



Centro di
Documentazione europea - UniCT



Università di Catania

I quaderni europei

Scienze giuridiche



DIRITTO ALLA *PRIVACY* E TRATTAMENTO AUTOMATIZZATO DEI DATI FRA DIRITTO CIVILE, DIRITTO PENALE E DIRITTO INTERNAZIONALE ED EUROPEO

Francesco Priolo
Vincenzo Di Cataldo
Roberto Lattanzi
Valeria Scalia
Nicoletta Parisi
Giuseppe Versaci
Elisa Gulizzi
Giovanni Antonino Cannetti

Aprile 2014
n. 63

**III. I PRINCIPI FONDANTI LA CIRCOLAZIONE INTERNAZIONALE DELLE INFORMAZIONI
NELLO SPAZIO DI LIBERTÀ, SICUREZZA E GIUSTIZIA:
A PROPOSITO DELLA COOPERAZIONE FRA LE AUTORITÀ NAZIONALI ED EUROPEE
INCARICATE DELL'APPLICAZIONE DELLA LEGGE**

di Nicoletta Parisi

Sommario: 1. Premessa. - **I. La dimensione garantista dello spazio europeo di giustizia.** - 2. Aspetti formali e sostanziali determinati dalla revisione di Lisbona. - 3. Le modifiche di tipo formale-istituzionale. In particolare: la riunificazione delle questioni relative alla costruzione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia. - 4. (*Segue*) Una più marcata democratizzazione del processo decisionale. - 5. (*Segue*) Un più articolato controllo giurisdizionale. - 6. Il rapporto fra diversa elencazione dei fini dell'Organizzazione e catalogo dei diritti fondamentali dell'Unione europea. - 7. Le modifiche d'ordine sostanziale. In particolare: l'ampliamento di competenze normative ed operative dell'Unione nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia. - 8. (*Segue*) Le responsabilità normative dell'Unione nella costruzione di uno spazio europeo di giustizia penale - **II. La sua dimensione securitaria.** - 9. La cooperazione europea di polizia. - 10. La stretta collaborazione fra le autorità incaricate dell'applicazione della legge negli Stati e nell'Unione ... - 11. (*Segue*) L'impiego di nuove tecnologie: le banche-dati ... - 12. ... e la disciplina pertinente. In particolare: il principio di disponibilità delle informazioni. - **III. Le implicazioni per il rispetto dei diritti della persona.** - 13. I principi applicati entro l'ordinamento dell'Unione. - 14. A proposito di sicurezza versus libertà. - 15. La giurisprudenza internazionale europea in materia. - **IV. La riforma del sistema europeo di trattamento automatizzato dei dati personali.** - 16. Primi rilievi sulla prospettata riforma in materia.

1. Premessa

«(...) [L]a raccolta e soprattutto la conservazione, all'interno di gigantesche banche dati, di molteplici dati generati o trattati nell'ambito della maggior parte delle usuali comunicazioni elettroniche tra i cittadini dell'Unione costituisce una grave ingerenza nella loro vita privata, anche quando si limiti a creare le condizioni per un possibile controllo *ex post* delle loro attività personali e professionali. La raccolta di tali dati crea le condizioni per un controllo che, seppur esercitato soltanto a posteriori in occasione del loro impiego, minaccia tuttavia in modo permanente, per tutto il periodo della loro conservazione, il diritto dei cittadini dell'Unione alla riservatezza della loro vita privata. La diffusa sensazione di controllo così generata solleva in modo particolarmente acuto la questione del periodo di conservazione dei dati.

(...) A tal proposito, occorre anzitutto tener conto del fatto che gli effetti di tale ingerenza sono rafforzati dall'importanza acquisita dai mezzi di comunicazione elettronica nelle società moderne, che si tratti di reti digitali mobili o di *internet*, e dal loro utilizzo massiccio e intensivo da una parte molto cospicua dei cittadini europei in tutti i campi delle loro attività private o professionali».

Ho volutamente premesso al mio contributo le parole dell'Avvocato generale P. Cruz Villalón espresse nelle Conclusioni presentate alla Corte di giustizia dell'Unione europea il 12 dicembre 2013¹⁵¹: trattando, in particolare, dell'obbligo imposto alle autorità nazionali dalla direttiva 2006/24/CE di raccogliere e conservare dati tratti dal traffico telefonico per via elettronica¹⁵² anche a fini di contrasto di condotte penalmente rilevanti, queste poche frasi riassumono la problematicità dell'intero contesto fattuale nel quale si colloca il principio di disponibilità delle informazioni, sostenuto dall'ordinamento dell'Unione europea come principio sottostante al tessuto della cooperazione fra le autorità nazionali ed europee incaricate dell'applicazione della legge, appunto a quegli stessi fini.

A partire da queste constatazioni il contributo si dipanerà trattando della componente garantista e della componente securitaria sottese alla cooperazione giudiziaria penale, di polizia, doganale e di *intelligence* e valutando le implicazioni per il rispetto dei diritti della persona derivanti dalla stretta cooperazione fra queste autorità e dal congiunto utilizzo delle moderne tecnologie informatiche.

I. LA DIMENSIONE GARANTISTA DELLO SPAZIO EUROPEO DI GIUSTIZIA

2. Aspetti formali e sostanziali determinati dalla revisione di Lisbona

La costruzione e il governo di uno spazio penale europeo si fondano su un'efficace azione di contrasto di condotte illecite «in sfere di criminalità particolarmente grave che presentano una dimensione transnazionale derivante dal carattere o dalle implicazioni di tali reati o da una particolare necessità di combatterli su basi comuni»¹⁵³, con specifica attenzione anche alla «frode e [a]lle altre attività illegali (...) [suscettibili di ledere] gli interessi finanziari dell'Unione»¹⁵⁴, nonché a quelle pregiudizievoli per l'«attuazione efficace di una politica (...) in un settore (...) [già] oggetto di misure di armonizzazione»¹⁵⁵.

Una così vasta azione esige, tra le altre misure, un dialogo fra le autorità coinvolte nell'applicazione della legge nella fase tanto della prevenzione quanto dell'esercizio dell'azione penale. Si tratta di un dialogo che deve vederle impegnate in una triplice direzione: una prima – orizzontale – organizzata fra le autorità degli Stati membri incaricati in ciascuno di essi di funzioni omologhe; una seconda – ancora orizzontale – sviluppata a livello transnazionale fra tutte queste autorità, titolari di compiti pur diversi ma indirizzati al medesimo scopo; una terza – verticale – coinvolgente esse e gli enti, organi e organismi via via istituiti entro l'Unione europea con finalità e funzioni per tanti aspetti analoghe a quelle conferite alle autorità nazionali. E' un dialogo necessitato perché imposto da esigenze di efficienza (dell'azione di contrasto al crimine) e di economia processuale (nell'amministrare la giustizia là dove sia più utile e dia maggiori garanzie di successo). Di queste necessità prende atto il Trattato sul funzionamento dell'Unione traducendole in diritto positivo¹⁵⁶.

E' importante interrogarsi sulle modalità secondo le quali questo dialogo viene intessuto: non si può infatti escludere – anche sulla base di risultanze tratte dalla prassi di Stati pur di consolidata tradizione costituzionale – il rischio di un abbassamento delle garanzie individuali che, pur affermate e tutelate entro il singolo ordinamento nazionale quando si tratta di attività domestica, potrebbero essere aggirate nelle procedure di cooperazione transnazionale. Non occorre spendere molte parole per ricordare che queste ultime, quando intessute sul piano penale, sono state dall'origine e per tanto tempo (almeno fino alle soglie del XIX secolo) esclusivamente improntate alle necessità del reciproco sostegno fra sovranità; e che soltanto con l'introduzione della fase giurisdizionale, conseguente alla mutata

¹⁵¹ Causa C-293/12, *Digital Rights Ireland Ltd*, e causa C-594/12, *Kärntner Landesregierung*, punti 72-74.

¹⁵² Direttiva 2006/24/CE del 15 marzo 2006 riguardante la conservazione di dati generati o trattati nell'ambito della fornitura di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico o di reti pubbliche di comunicazione e che modifica la direttiva 2002/58/CE (GUUE L 105, 13 aprile 2006, p. 54 ss.).

¹⁵³ Art. 83, n. 1, TFUE.

¹⁵⁴ Art. 325, n. 1, TFUE.

¹⁵⁵ Art. 83, n. 2, TFUE.

¹⁵⁶ V. *infra*, par. 3.1.

funzione che sono state chiamate ad assolvere, hanno visto via via stemperata (ancorché non soppressa) quella primitiva funzione¹⁵⁷. Quando queste forme di cooperazione interessano il piano delle attività di investigazione e di intelligence sono ancor oggi assai poco trasparenti, poiché improntate alla primaria esigenza di garantire, rispettivamente, l'ordine interno della comunità nazionale e la sicurezza internazionale dello Stato¹⁵⁸.

E' indubbio che, con la revisione di Lisbona, l'Unione europea abbia visto rafforzata la propria dimensione garantista anche nell'ambito dei settori che riguardano l'amministrazione della giustizia - che, come noto, concorrono alla costruzione dell'Organizzazione quale spazio di libertà, sicurezza e giustizia (SLSG)¹⁵⁹ - in virtù del gioco incrociato di fattori sia formali-istituzionali che sostanziali.

3. Le modifiche di tipo formale-istituzionale. In particolare: la riunificazione delle questioni relative alla costruzione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia

Una prima importante modifica ascrivibile al campo delle revisioni istituzionali consiste nell'aver voluto eliminare formalmente la struttura in "pilastri" e, conseguentemente, nell'aver ricondotto tutte le competenze - anche quelle afferenti allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia invece divise fra primo e terzo "pilastro" nella pregressa versione del Trattato di Unione - al cosiddetto "metodo comunitario", con la sola esclusione di quelle esercitate a titolo PESC/PESD¹⁶⁰.

Ciò sortisce una serie di conseguenze positive.

Anzitutto l'unificazione entro un unico "contenitore" - l'Unione - di tutte le materie funzionali alla costruzione e gestione dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia rappresenta una significativa razionalizzazione del sistema, la cui logica di ripartizione non era stata rigorosamente tracciata¹⁶¹. Si tratta di un assetto istituzionale e procedimentale che sembra già aver potuto consentire una sinergia fra le diverse anime che concorrono al conseguimento di questo obiettivo, contribuendo a mantenere un equilibrio fra esse, in particolare fra imperativi di libertà, emergenze dettate dalla ricerca della sicurezza e rafforzamento della tutela dei singoli; sinergia che il solo principio di coerenza¹⁶² non è sembrato sufficiente a garantire per il passato.

Tuttavia non si può sottovalutare il rischio derivante da un elemento di incoerenza ancor oggi interno allo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia, introdotto dalla decisione di ripartire in due diverse

¹⁵⁷ Sui profili che contraddistinguono gli istituti della cooperazione giudiziaria internazionale in materia penale e sull'evoluzione codicistica di essi nell'ordinamento italiano si vedano P. LASZLOCZKY, *Rapporti giurisdizionali con autorità straniere*, in *DigPen*, XI (1996), p. 22 ss.; e M. PISANI, *Le coordinate*, in ID., *Temi e casi di procedura penale internazionale*, Milano (L.ed), 2001, pp. 33-42. A proposito del «qualcosa di nuovo» che avanza nel Continente europeo si veda A. GAITO, *Un processo penale verso il modello europeo*, in ID., *Procedura penale e garanzie europee*, Torino, 2006, pp. 1-9. Per un sintetico quadro di siffatta cooperazione nel Trattato costituzionale europeo (i cui contenuti, come noto, sono stati ampiamente ripresi dal Trattato di Lisbona) rinvio al solo V. GREVI, *Linee di cooperazione giudiziaria in materia penale nella Costituzione europea*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, III. vol., p. 2783 ss. Per un approfondimento della prassi attuale v. A. DAMATO, P. DE PASQUALE, N. PARISI, *Argomenti di diritto penale europeo*, Torino, 2014.

¹⁵⁸ J.P. PIERINI, G. PASQUA, *Police cooperation in the European Union: an overview*, in M.CH. BASSIOUNI, V. MILITELLO, H. SAITZGER (eds.), *European Cooperation in Penal Matters: Issues and Perspectives*, Padova, 2008, p. 403 ss.

¹⁵⁹ L'obiettivo è espresso nell'art. 3, n. 2, TUE, ed è sostanziato dalle competenze attribuite ex artt. 4, n. 2, lett. j, e 67-89 TFUE.

¹⁶⁰ Il settore relativo alla politica estera e di sicurezza comune è ancora soggetto alle logiche intergovernative (e dunque disciplinato interamente dal TUE - artt. 23-46 TUE - e non dal TFUE), sottratto al "metodo comunitario" dalla prospettiva sia delle procedure decisionali che del controllo giurisdizionale esercitato dalla Corte di giustizia dell'Unione europea. La problematicità dell'aver conservato quest'assetto deriva dall'intreccio di talune azioni PESC con le questioni interessate dallo SLSG: si pensi, se non altro, all'azione di contrasto al terrorismo transnazionale, come affrontata sulla base degli artt. 83 e 222 TUE.

¹⁶¹ Come noto, in più di un'occasione nel passato è stata posta la questione di una ricognizione dei confini dell'azione della Comunità europea (oggi estinta in virtù del Trattato di Lisbona) a fronte di un'esercitata attività normativa dell'Unione ai sensi di competenze attribuite nei cd. secondo e terzo "pilastro", ambedue suscettibili di incidere tramite l'attività normativa delle istituzioni dell'Unione nelle materie afferenti allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia. La Corte aveva risolto la questione sulla base di quanto disponeva l'allora art. 47 (oggi 40) TUE, nel senso di proteggere l'integrità del diritto comunitario: v. le sentenze sulla validità dell'azione comune PESC 2002/589 e della decisione-quadro 2005/667/GAI, rispettivamente del 20 maggio 2008, causa C-91/05, *Commissione c. Consiglio*, e del 23 ottobre 2007, causa C-440/05, *Commissione c. Consiglio*.

¹⁶² Oggi espresso nell'art. 7 TUE, e reiteratamente affermato nei due Trattati: v. esemplificativamente artt. 11, n. 3; 13, n. 1; 16, n. 6, co. 3; 17, n. 6, TUE; 121, n. 3; 181, n. 1; 197, n. 3, lett. a); 256, n. 3, co. 2 e 3, TFUE. Un forte richiamo a migliorare la coerenza entro lo SLSG viene dal *Programma di Stoccolma*, adottato dal Consiglio GAI il 10-11 dicembre 2009 (GUUE C 115, 4 maggio 2010, punto 1).

direzioni generali della Commissione – con due diversi Responsabili, per di più appartenenti ad aree politiche non affini - le questioni riguardanti, da una parte, la "Giustizia" e, dall'altra, gli "Affari interni".

4. (Segue) Una più marcata democratizzazione del processo decisionale

Sul piano procedimentale l'assetto descritto consegue anche il risultato di sottoporre, in via di principio¹⁶³, la relativa attività normativa alla procedura legislativa ordinaria (che si modella sul progresso procedimento di codecisione) aumentando il tasso di legittimazione democratica dell'Unione.

L'inventario degli atti tipici ai quali le istituzioni ricorrono è quello stabilito fin dalle origini per l'esercizio dell'attività normativa della Comunità economica europea, essendo così anche caduta l'esplicita esclusione circa la legittimità di atti suscettibili di esplicare effetti direttamente applicabili entro gli ordinamenti nazionali quando adottati in materie allora comprese entro il terzo "pilastro"¹⁶⁴; e, anzi, prevedendosi un certo margine di discrezionalità in capo alle istituzioni circa l'adozione di «misure», dunque di atti normativi ai quali potrebbero essere anche ricollegati effetti diretti¹⁶⁵; e, ancora, espressamente disponendosi in alcuni limitati casi l'adozione di regolamenti¹⁶⁶.

Questa è modifica che marca una partecipazione più piena nell'esercizio della funzione normativa dell'istituzione depositaria dell'interesse corporativo (dei cittadini europei, ma anche di chi, pur straniero, ha diritto a uno statuto riconosciuto dall'ordinamento dell'Unione), potendo così contribuire a migliorare l'equilibrio fra le esigenze garantistiche e securitarie, delle quali ultime sono principalmente depositari gli Stati membri e, dunque, l'organo che li rappresenta individualmente¹⁶⁷.

Sempre nella direzione di una maggiore legittimazione democratica operano le disposizioni convenzionali che associano, in misura maggiore rispetto al passato, le assemblee parlamentari nazionali all'attività normativa europea, con particolare riguardo al rispetto dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità¹⁶⁸, sui quali di recente si è avuto occasione di registrare un'interessante prassi proprio in riferimento ad ambiti pertinenti allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia specificamente a proposito dell'istituzione della Procura europea¹⁶⁹.

¹⁶³ Restano importanti eccezioni per questioni in ordine alle quali Consiglio e Parlamento europeo decidono secondo procedure legislative speciali che privilegiano l'apporto decisionale del primo: v. in partic. artt. 74; 77, n. 3, 78, n. 3; 81, n. 3; 86, n. 1; art. 87, n. 3, co. 1; 89 TFUE.

¹⁶⁴ Presente invece nell'art. 34 TUE-versioni di Amsterdam e di Nizza.

