

Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia nel trattato di riforma*

* destinato alla pubblicazione negli atti del convegno tenutosi a Verona il 9 novembre 2007 sul tema “Dalla Costituzione europea al nuovo Trattato”.

1. Il (progetto di) trattato di riforma ha fatto propria l'eliminazione della divisione in pilastri già prevista dal trattato costituzionale, riconducendo (v. art. 2 punto 63 del trattato di riforma), in particolare, tutta la materia del terzo pilastro ancora disciplinata dal TUE (titolo VI, artt. 29 - 42) nel trattato sul funzionamento dell'Unione, dove un nuovo titolo IV (artt. 61-69 L), denominato “spazio di libertà, sicurezza e giustizia” (di seguito SLSG), sostituisce l'esistente titolo IV (artt. 61-69) del TCE, relativo a visti, asilo, immigrazione ed altre politiche connesse con la libera circolazione delle persone. Il nuovo titolo si articola in 5 capi che riguardano rispettivamente: disposizioni generali (capo 1, artt. 61-68); politiche relative ai controlli alle frontiere, all'asilo ed all'immigrazione (capo 2, artt. 69-69 C); cooperazione giudiziaria in materia civile (capo 3, art. 69 D); cooperazione giudiziaria in materia penale (capo 4 , artt. 69 E – 69 I); cooperazione di polizia (capo 5, artt. 69 J – 69 L).

Le disposizioni del nuovo titolo IV sono in realtà, come indicato nel mandato conferito alla conferenza intergovernativa, ai sensi dell'art. 48 TUE, dal Consiglio europeo di Bruxelles (21-22 giugno 2007), il risultato delle integrazioni nel TCE delle innovazioni contenute nel testo del trattato costituzionale, come meglio precisato nel mandato stesso, e di ulteriori modifiche previste sempre nel mandato, e in particolare, nel suo Allegato 2 («modifiche al trattato UE»). L'abolizione del terzo pilastro se, da un lato, rende ancora più stridente il fatto che diversamente la PESC continui ad essere disciplinata dal trattato UE, dall'altro, ha ricondotto tutta la materia della giustizia e affari interni sotto il metodo comunitario e quindi alla procedura legislativa ordinaria, pur non mancando ancora casi in cui è previsto il ricorso ad una procedura (legislativa) speciale che comporta, a seconda dei casi, che il PE sia previamente consultato o debba invece dare la propria approvazione, fermo restando che il Consiglio in ogni caso delibera all'unanimità. Le nuove norme, riscrivendo in maniera unitaria l'intera disciplina del settore, ottengono un risultato di indubbia semplificazione, ponendo termine a duplicazioni oggi esistenti sul piano normativo, essendo la materia oggetto di disciplina in entrambi i pilastri (primo e terzo). Solo in taluni casi poi il nuovo testo riproduce intere norme o singoli paragrafi

delle attuali disposizioni, risultando in generale la formulazione ampiamente innovativa rispetto sia al TCE che al TUE.

Nel trattato costituzionale l'art. I-42 individuava i settori d'azione dell'Unione in materia, distinguendo tra attività legislativa, reciproco riconoscimento delle decisioni e cooperazione operativa della autorità degli Stati membri. Affermava poi (par. 2) il ruolo dei parlamenti nazionali nei meccanismi di valutazione introdotti dall'art. III-260 (ora art. 64 del trattato sul funzionamento) e nel controllo e valutazione dell'operato di Europol e Eurojust, sulla base rispettivamente degli artt. III-276 (ora 69 K) e III-273 (ora 69H). Infine, riconosceva agli Stati il diritto di iniziativa nei settori della collaborazione di polizia e giudiziaria in materia penale da esercitarsi conformemente all'art. III-264 (ora art. 68).

Tale disposizione che riformulava, ampliandolo, l'art. 29 del TUE, non figura più nel nuovo testo, dove più semplicemente il suo contenuto è ripreso nelle singole disposizioni richiamate, con di fatto la sola eccezione dell'indicazione «favorendo la fiducia reciproca tra le autorità competenti degli Stati membri» (sul punto v. ZILLER, *Il nuovo Trattato europeo*, Bologna, 2007, p.113s., specie a p. 114), senza però che tale omissione limiti in alcun modo la rilevanza del principio della fiducia reciproca, consacrato come pietra miliare nello sviluppo dello SLSC dal vertice di Tampere del 15-16 ottobre 1999.

Ad una esigenza legata all'architettura su due trattati (quello dell'Unione e quello del suo funzionamento) introdotta dal trattato di riforma, rispondono anche le novità introdotta in tema di cooperazioni rafforzate. Va' ricordato in merito che l'attuale art. 40 del TUE prevede il ricorso a forme particolari di cooperazione rafforzata al fine di consentire all'Unione «di diventare più rapidamente uno spazio di libertà di sicurezza e di giustizia». Tale norma e le successive disposizioni attuative (artt. 40 A e 40 B), come pure quelle del titolo VII dedicate espressamente all'instaurazione, in generale, di una forma di cooperazione rafforzata (artt. 43 – 45), sono state tutte sostituite da un norma unica, l'art. 10 del TUE (v. art. 1, punto 22 del trattato di riforma), e, per quanto attiene alla disciplina di dettaglio, dagli articoli da 280 A a 280 I del trattato sul funzionamento, sotto un nuovo titolo III della parte V denominato “cooperazioni rafforzate” (v. art. 2, punti 277 e 278).

La competenza in materia di SLSC spetta dunque di regola congiuntamente agli Stati membri e all'Unione, come risulta dall'art. 4, par. 2, lett. J del trattato sul funzionamento (che riproduce l'art. I-14 del trattato costituzionale). Ciò non toglie che esistono ancora ambiti nei quali continua a sussistere la competenza esclusiva

degli Stati (artt. 66 bis, par. 4; 69, par. 4 e 69 B, par. 5) o l'Unione esercita una competenza di sostegno (art. 69 B, par 4). Secondo la Dichiarazione n. 23 allegata al nuovo trattato, che a sua volta riproduce, con i necessari adattamenti, la Dichiarazione n. 25 allegata al trattato costituzionale, gli Stati membri, possono poi concludere accordi con Stati terzi ed organizzazioni internazionali relativi allo SLSSG, con eccezione delle materie che riguardano il controllo di frontiera, l'asilo e l'immigrazione, purché tali accordi non siano in contrasto con il diritto dell'Unione. Si pone così termine ad una annosa discussione tra la Commissione e gli Stati membri riguardo all'ambito di competenza ancora in capo a questi ultimi.

2. Venendo ora ad esaminare le singole disposizioni generali relative allo SLSSG, apre il capo in esame l'art. 61 (che riproduce *in toto* l'art. III -257 del trattato costituzionale), in base al quale l'Unione è tenuta a realizzare lo SLSSG «nel rispetto dei diritti fondamentali» e «dei diversi ordinamenti e tradizioni giuridiche degli Stati membri». Vengono così sanciti, da un lato, il collegamento con la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, non più integrata nella parte II del trattato costituzionale, ma comunque resa vincolante dalla Dichiarazione n. 29, e, dall'altro, il rispetto delle prerogative nazionali in settori strettamente connessi all'esercizio della sovranità nazionale. I tre elementi costitutivi dello spazio sono poi declinati con la specificazione, anzitutto, che la libertà di circolazione (par. 2) viene garantita attraverso l'eliminazione dei controlli sulle persone alle frontiere interne, accompagnata dallo sviluppo di una politica comune in materia di asilo, immigrazione e controllo delle frontiere interne, fondata sulla solidarietà. Per assicurare poi un elevato livello di sicurezza (par. 3), l'Unione è chiamata ad adottare misure sia di prevenzione e di lotta alla criminalità al razzismo e alla xenofobia sia di cooperazione tra le forze di polizia e le altre varie autorità interessate. Altri strumenti che, come già indicato nell'art. I-42 del trattato costituzionale, concorrono a realizzare l'obiettivo in questione sono il riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie penali e il ravvicinamento, quando necessario, delle legislazioni penali. E' stato infine mantenuto il riferimento all'accesso alla giustizia (par. 4), facilitato attraverso, in particolare, il reciproco riconoscimento in campo civile delle decisioni giudiziarie ed extragiudiziali.

