Università degli Studi di Milano - Bicocca

Scuola di Dottorato
in Scienze Giuridiche

Curriculum in **Procedura Penale e Diritto delle Prove**

IL MANDATO EUROPEO DI RICERCA DELLE PROVE

Presente e futuro del principio di mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie penali

Jean-Paule Castagno

Matricola: 708375

XXII Ciclo - a.a. 2009/2010

Piazza Ateneo Nuovo, 1 - 20126 Milano

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO - BICOCCA
SCUOLA DI DOTTORATO IN SCIENZE GIURIDICHE

CURRICULUM IN PROCEDURA PENALE E DIRITTO DELLE PROVE

IL MANDATO EUROPEO DI RICERCA DELLE PROVE

Presente e futuro del principio di mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie penali

Jean-Paule Castagno
Matricola: 708375

XXII CICLO – A.A. 2009-2010

“e debbasi considerare come
non è cosa più difficile a trattar,
né più dubia a riuscire,
né più pericolosa a maneggiare,
che farsi capo a introdurre ordini nuovi”
(N. Macchiavelli, *Il Principe*, cap. VI)

SOMMARIO

Prefazione

CAPITOLO PRIMO

LA COOPERAZIONE GIUDIZIARIA IN MATERIA PENALE TRA I PAESI EUROPEI

***SEZIONE PRIMA* – La creazione di uno spazio giudiziario europeo 1**

1. LA COOPERAZIONE GIUDIZIARIA IN MATERIA PENALE: RAGIONI GIUSTIFICATIVE 1

2. LA COOPERAZIONE GIUDIZIARIA IN MATERIA PENALE: EVOLUZIONE 5
   - 2.1 La cooperazione intergovernativa degli anni settante ed ottanta 5
   - 2.2 Il Trattato di Maastricht 8
   - 2.3 Il Trattato Amsterdam 13
     - *2.3.1 I nuovi obiettivi del terzo pilastro 15*
     - *2.3.2 Il ruolo delle istituzioni 20*
     - *2.3.3 Gli atti normativi tipici 27*
   - 2.4 La cooperazione in materia penale negli anni 1999-2006. 50
     - *2.4.1 Gli atti normativi: convenzioni, decisioni e decisioni-quadro 50*
     - *2.4.2 I documenti programmatici 55*

3. LA COOPERAZIONE GIUDIZIARIA IN MATERIA PENALE: I RECENTI SVILUPPI 63
   - 3.1 Il Trattato di Lisbona: cenni 63
   - 3.2 I prossimi passi: cenni. 83

***SEZIONE SECONDA* – L'applicazione del principio del mutuo riconoscimento alle decisioni giudiziarie penali..... 89**

1. CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE..... 89

2. L'ORIGINE DEL PRINCIPIO DEL MUTUO RICONOSCIMENTO: LA LIBERA CIRCOLAZIONE DELLE MERCI..... 96
   2.1 Il mercato interno 96
   2.2 Restrizioni quantitative e misura di effetto equivalente: nozione..... 106
   2.3 Restrizioni quantitative e misura di effetto equivalente: evoluzione giurisprudenziale..... 115
      2.3.1 Regole sul processo di produzione..... 117
      2.3.2 Regole sul processo di controllo 119
   2.4 Restrizioni quantitative e misura di effetto equivalente: limiti al divieto..... 124
   2.5 Restrizioni quantitative e misura di effetto equivalente: il concetto di equivalenza 131
   2.6 Rilievi conclusivi..... 137
      2.6.1 La portata del principio di equivalenza 137
      2.6.2 Il ravvicinamento delle legislazioni 147

3. MUTUO RICONOSCIMENTO: LIBERA CIRCOLAZIONE DELLE PERSONE..... 156
   3.1 Considerazioni introduttive 156
   3.2 Libera prestazione dei servizi..... 159
   3.3 Il diritto di stabilimento..... 166
   3.4 Libera prestazione dei servizi e diritto di stabilimento: limiti..... 179

4. MUTUO RICONOSCIMENTO: LIBERA CIRCOLAZIONE DELLE DECISIONI PENALI..... 186
   4.1 Considerazioni introduttive 186
   4.2 Oggetto e finalità del mutuo riconoscimento 188
   4.3 Il principio dell'equivalenza delle legislazioni 192

4.4 Il ravvicinamento delle legislazioni 196
4.5 La fiducia reciproca 199
4.6 I limiti alla libera circolazione e l'ordine pubblico 200
4.7 Rilievi conclusivi 201

CAPITOLO SECONDO

IL MANDATO EUROPEO DI RICERCA DELLE PROVE

1. INTRODUZIONE 209

2. IL SUPERAMENTO DELLE TRADIZIONALI FORME DI COOPERAZIONE GIUDIZIARIA PENALE NELL'ASSUNZIONE DELLA PROVA ALL'ESTERO 211
2.1 La Convenzione sull'assistenza giudiziaria in materia penale 213
2.2 Il Corpus Juris 229

3. IL MANDATO EUROPEO DI RICERCA DELLE PROVE 234
3.1 Definizione 234
3.2 Ambito di applicazione 235
3.3 Presupposti e condizioni generali di applicazione 241
3.4 La trasmissione del mandato 243
3.5 La clausola di cd. antidiscriminazione 245
3.6 Il riconoscimento e l'esecuzione 245
3.7 La (parziale) scomparsa del requisito della doppia incriminazione 248
3.8 I motivi di rifiuto ed i motivi di rinvio 252
3.9 I mezzi di impugnazione 257
3.10 La tutela dei diritti fondamentali 258

4. L'INSERIMENTO DEL MATERIALE PROBATORIO STRANIERO NEL PROCESSO DI DESTINAZIONE: IL SISTEMA ITALIANO 262
4.1 La circolazione probatoria 262
4.2 Regole sull'ammissione, formazione e valutazione delle prove 265

4.3 L'atto proveniente da un procedimento penale straniero e l'atto acquisito per mandato europeo 270

5. DIFFICOLTÀ E PROSPETTIVE DELL'ATTUALE IMPOSTAZIONE DELLA CIRCOLAZIONE PROBATORIA E PROPOSTA DI RIFORMA 289

CAPITOLO TERZO

MUTUO RICONOSCIMENTO DELLE DECISIONI PENALI: PRESENTE E FUTURO

1. INTRODUZIONE 323

2. LA FIDUCIA RECIPROCA 326
2.1 Il sistema europeo 327
2.2 La possibile introduzione di un limite generale come l'ordine pubblico 363

3. IL RAVVICINAMENTO DELLE LEGISLAZIONI 370
3.1 I rapporti tra mutuo riconoscimento e ravvicinamento ... 370
3.2 Il ravvicinamento come alternativa al mutuo riconoscimento 373
3.3 Conclusione 377

4. RILIEVI CRITICI 380

INDICE DELLE FONTI

Prefazione

La necessità di una cooperazione giudiziaria in materia penale nell'Unione europea si è manifestata fin dalla conquista dei primi successi conseguiti nell'ambito della costruzione comunitaria.

Proprio la realizzazione delle quattro libertà fondamentali – libera circolazione delle merci, dei capitali, dei servizi e delle persone – ha, con ogni evidenza, comportato una crescita esponenziale della criminalità cd. transnazionale.

Il venire meno delle frontiere interne e dei controlli ad esse inerenti, unitamente alla piena libertà di circolazione garantita dal Trattato, se, da un lato, ha, infatti, garantito una indiscussa opportunità di incremento economico e di progresso sociale, dall'altro lato, ha consentito una straordinaria occasione per le organizzazioni criminali di sfruttare a proprio profitto la liberalizzazione dei mercati e dei movimenti di persone, capitali, merci e servizi.

In tale contesto, è maturata l'indubbia esigenza di adottare rimedi e presidi tali da arginare le nuove opportunità criminali; esigenza, questa che è stata affrontata attraverso la prolifera e caotica emanazione di provvedimenti adottati in una prospettiva unicamente repressiva.

In uno scenario di progressivo aumento degli strumenti volti ad assicurare le esigenze di cooperazione transfrontaliera e di una conseguente progressiva europeizzazione delle indagini, degli atti e dei dati, le garanzie ed i diritti dell'individuo, laddove non sono stati addirittura compromessi quale effetto dell'introduzione, anche nel settore penale e processuale penale, del principio del mutuo riconoscimento, sono in ogni caso rimasti circoscritti entro il territorio nazionale.

Non vi è dubbio alcuno che l'obiettivo, che l'Unione europea si è posta, di conservare e sviluppare, in tutto il suo ambito territoriale, uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia meriti di essere perseguito e raggiunto.

Le perplessità e i dubbi nascono allorquando si analizzano gli attuali modi e mezzi di attuazione: è, infatti, un dato oggettivo ed inequivocabile che l'Unione europea stia costruendo il sistema della cooperazione giudiziaria in materia penale utilizzando quale unica colonna portante il principio del mutuo riconoscimento.

Vieppiù, le perplessità e i dubbi nascono allorquando ci si accorge che, al fine di raggiungere l'indiscusso ed indiscutibile obiettivo di conservare e sviluppare uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, si arriva ad appiattire le garanzie ed i diritti fondamentali dell'individuo.

Orbene, il presente elaborato si propone di: **1)** richiamare la nozione di cooperazione giudiziaria in materia penale; **2)** analizzare il principio del mutuo riconoscimento delle decisioni penali, quale attuale pietra angolare della cooperazione giudiziaria in materia penale, svolgendo un *excursus* storico che mostri in quali contesti è nato il principio del mutuo riconoscimento e come ha ivi trovato applicazione; **3)** esaminare la decisione-quadro relativa al mandato europeo di ricerca delle prove (*breviter* MER), evidenziando possibili criticità applicative; **4)** indagare le attuali difficoltà di attuazione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, valutando il possibile suggerimento di soluzioni alternative.

Alla luce dei rilievi sopra svolti, una annotazione conclusiva si impone: stella polare del presente lavoro è la nota metafora che descrive il processo penale quale *"spada"* – per colpire – ma anche (e soprattutto) quale

"scudo" – per proteggere –[1], in una ottica di ricerca e raggiungimento di ciò che deve diventare un nuovo equilibrio fra priorità repressive ed esigenze di garanzia.

Ciò in quanto, anche in vista della futura attività che l'Unione europea si propone di svolgere nel settore Giustizia, Libertà e Sicurezza, così come recentemente sintetizzata nel Programma di Stoccolma[2], il fine precipuo non può, oggi, non essere quello di (tentare di) conciliare le esigenze connesse alla realizzazione di un reale spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia con l'imprescindibile e non più prorogabile necessità di *"non rinunciare alle garanzie legalitarie che costituiscono una irrinunciabile conquista della cultura giuridica occidentale e che solo un processo di ulteriore democratizzazione dell'Unione potrebbe fare pienamente salve"*[3].

---

[1] Questa metafora è stata utilizzata da T. RAFARACI, *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia nel crogiuolo della costruzione europea*, in AA.V.V. *L'area di libertà, sicurezza e giustizia: alla ricerca di un equilibrio fra priorità repressive ed esigenze di garanzia*, Giuffrè, Milano, 2007.

[2] Conseil de l'Union européenne, Bruxelles 2 décembre 2009 (17024/09)

[3] A. BERNARDI, *Strategie per l'armonizzazione dei sistemi penali europei*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.* 2002 p. 830

CAPITOLO PRIMO

LA COOPERAZIONE GIUDIZIARIA IN MATERIA PENALE TRA I PAESI EUROPEI

SEZIONE PRIMA – La creazione di uno spazio giudiziario europeo

1. LA COOPERAZIONE GIUDIZIARIA IN MATERIA PENALE: RAGIONI GIUSTIFICATIVE

La necessità di una cooperazione giudiziaria in materia penale nell'Unione europea si è manifestata fin dal conseguimento dei primi successi raggiunti nell'ambito della costruzione comunitaria e più che mai continua indiscriminatamente a manifestarsi oggi atteso il dilagare del crimine transnazionale.

