

CAPITOLO VII

LA TUTELA GIURISDIZIONALE DEI DIRITTI

1. Una politica di cooperazione giudiziaria rispettosa dei diritti fondamentali

Un'efficace politica di cooperazione giudiziaria nell'Unione europea non può prescindere da una tutela effettiva dei diritti fondamentali delle persone; una tutela che, se deve coinvolgere tutte le istituzioni, dell'Unione e nazionali, e deve riguardare ogni aspetto delle politiche poste in essere nel settore - e non può perciò fondarsi esclusivamente sulle garanzie processuali, riponendo "una fiducia eccessiva nei soli rimedi giurisdizionali"¹, - vede certamente esaltato in prima istanza, il ruolo del giudice (e nella cooperazione penale anche del pubblico ministero) quali garanti essenziali delle libertà dei cittadini.

Del resto, la creazione stessa del diritto comunitario, ed in particolare la vicenda del progressivo riconoscimento della tutela dei diritti fondamentali, è stata in buona parte opera dei giudici, comunitari e nazionali, e non è ragionevole prevedere che, dopo l'entrata in vigore del nuovo Trattato, tale ruolo verrà a diminuire, essendone al contrario prevedibile l'esaltazione², e particolarmente in questa materia.

Nel quadro dei profondi mutamenti istituzionali e normativi previsti dal Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa che riguardano specialmente lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, anche la tutela giurisdizionale nei confronti di atti e azioni di organi dell'Unione e degli atti nazionali che a questi danno esecuzione verrà modificato, specie a seguito dell'abolizione della divisione delle competenze in pilastri, con l'unificazione del sistema europeo delle fonti e con la generalizzazione (o quasi) del loro controllo da parte della Corte di giustizia, che sarà chiamata ad un ancor più impegnativo compito interpretativo, sia attraverso il ricorso per annullamento, sia col rinvio pregiudiziale da parte dei giudici nazionali in materie per le quali, sino ad oggi, tale eventualità è stata meno frequente se non del tutto sporadica³.

In attesa dell'entrata in vigore del Trattato si può sin da ora compiere un'opera utile ad un equilibrato sviluppo dell'efficacia della cooperazione e della tutela dei diritti, attraverso la ricognizione delle difficoltà che si sono sino ad oggi riscontrate sul piano della garanzia effettiva dei diritti al fine di consentirne il superamento e favorendo alcune soluzioni-ponte con la finalità di preparare il terreno alla futura abolizione dell'attuale divisione delle competenze in pilastri.

Non si tratta, per quel che concerne la presente materia, di un compito semplice; infatti il Consiglio, come la Commissione o il Parlamento, non possono certo occuparsi delle future linee

1 In tal senso si sono espressi P. Alston e J.H.H. Weiler, *An 'Ever Closer Union' in Need of a Human Rights Policy: The European Union and Human Rights*, in *European Journal of International Law*, Vol. 9 (1998) n. 4, che scrivono di "excessive reliance upon judicial remedies"; gli Autori propongono invece una politica dei diritti d'arte di tutte le Istituzioni dell'Unione.

2 Sulla esaltazione del ruolo del giudice nel nuovo testo costituzionale v. M. Cartabia, *La scrittura di una Costituzione europea e i poteri dei giudici*, versione provvisoria del testo della relazione presentata al Convegno di Napoli, del 6 aprile 2004 su Stato di diritto e principio di legalità nell'evoluzione della forma di stato europea.

3 Alla data in cui viene redatto il presente capitolo risulta fissata davanti alla Corte di giustizia una sola causa di rinvio pregiudiziale da parte di un giudice nazionale avente ad oggetto l'interpretazione di una decisione quadro emanata nell'ambito delle competenze del terzo pilastro; si tratta della causa C-105/03, *Pupino*, domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Tribunale di Firenze (Ufficio del giudice per le indagini preliminari), nella quale l'Avvocato generale ha reso le sue conclusioni in data 11 novembre 2004 e che attende la sentenza della Corte. Si veda anche in materia penale la fondamentale sentenza della Corte dell'11 febbraio 2003 sulla Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen e sull'ambito di applicazione del principio del *ne bis in idem*, nei procedimenti riuniti C-187/01 e C-385/01, *Hüseyin Gözütok e Klaus Brügge*.

giurisprudenziali della Corte di giustizia e del Tribunale di primo grado, e tantomeno di quelle delle Corti nazionali o della Corte di Strasburgo, dato che quest'ultima verrà oltretutto a trovarsi nel ruolo del tutto peculiare di giudice collocato fuori del sistema ordinamentale dell'Unione, ma le cui decisioni avranno sullo stesso una grande influenza dopo la adesione formale della stessa alla Convenzione europea del 1950. Ciò perché, intuitivamente, l'attività giurisdizionale per sua stessa natura e funzione sfugge a qualsiasi logica di programmazione eterodiretta di tipo, anche in senso lato, politico.

