari interni è di particolare interesse ai fini di un'analisi in merito all'applicazione del principio di effettività ad un ordinamento giuridico (*multilivello* e) *in divenire*, anche dal momento che, come le osservazioni e le riflessioni seguenti consentiranno di valutare, gli strumenti normativi finora impiegati, le procedure finora elaborate e le strutture organizzative finora costruite nell'ambito del "terzo pilastro" sono ancora lungi dall'essere pienamente "effettive" (quanto meno, nel senso qui accolto del concetto di "effettività").

2. *La cooperazione giudiziaria in materia penale dal Trattato di Maastricht a quello di Amsterdam* – Per introdurre il tema, occorre necessariamente far riferimento a quella che può essere considerata una tappa senz'altro significativa del processo di integrazione europea, vale a dire al Trattato di Maastricht e alla configurazione dell'Unione europea fondata su una struttura a pilastri che da quel Trattato deriva.

Com'è noto, secondo quella "descrizione allegorica" che immagina il sistema dell'Unione e delle Comunità europee simile ad una sorta "tempio greco", del primo pilastro fa parte il settore comunitario (quello che comprende la Comunità europea, la – oggi esaurita – Comunità del carbone e dell'acciaio e la Comunità dell'energia atomica); del secondo, la cooperazione in politica estera e di sicurezza comune; del terzo, la giustizia e gli affari interni¹⁹.

¹⁸ A questo proposito, meritano di essere richiamate le lucide osservazioni di G. FERRARA, *Verso la Costituzione europea?*, in *Diritto pubblico*, 2002, 1, pp. 161-183, ma spec. p. 168 e ss. e p. 179 e ss., il quale, partendo da una visione critica della Dichiarazione di Laeken (della quale l'Autore punta a "svelare" alcuni contenuti "enfatici" che sott'intendono una visione paternalistica dei Capi di Stato e di governo che l'hanno approvata) e mettendo in guardia sugli esiti possibili del processo innescato dalla convocazione della Convenzione europea (secondo l'Autore tale processo non avrebbe comunque potuto dar vita ad una Costituzione nel senso classico del termine, prodotto dell'esercizio di un potere costituente fondato democraticamente su un *demos* e fondante uno Stato), sottolinea che, anche nell'era (presente) di accelerato processo di globalizzazione, caratterizzata dall'evolversi di ordinamenti sopranazionali (l'U.e., ma anche il W.t.o., il F.m.i., la Banca mondiale, il Mercosur o la Nafta), il "potere degli Stati non è stato intaccato, sono mutate le modalità di esercizio di questo potere, modalità che vanno dalla delega anche permanente all'esercizio congiunto". Ma, avverte ancora l'Autore, il monopolio della forza non è stato incrinato, e, a ben vedere, lo stesso "mondo globale è un prodotto della normazione giuridica statale".

Queste riflessioni paiono particolarmente incisive proprio nell'analisi di quei campi, come la sicurezza, gli affari interni e la giustizia, i quali più da vicino accedono e pervengono alla natura dello Stato come ente dotato del monopolio dell'uso legittimo della forza coercitiva.

¹⁹ Sul quale, si v., in generale, J. MONAR, *The Third Pillar of the European Union, Cooperation in the fields of Justice and Home Affairs*, Brussels, European Interuniversity

Rivolgendo l'attenzione, in modo particolare, al terzo pilastro, è interessante valutare l'effettività di una disciplina – quella relativa alla *cooperazione giudiziaria in materia penale* – sulla quale, piuttosto spesso, si contrappongono posizioni anche molto distanti tra di loro.

Ora, dal 1993, anno di ratifica del Trattato di Maastricht, fino al 1997, la cooperazione nell'ambito del terzo pilastro non ha, di fatto, realizzato significativi obiettivi, né ha quindi, conseguito grandi successi.

A partire dal 1998, invece, sono state deliberate alcune significative “Azioni comuni”²⁰, tra le quali, meritano qui di essere ricordate l’Azione comune concernente l’appartenenza ad un’organizzazione criminale e quella concernente la corruzione nel settore privato (del 21 dicembre 1998)²¹; e quella in materia di lotta al riciclaggio e confisca dei proventi di reato (del 3 dicembre 1998)²².

Particolare rilevanza ha assunto anche un’Azione comune (precedente, del 29 giugno 1998)²³, con la quale è stata istituita la *Rete giudiziaria europea per la cooperazione penale*: prima forma di “organizzazione” tra i magistrati degli Stati membri.

Tale “Rete giudiziaria europea”²⁴ può essere considerata come una struttura flessibile e dotata della caratteristica di essere fortemente adattativa e dinamica, dal momento che la sua realizzazione si basa sull’individuazione di uno o più punti di contatto a livello nazionale (o “nodi”): la costruzione di questa architettura reticolare, ha reso, quindi, necessaria l’individuazione di *referenti nazionali per gli scambi di informazioni*, in modo tale da dar vita ad un’*effettiva* struttura di cooperazione.

Gli scopi della Rete giudiziaria riguardano soprattutto la semplificazione e la facilitazione della cooperazione giudiziaria fra gli Stati membri, il mutuo scambio di informazioni, prevalentemente sui sistemi giudiziari nazionali, ma anche di natura più prettamente investigativa, e l’offerta di *assistenza e mutua cooperazione fra apparati giudiziari* (compresi gli ordini forensi) dei vari Paesi europei al loro interno e fra di loro.

Press, 1994; nonché *Giustizia e affari interni nell’Unione europea. Il terzo pilastro del Trattato di Maastricht*, a cura di N. PARISI e D. RINOLDI, Torino, Giappichelli, 1996 e A. TIZZANO, *Brevi note sul “terzo pilastro” del Trattato di Maastricht*, in *Il diritto dell’Unione europea*, 1996, p. 395 ss.

²⁰ In altri termini, strumenti concernenti azioni coordinate dei Paesi membri per la realizzazione di obiettivi comuni, ma della cui vincolatività si è sempre dibattuto.

²¹ In *G.U.C.E.*, L 351 del 29 dicembre 1998 e in *G.U.C.E.*, L 358 del 31 dicembre 1998.

²² In *G.U.C.E.*, L 333 del 9 dicembre 1998.

²³ Azione comune 98/428/GAI, in *G.U.C.E.*, L 191 del 7 luglio 1998.

²⁴ Sulla quale cfr. E. SELVAGGI, *La Rete giudiziaria europea: uno strumento per migliorare la cooperazione giudiziaria in materia penale*, in *Documenti&Giustizia*, 2000, n. 6, p. 1123 ss.

Tuttavia, al di là dei risultati conseguiti con le Azioni comuni ora ricordate, di fronte alla mancanza di obiettivi e di reali effettivi sviluppi all'interno degli ordinamenti nazionali, si è cominciata a far strada l'idea che queste forme di cooperazione giudiziaria *non fossero sufficienti*, e che, perciò, al fine di attribuire un ruolo più significativo all'Unione europea in materia di giustizia e sicurezza comune, fosse necessario elaborare degli interventi di vera e propria *armonizzazione normativa* (a livello europeo) dei diritti penali nazionali.