Proprio la realizzazione del mercato unico[4] – e cioè, di uno spazio senza frontiere interne, nel quale assicurare le quattro libertà fondamentali (libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali), – ha, infatti, provocato una crescita esponenziale della criminalità ed una sua estensione non solo quantitativa ma soprattutto spaziale.

[4] L'obiettivo del mercato unico era stato individuato durante i lavori dalla Conferenza intergovernativa, iniziati, in Lussemburgo, in data 9 settembre 1985, e terminati in data 28 febbraio 1986 con l'adozione dell'Atto unico europeo – entrato in vigore il 1° luglio 1987 a seguito della ratifica da parte degli Stati membri (in Italia con la legge n. 909 del 23 dicembre 1986). Nonostante l'inevitabile difficoltà, principalmente derivante dalla necessità di procedere ad una completa armonizzazione delle diverse legislazioni nazionali, al fine di eliminare tutte le barriere (fisiche, tecniche e fiscali) che si frapponevano al processo di integrazione, l'obiettivo è stato raggiunto tanto che, a partire dal 1° gennaio 1993, tra i paesi membri della Comunità europea sono caduti tutti gli ostacoli di natura burocratica e tariffaria che ostacolavano la circolazione dei beni e dei servizi.

Se, in particolare, la cd. globalizzazione dei rapporti socio-economici, la liberalizzazione delle regole relative agli spostamenti delle persone e dei beni e lo sviluppo delle relazioni umane, anche grazie a strumenti tecnologici ed informatici, hanno consentito un sempre più celere progresso sociale, al tempo stesso, hanno agevolato gli autori dei più svariati crimini ad estendere la loro attività delinquenziale oltre confine, in tal modo coinvolgendo interessi sia individuali sia collettivi riferibili a più ordinamenti nazionali[5].

In tale contesto, ruolo cruciale ha assunto la differenza esistente tra le legislazioni penali degli Stati membri, la quale, nel combinarsi con le libertà di circolazione *de quibus*, ha determinato una sorta di *forum shopping* criminoso, consentendo ai soggetti criminali di scegliere la giurisdizione e la legge penale più vantaggiose per sottrarre alla giustizia se medesimi, i proventi illeciti conseguiti e financo gli eventuali mezzi di prova[6].

In questa nuova e complessa realtà sociale e criminologica, sono diventati del tutto obsoleti i principi

[5] Cfr. AVV. GEN. COLOMER in Conclusioni presentate in data 19 settembre 2002, cause riunite C-187/01 e C-385/01, *Procedimento penale a carico di Huseyin Gozutoka e procedimento penale a carico di Klaus Brügge*, in *Raccolta*, 2003, p. I-1345 (punti n. 44-45): *"La graduale soppressione dei controlli alle frontiere comuni è tappa obbligata nel cammino (verso la creazione di uno spazio di libertà sicurezza e giustizia). Tuttavia la soppressione degli ostacoli di ordine amministrativo elimina le barriere per tutti senza distinzioni, anche per coloro che approfittano di un abbassamento della soglia di vigilanza per espandere le loro attività illecite. Questo è il motivo per cui la soppressione dei controlli deve essere compensata da una maggiore cooperazione tra gli Stati, particolarmente in materia di polizia e sicurezza"*.

[6] A. PASQUERO, *Mutuo riconoscimento delle decisioni penali: prove di federalismo*, Giuffrè, Milano, 2007.

della territorialità della legge e della giurisdizione così come si sono resi del tutto inadeguati ed inidonei gli strumenti tradizionalmente adottati nel campo della cooperazione giudiziaria internazionale (caratterizzata dal principio della richiesta, in base al quale uno Stato sovrano presenta una richiesta ad un altro Stato sovrano, che decide se darvi o meno seguito), attese sia la loro lentezza sia la loro complessità rispetto allo sviluppo anche *"criminale"* dell'Unione europea.

La cooperazione transnazionale si è, dunque, vista costretta (quanto meno nelle intenzioni) a ricorrere a strumenti del tutto nuovi ed innovativi, quali:

1. la semplificazione e la maggiore celerità delle relazioni tra autorità giudiziarie;
2. il reciproco riconoscimento dell'efficacia dei provvedimenti adottati da ciascuna autorità;
3. un processo di integrazione, sia sotto l'aspetto sostanziale sia sotto l'aspetto processuale, dei sistemi giudiziari penali dei diversi Stati.

La predisposizione e la successiva adozione di tali nuovi strumenti cooperativi si sono, tuttavia, fatte strada tra notevoli incertezze e perplessità dovute, in particolare:

- alla tradizionale impostazione della politica criminale, ove l'intervento sanzionatorio rimaneva – e tuttora rimane – percepito come uno delle più tipiche espressioni della sovranità statale. Idea di giustizia penale, questa, che ha comportato – e tutt'oggi ancora comporta – la gelosa difesa, da parte di ciascun Stato, della titolarità della funzione giurisdizionale penale all'interno del proprio territorio e, che ha, conseguentemente, per lungo

tempo, condizionato e compromesso la cooperazione tra diverse autorità giudiziarie, relegandola nell'angusto spazio delle relazioni diplomatiche;

- alle già ricordate profonde diversità – tuttora esistenti – delle norme presenti negli ordinamenti giuridici nazionali nonché alle altrettanto profonde diversità culturali e linguistiche dei soggetti chiamati a collaborare tra loro[7].

Il percorso che l'Unione europea si è vista *"costretta"* ad intraprendere, nell'ambito della cooperazione giudiziaria in materia penale, è sì lungo ed articolato da imporre uno sguardo di insieme che ne ripercorra, seppur brevemente, le singole tappe, anche al fine di comprendere e contestualizzare le concrete risposte che sono state nel corso degli anni studiate ed applicate per fronteggiare il dilagare del crimine transnazionale.

[7] E. APRILE, *Diritto Processuale Penale Europeo ed Internazionale*, Cedam, Padova, 2007.

2. LA COOPERAZIONE GIUDIZIARIA IN MATERIA PENALE: EVOLUZIONE

2.1 La cooperazione intergovernativa degli anni settante ed ottanta

Se è vero che la cooperazione giudiziaria in materia penale non figurava nel testo originale dei Trattati istitutivi[8], non può d'altro canto non rilevarsi come la Comunità europea si fosse interessata a tale materia fino dalla seconda metà degli anni settanta, allorquando venne per la prima volta coniata dall'allora Presidente francese Giscard d'Estaing l'espressione *"Espace judiciaire européen"*[9].

Determinante al fine dello sviluppo della cooperazione giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri non è stato tanto il sentimento europeo, che a partire dagli anni settanta auspicava la costruzione di una Europa di cittadini accanto ad una Europa dei mercati[10], quanto piuttosto

[8] Prima dell'anno 1992, data di istituzione dell'Unione europea, tale materia era sostanzialmente estranea alle competenze comunitarie ed i rapporti tra le autorità giudiziarie degli Stati membri erano disciplinati da principi e norme analoghe a quelle valide per i rapporti tra l'Italia e qualsiasi altro paese straniero.

[9] Cfr. quanto pronunciato d'allora Presidente della Repubblica francese Giscard d'Estaing in occasione del Consiglio europeo di Bruxelles del dicembre 1977: *"Les traités de Paris et de Rome ont jeté les bases d'un espace économique: le Marché commun, et aussi d'un espace commercial. Nos peuples se rendent compte qu'il faut que la construction européenne ne se limite pas à cela"* (in *Doc. Fse*, P.E.F, 4° tr., 1977, p.65).

[10] In particolare, con l'Atto unico europeo si affermava la convinzione che, accanto ad una concezione meramente

l'esigenza contingente di affrontare in modo unitario a livello europeo sia il fenomeno del terrorismo internazionale sia il processo di abbattimento delle frontiere avvenuto con gli accordi di Schengen.

Negli anni settanta ed ottanta, la cooperazione penale si è, dunque, sviluppata in maniera parallela all'attività comunitaria, lungo due linee di azione:

- da un lato, con l'adozione di forme embrionali di concertazione tecnica, finalizzate ad agevolare la collaborazione tra le autorità inquirenti nel contrasto al terrorismo internazionale, al traffico di stupefacenti ed alla criminalità organizzata[11];

---

mercantilistica, la Comunità europea dovesse contribuire ad una maggiore cooperazione giudiziaria tra gli Stati membri in tutti i settori riguardanti lo *status* della persona, nella certezza che la promozione dello sviluppo democratico dovesse passare dalla tutela dei diritti fondamentali sanciti sia dalla Carte costituzionali dei singoli Stati membri sia dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Cfr. N. PARISI, *Competenze dell'Unione e i principi regolatori*, in *Elementi di diritto dell'Unione Europea*, a cura di U. DRAETTA – N. PARISI, Giuffrè, Milano, 2003.

[11] In tale contesto, vennero istituiti cd. gruppi di lavoro – riunioni informali dei Ministri degli Stati membri, finalizzate a discutere modalità di intervento comuni nella lotta ai fenomeni criminosi più preoccupanti. Di particolare importanza risulta il cd. gruppo TREVI, che ha trovato la sua origine già a metà degli anni settanta, allorquando, in occasione delle riunioni del Consiglio europeo, aveva preso vita una serie di consultazioni riservate tra i Ministri dell'Interno degli allora nove Stati membri, aventi ad oggetto lo studio di problemi relativi all'ordine pubblico ed alla sicurezza interna. In particolare, la proposta di istituire un *"gruppo di confronto e concertazione"* sulla prevenzione del terrorismo venne da una iniziativa assunta dal Primo Ministro britannico in occasione del Consiglio europeo tenutosi a Roma nel dicembre del

– dall'altro lato, con la formazione di accordi in materia penale "alternativi" alle già esistenti convenzioni predisposte dal Consiglio d'Europa[12]. La *ratio* della loro predisposizione era di rendere più facile l'applicazione degli strumenti di cooperazione penale del Consiglio di Europa, migliorarne la disciplina, eliminare riserve ad esse apposte, sfruttando la maggiore

---

1975. La nascita del gruppo di lavoro TREVI rispondeva, quindi, all'esigenza di istituire una forma di cooperazione di polizia tra gli Stati membri delle Comunità europee al fine di prevenire e reprimere il terrorismo in modo più efficace di quanto avesse fino al allora fatto Interpol. Il gruppo TREVI fu, dunque, pensato come un *forum*, al quale partecipavo i Ministri degli Interni e della Giustizia di ciascuno Stato membro, ed avente carattere intergovernativo: nonostante, infatti, fosse stato istituito dal Consiglio europeo, il gruppo, lungi dall'essere un organismo comunitario, rimaneva una iniziativa informale autonoma degli Stati. A partire dal 1993, l'attività del gruppo è stata assorbita dalle disposizioni del Trattato di Maastricht relative alla cooperazione nei settori della giustizia e degli affari interni (CGAI).

[12] La predisposizione di tali accordi era volta a rendere più facile l'applicazione degli strumenti di cooperazione penale del Consiglio d'Europa ed a migliorarne la disciplina. A mero titolo esemplificativo, si vedano: Convenzione fra gli Stati membri delle Comunità europee sulla semplificazione e la modernizzazione delle modalità di trasmissione delle domande di estradizione (25 maggio 1987); l'Accordo relativo all'applicazione tra gli Stati membri delle Comunità europee della Convenzione del Consiglio d'Europa sul trasferimento delle persone condannate (25 maggio 1987); l'Accordo tra gli Stati membri delle Comunità europee sul trasferimento dei procedimenti penali (6 novembre 1990); la Convenzione tra gli Stati membri delle Comunità europee sull'esecuzione delle condanne penali straniere. Sul punto, cfr. A. PASQUERO, *Mutuo riconoscimento delle decisioni penali: prove di federalismo*, Giuffré, Milano, 2007.

affinità di valori e di obiettivi politici condivisi dagli Stati CEE.