Le Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo di Bruxelles del 4 e 5 novembre 2004, che hanno approvato il documento programmatico dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia per il prossimo quinquennio denominato "programma dell'Aia" hanno posto alcune premesse, in larga parte utili e condivisibili, per un lavoro ragionevole atto a favorire la diffusione di una comune cultura della tutela dei diritti nel settore della cooperazione giudiziaria nel periodo intermedio che deve portare alla entrata in vigore del nuovo Trattato. E' dunque ora possibile migliorare sia il livello attuale di funzionamento della cooperazione, sia la protezione dei diritti dei cittadini, ponendo in tal modo le premesse per quel salto di qualità promesso dal Trattato firmato a Roma il 29 ottobre 2004.

2. L'evoluzione del sistema europeo delle fonti e il ruolo della giurisdizione

Quando vennero approvate le Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo di Tampere, nell'ottobre del 1999, il quadro istituzionale dell'Unione era profondamente diverso da quello attuale, ed a maggior ragione da quello che si avrà dopo l'entrata in vigore del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa. Nel momento in cui pone la necessità di un primo bilancio dei risultati raggiunti nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia e di un'eventuale correzione di rotta per le politiche dell'attuale terzo pilastro fissate in Finlandia, non si può non tener conto dei principali eventi che hanno mutato il quadro di riferimento:

- l'avvenuta proclamazione nel dicembre del 2000 della Carta dei diritti fondamentali, successivamente la sua inclusione a pieno diritto nel nuovo Trattato;
- la messa a regime delle politiche del terzo pilastro, con l'approvazione e l'entrata in vigore delle prime decisioni-quadro;
- infine, la firma del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa e le problematiche connesse alla necessità di governare un periodo transitorio né breve né semplice, vista anche la coincidenza temporale con gli effetti contestuali del processo di allargamento.

2.1 La Carta, pur se da alcuni ritenuta non vincolante e pur con tutte le cautele mostrate (almeno sino ad oggi) dalla stessa Corte di giustizia - meno però dagli avvocati generali della Corte e da alcune corti nazionali, costituzionali e di legittimità⁴ - ha imposto il tema dei diritti fondamentali al centro delle politiche dell'Unione, e la sua importanza, anche per l'ampio dibattito dottrinario e giurisprudenziale che si è aperto, è stata crescente. Ora occorre trasformare i principi affermati in una pratica politica condivisa e coerentemente perseguita.

In vista dell'entrata in vigore del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, bene ha fatto il Consiglio europeo, nel programma dell'Aia, ad affermare che "devono essere pienamente rispettati i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e dalla Carta dei diritti fondamentali di cui alla parte II del trattato costituzionale", ciò

4 Sulla utilizzazione della Carta di Nizza da parte dei giudici nazionali v. A. Celotto e G. Pistorio, *L'efficacia giuridica della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (rassegna giurisprudenziale 2001-2004)*, sul sito della Associazione italiana dei costituzionalisti, www.associazionedeicostituzionalisti.it.

che dovrà significare che “l’Unione, comprese le sue istituzioni, sarà giuridicamente obbligata a garantire che in tutti i settori di sua competenza i diritti fondamentali siano non solo rispettati ma anche attivamente promossi”, come se la Carta fosse, sin da oggi, vincolante. Tale affermazione, che agli scettici può apparire pleonastica o meramente programmatica, ha al contrario un alto valore poiché essa indica ai cittadini dell’Unione, ma soprattutto a tutte le istituzioni e le agenzie europee, che in nessun caso le politiche di cooperazione giudiziaria saranno perseguite con sacrificio di diritti già riconosciuti a livello comunitario o nazionale. In tal senso, il processo di integrazione dei diritti nel diritto comunitario apertosi con la prima Convenzione e con la proclamazione della Carta di Nizza può ritenersi avviato ad una definitiva e positiva conclusione.

2.2 Al contrario la messa a regime delle politiche del terzo pilastro come erano state disegnate dal Trattato di Amsterdam, intrapresa con l’emanazione delle prime decisioni quadro, ha mostrato tutti i limiti della soluzione intermedia allora adottata in questa materia, secondo un metodo né pienamente comunitario, né propriamente internazionale⁵.

Con la crisi (probabilmente irreversibile) del sistema internazionalistico delle convenzioni, la decisione quadro si è mostrata uno strumento troppo “debole” se confrontato con la direttiva ed il regolamento, atti tipici del primo pilastro; inoltre ha pesato il fatto che, in questo spazio, siano convissute politiche comprese in due differenti pilastri, il primo ed il terzo, con la conseguente necessità di utilizzare strumenti normativi adottati con procedure diversissime fra loro.

A ciò si aggiunga che i rapporti, a volte difficili in questa materia, tra la Commissione e il Consiglio, ed il ruolo del tutto marginale del Parlamento, chiamato solo ad esprimere pareri non vincolanti, hanno creato non poca opacità nella scelta delle priorità politiche.