3. *La cooperazione giudiziaria in materia penale nel Trattato di Amsterdam* – Il successivo Trattato di Amsterdam²⁵ (sottoscritto il 2 ottobre 1997, ma entrato in vigore solo a partire dal 1° maggio 1999), per un verso ha trasferito una parte dei settori contemplati dal terzo pilastro, quali la politica dell'immigrazione, dei visti, della cooperazione giudiziaria *in materia civile* all'interno primo pilastro (nell'ambito della libera circolazione delle persone), “comunitarizzando” tali materie e quindi garantendo per esse l'effettività di quegli strumenti e di quelle forme di integrazione più “stretta”, a livello europeo, che operano nel primo pilastro e costituiscono la “cifra” del metodo comunitario, rispetto a quel che avviene all'interno dei pilastri secondo e terzo, che operano, invece, col metodo intergovernativo.

Per altro verso, lo stesso Trattato ha inteso promuovere una maggiore efficacia anche all'interno dello stesso terzo pilastro²⁶, ponendo come obiettivo dell'Unione la realizzazione di uno *Spazio effettivo di libertà, sicurezza e giustizia* tra i Paesi membri e dedicando un intero titolo alle disposizioni concernenti la cooperazione di polizia e giudiziaria nella materia penale.

Infatti, se da una parte il completamento della costruzione dello *spazio Schengen* ha consentito la realizzazione un'area senza frontiere, il rafforzamento della cooperazione giudiziaria in materia penale previsto dal Trattato di Amsterdam deve essere letto nell'ottica di garantire ai cittadini

²⁵ Cfr., per un inquadramento generale sul Trattato di Amsterdam, con riflessioni sullo sviluppo dello spazio effettivo di libertà, sicurezza e giustizia, A. TIZZANO, *Il Trattato di Amsterdam*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1998, p. 1; S. GOZI, *Prime riflessioni sul Trattato di Amsterdam: luci e ombre sul futuro dell'Unione*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1997, p. 917; S. BARATTI, *Sguardo d'insieme sul Trattato di Amsterdam del 2 ottobre 1997*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 1999, pp. 3-21; H. LABAYLE, *Le Traité d'Amsterdam. Un espace de liberté, de sécurité et de justice*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 1997, p. 813.

²⁶ Riflessioni attente e critiche sull'impatto del Trattato di Amsterdam nella cooperazione europea nell'ambito del terzo pilastro sono quelle di J. MONAR, *Justice and Home Affairs in the Treaty of Amsterdam: Reform at the Price of Fragmentation*, in *European Law Review*, 1998, p. 326 ss.

europei un'effettiva libera circolazione e un più elevato livello di protezione e sicurezza nei confronti delle forme di criminalità transnazionale²⁷.

Il più ampio e dettagliato titolo sulla cooperazione di polizia e giudiziaria, contenuto nel Trattato di Amsterdam ha così sostituito le disposizioni sulla cooperazione nel campo della giustizia ed affari interni previste dal Trattato di Maastricht con un considerevole ampliamento degli obiettivi: la cooperazione in materia penale cessa di essere definita soltanto come una materia di "interesse comune", e all'Unione viene riconosciuta la possibilità di intervenire anche in relazione a forme di prevenzione e di repressione di fenomeni criminali in campi che esulano dai meri interessi finanziari dell'Unione stessa.

Entrano, quindi, a far parte dell'ambito della competenza del terzo pilastro non più soltanto la frode in danno della Comunità²⁸, ma anche altre fattispecie di reato, quali: la corruzione, alcune forme di criminalità organizzata, il terrorismo, la tratta degli esseri umani, i reati contro i minori, il traffico illecito di armi e di stupefacenti.

In questo quadro, il rafforzamento della cooperazione di polizia passa anche attraverso la previsione di istituire *Europol*²⁹; mentre nel campo della cooperazione giudiziaria, viene decisa una più stretta cooperazione tra le autorità giudiziarie nazionali in relazione ai procedimenti di esecuzione delle decisioni penali, all'istituto dell'extradizione, alla prevenzione dei conflitti di giurisdizione tra Stati membri.

Nel Trattato si ritrova, inoltre, il fondamento giuridico per una progressiva adozione di *norme comuni minime* relative agli *elementi costitutivi dei reati* e delle sanzioni, seppure entro ambiti determinati (criminalità organizzata, terrorismo, traffico illecito di stupefacenti), manifestandosi, in tal modo, la volontà di armonizzare, seppure su basi estremamente limitate, anche il diritto penale sostanziale e procedurale.

²⁷ Cfr. R. ADAM, *La cooperazione nel campo della giustizia e degli affari interni: da Schengen a Maastricht*, in *Rivista di diritto europeo*, 1994, pp. 225 ss.

²⁸ Sulla quale cfr., fra gli altri, l'ampia raccolta di saggi: *La lotta contro la frode agli interessi finanziaria della Comunità europea tra prevenzione e repressione. L'esempio dei fondi strutturali*, a cura di G. GRASSO, Milano, Giuffrè, 2000.

²⁹ La Convenzione Europol (cfr. atto del Consiglio del 26 luglio 1995, in *G.U.C.E.*, C 316 del 27 novembre 1995 che istituisce una Convenzione ai sensi dell'art. K.3 del TUE in forza della quale è stabilito un Ufficio europeo di polizia) è stata firmata il 26 luglio 1995 ed è entrata in vigore il 1° ottobre 1998. Su *Europol* si v., in generale, F. BOSCHI ORLANDINI, *Evoluzione e prospettive della cooperazione di polizia nell'Unione europea: la Convenzione Eurogol*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2001, 3, pp. 1105 ss.; cfr. anche G. CAPECCHI, *La cooperazione di polizia nel nuovo assetto dell'Unione europea*, in *Il diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2000, 1, p. 147 ss.; M. NUNZIATA, *L' "Ufficio europeo di polizia" (Europol): un valido modello di cooperazione internazionale fra le forze di polizia? Primi spunti di riflessione*, in *Il nuovo diritto*, 1998, 2, p. 111 ss.; P.L. VIGNA, *Europol: una nuova struttura di risposta al crimine organizzato*, in *La legislazione penale*, 1998, 4, p. 951 ss.; P.M. GEMELLI, *L'attuazione della Convenzione Europol*, in *Rivista della cooperazione giuridica internazionale*, 2001, 8, p. 92 ss.

4. *Strumenti giuridici del “terzo pilastro” e sovranità nazionali* – Nonostante i passi avanti compiuti col Trattato di Amsterdam, la differenza tra i diversi pilastri (in modo particolare, ai fini che qui interessano, fra il primo e il terzo³⁰) permane ed è costituita essenzialmente dai *differenti strumenti giuridici* adottabili nell’ambito di ciascun pilastro e dal loro relativo *procedimento di adozione*³¹.