Tuttavia, il bassissimo numero di ratifiche delle citate convenzioni da parte degli Stati membri della Comunità, insieme alla ormai caotica proliferazione dei gruppi di lavoro decretava il fallimento dell'idea di procedere sulla strada dell'integrazione in via meramente intergovernativa, in tal modo preparando il terreno per la decisione di attuare una istituzionalizzazione della cooperazione giudiziaria in materia penale.

2.2 Il Trattato di Maastricht

La fine dell'esperienza intergovernativa tra gli Stati membri è segnata (almeno formalmente) dal Trattato di Maastricht[13].

[13] Giova osservare come la consapevolezza di dover adottare delle misure compensative del nuovo fenomeno criminale, nato dalla realizzazione del mercato unico europeo e dall'eliminazione delle frontiere interne, era già maturata ai tempi dell'Accordo di Schengen (firmato in data 14 giugno 1985) e della successiva Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen (sottoscritto in data 19 giugno 1990 e ratificato dall'Italia con legge n. 388 del 30 settembre 1993), laddove all'abolizione dei controlli sulle persone all'atto dell'attraversamento delle frontiere interne tra gli Stati aderenti, era corrisposta l'adozione di una serie di misure di cooperazione di polizia e giudiziaria a tutela del *deficit* di sicurezza che si era così andato a creare. A tal proposito, la Convenzione dedica numerosi articoli agli argomenti della cooperazione in materia penale, quali la mutua assistenza giudiziaria (artt. 48-53), l'applicazione del principio ne bis in idem (artt.54-58) nonché la trasmissione dell'esecuzione delle sentenze repressive (artt. 67-69), sforzandosi di conciliare due principi

Esso rappresenta una tappa senz'altro significativa del processo di integrazione europea, risiedendo la sua portata estremamente innovativa nella configurazione dell'Unione europea fondata su una struttura tripolare[14].

---

apparentemente contraddittori: la totale libertà di circolazione all'interno di uno spazio geografico ben determinato ed il mantenimento di un nuovo livello di sicurezza.

[14] La struttura a tempio è il risultato di un compromesso faticosamente raggiunto fra le volontà contrapposte degli Stati membri al momento della firma del Trattato di Maastricht. In quell'occasione, alcuni Stati, temendo che una netta separazione potesse provocare la disgregazione della costruzione europea, propendevano per l'inserimento delle tre colonne in un testo giuridico unitario, assimilando di fatto le nuove politiche a quelle già previste dai trattati originari. Altri sostenevano, invece, la necessità di salvaguardare il potere decisionale degli Stati membri nei settori della politica estera nonché degli affari interni e della giustizia. Il risultato fu questa originale struttura con la quale si è attribuita alle diverse istituzioni ruoli diversi a seconda del pilastro in cui operano. *Breviter*, le principali differenze tra i tre pilastri è data dal fatto che per le politiche avviate nell'ambito del primo pilastro si applica il cd. metodo comunitario, che marginalizza il ruolo dei governi nazionali a favore delle istituzioni comunitarie. I governi degli Stati membri possono, infatti, intervenire soltanto nelle forme e secondo le procedure previste nei trattati, bilanciando il loro ruolo con quello delle altre istituzioni: ciò vuol dire, ad esempio, che nessun atto può essere adottato nell'ambito del primo pilastro dal Consiglio dell'Unione, istituzione che più rappresenta gli interessi degli Stati membri, senza la preventiva iniziativa legislativa della Commissione delle Comunità europee; come noto, i trattati istitutivi riservano l'iniziativa legislativa alla sola Commissione che esercita in tal modo una sorta di controllo a priori sull'attività legislativa comunitaria. La collaborazione nell'ambito degli altri due pilastri è, invece, di carattere tipicamente intergovernativa, attribuendo tutto il potere decisionale agli Stati membri. Per un commento in generale sul Trattato di Maastricht si vedano: R. ADAM, *La cooperazione nel campo della giustizia e*

Come è noto, secondo quella descrizione allegorica che immagina il sistema dell'Unione delle Comunità europee simile ad un tempio greco, nel primo pilastro, viene inserito il settore comunitario (ossia quello che comprende la Comunità europea e la oggi esaurita Comunità del carbone e dell'acciaio e la Comunità dell'energia atomica), nel secondo, la cooperazione in politica estera e di sicurezza comune (PESC) e, nel terzo, la giustizia e gli affari interni (CGAI).

La scelta di non includere all'interno del riformato Trattato CE i settori della cooperazione giudiziaria in materia penale e di polizia e la conseguente creazione di un terzo pilastro è, con ogni evidenza, dettata dall'esigenza di mantenere ad un livello sostanzialmente intergovernativo materie che da sempre interferivano con la sovranità nazionale.

Con il Trattato di Maastricht, pertanto, la cooperazione giudiziaria in materia penale non viene comunitarizzata bensì solo istituzionalizzata, rimanendo la stessa confinata nel campo del diritto internazionale generale e la sua gestione affidata non più direttamente agli Stati membri bensì alle istituzioni comunitarie.

Si crea in tal modo un sistema tendenzialmente completo (il cd. *sistema K* – artt. da K a K.9), con un ambito di applicazione ben preciso (le nove *"questioni di interesse comune"* di cui all'art. K.1[15]), che disciplina il

---

affari interni: da Schengen a Maastricht, in *Dir. Un. Eur.*, 1994, p.225 ss.; N. PARISI E D. RINOLDI (a cura di), *Giustizia e affari interni nell'Unione europea: il terzo pilastro del trattato di Maastricht*, Torino, Giappichelli, 1996; A. TIZZANO, *Brevi note sul "terzo pilastro" del trattato di Maastricht*, in *Dir. Un. Eur.*, 1996, p. 391 ss.

[15] Si tratta delle seguenti materie: la politica dell'asilo; le norme che disciplinano l'attraversamento delle frontiere esterne degli Stati

ruolo degli Stati membri e delle istituzioni comunitarie e che prevede *ex novo* un serie di atti giuridici tipici attraverso i quali realizzare la cooperazione (azioni comuni, posizioni comuni, e convenzioni, tutti atti peraltro privi di effetti direttamente vincolanti per gli Stati membri).

Orbene, da un punto di vista pragmatico, non può non osservarsi come, dal 1993, anno di ratifica del Trattato di Maastricht, fino al 1997, la cooperazione nell'ambito del terzo pilastro non abbia, di fatto, realizzato significativi obiettivi né abbia conseguito grandi successi. È solo a partire dal 1998 che vengono, invece, deliberate alcune significative azioni comuni[16], tra le quali meritano di essere ivi ricordate quelle concernenti l'appartenenza ad una organizzazione criminale[17], la corruzione nel settore privato[18], la lotta al riciclaggio e confisca dei proventi di

---

membri da parte delle persone e l'espletamento dei relativi controlli; la politica dell'immigrazione, la lotta contro l'immigrazione, il soggiorno ed il lavoro irregolari; la lotta contro la tossicodipendenza; la lotta contro la frode su scala internazionale; la cooperazione giudiziaria in materia civile; la cooperazione giudiziaria in materia penale; la cooperazione doganale; la cooperazione di polizia ai fini della prevenzione e della lotta contro il terrorismo, il traffico illecito di droga e le altre forme gravi di criminalità internazionali.

[16] Con questa espressione si indica la convergenza delle posizioni assunte dai vari Stati membri che porta alla definizione di una strategia attribuibile alla Comunità nel suo insieme e non più a singoli Stati.

[17] In G.U.C.E, L 351 del 29 dicembre 1998.

[18] In G.U.C.E., L 358 del 31 dicembre 1998.

reato[19] nonché quella istitutiva della *Rete giudiziaria europea per la cooperazione penale*[20].

Prescindendo da tali poco significativi risultanti, il Trattato di Maastricht, in ogni caso, rimane un esperimento incompiuto: nonostante il lodevole sforzo di dotare la cooperazione in materia penale tra Stati membri di una struttura istituzionale, l'assenza di controlli parlamentari,

---

[19] In G.U.C.E., L 333 del 9 dicembre 1998.

[20] In G.U.C.E., L 191 del 7 luglio 1998. Inaugurata ufficialmente il 25 settembre 1998, la Rete è costituita dalle autorità centrali responsabili della cooperazione internazionale e dalle autorità giudiziarie competenti nei settori specifici della cooperazione. Si tratta, in pratica, di una rete di punti di contatto giudiziari che si avvale delle seguenti articolazioni: le autorità centrali responsabili in ambito nazionale della cooperazione giudiziaria; i magistrati di collegamento di cui all'azione comune 96/277/GAI del 22 aprile 1996, in qualità di corrispondenti di *Eurojust*; una persona di contatto designata dalla Commissione. Essi forniscono informazioni giuridiche o pratiche delle quali necessitano le autorità giudiziarie locali dei rispettivi paesi nonché le persone di contatto e le autorità giudiziarie degli altri Paesi. Il contenuto delle informazioni diffuse mediante la Rete comprende: i dati completi delle persone di contatto di ciascuno Stato membro, ivi comprese le relative competenze a livello interno; l'elenco semplificato delle autorità giudiziarie ed il repertorio delle autorità locali di ciascun Stato membro; informazioni giuridiche e pratiche concise sui sistemi giudiziari e procedurali degli Stati membri; i testi degli strumenti giuridici pertinenti e, per quanto riguarda le convenzioni in vigore, il testo delle dichiarazioni e delle riserve. Cfr. E. APRILE, *Diritto processuale penale europeo e internazionale*, Cedam, Padova 2007. Recentemente, la Rete giudiziaria europea è stata oggetto di modifica ed aggiornamento con la decisione 2008/976/GAI del 16 dicembre 2008 (pubblicata in *Gazz.Uff.* della 24 dicembre 2008, L 348/130). Per un commento, cfr. E. APRILE – F. SPIEZIA, *Cooperazione giudiziaria penale nell'Unione europea prima e dopo il Trattato di Lisbona*, Ipsoa, 2009.

di controlli giurisdizionali da parte della Corte di Giustizia e l'incerta efficacia degli strumenti normativi adottati, non solo rendono il terzo pilastro un contesto ancora essenzialmente intergovernativo ma vanno, altresì, a discapito dell'incisività, della democraticità e della trasparenza dell'azione dell'Unione.

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

2.3 Il Trattato Amsterdam

La svolta decisiva nella cooperazione giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione si ha nel 1997, con la firma del Trattato di Amsterdam[21].