Infatti, mentre il periodo successivo al Consiglio di Tampere si era caratterizzato per una lunga stasi, con pochi provvedimenti assunti, per lo più necessitati (come la decisione quadro per la tutela penale dell’euro dalla falsificazione) o non impegnativi da un punto di vista politico (come la decisione quadro sulla tutela delle vittime dei reati), dopo l’11 settembre 2001 tutto è cambiato.

La necessità di una reazione visibile agli occhi dell’opinione pubblica europea, unita alla consapevolezza del fatto che il terrorismo agisce su base internazionale e non è contrastabile solo dai singoli Stati, hanno portato all’approvazione da parte del Consiglio, in tempi piuttosto brevi, di molte decisioni quadro, oltre all’adozione alquanto disordinata di decisioni, raccomandazioni, accordi internazionali con Paesi terzi. Ciò è avvenuto senza un chiaro approccio strategico e senza tenere nel dovuto conto né il quadro normativo dei Trattati vigenti, né le scelte di priorità di Tampere.

Si è allora creata nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia una, per certi versi pericolosa, “sovrabbondanza allo stesso tempo normativa ed istituzionale”, che ha portato con sé il paradosso “di moltiplicare le norme e le istituzioni, indebolendo la garanzia giudiziaria, dal momento che non vi è un’autorità giudiziaria che controlli veramente gli organi di indagine europei”⁶. La moltiplicazione delle fonti è certamente stata la causa e nello stesso tempo il frutto della confusione degli obiettivi, non sempre adeguatamente discussi e condivisi dalle stesse istituzioni dell’Unione.

Le decisioni quadro sino ad oggi emanate non sembrano quindi riconducibili ad un unico modello; a fronte di alcune di esse che hanno assunto la forma e la struttura tipiche della direttiva (e quindi della futura legge-quadro europea), altre sembrano avere un contenuto più simile al modello del regolamento comunitario (in futuro: della legge europea), dal momento che contengono disposizioni analitiche, estremamente dettagliate, il che sembra in palese contrasto con il fatto che si tratta di atti normativi mai autoapplicativi e che necessitano comunque del loro recepimento con leggi approvate dai Parlamenti nazionali.

⁵ Sia consentito rinviare a I.J. Patrone, *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, in *Una Costituzione per l’Europa ?*, a cura di F. Petrangeli, Roma, Ediesse, 2004, p. 137.

⁶ M. Delmas-Marty, *Lo spazio giudiziario e giuridico europeo: verso un pluralismo ordinato*, relazione presentata al Congresso nazionale della ANM, Venezia, febbraio 2004.

Occorrerebbe allora che nel prossimo quinquennio venisse adottata una tecnica redazionale più adeguata alla funzione della futura legge-quadro europea (non essendo immaginabile sin da ora una sorta di anticipazione della legge europea), per evitare di favorire il manifestarsi di resistenze - già emerse nelle vicende del mandato di arresto europeo - al loro recepimento da parte dei Parlamenti nazionali, preoccupati dall'esistenza di vincoli comunitari troppi stretti ed analitici in materie costituzionalmente sensibili.

2.3 E' chiaro che la creazione di un vero spazio di libertà, sicurezza e giustizia verrà percepita come un "valore aggiunto" dai cittadini dell'Unione solo se migliorerà ed aumenterà la tutela effettiva e non solo nominale dei loro diritti. In ciò il ruolo del giudice, comunitario e nazionale, sarà essenziale poiché, come è stato più volte ribadito durante i lavori della seconda Convenzione, una tutela appropriata dei diritti dei cittadini europei dipende dall'effettività, dall'accessibilità e dalla coerenza dei rimedi, anche giurisdizionali, che verranno apprestati in caso di loro violazione da parte dei pubblici poteri, nazionali o comunitari, oltre che dall'efficacia delle politiche adottate per i diritti che necessitano di attuazione da parte delle autorità politiche ed amministrative. Senza rimedi giurisdizionali effettivi la cooperazione giudiziaria rischia di restare sul terreno di una lunga lista di opportunità perdute e di sforzi che ottengono pochi risultati e, nel peggiore dei casi, nessuno⁷.