La formulazione del par. 1 dell'articolo in esame postula che la realizzazione dello SLSSG possa avvenire in maniera autonoma rispetto al mercato interno. La complementarità di tali obiettivi è in realtà già realizzata nei fatti, dove entrambi concorrono alla creazione di uno spazio europeo "tout court" che garantisca al

cittadino il pieno esercizio delle libertà fondamentali. Inalterato è rimasto anche l'art. III-258, ora art. 62, che attribuisce al Consiglio europeo, ora istituzione dell'Unione, nella nuova accezione, il compito di definire gli orientamenti strategici sul piano sia legislativo sia operativo per la realizzazione dello SLSG, senza peraltro menzionare il PE, come pure risulta immutato (art. 63) il ruolo esclusivo attribuito al riguardo ai parlamenti nazionali, quando si tratti di esprimere una valutazione sulle proposte o iniziative legislative presentate riguardo alla cooperazione giudiziaria in materia penale (capo 4) e a quella di polizia (capo 5). Rimane invece estraneo all'art. 63 il PE, essendosi voluto affidare ai parlamenti nazionali il compito di proteggere le competenze statali in un settore così delicato; il PE potrà invece intervenire in relazione alle iniziative intraprese in base ai capi 2 e 3, in quanto, come ovvio, a queste disposizioni si applicano le regole generali.

In definitiva, in base al nuovo sistema, i parlamenti nazionali partecipano alla realizzazione dello SLSG mediante il ricorso al meccanismo di allerta precoce in materia di sussidiarietà (richiamato dall'art. 63) e avvalendosi degli strumenti specifici indicati all'art. 8 C lett. c del TUE, così come modificato dal trattato di riforma (v. art. 1, punto 12), e consistenti: nella partecipazione, in associazione al PE, al controllo politico di Europol (art. 69 K, già art. III-276) e alla valutazione delle attività di Eurojust (art. 69 H, già art. III-273), innovando rispetto all'attuale trattato; venendo informati, nello stesso modo del PE, sia del tenore e dei risultati del meccanismo, di valutazione reciproca "tra pari" (peer to peer) da parte degli Stati membri dell'attuazione delle politiche di cui al titolo in esame, in collaborazione con la Commissione e secondo le modalità definite dal Consiglio (art. 64, già art. III-260), sia dei lavori del comitato permanente di cui all'art. 65, senza, peraltro che sia chiaro quale uso essi, e soprattutto il PE, possano fare di tali informazioni.

Con l'art. 64 è stato quindi esteso il ricorso a quel meccanismo già utilizzato con successo in altri settori di coordinamento aperto (v. artt. 99 a 126 TCE) che permette di monitorare l'esecuzione a livello concreto delle politiche dell'Unione da parte delle autorità giudiziarie e di polizia.

Come emerge poi dalla formulazione dell'art. 64, secondo il quale sono «fatti salvi gli articoli da 226 a 228», il meccanismo dei controlli di carattere politico così introdotto e destinato, in particolare, a «favorire la piena applicazione del principio di riconoscimento reciproco», non sostituisce bensì si aggiunge alla procedura d'infrazione, che può essere attuata dalla Commissione nei confronti degli Stati membri inadempienti. Sarà il Consiglio nel definire, su proposta della Commissione,

le modalità secondo le quali gli Stati membri procedono a tale valutazione, a regolare il concorso fra le due forme di controllo, politico e giurisdizionale.

Quanto alla mozione di “misure”, essa va oggi intesa come riferita a tutte le fonti di diritto derivato. L'uso del termine «regolamento», nella particolare accezione che esso riveste nel trattato costituzionale, indicava una scelta a favore di atti di natura non legislativa. Il ritorno alla attuale tipologia di fonti dovrebbe lasciare il Consiglio libero nella scelta dell'atto.

La cooperazione operativa in materia di sicurezza interna è perseguita in particolare dall'art. 65 (già art. III-261) che, fatte salve le prerogative del Coreper, di cui all'art. 207, prevede l'istituzione di un apposito comitato permanente che sostituisce, riprendendone le funzioni, l'attuale comitato di coordinamento chiamato “comitato 36”, dal numero dell'art. TUE che l'ha istituito. Tale comitato esiste *de facto* dal Consiglio europeo di Rodi del dicembre 1988 ed è composto da alti funzionari. Di detto comitato gli Stati si avvalgono anche, nel caso che operi la clausola di solidarietà che compariva negli artt. I-43 e III-329 del trattato costituzionale e ora (v. punto 18 del mandato) nell'art. 188 R del nuovo progetto. Con essa gli Stati si impegnano ad agire congiuntamente in uno spirito di solidarietà e a prestarsi mutua assistenza, mobilitando tutti gli strumenti a loro disposizione in caso di attacco terroristico. Non va peraltro dimenticato che, a seguito dell'attentato di Madrid dell'11 marzo 2004, i capi di stato e di governo avevano deciso di procedere all'applicazione anticipata di tale clausola. Il nuovo art. 188 R, che compare nell'altrettanto nuovo titolo VII denominato “Clausola di solidarietà”, risulta perciò dalla fusione delle due norme che disciplinavano la materia nel precedente testo.

L'art. 65 ne ridefinisce in realtà il mandato, in quanto il nuovo comitato, a differenza dell'attuale, incaricato di contribuire alla preparazione dei lavori del Consiglio nel settore della cooperazione giudiziaria e di polizia con problemi di coordinamento, in più occasioni evidenziati, con il Coreper, si occuperà di promuovere e potenziare, come sopra rilevato, la cooperazione operativa tra le varie autorità nazionali competenti in materia di sicurezza interna, con la partecipazione degli «organi e organismi interessati dell'Unione».

La formulazione dell'art. 66 riproduce letteralmente quella dell'attuale par. 1 dell'art. 64 del TCE e valgono perciò le considerazioni già espresse al riguardo. In particolare, gli Stati non hanno sulla base di tale disposizione una competenza esclusiva, potendo anche le istituzioni emanare norme a salvaguardia della sicurezza e del mantenimento dell'ordine pubblico (espressioni che compaiono

anche in altri articoli del TCE nonché nell'art. 33 TUE); agli Stati è tuttavia così consentito di adottare provvedimenti in deroga al regime comune.

Come già accadeva nel trattato costituzionale, negli articoli 65 e 66 viene dunque utilizzata la nozione di «sicurezza interna» da confrontare con quella di «sicurezza nazionale», di cui al nuovo art. 66 bis che, richiamata nell'art. 4 TUE, così come riformato, a proposito delle identità nazionale degli Stati membri (v. allegato 1 al mandato, punto 4), resta di competenza esclusiva degli Stati, rappresentando un limite generale, fortemente voluto dal Regno Unito, all'esercizio della competenza dell'Unione. L'art. 66 bis riconosce infatti agli Stati membri la «facoltà» di organizzare «tra loro e sotto la loro responsabilità» forme di cooperazione e coordinamento, nel modo ritenuto più appropriato, tra i dipartimenti competenti delle rispettive amministrazioni responsabili per la salvaguardia della sicurezza nazionale (servizi segreti).

Il timore è che stante la non chiara distinzione fra le due nozioni, di cui la seconda (sicurezza nazionale) dovrebbe riferirsi alla salvaguardia della stessa sopravvivenza dello Stato, messa a rischio da fattori esterni, possano in futuro verificarsi interferenze fra il metodo comunitario e quello intergovernativo, come già accade ora rispetto alle competenze comunitarie ed alla sfera di attività dell'UE nel quadro del terzo pilastro, posto che, ad esempio, l'art. 30 TUE si riferisce espressamente alla possibilità di addivenire alla cooperazione di polizia, richiamata anche dall'art. 66 TCE.

La cooperazione amministrativa, e non già solo operativa, tra i servizi competenti nelle materie del titolo in esame e fra gli stessi e la Commissione è già prevista dall'attuale art. 66 TCE, che viene sostanzialmente riprodotto con opportuni adattamenti nel nuovo art. 67, in base al quale il Consiglio adotta i necessari atti («regolamenti» nel linguaggio del trattato costituzionale e ora, come nell'attuale trattato, genericamente «misure») su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo, sempre che non si ricada nelle ipotesi di cui all'art. 68 che prevede un potere di iniziativa anche degli Stati (un quarto di essi).