¹⁶⁵ L'art. 82, n. 2, co. 2, TFUE indica l'adozione di «misure» per facilitare il riconoscimento di decisioni giudiziarie e sentenze penali e per favorire la cooperazione di polizia e giudiziaria nelle materie penali aventi dimensione transnazionale; nello stesso senso dispone l'art. 84 TFUE, che disciplina il caso di «misure per incentivare e sostenere l'azione degli Stati membri nel campo della prevenzione della criminalità, ad esclusione di qualsiasi armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri» (v. anche *infra*, note 167 e 215). L'impiego del termine «misure» quale strumento utile al perseguimento delle tre principali competenze indica un'estesa discrezionalità conferita a Parlamento europeo e Consiglio, i quali possono ricorrere in tal modo sia ad atti di *soft law* come ad atti vincolati (e, fra essi, graduando fra disposizioni direttamente applicabili e non direttamente applicabili).

¹⁶⁶ L'impiego del regolamento è previsto soltanto per l'approvazione della disciplina relativa alla costituzione e al funzionamento della Procura europea, di Eurojust e di Europol (rispettivamente artt. 86, n. 1, co.1; 85, n. 1, co. 2, e 88, n. 2, TFUE). Sulla questione, sottesa al discorso, relativa alla competenza penale diretta in capo alle istituzioni dell'Unione v., anche per una ricognizione del dibattito dottrinale in materia, D. RINOLDI, *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia nel diritto dell'integrazione europea. I. Principi generali e aspetti penalistici*, Napoli, 2012, p. 207 ss.

¹⁶⁷ Occorre tuttavia non sottovalutare la portata della clausola contenuta nell'artt. 82, n. 3, e 83, n. 3, TFUE, che tiene conto di quanto acquisito nel corso del negoziato del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa (29 ottobre 2004). Queste disposizioni consentono a ciascuno Stato membro di imporre una sospensione dell'attività normativa dell'Unione in materia di riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie e delle sentenze penali, in materia di definizione dei reati e delle relative sanzioni, nonché di ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari penali nazionali in settori già oggetto di armonizzazione comunitaria, quando esso ritenga che «un progetto di direttiva [nelle materie indicate] (...) incida su aspetti fondamentali del proprio ordinamento giuridico penale»: sospesa la procedura legislativa ordinaria, il Consiglio europeo è investito della questione che viene risolta con il rinvio della procedura al Consiglio per l'adozione della delibera, ovvero – in caso di disaccordo ma con il consenso di almeno nove Stati membri – con l'avvio di un procedimento di cooperazione rafforzata. In modo analogo quanto all'assunzione di misure operative tra le autorità di polizia e le altre autorità incaricate negli Stati membri dell'applicazione della legge dispone l'art. 87, n. 3, co. 2, TFUE.

¹⁶⁸ V. al riguardo gli artt. 12 TUE e 70 TFUE, nonché art. 8 Protocollo (n. 2).

¹⁶⁹ A proposito dello "yellow card" opposto da tante amministrazioni nazionali alla proposta di regolamento istitutiva di una Procura europea (perché presuntivamente lesiva del principio di sussidiarietà) v. in termini riassuntivi dell'intera questione la Comunicazione della

5. (Segue) Un più articolato controllo giurisdizionale

Occorre inoltre segnalare che ai sensi della disciplina introdotta dal Trattato di Lisbona l'attività normativa dell'Unione in materia penale e, conseguentemente ad essa, quella degli Stati membri che intervenga in suo adempimento sono oggi soggette pienamente¹⁷⁰ al controllo della Corte di giustizia, dalla prospettiva del vaglio, rispettivamente, della sua legalità e del pieno dispiegarsi dei suoi effetti entro gli ordinamenti nazionali. Si aggiunga che tale vaglio si avvale di un parametro di legalità costituito dalla Carta dei diritti fondamentali; e che questo parametro uscirà sicuramente rafforzato dall'adesione dell'Unione alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo¹⁷¹. E' questo un dato assai rilevante se si considera che, come si vedrà, con la revisione di Lisbona le competenze comuni sono suscettibili di incidere nella condizione della persona in misura ancora maggiore di quanto non sia stato nel passato.

A questa estensione materiale delle competenze della Corte si affianca un'ampliata legittimazione attiva delle persone fisiche (nonché giuridiche) per l'apprezzamento della legittimità della normativa dell'Unione¹⁷², e una maggior rapidità di decisione su rinvio pregiudiziale per la sua interpretazione e validità quando la Corte si trovi a dover affrontare situazioni che si caratterizzano per l'urgenza della loro soluzione o che riguardano persone detenute in uno degli Stati membri¹⁷³.

6. Il rapporto fra diversa elencazione dei fini dell'Organizzazione e catalogo dei diritti fondamentali dell'Unione europea

In funzione di cerniera fra revisioni d'ordine istituzionale e d'ordine sostanziale sta un dato che ne rappresenta il necessario punto di snodo. Con la riforma dei Trattati istitutivi dell'Unione gli Stati membri hanno voluto ribaltare l'ordine dei fini dell'Organizzazione espressi in essi: ordine che fino ad allora¹⁷⁴ aveva dato conto, in relazione al loro ampliarsi, di una logica di tipo cronologico e dunque facendo seguire, nelle relative disposizioni convenzionali, agli obiettivi mercantili (la costruzione di un mercato interno) fini più squisitamente politici che erano venuti aggiungendosi a partire (timidamente) dall'Atto Unico europeo e (infine più convincentemente) dal Trattato di Maastricht, quali il perseguimento della sicurezza interna ("pilastro giustizia e affari interni") e internazionale ("pilastro PESC/PESD") degli Stati membri e dell'Unione europea.

Oggi l'art. 3 TUE lega al fine generale relativo alla promozione della pace, dei valori dell'Unione e del benessere dei popoli degli Stati membri (n. 1) quello che può essere considerato per certi aspetti una sua specificazione sul piano interno dell'Organizzazione, ovvero il conseguimento di uno spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia (n. 2); solo dopo vengono indicate le originarie finalità mercantili (n. 3) articolate in successivi obiettivi quali specificamente il conseguimento di un'unione economica e monetaria (n. 4), per poi terminare con l'indicazione dell'obiettivo relativo alla dimensione internazionale dell'Unione (n. 5).

La descritta inversione di priorità fra fini mercantili e fini ispirati al principio personalistico non può essere considerata casuale, bensì l'immediata traduzione da parte dei Paesi membri della propria volontà di considerare l'Unione europea quale ente di governo fondato sui «valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'eguaglianza, dello Stato di diritto, della democrazia e

Commissione *on the review of the proposal for a Council Regulation on the establishment of the European Public Prosecutor's Office with regard to the principle of subsidiarity, in accordance with Protocol No 2, COM(2013) 851 final, 27 novembre 2013.*

¹⁷⁰ Occorre tener conto tuttavia che per gli atti adottati prima dell'entrata in vigore del Trattato il controllo della Corte si estenderà nelle modalità descritte soltanto dopo un periodo di cinque anni dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona: art. 10, nn. 1 e 3 Protocollo (n. 36) sulle disposizioni transitorie.

¹⁷¹ Art. 6, n. 2, TUE. Sulla questione del rapporto fra le diverse fonti di tutela dei diritti dell'uomo nell'ordinamento dell'Unione (Carta di Nizza, CFEDU, tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri) mi permetto di rinviare al mio *Funzione e ruolo della Carta dei diritti fondamentali nel sistema delle fonti alla luce del Trattato di Lisbona*, in DUE, 2009, p. 653 ss.

¹⁷² Art. 263 TFUE.

¹⁷³ Il nuovo procedimento di cui all'art. 267, n. 4, TFUE si salda con la riforma del regolamento di procedura della Corte che ha introdotto - a partire dal 1° marzo 2008 - il rinvio d'urgenza per le materie afferenti lo spazio di libertà sicurezza e giustizia.

¹⁷⁴ Art. B TUE-versione di Maastricht; art. 2 TUE-versione di Amsterdam e di Nizza.

del rispetto dei diritti umani (...)», come espressi nell'art. 2 TUE, così da rendere esplicito che ogni altra politica comune deve essere dipanata nel quadro del loro rispetto.

L'indicata motivazione sottesa all'inversione nell'elencazione dei fini dell'Organizzazione sembra poter essere corroborata da un altro dato testuale. Non si tratta soltanto del fatto che si è voluti addivenire all'adozione di un catalogo di diritti fondamentali proprio dell'Unione. Si tratta anche di alcune precipue caratteristiche di questo catalogo, prime fra tutte quella che - innovando rispetto alle tradizionali modalità utilizzate nel diritto internazionale - vede per la Carta di Nizza-Strasburgo l'impiego di una tecnica redazionale alla cui base è posto il principio dell'indivisibilità dei diritti, siano essi di libertà, civili, giudiziari, economici, sociali o culturali¹⁷⁵; fra tutti essi viene attuata una parior ordinazione intorno al valore centrale della dignità della persona¹⁷⁶, non espresso nemmeno nello strumento normativo principe per l'Europa, la Convenzione di salvaguardia del 4 novembre 1950. Tale assetto si traduce sul piano sostanziale in una più incisiva e uniforme tutela di tutti essi, che, a motivo di questa loro parior ordinazione, si sostengono ed entrano in bilanciamento come termini paritari e non gerarchicamente ordinati.

Per la materia che qui interessa, vengono in rilievo anzitutto i diritti raccolti entro il Titolo VI della Carta, intitolato alla "Giustizia", dunque le disposizioni che, nell'amministrazione della giustizia penale, garantiscono il diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale (art. 47), la presunzione di innocenza (art. 48, n. 1), i diritti della difesa (art. 48, n. 2), il principio di legalità e di proporzionalità dei reati e delle pene (art. 49) e di *ne bis in idem* (art. 50). A fianco a questi vengono in rilievo i diritti alla libertà e alla sicurezza personali (art. 6), presidiati dalla norma che tutela l'inviolabilità della dignità umana (art. 1), esplicitamente protetta da tortura e trattamenti inumani e degradanti, nonché dall'applicazione ed esecuzione della pena di morte (artt. 3-4) anche quando questa derivi dalla consegna della persona a situazioni di tal fatta che si producano fuori dai confini nazionali (art. 19). Né minore importanza assumono i principi di eguaglianza formale davanti alla legge (art. 20) e di non discriminazione (art. 21). Sempre ai fini della materia che qui si intende approfondire viene infine in rilievo la norma che protegge la vita privata della persona anche a fronte del trattamento che dei suoi dati personali possa essere fatto tanto dalle pubbliche autorità che da privati (art. 8). Com'è agevole notare da una piana interpretazione del disposto delle norme richiamate, tutte esse si indirizzano alla protezione della persona, e non del cittadino o del residente, ciò implicando che abbia diritto a fruirne chiunque sia raggiunto dalla giurisdizione dell'Unione (o degli Stati membri «nell'attuazione del diritto dell'Unione»¹⁷⁷).

A quanto detto si aggiunge che, con il Trattato di Lisbona, la Carta dei diritti fondamentali assume anche formalmente valore giuridicamente vincolante: la portata delle sue norme è assimilata espressamente a quelle di natura convenzionale contenute nei Trattati istitutivi e di funzionamento dell'Unione europea. Nelle more dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona è stata da molti valutata l'importanza e l'utilità di siffatta norma - che, tra l'altro, accompagnandosi all'art. 6, n. 2, TUE, ha fatto venire meno gli impedimenti giuridici che per il passato avevano precluso l'adesione della stessa Unione alla Convenzione di salvaguardia¹⁷⁸ -, dandone diverse giustificazioni. Qui non interessa entrare nel

¹⁷⁵ In verità il principio della indivisibilità è immanente nella stessa categoria concettuale del diritto fondamentale (così A. FACCHI, *Breve storia dei diritti umani*, Bologna-Roma, 2007, pp. 125-127). Tuttavia la sua concreta utilizzabilità è stata sempre negata a livello internazionale; in particolare, ascrivendo i diritti economico-sociali alla sfera dei diritti programmatici, si è considerato necessario affidarne la tutela a meccanismi internazionali di garanzia meno significativi (perché meno incidenti nell'ambito della libera determinazione delle autorità politiche nazionali) rispetto a quelli predisposti per i diritti di libertà, civili e politici; e se è conseguentemente scorporata la compilazione in uno strumento specificamente ad essi dedicato.

¹⁷⁶ Art. 1 Carta dei diritti fondamentali.

¹⁷⁷ Art. 51 Carta dei diritti fondamentali. Sul significato di tale ultima disposizione la giurisprudenza della Corte di giustizia europea è ormai assai articolata: a suo commento si rinvia a K. JENAERTS, *The EU Charter of Fundamental Rights: Scope of Application and Methods of Interpretation*, in *De Rome à Lisbonne: les juridictions de l'Union européenne à la croisée des chemins*, Bruxelles, 2013, p. 107 ss.

¹⁷⁸ Esplicitati nel parere CGUE 28 marzo 1996, n. 2/94. La Corte di giustizia dell'Unione europea ha visto di recente sottoporre alla propria competenza consultiva il progetto di accordo di adesione dell'Organizzazione alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (appunto legittimata dall'art. 6, n. 2, TUE), sulla cui utilità e perfezionabilità v. A. TIZZANO, *Les Cours européennes et l'adhésion de l'Union à la CEDH*, in *DUE*, 2011, p. 29 ss.; V. PETRALIA, *L'adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in N. PARISI, V. PETRALIA (a cura di), *L'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, cit., p. 287 ss.; e L. CARRASCO MARCO, *Adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Editorial Académica Española, 2013.

ricco dibattito in argomento¹⁷⁹, quanto piuttosto registrare che le evoluzioni istituzionali conseguenti alla revisione di Lisbona hanno consentito di aggiungere a quelle valutazioni prospettiche la constatazione di una effettiva miglior tutela dei diritti della persona, in virtù tanto di una prassi delle istituzioni normative, quanto di una giurisprudenza che (risolti i dubbi sulla portata giuridica delle norme della Carta¹⁸⁰) ha potuto finalmente valorizzarne le implicazioni¹⁸¹.

Si aggiunge che l'azione dell'Unione nella sua globalità è incardinata entro un contesto di osservanza dei diritti e delle libertà fondamentali delle persone che ha come punti di riferimento normativo la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e le tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri¹⁸². A tutto ciò si affianca un ormai diffuso e proficuo dialogo fra le corti internazionali europee e nazionali¹⁸³, che si è dimostrato capace di valorizzare l'applicazione di un alto *standard* di rispetto di diritti e libertà individuali fondamentali¹⁸⁴.

7. Le modifiche d'ordine sostanziale. In particolare: l'ampliamento di competenze normative ed operative dell'Unione nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia

Il rafforzato sistema di garanzie – attuato sia tramite correzioni istituzionali che tramite il menzionato spostamento del baricentro dell'Unione dal dato mercantile al principio personalistico indotto dalla centralità assunta dalla Carta dei diritti fondamentali – è in grado di sorreggere credibilmente l'aumentata responsabilità dell'Organizzazione nella costruzione e, poi, nell'amministrazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia.

Si tratta, com'è evidente, di un terreno ove la tutela dei diritti e delle libertà fondamentali della persona si presenta costantemente, in modo talvolta anche drammatico; ed è questo un ambito che contribuisce ad affrancare l'attività dell'Unione dalla mera prospettiva del buon funzionamento del mercato interno, per assumere una dimensione generale, senza con ciò contraddire l'assunto secondo il quale essa opera sulla base del principio di attribuzione delle competenze.

¹⁷⁹ Sulla Carta come strumento di visibilità politica dell'Unione in relazione all'obiettivo SLSG v., fra i tanti, A. TORRES PÉREZ, *The Dual System of Rights Protection in the European Union in Light of US Federalism*, in L. CLOOTS, G. DE PAERE, S. SOUTIAUX (eds.), *Federalism in the European Union*, Oxford-Portland, 2012, p. 110 ss. Sui valori condivisi sottostanti v. U. VILLANI, *Valori comuni e rilevanza delle identità nazionali e locali nel processo d'integrazione europea*, Napoli, 2011. Sul costante puntuale richiamo della Corte di giustizia al rispetto dei principi di democrazia, libertà, Stato di diritto e tutela dei diritti fondamentali della persona rinvio al mio *Ancora in tema di riconoscimento reciproco e principio di stretta legalità penale nell'Unione europea: alcune considerazioni a partire dal Trattato di Lisbona*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, p. 2541 ss. Sul processo di costituzionalizzazione dell'Unione tramite la Carta v. K. BLAIRON, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: verso la costituzionalizzazione di un "diritto comune europeo"?*, in S. GAMBINO (a cura di), *Trattato che adotta una costituzione per l'Europa, costituzioni nazionali, diritti fondamentali*, Milano, 2006, p. 225 ss. Sul fatto che con la redazione di un catalogo di diritti fondamentali si sia conseguito un rafforzamento del principio di certezza del diritto entro l'Unione, pur senza accantonare la tutela in via preletoria — così ben articolata sul piano giurisprudenziale a partire dalla sentenza *Stauder* (CGCE, sentenza 12 novembre 1969, causa 29/69) —, grazie al saldo ancoramento alla giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità (oltre che a quella della Corte di Strasburgo) secondo il chiaro disposto del 5° cpv. Preambolo e degli artt. 52, n. 3 e 53 Carta di Nizza; nonché sul fatto che l'attività di codificazione sia stata accompagnata dall'intento di contribuire all'evoluzione progressiva del diritto v. mio *Funzione e ruolo della Carta*, cit. Sul costante puntuale richiamo della Corte di giustizia al rispetto dei principi di democrazia, libertà, Stato di diritto e tutela dei diritti fondamentali della persona rinvio al mio *Ancora in tema di riconoscimento reciproco e principio di stretta legalità penale nell'Unione europea: alcune considerazioni a partire dal Trattato di Lisbona*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, p. 2541 ss.