E' dunque essenziale che sin da ora, nella legislatura che dovrebbe precedere la definitiva entrata in vigore del nuovo Trattato, il sistema di tutela giurisdizionale appaia per quanto possibile non contraddittorio, facilmente accessibile, affidato a giudici imparziali e preventivamente individuabili. Ciò è stato chiaro sin dagli albori della discussione sul "processo costituente" europeo, quando il Rapporto del Gruppo di esperti in materia di diritti fondamentali incaricato dalla Commissione - il c.d. Gruppo Simitis - affermava che *"... non è sufficiente, tuttavia, una chiara definizione dei diritti fondamentali. Affinché essi abbiano un qualche impatto nella realtà, coloro che cercano di farli valere nell'ambito dell'Unione europea, devono sapere a chi di preciso tali diritti si applicano e se sia possibile farli valere per le vie legali. L'efficace salvaguardia dei diritti fondamentali presuppone, di norma, la protezione giudiziaria di essi."*

Questa esigenza è particolarmente evidente per le politiche che sono comprese nell'attuale terzo pilastro. Lo sviluppo della cooperazione giudiziaria e di polizia nella materia penale implica infatti una crescente influenza del diritto dell'Unione in campi che sono, tradizionalmente e senza eccezione, regolati dalle Costituzioni, oltre che dalle singole legislazioni nazionali.

Un possibile indebolimento delle garanzie effettive costituisce un grave rischio per le politiche di cooperazione giudiziaria; occorre infatti considerare che proprio nella materia penale, sostanziale e processuale, potrebbero scattare con maggiore (e certo non auspicabile) facilità quelli che la Corte costituzionale italiana ha chiamato i c.d. *controlimiti*, vale a dire che potrebbe avverarsi la possibilità, sino ad oggi ritenuta poco più che teorica, che si debba derogare ai principi della supremazia e della diretta applicazione delle fonti comunitarie su quelle nazionali, per consentire la salvaguardia di diritti fondamentali e supremi stabiliti dalle Costituzioni nazionali. Oltretutto, allo stato attuale dei Trattati, per le note limitazioni poste al rinvio pregiudiziale nel terzo pilastro, la Corte di giustizia non è in grado concretamente di esercitare il ruolo di corte regolatrice dell'interpretazione del diritto comunitario derivato, né di verificarne la legittimità (costituzionale) rispetto ai Trattati.

⁷ Le Conclusioni del Consiglio europeo di Bruxelles del 25 marzo 2004, svoltosi pochi giorni dopo i tragici attentati dell'11 marzo 2004 a Madrid, contengono una lunga lista di inadempimenti, da parte dei Governi e dei Parlamenti nazionali, agli obbiettivi che erano stati fissati, prima a Tampere, quindi, dopo l'accelerazione impressa alle politiche dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia avvenuta dopo l'11 settembre 2001, dai successivi Consigli europei.

3. Il compito fondamentale dei giudici, comunitari e nazionali

Il sistema di tutela rigorosa dei diritti individuali non potrà che essere affidato, in primo luogo, ai giudici nazionali. Spetta infatti al singolo giudice o pubblico ministero trattare i casi nel rispetto dei diritti della persona, sia essa l'indagato o la vittima, e garantire un alto livello di protezione che sia conforme, al tempo stesso, alle fonti comunitarie, a quelle nazionali ed alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e le libertà fondamentali.

Il reciproco riconoscimento attraverso la mutua fiducia comporta che questa sia effettiva e non meramente affermata e che il sistema, almeno in linea di tendenza, non dia luogo a dubbi riguardo a presunte diminuzioni dei livelli di tutela riconosciuti nei singoli sistemi nazionali a causa della applicazione di norme dell'Unione, come da varie parti viene spesso paventato. Questa esigenza di una "fiducia ragionevole e condivisa" fra i giudici nazionali di venticinque Paesi non potrà che fondarsi su di una base culturale comune, per la costruzione della quale, se qualche passo avanti è stato fatto, molto può e deve essere ancora messo in opera.

La necessità di costruire questa comune cultura di tutti i giudici nazionali, senza porre troppa fiducia sul solo possibile intervento delle Corti europee, è espresso in modo estremamente chiaro nel documento presentato dalla Commissione nel giugno 2004 in preparazione del programma dell'Aja, dove è stato esattamente posto l'obiettivo di creare *"un espace judiciaire européen respectueux des traditions et systèmes juridiques des Etats membres, et qui associe étroitement les professionnels. Le développement de l'espace judiciaire européen n'a ni pour objectif ni pour conséquence de mettre en cause les traditions juridiques et judiciaires des Etats membres. Cette approche fondée sur le principe de proportionnalité et de subsidiarité est affirmée par le projet de Traité Constitutionnel. Le principe de reconnaissance mutuelle a été placé au cœur de la construction européenne en ce domaine. La reconnaissance mutuelle exige cependant une base commune de principes partagés et de normes minimales, afin notamment de renforcer la confiance mutuelle. Une action forte en direction des professionnels pour assurer l'effectivité de la politique judiciaire européenne continuera à être nécessaire"*.

Un sistema giurisdizionale a più livelli, nazionale e comunitario, non esclude, anzi in qualche modo favorisce, il dialogo interpretativo tra i giudici, al di fuori di qualsiasi camicia di forza del tipo *"stare decisis"*. Esso non può però trasformarsi in una babele di linguaggi e di soluzioni, lasciando al solo giudice regolare il compito di ricavare principi generali che possano essere calati dall'alto sulle giurisprudenze nazionali. L'attuale fase di transizione costituzionale può e deve essere utilizzata per porre le basi per un futuro "pluralismo ben ordinato" fra i diversi sistemi nazionali e quello comunitario⁸.