Nuova rispetto al trattato costituzionale è la collocazione dell'art. 67 bis che, come indicato nel punto 19 lett. h. del mandato, riproduce l'art. III-160, che figurava nella sezione 4 del titolo terzo sotto la rubrica «capitali e pagamenti» e che a sua volta modificava l'art. 60 TCE. Esso consente al Consiglio di adottare, insieme al PE, secondo la procedura legislativa ordinaria, nei limiti peraltro che siano necessarie per la libera circolazione e non esistano già poteri specifici, misure amministrative

concernenti i movimenti di capitali ed i pagamenti (quali il congelamento dei capitali, dei beni finanziari o dei proventi economici appartenenti, posseduti o detenuti da persone fisiche o giuridiche, da gruppi o da entità non statali), qualora esse siano necessarie per consentire gli obiettivi di cui all'art. 61 con riguardo alla prevenzione e alla lotta contro il terrorismo e le attività connesse. Viene infine precisato che gli atti così adottati devono contenere le necessarie disposizioni sulle garanzie giuridiche (v. anche Dichiarazione n. 13).

Al fine di garantire la realizzazione di politiche integrate e coordinate nell'ambito dello SLSG, il trattato generalizza il principio del monopolio del potere di iniziativa normativa della Commissione, pur spettando al Consiglio europeo (art. 62, già art III-258) definire gli orientamenti strategici della programmazione legislativa e operativa, con la esclusione peraltro, difficilmente comprensibile, del PE da tale processo. Alla logica residuale del metodo intergovernativo nei settori di cui a capi 4 e 5, incluse le relative misure di cooperazione amministrativa, di cui all'art. 67, appartiene la previsione di cui all'art. 68, in base alla quale anche gli Stati possono presentare iniziative per l'adozione dei relativi atti, sempre che i proponenti siano almeno un quarto degli Stati membri, vale a dire attualmente 7 paesi (art. 68)), mentre l'articolo 34 TUE riconosce il potere di iniziativa a ciascun paese singolarmente. La soppressione del diritto di iniziativa accordato individualmente a ciascuno Stato favorisce i lavori dell'Unione, evitando che gli Stati cerchino di far valere con le proprie proposte specifiche esigenze nazionali, spesso legate a situazioni politiche interne, col risultato di appesantire i lavori del Consiglio e di rallentare la realizzazione del programma legislativo fissato dal Consiglio europeo. La fissazione di un quorum dà comunque ad un numero sufficientemente significativo di Stati la possibilità di recare un effettivo contributo al progresso del diritto europeo.

Sempre con riguardo alle questioni di carattere generale relative alla disciplina dello SLSG, va ricordata, come importante novità in senso "democratico", la conferma dell'ampliamento già prevista dal trattato costituzionale delle competenze della Corte, ponendo termine all'attuale asimmetria giurisdizionale. Sono venuti infatti meno i limiti e le deroghe previsti dall'art. 68 TCE e 35 TUE (così abrogati), consentendo in particolare alla Corte di pronunciarsi sugli inadempimenti degli Stati membri in questo settore. Sono tuttavia confermate dal nuovo art. 240 ter (già art III-377 del trattato costituzionale) le eccezioni legate al controllo della validità e della proporzionalità delle operazioni «effettuate dalla polizia o da altri servizi incaricati dell'applicazione della legge di uno Stato membro», nonché all'esercizio delle

responsabilità incombenti agli Stati membri per il «mantenimento dell'ordine pubblico e la salvaguardia della sicurezza interna», già previste dal par. 5 dell'art. 35 TUE. Va rilevato in merito che nel testo redatto dalla convenzione nel 2003 era esclusa la competenza della Corte solo riguardo agli atti che rientrassero «nel diritto interno». Questa ultima precisazione, che avrebbe consentito alla Corte di svolgere invece il proprio controllo sugli atti adottati in esecuzione del diritto dell'Unione, è stata eliminata dal testo finale a seguito degli emendamenti presentati dalla presidenza irlandese in occasione del Consiglio europeo del 17 – 18 giugno 2004 (PANIZZA, *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, in *L'Unione europea. Principi - Istituzioni – Politiche – Costituzione*, a cura di Colucci e Sica, Bologna, 2005, p. 531ss., a p. 549 in nota). All'art. 234 è stato infine aggiunto un comma che, riprendendo l'innovazione già contenuta nell'art. III-369 del trattato costituzionale, prevede un rito speciale di urgenza nel caso che il giudizio pendente davanti al giudice nazionale riguardi una persona in stato di detenzione.

Un' ulteriore eccezione, prevista, in via transitoria, su insistenza del Regno Unito (ZILLER *op.cit*, p. 61s.) dall'art. 10 del protocollo n. 10 (Sulle disposizioni transitorie), esclude dall'estensione del controllo della Corte, per cinque anni dell'entrata in vigore del trattato di riforma (par. 3), gli atti adottati dall'Unione prima di tale data nel settore della cooperazione di polizia e di quella giudiziaria in materia penale, anche se le attribuzioni della Corte stessa siano state accettate in base all'art. 35, par. 2 (par. 1). Previsione analoga compare per le attribuzioni della Commissione che non sono perciò applicabili a tali atti dell'ex terzo pilastro. Inoltre, per gli atti che siano stati eventualmente modificati, le attribuzioni della Commissione e della Corte nei riguardi degli Stati cui detti atti siano applicabili sono quelle previste dai due nuovi trattati. Per quanto riguarda il Regno Unito, un meccanismo particolare consente poi a tale paese (par. 4), una volta decorso il periodo transitorio, di comunicare, almeno sei mesi prima della scadenza di tale termine, di non accettare le nuove attribuzioni della Corte. In tal caso, cessano di applicarsi a tale Stato, dalla fine del periodo transitorio, tutti gli atti di cui al par. 1, con eccezione degli atti modificati, in base al par. 2 e che siano applicabili al Regno Unito (par. 4). Il Consiglio determina con la maggioranza qualificata, di cui all'art. 205, par. 3 lett. a), il necessario regime transitorio che ne consegue, con esclusione dal voto del Regno Unito a carico del quale possono essere poste le eventuali e dirette conseguenze finanziarie che derivino necessariamente e inevitabilmente della sua non partecipazione a detti atti.

L'estensione da tempo auspicata della competenza della Corte consentirebbe, fra l'altro, unitamente alla previsione dell'ultimo comma dell'art. 67bis, di superare gli inconvenienti attualmente riscontrabili in materia di tutela dei diritti dei singoli lesi da misure illegittime adottate dal Consiglio ai fini della lotta al terrorismo, quali evidenziati dall'Avv. gen. Mengozzi nelle conclusioni presentate il 26 ottobre 2006 (cause C-54/04P e C-355/04P). Infine, come ricordato nella Dichiarazione n. 13, l'azione dell'Unione deve comunque esercitarsi nel rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali, con particolare attenzione alla protezione e al rispetto del diritto al giusto processo dei soggetti interessati.

3. Dovendoci limitare a segnalare per i capi successivi i tratti salienti della disciplina di cui si prevede l'adozione e soprattutto le principali novità introdotte dal trattato di riforma rispetto a quello costituzionale, occorre rilevare come, per quanto attiene al capo 2, ovvero alle politiche in materia di controllo alle frontiere e di asilo e immigrazione, le disposizioni dei paragrafi 1, 2 e 3 dell'art. 69 siano le stesse di quelle contenute nel trattato costituzionale. In questi settori il nuovo trattato enuncia, come il precedente, quale regola generale il principio di solidarietà e di equa ripartizione delle responsabilità anche sul piano finanziario (art. 69 C, già III-268), innovando rispetto all'attuale titolo IV TCE che contempla il principio di ripartizione del carico finanziario solo per quanto riguarda l'accoglienza dei profughi e degli sfollati in caso di afflusso di massa (art. 63, comma 1.2) lett. b).

Per quanto riguarda le procedure, solo la Commissione, stante l'art. 68, ha il diritto di iniziativa legislativa, come già previsto dal trattato di Amsterdam a partire dal 1° maggio 2004. Non compare invece più previsione per cui la Commissione (art. 67, par. 2 del TCE) è tenuta ad esaminare le richieste provenienti da uno stato membro. Tutte le misure sono adottate con procedura legislativa ordinaria, eccezione fatta per le situazioni di emergenza (art. 69 A, par. 3) determinate da un afflusso improvviso di cittadini di paesi terzi, per i quali il PE viene solo consultato. Infine, anche nel nuovo trattato diversamente dal TCE, vengono stabiliti i principi da seguire per ciascuna politica in questo ambito.