[21] Occorre, infatti, ricordare che il successivo Trattato di Nizza si è limitato ad apportare al terzo pilastro innovazioni di portata assai modesta, senza intaccare l'impianto creato da Amsterdam: le uniche modifiche hanno riguardato l'inserimento di alcuni riferimenti ad Eurojust negli artt. 29 e 31 TUE e la riforma dell'art. 40 relativo alla cooperazione rafforzata, onde renderne più facile l'applicazione. Per un commento in generale sul Trattato di Amsterdam si vedano: R. ADAM, *La cooperazione in materia di giustizia ed affari interni tra comunitarizzazione e metodo intergovernativo*, in *Il Trattato di Amsterdam*, Giuffré, Milano, 1998; U. DRAETTA – N. PARISI, *Elementi di diritto dell'Unione europea – parte speciale*, Giuffré, Milano, 2003; F. POCAR,

Con esso:

- per un verso, viene trasferita una parte dei settori contemplati dal terzo pilastro – quali la politica dell'immigrazione, il rilascio di visti, la concessione di asilo, la cooperazione doganale, la cooperazione giudiziaria in materia civile e, più in generale, tutte le questioni attinenti alla libera circolazione delle persone – all'interno del primo pilastro, *comunitarizzando* tali materie e, dunque, garantendo loro l'effettività di quegli strumenti e di quelle forme di integrazione più stretta, a livello europeo, che operano nel primo pilastro e costituiscono la cifra del metodo comunitario, rispetto a quel che avviene all'interno dei pilastri secondo e terzo, operanti, invece, con il metodo intergovernativo[22];
- per altro verso, viene promossa una maggiore efficacia anche all'interno del terzo pilastro, ponendo come obiettivo dell'Unione la realizzazione di uno *spazio effettivo di li libertà, sicurezza e giustizia* tra i Paesi membri e dedicando un intero titolo alle disposizioni

---

Commentario ai Trattati della Comunità e dell'Unione europea, Cedam, Padova, 2001.

[22] La rubrica del nuovo titolo VI TUE (artt. 29 - 42) è "*le disposizioni sulla cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale*". Il titolo VI viene così a connotarsi come titolo "*essenzialmente repressivo*", prefiggendosi di contribuire allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia attraverso strumenti molto specifici, tutti riconducibili alla sfera penale; così L. SALAZAR, *La costruzione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia dopo il Consiglio europeo di Tampere*, in *Cass. Pen.* 2000, p. 685.

concernenti la cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale.

Orbene, attesa la portata rivoluzionaria degli assetti conferiti alla cooperazione giudiziaria in materia penale dal Trattato di Amsterdam, pare opportuno affermare l'attenzione sugli aspetti più importanti e maggiormente innovativi, a partire dagli obiettivi esplicitamente fissati, al ruolo delle istituzioni ed agli atti normativi adottati.

2.3.1 I nuovi obiettivi del terzo pilastro

Si deve, dunque, al Trattato di Amsterdam una prima importante riforma strutturale, che vede, innanzitutto, il tentativo di porre rimedio alla mancanza di un «faro»[23] nella cooperazione in materia di giustizia ed affari interni, in particolare, affidando al terzo pilastro un obiettivo preciso: *"fornire ai cittadini un livello elevato di sicurezza in uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, sviluppando tra gli Stati membri un'azione in comune nel settori di polizia e giudiziaria in materia penale"*[24] (art. 29 primo comma TUE).

---

[23] L'espressione è di A. PASQUERO, *Mutuo riconoscimento delle decisioni penali: prove di federalismo*, Giuffré, Milano, 2007, p. 14.

[24] Secondo il Piano d'azione di Vienna sul modo migliore per attuare le disposizioni del Trattato di Amsterdam concernenti uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, adottato congiuntamente da Consiglio e Commissione in data 3 dicembre 1998 (in *Gazz. Uff.* C1999 del 19 gennaio 1999): *"… queste tre nozioni sono strettamente interconnesse. La libertà perde molto del suo significato se non la si può godere in un ambiente sicuro, pienamente sostenuti da un sistema giudiziario che riscuota la fiducia dei cittadini dell'Unione e delle persone che vi riedono.*

Accanto a questo obiettivo generale, vengono individuati numerosi obiettivi specifici:

- lo sviluppo tra gli Stati di una azione in comune nel settore della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale;
- la prevenzione e repressione del razzismo e della xenofobia (art. 29 primo comma TUE);
- la prevenzione e la repressione della *"criminalità, organizzata o di altro tipo, in particolare, il terrorismo, la tratta degli esseri umani ed i reati contro i minori, il traffico illecito di droga e di armi, la corruzione e la frode"*(art. 29 secondo comma TUE).

Sul punto, non può non osservarsi come la formulazione del nuovo art. 29 TUE appaia scarsamente organica, laddove accanto ad obiettivi generalissimi (quali lo sviluppo dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, la cooperazione tra Stati e la prevenzione della criminalità) indichi obiettivi estremamente specifici (quali, ad esempio, la prevenzione della xenofobia, la lotta al terrorismo, alla tratta degli esseri umani o al traffico di droga e di armi). Peraltro, non è dato comprendere perché una norma di apertura, quasi di contenuto programmatico, quale appare l'art. 29, abbia voluto essere così specifica, quando altri articoli, immediatamente successivi, si preoccupano di

---

Queste tre nozioni indissociabili hanno un denominatore comune – i cittadini – e ognuna di esse non può essere pienamente realizzata senza le altre due".

definire puntualmente il campo di azione della cooperazione di polizia (art. 30 TUE[25]) e giudiziaria in materia penale (art. 31 TUE[26]).

[25] Art. 30 TUE – *1. L'azione comune nel settore della cooperazione di polizia comprende: a) la cooperazione operativa tra le autorità competenti degli Stati membri, compresi la polizia, le dogane e altri servizi specializzati incaricati dell'applicazione della legge, in relazione alla prevenzione e all'individuazione dei reati e alle relative indagini; b) la raccolta, l'archiviazione, il trattamento, l'analisi e lo scambio, in particolare attraverso Europol, delle pertinenti informazioni, comprese quelle in possesso dei servizi incaricati dell'applicazione della legge riguardo a segnalazioni di transazioni finanziarie sospette, nel rispetto delle pertinenti disposizioni sulla protezione dei dati personali; c) la cooperazione e le iniziative comuni in settori quali la formazione, lo scambio di ufficiali di collegamento, il comando di funzionari, l'uso di attrezzature, la ricerca in campo criminologico; d) la valutazione in comune di particolari tecniche investigative ai fini dell'individuazione di forme gravi di criminalità organizzata. 2. Il Consiglio promuove la cooperazione tramite Europol e, in particolare, entro cinque anni dall'entrata in vigore del trattato di Amsterdam: a) mette Europol in condizione di agevolare e sostenere la preparazione, nonché di promuovere il coordinamento e l'effettuazione di specifiche operazioni investigative da parte delle autorità competenti degli Stati membri, comprese azioni operative di unità miste cui partecipano rappresentanti di Europol con funzioni di supporto; b) adotta misure che consentono a Europol di richiedere alle autorità competenti degli Stati membri di svolgere e coordinare le loro indagini su casi specifici e di sviluppare competenze specifiche che possono essere messe a disposizione degli Stati membri per assisterli nelle indagini relative a casi di criminalità organizzata; c) promuove accordi di collegamento tra organi inquirenti sia di magistratura che di polizia che si specializzano nella lotta contro la criminalità organizzata in stretta cooperazione con Europol; d) istituisce una rete di ricerca, documentazione e statistica sulla criminalità transnazionale.*

Ad aumentare la confusione intorno agli obiettivi del nuovo terzo pilastro contribuisce, peraltro, anche l'art. 31 del Trattato, laddove prevede cinque punti fondamentali intorno ai quali si deve articolare l'azione dell'Unione in campo penale:

a) la facilitazione e l'accelerazione della cooperazione tra i ministeri competenti e le autorità giudiziarie o autorità omologhe degli Stati membri in relazione ai procedimenti e all'esecuzione delle decisioni;
b) la facilitazione dell'estradizione fra Stati membri;
c) la garanzia della compatibilità delle normative applicabili negli Stati membri, nella misura necessaria per migliorare la suddetta cooperazione;
d) la prevenzione dei conflitti di giurisdizione tra Stati membri;
e) la progressiva adozione di misure per la fissazione di norme minime relative agli

[26] Art. 31 TUE – *L'azione comune nel settore della cooperazione giudiziaria in materia penale comprende: a) la facilitazione e l'accelerazione della cooperazione tra i ministeri competenti e le autorità giudiziarie o autorità omologhe degli Stati membri in relazione ai procedimenti e all'esecuzione delle decisioni; b) la facilitazione dell'estradizione fra Stati membri; c) la garanzia della compatibilità delle normative applicabili negli Stati membri, nella misura necessaria per migliorare la suddetta cooperazione; d) la prevenzione dei conflitti di giurisdizione tra Stati membri; e) la progressiva adozione di misure per la fissazione di norme minime relative agli elementi costitutivi dei reati e alle sanzioni, per quanto riguarda la criminalità organizzata, il terrorismo e il traffico illecito di stupefacenti.*

> elementi costituivi dei reati e alle sanzioni, per quanto riguarda la criminalità organizzata, il terrorismo e il traffico illecito di stupefacenti.

Si tratta, con ogni evidenza, di una elencazione di ambiti molto diversificati tra loro e certamente lontana dall'essere esaustiva.

Se i primi due punti riguardano alcuni ambiti tipici della cooperazione penale (riconoscimento delle sentenze ed estradizione), di maggior novità risultano gli altri tre punti.

Di notevole interesse appare, in particolare, il ravvicinamento delle legislazioni di cui alla lettera e), materia di importanza cruciale la cui attuazione è demandata ad un atto creato *ad hoc*, ossia la decisione-quadro.

La prevenzione dei conflitti di giurisdizione di cui alla lettera d) è, invece, una questione che chiama in causa uno dei punti più delicati della cooperazione giudiziaria penale, ossia il coordinamento delle autorità giudiziarie dei diversi Stati membri.

Di difficile interpretazione appare la lettera c) dell'art. 31 TUE, atteso che la norma pare richiamare l'obbligo per gli Stati di conformare la propria legislazione alle normative dettate dal Consiglio, al fine di garantire l'efficacia della cooperazione[27], ancorché – se così intesa – non se ne spiegherebbe la collocazione all'interno di un articolo che si occupa degli strumenti della cooperazione in materia penale.

In sintesi, gli articoli 29 e 31 del Trattato UE falliscono il tentativo di dettare finalità chiare e precise della

[27] F. POCAR (a cura di), *Commentario breve ai Trattati della comunità europea e dell'Unione europea*, Milano, 2001.

cooperazione nell'ambito del terzo pilastro, finendo per creare un sistema di linee guida piuttosto caotico, che pecca, da un lato, per disorganicità e, dall'altro lato, per eccessiva analiticità, e rendendo, dunque, necessario l'intervento delle istituzioni al fine di individuare con maggiore precisione gli obiettivi del terzo pilastro[28].

2.3.2 Il ruolo delle istituzioni

Nel tentativo di avvicinare i meccanismi del terzo pilastro al diritto comunitario e di limitarne, in tal modo, i caratteri di intergovernatività, il Trattato di Amsterdam riforma profondamente il ruolo ed i poteri spettanti alle istituzioni nel Titolo VI.

La Commissione vede finalmente rafforzata una delle sue competenze fondamentali, ossia l'iniziativa legislativa, diritto che viene riconosciuto in tutte le materie del nuovo terzo pilastro (art. 34 comma 2 TUE[29]). Si tratta pur

[28] In merito, cfr. A. PASQUERO, *Mutuo riconoscimento delle decisioni penali: prove di federalismo*, Giuffré, Milano, 2007.

[29] *Il Consiglio adotta misure e promuove, nella forma e secondo le procedure appropriate di cui al presente titolo, la cooperazione finalizzata al conseguimento degli obiettivi dell'Unione. A questo scopo, deliberando all'unanimità, su iniziativa di uno Stato membro o della Commissione, il Consiglio può: a) adottare posizioni comuni che definiscono l'orientamento dell'Unione in merito a una questione specifica; b) adottare decisioni-quadro per il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri. Le decisioni-quadro sono vincolanti per gli Stati membri quanto al risultato da ottenere, salva restando la competenza delle autorità nazionali in merito alla forma e ai mezzi. Esse non hanno efficacia diretta; c) adottare decisioni aventi qualsiasi altro scopo coerente con gli obiettivi del presente titolo, escluso qualsiasi ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri. Queste decisioni*

sempre di una competenza condivisa con gli Stati membri (e non esclusiva, come quella che le spetta nel primo pilastro), della quale viene fatto un ampio utilizzo nel corso degli ultimi anni[30].