Oggi esistono indubbiamente lacune nella tutela effettiva dei diritti fondamentali a livello dell'Unione: in particolare vi sono materie sottratte sia alla cognizione dei giudici nazionali (non essendovi norme o decisioni nazionali che attuano il diritto comunitario), sia alla tutela giurisdizionale interna al sistema del diritto comunitario ed alla stessa applicazione della tutela garantita dalla giurisdizione della Corte dei diritti dell'uomo. In particolare, come evidenziato durante i lavori della Convenzione, si tratta: (a) degli effetti diretti del diritto comunitario sui diritti soggettivi dei singoli, dal momento che l'art. 230, quarto comma, TCE viene interpretato dalla Corte di giustizia in un senso molto restrittivo, in riferimento allaendiadi "direttamente ed individualmente"; e (b) del controllo giurisdizionale effettivo sugli atti e le decisioni delle varie Agenzie, Olaf, Europol, Eurojust, ed ancora sugli atti di diritto derivato del terzo pilastro e, in genere, sull'attività direttamente posta in essere dagli organi comunitari senza bisogno di successivi atti di esecuzione, comunitari o nazionali. Queste lacune sono destinate ad essere

⁸ Delmas-Marty, *Lo spazio giudiziario e giuridico europeo: verso un pluralismo ordinato* cit.

colmate dalla entrata in vigore del nuovo Trattato, che rappresenta indubbiamente un deciso passo avanti verso una “Unione di diritto”. In tal senso occorrerà convincere gli scettici.

Resta invece aperta la questione dell’influenza che avrà sul diritto dell’Unione la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo, il cui ruolo è stato enfatizzato dall’art. I-9 del Trattato che istituisce una costituzione per l’Europa con una disposizione che, nell’intento di chiudere una antica *querelle*, semplicemente afferma (prima ancora dell’inizio formale di una qualsiasi trattativa diplomatica col Consiglio d’Europa) che “l’Unione aderisce alla Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali”.

Nella relazione finale del gruppo di lavoro della Convenzione che si è occupato del tema (Gruppo II), era stato più volte sottolineato come l’adesione alla CEDU possa garantire ai cittadini dell’Unione un grado di protezione analogo a quello di cui beneficiano negli Stati membri, che fanno tutti parte del sistema della CEDU, sia pure con alcune non piccole differenze, tenuto conto del fatto che alcuni di loro non hanno ratificato alcuni dei Protocolli e che esiste un numero non marginale di riserve e dichiarazioni; la opinione maggioritaria, che ha prevalso nei lavori della seconda Convenzione, ha comunque ritenuto che tale adesione sarà lo strumento ideale per uno sviluppo armonioso della giurisprudenza delle due Corti europee competenti in materia di diritti umani.

Come è stato scritto, “tale ultimo profilo diventa decisivo per il principio di legalità penale, il quale mal tollererebbe sovrapposizioni e contrasti giurisprudenziali fra le Corti: si sottolinea sempre nella relazione finale invece che, dopo l’adesione, la Corte di giustizia continuerebbe ad essere l’unico arbitro supremo delle questioni relative al diritto dell’Unione e della validità degli atti dell’Unione stessa; la Corte europea dei diritti dell’uomo non potrebbe pertanto essere qualificata un tribunale superiore, quanto piuttosto un tribunale “specializzato” che esercita un controllo esterno sugli obblighi di diritto internazionale dell’Unione derivanti dalla sua adesione alla CEDU. Lo *status* della Corte di giustizia sarebbe analogo a quello attuale delle Corti costituzionali o delle giurisdizioni supreme nazionali rispetto alla Corte di Strasburgo. Se davvero questo fosse l’esito dell’adesione, per il principio di legalità penale, essa costituirebbe un chiarimento decisivo, comportando, di fatto, una specializzazione della Corte di Strasburgo in materia, Corte che, nella sua giurisprudenza, ha sviluppato importanti criteri in ordine alla natura delle fonti e soprattutto alla chiarezza della norma penale, nonché ai limiti dell’attività interpretativa dei giudici”⁹.