All'art. 69 è stato aggiunto (secondo le indicazioni del mandato, punto 19, lett. d), rispetto al corrispondente art III-265 del trattato costituzionale, un ulteriore paragrafo. Il nuovo par. 3, riprendendo il testo dell'art. III-125, introduce, in particolare, una clausola di flessibilità che autorizza la Comunità ad agire quando l'azione appaia necessaria per facilitare l'esercizio del diritto di cui all'art. 17ter, par 2, lett. a), ovvero del diritto di circolazione e soggiorno dei cittadini dell'Unione, ed i trattati non

abbiano previsto specifici poteri d'azione a tale riguardo. Fin qui la formulazione sarebbe peraltro sostanzialmente la stessa dell'art. 18 TCE, come modificato col trattato di Nizza; tuttavia, come già l'art. III-125, ora l'art. 69 prevede espressamente che tale facoltà si estenda a quei settori esclusi dal trattato di Nizza, vale a dire passaporti, carte di identità, titoli di soggiorno o altro documento assimilato. In merito il Consiglio delibera all'unanimità, previa consultazione del PE, derogando in ciò all'art. 308, dove è prevista la approvazione del PE. Va rilevato peraltro che lo stesso art. 308, par. 2 prevede che la Commissione debba richiamare l'attenzione dei parlamenti nazionali sulle proposte che prevedono il ricorso a questa clausola nel quadro della procedura di controllo del principio di sussidiarietà e dunque anche del meccanismo di allerta precoce. Di qui il convincimento che anche il ricorso alla clausola di flessibilità sia sottoposta al principio di sussidiarietà. Del resto il criterio di necessità è posto al centro tanto del principio di sussidiarietà che delle clausole di flessibilità, con la conseguenza che se nel primo caso condiziona l'esercizio di una competenza espressamente attribuita, nel secondo invece quello di poteri impliciti: in ambedue i casi i meccanismi di controllo sarebbero peraltro i medesimi.

I successivi artt. 69 A (asilo) e 69 B (immigrazione), come pure il già accennato art. 69 C (solidarietà), riproducono i corrispondenti articoli (rispettivamente, artt. III-266, III-267 e III-268) del trattato costituzionale.

4. Il capo 3 è dedicato alla cooperazione giudiziaria in materia civile e l'art. 69 D riproduce in gran parte l'art. III-269 del trattato costituzionale, con tuttavia una significativa modifica, vale a dire, l'introduzione di un nuovo (e ultimo) comma al paragrafo 3.

E' dunque rimasto il riferimento, già presente nell'art. 65 TCE, alla circostanza che la cooperazione giudiziaria si sviluppa nelle questioni civili con l'implicazioni transnazionali, in particolare se essa è necessaria al corretto funzionamento del mercato interno. Non chiaro rimane tuttavia il rapporto fra la cooperazione giudiziaria, e più generale lo SLSG, e il mercato interno. Essi risultano infatti distinti nell'art. 3 TUE, come riformato, e in rapporto di apparente ancillarità nell'art. 69 D, par. 2 dove la cooperazione stessa è condizionata «in particolare» alla necessità del buon funzionamento dello stesso mercato interno. In realtà, la formulazione dell'art. III-269 era stata non priva di difficoltà, tanto che il riferimento al mercato interno soppresso dalla convenzione era riapparso nella versione consolidata del testo del trattato costituzionale con la precisazione «in particolare». L'introduzione di tale espressione permette, a mio avviso, di considerare la cooperazione giudiziaria civile

comunque autonoma in larga misura dalla logica del mercato interno, potendo rispondere ad altre esigenze. A questo proposito una possibile chiave di lettura è fornita da nuovo par. 3 dell'art. 69 che, inteso in via generale, indica nell'esercizio delle libertà fondamentali da parte del cittadino dell'Unione l'obiettivo delle disposizioni che regolano, concorrendo tra loro, tanto il mercato interno quanto lo SLSG, ambedue basati su una armonizzazione minimale integrata dal ricorso al principio della mutua fiducia tra gli Stati: in questo modo è possibile realizzare un unico spazio (giuridico) europeo il cui territorio è segnato dal mercato interno e dallo SLSG, la cui distinzione si giustifica per la tradizionale valenza economica del primo e per il sussistere ancora, seppur in misura ridotta, del metodo intergovernativo nel secondo. Nella sostanza, uno spazio autentico di giustizia richiede un mercato senza frontiere e viceversa, in un rapporto di reciproca complementarietà, al fine di assicurare ai cittadini la possibilità di godere appieno delle libertà loro riconosciute dall'Unione (*AMALFITANO, Conflitti di giurisdizione e riconoscimento delle decisioni penali nell'Unione europea*, Milano, 2006, p. 96 ss.).

L'elenco delle misure indicate in via esemplificativa comprende ora otto distinte lettere rispetto alle attuali quattro, includendo, fra l'altro, quelle miranti a garantire un elevato livello di accesso alla giustizia, la rimozione degli ostacoli al buon funzionamento delle procedure civili, l'elaborazione di metodi alternativi di risoluzione delle controversie ed il sostegno alla formazione del personale giudiziario.

Come già deciso a Nizza, la procedura del voto a maggioranza qualificata e la procedura di codecisione si applicano a tutte le misure legislative, con eccezione di quelle relative al diritto di famiglia, con rilevanza transnazionale, per le quali è rimasta l'unanimità. E' rimasta anche la norma passerella che permette al Consiglio di decidere quali aspetti del diritto di famiglia aventi implicazioni transfrontaliere possano passare alla procedura ordinaria. A tal fine il Consiglio delibera all'unanimità, sempre su proposta della Commissione e previa consultazione del PE (v. par. 3). Già questa soluzione rappresentava nel trattato costituzionale un compromesso tra chi voleva sottoporre l'adozione di atti in materia familiare alla procedura ordinaria (di codecisione), con la piena partecipazione del PE, e chi voleva invece mantenere la procedura speciale. Si è anche avuto modo di rilevare come l'art. 63 escluda il PE dalla attività di vigilanza sulle misure adottate in base a questo capo, a vantaggio del ruolo dei parlamenti nazionali (*BARUFFI, Rafforzato il principio di sussidiarietà: protagonisti i parlamenti nazionali in Guida al diritto. Dir. com. internaz., Il Sole 24 ore*, novembre – dicembre 2006, p. 15ss.). Tale ultima

previsione trova ora completamento nell'ultimo comma, aggiunto secondo le indicazioni del mandato, in base al quale, in deroga al protocollo n. 2 sulla sussidiarietà, è sufficiente che un parlamento nazionale una volta informato della proposta, comunichi entro sei mesi da tale data la propria opposizione perché la decisione non possa essere adottata (in senso critico, ZILLER, *op-cit.*, p. 61). Diversamente, decorso tale termine, in mancanza di opposizione il Consiglio può adottare la decisione. In definitiva, in materia di diritto di famiglia è stata prevista una doppia possibilità di esercizio del diritto di veto da parte sia di uno Stato sia di un parlamento nazionale. L'Unione potrà dunque, in linea teorica, essere chiamata a disciplinare aspetti del diritto di famiglia anche sul piano sostanziale, in relazione a fattispecie aventi implicazioni internazionali, e non soltanto con la fissazione di norme comuni di diritto internazionale privato e processuale. Sul piano pratico tuttavia non solo l'estensione a tale competenza del metodo comunitario, per lo meno per quanto riguarda la disciplina materiale, risulta oltremodo incerta, potendo essere impedita dall'opposizione anche di un singolo parlamento nazionale, ma anche il suo esercizio non sarebbe esente da difficoltà che possono rivelarsi pressoché insormontabili, dovendo tenere comunque conto delle peculiarità delle tradizioni giuridiche dei singoli Stati, particolarmente sentite e diversificate in questo settore, come dimostra l'ampio ricorso al limite dell'ordine pubblico al fine di impedire la circolazione dei giudicati.