¹⁸⁰ V. op. ult. cit.

¹⁸¹ Al proposito v. A. ROISAS, H. KALLA, *L'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne par la Cour de Justice: un premier bilan*, in *DUE*, 2011, p. 1 ss.

¹⁸² Art. 6, n. 3, TUE (in attesa che la Convenzione di salvaguardia diventi fonte normativa interna all'Unione ex art. 6, n. 2, TUE).

¹⁸³ Il tema è assai esplorato e non solo in tempi recenti. V. anche in termini ricognitivi della precedente dottrina G. MARTINICO, O. POLLICINO (eds.), *The National Judicial Treatment of the ECHR and EU Laws. A Comparative Constitutional Perspective*, Groningen, 2010; IDD., *The Interaction between Europe's Legal Systems. Judicial Dialogue and the Creation of Supranational Law*, Cheltenham-Northampton, 2012.

¹⁸⁴ Sul circuito virtuoso che si è innestato nella tutela dei diritti a partire dal dialogo fra le Corti internazionali europee e nazionali, v. fra i molti: M. DELMAS-MARTY, *Le pluralisme ordonné. Les forces imaginantes du droit*, Paris, 2006; A. TIZZANO, *Introduzione alla sessione: La tutela dei diritti nell'Unione europea*, in N. PARISI, V. PETRALIA (a cura di), *L'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, cit., p. 161 ss.; L. POIVIN-SOLIS (sous la dir. de), *Le principe d'autonomie et le dialogue entre les juridictions nationales et européennes dans la conciliation des droits et libertés*, in ID., *La conciliation des droits et libertés dans l'ordre juridiques européens*, Bruxelles, 2012, p. 509 ss.; U. VILLANI, *La cooperazione tra i giudici nazionali, la Corte di giustizia dell'Unione europea e la Corte europea dei diritti dell'uomo*, in M. FRAGOIA (a cura di), *La cooperazione fra Corti in Europa nella tutela dei diritti dell'uomo*, Napoli, 2012, p. 1 ss.

Si tenga conto che la responsabilità di cui qui si tratta si sostanzia nel coerentemente gestire uno "spazio" che richiede l'esercizio di competenze normative (e, seppure in misura più limitata, operative) assai estese, dovendo a questo titolo l'Unione intervenire in materia di immigrazione, asilo, rifugiati, diritto internazionale privato, armonizzazione del diritto (sostanziale e strumentale) penale, cooperazione fra le autorità nazionali nell'amministrazione della giustizia civile e penale, nonché nell'attività di prevenzione del crimine, da attuarsi anche attraverso il coordinamento di azioni di polizia, doganali e di *intelligence*.

8. (Segue) Le responsabilità normative dell'Unione nella costruzione di uno spazio europeo di giustizia penale

Se poi si considera il solo spazio penale europeo, l'ampliamento delle responsabilità dell'Unione risulta evidente: con la revisione di Lisbona si assiste a un aumento delle forme di criminalità in relazione alle quali l'Unione deve esercitare poteri normativi in funzione di loro contrasto.

E' anzitutto caduto il riferimento alla criminalità organizzata, sostituito dall'indicazione di «sfere di criminalità particolarmente grave» di «dimensione transnazionale derivante dal carattere o dalle implicazioni di tali reati o da una particolare necessità di combatterli su basi comuni»¹⁸⁵. La vaghezza e indeterminatezza delle espressioni impiegate nelle norme che riguardano l'esercizio delle competenze in materia penalistica¹⁸⁶ determina un potenzialmente indifferenziato ambito di intervento dell'Unione, sebbene esso sia circoscritto da un'elencazione che in prima battuta sembra rivestita del carattere della tassatività; a parte la considerazione che l'inventario tracciato è ben più ampio rispetto alle indicazioni contenute nel pregresso TUE¹⁸⁷, non si può evitare di considerare anche che esso è passibile di ampliamento per decisione del Consiglio, in relazione alle evoluzioni del fenomeno criminoso¹⁸⁸.

Sempre a proposito delle aumentate competenze normative dell'Unione utili alla costruzione di uno spazio di giustizia penale, occorre infine considerare come il cerchio idealmente si chiuda con la previsione di una forte componente garantistica sostenuta dall'adozione di direttive contenenti norme minime in materia di diritto processuale, quando ciò si renda necessario «per facilitare il riconoscimento delle sentenze e delle decisioni giudiziarie nelle materie penali aventi dimensione transnazionale»¹⁸⁹: gli Stati hanno così conferito una competenza fondata su una più certa base giuridica rispetto a quella individuabile nelle precedenti versioni dei Trattati europei e comunitari¹⁹⁰ e tendenzialmente indeterminata, come la prassi sta dimostrando.

Occorre qui una seppure sintetica digressione relativa al principio di mutuo riconoscimento implicato dalla disposizione in questione, per consentire di apprezzare l'importanza della menzionata previsione. E' noto che la premessa sulla quale si fonda l'operare del reciproco riconoscimento è l'esistenza di una *confiance mutuelle* che ciascuno Stato dovrebbe poter riporre negli ordinamenti degli altri Paesi membri dell'Unione da una duplice prospettiva: sul piano legislativo, quanto all'adeguatezza della normativa nazionale in materia penale sia sostanziale che processuale; sul piano esecutivo e giudiziario, in ordine alla corretta applicazione di quest'ultima da parte degli organi interni a ciò preposti¹⁹¹. Tale

¹⁸⁵ Art. 83, n. 1, co. 1, T'UE.

¹⁸⁶ Al proposito v. D. RINOLDI, *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia nel diritto dell'integrazione europea*, cit., pp. 199 ss., 214 e 285.

¹⁸⁷ Art. 29, n. 1, co. 2, TUE-versioni di Amsterdam e Nizza; oggi art. 83, n. 1, co. 2, TFUE.

¹⁸⁸ Art. 83, n. 1, co. 3, TFUE.

¹⁸⁹ Art. 82, n. 2, co. 1, TFUE.

¹⁹⁰ Ci si riferisce agli artt. K.1, co. 2, 3 al., e K.3, lett. c), TUE-versione di Maastricht (ove la previsione di siffatta armonizzazione era assai implicita); e agli artt. 29, co. 2, 3 al., e 31, lett. c), TUE-versioni di Amsterdam e di Nizza.

¹⁹¹ Ciò è ben chiarito dall'Avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomer, allorché spiega che la «nozione [di reciproca fiducia], sebbene recente nella costruzione di una giustizia penale europea, rientra nel principio del reciproco riconoscimento, introdotto al punto 33 delle conclusioni del Consiglio europeo di Tampere del 16 ottobre 1999» (in causa C-297/07, *Bourquain*). Continua lo stesso Avvocato generale: il reciproco riconoscimento opera un collegamento fra ordinamenti che «non si instaura tra compartimenti stagni, essendo necessaria una verifica *ad casum*, volta ad assicurare che la prestazione dell'assistenza richiesta non comporti un'inosservanza dei principi fondamentali dell'organizzazione sociale»; esso si instaura invece quando «si desidera prestare appoggio a chi condivide gli stessi principi, valori ed impegni, costruendo una struttura istituzionale dotata di proprie fonti del diritto, di efficacia diversa, ma pur sempre vincolanti, che mirano a

reciproca fiducia nei rispettivi sistemi di giustizia penale comporta che ciascuno Stato membro «accetti l'applicazione del diritto penale vigente negli altri Stati contraenti, anche quando il ricorso al proprio diritto nazionale condurrebbe a soluzioni diverse»¹⁹².

Nella prospettiva, qui utilizzata, di valutazione dello spessore della dimensione garantista dell'Unione europea, occorre considerare un altro piano della *confiance mutuelle* implicata: è un piano che prescinde dal rapporto di cooperazione fra enti, riguardando invece quello relativo ai rapporti fra persona e Unione. Si vuole cioè dire che la normativa europea di contrasto al crimine attuata mediante l'utilizzo del principio di riconoscimento reciproco risulta accettabile alla luce dei principi dello Stato di diritto se è indirizzata anche a consentire che i cittadini europei (e, più latamente, ogni persona implicata in un procedimento penale) possa riporre fiducia nell'ordinamento dell'Unione¹⁹³.

Il fondamento della reciproca fiducia (fra Stati; fra persone ed Unione) - capace di far funzionare la *full faith and credit clause* anche entro l'ordinamento dell'Unione, al pari di quanto accade negli ordinamenti di tipo federale - viene individuato nei valori e principi espressi, rispettivamente, dagli artt. 2 e 6, par.1, TUE, come rilevati dalla Corte di giustizia e condivisi da tutti gli Stati membri in quanto comuni ad essi (perché originati dalle tradizioni costituzionali comuni e dalle vigenti norme internazionali pertinenti).

Da parte di alcuni studiosi si reputa che, così fondata, la reciproca fiducia sia concetto dai confini ancora molto sfumati dal momento che nello spazio europeo esistono non trascurabili differenziali di tutela fra gli ordinamenti nazionali e livelli non omogenei di diritti e libertà della persona. Se tuttavia si guarda alla prassi giurisprudenziale interna e internazionale europea è possibile sostenere che già da tempo esista e operi un «meccanismo idoneo a creare una fiducia reciproca»¹⁹⁴, rappresentato dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, strumento vivente, continuamente adattato all'evoluzione della società europea ad opera della Corte che presiede alla sua interpretazione e applicazione anche entro gli Stati membri dell'Unione. La Convenzione, infatti, pretende di conseguire la conformità (non l'uniformità) della tutela assicurata in ciascun ordinamento nazionale ai diritti da essa garantiti e agli *standards* via via individuati dalla Corte europea nell'attività di interpretazione della Convenzione stessa; quest'ultima, per ciò stesso, presuppone livelli di tutela sostanzialmente equivalenti.

Tuttavia è pure evidente come tale garanzia non sia, di per sé sola, pienamente appagante, allorché ci si situa sul terreno del diritto penale; la Convenzione, così come la Carta di Nizza-Strasburgo che alla tutela ivi espressa si ispira, non esclude (anzi auspica) che ciascuno Stato voglia garantire un livello di tutela superiore e dunque, per ciò stesso, pone le premesse di una diminuita fiducia in questo o quell'ordinamento di altro Stato, anche in relazione a singole situazioni: ciò, infine, determinerebbe un ostacolo - certo non generalizzato, ma pur sempre operante - al funzionamento del principio di reciproco riconoscimento, pur nella consapevolezza di una generale equivalenza fra ordinamenti nazionali e del buon funzionamento del sistema europeo di tutela messo in campo dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, ma pur sempre successivo, capace cioè di intervenire a violazione perpetrata. In questo senso ragiona, per esempio la Corte di Cassazione italiana quando - nel valutare la compatibilità fra i sistemi (italiano e tedesco) relativi alle misure detentive cautelari a fine di esecuzione del mandato d'arresto europeo - osserva che occorre anzitutto «sfuggire alla tentazione di parametrare al significato di nozioni ed espressioni evocative di precisi istituti dell'ordinamento interno dettati normativi concepiti dal legislatore italiano ai fini di una loro proiezione interstatale»; occorre poi «verificare se l'ordinamento processuale dello Stato di emissione offra (...) "garanzie equivalenti" a quelle derivanti dal nostro sistema di termini di durata massima della custodia», ma nel contempo anche

prevenire e combattere la criminalità, in uno spazio comune di libertà, di sicurezza e di giustizia, mediante la facilitazione della cooperazione tra gli Stati membri e l'armonizzazione delle loro normative in materia penale» (Conclusioni in causa C-303/05, *Advocaat voor de Wereld VZW*; corsivi aggiunti).

¹⁹² Sentenze 11 febbraio 2003, cause riunite C-187/01 e C-385/01, *Gözütok e Brügge*, punto 33; 28 settembre 2006, causa C-150/05, *Van Straaten*, punto 43; 11 dicembre 2008, causa C-297/07, *Bourquain*, punto 37.

¹⁹³ Così anche Cons., *Programma di Stoccolma*, cit., punti 2.4. e 1.1.

¹⁹⁴ Comm., *Libro verde sulle garanzie procedurali a favore di indagati e imputati in procedimenti penali nel territorio dell'Unione europea*, COM(2003)75 def., par. 1.7 e 2.5

«puntualmente verificare se le ben determinate condizioni che si sono appena precisate siano in concreto soddisfatte dalla legislazione di quello Stato»¹⁹⁵.

Risulta perciò immediatamente evidente come la reciproca fiducia abbia una doppia faccia: essa è il presupposto del funzionamento del reciproco riconoscimento e, contemporaneamente, un obiettivo da conseguire al fine di consentirne il fisiologico funzionamento. Sebbene, dunque, il ravvicinamento normativo non sia finalità propria degli strumenti internazionali di tutela dei diritti della persona nonché di quelli di cooperazione giudiziaria penale e, ancora, sebbene il Trattato di Unione sembri per certi aspetti privilegiare il reciproco riconoscimento a vantaggio dell'armonizzazione del diritto¹⁹⁶, una motivazione d'ordine logico consiglia di perseguire parallelamente la via della più stretta cooperazione tra le autorità nazionali ed europee e quella dell'armonizzazione delle normative nazionali procedurali e sostanziali, valorizzando tanto la reciproca autonomia quanto la loro complementarità ai fini della creazione di uno spazio penale europeo. Non a caso nel corso dei lavori che, infine, portarono alla redazione del progetto di Trattato costituzionale si propose la previsione di un nuovo criterio utile a legittimare l'attività di armonizzazione delle norme nazionali penali sostanziali svolta dalle istituzioni dell'Unione: a ciò ci si sarebbe dovuti determinare «quando il ravvicinamento (...) [fosse risultato] necessario per suscitare una mutua fiducia sufficiente a permettere la piena applicazione del mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie o per garantire l'efficacia degli strumenti comuni di cooperazione di polizia o giudiziaria predisposti dall'Unione»¹⁹⁷; formula più ampia di quella accolta nell'attuale norma convenzionale da essa originata¹⁹⁸.

A questa stessa logica risponde, dunque, la predisposizione di norme minime sulle garanzie processuali - dalle quali questo lungo ragionamento ha preso le mosse -, le quali, da una parte, siano capaci di «accrescere la fiducia reciproca negli ordinamenti giudiziari degli Stati membri», dall'altra possano rappresentare il «logico contrappeso ad altre misure di riconoscimento reciproco»¹⁹⁹.

Su questo fronte il lavoro normativo è già iniziato, ancorché l'obiettivo sia ben più denso di aspettative di quanto proposto dalla Tabella di marcia adottata dal Consiglio²⁰⁰. Il suddetto processo di armonizzazione delle garanzie procedurali delle persone coinvolte in procedimenti penali (di respiro sia meramente interno che transnazionale) si segnala per la decisione (non del tutto scontata all'inizio del processo normativo in questione) di prendere in conto anche la fase che precede il processo penale in senso stretto, dunque anche quella relativa all'investigazione e all'esercizio di altre competenze da parte delle autorità nazionali di polizia, alla quale vengono allargate le garanzie processuali tipicamente utilizzate nella fase dell'esercizio dell'azione penale²⁰¹.

¹⁹⁵ S.U., 30 gennaio 2007-5 febbraio 2007, n. 4614, punto 9.

¹⁹⁶ Sulla portata non esattamente coincidente degli artt. 67, n. 3, e 82, n. 1, v. D. RINOLDI, *Introduzione. Per un diritto penale europeo: i Trattati di Unione e sul suo funzionamento nonché la Carta dei diritti fondamentali*, in A. DAMATO, P. DE PASQUALE, N. PARISI, *Argomenti*, cit., par. 3.1.

¹⁹⁷ Rapporto finale del Gruppo di lavoro X, 2 dicembre 2002, p. 10.

¹⁹⁸ *Supra*, nota 189.

¹⁹⁹ Così *Libro verde sulle garanzie procedurali*, cit.

²⁰⁰ La risoluzione del Consiglio (del 30 novembre 2009) *relativa a una tabella di marcia per il rafforzamento dei diritti procedurali di indagati o imputati in procedimenti penali*: ha avviato il processo di adozione di direttive indirizzate a stabilire uno standard minimo di tutela per la persona in tutti gli ordinamenti degli Stati membri dell'Unione (rimettendo allo Stato membro la decisione «di mantenere o introdurre un livello più elevato di tutela delle persone»: art. 82, par. 2, TFUE). Sono vigenti le direttive del Parlamento europeo e del Consiglio 2010/64/UE del 20 ottobre 2010 *sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali*; 2012/13/UE del 22 maggio 2012 *sul diritto all'informazione nei procedimenti penali*; del 22 ottobre 2013 *relativa al diritto di avvalersi di un difensore nel procedimento penale e nel procedimento di esecuzione del mandato d'arresto europeo, al diritto di informare un terzo al momento della privazione della libertà personale e al diritto delle persone private della libertà personale di comunicare con terzi e con le autorità consolari*. Con la Comunicazione del 27 novembre 2013 *Procedere nell'attuazione dell'agenda dell'Unione europea sulle garanzie procedurali per indagati e imputati — Rafforzare le basi dello spazio europeo di giustizia*, COM(2013) 820 final, la Commissione propone cinque nuove misure: tre proposte di direttiva sul rafforzamento della presunzione di innocenza (COM(2013) 821 final), sulle garanzie procedurali di minori imputati e indagati (COM(2013) 822 final), sull'ammissione provvisoria al patrocinio a spese dello Stato per indagati e imputati (COM(2013) 824 final), accompagnate da due raccomandazioni sulle due ultime questioni (GUUE L 378, 24 dicembre 2013, pp. 8 ss. e 1 ss.). Sul processo in atto fra i tanti contributi v. N. PARISI, *Tecniche di costruzione di uno spazio penale europeo. In tema di reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie e di armonizzazione delle garanzie processuali*, in *St. int. eur.*, 2012, p. 33 ss.; S. MIETTINEN, *Criminal Law and Policy in the European Union*, London-New York, 2013, p. 199 ss.