La Commissione, inoltre, è *"pienamente associata ai lavori del Consiglio"* (art. 36 comma 2 TUE): la Commissione interagisce costantemente con il Consiglio, ad esempio formulando comunicazioni e monitorando i progressi compiuti nell'attuazione degli obiettivi dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia.

Un ultimo potere del quale dispone la Commissione è quello di attivare il contenzioso di legittimità disciplinato dall'art. 35 comma 6 TUE[31].

---

sono vincolanti e non hanno efficacia diretta. Il Consiglio, deliberando a maggioranza qualificata, adotta le misure necessarie per l'attuazione di tali decisioni a livello dell'Unione; d) stabilire convenzioni di cui raccomanda l'adozione agli Stati membri secondo le rispettive norme costituzionali. Gli Stati membri avviano le procedure applicabili entro un termine stabilito dal Consiglio.

[30] A mero titolo esemplificativo, si possono ricordare per la loro importanza il Libro verde della Commissione, Tutela penale degli interessi finanziari comunitari e creazione di una procura europea – COM (2001) 715 dell'11 dicembre 2001 –; il Libro verde della Commissione, ravvicinamento, reciproco riconoscimento e esecuzione delle sanzioni penali nell'Unione europea – COM (2004) 334 del 30 aprile 2004. Su iniziativa della Commissione sono state adottate molto decisioni-quadro, tra le quali quella del mandato di arresto europeo – COM (2001) 522 del 19 settembre 2001 – e quella del mandato europeo di ricerca della prova – COM (2003) 688 del 14 novembre 2003.

[31] *La Corte di giustizia è competente a riesaminare la legittimità delle decisioni-quadro e delle decisioni nei ricorsi proposti da uno Stato membro o dalla Commissione per incompetenza, violazione delle forme sostanziali, violazione del presente trattato o di qualsiasi regola di diritto relativa alla sua applicazione, ovvero*

Anche il Parlamento europeo, la cui sostanziale assenza dal quadro istituzionale del "*sistema K*" aveva evidenziato un marcato *deficit* democratico del vecchio terzo pilastro, vede i propri poteri accresciuti.

Il Trattato di Amsterdam prevede, infatti, che il Consiglio non debba più solo informare il Parlamento europeo ma lo debba obbligatoriamente consultare prima di emanare qualunque atto normativo che sia diverso dalle posizioni comuni. Il Parlamento europeo può essere chiamato ad emettere il suo parere (non vincolante) entro un termine fissato dal Consiglio, che non può essere inferiore a tre mesi (art. 39 comma 1 TUE[32]).

Si tratta, tuttavia, di poteri all'evidenza poco significativi, che non consentono al Parlamento di far valere in modo efficace la propria opinione sul contenuto degli atti emanati dal Consiglio. Non servono ad accrescere lo scarso peso dell'istituzione rappresentativa dei cittadini le disposizioni in base alla quale la "*la Presidenza e la Commissione informano regolarmente il Parlamento europeo dei lavori svolti*" nel settore del terzo pilastro (art. 39 comma 2 TUE[33]) o in base alla quale il Parlamento "*può rivolgere al Consiglio interrogazioni o*

---

per sviamento di potere. I ricorsi di cui al presente paragrafo devono essere promossi entro due mesi dalla pubblicazione dell'atto.

[32] *Il Consiglio consulta il Parlamento europeo prima di adottare qualsiasi misura di cui all'articolo 34, paragrafo 2, lettere b), c) e d). Il Parlamento europeo esprime il suo parere entro un termine che il Consiglio può fissare; tale termine non può essere inferiore a tre mesi. In mancanza di parere entro detto termine, il Consiglio può deliberare.*

[33] *La Presidenza e la Commissione informano regolarmente il Parlamento europeo dei lavori svolti nei settori che rientrano nel presente titolo.*

raccomandazioni" (art. 39 comma 3 TUE[34]). Il controllo di democraticità sull'operato del Consiglio viene in tal modo demandato al piano nazionale, spettando ai Parlamenti nazionali esercitarlo in sede di recepimento delle decisioni-quadro (o di ratifica delle Convenzioni) predisposte dal Consiglio.

È, quindi, proprio il Consiglio l'istituzione che gioca il ruolo preponderante: esso non solo continua ad essere la sede nel quale gli Stati *"si informano e si consultano reciprocamente (…) per coordinare la loro azione"* ma è l'organo che accentra in sé il potere legislativo (art. 34 comma 1 TUE[35]). Tale potere viene esercitato in base a logiche sostanzialmente intergovernative, atteso che la volontà politica dei Governi continua ad essere ampiamente tutelata dal ricorso al voto all'unanimità (art. 34 comma 2 TUE[36]), regola che viene meno solo per

[34] *Il Parlamento europeo può rivolgere al Consiglio interrogazioni o raccomandazioni. Esso procede ogni anno a un dibattito sui progressi compiuti nei settori di cui al presente titolo.*

[35] *Nei settori di cui al presente titolo, gli Stati membri si informano e si consultano reciprocamente, in seno al Consiglio, per coordinare la loro azione; essi instaurano a tal fine una collaborazione tra i servizi competenti delle loro amministrazioni.*

[36] *Il Consiglio adotta misure e promuove, nella forma e secondo le procedure appropriate di cui al presente titolo, la cooperazione finalizzata al conseguimento degli obiettivi dell'Unione. A questo scopo, deliberando all'unanimità, su iniziativa di uno Stato membro o della Commissione, il Consiglio può: a) adottare posizioni comuni che definiscono l'orientamento dell'Unione in merito a una questione specifica; b) adottare decisioni-quadro per il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri. Le decisioni-quadro sono vincolanti per gli Stati membri quanto al risultato da ottenere, salva restando la competenza delle autorità nazionali in merito alla forma e ai mezzi. Esse non hanno efficacia diretta; c) adottare decisioni*

l'adozione di misure applicative di decisioni o di convenzioni.

Il sistema di votazione del Consiglio, accanto al ruolo tutto sommato ancora marginale del Parlamento europeo e della Commissione, mostra chiaramente come in seno al terzo pilastro continuino, in ogni caso, a prevalere le istanze e le volontà politiche degli Stati membri; segno, questo, della sua ancora marcata distanza rispetto al metodo comunitario.

Se il Trattato di Amsterdam fallisce nell'intento di colmare il *deficit* democratico che il Trattato di Maastricht aveva evidenziato, lo stesso riesce, invece, a colmare quello giurisdizionale, attraverso una integrale riforma della Corte di Giustizia.

Il Trattato di Maastricht attribuiva a quest'ultima un mero potere di interpretare le convenzioni concluse tra gli Stati membri ai sensi dell'art. K.3 del terzo pilastro e, per di più, solo nel caso nei quali questi stessi lo avessero previsto espressamente nella convenzione stessa.

---

aventi qualsiasi altro scopo coerente con gli obiettivi del presente titolo, escluso qualsiasi ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri. Queste decisioni sono vincolanti e non hanno efficacia diretta. Il Consiglio, deliberando a maggioranza qualificata, adotta le misure necessarie per l'attuazione di tali decisioni a livello dell'Unione; d) stabilire convenzioni di cui raccomanda l'adozione agli Stati membri secondo le rispettive norme costituzionali. Gli Stati membri avviano le procedure applicabili entro un termine stabilito dal Consiglio. Salvo disposizioni contrarie da esse previste, le convenzioni, una volta adottate da almeno la metà degli Stati membri, entrano in vigore per detti Stati membri. Le relative misure di applicazione sono adottate in seno al Consiglio a maggioranza dei due terzi delle Parti contraenti.

Il Trattato di Amsterdam attribuisce, invece, alla Corte di Giustizia competenze ben più ampie, che ricordano quelle di cui essa dispone nel pilastro comunitario:

1. un potere di pronunciarsi in via pregiudiziale sull'interpretazione e la validità di decisioni e decisioni-quadro e sull'interpretazione di convenzioni concluse ai sensi dell'art. 34 (art. 35 comma 1 TUE[37]). In merito, giova osservare, come la competenza della Corte a pronunciarsi in via pregiudiziale sia facoltativa: l'art. 35 comma 1 TUE prevede, infatti, che ciascuno Stato membro possa o meno dichiarare di accettare tale giurisdizione della Corte, potendo unilateralmente stabilire se il potere di adire la Corte in via pregiudiziale spetti a tutte le giurisdizioni nazionali ovvero solo a quelle di ultima istanza. Si tratta, poi, di un rinvio non obbligatorio ma meramente facoltativo: l'art. 35 TUE prevede che il giudice nazionale, anche se si tratta di ultima istanza, possa e non già debba richiedere la pronuncia della Corte. La Dichiarazione n.10 adottata dalla Conferenza intergovernativa del 1997 prevede che ciascuno Stato, all'atto dell'accettazione della giurisdizione della Corte in base dell'art. 35 par.1, può dichiarare che, quando l'interpretazione o la validità di un atto adottato ai

[37] *La Corte di giustizia delle Comunità europee, alle condizioni previste dal presente articolo, è competente a pronunciarsi in via pregiudiziale sulla validità o l'interpretazione delle decisioni-quadro e delle decisioni, sull'interpretazione di convenzioni stabilite ai sensi del presente titolo e sulla validità e sull'interpretazione delle misure di applicazione delle stesse.*

sensi dell'art. 34 sia in discussione dinnanzi ad un giudice di ultima istanza, tale giudice sia obbligato ad adire pregiudizialmente la Corte[38];

2. un potere di controllare la legittimità delle decisioni e delle decisioni-quadro (art. 35 comma 6 TUE[39]). In questa ipotesi, il compito della Corte è di accertare che l'atto non sia viziato perché emanato da un organo non competente, in violazione delle forme previste, in violazione delle disposizioni del trattato o di altra regola di diritto relativa alla sua applicazione o perché vi è stato sviamento di potere, vale a dire un esercizio del potere per un fine diverso da quello per il quale era stato attribuito. Qualora la Corte riscontri uno di questi vizi nell'atto, ha il potere di annullarlo a partire dal momento della sua emanazione. I soli soggetti legittimati a proporre questo tipo di ricorso sono la Commissione e gli Stati membri;
3. un potere di pronunciarsi sulle controversie insorte tra due o più Stati membri o tra Stati e Commissione, relativamente all'interpretazione o all'applicazione di atti normativi del terzo pilastro

[38] Solo nove Stati su ventisette (tra cui l'Italia) hanno previsto l'obbligo di rinvio per le proprie giurisdizioni di ultima istanza.

[39] *La Corte di giustizia è competente a riesaminare la legittimità delle decisioni-quadro e delle decisioni nei ricorsi proposti da uno Stato membro o dalla Commissione per incompetenza, violazione delle forme sostanziali, violazione del presente trattato o di qualsiasi regola di diritto relativa alla sua applicazione, ovvero per sviamento di potere. I ricorsi di cui al presente paragrafo devono essere promossi entro due mesi dalla pubblicazione dell'atto.*

(art. 35 comma 7 TUE[40]). È previsto, però un primo tentativo di conciliazione da operarsi in seno al Consiglio; se entro sei mesi, non viene trovata alcuna soluzione può essere adita la Corte.