5. Il trattato costituzionale, a seguito dell'abolizione del terzo pilastro, prevedeva la sostituzione dei molteplici atti attualmente invalsi nell'uso riguardo alla cooperazione giudiziaria in materia penale (posizioni comuni, decisioni quadro, convenzioni) con leggi e leggi quadro adottate mediante la procedura legislativa ordinaria, con l'eccezione della procura europea. (art. III-274, ora 69I). Il nuovo testo fa riferimento sia a direttive, per l'adozione di norme minime, sia genericamente a "misure", non escludendo così la possibilità che si faccia ancora ricorso ad atti atipici, a danno della indubbia semplificazione prima raggiunta.

In materia di cooperazione giudiziaria in campo penale, dopo un ampio dibattito che aveva fatto emergere i diffusi timori per una eccessiva integrazione e al fine di evitare il ritorno all'unanimità, era stato introdotta al par. 3 dell'art. III-270 una clausola, denominata "freno d'emergenza". La clausola prevedeva che, qualora uno Stato membro ritenesse che un progetto di legge o di legge quadro incidereva sugli aspetti fondamentali del proprio ordinamento giudiziario penale, esso potesse chiedere che della questione venisse investito il Consiglio europeo per porre fine alla

procedura legislativa ordinaria. In seguito a discussione e entro quattro mesi, il Consiglio europeo poteva scegliere se inviare il progetto al Consiglio e ricominciare la procedura ordinaria oppure se chiedere alla Commissione o al gruppo di Stati membri che avevano presentato il progetto di ripresentarne uno nuovo. Se dopo quattro mesi di inattività del Consiglio europeo sul progetto, la legge o la legge quadro non era stata ancora adottata, un terzo degli Stati membri poteva dare avvio ad una procedura di "cooperazione rafforzata *ad acta*" (CAGGIANO, *L'evoluzione dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia nella prospettiva dell'Unione basata sul diritto*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2007, p. 335ss., a p. 336) che risultava così semplificata, in quanto l'autorizzazione preliminare prevista dalle norme generali doveva ritenersi automaticamente concessa.

Questo strumento rappresentava nel trattato costituzionale il frutto del compromesso dell'ultima ora tra il metodo intergovernativo e la volontà comunitaria; cionondimeno la sua complessità e rigidità avevano suscitato numerose critiche, venendo, tra l'altro, sottolineato il rischio di un ulteriore indebolimento del potere di proposta legislativa della Commissione cui poteva essere chiesto di elaborare e presentare una nuova proposta (PANIZZA, *op.cit.*, p.552). Si comprende perciò come con il nuovo trattato si sia colta l'occasione per semplificare, secondo le indicazioni del mandato, il meccanismo, non essendo più prevista l'eventuale presentazione di un nuovo progetto (art. 69 E, par. 3). Nella versione ripresa anche dall'art. 69 F, par. 3, la clausola prevede ora che un membro del Consiglio, qualora ritenga che un progetto di direttiva di cui al par. 2 incida su aspetti fondamentali del suo ordinamento giudiziario penale, può chiedere che il Consiglio europeo sia investito della questione. In tal caso la procedura legislativa ordinaria è sospesa (CASTELLANETA, *Si riducono i tempi per l'adozione degli atti di cooperazione penale*, in *Guida al diritto. Dir. com. internaz.*, *Il Sole 24 ore*, novembre-dicembre 2007, p. 18ss., a p. 19). Previa discussione ed in caso di consenso, il Consiglio europeo, entro quattro mesi da tale sospensione, rinvia il progetto al Consiglio, il che pone fine alla sospensione della procedura legislativa ordinaria. Entro il medesimo termine, in caso di disaccordo, e se almeno nove (un terzo, si legge nel mandato) Stati membri desiderano instaurare una cooperazione rafforzata sulla base del progetto di direttiva in questione, essi ne informano il Parlamento europeo, il Consiglio e la Commissione. In tal caso l'autorizzazione a procedere alla cooperazione rafforzata, di cui all'articolo 10, par. 2 TUE e all'articolo 280 D, par. 1 TCE, si considera concessa e si applicano quindi le regole generali.

Come avviene per la cooperazione giudiziaria in materia civile, il trattato di riforma, riprendendo sul punto le disposizioni del trattato costituzionale, sancisce il principio del riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie in materia penale, attuando così le indicazioni uscite sul piano politico dal vertice di Tampere. Per facilitare l'attuazione del principio del reciproco riconoscimento il trattato prevede, come già quello costituzionale, la possibilità che siano adottate misure di armonizzazione volte ad alzare il livello di fiducia fra gli Stati. Ciò può avvenire, anzitutto, in materia processuale penale (art. 270, par. 2, comma 1, ora art. 69 E), anche stabilendo «norme minime» che tengano conto delle differenze «tra le tradizioni e gli ordinamenti giuridici degli Stati membri» (art. 69 E, par. 2). Esse possono riguardare l'ammissibilità reciproca delle prove tra gli Stati membri, i diritti della persona nel procedimento penale, i diritti delle vittime della criminalità ed altri elementi specifici della procedura penale che siano preliminarmente individuati dal Consiglio mediante una delibera adottata all'unanimità, previa approvazione del PE. Il funzionamento di questa norma passerella consente quindi al Consiglio di procedere secondo il metodo legislativo ordinario ad un ampliamento dei settori armonizzati, mentre, come precisato nell'ultimo comma sempre del par. 2, l'adozione delle norme minime non impedisce comunque agli Stati membri di mantenere ed introdurre un livello più elevato di tutela della persona. Lo scopo è quello dunque di creare, nei limiti di oggetto e per gli scopi indicati, uno "zoccolo duro" al di sotto del quale sarebbe impossibile il mutuo riconoscimento, senza però che gli Stati non siano comunque liberi «di mantenere o introdurre un livello più elevato di tutela delle persone». Sul piano poi del diritto penale sostanziale (art. III 271, ora art. 69F), l'adozione di norme minime avviene di regola per la definizione di reati e di sanzioni in «in sfere di criminalità particolarmente grave» così come indicato nello stesso articolo, secondo una elencazione più ampia di quella che oggi figura negli artt. 29 e 31 del TUE. Il Consiglio, con procedura legislativa speciale ovvero all'unanimità e previa approvazione del PE (art. 69 F, par. 1 comma 3), può individuare altre sfere di criminalità che rispondono ai criteri indicati nella norma stessa. Un ulteriore possibile ravvicinamento sul piano penale sostanziale è previsto per i settori che siano già stati oggetto di misure di armonizzazione, potendo anche in tal caso l'Unione « stabilire norme minime relative alla definizione dei reati e della sanzioni», quando «il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri in materia penale si rivela indispensabile per garantire l'attuazione efficace di una politica dell'Unione nel medesimo settore».

Il trattato di riforma ha dunque abbandonato il riferimento alle norme minime in tema di asilo (art. 63 TCE, ora art. 69 A) ed introdotto invece l'ipotesi di adozione di tali norme minime in materia penale (artt. 69 E e F), attribuendo così all'Unione una base certa di competenza. In realtà, la Corte già oggi riconosce una competenza (seppur circoscritta e finalizzata a garantire l'effettività del diritto comunitario) in materia penale (v. da ultimo sentenza 23 ottobre 2007, causa C-440/05, in materia di inquinamento provocato da navi e nello stesso senso già sentenza 13 settembre 2005, causa C- 176/03, in tema di protezione dell'ambiente).

Oltre alla procedura penale e al diritto penale sostanziale, sono settori di intervento dell'Unione in materia di cooperazione giudiziaria la prevenzione della criminalità, Eurojust e la procura europea. Quanto al primo settore, l'art. 69 G (già art. III-272) prevede la possibilità per l'Unione di adottare misure di incoraggiamento e sostegno, senza che possa operare un ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari. Le competenze operative di Eurojust sono ampliate e meglio definite dall'art. 69 H (già art. III-273). L'art. 31 TUE prevede infatti attualmente che Eurojust possa chiedere ad uno Stato membro di avviare una inchiesta, senza però che la richiesta abbia natura vincolante. In base alla nuova disposizione Eurojust potrà invece, di propria iniziativa, avviare indagini penali, tenendo in debito conto le norme e le pratiche nazionali, come precisato dalla dichiarazione n. 21; proporre alle autorità nazionali di avviare l'azione penale; coordinare indagini e azioni condotte dalle autorità competenti.