²⁰¹ Significativo al proposito è l'Annesso I della seconda direttiva di armonizzazione, intervenuta in materia di diritto all'informazione nei procedimenti penali: essa, nel predisporre ad uso delle autorità giudiziarie nazionali una "model letter of rights" in cui sono contenuti appunto i diritti di cui devono godere le persone coinvolte nel procedimento, elenca: "assistance of a lawyer", "information about the accusation", "right to remain in silent" («while questioned by the Police and judicial authorities»), "informing someone else about

Occorre infine aggiungere che le direttive attuali e le decisioni quadro che hanno accolto già prima della riforma di Lisbona il principio del mutuo riconoscimento sono intervenute esse stesse con un'attività di armonizzazione del diritto penale nazionale, sia sostanziale (per quanto riguarda i principi che stabiliscono garanzie anche non processuali a favore delle persone coinvolte nel procedimento) che procedurale (per esempio quanto ai termini entro i quali il provvedimento dello Stato richiedente deve essere eseguito), contribuendo a rafforzare la dimensione garantista dello spazio di giustizia penale.

II. LA SUA DIMENSIONE SECURITARIA

9. La cooperazione europea di polizia

Passando a trattare dell'ambito della sicurezza - come espresso negli artt. 3, n. 2, TUE e 67, n. 3, TFUE - è palese l'asimmetria sul fronte garantistico rispetto all'ambito della giustizia. Quanto sino ad ora scritto dà conto, infatti, di un sicuro rafforzamento della tutela dei diritti della persona nello spazio europeo di giustizia penale; rafforzamento non ugualmente conseguito nella politica comune di sicurezza, ove si registra un avanzamento a tappe che certo non possono essere apprezzate come forzate. Allo stato vi sono soltanto sintomi dell'avvio di un processo di bilanciamento fra esigenze della sicurezza (interna e internazionale degli Stati e dell'Unione) e rispetto dei diritti fondamentali della persona.

Un primo segnale può essere rintracciato nelle norme europee che ormai da tempo tendono a incardinare alcune di tali forme entro il perimetro della cooperazione giudiziaria penale, mentre, come noto, le modalità di siffatta cooperazione internazionale sono tradizionalmente ascritte all'ambito dell'attività amministrativa degli Stati: così avviene per la disciplina delle operazioni sotto copertura²⁰² e delle squadre investigative speciali²⁰³. Con ciò si sortisce un duplice effetto virtuoso. Anzitutto si riconduce al piano legislativo l'individuazione della disciplina che si riferisce a tali forme di cooperazione pur amministrativa, in virtù dell'esigenza di dare pienezza al principio di stretta legalità penale, comune alle tradizioni costituzionali degli Stati membri e per questo principio generale dell'ordinamento dell'Unione. Inoltre si ancorano più solidamente al quadro delle garanzie giurisdizionali l'impiego di strumenti che vengono utilizzati nell'attività svolta dalle autorità di polizia europee e nazionali, in questo modo consentendo una penetrazione dei principi di tutela dei diritti dell'uomo accolti in sede di cooperazione giudiziaria penale anche nel settore della cooperazione di polizia.

Un secondo progresso nella direzione descritta è costituito dall'adozione delle menzionate²⁰⁴ direttive di armonizzazione delle garanzie procedurali, le quali estendono il proprio ambito di applicazione anche alla fase pre-processuale e, quindi, introducono tutele del singolo implicato nell'attività di polizia che sono tradizionalmente tipiche della fase giurisdizionale.

A fronte di tale primo tentativo di bilanciamento permangono non pochi dati che suscitano perplessità e giustificano preoccupazioni circa un possibile abbassamento delle garanzie individuali previste nella fase relativa all'attività di investigazione, di intelligence, di polizia anche nei suoi collegamenti con l'attività giurisdizionale. Sono preoccupazioni che emergono dall'esame della disciplina giuridica stabilita nella dimensione securitaria dell'Unione in relazione a due diversi profili: in ordine, cioè, sia allo stretto coordinamento richiesto a tutte le autorità nazionali ed europee implicate nell'attività di contrasto delle condotte di reato, sia all'incisività che hanno assunto alcuni degli strumenti utilizzati per il conseguimento dei compiti ad esse conferiti.

detention", e così via: si tratta, evidentemente, di situazioni tutte proprie anche di una condizione precedente all'apertura del dibattimento penale in senso stretto.

²⁰² Così accade ai sensi dell'art. 14 della Convenzione (di Bruxelles) adottata il 29 maggio 2000 dagli Stati membri dell'Unione europea in materia di cooperazione giudiziaria penale. Si tratta di una scelta che è stata poi "esportata" all'ambito del Consiglio d'Europa: v. l'art. 14 del II Protocollo addizionale alla Convenzione europea sulla mutua assistenza penale, firmata a Strasburgo l'8 novembre 2011.

²⁰³ Art. 13 della Convenzione di Bruxelles, cit.; disciplina in modo analogo l'art. 20 del II Protocollo addizionale, cit. La scelta, per il vero, era stata anticipata dall'art. 19 della Convenzione di Palermo sulla criminalità organizzata transnazionale (del 16 dicembre 2000).

²⁰⁴ *Supra*, nel testo all'altezza dell'esponente di nota 200 e nota stessa.

10. La stretta collaborazione fra le autorità incaricate dell'applicazione della legge negli Stati e nell'Unione

Anzitutto quanto al primo profilo occorre affrontare una questione terminologica, necessaria alla comprensione del principio di reciproco riconoscimento che ha preso piede anche nell'ambito della cooperazione di polizia, in particolare tramite la tecnica della circolazione internazionale di dati e informazioni utili all'attività delle autorità incaricate dell'applicazione della legge.

Nonostante i Trattati di Unione continuino – come per il passato – a intitolare alla sola «cooperazione di polizia» le norme raccolte entro la Parte III, Titolo V, Capo V TFUE, l'attività delle autorità di polizia è sempre stata intrecciata a quella svolta (in sede nazionale ed europea) da organi e organismi incaricati dell'esercizio di altre competenze. Di ciò dà conto la disposizione contenuta nell'art. 87, n. 1, del Trattato sul funzionamento dell'Unione, che alla cooperazione di polizia «associa tutte le autorità competenti (...) dell'applicazione della legge».

La locuzione manifesta due preliminari scelte politiche attuate dagli Stati membri all'atto della redazione delle disposizioni convenzionali. E' reso evidente dall'andamento della disposizione convenzionale che l'elenco delle autorità coinvolte nel circuito cooperativo è del tutto esemplificativo e non esaustivo, indirizzandosi essa non esclusivamente a quelle ivi esplicitate. Si è voluto, dunque, implicare nella cooperazione in questione anche le autorità nazionali competenti per l'applicazione della legge diversa da quella penale: tanto è vero che tale ultima qualificazione non è espressa dalla disposizione convenzionale, dovendosi concludere che la cooperazione che sulla base di essa si intreccia possa riguardare anche condotte che si situano in un ambito differente, per esempio in quello amministrativo²⁰⁵.

Sono, così e anzitutto, considerate destinatarie dell'obbligo di cooperazione le autorità che operano nell'amministrazione doganale degli Stati membri. Questa forma di cooperazione è stata considerata cruciale fin dal Trattato CEE, utile tra l'altro a intercettare le condotte di criminalità transnazionale nel settore in questione. Essa era tuttavia priva di una base giuridica propria, e dunque fu inizialmente frutto di misure frammentarie fondate sulla competenza comunitaria in materia di politica commerciale comune (art. 113 TCEE) o relative al «buon funzionamento del mercato interno» (art. 100A TCEE): basi giuridiche utilizzate in collegamento con la norma che consentiva (allora, come ora²⁰⁶) l'adozione di misure normative in materie non attribuite alla competenza dell'Organizzazione ma necessarie al conseguimento dei suoi fini.

Con gli sviluppi determinati (ad opera del Trattato di Maastricht) dall'istituzione dell'Unione europea e con l'ampliamento delle competenze trasferite dagli Stati all'Organizzazione, nonché con la «comunitarizzazione» (ad opera del Trattato di Amsterdam) degli Accordi di Schengen, nel Trattato istitutivo della Comunità europea fu introdotta una disposizione ad *hoc* – l'art. 116, rinumerato art. 135 TCE – nella quale si intendeva riassumere l'ambito della cooperazione doganale fra Stati membri e tra questi e la Commissione europea, con esclusione delle misure che «riguardano l'applicazione del diritto penale nazionale o l'amministrazione della giustizia negli Stati membri»²⁰⁷. Peraltro tale competenza in materia doganale trovava un avallo nell'operare degli strumenti predisposti dagli Accordi di Schengen che, istituendo un controllo alle frontiere esterne dell'Unione, incidono anche sulle attività doganali relative al movimento delle merci. Soccorrevano ancora strumenti di natura convenzionale, quali la cd. «Convenzione di Napoli del 1967»²⁰⁸, rivista il 18 dicembre 1997²⁰⁹. Essa è corredata da un «sistema di informazione doganale» (SID), istituito dalla Convenzione sull'uso dell'informatica nel settore doganale²¹⁰, completata dal Protocollo del 29 novembre 1996 concernente l'interpretazione, in via

²⁰⁵ Sul punto v. N. PARISI, *Commento art. 87 TFUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014², p. 931 ss.

²⁰⁶ La «clausola di flessibilità» era prevista nell'art. 235 TCEE, poi art. 308 TCE, ora art. 352 TFUE.

²⁰⁷ Corsivi aggiunti.

²⁰⁸ Convenzione degli Stati membri della Comunità economica europea per la mutua assistenza tra amministrazioni doganali, Roma, 7 settembre 1967 (*GURI*, 11 ottobre 1971, n. 256).

²⁰⁹ Convenzione stabilita in base all'articolo K.3 del Trattato sull'Unione europea, *relativa alla mutua assistenza e alla cooperazione tra amministrazioni doganali*, cd. «Convenzione di Napoli II», Bruxelles, 18 dicembre 1997 (*GUCE C 24*, 23 gennaio 1998, p. 1).

²¹⁰ Firmata a Bruxelles, 26 luglio 1995 (*GUCE C 316*, 27 novembre 1995, p. 34 ss.).

pregiudiziale, da parte della Corte di giustizia delle Comunità europee²¹¹, nonché dal regolamento (CE) n. 766/2009 relativo alla mutua assistenza tra le autorità amministrative degli Stati membri e alla collaborazione tra queste e la Commissione per assicurare la corretta applicazione delle normative doganale e agricola²¹², rafforzato dalla decisione quadro 2009/917/GAI relativa agli aspetti che per tale collaborazione implicano lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia.

Allo stato attuale la situazione è dunque assai chiara: da una parte - nell'attuale art. 35 TFUE, che sostituisce l'art. 135 TCE - è caduta l'esclusione (di cui si è appena detto) della materia *lato sensu* penale, cosicché la cooperazione doganale fondata su questa disposizione non incontra più un limite *ratione materiae*; dall'altra si prevede espressamente (come peraltro nel precedente art. 30 TUE) che la cooperazione di polizia debba associare anche le autorità doganali.

Dall'art. 87, n. 1, TFUE si ricava un altro dato importante per l'individuazione delle autorità nazionali coinvolte nel circuito della cooperazione di polizia: l'ampia formula terminologica utilizzata sembra, infatti, includere fra i «servizi incaricati dell'applicazione della legge specializzati nel settore della prevenzione (...) dei reati e delle relative indagini» anche le autorità di *intelligence*: il diverso obiettivo che esse hanno rispetto alle autorità di polizia non è di ostacolo a siffatta interpretazione²¹³.

Infine, occorre anche considerare che fin dalla prima introduzione della dimensione securitaria nell'Unione la cooperazione di polizia è stata considerata indissolubilmente legata alla cooperazione con le autorità giudiziarie penali degli Stati membri, prendendo atto che la sicurezza è conseguibile tramite un'azione congiunta espressa sul piano della prevenzione e su quello della repressione.

Significativamente la Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen affianca alla cooperazione di polizia la cooperazione giudiziaria penale. Questi due differenti ambiti di concertazione hanno sempre seguito lo stesso percorso istituzionale: estranei alla cooperazione intessuta con i tre originari Trattati comunitari, sono stati introdotti dal Trattato di Maastricht fra le responsabilità dell'Unione grazie alla costruzione di un terzo "pilastro" di essa, idoneo ad accogliere - in virtù del metodo intergovernativo ivi utilizzato - i settori riguardanti la circolazione degli stranieri, la cooperazione giudiziaria civile e penale, la cooperazione di polizia e doganale. Vi sono rimasti anche quando si è proceduto, con il Trattato di Amsterdam, ad enucleare esplicitamente la finalità di dotare l'Unione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia e a "comunitarizzare" in una certa misura i settori riguardanti ingresso, soggiorno e spostamento interstatale dello straniero nel territorio degli Stati membri, le correlate (ma anche non) questioni di conflitto di leggi e di giurisdizione e la cooperazione doganale. Oggi, ad avvenuta unificazione di tutte le materie relative allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia entro un unico Titolo della Parte III del Trattato sul funzionamento dell'Unione, cooperazione giudiziaria e di polizia condividono il medesimo assetto, sottoposte come sono in via di principio al "metodo comunitario" e contraddistinte da analoghe specificità derogatorie rispetto ad esso. È peraltro scontato che, in un contesto di Stato di diritto, le autorità di polizia debbano continuamente riferirsi alle autorità giudiziarie penali: di qui l'opportunità della scelta istituzionale descritta, alla quale tuttavia non sembra aver corrisposto una parallela capacità di farsi penetrare da principi e disposizioni a tutela dei diritti della persona coinvolta nei procedimenti²¹⁴.

A questi sviluppi per così dire orizzontali - capaci cioè di coinvolgere nella cooperazione con le autorità di polizia altri organi nazionali preposti a differenti compiti, ma pur sempre in funzione di prevenzione e di individuazione dei reati, nonché di investigazione penale - se ne aggiunge un altro, frutto della prassi più recente. Lo sviluppo della cooperazione avviata entro il terzo "pilastro"

²¹¹ Concluso in base all'art. K.3 TUE (GUCE C 151, 20 maggio 1997, p. 16 ss.).

²¹² Regolamento (CE) n. 766/2008 del PF e del Consiglio, del 9 luglio 2008, recante modifica del regolamento (CE) n. 515/97 del Consiglio relativo alla mutua assistenza tra le autorità amministrative degli Stati membri e alla collaborazione tra queste e la Commissione per assicurare la corretta applicazione delle normative doganale e agricola (GUUE L 218, 13 agosto 2008, p. 48 ss.), a propria volta attualmente sotto revisione: COM(2013) 796 final.

²¹³ In questo senso J.P. PIERINI, G. PASQUA, *Police cooperation in the European Union: an overview*, cit., p. 408; J.A.E. VERVAELF, *Terrorismo versus scambio di informazioni tra intelligence e autorità investigative giudiziarie: diritto penale sub rosa?*, in U. DRAETTA, N. PARISI, D. RINOLDI (a cura di), *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia nell'Unione europea*, Napoli, 2007, p. 321 ss.; contra M. WINKLER, *Attività europea di intelligence, cooperazione di polizia e diritti umani*, *ibid.*, p. 293 ss.

²¹⁴ V. *infra*, parr. 13 e 15.

dell'Unione aveva già dato vita a organi con compiti latamente riconducibili a quelli di polizia: incaricati cioè del mantenimento dell'ordine, della sicurezza pubblica e di indagine al fine del contrasto di attività illegali, quali esemplificativamente Europol, Olaf e Frontex; ovvero a organi con compiti funzionali amministrazione della giustizia penale, quale è Eurojust e quale sarà, in adempimento del Trattato di Lisbona, la futura (ancora eventuale) Procura europea. Si tratta di organi che sono chiamati a cooperare reciprocamente entro l'Unione, ma anche a collegarsi con le autorità nazionali di cui si è detto e che dunque partecipano alla disciplina stabilita dall'art. 87 TFUE.

Le «misure»²¹⁵ che Parlamento europeo e Consiglio adottano sulla base della procedura legislativa ordinaria fanno proprio l'obbligo di cooperazione fra tutte le autorità e gli organismi coinvolti nella prevenzione o nell'individuazione dei reati e delle relative indagini, siano essi nazionali o europei.

Limitando l'esemplificazione a pochi simbolici casi, si consideri anzitutto la disciplina stabilita dall'ormai estinta Comunità europea per assicurare la mutua assistenza tra le autorità amministrative degli Stati membri e tra queste e la Commissione al fine di assicurare l'applicazione corretta della normativa agricola e doganale d'origine comunitaria: già nei *consideranda* del regolamento²¹⁶ si afferma la necessità di «assicurare una maggior complementarità con le azioni effettuate al livello della cooperazione doganale intergovernativa e della cooperazione con gli altri organi e agenzie dell'Unione europea (...) nell'attuazione» di strategie stabilite dall'Unione e dalla Comunità europea in relazione ad altri organismi di esse, quali Europol e Olaf.