2.3.3 Gli atti normativi tipici

Una altra riforma assai significativa del Trattato di Amsterdam riguarda la nuova tipologia di atti normativi che il Consiglio può adottare nell'ambito del terzo pilastro. Scompaiono, proprio nel momento in cui il Consiglio stava iniziando a farne un uso significativo, le azioni comuni, per lasciare il posto a due nuovi strumenti: la decisione-quadro – alla quale (come avremo modo di vedere) vene affidato il peculiare ed importante compito di ravvicinare le legislazioni – e la decisione – che si presenta quale strumento residuale destinato a perseguire *"qualsiasi altro scopo coerente con gli obiettivi"* (art. 34 lett. b) TUE) del titolo VI, con l'esclusione del ravvicinamento delle legislazioni.

L'importanza di questi due strumenti risiede nell'esplicita previsione della loro obbligatorietà per tutti gli Stati membri, ancorché gli stessi siano privi di efficacia diretta (art. 34 lett.b) e c) TUE).

---

[40] *La Corte di giustizia è competente a statuire su ogni controversia tra Stati membri concernente l'interpretazione o l'applicazione di atti adottati a norma dell'articolo 34, paragrafo 2, ogniqualvolta detta controversia non possa essere risolta dal Consiglio entro sei mesi dalla data nella quale esso è stato adito da uno dei suoi membri. La Corte è inoltre competente a statuire su ogni controversia tra Stati membri e Commissione concernente l'interpretazione o l'applicazione delle convenzioni stabilite a norma dell'articolo 34, paragrafo 2, lettera d).*

Accanto alle decisioni ed alle decisioni-quadro vi sono due tipologie di atti ereditati dal passato: le convenzioni e le posizioni comuni, strumenti già previsti dal Trattato di Maastricht ed ai quali però il Trattato di Amsterdam non tralascia di apportare qualche innovazione. Per le convenzioni – retaggio della cooperazione intergovernativa classica – è previsto non solo il già sperimentato meccanismo di entrata in vigore "anticipata" ma anche che il Consiglio possa stabilire un termine (seppur sfornito di sanzione) per l'avvio da parte degli Stati membri delle procedure per la loro adozione "*secondo le rispettive norme costituzionali*". Delle posizioni comuni viene, invece, soltanto messa in chiaro la natura di atti di mero indirizzo politico (art. 34 lett. a) TUE).

Rivolgendo, in particolare, l'attenzione alle decisioni-quadro (anche in considerazione del loro fondamentale ruolo nell'ambito della cooperazione giudiziaria penale), non vi chi non veda come tali atti normativi rivestano una posizione di assoluto rilievo, da una parte, per il fatto che si tratta di atti vincolanti e, dall'altra parte, per l'importante scopo al quale essi sono preposti, ossia il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri.

(…) la decisione quadro e il suo carattere vincolante.

Per quanto concerne il primo aspetto – ovvero il loro carattere vincolante (caratteristica, questa per nulla scontata all'interno del terzo pilastro) – giova evidenziare come le decisioni-quadro vincolino gli Stati membri quanto al risultato da ottenere, salva restando la competenza delle autorità nazionali in merito alla forma ed ai mezzi con i quali darvi attuazione sul piano interno, ma non abbiano alcuna efficacia diretta, cosi come espressamente stabilito dall'art. 34 TUE.

In particolare, la locuzione "*effetti diretti*" è stata coniata dalla Corte di Giustizia, allorquando, in tema di direttive, iniziò ad affermare che una volta decorso inutilmente il termine per il recepimento, le stesse potessero comunque, a certe condizioni, produrre alcuni effetti all'interno dell'ordinamento dello Stato membro inadempiente[41]. Tali effetti diretti consistono nella possibilità per i singoli di fare valere nei confronti dello Stato i diritti che la direttiva attribuisce loro (cd. effetti diretti verticali)[42].

Orbene, osservando come la previsione degli effetti diretti delle direttive sia stata concepita dal Giudice comunitario come un modo per far fronte al ricorrente fenomeno del mancato recepimento delle direttive da parte

[41] Tali condizioni – chiarezza, precisione ed incondizionatezza della norma – sono stata elaborate dalla Corte di Giustizia con generale riferimento alle norme comunitarie, a partire dalla sentenza C.giust.CE del 5 febbraio 1963, causa 26/62, *Van Gend en Loos*, in *Racc.*1963, I-0003. Sulle condizioni richieste per la produzione di effetti diretti da parte delle direttive non attuate cfr. *ex plurimis* sentenza C.giust.CE del 4 dicembre 1974, causa C-41/74, *Van Duyn c. Home Office*, in *Racc.* 1974, p.I-1354; sentenza C.giust.CE del 17 dicembre 1970, *Spa Sace c. Ministero delle finanze*, causa C-33/70, in *Racc.*1970, p.I-1213; sentenza C.giust.CE del 22 giugno 1989, *Fratelli Costanzo*, causa n. C-103/88, in *Racc.*1989, p.I-1839.

[42] In alcune sentenza, la Corte è giunta a stabilire l'indennizzabilità del pregiudizio subito da un singolo a causa del mancato recepimento di una direttiva da parte dello Stato (cfr. sentenza C.giust.CE del 19 novembre 1991, *Francovich e Bonifaci c. Italia*, cause riunite C-6/90 e C-9/90, in Racc.1991, p.I-5357) mentre è sempre stata inflessibile nell'escludere effetti diretti nei rapporti tra i privati – cd. effetti diretti orizzontali (cfr. sentenza C.giust.CE del 14 luglio 1994, causa c-91/92, *Faccini Dori*, in Racc.1994, p.I-3325).

degli Stati membri, ben si comprende il motivo per il quale l'art. 34 TUE escluda espressamente tali effetti: una simile soluzione è, infatti, in perfetta armonia con l'esclusione del ricorso per infrazione in caso di mancato recepimento di una decisione-quadro e con la *ratio* di rispetto della sovranità nazionale che permea tutto il terzo pilastro.

È ormai evidente come il Trattato di Amsterdam, nel disegnare *ex novo* uno strumento non invasivo come la decisione-quadro, l'abbia configurato come una sorta di direttiva depurata dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, ispirandosi, invece, al modello della direttiva originariamente concepito dai redattori del Trattato di Roma. Si tratta di una scelta che, come è stato osservato, è in definitiva una chiara espressione del "*fastidio istituzionale degli Stati per una dinamica espansiva del processo di integrazione in via giurisprudenziale, sostanzialmente al di fuori dal controllo degli Stati stessi*"[43].

Sembra, tuttavia, potersi ammettere che, proprio per la notevole somiglianza con la direttiva, alla decisione-quadro possano e debbano essere applicati in via analogica alcuni principi – diversi da quelli relativi agli effetti diretti – elaborati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia in tema di direttive.

In particolare, viene in rilievo l'ormai noto principio della cd. interpretazione conforme: si tratta dell'obbligo per le giurisdizioni nazionali di interpretare in modo conforme alla direttiva sia la normativa interna di recepimento sia il diritto nazionale anteriore o posteriore[44],

[43] Così CHITI, *Verso lo spazio giudiziario europeo*, in *Riv. It. Dir. Pub. Com.*, 1997, p.787 ss.

[44] Sentenza C.giust.CE del 16 dicembre 1993, causa C-334/92, *Wagner Miret c. Fondo de garantia salarial*, in *Racc.* 1994, p.I-

al fine di contribuire al raggiungimento dello scopo della direttiva stessa, garantendole un effetto diretto minimale.

L'applicabilità alle decisioni-quadro del principio di interpretazione conforme è stata recentemente affermata dalla Corte di Giustizia[45], chiamata a pronunciarsi, ai sensi dell'art. 35 comma 1 TUE, in merito all'interpretazione da dare alla decisione-quadro sulla posizione della vittima nel procedimento penale[46].

La questione di fondo riguardava il fatto che il codice di procedura penale italiano non contempla l'ipotesi di acquisizione tramite incidente probatorio della testimonianza di un minore, possibilità invece prevista dalla decisione-quadro. Il Tribunale di Firenze, giudice *a quo*, domandava, pertanto, alla Corte se, in ossequio al principio di interpretazione conforme, non potesse ammettersi anche nell'ordinamento italiano l'assunzione di tale mezzo di prova. La Corte, sulla scorta dell'evidente analogia tra le decisioni-quadro e le direttive, ha stabilito che anche alle decisioni-quadro deve essere garantita l'applicazione del principio di interpretazione conforme, ampiamente riconosciuto in materia di direttive. Ha, infatti, affermato la Corte: "*il carattere vincolante delle decisioni-quadro, formulato in termini identici a quelli*

6911; sentenza C.giust.CE del 13 novembre 1990, causa C-106/89, *Marleasing c. Commercial Internacional de Alimentacion,* in *Racc.*1990, p.I-4135.

[45] Sentenza C.giust.CE del 16 giugno 2005, causa C-105/03, *Pupino,* in *Diritto penale e processo* 2005, 1178. In merito, cfr. A. GAITO, *Procedura penale e garanzie europee,* Utet, Torino, 2006; E. APRILE, *Diritto processuale penale europeo ed internazionale*, Cedam, Padova, 2007.

[46] Decisione-quadro relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale, del 15 marzo 2001, in *Gazz.Uff.* L 82 del 22 marzo 2001.

dell'art. 249, terzo comma CE, comporta, in capo alle autorità nazionali, ed in particolare ai giudici nazionali, un obbligo di interpretazione conforme del diritto nazionale" entro il limite dell'interpretazione *contra legem*. Del resto, ha osservato la Corte, "*sarebbe difficile per l'Unione adempiere efficacemente alla sua missione se il principio di leale cooperazione, che implica in particolare che gli Stati membri adottino tutte le misure generali o particolari in grado di garantire l'esecuzione dei loro obblighi derivanti dal diritto dell'Unione europea, non si imponesse anche nell'ambito della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale*".

Come ben illustra la decisione della Corte, l'analogia tra decisione-quadro e direttiva può rilevarsi uno strumento interpretativo di grande importanza: esso, però, deve essere utilizzato tenendo ben presente il contesto politico-giuridico di cui direttive e decisioni-quadro sono espressione: del diritto comunitario, le prime, e di un contesto per certi versi ancora governato dal diritto internazionale le seconde.

Alla luce di tali considerazioni, la Corte ha, dunque, concluso ritenendo che il principio di interpretazione conforme si impone anche riguardo alla decisioni-quadro adottate nell'ambito del titolo VI del Trattato UE, per modo che, applicando il diritto nazionale, il giudice è tenuto a farlo, per quanto possibile, alla luce della lettera e dello scopo della decisione-quadro, al fine di conseguire il risultato perseguito da questa e conformarsi così all'art. 34 n.2 lett.b) Trattato UE.

Occorre, tuttavia, rilevare come l'obbligo per il giudice nazionale di far riferimento al contenuto di una decisione-quadro, quando interpreta le norme pertinenti del suo diritto nazionale, trovi i suoi limiti nei principi generali del diritto e, in particolare, in quelli della certezza del diritto e

della non retroattività. Tali principi ostano, dunque, che detto obbligo possa condurre a determinare o ad aggravare, sul fondamento di una decisione-quadro ed indipendentemente da una legge adottata per l'attuazione di quest'ultima, la responsabilità penale di coloro che agiscono in violazione delle sue disposizioni.

Il principio introdotto dalla Corte di Giustizia con la ricordata sentenza *Pupino* ha trovato ampi riscontri nell'attività dei giudici nazionali, che hanno fatto ricorso ad esso per dirimere delicate questioni interpretative[47].

In particolare, la logica sottesa al principio di interpretazione conforme elaborato dalla Corte di Lussemburgo è alla base di importanti pronunce della Suprema Corte di Cassazione in tema di mandato di arresto europeo (*breviter*, Mae)[48].