Durante i lavori della Convenzione si è sottolineato che, se è vero che l’esistenza della Carta, e la sua inclusione nel Trattato, non attenua in alcun modo i vantaggi derivanti dall’estensione del controllo esercitato dalla Corte di Strasburgo all’azione dell’Unione, così l’adesione alla CEDU non sminuisce l’importanza che l’Unione si doti di un suo catalogo di diritti fondamentali, visto che le due misure “condurrebbero ad una situazione analoga a quella degli Stati membri che prevedono nella loro Costituzione la tutela dei diritti fondamentali, ma, al tempo stesso, si sottopongono al controllo supplementare esterno dei diritti umani previsto dal sistema di Strasburgo. Per ciò che riguarda il rispetto del principio di legalità penale, però, va osservato che la triplicazione degli organi che possono interpretare i canoni del principio di legalità se, da un lato, sembrerebbe rafforzare la tutela del medesimo principio a tutti i livelli, dall’altro comporta il rischio di letture divergenti. E, per ciò che attiene il modo di considerare la natura delle fonti penali e la qualità delle stesse norme penali, il rischio di interpretazioni contraddittorie non è tollerabile, pena lo scadimento del principio medesimo”¹⁰.

9 M. D’Amico, *La legalità penale europea*, versione provvisoria della relazione svolta al Convegno di Napoli del 6 aprile 2004 su “Stato di diritto e principio di legalità nell’evoluzione della forma di stato europea”.

10 D’Amico, *La legalità penale europea*, cit.

Certo è che, una volta inserita la Carta dei diritti fondamentali nel nuovo Trattato, il rischio di contrasti giurisprudenziali potrebbe aumentare; le due Corti europee, ciascuna nella propria esclusiva competenza, si troverebbero a giudicare utilizzando parametri di legittimità diversi ma in parte coincidenti fra loro, il che potrebbe alzare il rischio di pronunce differenti in questioni di rilevante importanza. Ciò senza contare che, per il giudice nazionale chiamato a fare applicazione del diritto comunitario, prevalente su quello del suo Paese, si può profilare il rischio di un diritto “troppo complesso” e difficile da conoscere, anche sotto il semplice profilo dell’accesso alle fonti sopranazionali.

Il quadro, sotto questo profilo, rischia di diventare ancora più complesso dopo due recentissime decisioni della Corte di Strasburgo, la sentenza della *Grande Chambre* del 22 giugno 2004, caso *Broniowski c. Polonia*, e la sentenza del 10 novembre 2004, sezione prima, *Sejdovic c. Italia*, con le quali la Corte ha adottato un nuovo e particolarmente incisivo orientamento in ordine alle conseguenze che possono derivare dalle sue decisioni che, oltre ad accertare una singola violazione della Convenzione nella fattispecie sottoposta al giudice europeo, individuino nel contempo l’esistenza nell’ordinamento interno dello Stato membro di un problema “di sistema” o “strutturale”, ritenuto dalla stessa Corte all’origine di una pluralità di violazioni, siano esse già state esaminate dal giudice europeo, ovvero risultino dal numero elevato di ricorsi pendenti che siano fondati sulla stessa violazione.

Non è questa la sede per esaminare le implicazioni che decisioni di questo tipo potranno avere sugli ordinamenti degli Stati membri del sistema della Convenzione europea, ma certamente, tenuto conto del fatto che in molti sistemi nazionali la CEDU è stata costituzionalizzata, ed ancora in altri prevale sul diritto interno che risulti con essa incompatibile (quasi come il diritto comunitario), ed in altri ancora (ad es. in Francia), privi di un controllo di legittimità costituzionale delle leggi ordinarie di tipo incidentale, l’uso della giurisprudenza di Strasburgo da parte dei giudici nazionali è assai ampio e surroga, almeno in parte, la mancanza di controlli di legittimità costituzionale. Occorre quindi evitare che questa giurisprudenza “interventista” diventi, a sua volta, fattore di complicazione del sistema giurisdizionale.

3. Possibili soluzioni

Come si è già accennato, nessun programma del Consiglio europeo potrà mai indicare ai giudici ed alle Corti, europee e nazionali, cosa fare per evitare i rischi di una babele interpretativa. L’attività del giudice è refrattaria a qualsiasi gabbia o indicazione vincolante, tanto più se proveniente dall’esecutivo e da documenti di indirizzo politico.

Molto può essere fatto, al contrario, sul piano della costruzione di una cultura giuridica comune che, sino ad oggi, è stata spesso affidata ad iniziative volontarie delle diverse Corti e istituzioni giudiziarie nazionali o alla ricaduta “naturale” della giurisprudenza della Corte del Lussemburgo (e, per quel che qui interessa, anche di quella di Strasburgo) sulle giurisdizioni nazionali.

Occorre lavorare perché il pluralismo non degeneri in confusione ed incoerenza e perché, al contrario, trovi una sua intrinseca razionalità, e sia rispettoso ad un tempo delle tradizioni specifiche di ogni ordinamento e della necessaria coerenza comune, al fine di riconoscere effettivamente le garanzie riconosciute nei diversi sistemi e, in tal modo, rendere possibile un’ampia attuazione del principio del riconoscimento reciproco.