Nello stesso senso si dispone in ordine allo scambio di dati personali tra gli Stati membri ed Europol²¹⁷; o, ancora, in relazione allo scambio di informazioni e dati fra Eurojust e Stati membri: la disciplina normativa europea²¹⁸ autorizza i ventotto membri nazionali che compongono il collegio ad accedere (nel rispetto del mandato e, dunque, delle funzioni che tale organo europeo deve assolvere) a taluni dati²¹⁹ che riguardano indagati e autori di reati conferiti dagli stessi Stati membri entro un sistema automatizzato (cd. TESTA) condiviso da Eurojust e a disposizione anche delle autorità di Stati terzi sulla base di accordi bilaterali con Eurojust stesso²²⁰.

Al proposito si può concordare con chi rileva che lo stretto coordinamento sia orizzontale che verticale fra le autorità incaricate «dell'applicazione della legge specializzat[e] (...) nel settore della prevenzione e dell'individuazione dei reati e delle relative indagini»²²¹ manifesta la vocazione alla *multilevel governance* anche nel settore della cooperazione di polizia²²², che si situa al termine (auspicabilmente non compiuto) di un processo lungo e articolato. Sul piano delle forme giuridiche si tratta di un processo che ha inizialmente dato avvio a un primo sviluppo di forme di internazionalizzazione dell'investigazione penale, tramite la stipulazione di intese bilaterali²²³, per poi determinare anzitutto la condivisione di esse su di un piano multilaterale²²⁴, il passaggio in breve tempo a forme istituzionali²²⁵ e, infine, l'annuncio di forme integrate di attività di polizia espresse da strutture

²¹⁵ Art. 87, n. 2, TFUE. Ancora a «misure» il Consiglio (che delibera all'unanimità, previa consultazione del Parlamento europeo) ricorre quando si tratti di stabilire in materia di cooperazione operativa tra le autorità coinvolte nella cooperazione di polizia (art. 87, n. 3, co. 1, TFUE).

²¹⁶ Regolamento (CE) n. 766/2008, cit., 10° *considerando*.

²¹⁷ Decisione quadro 2008/977/GAI (GUUE L 350, 30 dicembre 2008, p. 60).

²¹⁸ Decisioni quadro 2002/187/GAI (GUCE L 63, 6 marzo 2002, p. 1) e 2009/426/GAI (GUUE L 138, 4 giugno 2009, p. 14 ss.).

²¹⁹ Le informazioni oggetto di condivisione e scambio sono: i dati anagrafici, i recapiti, i dati di immatricolazione dei veicoli, i profili DNA, le fotografie, le impronte digitali i dati conferiti dai gestori di telecomunicazioni relativi agli abbonati, al traffico e all'ubicazione.

²²⁰ La circolazione dei dati con Paesi terzi è possibile con il consenso dello Stato membro che ha conferito i dati stessi alla rete TESTA.

²²¹ Per utilizzare l'ampia e onnicomprensiva locuzione impiegata dall'art. 87, n. 1, TFUE.

²²² S. BRONITT, *Conclusion: Shifting paradigms: jurisdiction and criminal justice cooperation in the shadow of law*, in S. HUFNAGEL, C. HARFIELD, S. BRONITT (eds.), *Cross-border Law Enforcement*, London, 2012, p. 275.

²²³ Per un richiamo puntuale ad esse v. J.P. PIERINI, G. PASQUA, *Police cooperation*, cit., p. 403 ss.

²²⁴ Op. loc. ult. cit. A proposito di Interpol v. P. MILAZZO, *Quadro costituzionale italiano e cooperazione europea di polizia. Elementi istituzionali e ricostruttivi per un bilanciamento complesso*, Napoli, 2012, p. 348 ss.

²²⁵ Nel processo d'integrazione europea questo passaggio è significativamente espresso dall'istituzione di Olaf. Sull'istituzionalizzazione delle forme di investigazione e coordinamento delle operazioni di investigazione v. R. KENDALL, *Goals, Functions and Limits of Interpol*, in C. ELJAERTS, E. FNHUS, R. SENDEN (eds.), *Politie in beweging*, Arnhem, 1990.

istituzionali non soltanto di coordinamento della cooperazione internazionale bensì anche di integrazione delle autorità nazionali entro un ente internazionale²²⁶.

Sul piano degli obiettivi e dei contenuti si è assistito a un passaggio dal primo sviluppo di forme di internazionalizzazione dell'investigazione penale con l'obiettivo di risolvere singole situazioni problematiche anche interne a un solo Stato ma capaci di estendere effetti pregiudizievoli ad altri Paesi²²⁷, a forme indirizzate a contrastare ad ampio raggio le condotte transnazionali di criminalità²²⁸. In tempi recenti la cooperazione di polizia si è estesa anche all'ambito tradizionalmente occupato dalla cooperazione militare: sono frequenti i casi in cui le forze civili di polizia di un gruppo di Stati sono utilizzate per operazioni internazionali di gestione di gravi crisi entro Paesi terzi rispetto ad essi, a supporto delle attività di forze di polizia locali del territorio da pacificare²²⁹. Analogamente è previsto anche nell'ordinamento dell'Unione, dove con il Trattato di Lisbona²³⁰ si è dato maggior spessore alla dimensione civile della politica di sicurezza e difesa comune (PSDC)²³¹.

11. (Segue) L'impiego di nuove tecnologie: le banche-dati...

Per quanto attiene al secondo profilo, si consideri che ai servizi nazionali e agli organismi europei che collaborano entro il circuito della cooperazione di polizia sono stati affiancati sistemi istituzionali di raccolta, archiviazione, trattamento, analisi e scambio di dati messi a disposizione dalle amministrazioni pubbliche nazionali ed europea. Emerge complessivamente, nel contesto dell'Unione europea, una struttura assai articolata principalmente fondata sul criterio del decentramento: infatti - ad eccezione di SIS (e SIS II)²³², VIS²³³, Eurodac²³⁴, SID²³⁵, Europol²³⁶, Eurojust²³⁷ - ogni altra banca-dati funzionante

²²⁶ Nel contesto europeo si v. al proposito la costituzione di Europol.

²²⁷ In via esemplificativa si ricorda che la Conferenza di Roma del 1898 aveva inteso affrontare e risolvere il problema degli attentati anarchici in territorio italiano: v. J.P. PIERINI, G. PASQUA, *Police cooperation in the European Union*, cit.

²²⁸ Attuale art. 87 TFUE.

²²⁹ In argomento si rinvia a J. DOBBINS ET AL., *The Beginner's Guide to N-Building*, Santa Monica (Rand Corporation), 2007; W.J. DURCH ET AL., *The Brahimi Report and the Future of UN Peace Operations*, New York-Washington (The Henry L. Stimson Center), 2003.

²³⁰ Ai sensi degli artt. 42-43 TUE.

²³¹ Peraltro tale dimensione era già presente in precedenza, ai sensi degli obiettivi individuati dal Consiglio europeo di Santa Maria di Feira (19-20 giugno 2000, Allegato I, appendici 3 e 4 delle Conclusioni), confermati nel Consiglio europeo di Göteborg (15-16 giugno 2001), nonché dal Consiglio dell'Unione, con il *Nuovo obiettivo primario civile 2010*, 9 dicembre 2007, doc. 14823/07; in argomento v. G. GIUDICELLI-DELAGÈ, *Fonctions de police judiciaire des forces armées à l'étranger*, in <http://www.defensesociale.org/warandpiece/GENEVIEVE%20GIUDICELLI-DELAGÈ.pdf>.

²³² Il Sistema d'informazione Schengen di seconda generazione è istituito dal regolamento (CE) n. 1987/2006 e dalla decisione 2007/533/GAI; si fonda sui principi contenuti nella direttiva 95/46/CE. Esso contiene segnalazioni su persone, oggetti, un archivio per la conservazione delle impronte digitali, fotografie, copie dei mandati di arresto europei; costituisce una misura compensativa all'abolizione delle frontiere interne allo "spazio Schengen"; è corredato dagli uffici SIRENE (costituiti in ciascuno Stato membro). Vi hanno accesso tutti gli Stati membri che partecipano anche ad Europol e Eurojust.

²³³ Il Sistema d'informazione visti (VIS) (v. *supra*, par. 3.1) è un sistema informatizzato costituito da una sezione nazionale (presso ciascuno Stato partecipante, anche non membro dell'Unione) e da un'unità di supporto tecnico: a fini di prevenzione di fatti di terrorismo e di altri gravi forme di criminalità, ha come compito il confronto biometrico delle impronte digitali utile alla verifica dell'identità dei titolari di visto alle frontiere esterne dell'area coinvolta nella cooperazione: accedono a tale banca-dati le autorità nazionali competenti in materia di visti e di immigrazione, le autorità nazionali di frontiera e di polizia, nonché Europol.

²³⁴ Eurodac è istituito dal regolamento (CE) n. 343/2003, oggi rivisto dal regolamento (UE) n. 603/2013: è un sistema informatizzato di identificazione delle impronte digitali a fini di controllo dell'immigrazione irregolare a fini di prevenzione, individuazione e investigazione di condotte di terrorismo e di altri gravi reati.

²³⁵ Il Sistema di informazione doganale (SID) - istituito dalla Convenzione di "Napoli II", cit. - è utilizzato per facilitare la prevenzione, la ricerca e il perseguimento di gravi infrazioni alle norme nazionali in materia doganale. È un sistema informatizzato gestito dalla Commissione europea, al quale accedono Europol, Eurojust e le autorità nazionali competenti in materia doganale. I dati trattati consistono in: nomi (e *alias*), cittadinanza, data e luogo di nascita, sesso, segni particolari, documenti di identità, indirizzo, eventuali segnalazioni relative ad atti di violenza, dati di immatricolazione del mezzo di trasporto, motivo dell'inclusione dei dati; essi riguardano le merci, i mezzi di trasporto, le imprese, le persone, i provvedimenti di blocco, sequestro e confisca di beni e denaro. I dati SID sono conservati in un archivio (*Fichier d'Identification de Dossiers d'Enquêtes douanières - FIDE*) che consente a ciascuna autorità nazionale che avvii un'indagine in materia doganale di individuare le altre autorità nazionali che abbiano indagato su persone, imprese, attività. Con regolamento (CE) 515/97, cit., sono state predisposte AIFIS (Antifraud Information System) e CIS (Custom Information System), messi a disposizione di Olaf per la raccolta e archiviazione di dati doganali e agricoli, in funzione antifrode.

nell'Unione a presidio della sicurezza²³⁸ è costituita a livello nazionale: le norme dell'Unione intervengono per rendere possibile lo scambio di dati e informazioni fra tutte esse reciprocamente e con le autorità nazionali ed europee interessate a quei dati, prevedendosi anche il trasferimento di questi anche verso Stati terzi.

12. ... e la disciplina pertinente. In particolare: il principio di disponibilità delle informazioni

Ora, l'attività normativa alla quale sono chiamate le istituzioni dell'Unione consiste, per quanto qui interessa, nel determinare le modalità dell'attività di raccolta, archiviazione, trattamento, analisi e scambio di informazioni pertinenti secondo linee direttrici stabilite nel Trattato sul funzionamento dell'Unione, che innovano rispetto al passato: l'art. 30, n. 1, lett. b, TUE-Amsterdam, infatti, già prevedeva una stretta cooperazione in materia fra le autorità competenti ad attuare la cooperazione nel settore della polizia; ma l'art. 87 TFUE aggiunge la previsione circa la messa a disposizione dei dati, tramite lo scambio di essi fra tali autorità.

La modifica cui si è fatto cenno è già di per sé importante. Tuttavia occorre considerare che essa si inserisce in un contesto divenuto assai originale rispetto al tradizionale impianto che contraddistingue le relazioni internazionali nel settore della cooperazione di polizia. Non sono, dunque, tanto gli strumenti e le modalità impiegati nel settore della cooperazione (internazionale) di polizia a diversificare l'esperienza che va svolgendosi nell'ambito del processo di integrazione europea, poiché, come già rilevato, si tratta di strumenti e modalità che si ritrovano anche in altri ambiti istituzionali di cooperazione²³⁹. Ciò che muta è, da una parte, il fatto che tale cooperazione si inserisce in un contesto istituzionale e, da un'altra parte, che tale contesto è assai sofisticato e manifesta modalità particolari dal punto di vista strutturale, funzionale e organizzativo, anche in relazione all'assetto dei rapporti fra organi nazionali, nonché fra essi e organi e organismi europei.

Non è poi indifferente il fatto che con il Trattato di Lisbona sia stata predisposta una base giuridica di rango costituzionale e di portata generale - prima inesistente - che fonda la competenza delle istituzioni dell'Unione a intervenire nell'intera materia del trattamento automatizzato dei dati personali (con la sola eccezione del settore relativo alla politica estera di sicurezza e difesa comuni); e che tale base giuridica sia strettamente collegata alle norme - anch'esse di rango primario - stabilite entro la Carta dei diritti fondamentali²⁴⁰.

Vi è, anzitutto, la convinzione secondo la quale «il semplice fatto che l'informazione attraverso i confini non dovrebbe più assumere rilevanza» nei rapporti tra le autorità degli Stati membri²⁴¹.

Conseguentemente, attenzione preminente deve essere posta sul principio di disponibilità delle informazioni e sugli strumenti messi in campo dall'Unione in tema di raccolta, archiviazione e

²³⁶ Europol (decisione 2009/371/GAI) gestisce una banca-dati contenente principalmente informazioni sui reati (di competenza Europol) a dimensione transnazionale e sulle persone in essi coinvolte fornite dalle amministrazioni nazionali: ciascuno Stato designa (oltre all'unità nazionale di Europol - UNE) le altre autorità che possono accedere a questa piattaforma informativa.

²³⁷ Eurojust (istituito con decisione 2002/187/GAI, del 28 febbraio 2002, più volte modificato, infine con decisione 2009/426/GAI) detiene una banca-dati al fine di sostenere e potenziare il coordinamento e la cooperazione tra le autorità nazionali responsabili delle indagini e dell'azione penale, migliorando la cooperazione giudiziaria tra gli Stati membri, in particolare nella lotta contro le forme gravi di criminalità transnazionale, anche assistendo le autorità nazionali per facilitare le indagini e l'azione penale.

²³⁸ Una sintesi delle banche-dati funzionanti entro lo SIS è nella Comunicazione della Commissione in materia di *Panorama generale della gestione delle informazioni nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, COM(2010) 385 def., 20 luglio 2010: le utili tavole contenute in appendice (p. 47 ss.) indicano, a fianco del singolo strumento informatizzato, il contesto in cui è stato creato, la finalità, la struttura, i dati interessati al trattamento, le modalità di accesso, di protezione e di conservazione di essi, lo stato di attuazione della norma che lo istituisce, le prospettive di revisione. Un'integrazione di esse si rinviene nella più sintetica Comunicazione della Commissione su *Rafforzare la cooperazione in materia di applicazione della legge nell'UE: il modello europeo di scambio di informazioni (EIXM)*, COM(2012) 735 def., 7 dicembre 2012, p. 4 ss. Su di esse v. da ultimo, P. MILAZZO, *Quadro costituzionale italiano*, cit., cap. V, con particolare attenzione a Europol.

²³⁹ Concordano sulla non originalità di molte delle forme che nell'Unione europea va assumendo la cooperazione di polizia J.P. PIERINI, G. PASQUA, *Police cooperation*, cit., p. 406.

²⁴⁰ Si tratta dell'art. 16 TUE (il quale contempla l'eccezione di cui si è detto nel testo a proposito dei PES e PLED: v. art. 39 TUE) e degli artt. 7 e 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

²⁴¹ Parte 2, punto 2.1, 2° cpv. Programma dell'Aja, del 4-5 novembre 2004 (GUUE C 53, 3 marzo 2005, p. 1 ss.)

circolazione di dati a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento dei reati, nonché di esecuzione di sanzioni penali. Si tratta di un principio peraltro non completamente nuovo nel contesto europeo in quanto accolto in altri strumenti convenzionali²⁴².

Vi è, poi, da valutare la dimensione del fenomeno: l'accoglimento così pervasivo dell'utilizzo di strumenti informatici di raccolta, archiviazione, trattamento e circolazione delle informazioni costituisce la differenza qualificante. Ai sensi del Trattato di Lisbona e del Programma dell'Aja (coevo al Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, la cui disciplina in materia di cooperazione di polizia è accolta integralmente nella revisione di Lisbona) muta infatti la prospettiva di ricorso a tale principio, che da criterio di non diffuso impiego diventa la regola nelle relazioni fra le autorità incaricate dell'applicazione della legge ai fini di contrasto delle condotte di reato. Inoltre, nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia tale regola comporta l'accesso reciproco e l'interoperabilità delle banche-dati nazionali²⁴³, nonché l'accesso diretto (*on-line*) alle banche-dati dell'Unione da parte di autorità nazionali ed europee.

Si tratta di una delle tante occasioni nelle quali si concreta l'applicazione del principio di riconoscimento reciproco che, ai sensi delle Conclusioni del Consiglio europeo di Tampere del 16-17 ottobre 1999, «dovrebbe diventare il fondamento della cooperazione giudiziaria nell'Unione tanto in materia civile quanto in materia penale»²⁴⁴ e che nell'ordinamento dell'Unione ha assunto ormai portata di principio di portata costituzionale²⁴⁵; esso ha visto la propria ultima concretizzazione di diritto positivo nel regolamento (UE) n. 883/2013 che modifica i poteri di indagine di Olaf: ivi si stabiliscono regole che rispondono al criterio secondo il quale «Per il successo della cooperazione tra l'Ufficio, le istituzioni, gli organi e gli organismi dell'Unione pertinenti, le autorità competenti degli Stati membri, le autorità competenti dei Paesi terzi e le organizzazioni internazionali, dovrebbe essere organizzato un reciproco scambio di informazioni»²⁴⁶.