La cooperazione in materia di giustizia e affari interni, infatti, non viene “strutturata” alla stregua delle altre politiche comunitarie; e questo proprio in virtù della considerazione della delicatezza dei profili che essa involve; profili che, riguardando l’ordine pubblico per un verso, la giustizia (penale), per l’altro, finiscono per incidere su alcuni degli elementi cardine della stessa *sovranità nazionale*³².

Non a caso, da questo punto di vista, i Trattati europei hanno conferito, nel settore cooperazione giudiziaria penale, un ruolo centrale agli *Stati membri* ed a quella Istituzione dell’Unione alla quale essi partecipano direttamente, vale a dire: il *Consiglio*; per lo stesso motivo, nell’ambito del terzo pilastro, i poteri delle altre Istituzioni europee nelle quali gli Stati membri non sono rappresentati (Commissione europea, Parlamento europeo e Corte di giustizia), sono assai limitati.

Un semplice raffronto è sufficiente: per il primo pilastro (quello “comunitario”) l’iniziativa legislativa spetta alla Commissione e la

³⁰ Per un’analisi dei profili, si v. R. ADAM, *La cooperazione in materia di giustizia e affari interni tra comunitarizzazione e metodo intergovernativo*, in *Rivista di diritto europeo*, 1994, pp. 225 ss.

³¹ Si v. D. RINOLDI, *La cooperazione giudiziaria in materia penale*, in *Elementi di diritto dell’Unione europea*, a cura di U. DRAETTA e N. PARISI, Milano, Giuffrè, 1999, p. 286 ss.

³² S. LABRIOLA, *I fini dello Stato e l’umanità plurale*, in *Ripensare lo Stato*, a cura di S. LABRIOLA, *Quaderni della Rassegna parlamentare*, ISLE, Milano, Giuffrè, 2003, p. 98 ss., osserva come la globalizzazione e la conseguente erosione della sfera della sovranità statale abbia investito, oltre ai campi dell’economia e della finanza, anche quelli un tempo ritenuti indefettibili della sovranità, come la esclusiva della giurisdizione.

L’Autore nota, poi, acutamente come in questi settori si sia assistito non soltanto all’infrangersi del principio – tipico portato del diritto internazionale classico – del divieto di ingerezan, ma anche all’affermarsi di un principio che va in senso opposto, ovvero quello della pretesa di ingerenza nel diritto interno dello Stato.

Queste evoluzioni permettono di trarre la riflessione, che l’Autore ampiamente svolge, circa la possibilità di ammettere la sopravvivenza dello Stato anche senza sovranità, o meglio senza sovranità piena, così superando quello che sembrava essere lo statuto ontologico della concezione della sovranità moderna, vale a dire la sua necessaria pienezza e indivisibilità.

Avendo riguardo alla specifica esperienza dell’Unione europea, Labriola osserva come il superamento delle sovranità nazionali nel processo di integrazione europea trovi le sue spiegazioni storiche convincenti nella necessità di dotarsi, da parte dei Paesi europei, di nuovi strumenti di governo che superino l’incapacità dei tradizionali apparati statuali di governare, con successo, la realtà della globalizzazione.

decisione che conclude il procedimento (sia essa una direttiva, o un regolamento) viene adottata per lo più con il metodo della codecisione che prescrive la partecipazione di Istituzioni portatrici di un interesse europeo (la Commissione stessa, ma anche il Parlamento), oltre che di quello degli Stati (il Consiglio).

Per il terzo pilastro, invece (quello “intergovernativo”), il *processo decisionale* avviene interamente all’interno del Consiglio, con una partecipazione molto limitata del Parlamento, il quale può esprimere solo pareri non vincolanti, o può rivolgere interrogazioni ed interpellanze; mentre l’informazione sulle politiche adottate in quest’ambito avviene precipuamente in occasione del dibattito annuale che coinvolge il Parlamento sui progressi compiuti nell’attuare le disposizioni del Trattato.

La Commissione, dal canto suo, dispone solo di un *potere di iniziativa* in materia (al pari degli Stati membri), e non anche, come invece avviene per il diritto comunitario, di un *potere di vigilanza* sull’applicazione delle decisioni del settore.

Il ricorso alla Corte di giustizia, poi, è ammesso solo in via pregiudiziale sulla validità dell’interpretazione degli atti adottati dal Consiglio *e solo se* i singoli Stati riconoscano tale competenza della Corte (è previsto all’art. 35 del TUE, al momento della ratifica del Trattato o, anche, successivamente)³³.

Gli strumenti adottabili nel terzo pilastro (ovvero: *Posizioni comuni, Decisioni, Decisioni quadro, e Convenzioni*), sono del tutto differenti da quelli adottabili nelle materie rientranti nell’area comunitaria e non godono dell’efficacia diretta, mancando dunque ad essi quell’incidenza immediata sulla legislazione nazionale che è, invece, propria di alcune fonti del diritto comunitario (i regolamenti e anche le direttive *self-executing*).

Le Posizioni comuni, infatti, hanno un valore eminentemente politico, non sono giuridicamente vincolanti ed hanno rilievo soprattutto nelle relazioni esterne dei Paesi membri e nelle sedi delle altre organizzazioni internazionali.

Le Decisioni e le Decisioni-quadro³⁴, adottabili per il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri, *sono*

³³ Sul punto cfr. M. CONDINANZI, *La competenza della Corte di giustizia delle Comunità europee nelle Convenzioni concluse dagli Stati membri ai sensi dell’art. K.3, lett. c) del Trattato sull’Unione*, in *Il diritto dell’Unione europea*, 1996, p. 579 ss.; C. CURTI GIALDINO, *Schengen e il terzo pilastro: il controllo giurisdizionale secondo il Trattato di Amsterdam*, in *Rivista di diritto europeo*, 1998, p. 41 ss.; C. SALAZAR, *Il controverso ruolo della Corte di giustizia nel terzo “pilastro”: prime applicazioni dell’art. K.3 del Trattato sull’Unione europea*, in *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*, II, Milano, Giuffrè, 1998, p. 905 ss.

³⁴ Mentre Decisioni-quadro e le Decisioni sono adottate dal Consiglio all’unanimità ove necessario, le misure di applicazione delle azioni possono essere adottate a maggioranza qualificata.

vincolanti per gli Stati membri solo quanto al *risultato* da ottenere, salva restando la scelta dei *mezzi* per addivenire a tali risultati.

Le Convenzioni, che sono, peraltro, strumenti tipici del diritto internazionale e sulle quali l'approvazione da parte del Consiglio è spesso raggiunta soltanto con grandi difficoltà, necessitano per la loro entrata in vigore della ratifica da parte dei Paesi sottoscrittori, secondo le rispettive previsioni costituzionali; ratifica quest'ultima che, quando è avvenuta, ha comunque richiesto parecchi anni.