---

[47] Sulla possibilità di una interpretazione delle disposizioni penali nazionali conforme alla normativa dettata dagli atti dell'Unione emessi nei settori del terzo pilastro, cfr. note di V. MANES, *L'incidenza delle decisioni-quadro sull'interpretazione in materia penale: profili di diritto sostanziale* e E. APRILE, *I rapporti tra diritto processuale penale e diritto dell'Unione europea, dopo la sentenza della Corte di Giustizia sul caso Pupino in materia di incedente probatorio*, in *Cass. Pen.*, 2005, 1150.

[48] Le difficoltà interpretative delle disposizioni dettate dalla legge 22 aprile 2005 n.69 – con la quale è stata data attuazione in Italia alla decisione-quadro 2002/584/GAI del Consiglio dell'Unione Europea in materia di mandato di arresto europeo – sono notoriamente ascrivibili alla controversa genesi di quel testo legislativo, con il quale, al dichiarato fine di assicurare tutela ad alcuni principi costituzionali e di evitare la soccombenza di talune garanzie difensive, la disciplina della procedura passiva di consegna (quella che vede l'Italia destinataria di una richiesta formulata dall'autorità giudiziaria di un altro Stato membro dell'Unione) è stata "riscritta" con l'introduzione di regole molto particolareggiate, talora prive di corrispondenza rispetto alle

Una delle questioni più dibattute (che ha trovato una soluzione interpretativa improntata al cd. principio di conformità) attiene come noto la valutazione dei gravi indizi di colpevolezza: dopo alcune incertezza interpretative la Corte di Cassazione è giunta ad affermare il principio secondo il quale non vi è dubbio che il mandato di arresto debba essere fondato su gravi indizi di colpevolezza, avuto riguardo ai principi di comune civiltà giuridica proprio dello spazio giuridico europeo. Tuttavia, si esclude che la corte di appello possa pronunciare sentenza con la quale dispone la consegna solo se sussistono gravi indizi di colpevolezza. Si è sottolineato il fatto che la norma deve essere interpretata alla luce dell'art. 9 della legge che esclude espressamente l'applicabilità delle disposizioni contenute negli artt. 273 comma 1 e comma 1-*bis*, 274 comma 1 lett. a) e c) e 280 c.p.p. Inoltre, è stato evidenziato che una diversa interpretazione costituirebbe un passo indietro rispetto al procedimento estradizionale.

In tema di Mae, dunque, non si richiede – basandosi evidentemente l'istituto della consegna sulla valutazione di un comune substrato di civiltà giuridica degli Stati membri – un positivo accertamento di tale presupposto da parte delle autorità giudiziarie dello Stato richiesto. Ciò che è necessario è che i gravi indizi di colpevolezza siano riconoscibili dall'autorità giudiziaria italiana, nel senso che

---

indicazioni della decisione-quadro. I giudici italiani si sono, dunque, trovati di fronte all'alternativa di applicare in maniera formale la norma interna di attuazione, pur riconoscendone la contrarietà alla lettera o alla *ratio* delle disposizioni della menzionata decisione-quadro, oppure di operare una interpretazione creatrice, il cui risultato potesse risultare rispettoso delle norme europee, dunque una interpretazione conforme alle prescrizioni del diritto dell'Unione europea.

il mandato deve essere, per il suo contenuto intrinseco ovvero per gli elementi raccolti in sede investigativa o processuale, fondato su un compendio indiziario che l'autorità ritiene seriamente evocativo di un fatto reato commesso dalla persona di cui si chiede la consegna[49]. Inoltre, si è affermato che il presupposto della motivazione del mandato di arresto europeo non può essere strettamente parametrato alla nozione ricavabile dalla tradizione giuridica italiana, essendo invece sufficiente che l'autorità giudiziaria italiana emittente abbia dato ragione del provvedimento adottato, circostanza che può realizzarsi anche attraverso l'allegazione delle evidenze fattuali a carico della persona di cui si chiede la consegna[50].

Altro punto cruciale emergente dalla giurisprudenza di legittimità – e che evidenzia sempre questa impostazione dialettica nel rapporto tra fonte nazionale e sopranazionale nonché la necessità di realizzare un'operazione interpretativa conforme – ha riguardato il tema dei rapporti tra mandato di arresto europeo e mancanza di limiti massimi di carcerazione preventiva nelle previsioni di alcuni ordinamenti stranieri. È stato al riguardo chiarito, nel noto caso Ramoci[51], che l'autorità giudiziaria italiana alla quale è devoluta la richiesta di consegna deve limitarsi

[49] Cass. Pen. Sez. Fer., 13 settembre 2005, *Hussain*, in *Cass. Pen.*, 2005, 3766.

[50] In questi termini, Cass. pen. Sez. VI, 8 maggio 2006, *Cusini*, in *Cass. Pen.*, 2007, 1166; Cass. Pen. Sez. VI, 23 settembre 2005, *Ile Petre*, *ivi*, 2005, 3772 con nota di E. SELVAGGI, *Il mandato di arresto europeo: la conformità con la decisione-quadro quale criterio ermeneutico … e altre questioni*; conf. Cass. Pen. Sez. VI, 3 marzo 2006, *Napoletano*, in *CED* n. 233706; Cass. Pen. Sez. VI, 13 ottobre 2005, *Pangrac*, *ivi* n. 232584.

[51] Cass. Pen. Sez. Un., 5 febbraio 2007, *Ramoci*, in *Cass. Pen.*, 2007, 1911.

ad accertare se l'ordinamento processuale dello Stato di emissione offra, dal punto di vista della durata della custodia preventiva, *garanzie equivalenti* rispetto a quelle derivanti dal nostro sistema di termini di durata massima della custodia cautelare. In particolare, con riguardo alla previsione di cui alla lett. e) dell'art. 18 l. n. 69 del 2005 – che prevede quale ipotesi di rifiuto di consegna il caso in cui il legislazione dello Stato membro di emissione non preveda limiti massimi della carcerazione preventiva – l'autorità giudiziaria deve verificare, ai fini della consegna, se nella legislazione dello Stato membro di emissione, sia espressamente fissato un termine di durata della custodia cautelare fino alla sentenza di primo grado o, in mancanza, un limite temporale desumibile da altri meccanismi processuali che instaurino, obbligatoriamente e con cadenze predeterminate, un controllo giurisdizionale funzionale alla legittima prosecuzione della custodia cautelare o in alternativa alla estinzione della stessa[52].

[52] In breve, l'apparato motivazionale, sviluppato dalle Sezioni Unite, poggia sui seguenti presupposti: 1) non è dato pretendersi una non solo inesistente quanto ancor più irrealistica identità e sovrapponibilità dei sistemi processual-penalistici adottati dai diversi Stati membri dell'Unione europea; 2) la decisione quadro relativa al mandato di arresto europeo, nel sostituire il sistema di estradizione convenzionale con un meccanismo semplificato di arresto e consegna delle persone ricercate e nel ricondurre la nuova procedura nell'ambito di una dimensione esclusivamente tecnico-giudiziaria, estranea a qualsivoglia influenza di natura governativa, ha applicato ai rapporti di cooperazione giudiziaria il principio del mutuo riconoscimento, all'uopo invocando la comune adesione dei sistemi giuridici degli Stati membri ai principi generali della CEDU; 3) anche per quanto concerne le decisioni quadro, adottate nell'ambito del cd. terzo pilastro dell'Unione europea, il giudice nazionale ha l'obbligo di adottare un criterio ermeneutico conforme delle norme statali di attuazione delle decisioni quadro,

Altra recente applicazione del principio di interpretazione conforme si rinviene nella sentenza Melina: con essa, la Corte di Cassazione ha puntualizzato che, ai fini della decisione di consegna, l'art. 2 comma 1 l.69 del 2005 non richiede che l'ordinamento dello Stato emittente presenti le stesse garanzie attinenti al giusto processo contenute nell'ordinamento italiano bensì che esso rispetti i relativi principi garantiti dalla Carte sovranazionali ed in particolare dall'art. 6 CEDU, al quale si richiama l'art. 111 Cost.[53].

In particolare, il Giudice di Legittimità, riprendendo la logica argomentativa sviluppata nella già richiamata pronuncia Ramoci – e segnatamente che i diritti e le garanzie così come riconosciuti e garantiti dal nostro ordinamento non possono essere *tout court* motivo di rifiuto di consegna, in quanto il fondamento stesso del MAE (e cioè, il principio del mutuo riconoscimento) impone una valutazione *"per equivalente"*, per modo che è sufficiente verificare in concreto la sussistenza, nell'ordinamento dello Stato emittente, di meccanismi processuali equipollenti, tali da offrire una garanzia, seppur non identica, comunque assimilabile a quella assicurata nel sistema giudiziario italiano – è giunta ad affermare che *"vi è una sostanziale consonanza tra le enunciazioni circa l'esigenza del rispetto dei diritti*

---

interpretando il diritto interno in conformità alle disposizioni sovranazionali.

[53] Cass. Pen. Sez. VI, 3 maggio 2007, *Melina,* in *Cass. Pen.* 2008, 2932. In applicazione di tale principio, la Corte ha ritenuto non violato il diritto di difesa della persona chiesta in consegna sulla base di una sentenza di condanna fondata su dichiarazioni accusatorie di un correo, che in dibattimento si era avvalso della facoltà di non rispondere, poiché non risultava che fosse stato sollecitato dall'imputato un confronto con tale fonte accusatoria.

fondamentali contenute nella legge n.69 e nella decisione-quadro" e che *"il richiamo fatto dalla legge nazionale ai principi e alle regole contenuti nella Costituzione della Repubblica (art. 2 lett.b) appare esprimere l'esigenza di tutela di valori che sono comune patrimonio della civiltà giuridica europea"*.

Anche sulla scorta degli importanti principi ai quali è pervenuta la Corte, viene, dunque, confermata l'idea di transnazionalità della giurisdizione, in particolare, laddove cambia decisamente il rapporto tra il giudice e la legge penale, nel quadro di un nuovo sistema delle fonti.

Il giudice nazionale è sempre più giudice internazionale e, soprattutto, sempre più giudice comunitario, artefice e coprotagonista di quella dimensione sovranazionale che è il dato caratterizzante dell'attuale assetto dell'ordinamento giuridico.

Il processo di internalizzazione e di europeizzazione del diritto ed in particolare del diritto penale ha come conseguenza un processo di osmosi tra il diritto soprastatuale ed il diritto interno e, come ricaduta ulteriore, l'attrazione del giudice nazionale al cospetto di nuovi parametri di giudizio.