Tale esigenza è stata tenuta ben presente nei lavori della Convenzione e della CIG, tanto che l’art. III-170 della “versione consolidata provvisoria” del nuovo Trattato, al comma 2, lett. h) prevede, per un buon funzionamento della cooperazione giudiziaria civile, il sostegno alla formazione dei magistrati e degli operatori giudiziari, e l’art. III-171, al comma 1, per la cooperazione penale,

dispone che la legge o la legge quadro europea stabilisce le misure intese, tra l'altro, a favorire la formazione dei magistrati e degli operatori giudiziari.

3.1 La formazione dei giudici e dei pubblici ministeri europei diventerà dunque, oltre che un diritto-dovere di ogni singolo magistrato all'interno degli ordinamenti nazionali, secondo un principio da tempo affermato, ad esempio, dalla Raccomandazione n. (2000) 19 del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa e dalla Carta europea sullo statuto del giudice del Consiglio d'Europa, un vero e proprio obbligo costituzionale per le istituzioni della nuova Unione, che dovranno sostenerla e favorirla. In tal senso si è espressa la Rete europea di formazione - *European Judicial Training Network (EJTN)*, nella Carta adottata dall'Assemblea Generale di Copenhagen del 6 dicembre 2002, ove si afferma nelle premesse che "La creazione di uno Spazio comune europeo di Giustizia presuppone la comprensione dei sistemi giudiziari europei da parte dei membri del corpo giudiziario e giuridico degli altri Stati Membri e l'utilizzo di strumenti di cooperazione a livello nazionale, europeo ed internazionale. La formazione dei membri del corpo giudiziario è una condizione essenziale per la promozione di tale comprensione".

E' perciò necessario che il Consiglio e la Commissione inizino sin dall'immediato ad operare *come se* il nuovo Trattato fosse già entrato in vigore, favorendo ogni iniziativa atta a migliorare la formazione europea dei magistrati e degli altri operatori di giustizia. Non è più il tempo del volontarismo e della iniziativa a livello nazionale.

Programmi gestiti integralmente dall'alto (corsi di aggiornamento di alto livello, *stages* presso le Corti europee, incontri tra le diverse Corti costituzionali e di legittimità nazionali), pur se utili, non possono esaurire il campo di intervento nella materia. I diritti e le regole procedurali minime da adottare per rendere effettiva la cooperazione giudiziaria penale devono essere conosciuti e condivisi, almeno tendenzialmente, da tutti i giudici ed i procuratori europei, e cioè dai soggetti chiamati in prima istanza a rendere effettiva la possibilità di una efficace cooperazione giudiziaria. Sul punto, negli ultimissimi tempi, sono stati fatti alcuni sforzi, che andrebbero razionalizzati e meglio finalizzati.

Innanzitutto va data maggiore importanza, anche col suo riconoscimento formale, alla Rete europea di formazione, che dovrebbe restare tale (una rete, appunto, e non una nuova agenzia centrale, della quale non si sente il bisogno) ma al tempo stesso dovrebbe essere dotata della necessaria autonomia e delle risorse per operare con efficacia.

Grande importanza dovrebbero acquistare, all'interno dei programmi gestiti dalla rete, gli scambi, già programmati, di magistrati fra i diversi Paesi, una sorta di "Programma Erasmus" per giudici e pubblici ministeri, veicolo di conoscenza dei problemi riscontrati e delle soluzioni date nei diversi ordinamenti al fine di rendere effettiva la cooperazione del terzo pilastro.

Occorrerebbe indirizzare tali scambi agli uffici che operano effettivamente nella materia, eventualmente sfruttando le competenze acquisite dai magistrati che lavorano come "punti di contatto" nelle già esistenti reti giudiziarie europee penale e civile. Gli incontri di studio, a livello centrale o nazionale, pur se necessari e da mantenere, non realizzano sino in fondo lo scopo della conoscenza reciproca mentre il contatto diretto li può integrare, con utili ricadute anche sui magistrati che non vi partecipano direttamente.

3.2 Va poi valorizzato l'apporto degli organi che amministrano la giurisdizione nei diversi Paesi, attraverso la neonata Rete dei Consigli di giustizia - *Réseau Européen des Conseils de la Justice (RECJ)*: a livello nazionale esistono una pluralità di iniziative volte alla costruzione dello spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia, che possono trovare in questa nuova Rete il necessario coordinamento. La vicinanza dei Consigli di giustizia alle esigenze dei magistrati ed alla loro cultura rendono indispensabile l'apporto della rete alla costruzione della cooperazione in concreto e sul punto vanno superate eventuali resistenze da parte degli uffici centrali comunitari o dei ministeri della giustizia nazionali, che possono temere di perdere parte del loro potere.

Ancora, andrebbero favorite, ancor più di quanto già non si sia fatto, le relazioni tra le Corti europee di Lussemburgo e Strasburgo e le Corti supreme e costituzionali nazionali.