Il settore della cooperazione giudiziaria in materia penale, al pari degli altri compresi del terzo pilastro, è, quindi, l'ambito delle decisioni prese dai Ministri per la Giustizia dei quindici Stati, frutto di scelte *legate alle volontà dei Governi nazionali* e non certamente ispirate da un *unitario interesse europeo*.

Così, gli atti del terzo pilastro, assimilabili per lo più a degli *accordi intergovernativi*, o a forme di decisioni internazionali alle quali i singoli Stati dovrebbero adeguarsi, sono reali espressioni dell'indipendenza e dell'autonomia dei due ordinamenti (quello europeo e quelli nazionali) e non della subordinazione reciproca degli Stati: la loro adozione, come del resto la loro successiva esecuzione, dipende, perciò, dall'*effettiva disponibilità* degli Stati a cooperare.

5. *Prospettive evolutive del "terzo pilastro": il Consiglio europeo di Tampere* – L'endemica debolezza della cooperazione intergovernativa ha portato, di fatto, ad una *carenza* di realizzazioni innovative.

Al fine di porre rimedio a tale carenza e nell'intento di realizzare un autentico spazio di giustizia europeo ed una più pressante lotta alla criminalità organizzata, una tappa significativa nel percorso compiuto dal settore della cooperazione giudiziaria è quella costituita dal Consiglio europeo di Tampere (del 15-16 ottobre 1999).

A Tampere, i Capi di Stato e di Governo dell'Unione europea hanno esaminato gli aspetti relativi alla Giustizia ed agli affari definendo le priorità che avrebbero guidato la loro azione a livello europeo; hanno stabilito le competenze, individuato le istituzioni responsabili e fissato le scadenze di adozione.

È in questo Consiglio che i Capi di Stato e di Governo hanno approvato le linee guida per una politica più energica nel settore: ed è in questa sede che si è indicato come fattore decisivo per una maggiore integrazione l'applicazione del principio del *reciproco riconoscimento* delle decisioni giudiziarie (non solo di quelle definitive) anche in campo penale (pur nella salvaguardia del rispetto del principio *ne bis in idem*) ed è stato

elaborato un elenco contenente oltre sessanta misure che il Consiglio europeo dei Ministri per la Giustizia avrebbe dovuto adottare³⁵.

Non solo: è proprio a Tampère che, in buona sostanza, si sono gettate le basi anche per il *mandato d'arresto europeo*, stabilendosi che per le persone che si sottraggono alla giustizia, la procedura formale di estradizione avrebbe dovuto essere abolita e sostituita da quella *trasferimento*: in altri termini, le procedure di estradizione avrebbero dovuto essere accelerate, fatto salvo il principio di garantire all'imputato un equo processo.

Altre linee guida decise nel Consiglio sono da ravvisarsi nel rafforzamento della rete delle autorità nazionali competenti per la prevenzione criminalità, nello sviluppo della cooperazione integrata, nonché in un'*armonizzazione del diritto penale sostanziale* per alcune fattispecie di reato.

Come sviluppo di una cooperazione integrata si è fatta poi strada l'idea di istituire un organismo giudiziario di indagine (composto da pubblici ministeri, magistrati o funzionari di polizia di pari competenza, distaccati dai singoli Stati) sia per agevolare il *coordinamento* tra le autorità nazionali responsabili dell'azione penale, sia per dare assistenza alle indagini su casi di criminalità organizzata in cooperazione con la Rete giudiziaria europea, sia per semplificare l'esecuzione delle rogatorie.

Tale organismo, che ha assunto la denominazione di *Eurojust*, è stato istituito con la Decisione n. 187 del 28 febbraio 2002³⁶ (sebbene il disegno di legge nazionale per la sua implementazione sia stato presentato solo il 23 settembre 2003³⁷).

L'armonizzazione concernente il ravvicinamento delle normative nazionali sulla definizione di un numero limitato di reati (quali riciclaggio di denaro, falsificazione di euro, traffico di stupefacenti, tratta di esseri umani, sfruttamento sessuale dei minori, criminalità tecnologica e criminalità ambientale), ha avuto un risultato modesto in quanto il Consiglio (dei Ministri) è riuscito ad approvare solo due Decisioni: una Decisione quadro

³⁵ Sul Consiglio di Tampere e sulle prospettive che esso ha aperto per la realizzazione dello spazio di sicurezza e giustizia, si v. L. SALAZAR, *La costruzione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia dopo il Consiglio europeo di Tampere*, in *Cassazione penale*, 2000, II, pp. 1114 ss.

³⁶ Decisione del Consiglio che istituisce l'Eurojust per rafforzare la lotta contro le forme gravi di criminalità, del 28 febbraio 2002, n. 2002/187/GAI, in *G.U.C.E.*, L 63/1 del 6 marzo 2002. Su *Eurojust* si v., fra gli altri, G. DE AMICIS, *La costruzione di Eurojust nell'ambito del "terzo pilastro" dell'Unione europea*, in *Cassazione penale*, 2001, 4, pp. 1964-1985.

³⁷ Il disegno di legge governativo per la nomina del componente italiano di *Eurojust* è stato approvato dal Consiglio dei Ministri il 15 luglio 2003 ma il Presidente della Repubblica non ha autorizzato la sua presentazione alle Camere. Il 12 settembre 2003 è stato nuovamente approvato dal Consiglio dei Ministri e presentato alla Camera, avendo evidentemente superato l' "autorizzazione" del Capo dello Stato, col n. A.C. 4293.

(del 13 giugno 2002) sui dei reati terroristici concernente la loro definizione e la previsione delle pene e delle sanzioni da irrogare a chi abbia commesso, o si preveda possa commettere, atti di terrorismo³⁸ ed una Decisione quadro (del 19 luglio 2002) per la lotta contro la tratta di esseri umani nell'UE³⁹ con la quale si è introdotta una definizione comune di "tratta di esseri umani", ai fini di sfruttamento di manodopera o di sfruttamento sessuale e sono stati fissati i termini massimi delle sanzioni penali. Entrambi queste decisioni devono, però, ancora essere implementate da leggi nazionali.

Né va trascurato un "varco" di un certo rilievo, reso possibile grazie ad una "finestra" aperta dal Trattato di Amsterdam (art. 42 del Trattato UE, nella versione consolidata) là ove si consente al Consiglio di adottare (all'unanimità) la decisione di trasferire all'interno del Trattato comunitario alcuni settori di materie penali.

Questa norma – c.d. "passerella" – è l'unica via percorribile per l'affermazione delle competenze della Comunità in tale ambito, e per consentire, di conseguenza, l'applicazione, nello stesso settore, degli strumenti del diritto comunitario, quali direttive e regolamenti, giuridicamente ed effettivamente vincolanti.