(A) Prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, il ricorso al principio di disponibilità delle informazioni era già stato avanzato con una logica di tipo anzitutto settoriale e spingendosi assai più in là rispetto agli auspici espressi a Tampere.

Si sono stabilite norme in materia di scambio di informazioni: tra le cd. Unità di Informazione Finanziaria (UFI) costituite in ciascuno Stato membro ai fini di contrasto del riciclaggio e di finanziamento del terrorismo, determinando l'obbligo di condivisione dei dati finanziari anche utilizzabili nelle indagini e nelle azioni penali, a meno che lo Stato di conferimento di essi non ne vieti tali ultimi usi²⁴⁷; fra gli Uffici per il recupero dei beni (ARO), anch'essi costituiti in ciascuno Stato membro con lo scopo di reperire e identificare proventi di reato sulla base di informazioni relative alle persone (fisiche e giuridiche implicate) e ai beni (immobili, conti correnti, veicoli); fra le autorità giudiziarie nazionali, le quali sono tenute a prendere in conto precedenti decisioni giudiziarie di condanna nell'occasione di un nuovo procedimento penale²⁴⁸, determinando i contenuti e le modalità dei reciproci contatti²⁴⁹ e istituendo la rete cd. ECRIS per lo scambio delle informazioni²⁵⁰; fra autorità

²⁴² V. al riguardo la Convenzione di Strasburgo dell'8 novembre 1990 *sul riciclaggio, la riserva, il sequestro e la confisca dei proventi di reato*. Nell'ambito dell'Unione europea si segnala la più volte citata Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen, al proprio art. 30, n. 1; nonché la Convenzione stabilita dal Consiglio conformemente all'articolo 34 del trattato sull'Unione europea, relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea, Bruxelles, 29 maggio 2000 (GUCE C 197, 12 luglio 2000, p. 3). Sull'importanza degli sviluppi tecnologici a fini di raccolta delle informazioni in relazione all'attività investigativa v. fra gli altri P. GULLY-IIART, *Cooperation between central authorities and police official: the changing face of international legal assistance in criminal matters*, in RIDP, 2005, p. 27 ss.

²⁴³ Per interoperabilità si intende «la capacità dei sistemi informatici, e dei processi operativi da questi supportati, di scambiare dati e di condividere informazioni e conoscenza»: COM(2005) 597, 24 novembre 2005.

²⁴⁴ Punto 33 delle suddette Conclusioni (http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_it.htm).

²⁴⁵ Su origini, sviluppi e implicazioni del principio di reciproco riconoscimento (anche per richiami ad altra importante dottrina) v. il mio *Centralità della persona e spazio di libertà, sicurezza e giustizia: il ruolo della Procura europea*, in *Studi in onore di Giuseppe Tesaurò* (di prossima pubblicazione).

²⁴⁶ Regolamento cit. (GUUE L 248, 18 settembre 2013, p. 1 ss.), punto 35 del Preambolo.

²⁴⁷ Decisione 2000/642/GAI (GUCE L 271, 24 ottobre 2000, p. 4 ss.).

²⁴⁸ Decisione quadro 2008/675/GAI (GUUE L 220, 15 agosto 2008, p. 32 ss.).

²⁴⁹ Decisione quadro 2009/315/GAI (GUUE L 93, 7 aprile 2009, p. 23 ss.).

²⁵⁰ Decisione 2009/316/GAI (*ibid.*, p. 33 ss.).

di polizia ai fini dello scambio di informazioni su reati informatici: a partire dal 2008 venne per passi successivi costruita una “piattaforma europea in materia di criminalità informatica” (sotto la responsabilità di Europol), collegata alle “piattaforme nazionali” gestite da ogni singolo Stato²⁵¹.

Si consideri, poi, la proposta della Commissione del 12 giugno 2012 di applicare lo scambio automatico dei dati delle amministrazioni fiscali nazionali a fini di lotta all'evasione fiscale, alla frode e la cosiddetta pianificazione fiscale aggressiva²⁵². La penetrazione del principio anche nell'ambito amministrativo è segnato pure dalla disciplina (per la verità assai discutibile dalla prospettiva della propria complessiva linearità applicativa) stabilita in materia di ordine europeo di protezione, che evidentemente comporta decisioni nazionali di natura non sempre penalistica né civilistica, essendo implicato un titolo giuridico destinato a circolare sulla base della qualificazione di esso data da ciascuna amministrazione nazionale²⁵³. Ugualmente deve dirsi per la disciplina stabilita in materia di infrazioni stradali²⁵⁴.

Si sono aggiunti provvedimenti sulla conservazione dei dati da parte dei gestori di servizi telefonici e di *internet*, a fini di indagine, accertamento e perseguimento di reati gravi²⁵⁵, nonché sulla protezione di essi nel quadro della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale²⁵⁶.

Ancora, si segnala la proposta di direttiva che si applica alla trasmissione dei dati relativi ai passeggeri nel traffico aereo entro lo spazio interno europeo a fini di prevenzione, accertamento, indagine e azione penale per reati di terrorismo e altri gravi condotte illecite²⁵⁷.

Nelle relazioni internazionali il principio ha preso ugualmente piede: significativi sono al riguardo gli accordi intercorsi con gli Stati Uniti d'America in materia di trasferimento di dati del codice di prenotazione (PNR)²⁵⁸ e di transazioni finanziarie dei terroristi (TFTP)²⁵⁹; in modo analogo si sta procedendo con altri Stati, quali Canada e Australia.²⁶⁰

(B) Con una finalità di portata generale – con l'intento di dare unità di indirizzi alla disponibilità delle informazioni nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia – era stata proposta l'adozione di una decisione quadro (del 12 ottobre 2005²⁶¹) sullo scambio di informazioni nell'ambito della cooperazione giudiziaria e di polizia, abbandonata per irriducibili contrasti opposti da alcuni Stati membri in sede di Consiglio dell'Unione: in verità il meccanismo di attuazione del principio di disponibilità è stato non a torto valutato come il «più audace ed avanzato» fino ad allora proposto²⁶².

Superate le difficoltà d'ordine politico sulla base di una piattaforma normativa meno coraggiosa, si poté procedere all'adozione di un provvedimento – la cosiddetta “iniziativa svedese” – in materia di

²⁵¹ V. i lavori del Consiglio “Giustizia e affari interni” del 24 ottobre 2008 e del Consiglio “Affari generali” del 26 aprile 2010.

²⁵² http://ec.europa.eu/taxation/tax_cooperation/mutual_assistance/direct_tax_directive/index_en.htm.

²⁵³ Direttiva 2011/99/UE del 13 dicembre 2011 (GUUE L 338, 21 dicembre 2011, p. 2 ss.) e regolamento (UE) n. 606/2013 del 12 giugno 2013 (*ibid.* I, 181, 29 giugno 2013, p. 4 ss.).

²⁵⁴ Direttiva (UE) 2011/82 del 25 ottobre 2011 (GUUE L 288, 5 novembre 2011, p. 1 ss.), adottata sulla base dell'art. 87, n. 2, TFUE. Interessante il dibattito che va svolgendosi fra le istituzioni europee in relazione alla base giuridica scelta (da PE e Consiglio, concordemente) per l'adozione dell'atto, contestata dalla Commissione (che privilegia l'art. 901 TFUE, in materia di sicurezza dei trasporti). Le Conclusioni (con il quale peraltro si concorda) dell'Avvocato generale Bot (adottate il 10 settembre 2013, in causa C-43/12) mettono in rilievo lo scopo della direttiva, rappresentato dall'esigenza di rendere più efficiente il sistema di contrasto delle infrazioni stradali, tramite anche una migliore azione di repressione: punto 40).

²⁵⁵ Direttiva 2006/24/CE (GUUE L 105, 13 aprile 2006, p. 54 ss.).

²⁵⁶ Decisione quadro 2008/977/GAI (GUUE L 350, p. 60 ss.).

²⁵⁷ COM(2011) 32, 2 febbraio 2011; la proposta è fortemente osteggiata dal Parlamento europeo, la cui commissione “Libe” (per le libertà civili, la giustizia e gli affari interni) ne propone il rigetto radicale (*Report* del 23 aprile 2013, PE 480.855v02-00). Questa disciplina è destinata a saldarsi con le norme convenzionali, stabilite con accordi internazionali stipulati dall'Unione con Stati terzi (*infra*, nel testo). Al proposito v. A. GUTIÉRREZ ZARZA, *Nuevas tecnologías, protección de datos personales y proceso penal*, Madrid, 2012, p. 120 ss.

²⁵⁸ V. da ultimo l'Accordo del 14 dicembre 2011 (GUUE L 215, 11 agosto 2012, p. 5 ss.).

²⁵⁹ Accordo del 28 giugno 2010 (GUUE L 195, 27 luglio 2010, p. 5 ss.).

²⁶⁰ V. infine l'Accordo con l'Australia del 29 settembre 2011 (GUUE L 186, 14 luglio 2012, p. 4 ss.). Su tutta la prassi convenzionale presa così sinteticamente in considerazione v. M. SPATTI, *Il trasferimento dei dati relativi al Passenger Name Record: gli Accordi dell'Unione europea con Australia e Stati Uniti d'America*, in DCI, 2013, p. 683 ss.

²⁶¹ COM(2005) 490 def.

²⁶² Il giudizio è di P. TROISI, *La circolazione di informazioni per le investigazioni penali nello spazio giuridico europeo*, Padova, 2012, p. 25.

semplificazione dello scambio di informazioni e *intelligence* tra le autorità degli Stati membri dell'Unione europea incaricate dell'applicazione della legge²⁶³. Con esso si sono poste le regole per lo scambio di qualsiasi dato utile in possesso delle autorità richieste sulla base vuoi del principio dell' «accesso equivalente»²⁶⁴, vuoi «su richiesta»: lo scambio di informazioni avviene tra le autorità nazionali incaricate dell'applicazione della legge, per il tramite di uno qualsiasi dei canali europei esistenti²⁶⁵; vengono coinvolte nel circuito anche Europol ed Eurojust se sono implicate condotte che ricadono nel loro ambito di competenza²⁶⁶; l'autorità richiesta deve rispondere entro termini assai stretti²⁶⁷, avendo a disposizione enumerati motivi di rifiuto della cooperazione²⁶⁸.

Al di fuori del contesto dell'Unione, intanto, sette Stati membri di essa (Germania, Spagna, Francia, Austria, Belgio, Paesi Bassi e Lussemburgo) si erano determinati a stipulare il Trattato di Prüm del 27 maggio 2005, relativo all'approfondimento della cooperazione transfrontaliera, in particolare allo scopo di contrastare il terrorismo, la criminalità transfrontaliera e la migrazione illegale, accogliendo il principio di disponibilità delle informazioni al fine di rendere maggiormente efficace la cooperazione fra le autorità nazionali incaricate dell'attività di prevenzione del crimine transnazionale²⁶⁹. La disciplina di esso è ora incorporata entro l'Unione con decisione 2008/615/GAI²⁷⁰: essa stabilisce le modalità di scambio transfrontaliero di profili DNA, impronte digitali, dati di immatricolazione dei veicoli, informazioni relative a persone sospette di terrorismo e a ogni evento considerato rilevante a fini di prevenzione dei reati e mantenimento della pubblica sicurezza, dati che gli Stati membri sono tenuti a conservare in una propria dedicata banca-dati. Lo scambio avviene sulla base di una duplice procedura a seconda dei dati oggetto del trasferimento: su «accesso diretto» alle singole banche nazionali ad opera del punto di contatto nazionale²⁷¹, ovvero «su richiesta»²⁷².

Resta da dire che la normativa adottata per le questioni che coinvolgono lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia non avrebbe dovuto avere, ai sensi dell'assetto precedente al Trattato di Lisbona, punti di sovrapposizione con la disciplina stabilita per il mercato interno, stante la divisione in «pilastri» delle competenze allora esercitate nell'ambito dell'Unione. Viceversa, una certa confusione si è verificata. Infatti, a proposito del mercato interno rilevava (e rileva) la disciplina stabilita con direttiva 95/46/CE, preordinata a dettare un regime generale per la protezione dei dati personali trattati in via automatizzata per quest'ambito²⁷³; ad essa si affiancava (l'imperfetto è d'obbligo, vista la pronuncia di invalidità intervenuta con sentenza della Corte di giustizia²⁷⁴) la direttiva 2006/24/CE relativa alla conservazione di dati generali o trattati nell'ambito della fornitura di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico o di reti pubbliche di comunicazione²⁷⁵, con lo scopo espresso di armonizzare le regole nazionali a garanzia del miglior funzionamento del mercato interno in questo specifico ambito, ma in definitiva preordinata – come da essa stessa contemplato²⁷⁶ – al contrasto di gravi condotte di criminalità: ciò che ha determinato, appunto, una scarsa chiarezza nella ripartizione

²⁶³ Decisione quadro 2006/960/GAI (GUUE L 386, 29 dicembre 2006, p. 89 ss.).

²⁶⁴ Per il quale v. *infra*, par. 13, testo all'altezza dell'esponente di nota 291.

²⁶⁵ *Supra*, in apertura par. 3.2.

²⁶⁶ Artt. 3, 5 e 6 decisione ult. cit.

²⁶⁷ Art. 4 (la tempistica di risposta è compresa fra le otto ore e i quattordici giorni).

²⁶⁸ Art. 10: il diniego può essere opposto se vi è pregiudizio per la sicurezza nazionale o di persone fisiche, per indagini od operazioni di *intelligence* già avviate nello Stato richiesto, ovvero se la richiesta sia sproporzionata o irrilevante.

²⁶⁹ GURI 13 luglio 2009, n. 160, suppl. ord. n. 108. In argomento v. ancora P. MILAZZO, *Quadro costituzionale italiano*, cit., p. 227 ss.

²⁷⁰ Decisione del 23 giugno 2008, *sul potenziamento della cooperazione transfrontaliera, soprattutto nella lotta al terrorismo e alla criminalità transfrontaliera*, in GUUE L 210, 6 agosto 2008, p. 1 ss.

²⁷¹ Artt. 6 e 12 decisione ult. cit.

²⁷² Art. 13 decisione ult. cit.; l'atto è accompagnato dalla decisione 2008/616/GAI, che contiene misure necessarie all'attuazione della decisione 2008/615/GAI.

²⁷³ GUCE I, 281, 23 novembre 1995, p. 31 ss.

²⁷⁴ *Infra*, par. 15-16.

²⁷⁵ La direttiva introduce deroghe al regime generale stabilito per il mercato interno in materia di comunicazioni elettroniche dalla direttiva 2002/58/CE.

²⁷⁶ Ai sensi dell'art. 1, par. 1, della direttiva, essa «ha l'obiettivo di armonizzare le disposizioni degli Stati membri relative agli obblighi, per i fornitori di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico o di una rete pubblica di comunicazione, relativi alla conservazione di determinati dati da essi generati o trattati, allo scopo di garantirne la disponibilità a fini di indagine, accertamento e perseguimento di reati gravi, quali definiti da ciascuno Stato membro nella propria legislazione nazionale» (il corsivo è aggiunto); v. anche i *consideranda* nn. 9 e 21.

delle responsabilità fra primo e terzo “pilastro”, oggi peraltro eliminata dalla generale base giuridica contemplata nell’art. 16 TFUE.

E’ stata infine istituita un’agenzia *per la gestione operativa dei sistemi IT su larga scala nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia*²⁷⁷, ai fini di un «esercizio efficace, sicuro e continuo» e di una «gestione efficiente e finanziariamente responsabile» del sistema, di una «qualità adeguatamente elevata», di «continuità e (...) servizio ininterrotto», di un «livello elevato di protezione (...) e di sicurezza dei dati»²⁷⁸. Si tratta di un organismo dell’Unione dotato di personalità giuridica²⁷⁹, responsabile della gestione operativa di SIS II, VIS e Eurodac e di eventuali altri sistemi IT nello SI.SG²⁸⁰, così da assicurare sinergie fra tutti essi²⁸¹.

Nonostante tale tentativo di razionalizzazione, in ambito europeo si avverte l’esigenza di rendere più coerente l’approccio utilizzato nella circolazione delle informazioni, propendendo a individuare in capo a Europol un ruolo centrale, come canale privilegiato per raccogliere informazioni provenienti dalle altre autorità europee incaricate di compiti investigativi: ciò dovrebbe poter garantire, a parere della Commissione²⁸², un’efficacia degli strumenti informatici e dell’attività di contrasto delle condotte di criminalità maggiore rispetto a quanto consentito dall’attuale approccio, valutato come assai dispersivo. Il tentativo è quello di mettere in campo un «modello europeo di scambio di informazioni»²⁸³, improntato anche a «maggior rigore (...) che preveda sanzioni credibili per assicurare il rispetto delle norme europee» anche nei rapporti con Stati terzi²⁸⁴.