Esiste già, a livello di Consiglio d'Europa, la Commissione di Venezia, che opera al fine dello scambio di informazioni sul diritto costituzionale europeo, e non solo; occorrerebbe, sulla falsariga di quella esperienza, pensare ad una rete di Corti supreme e costituzionali, dotata di un agile segretariato permanente, che abbia lo scopo precipuo di segnalare con tempestività la giurisprudenza nazionale avente ad oggetto la materia dell'attuazione del diritto comunitario, con particolare attenzione alla cooperazione giudiziaria, e che segnali, attraverso anche apposite pubblicazioni (meglio se attraverso siti internet di facile accesso) i problemi riscontrati e le soluzioni trovate.

Un sistema organizzato per reti anziché per agenzie centralizzate appare, in questa materia, il più idoneo a garantire un efficace coordinamento delle iniziative di formazione e di reciproca conoscenza fra chi opera nei diversi sistemi di giustizia, nazionali ed europei; ed anche a preservare gli stessi giudici e pubblici ministeri nazionali dal rischio di veder creata una sorta di "direzione dall'alto", ciò che potrebbe trovare tra i magistrati giustificate resistenze nel timore di un condizionamento della loro stessa attività giurisdizionale.

Il Consiglio, nelle sue Conclusioni della riunione di Bruxelles del 4-5 novembre 2004, bene ha fatto quindi a non prevedere la creazione di nuove agenzie centrali, sul modello Europol o Eurojust, ma a prevedere il sostegno alle attività già in essere, impegnandosi a partecipare attivamente ai loro lavori e sostenendoli. Per le medesime ragioni, le funzioni di segretariato delle diverse reti dovrebbero, almeno in via di principio, continuare ad essere affidati a rotazione alle strutture dei singoli Paesi membri, in modo tale da costituire essi stessi un fattore di promozione della partecipazione e di condivisione degli obiettivi comuni.

3.3 Dopo la conclusione del processo di allargamento a venticinque Stati, la maggioranza dei Paesi membri del Consiglio d'Europa è al tempo stesso membro anche dell'Unione europea.

Il Consiglio d'Europa ha storicamente svolto un ruolo essenziale di stimolo e di elaborazione normativa, attraverso le Convenzioni e le Raccomandazioni del Comitato dei ministri, per l'armonizzazione del diritto europeo e la crescita di una comune cultura fra i *professionnels du droit*. Basti pensare, da ultimo, alle periodiche riunioni ed ai documenti di lavoro prodotti dalla Rete di Lisbona per la formazione, del Consiglio Consultivo dei giudici europei, della Conferenza europea dei Procuratori generali, della Commissione europea per l'efficienza della giustizia, che tanta parte hanno avuto ed hanno per la stessa elaborazione dei programmi comunitari in queste materie.

Si tratta di attività ed esperienze preziose, che non vanno disperse e vanno al contrario valorizzate ai fini della cooperazione giudiziaria a livello dell'Unione, anche al fine di evitare inutili e pericolose duplicazioni del lavoro sugli stessi temi nelle diverse sedi istituzionali.

Occorrerebbe perciò favorire metodi di lavoro comune, tra gli organi del Consiglio d'Europa e le istituzioni e le reti dell'Unione, che superino le diffidenze reciproche e le "questioni di competenza" e puntino al comune risultato di una giustizia più efficiente e sempre più rispettosa dei diritti fondamentali dei cittadini. In tal senso la Commissione europea potrebbe essere incaricata di concordare con gli organi del Consiglio d'Europa una strategia di partecipazione reciproca più stretta ai lavori in corso ed allo scambio di esperienze.

Infine andrebbe finalmente studiato il modo per coinvolgere maggiormente anche gli avvocati nei programmi di formazione comuni, ovvero di prevederne alcuni specifici.

L'esperienza della trasposizione nei diritti interni dei Paesi membri della decisione quadro sul mandato di arresto europeo¹¹ ha dimostrato quanta diffidenza esista ancora, specie tra questi

¹¹ Su alcuni equivoci sorti in Italia riguardo al mandato di arresto europeo v. E. Bruti Liberati, I.J. Patrone, *Il mandato di arresto europeo*, e A. Cassese, *Mandato d'arresto europeo e Costituzione*, sul Forum on line di "Quaderni costituzionali".

indispensabili operatori del diritto, verso ogni forma di cooperazione transnazionale dalla quale possa derivare la sensazione che essa implichi il venir meno (o, più semplicemente, il cambiamento) delle garanzie nazionali conosciute e l'adozione di strumenti nuovi.

Non si può ragionevolmente pensare ad un sistema di cooperazione che funzioni contro il comune sentire della maggioranza dei difensori. Pur trattandosi di liberi professionisti, essi sono rappresentati in tutti i sistemi da organi, i Consigli degli Ordini, o *Bars* o *Barreaux*, oltre che da libere associazioni di tipo culturale e sindacale, che possono e devono diventare interlocutori delle istituzioni comunitarie nella elaborazione e nel controllo della successiva attuazione degli strumenti di cooperazione giudiziaria.