In base a questo "trasferimento" di competenza, in data 23 maggio 2001, la Commissione ha presentato una proposta di direttiva in materia di tutela degli interessi finanziari della Comunità, consentendo così l'adozione di misure dotate di un maggior grado di efficacia in questo ambito.

6. Il mandato di arresto europeo – Un successivo sviluppo nel settore della cooperazione giudiziaria penale si è, poi, avuto con l'adozione da parte del Consiglio (il 15 gennaio 2001) di un Programma di misure per facilitare il mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie penali, concernente norme condivise per risolvere i conflitti di competenza (positivi e negativi).

Non va, però, dimenticato che, precedentemente, già nel novembre 2000 era stato sottoscritto un Accordo tra Italia e Spagna⁴⁰ che eliminava l'istituto dell'extradizione per alcuni reati (quali terrorismo, criminalità organizzata, traffico di stupefacenti e di armi, tratta di esseri umani), sostituendolo con l'istituto semplificato della "consegna", che rende efficace il provvedimento emesso da un giudice dell'altro Stato⁴¹, può avere come

³⁸ Decisione quadro del Consiglio, del 13 giugno 2002, sulla lotta contro il terrorismo, in *G.U.C.E.* L 164 del 22 giugno 2002.

³⁹ Decisione quadro n. 2002/629/GAI del Consiglio, del 19 luglio 2002, sulla lotta alla tratta degli esseri umani, in *G.U.C.E.* L 203 del 1° agosto 2002.

⁴⁰ Trattasi di Accordo bilaterale, firmato il 28 novembre 2000, il cui testo è stato pubblicato in *Documenti&giustizia*, 2000, 6, p. 1405 ss.

⁴¹ In buona sostanza (ed in sintesi) l'Accordo istituisce un regime di collaborazione fra i due Paesi europei in forza del quale a fronte di sentenze penali di condanna e di provvedimenti giurisdizionali restrittivi della libertà personale, pronunciate o emessi nel corso di un procedimento penale e divenuti esecutivi, in vece dell'extradizione si fa luogo

riferimento non solo le sentenze di condanna, ma anche i provvedimenti esecutivi di restrizione della libertà personale emessi nel corso di un procedimento penale.

Certamente questo Accordo (peraltro, non ancora ratificato nel nostro Paese⁴²) ha potuto rappresentare un valido precedente per la Commissione europea che, nel settembre del 2001⁴³, ha presentato al Consiglio la proposta di Decisione quadro concernente il mandato di arresto europeo; proposta quest'ultima che, giova sottolinearlo, si fonda sul mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie e, quindi, su di un *elevato livello di fiducia* tra gli Stati.

Ogni Stato avrebbe redatto un elenco dei reati per i quali non si sarebbe dovuto applicare il mandato d'arresto europeo, mentre, per tutti gli altri reati al di fuori dell'elenco, sarebbe valso il principio del mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie. Nonostante le posizioni inizialmente critiche degli Stati per la possibilità del pericolo della *doppia incriminazione*, a dicembre si riusciva a trovare un accordo in Consiglio, al quale, però, s'opponavano Italia e Austria.

Dopo una lunga "ponderazione", la Decisione quadro è stata adottata il 13 giugno 2002⁴⁴, prevedendo come termine massimo per la sua attuazione il 31 dicembre 2003. L'accordo, in realtà, veniva raggiunto su di un testo diverso da quello presentato dalla Commissione, essendo possibile la doppia incriminazione per le fattispecie più gravi espressamente elencate.

alla consegna. Quindi, nel caso una persona sia ricercata da parte di uno dei due Paesi (per aver commesso taluno dei reati indicati nell'accordo) viene riconosciuta direttamente efficace le provvedimento giurisdizionale emesso del giudice dell'altro Paese, procedendosi alla consegna del ricercato, senza applicazione dei parametri richiesti per l'estradizione (quali il principio della doppia incriminazione). La procedura prevede che lo Stato richiedente si limiti a trasmettere la domanda di esecuzione a scopo di consegna al Ministro della Giustizia dell'altro Stato (cui si richiede di procedere alla consegna stessa), unitamente ad una relazione e a copia del provvedimento giurisdizionale. È prevista una procedura particolare (che contempla l'istituto dell' "arresto preliminare") da applicarsi in caso di urgenza, nonché la possibilità, per ciascuno dei due Stati contraenti, di rifiutare la consegna del ricercato, nel caso in cui la richiesta inoltrata dall'altro Stato non sia conforme al trattato bilaterale, ovvero l'ordinamento dello Stato "consegnatario" contempli ipotesi di immunità.

⁴² Cfr. d.d.l. A.C. 1934, approvato dal Consiglio dei Ministri nella seduta dell'8 novembre 2001, presentato alla Camera dei deputati il 13 novembre 2001, approvato dalla Camera stessa in data 18 settembre 2002 e trasmesso, per l'esame al Senato, col numero di A.S. 1721.

⁴³ Trattati della proposta di Decisione quadro del Consiglio, relativa al mandato di arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri, presentata dalla Commissione al Consiglio GAI del 20 settembre 2001 (COM 2001 n. 522 del 19 settembre 2001), nel quadro delle sessioni straordinarie "*post-11 settembre*", in *G.U.C.E.*, C 332 E del 27 novembre 2001.

⁴⁴ Decisione quadro 2002/584/GAI, in *G.U.C.E* L 190 del 18 luglio 2002.

La Decisione quadro, come già ricordato, vincola gli Stati nel fine, dovendo poi essere introdotta all'interno degli ordinamenti nazionali con gli strumenti che ogni ordinamento costituzionale mette a disposizione.

Nel nostro Paese la sua implementazione non può rientrare nell'ambito della legge comunitaria annuale perché questo percorso non è previsto, e, pertanto la sua attuazione necessita di un atto *ad hoc*, quale la presentazione di un disegno di legge a sé stante.

Ora, mentre per le direttive non attuate in termini è prevista la procedura d'infrazione davanti alla Corte di giustizia, attivabile da uno Stato o dalla Commissione, per le Decisioni quadro tale procedura non è attivabile, non avendo la Corte competenza sugli atti del terzo pilastro, se non in ordine al rinvio pregiudiziale.

L'unica "sanzione" per un inadempimento consisterebbe, quindi, nella pubblicità negativa derivante dall'obbligo di comunicazione alla Commissione dei provvedimenti di attuazione per la sua relazione al Parlamento ed al Consiglio, comunicazione che aprirebbe il dibattito fra Stati.

Ma, diversamente, essendo la Decisione comunque un atto vincolante, potrebbe essere fatta valere dal giudice nazionale (a livello interpretazione conforme): il rischio in caso di inadempimento della Decisione Quadro in via legislativa sarebbe, pertanto, quello di far crescere il ruolo del potere giudiziario a discapito di quello del potere politico.