In collegamento con Eurojust, il Consiglio all'unanimità e previa approvazione del PE può infine istituire in base all'art. 69 I (già art. III-274) la procura europea, al fine di combattere i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione. La procura sarà competente ad individuare, perseguire e rinviare a giudizio gli autori e i complici di questo tipo di reati. La particolare delicatezza della materia trattata ha suggerito (v. punto 19, lett. I del mandato) di prevedere, innovando rispetto al testo costituzionale, la possibilità che, in mancanza di unanimità, un gruppo di almeno nove Stati possa chiedere che il Consiglio europeo si investito del progetto di regolamento (art. 69 I, par 1 secondo alinea). In tal caso la procedura in sede di Consiglio è sospesa. A questo punto si aprono due strade. Anzitutto, in caso di consenso, il Consiglio europeo, previa discussione ed entro quattro mesi da tale sospensione, rinvia il progetto al Consiglio per l'adozione. Ove invece non si raggiungesse entro lo stesso termine un accordo in seno al Consiglio europeo, nove Stati membri, che non sono necessariamente gli stessi che hanno avviato la procedura, che desiderino

instaurare una cooperazione rafforzata sulla base della proposta in questione, possono informare il PE, il Consiglio e la Commissione della loro volontà di procedere in tal senso. Anche in questo caso, la procedura prevista per l'avvio della cooperazione rafforzata (v. art. 10, par. 2 TUE e art. 280, par. 1 del trattato sul funzionamento) viene semplificata, in quanto la relativa autorizzazione si considera automaticamente concessa, applicandosi per il resto disposizioni esistenti al riguardo. A prescindere da ciò rimane comunque sempre la possibilità che le attribuzioni della procura vengano estese dal Consiglio europeo, contemporaneamente o anche successivamente alla sua istituzione, con decisione unanime, previa approvazione del PE e consultazione della Commissione (art. 69 I, par. 4).

6. Il capo 5 disciplina la cooperazione di polizia. Rispetto al campo di applicazione di tale cooperazione, i poteri dell'Unione rimangono sostanzialmente gli stessi ora previsti dall'art. 30 TUE (art. 69 J, già art III-275). Le misure relative alla cooperazione non operativa sono adottate secondo la procedura legislativa ordinaria, mentre l'unanimità del Consiglio e la previa consultazione del PE sono richieste per quella operativa. Anche in tal caso, il mandato ha però previsto, innovando rispetto al trattato costituzionale, un meccanismo che, come già esaminato per gli artt. 69 E, 69 F e 69 I, può aprire la strada al ricorso, secondo una procedura decisionale veloce, alla cooperazione rafforzata. Oltre a ciò è stato espressamente indicato che la procedura in discorso, di cui al secondo e terzo comma del medesimo terzo paragrafo, non si applica agli atti che costituiscono uno sviluppo dell'acquis di Schengen.

L'art. 69 K definisce infine i compiti di Europol, oggi prevista dagli artt. 29 e 30 TUE, riprendendo, per quanto riguarda i compiti, l'elencazione di cui all'art. 30, in maniera più sintetica, e rafforzandone i poteri in caso di «criminalità grave» che interessi due o più Stati membri, di terrorismo e di forme di criminalità che ledono un interesse comune oggetto di una politica dell'unione. Tra l'altro, all'Ufficio europeo di polizia può essere affidato il compito di garantire il coordinamento, l'organizzazione e la realizzazione d'inchieste condotte insieme alle autorità nazionali. Ogni misura operativa di Europol deve tuttavia essere condotta in collegamento con le autorità nazionali e l'applicazione delle misure coercitive è di competenza esclusiva di queste ultime. Alla stessa stregua l'art. 69 prevede che il Consiglio, all'unanimità e previa consultazione, del PE, stabilisce, con riguardo alla cooperazione giudiziaria in materia penale e a quella di polizia, le condizioni e i limiti in base ai quali le autorità

competenti degli Stati membri possono operare sul territorio di un altro Stato in collegamento e d'intesa con le autorità di quest'ultimo.

7. La disciplina dello SLSG ora descritta viene integrata dalle disposizioni relative all'acquis di Schengen e da quelle che fissano i regimi speciali applicabili a Regno Unito, Irlanda e Danimarca. Già la CIG del 2004 si era preoccupata di adattare i relativi protocolli alle previsioni del trattato costituzionale. Anche il trattato di riforma è dunque intervenuto a modificare il Protocollo n. 2 sull'integrazione dell' acquis di Schengen nell'ambito dell'Unione europea, che, recando la data del 1997, è divenuto nel frattempo bisognoso comunque di un aggiornamento. Le modifiche non si limitano tuttavia a quelle già previste nella riscrittura che il trattato costituzionale aveva fatto di questo protocollo, venendo meglio precisate nel nuovo art. 5 le modalità di partecipazione dell'Irlanda e del Regno Unito. Per la Danimarca rimane invece immutato il testo dell'art. 3, così come formulato dalla CIG nel 2004, che rinvia alla disciplina contenuta nel protocollo che tratta specificamente della posizione della Danimarca, anch'esso oggetto di ampie modifiche.

Per quanto riguarda il protocollo sull'acquis di Schengen, quale forma di cooperazione rafforzata, all'attuale art. 5 sono stati aggiunti, in sostituzione del par. 2, quattro nuovi paragrafi, in cui viene data all'Irlanda ed al Regno Unito la possibilità di «cambiare idea» rispetto alla richiesta formulata e accolta ai sensi dell'art. 4 di partecipare a iniziative basate sull'acquis di Schengen, preoccupandosi il Consiglio di stabilire le modalità per interrompere l'applicazione delle decisioni adottate a norma di detto art. 4 e soprattutto di trovare una soluzione che consenta la più ampia partecipazione possibile dello Stato membro in questione, senza che ciò incida profondamente sul funzionamento pratico delle varie parti dell'acquis e rispettandone la coerenza (par. 3) . In caso poi di inerzia del Consiglio, su iniziativa di uno Stato membro, la questione può essere sottoposta al Consiglio europeo che decide a maggioranza qualificata (par. 4) . Nel frattempo e fino alla conclusione della procedura ora descritta, sempre che non intervenga in qualunque momento il ritiro della notifica, la procedura per l'adozione della misura che si basa nell'acquis di Schengen rimane sospesa (par. 2). Se neppure il Consiglio europeo, come già il Consiglio, adotta la decisione, la sospensione è revocata e, in caso di adozione della misura, la decisione di cui all'art. 4 relativa alla partecipazione dell'acquis, in tutto o in parte, cessa di applicarsi allo Stato interessato nei limiti e alle condizioni decise dalla Commissione (par 5), nel rispetto dei criteri di cui al par. 3.

La posizione del Regno Unito e dell'Irlanda rispetto allo SLSG è disciplinata nell'apposito Protocollo (n. 4) il cui titolo viene ora modificato con l'aggiunta dei termini «rispetto allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia», come già avveniva nel trattato costituzionale, rispetto al quale la nuova formulazione relativa alla formazione della maggioranza qualificata risulta semplificata dal rinvio al nuovo art. 205 (artt. 1 e 3). All'art. 3, par. 1 è aggiunto un nuovo comma che prevede la partecipazione di Regno Unito e Irlanda alle valutazioni concernenti l'attuazione delle politiche dell'Unione riguardo allo SLSG. Più in generale il campo di applicazione del Protocollo è stato esteso all'intera parte terza, titolo IV del trattato sul funzionamento, diversamente da quanto previsto dal protocollo allegato al trattato costituzionale che si limitava ad estenderlo alla cooperazione di polizia con riguardo alle misure di cui all'art. III-275 par. 2, lett a) (ora art. 69 J, par. 2 lett. a) : «la raccolta, l'archiviazione, il trattamento, l'analisi e lo scambio delle pertinenti informazioni».