III. LE IMPLICAZIONI PER IL RISPETTO DEI DIRITTI DELLA PERSONA

13. I principi applicati entro l’ordinamento dell’Unione

La cornice entro la quale deve mantenersi la disciplina delle banche-dati utilizzate nella cooperazione entro lo spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia è determinata, anzitutto, dal principio di sussidiarietà²⁸⁵, secondo il quale è necessario valutare preventivamente se le istituzioni dell’Unione non debbano astenersi dall’adottare una disciplina comune quando il livello di governo nazionale sia più indicato. A questo proposito la Commissione ha accertato di recente la complessiva efficienza del sistema di scambio delle informazioni funzionali allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia e la sua sufficienza, non ravvisandosi «la necessità – a questo stadio – di introdurre a livello dell’UE nuove banche dati o nuovi strumenti per lo scambio di informazioni nel settore della lotta alla criminalità»²⁸⁶.

Un secondo indefettibile principio è costituito dall’obbligo del rispetto dei diritti fondamentali della persona da parte della normativa dell’Unione, all’atto della sua applicazione entro l’Unione stessa ed entro gli Stati membri²⁸⁷. I parametri di riferimento sono costituiti dall’art. 8 della Convenzione europea di salvaguardia (con il quale concorre la pertinente Convenzione europea del 28 gennaio 1981²⁸⁸) e dagli artt. 16 TFUE, nonché 7 e 8 della Carta dei diritti fondamentali (con la quale concorrono le tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e i principi generali del diritto

²⁷⁷ Regolamento (UE) n. 1077/2011 del 25 ottobre 2011 (GUUE L 286, 1° novembre 2011, p. 1 ss.).

²⁷⁸ Art. 2, lett. a-f, regolamento ult. cit.

²⁷⁹ Art. 10 regolamento ult. cit.

²⁸⁰ Art. 1, nn. 2-3, regolamento ult. cit.

²⁸¹ 5° *considerando* regolamento ult. cit.

²⁸² Siffatta valutazione della Commissione è espressa in COM(2012) 735 dcf., cit., p. 11.

²⁸³ *Supra*, nota 238.

²⁸⁴ European Commission IP/14/70, del 28 gennaio 2014.

²⁸⁵ Art. 5 TUE.

²⁸⁶ COM(2012) 735, cit., p. 2.

²⁸⁷ Esemplicativamente v. Part. 28 del regolamento (UE) n. 1077/2011, cit., rinvia alla disciplina contenuta nel regolamento (CE) 45/2001, del 18 dicembre 2000 (GUCE L 8, 12 gennaio 2001, p. 1 ss.), in materia di protezione dei dati personali.

²⁸⁸ *Convention pour la protection des personnes à l’égard du traitement automatisé des données à caractère personnel*, n. 108.

germinati da queste e dalla giurisprudenza applicativa della Convenzione di salvaguardia dei diritti e delle libertà fondamentali).

I principi generalissimi espressi in queste disposizioni hanno trovato concretizzazione nella normativa di diritto positivo, che utilizza oggi l'approccio detto della *Privacy by Design*: elaborato a partire dal parere del Garante europeo della protezione dei dati personali del 2010, esso pretende che «privacy and data protection are embedded within the entire life cycle of the technology, from the very early design stage, right through to their ultimate deployment, use and ultimate disposal»²⁸⁹. Tutto ciò si traduce nelle norme peraltro già vigenti) secondo le quali, quanto all'attività di raccolta e trattamento delle informazioni, ogni sistema informatizzato può ottenere e trattare in modo leale soltanto le informazioni utili a conseguire la finalità per la quale esse sono raccolte, al fine di perseguire uno scopo legittimo (che, nello spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia, è rappresentato dall'esigenza di perseguire la sicurezza nazionale, la pubblica sicurezza e la prevenzione dei reati: cd. *test* di necessità), secondo il criterio dell'accesso "stretto" (cd. *test* di proporzionalità), consentendo l'esercizio del diritto di accesso, di opposizione e di ricorso giurisdizionale a vantaggio delle persone interessate²⁹⁰. Quanto allo scambio delle informazioni, si applica il principio dell'«accesso equivalente», secondo il quale queste possono (e devono, se del caso) essere fornite dallo Stato richiesto alle autorità richiedenti a condizione che non siano più severe di quelle applicate a livello nazionale²⁹¹. Quando lo scambio intervenga fra autorità di polizia, doganali e di *intelligence* verso autorità giudiziarie, si applica il principio secondo il quale tale materiale non può costituire fonte di prova, facendosi obbligo alle autorità richiedenti di rivolgersi all'autorità giudiziaria dello Stato richiesto, quando ciò sia necessario in analoga situazione che ricorra per i casi domestici²⁹².

14. A proposito di sicurezza *versus* libertà

Le soluzioni giuridiche adottate a quest'ultimo riguardo sono reputate utili a superare o almeno a mitigare gli ostacoli che affliggono la cooperazione transfrontaliera degli organi e organismi coinvolti, che in via generale soffre delle limitazioni determinate dalla perdurante sovranità nazionale, particolarmente presidiata nell'occasione di situazioni suscettibili di coinvolgere la sicurezza interna e internazionale dello Stato. La funzionalità dei sistemi informatizzati descritti è evidente: la raccolta e l'archiviazione non manuali di dati consente una più efficiente conoscenza dei fattori di rischio per la sicurezza pubblica. Nella stessa direzione dell'efficienza milita il rapporto di stretto coordinamento fra tutte le autorità (nazionali ed europee) preposte all'attività di applicazione della legge entro gli Stati membri, entro l'Unione e anche nei rapporti con Stati terzi, come auspicato dalla disciplina europea: tramite l'utilizzo di sistemi informatici «[l]e autorità di contrasto della criminalità si scambiano informazioni [in modo maggiormente efficace ed efficiente] per (...) lo svolgimento di indagini penali, la prevenzione del crimine, l'individuazione dei reati (...) e il mantenimento dell'ordine e della sicurezza pubblica»²⁹³.

Tuttavia il rafforzamento della dimensione securitaria dell'Unione conseguito nello spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia mediante l'utilizzo di tali sistemi informatici e la stretta reciproca collaborazione fra tutte le autorità coinvolte nell'applicazione della legge devono far riflettere sulla compatibilità fra siffatte modalità di cooperazione e rispetto dei diritti della persona coinvolta. Non a caso è stato affermato in giurisprudenza che «in linea di principio qualsiasi trattamento dei dati

²⁸⁹ Opinion of the European Data Protection Supervisor on *Promoting Trust in Information Society by Fostering Data Protection and Privacy*, 18 marzo 2010, par. 6 e 19.

²⁹⁰ Tale complesso di principi è riflesso negli artt. 6-7, 12, 14 e 22 della direttiva 95/46/CE, cit., e ben inquadrato nelle Conclusioni dell'Avv. gen. Mengozzi, in causa C-291/12, *Schwarz*, punto 39. Al proposito, anche per il richiamo a norme internazionali di portata universale, si rinvia da ultimo a M. SPATTE, *Il trasferimento dei dati*, cit., p. 687 ss.

²⁹¹ Decisione quadro 2006/960/GAI, cit.

²⁹² Decisione quadro ult. cit., art. 1, n. 4.

²⁹³ COM(2012) 735, cit., p. 3.

personali effettuato da un terzo è idoneo a costituire pregiudizio a tali diritti»²⁹⁴. A maggior ragione una raccolta su larga scala di dati personali mette a rischio l'integrità e la correttezza nell'archiviazione delle informazioni. E una così diffusa, pervasiva, rapida circolazione di dati può pregiudicare il rispetto di alcuni diritti fondamentali della persona: il travaso di informazioni da una banca-dati all'altra e l'incrocio fra esse possono infatti incidere negativamente sul diritto alla riservatezza; il passaggio di informazioni dall'attività di *intelligence*, a quella di polizia e doganale, infine a quella penale rischia di contraddire i principi dell'equo processo e di contravvenire al principio del rispetto delle finalità per le quali i dati vengono raccolti e trattati.

Ciò introduce al nocciolo duro della questione, quello che riguarda il bilanciamento fra diritti fondamentali della persona implicata nel trattamento automatizzato dei dati personali²⁹⁵, bilanciamento reso necessario dalla non assolutezza che essi rivestono. Si tratta di un bilanciamento reso oltremodo complesso anche a motivo del fatto che diritto alla sicurezza individuale e collettiva e diritti fondamentali implicati nel trattamento automatizzato dei dati personali sono termini non omogenei, sostanziandosi in responsabilità delle autorità pubbliche che implicano, l'uno, obblighi di risultato, l'altro, obblighi di mezzi²⁹⁶.

Non serve, al proposito, confermare antichi steccati e, dunque, interrogarsi sul se la sicurezza individuale e collettiva sostanzii un diritto fondamentale dotato di propria autonomia o meno. La negazione di tale qualità, nel passato ideologicamente fondata²⁹⁷, era sostenuta anche utilizzando la rubrica dell'art. 5 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, secondo cui ogni persona ha «diritto alla libertà e alla sicurezza». Non vi è dubbio, infatti, che nella prospettiva degli accordi internazionali stipulati a tutela di diritti individuali i due termini devono essere intesi come privi di reciproca autonomia, considerandosi la sicurezza una modalità di rafforzamento del diritto alla libertà personale: insomma, allorché si tratta dei limiti che possono essere legittimamente introdotti alla libertà personale, nella stessa norma si vuole affermare l'esigenza che questi si informino al criterio della non arbitrarietà.

Nel caso ci si situa entro una nozione di sicurezza assai limitata, quella appunto connessa all'altrettanto limitato significato di libertà ivi considerato, quello della libertà dagli arresti²⁹⁸.

Questo approccio nulla ha a che vedere con la dimensione, rispettivamente, di libertà e di sicurezza che qui si utilizza e che sostanzia l'obiettivo dell'Unione europea di costruire uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia. I due termini identificano due ambiti paritari nei quali, in modo reciprocamente correlato, pubbliche autorità nazionali ed europee concorrono a stabilire le regole della libera circolazione delle persone e del godimento da parte di esse di diritti e libertà fondamentali, ivi compreso il diritto individuale e collettivo alla sicurezza²⁹⁹.

²⁹⁴ Concordano sul punto sia la Corte del Lussemburgo (la citazione nel testo è tratta dalla sentenza di questa Corte del 17 ottobre 2013, causa C-291/12, *Schwarz*, punto 25), che la Corte di Strasburgo: v. le sentenze del 4 dicembre 2008, *J. e Marper c. Regno Unito*, ric. nn. 30562/04 e 30566/04, punto 86; e del 18 aprile 2013, *M.K. c. Francia*, ric. n. 19522/09, punto 21, secondo la quale ultima «la conservazione, in uno schedario tenuto dalle autorità nazionali, delle impronte digitali di un individuo identificato o identificabile costituisce un'ingerenza nel diritto al rispetto della vita privata». Altra significativa giurisprudenza della Corte EDU è rappresentata dalle sentenze del 26 marzo 1987, *Laeder c. Svezia*, ric. n. 9248/81; del 16 febbraio 2000, *Amann c. Svizzera*, ric. n. 27798/95; e del 4 maggio 2000, *Rotaru c. Romania*, ric. n. 28341.

²⁹⁵ Sulle specificità della tutela dei diritti della persona nello spazio penale europeo v. D. RINOLDI, *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, cit., p. 124 ss.; L. PISTOLA, *Diritti fondamentali e cooperazione penale tra Stati membri dell'Unione europea*, in A. CEFALITO (a cura di), *Processo costituente europeo e diritti fondamentali*, Torino, 2004, p. 329 ss.

²⁹⁶ Al riguardo ci si permette di rinviare a N. PARISI, *Lo statuto europeo dello straniero: il contributo della giurisprudenza internazionale e nazionale*, in B. MONTANARI (a cura di), *La costruzione dell'identità europea: sicurezza collettiva, libertà individuali e modelli di regolazione sociale*, tomo II, Torino, 2013, specific. p. 186.

²⁹⁷ Fra i tanti v. A. BARATTA, *Diritto alla sicurezza o sicurezza dei diritti?*, in M. PALMA, S. ANASTASIA (a cura di), *La bilancia e la misura*, Milano, 2001. Ripropone il problema in tempi a noi più vicini M. DOGLIANI, *Il volto costituzionale della sicurezza*, in G. COCCO (a cura di), *I diversi volti della sicurezza*, Milano, 2012, pp. 6 e 8-9.

²⁹⁸ Così per tutti M. GIALUZ, *Art. 5*, in S. BARTOLF, P. DE SENA, V. ZAGREBEJ-SKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2012, pp. 107-109. A una simile conclusione si perviene anche sulla base della *Guide on Article 5 - Right to Liberty and Security, Article 5 of the Convention*, predisposta dal Consiglio d'Europa, Strasbourg, 2012, p. 7, par. II.1.

²⁹⁹ Sulla qualificazione di libertà e di sicurezza nello spazio europeo v. (oltre a D. RINOLDI, *Lo spazio di libertà*, cit., cap. I) K. TUORI, *Chapter 2. A European Security Constitution?*, in M. FICHERA, J. KREMER (eds.), *Law and Security in Europe: Reconsidering the Security Constitution*, Cambridge-Antwerp-Portland, 2013, p. 39 ss., specific. p. 72 ss.

Il bilanciamento fra i due ordini di diritti nello spazio europeo di giustizia penale deve avvenire alla stregua, rispettivamente dell'art. 8, n. 2, CEDU e dell'art. 52, n. 1, Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, che utilizzano la stessa tecnica di soluzione dei possibili conflitti fra diritti confliggenti: si tratta, dunque, di valutare la base legale dell'ingerenza, nonché la sua necessità e proporzionalità nel contesto di una società democratica. Il bilanciamento è una categoria giuridica che si applica al caso concreto, e dunque non è possibile tracciare una gerarchia fra libertà e sicurezza, anche nel caso della compressione che alla prima deriva dall'esigenza di dotare le autorità pubbliche di strumenti tecnologicamente avanzati di investigazione e prevenzione dei reati.

15. La giurisprudenza internazionale europea in materia

Proprio nell'attività delle Corti europee intervenuta a valutare la regolarità, necessità, proporzionalità e legittimità delle misure limitative del diritto alla riservatezza dei propri dati – dunque nella prassi applicativa delle norme europee in materia – emergono taluni aspetti di inadeguatezza rispetto agli *standard* richiesti tanto dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo quanto dalle fonti che nell'Unione europea con essa concorrono nella tutela del diritto. Sia la Corte di Strasburgo, alla luce dell'art. 8 CEDU, che la Corte del Lussemburgo, alla luce degli artt. 7-8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, hanno affrontato la questione³⁰⁰, con un'evidente concordanza nell'approccio e nelle soluzioni giuridiche. Diversamente, peraltro, potrebbe difficilmente essere dal momento che, ai sensi della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, quando essa contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione di salvaguardia, «il significato e la portata degli stessi sono uguali»³⁰¹; il *Praesidium*, infine, ne ha accertato la corrispondenza³⁰².

Se il principio di legalità e la legittimità dello scopo sono stati diffusamente riconosciuti come complessivamente osservati³⁰³, le censure delle due Corti si sono ad oggi concentrate sull'impiego non corretto del margine di apprezzamento di cui, in principio, godono le autorità pubbliche (nazionali ed europee) nel ricorso a ingerenze pur in via di principio legittime.

Così, a proposito dell'assetto stabilito dal Trattato di Prüm - la cui disciplina è, come noto, oggi trasfusa nella decisione quadro 615/2008/GAI – la Corte di Strasburgo osserva che «il carattere generale ed indifferenziato con cui opera il meccanismo di conservazione delle impronte digitali, dei campioni di cellule e dei profili di DNA di individui sospettati (...) non (...) poi condannati (...) non garantisce un corretto bilanciamento dei concorrenti interessi pubblici e privati in gioco; (...) lo Stato convenuto ha oltrepassato qualsiasi margine di apprezzamento in proposito (...) [ricorrendo a un'] ingerenza sproporzionata (...) non (...) necessaria in una società democratica»³⁰⁴.

³⁰⁰ La giurisprudenza della Corte EDU è richiamata in nota 290. Senza pretese di esaustività la giurisprudenza della CGUE è costituita dalle sentenze: 18 dicembre 2007, causa C-137/05, *Irlanda c. Consiglio dell'Unione europea* (sulle norme in materia di caratteristiche di sicurezza e sugli elementi biometrici di passaporti e documenti di viaggio); del 16 dicembre 2008, causa C-524/06, *Huber* (sul criterio della necessità del trattamento dei dati personali); 26 ottobre 2010, causa C-482/08, *Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord* (in materia di accesso al sistema di informazione visti-VIS); 20 novembre 2010, cause riunite C-92-09 e C-93/09, *Schebecke GbR e Eifert* (che affronta la questione del bilanciamento fra diritto alla protezione dei dati personali e interessi di portata generale, nel caso rappresentati dall'esigenza di garantire trasparenza nell'assegnazione di finanziamenti comunitari); 30 maggio 2013, causa C-342/12, *Worten* (sulla nozione di dati personali e di loro trattamento); 17 ottobre 2013, causa C-291/12, *Schwarz* (in materia di legittimità della rilevazione delle impronte digitali a fini di rilascio di passaporto); sono al momento sottoposti all'attenzione della Corte di giustizia quattro rinvii pregiudiziali (in cause C- da 446 a 449/12) in materia di utilizzo dei dati biometrici raccolti per passaporti e documenti di viaggio a fini diversi da quelli previsti. Una interessante rassegna della giurisprudenza delle due Corti europee in materia di sicurezza è proposta da M. FICHERA, *Chapter 3. Security Issues as an Existential Threat to the Community*, in M. FICHERA, J. KREMPER (eds.), *Law and Security in Europe*, cit., p. 85 ss.