Del resto, la dichiarazione italiana unilaterale prodotta dal Governo e contenuta solo nel processo verbale del Consiglio⁴⁵, per cui sarebbe necessario, "prima di adeguarsi alla decisione, attivare delle procedure di diritto interno per rendere compatibile con i principi supremi dell'ordinamento costituzionale in tema di diritti fondamentali e per avvicinare il sistema giudiziario e ordinamentale ai modelli europei", non assume valore ai fini dell'interpretazione dell'atto, almeno secondo quanto stabilito da precedente giurisprudenza della Corte di Giustizia.

Va, peraltro, sottolineato che, ad oggi, non risulta ancora presentato alcun progetto di legge di iniziativa governativa⁴⁶, per il recepimento della

⁴⁵Diversamente, l'Austria ha ottenuto una deroga formale per l'applicazione della decisione quadro(2008) per poter procedere ad una riforma costituzionale sui diritti e le garanzie difensive dell'imputato; la Danimarca ha, invece, ritardato la procedura per poter attuare modifiche legislative interne prima di fornire il suo assenso al Consiglio.

⁴⁶ Alla Camera dei deputati risultano all'esame tre disegni di legge di iniziativa parlamentare: uno, a firma di KESSLER ed altri, recante "*Norme di recepimento della decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri*" (A.C. n. 4246), assegnato alla II Commissione Giustizia il 15 settembre 2003; l'altro a firma di BUEMI ed altri, recante "*Delega al Governo per il recepimento della decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato di arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri*" (A.C. n. 4431), assegnato anch'esso alla II Commissione Giustizia l'11 novembre 2003; e l'altro ancora, a firma di PISAPIA e MASCIA, recante

Decisione quadro sul mandato d'arresto europeo nel nostro Paese⁴⁷; sicché alla data di scadenza del termine fissato nella Decisione per l'adozione delle misure necessarie alla sua applicazione negli Stati membri (vale a dire, il 31 dicembre 2003), l'Italia non è stata in grado di dare attuazione all'euromandato.

7. *Il modello di integrazione "pragmatico" seguito col mandato d'arresto europeo* – Nel chiedersi, sotto un diverso profilo, quali conseguenze giuridiche comporta l'istituzione di un mandato di arresto valido per tutto il territorio europeo, si potrebbe valutare, in primo luogo, come lo spostamento dell'eseguitività del mandato d'arresto dal territorio di uno Stato in cui è stato commesso il reato ad un altro Stato membro dell'Unione incida sulla territorialità dell'esercizio della giurisdizione penale nazionale, consentendo ad essa una sorta di "effetto ultraterritoriale".

Inoltre, da una breve disamina della Decisione considerata, sembrerebbero potersi intravedere *problemi di ordine costituzionale interno*⁴⁸, almeno in relazione alla mancata determinatezza delle fattispecie penali. Nella Decisione, infatti, sono previste delle categorie di reati per i quali si può dare luogo alla "consegna" della persona ricercata ai fini dell'esercizio di un'azione penale, ovvero ai fini dell'esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza (indipendentemente dalla doppia

"Delega al Governo per l'attuazione della decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri" (A.C. n. 4436), assegnato anch'esso alla II Commissione Giustizia il 17 novembre 2003.

⁴⁷ Risultano aver, finora, completato le procedure di adattamento del proprio diritto interno alla Decisione quadro sull'euromandato la Danimarca, il Portogallo e la Spagna, con la quale l'Italia aveva sottoscritto l'Accordo per il superamento dell'extradizione.

⁴⁸ Sulle problematiche, di ordine costituzionale, sollevate dal mandato di arresto europeo, si v. M. CHIAVARIO, *Giustizia: il mandato di cattura europeo mette a nudo le contraddizioni italiane*, in *Guida al diritto*, 22 dicembre 2001, 49, p. 11 ss.; V. GREVI, *Il "mandato di arresto europeo" tra ambiguità politiche e attuazione legislativa*, in *Il Mulino*, 2002, 1, p. 119 ss.; E. BRUTI LIBERATI e I. PATRONE, *Il mandato di arresto europeo*, in *Questione giustizia*, 2001, 1, p. 70 ss.; E. SELVAGGI e O. VILLONI, *Questioni reali e non sul mandato europeo d'arresto*, in *Cassazione penale*, 2002, p. 446; nonché il parere reso al Governo da V. Caianiello e G. Vassalli, consultabile sul sito *web* dell'Associazione italiana dei costituzionalisti, www.associazionedeicostituzionalisti.it; di G. VASSALLI, si veda anche *Ecco perché è incostituzionale il mandato di cattura europeo*, in *Diritto&Giustizia*, 4 giugno 2002, rivista *on-line*, consultabile sul sito *web*: www.dirittoegiustizia.it; sempre sul mandato di arresto europeo, si v. anche E. CALVANESE e G. DE AMICIS, *Dalla Convenzione di Parigi al vertice di Laeken, la lunga strada del mandato di arresto europeo*, in *Guida al diritto*, 2002, 5, pp. 106-112, nonché, in una prospettiva attenta al ruolo che può giocare il mandato d'arresto europeo nell'edificazione di un sistema integrato di giustizia penale a livello europeo: D. FLORE, *Le mandat d'arrêt européen: première mise en oeuvre d'un nouveau paradigme de la justice pénale européen*, in *Journal des Tribunaux*, 2002, p. 273 ss..

incriminazione), ma per la compiuta definizione di tali illeciti si fa rinvio alla legislazione dello Stato nell'ambito del quale è stato emesso il mandato.

Dubbi sono stati formulati anche in relazione al diritto alla difesa, le cui lesioni potrebbero derivare per il soggetto dal fatto di non potersi confrontare con un'imputazione precisa.

Non solo: se la *ratio* stessa della Decisione quadro è, alla fine, solo quella di facilitare e semplificare l'estradizione e la cooperazione fra Stati, per lo più nella lotta contro il crimine organizzato ed il terrorismo, ci si deve interrogare, più in generale, sulla *metodologia* adottata per questa soluzione di integrazione.

Procedere ad un'integrazione nel campo della cooperazione giudiziaria seguendo una via tanto "pragmatica" (via della quale il mandato d'arresto europeo potrebbe essere solo l'inizio di un mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie penali⁴⁹) potrebbe, invero, portare indubbiamente ad un *affievolimento delle garanzie* dei cittadini europei.

Non va dimenticato, infatti, che l'esercizio della funzione giurisdizionale nel settore penale comporta il rispetto di procedimenti che rappresentano spesso il precipitato di tradizioni giuridiche maturate attraverso la storia peculiare di ciascun Paese e che costituiscono il nocciolo dello *jus imperii* dello Stato.