Nuovo rispetto al trattato costituzionale è poi l'art. 4 bis che precisa che il protocollo si applica anche alle misure proposte o adottate con riguardo allo SLSG per modificare una misura in vigore per i due paesi. Tuttavia, il Consiglio, se accerta, su proposta della Commissione, che la non partecipazione del Regno Unito e dell'Irlanda alla versione modificata di una misura in vigore rende l'applicazione della misura stessa impraticabile per gli altri Stati membri e per l'Unione, può esortare il paese interessato a modificare la propria posizione, ovvero ad effettuare una notifica ai sensi degli artt. 3 o 4. Decorsi due mesi, in assenza di notifica, la misura in vigore cessa di avere efficacia per lo Stato in questione. Ogni decisione in merito viene adottata, dopo che il Consiglio - si legge al comma 3 del par. 2 - ha «esaurientemente dibattuto» la questione, a maggioranza qualificata degli Stati che partecipano o hanno partecipato all'adozione della misura di modifica. Sempre con la stessa maggioranza - ed è questa una misura che va ulteriormente a rafforzare "l'esortazione" rivolta agli Stati interessati - il Consiglio, su proposta della Commissione, può addebitare all'uno o all'altro paese o, nel caso, ad entrambi, «eventuali conseguenze finanziarie dirette, derivanti necessariamente o inevitabilmente dalla cessazione» della partecipazione di detto Stato alla misura in vigore.

Un ulteriore ampliamento del campo di applicazione del Protocollo riguarda il diritto della persona alla protezione dei dati di carattere personale, così come disciplinato dall'art. 15 bis del trattato sul finanziamento (v. art. 2, punto 29 del trattato di riforma). Quando infatti vengono adottate in base all'art. 15 bis disposizioni che

incidono sul trattamento dei dati personali da parte degli Stati e sulla libera circolazione dei dati stessi, che si rendano necessarie nei settori della cooperazione giudiziaria in materia penale e di quella di polizia (sul punto v. anche Dichiarazione n. 34), il Regno Unito e l'Irlanda non sono vincolate da tali norme se esse riguardano forme di collaborazione in detto ambito per le quali esso non siano già vincolati.

Circa la posizione inglese interessanti considerazioni possono trarsi dal recente rapporto di aggiornamento della House of Lords sulla competenza penale della Comunità (reperibile al sito www.publications.parliament.uk) , dove emerge chiaramente l'atteggiamento del governo inglese contrario a singole proposte che portino ad un allargamento della competenza della Corte, ma disponibile a valutare un insieme di proposte concordate come un pacchetto unitario. Ciò è quanto avvenuto con il trattato costituzionale e ora con il trattato di riforma, che vede il Regno Unito accettare la comunitarizzazione del terzo pilastro e l'estensione della giurisdizione della Corte, cui gli Stati si sono sempre storicamente opposti non solo per l'importanza che rivestono per essi la definizione ed esecuzione dell'azione penale, ma anche per il rischio che la Corte venga sopraffatta dai ricorsi e dai rinvii ad essa al solo fine di prolungare la durata dei giudizi interni nei casi di immigrazione ed asilo. A fronte della comunitarizzazione, la Gran Bretagna ha peraltro ottenuto di poter mantenere un sistema di opt out (o meglio di opt in) da esercitare in relazione alle proposte di adozione di una misura in materia di diritto penale, così come ora accade per i settori di immigrazione ed asilo, rafforzato da un freno a mano nel caso la direzione intrapresa risulti inaccettabile. A ciò si aggiungono i meccanismi di veto comunque rintracciabili nelle disposizioni dedicate alla materia penale nel nuovo trattato. Il tutto ha permesso di trovare un punto di equilibrio per quanto fragile. Del resto il fatto che la partecipazione alle misure adottate in base al nuovo titolo IV avvenga "alla carta" è stato enfatizzato dal primo ministro Gordon Brown nella presentazione al Parlamento del nuovo trattato, rispondendo alle critiche di chi gli rimproverava la avvenuta comunitarizzazione dell'intero settore: «so we can choose to participate in any end every measure . But we cannot be forced to do so».

Come già ricordato, infine, il protocollo non si applica per l'Irlanda all'art. 67bis. Formalmente diversa è la posizione del Regno Unito, che pur mostrandosi anch'esso risoluto nella lotta al terrorismo, ha preferito esercitare il diritto, previsto dall'art. 3 del protocollo, di partecipare all'adozione di tutte le proposte avanzate a norma dell'art. 67 bis, riservandosi così la possibilità di potersi avvalere ancora in futuro delle facoltà offerta dal Protocollo stesso di non partecipare alle misure mano a

mano così adottate, a differenza dell'Irlanda che, accettando sul punto la modifica del Protocollo, ha rinunciato in via definitiva ad avvalersene in questa materia.

La stessa Irlanda, con propria Dichiarazione (n. 54) relativa all'art. 3 del Protocollo, ribadendo il proprio impegno nei riguardi dell'Unione in quanto spazio di libertà, sicurezza e giustizia, ha espresso la ferma intenzione di esercitare il diritto, riconosciuto dall'art. 3 del Protocollo stesso, di partecipare il più estesamente possibile all'adozione di misure basate sul titolo IV, parte terza. In particolare, tale partecipazione, riguarderà il settore della cooperazione di polizia. L'accennata previsione della non applicazione del protocollo all'art. 67bis suona dunque come un segnale evidente di questo spirito nuovo dell'Irlanda che, distaccandosi ancora una volta dal Regno Unito, dichiara la propria intenzione di rivedere il funzionamento dell'intero Protocollo entro tre anni dall'entrata in vigore del nuovo trattato. Con riferimento a detto protocollo compaiono poi quattro Dichiarazioni (da 39 b a 39 e), tutte relative all'art. 5: la prima precisa che la comunicazione di cui al par. 2 di non voler partecipare ad una proposta o iniziativa può essere ritirata in qualsiasi momento prima dell'adozione della misura in questione. La seconda, relativa anch'essa al par. 2, richiama il Consiglio ad una esauriente discussione delle possibili implicazioni della volontà eventualmente espressa da Regno Unito o Irlanda di non voler partecipare ad una misura basata su una parte dell'acquis di Schengen cui l'uno o l'altro partecipa. La terza, relativa al par. 3 dello stesso articolo, ricorda che entro il termine di 4 mesi, in assenza di una decisione del Consiglio presa dopo un primo esame, la Commissione può presentare una proposta modificata per un riesame da parte del Consiglio. La quarta, relativa ai par. 3, 4 e 5, ribadisce la possibilità di addebitare allo Stato membro interessato gli eventuali oneri e costi conseguenti alla cessata partecipazione, in tutto o in parte, all'acquis di cui alle decisioni adottate dal Consiglio in base all'art. 4.

Ancor più articolata rimane la posizione della Danimarca, così come delineata nel protocollo n. 5, che, come già avvenuto per il trattato costituzionale, è stato oggetto di ampie modifiche, volte soprattutto a consentire a detto paese di scegliere l'applicazione di un sistema di opt in simile a quello applicabile a Regno Unito e Irlanda, mediante l'aggiunta a tal fine di un nuovo allegato. La posizione della Danimarca, è comunque del tutto particolare in quanto essa si avvale attualmente in relazione al titolo IV TCE di un sistema generale di opt out; mentre infatti partecipa agli atti del terzo pilastro, essa non è invece parte di alcun strumento adottato in base al TCE. La comunitarizzazione del terzo pilastro avrebbe dunque l'effetto di

escludere il paese dalla partecipazione a tale settore di attività. Lo scopo del sistema danese di opt out, al momento della sua introduzione, era del resto proprio quello di evitare che detto paese subisca il progressivo trasferimento di competenze legislative alla Comunità, avvenuto con il trattato di Amsterdam. Durante il negoziato del trattato costituzionale la Danimarca aveva riconsiderato la sua posizione, accettando di apportare al protocollo che la riguarda correzioni che la ponessero in una posizione non diversa da quella del Regno Unito e dell'Irlanda. Tale soluzione è stata ora trasfusa nel trattato di riforma.

8. In conclusione, l'esame della nuova stesura delle norme relative allo SLSG non può che confermare la valutazione sostanzialmente positiva già espressa con riferimento al testo costituzionale. Rispetto a quest'ultimo le variazioni apportate sulla base del mandato sono in parte dovute ad una diversa sistemazione di norme già esistenti (artt. 67 bis e 69, par. 3), oppure ai necessari adattamenti dovuti alla eliminazione dei simboli più evidenti del processo costituzionale (legge quadro e legge europea, ad esempio). Le vere "innovazioni" sono estremamente limitate e volte, in alcuni casi, a favorire ulteriori forme di collaborazione (art. 66 bis), in altri a semplificare il testo (artt. 69 E e 69 F), in altri ancora, a confermare e precisare il meccanismo di coinvolgimento dei parlamenti nazionali (art. 69 D) o delle cooperazioni rafforzate (artt. 69 I e 69 J).