³⁰¹ Art. 52, n. 3, Carta diritti fondamentali UE.

³⁰² *Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali*, sub Art. 8.

³⁰³ Sentenze Corte EDU, *S. e Marper c. Regno Unito*, cit., rispettivamente punto 97 (anche se la Corte riscontra che le norme sono formulate «in termini piuttosto generici» e si prestano «a una interpretazione eccessivamente larga»: punto 99) e punto 100; e CGUE, *Schebecke GbR e Eifert*, cit., punti 35, 38 e 45. Diversamente potrebbe accadere se la CGUE accoglierà le acute considerazioni dell'Avvocato generale Cruz Villalón (del 12 dicembre 2013, cit.) relativamente al fondamento legale dell'ingerenza nella vita privata attuata con la disciplina stabilita nella direttiva (CE) 2006/24 (punti 108-132).

³⁰⁴ Sentenza Corte EDU nel caso *S. e Marper*, cit. punto 125.

In altra situazione la Corte di giustizia dell'Unione ha ugualmente ricostruito un non corretto uso del margine di apprezzamento nella normativa comunitaria. Si trattava nel caso - che non riguarda la cooperazione di polizia ma mette in campo principi fondamentali nel trattamento dei dati personali - di trovare il giusto bilanciamento fra il diritto dei singoli alla riservatezza e l'esigenza pubblica costituita dalla pubblicazione di informazioni dei beneficiari di fondi PAC. Quest'ultima è definita dalla Corte di giustizia misura «“necessaria in una società democratica”, in quanto risponde a un'esigenza sociale imperativa (...) [promuovendo] (...) la trasparenza del processo democratico [che] costituisce un “fondamento legittimo” del trattamento dei dati (...) e rientra tra le “finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione”»³⁰⁵. Nonostante questa valenza, la Corte ha concluso nel senso che la normativa dell'Unione non rispetta il principio di proporzionalità fra regime della pubblicità e scopo che essa si propone di conseguire, concludendo che le istituzioni avrebbero dovuto individuare «un tipo diverso di pubblicazione», meno intrusivo e più appropriato in relazione alla tutela della riservatezza delle persone beneficiarie dei pubblici finanziamenti³⁰⁶.

Ugualmente per il mancato rispetto del principio di proporzionalità si è pronunciata la Corte di giustizia con la recentissima sentenza in cause riunite C-293/12 e C-594/12³⁰⁷, che ha dichiarato invalida (su rinvio pregiudiziale) la disciplina europea stabilita in materia di raccolta, trattamento, trasferimento e conservazione di tutti i dati del traffico telefonico e di *internet* nei confronti di tutti gli abbonati e gli utilizzatori di servizi di comunicazione elettronica e di reti di comunicazione³⁰⁸. Ciò che la Corte di giustizia ha nel caso stigmatizzato è la sproporzione di una generalizzata (a tutti gli strumenti di comunicazione elettronica) e indiscriminata (nei confronti di tutti gli utilizzatori di esse) raccolta di meta-dati, la cui conservazione era, inoltre, resa obbligatoria per un periodo compreso (a discrezione di ciascuno degli Stati membri) fra i sei e i ventiquattro mesi³⁰⁹. Tanto che ora c'è da chiedersi se non debbano essere riviste tutte le disposizioni, anche di natura convenzionale³¹⁰, vigenti nell'ordinamento dell'Unione e affette da analoga sproporzione fra ingerenza necessaria dell'autorità pubblica e rispetto dei diritti delle persone.

In altra situazione ancora, la Corte di giustizia europea ha viceversa accertato un corretto utilizzo del margine di apprezzamento da parte delle norme comunitarie relative alla raccolta e archiviazione dei dati necessari al rilascio del passaporto biometrico³¹¹. L'occasione si è anche utilmente proposta per valutare il rispetto del principio secondo il quale i dati devono essere utilizzati ai soli fini stabiliti in relazione alla loro raccolta³¹².

Quanto all'autorità nazionale garante della riservatezza, la censura della Corte di giustizia è intervenuta a proposito del mancato rispetto da parte di uno Stato membro delle caratteristiche di indipendenza di cui essa deve godere, ai sensi della direttiva 1995/46/CE: avendo posto anticipatamente fine al mandato del commissario incaricato della protezione dei dati personali (al quale è seguita l'adozione di una legge che riserva al Presidente della Repubblica la nomina di questi), la Corte sostiene che l'Ungheria abbia violato il principio di indipendenza delle autorità responsabili della protezione dei dati personali, principio che obbliga gli Stati membri a rispettare la durata del mandato ad esse conferito³¹³. Il caso ha riguardato, come si comprende, il mercato interno e tuttavia si segnala per la propria significatività alla luce della riforma avviata nell'Unione e fondata su di una base giuridica generale quale è l'art. 16 TFUE: la sentenza è certamente una precisa indicazione circa le qualità di cui devono godere le autorità preposte alla protezione dei dati personali.

³⁰⁵ Sentenza CGUE, nel caso *Schecke GbR e Eifert*, cit., punto 95.

³⁰⁶ Sent. ult. cit., punti 118 e 121.

³⁰⁷ Sentenza 8 aprile 2014, *Digital Rights Ireland Ltd./Kärntner Landesregierung e altri*.

³⁰⁸ Direttiva 2006/24/CE, cit.

³⁰⁹ Punti 44-64 sent. ult. cit.

³¹⁰ Per le quali v. *supra*, par. 12 (A).

³¹¹ CGUE, sentenza *Schwarz*, cit., punti 53-54.

³¹² CGUE, sentenza *Schwarz*, cit., punto 61.

³¹³ CGUE, sentenza 8 aprile 2014, causa C-288/12, *Commissione c. Ungheria*.

Vi sono altre questioni che, a parere di chi scrive, si segnalano come sensibili e richiederebbero l'intervento chiarificatore delle giurisdizioni internazionali europee: prima fra tutte quella che non a caso determina la necessità di modifica del regolamento (UE) 515/97, in particolare del suo art. 12 che individua le condizioni di ammissibilità del materiale raccolto a fini investigativi nello Stato richiesto e trasmesso allo Stato richiedente a fini di suo utilizzo nei procedimenti amministrativi e giudiziari. La questione merita un'attenzione maggiore di quanta ad oggi riservata³¹⁴, al fine - come riconosce la stessa Commissione europea - di «eliminare l'attuale incertezza giuridica in merito alla possibilità di utilizzare le informazioni raccolte nell'ambito della mutua assistenza come elementi di prova nei procedimenti nazionali»³¹⁵. Ancora, ci si dovrebbe meglio interrogare sulla differente portata dei diritti (e delle relative ingerenze) espressi, rispettivamente, negli artt. 7 e 8 della Carta dei diritti fondamentali, potendosi giungere a soluzioni giuridiche che, pur riconoscendo la legittimità della restrizione determinata dalla raccolta e dal trattamento dei dati personali, si debba però concludere che essa nel caso possa non essere in relazione al rispetto di quel nocciolo duro costituito dalla tutela della vita privata³¹⁶.

IV. LA RIFORMA DEL SISTEMA EUROPEO DI TRATTAMENTO AUTOMATIZZATO DEI DATI PERSONALI

16. Primi rilievi sulla prospettata riforma in materia

La problematicità della tutela dei diritti fondamentali implicati nel trattamento dei dati personali è dunque presente alle istituzioni dell'Unione³¹⁷: si avverte un'attenzione (conseguente a una diffusa preoccupazione) anche favorita dalle censure emerse dalla giurisprudenza delle Corti europee³¹⁸ e dalla costante attività consultiva ricoperta dal comitato "Articolo 29", il Garante europeo della protezione dei dati, istituito a partire dall'omonimo articolo della direttiva 95/46/CE³¹⁹. Si tratta indubbiamente di un terreno privilegiato per la verifica della tenuta dei principi dello Stato di diritto entro l'Unione europea.

È stata così avviata una complessiva riforma dell'intero regime giuridico di trattamento dei dati personali in relazione alle situazioni ricadenti tanto nell'ambito civile e amministrativo, quanto nelle attività di cooperazione giudiziaria penale e di polizia. Essa si articola su due diversi atti normativi: un regolamento che dovrebbe sostituire la disciplina di portata generale stabilita con la direttiva 95/46/CE e applicarsi specificamente al mercato interno; una direttiva indirizzata a dettare norme per le questioni relative alla sicurezza interna e internazionale di Unione e Stati membri³²⁰. Di una tale riforma si avverte, a maggior ragione, l'urgenza oggi, a motivo della pronuncia di invalidità della disciplina

³¹⁴ Per una critica puntuale alla prassi nazionale in materia si richiama il solo J.A.E. VERVAEIJ, *Terrorismo versus scambio di informazioni tra intelligence e autorità investigative giudiziarie*, cit.

³¹⁵ Comunicazione sulla *Modifica il regolamento (CE) n. 515/97 del 13 marzo 1997*, COM(2013) 796 cit., punto 3.4.2.

³¹⁶ Lo si è fatto nel caso *Volker*, cit., punti 52 ss.; lo si sta facendo nel corso del procedimento aperto davanti alla CGUE in cause riunite C-293/12 e C-294/12, cit.: per la questione implicata v. le Conclusioni dell'Avvocato generale Cruz Villalón, cit., punto 62 ss.

³¹⁷ COM(2012)09 def., p. 13.

³¹⁸ A proposito delle quali v. immediatamente dopo nel testo.

³¹⁹ V., fra gli altri, *The Future of Privacy. Joint Contribution to the Consultation of the European Commission on the legal Framework for the Fundamental Rights to Protection of Personal Data*, 1 December 2009, 02356/09/EN, WP 168; Parere 10/2011 sulla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sull'uso dei dati del codice di prenotazione ai fini di prevenzione, accertamento, indagine e azione penale nei confronti dei reati di terrorismo e dei reati gravi, 5 aprile 2011, 00664/11/IT, WP 181; Opinion of the European Data Protection Supervisor on the Joint Communication of the Commission and of the High representative of the European Union for Foreign Affairs and Security Policy on a "Cyber Security Strategy of the European Union: an Open, Safe and Secure Cyberspace", and on the Commission proposal for a Directive concerning measures to ensure a high common level of network and information security across the Union, 14 June 2013, punti 31-34. Sull'intera problematica v. F. BOEHM, *Information Sharing and Data Protection in the Area of Freedom, Security and Justice*, Berlin-Heidelberg, 2012; e M. KATAFA-GBANDI, *Harmonisation of Criminal Procedure on the Basis of Common Principles: the EU's Challenge for Rule-of-Law Transnational Crime Control*, in C. FIJNAUT, J. OUVWERKERK (eds.), *The Future of Police and Judicial Cooperation in the European Union*, Leiden, 2010, pp. 366-369.

³²⁰ V. le Comunicazioni della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Salvaguardare la privacy in un mondo interconnesso. Un quadro europeo della protezione dei dati per il XXI secolo*, COM(2012)9 def., e sulla Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio *concernente la tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, e la libera circolazione di tali dati*, COM(2012)10 def., entrambe del 25 gennaio 2012.

contemplata nella direttiva 2006/24/CE, che ha riconsegnato agli Stati membri la competenza a legiferare in materia in attesa che l'Unione eserciti nuovamente la propria³²¹.

I caratteri salienti del complesso normativo proposto, con particolare riguardo alla tutela dei diritti della persona implicata nelle attività di cooperazione giudiziaria penale e di polizia, consistono anzitutto nel fatto che il nuovo regime complessivamente inteso si applicherà al trattamento tanto nazionale che transnazionale di dati personali: riducendo le differenze fra legislazioni nazionali, questo approccio dovrebbe poter garantire una maggior certezza del diritto entro l'intera Unione e una maggior fiducia fra amministrazioni nazionali, agevolando la cooperazione nell'attività di contrasto del crimine. La proposta di direttiva intende dettare un livello uniforme ed elevato di protezione dei dati, individuando specificità per i singoli settori della cooperazione giudiziaria penale e di polizia, stabilendo criteri armonizzati per il trattamento dei dati, distinguendo le modalità del trattamento in relazione alle diverse categorie delle persone implicate, determinando le condizioni del trasferimento dei dati verso Paesi terzi.

Trascorsi due anni dalle proposte della Commissione, la riforma si trova in uno stadio non così avanzato da poter consentire valutazioni definitive sui suoi contenuti³²². Al momento il Consiglio ha predisposto un testo di compromesso che accoglie tutti i principi fondamentali in tema di protezione dei dati personali³²³. È fatto proprio (sebbene con qualche aggiustamento) l'approccio – cd. “by design” – contenuto nella proposta di regolamento della Commissione, secondo il quale «the notification obligation [accepted in Directive 95/46/EC] is abolished, and replaced by procedure and mechanism which focus (...) on processing operations likely to present specific risks to the rights and freedom of data subjects»³²⁴; ciò dovrebbe garantire un approccio maggiormente sostanziale nella tutela dei diritti della persona. Il Consiglio sembra anche sostenere il principio “one-stop-shop”, secondo il quale, quando il trattamento dei dati coinvolga non un solo Stato membro, deve essere identificata una sola autorità nazionale competente alla sorveglianza sull'intero processo³²⁵. Non sembra invece essere stata accolta la proposta avanzata da alcuni Stati membri³²⁶ di riversare nella direttiva tutti gli aspetti pubblicistici riducendo l'ambito d'applicazione della disciplina regolamentare³²⁷.

Dai lavori del Parlamento europeo – che ha discusso in aula i contenuti della proposta direttiva nel mese di marzo di quest'anno³²⁸ – vengono i perfezionamenti più significativi, che incidono principalmente nella proposta di direttiva presentando profili di interesse specifico per la questione del rispetto dei diritti della persona. Si conferma il principio “by design” a fondamento generale del trattamento dei dati personali (art. 4 e 19); si perfeziona il criterio secondo il quale i dati devono essere trattati distinguendo le differenti categorie di persone ai quali essi si riferiscono (articoli 5 e 6); si circoscrive meglio il criterio della necessità e proporzionalità nel trattamento (art. 5) e del limitato trattamento dei dati sensibili, con particolare attenzione ai dati genetici (articoli 8 e 8a); si perfezionano le disposizioni in tema di accesso ai dati (articoli 12-14), diritto di rettifica (art. 15), cancellazione (art. 16) e tutela giurisdizionale (art. 51); si introduce un processo di “impact assessment” (art. 25); si chiariscono i criteri e le modalità di trasferimento dei dati sia internamente all'Unione (art. 55) che verso

³²¹ Supra, nota 307.

³²² Il calendario dei lavori può essere consultato in [www.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?lang=en&reference=2012/0010\(COD\)](http://www.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?lang=en&reference=2012/0010(COD)).

³²³ V., a proposito della cooperazione giudiziaria penale e di polizia, l'art. 5 prop. dir.

³²⁴ Council of the EU, Interinstitutional file: 2012/0011 (COD) Dataprotect 14, 31 January 2014, p. 1. Il dibattito sulla proposta (avvenuto il 7 ottobre 2012) è consultabile in http://www.google.it/url?sa=r&url=https://www.consilium.europa.eu/2Fuedocs%2Fcms_data%2Fdocs%2Fprassdata%2Fen%2Fjba%2F138925.pdf&ei=Prr8UofA8Hx4gTHiCaAg&usq=AFQjCNG9qqzEesMA_CjWjg8uI15fR0pNg.

³²⁵ V. Working Group on Information Exchange and Data Protection, *One-stop-shop mechanism*, 6 marzo 2014, Doc. 5882/3/14 REV 3.

³²⁶ Doc. Consiglio UE 7 dicembre 2012, n. 16497/12 ADD 2, p. 4.

³²⁷ Sinteticamente v. *Progress on the data protection reform package*, Doc. 14 February 2014 PH/ABU/mk/ D(2014)0375 C2011-1104

³²⁸ Il dibattito in aula si è tenuto il 10 marzo. La relazione della Commissione parlamentare “Libe” del 22 novembre 2013 – che ha preparato il dibattito in aula – è consultabile in <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A7-2013-0403+0+DOC+XML+V0//IT>. In seduta plenaria il Parlamento europeo ha adottato (il 12 marzo 2014) una risoluzione legislativa su *Processing of personal data for the purposes of crime prevention. Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on the protection of individuals with regard to the processing of personal data by competent authorities for the purposes of prevention, investigation, detection or prosecution of criminal offences or the execution of criminal penalties, and the free movement of such data*, P7_TA-PROV(2014)0219.

Stati terzi (articoli 33-38); si introduce la disposizione secondo la quale le norme dell'Unione rappresentano uno *standard* minimo, rispetto al quale gli Stati membri possono garantire una più alta protezione (art. 2*bis*).

Il dibattito interistituzionale serrato che ha contraddistinto il processo decisionale e che non è vicino alla propria conclusione³²⁹ sarà interrotto dalla fine della legislatura europea. Poiché il giudizio che di esso si dà è positivo, si auspica che le istituzioni, in particolare Parlamento europeo e Commissione rinnovate nella propria composizione, possano con l'autunno di quest'anno riprendere i lavori legislativi facendo tesoro di quanto a oggi acquisito grazie principalmente ai lavori parlamentari.

³²⁹ Il calendario del dibattito interistituzionale relativo alla direttiva è consultabile in [http://www.europarl.europa.eu/oai/pops/ficheprocedure.do?lang=en&reference=2012/0010\(COD\)](http://www.europarl.europa.eu/oai/pops/ficheprocedure.do?lang=en&reference=2012/0010(COD)).