Se si è sostenuto che il riconoscimento delle decisioni, fondato sulla reciproca fiducia dei sistemi nazionali, è un "metodo" di integrazione che funziona in presenza di differenti modelli, rispetta le diverse tradizioni e stempera le differenze, in quest'ottica vanno anche considerati i possibili effetti sugli ordinamenti costituzionali nazionali di un'applicazione *troppo lata* di tale principio, che fino ad ora si è voluto utilizzare solo per abolire la procedura *formale* di estradizione.

Altro punto, da non sottovalutare, è rappresentato dalla validità dei *presupposti* stessi di questo modello di integrazione, vale a dire dell'esistenza della *reciproca fiducia* nei diversi sistemi giudiziari, soprattutto all'interno di un'Europa allargata.

Il mutuo riconoscimento presuppone, infatti, la fiducia reciproca da parte di ciascuno Stato nella qualità del diritto sostanziale e processuale degli altri Stati (la "*full faith and credit*" clause della Costituzione degli Stati Uniti); e questa reciproca fiducia, in un ambito così delicato quale la giustizia penale, comporta che siano considerati prioritariamente anche i differenti modi di tutela e di garanzia dei diritti e delle libertà fondamentali negli ordinamenti dei Paesi membri.

I differenti sistemi giudiziari nazionali, proprio perché prodotti delle, pur se simili, diverse tradizioni giuridiche; le differenti modalità di concepire gli strumenti di procedura penale (assunzione delle testimonianze,

⁴⁹ Si v. L. SALAZAR, *Il mandato di arresto europeo: un primo passo verso il mutuo riconoscimento delle decisioni penali*, in *Diritto penale e processo*, 2002, 8, pp. 1044 ss.

o delle prove materiali) che consentono l'applicazione del diritto penale; la stessa legislazione penale che costituisce il complesso delle definizioni dei comportamenti antigiuridici penalmente rilevanti per la società di riferimento, rappresentano tutti certamente ambiti e profili giuridici di difficile omologazione.

Poiché il diritto penale ed il diritto processuale penale costituiscono il cuore delle tradizioni giuridiche di uno Stato, e le divergenze tra le norme nazionali riflettono le differenze storiche, politiche e costituzionali dei Paesi membri, conviene, quindi, attentamente riflettere prima di avventurarsi sulla strada di integrazioni basate su un approccio troppo "pragmatico" ed "empirico".

Anche se si vuole sopperire alla *carezza di effettività* del sistema di cooperazione giudiziaria, infatti, le tradizioni giuridiche culturali che sono alla base degli ordinamenti nazionali non possono essere stravolte.

8. *L'effettività del sistema dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia* – In definitiva, la mancanza di effettività dello Spazio di libertà sicurezza e giustizia, così come delineato nelle norme dei Trattati europei, certamente trova delle giustificazioni in diversi ordini di motivi quali: a) *il procedimento di adozione delle decisioni*, dal momento che le decisioni da adottare all'unanimità comportano negoziati estenuanti che finiscono con l'annacquare il contenuto, anche per una sorta di difesa, da parte degli Stati, delle proprie prerogative ordinamentali; b) *la mancanza di efficacia diretta* delle decisioni adottate con gli strumenti giuridici previsti; c) l'impossibilità da parte della Commissione o di uno Stato membro di farne valere la non applicazione davanti alla Corte di Lussemburgo; d) *una scarsa reciproca fiducia* nelle modalità della cooperazione giudiziaria; e) *un'accentuata carezza di deficit democratico*, essendo quasi del tutto emarginata dal procedimento decisionale l'unica Istituzione europea ad elezione diretta, il Parlamento. Del tutto emarginati sono, del resto, i Parlamenti nazionali in un ambito nel quale le decisioni vengono ad impattare sulle libertà, nel nostro ordinamento disseminate da riserve di legge, e sul principio di legalità.

Questa serie complessa di motivi hanno, di fatto, comportato un notevole *ritardo* da parte dei Paesi membri soprattutto ad attuare le misure (Decisioni e Decisioni quadro) che, spesso, non sono state trasposte all'interno degli ordinamenti nazionali, oppure lo sono state in modo incompleto, sicché la loro differente trasposizione rende talora ancora più difficile la cooperazione giudiziaria.

Per quel che riguarda, poi, le Convenzioni, oltre alla possibilità da parte degli Stati di esercitare l'*opting out*, delle quattordici adottate dal Consiglio in materia penale, solo due sono state ratificate dagli Stati e dopo un lungo arco di tempo.

Da questo ordine di considerazioni si potrebbe dedurre come, in questo ambito, permanga il rifiuto degli Stati ad assumere decisioni vincolanti.

Tanto premesso, resta, dunque, aperto il problema dell'*effettività del sistema* per la realizzazione di uno Spazio europeo di libertà di sicurezza e giustizia; problema la cui soluzione potrebbe passare attraverso le seguenti vie.

Preliminare all'introduzione del mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie potrebbe essere una *base di armonizzazione*, realizzata con strumenti di ravvicinamento delle legislazioni statali, prima di tutto nell'ambito della procedura penale, e proprio per quel che riguarda il sistema delle *garanzie procedurali* (assunzione delle prove e delle testimonianze, utilizzo degli informatori, cooperazione dei testi, protezione dei dati) e la tutela dei diritti.

Secondariamente, si potrebbe procedere ad una armonizzazione di uno "zoccolo duro" di diritto sostanziale, tramite il *ravvicinamento delle legislazioni penali nazionali*, al fine di individuare reati comuni a tutti gli Stati membri, in modo che non sussistano discrepanze tra le norme incriminatrici nazionali ed alla commissione dei quali siano correlate sanzioni minime e massime non troppo differenziate da Paese a Paese.

L'identificazione dei reati andrebbe determinata con una Legge europea (adottata all'unanimità da parte del Consiglio): infatti un minimo di armonizzazione della legislazione è senza dubbio metodologicamente uno "*step*" prioritario rispetto all'introduzione del rispetto al mutuo riconoscimento.

Altro principio da supportare dovrebbe essere poi quello della *sussidiarietà*: è questo certamente l'ambito nel quale dovrebbe esser fatto valere, più che in altri, il rispetto delle tradizioni e dei diversi ordinamenti giuridici nazionali, tenuto conto anche della specificità degli operatori, ovvero della magistratura e della polizia.

Il Progetto di Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa, che, com'è noto, approvato dalla Convenzione europea, non ha poi superato il successivo vaglio della Conferenza intergovernativa svoltasi sotto presidenza italiana – sicché risulta ora piuttosto incerto il suo destino e difficile è prevedere oggi quali strade prenderà il processo "costituente" europeo innescatosi con la Conferenza di Laeken – aveva cercato di risolvere alcuni di questi problemi.

Se da una parte in esso si riafferma il principio del riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie, dall'altra si prevede anche che il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri si estenda ad aspetti legati al diritto penale sostanziale (ed alla lista dei reati di tipo transnazionale previsti).