Le modifiche al TCE introdotte dal trattato di riforma sono dunque radicali, come già lo erano quelle del trattato costituzionale, e fanno del settore penale e di polizia quello in cui più si avverte il progresso nel cammino europeo. In poco più di dieci anni si è passati dalle prime timide forme di cooperazione intergovernativa istituita a Maastricht e migliorata ad Amsterdam e Nizza, ma comunque apparentemente destinata a rimanere sotto il ferreo controllo degli Stati, alla sua sottoposizione al metodo comunitario. Rispetto al mandato assegnato a Laeken (14-15 dicembre 2001) alla convenzione che avviò i suoi lavori l'anno seguente il risultato può quindi dirsi raggiunto per quanto riguarda lo SLSG, seppur con ritardo e con la rinuncia all'obiettivo costituzionale. Fra i vari quesiti e problemi posti a Laeken vi erano quelli relativi alla giustizia e sicurezza, venendo auspicato, fra le sfide e le riforme da compiere, che si realizzassero forme maggiormente integrate di cooperazione giudiziaria e di polizia. Tali obiettivi riappaiono rivisitati nel parere reso il 13 luglio 2007 dalla Commissione al Consiglio in merito alla Cig nuovamente convocata per la revisione dei trattati (COM (2007) 412 def.), dove si sottolinea che il trattato di riforma, consentendo l'adozione di decisioni più tempestive e coerenti in materia di

libertà, sicurezza e giustizia, permetterà di progredire nella lotta intrapresa dall'Unione contro il terrorismo e la criminalità e di meglio gestire i flussi migratori. Per raggiungere tale risultato è stata agevolata la cooperazione rafforzata, lasciando agli Stati, che decidessero di non prendere parte talune iniziative, la possibilità di farlo anche in un momento successivo. Sul piano poi dei contenuti l'ampliamento dello spazio penale europeo è indubitabile. Alle molte luci si accompagnano comunque ancora tante ombre, (POCAR, *Gli obiettivi dell'Europa nel nuovo trattato: un compromesso fra le luci e ombre*, in *Guida al diritto, Il Sole 24 ore*, luglio – agosto 2007 , p. 8s).

Del resto, giova osservare che la comunitarizzazione del terzo pilastro riguarda il futuro e non tocca il passato in quanto, in base all'art. 9 del protocollo 10 sulle disposizioni transitorie gli effetti degli atti adottati da istituzioni, organi e organismi dell'Unione in base al TUE prima della entrata in vigore del trattato di riforma rimangono invariati finché tali atti non siano abrogati, annullati o modificati in virtù dell'applicazione dei (nuovi) trattati sull'Unione europea e sul suo funzionamento. Ciò vale anche per le convenzioni concluse tra gli Stati membri in base al TUE. Disposizioni particolari disciplinano poi, come già rilevato, le attribuzioni della Corte e della Commissione con riguardo specificamente agli atti adottati in base al TUE in materia di cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale.

Il quadro che ne risulta è quello di uno SLSC che, non ancora del tutto affrancato dalla subordinazione al mercato interno, ha tuttavia definitivamente acquisito una propria dimensione autonoma dagli Stati grazie al ricorso diffuso al metodo comunitario. A fronte di ciò, il ricorso all'unanimità, che ancora rimane, specie per quanto concerne la cooperazione operativa e il ravvicinamento delle legislazioni penali, il ruolo accresciuto dei parlamenti nazionali e la possibilità di azionare il freno di emergenza possono tranquillizzare quegli Stati che, come la Gran Bretagna, vedono con timore l'ampliarsi della competenza comunitaria. In realtà, l'impressione è che le deroghe concesse al Regno Unito non abbiano più come in passato lo scopo di favorire la partecipazione, la più ampia possibile, di tale paese alle iniziative comuni, bensì quello di creare le condizioni perché la sua progressiva emarginazione non sia di ostacolo al futuro cammino istituzionale. Non va peraltro dimenticato che le espressioni del metodo intergovernativo che ancora residuano nel trattato di riforma appaiono l'espressione, come già nel trattato costituzionale, di quel difficile equilibrio, cui in più occasioni si è avuto modo di accennare, tra le competenze dell'Unione nello SLSC e il rispetto delle peculiarità degli ordinamenti e

delle tradizioni nazionali affermato all'art. 61. Se il metodo comunitario rappresenta la regola, continuano dunque a sussistere aree in cui permane la regola del voto all'unanimità in seno al Consiglio. Anzitutto, ciò avviene con riguardo al funzionamento della clausola passerella nel settore della cooperazione giudiziaria civile, per l'adozione di misure relative al diritto di famiglia aventi implicazioni transnazionali (art. 69 D, par. 3) ; si tratta poi della cooperazione giudiziaria in materia penale, dove occorre l'unanimità, previa approvazione del PE, per l'ampliamento delle sfere di criminalità (art. 69 F, par. 1, terzo comma) e degli elementi specifici delle procedure penali, rispetto ai quali possono essere stabilite norme minime volte al ravvicinamento delle legislazioni penali, e della istituzione della Procura europea (art. 69 I, par. 1). Altre ipotesi di deviazione dal metodo comunitario si riscontrano nel settore della cooperazione di polizia, quando si tratti di adottare, previa la semplice consultazione del PE, misure di cooperazione operativa tra le autorità di polizia ed altre ad esse assimilate (art. 69 J, par. 3), per la quale, come osservato, è stata introdotta anche una forma agevolata di cooperazione rafforzata. Analogamente dispone l'art. 69 L riguardo alla fissazione delle condizioni e dei limiti entro i quali le autorità nazionali e giudiziarie di polizia possono operare sul territorio di un altro Stato membro in collegamento o d'intesa con le autorità di questo ultimo.

La previsione di norme passerella dovrebbe poi consentire sia nel settore del diritto di famiglia sia ai fini dell'adozione di norme minime nell'ambito della procedura penale il passaggio dall'unanimità al metodo comunitario. In questi casi vi è tuttavia un rafforzamento della protezione degli interessi statali; anzitutto, per quanto concerne deliberazioni in merito agli aspetti familiari, ciascun parlamento nazionale può comunque esercitare un diritto di veto impedendo il passaggio alla procedura legislativa ordinaria. Per la materia penale, vi è poi, più in generale, la possibilità per ciascuno Stato di azionare "un freno di emergenza" e sospendere la procedura legislativa in corso.

Se questi ultimi strumenti possono rallentare l'azione dell'Unione, la previsione, ormai generalizzata, della possibilità di ricorrere alla cooperazione rafforzata (agevolata) costituisce una vera e propria clausola di «accelerazione» (sul punto, v. ZILLER, *op.cit*, p.197ss.)

Il risultato potrebbe essere una Unione che procede a scatti, fra colpi di freno e accelerazioni. Il rischio è che le accelerazioni riguardino sempre lo stesso gruppo di Stati e che i loro scatti in avanti finiscano per distanziare definitivamente il resto del

plotone, creando una frattura insanabile all'interno dei 27 Stati membri. Di tale preoccupazione vi è traccia nella Dichiarazione n. 39, in cui la conferenza, di fronte alla volontà espressa da uno Stato di non partecipare ad una misura di cooperazione nell'ambito dello SLSG, chiede al Consiglio di approfondire la discussione sulle conseguenze e gli effetti che ne possono derivare per l'Unione. Da parte sua ogni Stato membro può chiedere alla Commissione di esaminare la situazione perché si possa giungere ad adottare le misure previste dall'art. 96, ferma restando la possibilità per gli stessi Stati di sottoporre la questione direttamente al Consiglio europeo per la sua valutazione politica.

La vera scommessa è che il meccanismo delle cooperazioni rafforzate – che peraltro ad oggi non ha dato grandi risultati - sia di stimolo ed incitamento agli altri Stati perché si adeguino anch'essi ai nuovi progressi così compiuti, pur nei tempi compatibili con le loro esigenze e particolarità. Un'Europa divisa drammaticamente in due sarebbe alla fine causa di gravi e difficilmente risolvibili problemi.

Ruggiero Cafari Panico
Università di Milano