L'adozione di "*minimum rules*" concernenti definizioni e sanzioni era, in realtà, possibile già nel quadro del Trattato di Maastricht, ma il

mutamento degli strumenti giuridici adottabili ipotizzato dal Trattato costituzionale, ovvero le Leggi europee obbligatorie in tutti i loro elementi e direttamente applicabili in ciascuno degli Stati membri, ne garantirebbe senz'altro una diversa effettività.

Queste “categorie” individuate di crimini *non esauriscono*, peraltro, la possibilità di un intervento europeo.

Secondo il progetto di Trattato, infatti, altre sfere di criminalità potranno, successivamente, essere individuate all'unanimità da parte del Consiglio e con delibera legislativa da parte del Parlamento europeo: una Legge quadro potrà stabilire norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni in sfere di criminalità particolarmente gravi e che presentano una dimensione transnazionale (terrorismo, tratta, sfruttamento sessuale donne e minori, traffico stupefacenti e di armi, riciclaggio di capitali, corruzione, contraffazione di mezzi di pagamento, criminalità informatica, criminalità organizzata); dimensione quest'ultima derivante non solo dal carattere o dalle implicazioni di tali reati, ma anche da una particolare necessità di combatterli su basi comuni.

Per facilitare l'applicazione del mutuo riconoscimento delle sentenze, nonché la cooperazione di polizia nel campo della criminalità che abbia una dimensione transnazionale, le Leggi quadro potrebbero, quindi, stabilire norme minime comuni relative all'ammissibilità delle prove, nonché alla tutela dei diritti della persona nel procedimento penale, alla tutela (risarcitoria) dei diritti delle vittime della criminalità, e ad altri elementi di procedura penale individuati dal Consiglio.

Da qui, si potrebbe ricavare l'indifferibilità di un prioritario ravvicinamento della normativa attinente alla procedura penale nei confronti di quella relativa al diritto penale sostanziale.

La cooperazione giudiziaria, in definitiva, si prospetta fondata sia sul *mutuo riconoscimento*, sia sul *ravvicinamento* della legislazione e della regolamentazione penale che di procedura penale.

Leggi quadro potrebbero, quindi, fissare norme per il riconoscimento di sentenze e decisioni giudiziarie in materia penale, norme per prevenire e risolvere conflitti di competenza, modalità per la formazione dei magistrati ed altri operatori del settore, norme per facilitare la cooperazione fra autorità giudiziarie in relazione all'azione penale ed all'esecuzione delle sentenze.

Da un punto di vista procedimentale, spetterebbe al Consiglio europeo definire le linee guida per la legislazione e le azioni comuni nel settore con la determinazione di un programma strategico che fissi le priorità di intervento.

Viene, inoltre, introdotta nel Progetto di Trattato la “*golden rule*”, prospettata da più parti, per la separazione dei compiti legislativi e dei compiti operativi del Consiglio dei Ministri e, tra i compiti legislativi, per l'adozione di leggi e leggi quadro adottate con procedura di codecisione su iniziativa della Commissione.

E' data, così, la possibilità ad una legge europea di determinare le modalità di avvio e coordinamento di un'azione penale esercitate da autorità nazionali competenti, ed il potenziamento della cooperazione giudiziaria attraverso la composizione dei conflitti di competenza tramite stretta cooperazione con la Rete giudiziaria europea.

Rassicurante, ai fini dell'identità culturale del sistema penale nazionale, sembra essere il nuovo ruolo dei *Parlamenti nazionali*: avrebbero il compito di vigilare sul rispetto del principio di sussidiarietà e di proporzionalità in questo settore che necessariamente viene ad incidere sulle libertà ed i diritti fondamentali. Questa area è, infatti, il vero cuore del *controllo di sussidiarietà*.

I Parlamenti (attualmente coinvolti solo nella ratifica delle Convenzioni e nell'attuazione di Decisioni quadro e Decisioni) sarebbero anche coinvolti nel monitoraggio politico delle attività Europol (rapporti annuali), nonché nella valutazione dell'applicazione dell'implementazione delle politiche dell'Unione in tale settore, in quanto informati dei risultati di questa valutazione "*mutual evaluation*" o "*peer review*" condotta da rappresentanti degli Stati e dalla Commissione, sulla base di regole elaborate dal Consiglio dei Ministri.

Anche in questo ambito, si rinforza il ruolo della Commissione di guardiano del Trattato e delle sue applicazioni.

Sempre nella bozza di Trattato, è previsto un potenziamento di Eurojust, attribuendosi a questo organismo il compito di sostenere e potenziare il coordinamento e la cooperazione tra le autorità nazionali responsabili dell'azione penale contro la criminalità grave che interessa due o più Stati membri, o che richieda un'azione penale su basi comuni, operando sulla scorta delle informazioni e delle operazioni effettuate dalle autorità degli Stati e da Europol.

Ma un successivo possibile passo avanti in tema di cooperazione giudiziaria viene fatto con la previsione che consente al Consiglio, all'unanimità, di istituire una Procura europea⁵⁰ "a partire dall'Eurojust"; Procura che possa individuare, perseguire e trarre in giudizio gli autori di reati gravi con ripercussioni in più Stati, ed esercitare l'azione penale davanti agli organi giurisdizionali nazionali.

Questo ulteriore passo che, se realizzato, darebbe maggiore "visibilità" allo Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia, comporterebbe certamente un grande *cambiamento* nei sistemi giudiziari

⁵⁰ Sul "Procuratore europeo", si v. THEATO, *Le Procureur européen*, in *Agon*, 2002, 31 pp. 14-19; nonché R. ORLANDI, *Qualche rilievo intorno alla vagheggiata figura di un pubblico ministero europeo*, in *Possibilità e limiti di un diritto penale dell'Unione europea*, a cura di L. PICOTTI, Milano, Giuffrè, 1999; P. LASZLOCZKY, *Pubblico ministero europeo e azione penale europea*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1998, p. 29 ss.; e, più recentemente, L. LOMBARDO, *L'istituzione del Procuratore europeo: problemi e prospettive*, in *Cassazione penale*, 2003, 2, p. 690 ss.

nazionali, incidendo però decisamente sulle *prerogative costituzionali* dell'ordine giudiziario.

In definitiva, ad una *carezza di efficacia* degli strumenti giuridici previsti si vuole sopperire con l'introduzione di strumenti giuridici ad *efficacia diretta* (Leggi europee) o ad *efficacia mediata* (Leggi Quadro), adottati da una compartecipazione di soggetti di differente legittimazione.

Si tratterà solo di vedere se la *mancaza di efficacia* del sistema sia imputabile alla adozione di strumenti giuridici inadeguati o se, invece, sono gli Stati in quanto titolari anche essi del procedimento di formazione delle norme (Consiglio dei Ministri) a rimanere condizionati dalla *volontà* di conservazione del potere e, quindi, poco inclini ad istituire un sistema "comune" minimo di giustizia penale, di stampo sostanzialmente federalista.