Tale rilievo trova vieppiù riscontro anche da un punto di vista domestico, laddove si considerino le importanti modifiche del testo costituzionale, le cui potenziali ricadute, anche in termini di esegesi della norma primaria, vanno ancora completamente esplorate, trattandosi di un percorso appena iniziato[54]. Il riferimento è all'art. 117

[54] E. APRILE – F. SPIEZIA, *Cooperazione giudiziaria penale nell'Unione europea prima e dopo il Trattato di Lisbona*, Ipsoa, 2009.

comma 1 e 2 Cost.[55], come riformato dalla l.cost. 18 ottobre 2001 n.3. La nuova previsione comporta, in primo luogo, l'obbligo per il legislatore italiano di osservare, nella sua attività di produzione normativa, le norme contenute in accordi internazionali. Da essa indirettamente discende l'obbligo ulteriore, per il giudice, di tentare una interpretazione della norma interna conforme alla

[55] Art. 117 Cost – 1. La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali. 2. Lo Stato ha legislazione esclusiva nelle seguenti materie: a) politica estera e rapporti internazionali dello Stato; rapporti dello Stato con l'Unione europea; diritto di asilo e condizione giuridica dei cittadini di Stati non appartenenti all'Unione europea; b) immigrazione; c) rapporti tra la Repubblica e le confessioni religiose; d) difesa e Forze armate; sicurezza dello Stato; armi, munizioni ed esplosivi; e) moneta, tutela del risparmio e mercati finanziari; tutela della concorrenza; sistema valutario; sistema tributario e contabile dello Stato; perequazione delle risorse finanziarie; f) organi dello Stato e relative leggi elettorali; referendum statali; elezione del Parlamento europeo; g) ordinamento e organizzazione amministrativa dello Stato e degli enti pubblici nazionali; h) ordine pubblico e sicurezza, ad esclusione della polizia amministrativa locale; i) cittadinanza, stato civile e anagrafi; l) giurisdizione e norme processuali; ordinamento civile e penale; giustizia amministrativa; m) determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale; n) norme generali sull'istruzione; o) previdenza sociale; p) legislazione elettorale, organi di governo e funzioni fondamentali di Comuni, Province e Città metropolitane (3); q) dogane, protezione dei confini nazionali e profilassi internazionale; r) pesi, misure e determinazione del tempo; coordinamento informativo statistico e informatico dei dati dell'amministrazione statale, regionale e locale; opere dell'ingegno; s) tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali.

disposizione internazionale e, ove ciò non sia possibile, di investire la Corte costituzionale assumendo come parametro della possibile questione di legittimità le previsioni di cui all'art. 117 comma 1. Tale obbligo si pone, in primo luogo, con riguardo alla normativa posta a presidio dei diritti e delle libertà fondamentali che si rinviene nella Convenzione europea sui diritti dell'uomo del 1950 e nei Protocolli del Consiglio d'Europa, oltre che nell'interpretazione che di tale norme si rinviene nella giurisprudenza della Corte europea di Strasburgo.

Tale principio è stato chiaramente fissato nelle sentenze n. 348 e n. 349 del 2007 della Corte Costituzionale, pronunciate nei giudizi di legittimità costituzionale dell'art. 5 *bis* comma 7 *bis* del d.l. 11 luglio 1992 n.333 ("*Misure urgenti per il risanamento della finanza pubblica*") convertito con modificazioni della l.8 agosto 1992 n.359, a sua volta introdotto dall'art. 3 comma 65 l. 23 dicembre 1996 n.662 ("*Misure di razionalizzazione della finanza pubblica*")[56]. In particolare, questi i principali passaggi motivazionali delle richiamate sentenze:

a) le norme della CEDU non sono "autoapliccative" perché non sono norme comunitarie né sono riferibili all'art. 11 della Costituzione, dato che non introducono alcuna limitazione di sovranità. Sono norme internazionali pattizie, che vincolano lo Stato ma non producono effetti diretti nell'ordinamento interno, tali da affermare la

[56] Pubblicate in *Cass. Pen.*, 2008, 2296. Inoltre, cfr. commento di P. TONINI, *Processo penale e norme internazionali: la Consulta delinea il quadro d'insieme*, in *Diritto penale e processo*, 2008, p. 417.

competenza dei giudici nazionali a darvi applicazione nelle controversie ad essi sottoposte, non applicando nello stesso tempo le norme interne in eventuale contrasto. L'art. 117 comma 1 Cost., nel testo introdotto con la riforma del 2001, distingue in modo significativo i vincoli derivanti dell'ordinamento comunitario da quelli riconducibili agli obblighi internazionali;

b) le norme CEDU, in quanto norme pattizie, sono escluse anche dall'ambito di operatività dell'art. 10 comma 1 Cost., che, con l'espressione *"norme del diritto internazionale generalmente riconosciute"*, si riferisce soltanto alle norme consuetudinarie e dispone l'adattamento automatico, rispetto alle stesse, dell'ordinamento giuridico italiano;

c) l'art. 117 comma 1 Cost. condiziona l'esercizio della potestà legislativa dello Stato e delle Regioni al rispetto degli obblighi internazionali, tra i quali indubbiamente rientrano quelli derivanti dalla Convenzione europea per i diritti dell'uomo. Deve essere respinta la tesi che la norma sia da considerarsi operante soltanto nei rapporti tra lo Stato e le Regioni. Allo stesso tempo non può ritenersi che ogni norma contenuta in un trattato internazionale assuma, per il tramite dell'art. 117 comma 1, il rango di norma costituzionale;

d) l'art. 117 comma 1 presenta una struttura simile a quella di altre disposizioni costituzionali che, sviluppando la loro concreta operatività solo se poste in stretto collegamento con altre norme, di rango sub-costituzionale, destinate a dare contenuti ad un parametro che si limita ad

enunciare in via generale una qualità che le leggi in esso richiamate devono possedere. Le norme necessarie a tale scopo sono di rango subordinato alla Costituzione ma intermedio tra questa e la legge ordinaria. Nel linguaggio corrente si parla di fonti interposte. L'art. 117 comma 1 Cost. diventa concretamente operativo solo se vengono determinati quali siano gli obblighi internazionali che vincolano la potestà legislativo dello Stato e delle Regioni. Dunque la CEDU assume la funzione di concretizzare nella fattispecie la consistenza degli obblighi internazionali dello Stato;

e) la CEDU presenta peraltro, rispetto agli altri trattati internazionali, la caratteristica peculiare di aver previsto la competenza di un organo giurisdizionale, la Corte europea per i diritti dell'uomo, alla quale è affidata la funzione di interpretare le norme della Convenzione stessa. Difatti l'art. 32 par.1 stabilisce: "*La competenza della Corte si estende a tutte le questioni concernenti l'interpretazione e l'applicazione della Convenzione e dei suoi protocolli che siano sottoposte ad essa alle condizioni previste negli articoli 33, 34 e 47*". Non si tratta di una competenza giurisdizionale che si sovrappone a quella degli organi giudiziari dello Stato italiano ma di una funzione interpretativa eminente che gli Stati contraenti hanno riconosciuto alla Corte europea, contribuendo con ciò a precisare i loro obblighi internazionali nella specifica materia;
f) per quanto detto sinora le norme della CEDU, quali interpretate dalla Corte di Strasburgo, non acquistano la forza delle norme costituzionali e

sono perciò non immuni dal controllo di legittimità della Corte costituzionale italiana. Proprio perché si tratta di norme che integrano il parametro costituzionale, rimanendo pur sempre ad un livello sub-costituzionale, è necessario che esse siano conformi a Costituzione. La particolare natura delle stesse norme, diverse sia da quelle comunitarie sia da quelle concordatarie, fa sì che lo scrutinio di costituzionalità non possa limitarsi alla possibile lesione dei principi e dei diritti fondamentali o dei principi supremi ma debba estendersi ad ogni profilo di contrasto tra le norme interposte e quelle costituzionali. L'esigenza che le norme che integrano il parametro di costituzionalità siano esse stesse conformi alla Costituzione è assoluta ed inderogabile, per evitare il paradosso che una norma legislativa venga dichiarata incostituzionale in base ad una altra norma sub-costituzionale, a sua volta in contrasto con la Costituzione. È illegittima solo una norma che contrasti con un parametro interposto del quale sia positivamente scrutinata la conformità alla Costituzione;

g) poiché le norme della CEDU vivono nell'interpretazione che delle stesse viene data dalla Corte europea, la verifica di compatibilità costituzionale deve riguardare la norma come prodotto dell'interpretazione, non la disposizione in sé e per sé considerata. Si deve peraltro escludere che le pronunce della Corte di Strasburgo siano incondizionatamente vincolanti ai fini del controllo di costituzionalità delle leggi nazionali. Tale controllo deve sempre ispirarsi al

ragionevole bilanciamento tra il vincolo derivante dagli obblighi internazionali, quale imposto dall'art. 117 comma 1 Cost., e la tutela degli interessi costituzionalmente protetti contenuta in altri articoli della Costituzione;

h) in definitiva, occorre verificare: 1) se effettivamente vi sia contrasto non risolvibile in via interpretativa tra una norma interna e le norme della CEDU, come interpretate dalla Corte europea ed assunte come fonti integratrici del parametro di costituzionalità di cui all'art. 117 comma 1 Cost.; 2) se le norme della CEDU invocate come integrazione del parametro, nell'interpretazione ad esse data dalla medesima Corte, siano compatibili con l'ordinamento costituzionale italiano.

(…) le decisioni quadro ed il ravvicinamento delle legislazioni.

Si è già sottolineato come l'importanza delle decisioni-quadro risieda, oltre che nel loro carattere vincolante, anche nello scopo al quale esse sono preposte, ossia il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri[57].

Il ravvicinamento delle legislazioni è dapprima indicato nell'art. 29 TUE, accanto alla cooperazione tra autorità giudiziarie, come uno degli strumenti principali per raggiungere gli obiettivi del nuovo terzo pilastro; all'art. 31 TUE, esso viene, invece, menzionato tra gli strumenti della cooperazione giudiziaria stessa.

[57] Cfr. L. SALAZAR, *La costruzione di uno spazio penale comune europeo*, in *Lezioni di diritto penale europeo*, (a cura di) G.GRASSO – R SICURELLA, Giuffré, Milano, 2007.

Nonostante il dato normativo non brilli per sistematicità, dalle citate disposizioni si evince come il ravvicinamento delle legislazioni occupi un posto di primo piano nell'economia del nuovo terzo pilastro: si tratta, infatti, di uno degli strumenti più importati che le istituzioni hanno a disposizione per migliorare la cooperazione giudiziaria tra gli Stati.

Il Trattato di Amsterdam circoscrive l'ambito del ravvicinamento delle legislazioni a tre soli settori: la criminalità organizzata, il terrorismo ed il traffico illecito di stupefacenti (art. 31 TUE). Una interpretazione estensiva di tali nozioni, da più parti auspicata[58] e fatta propria da alcuni documenti programmatici quali il Piano di Azione di Vienna e le Conclusioni di Tampere, ha tuttavia consentito all'Unione europea di intervenire in settori più vasti.

Alcune delle decisioni-quadro adottate dal Consiglio non possono, infatti, essere ricondotte ai tre ambiti previsti della criminalità organizzata, del terrorismo e del traffico di stupefacenti: si pensi, a mero titolo esemplificativo, alla decisione-quadro sulla protezione dell'ambiente[59]; alla decisione-quadro sulle frodi e le falsificazioni di mezzi di pagamento diversi dai contanti[60]; alla decisione-quadro relativa alla lotta contro la falsificazione dell'euro[61]; alla

[58] F. POCAR (a cura di), *Commentario breve ai Trattati della comunità europea e dell'Unione europea*, Milano, 2001.

[59] Decisione-quadro relativa alla protezione dell'ambiente, del 27 gennaio 2003, in *Gazz.Uff.* L 29 del 5 febbraio 2003.

[60] Decisione-quadro relativa alla lotta contro le frodi e le falsificazioni di mezzi di pagamento diversi dai contanti, del 28 maggio 2001, in *Gazz.Uff.* L 149 del 2 giugno 2001.

[61] Decisione-quadro relativa alla lotta contro la falsificazione dell'euro, del 29 maggio 2000, in *Gazz. Uff.* L 140 del 14 giugno 2000.

decisione-quadro sulla tratta degli esseri umani[62]; alla decisione-quadro relativa alla lotta contro la corruzione nel settore privato[63]; e alla decisione-quadro contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pedopornografia[64].

Quanto alla portata del ravvicinamento che l'Unione può operare attraverso alle decisioni-quadro, il Trattato precisa che il ravvicinamento può comportare *"la progressiva adozione di misure per la fissazione di norme minime relative agli elementi costituivi dei reati e alle sanzioni"* (art. 31 TUE).

In merito, occorre rilevare come l'impiego nell'art. 31 dell'inciso *"se necessario"*, che sembra connotare il ravvicinamento delle legislazioni come l'*extrema ratio* in fatto di strumenti a disposizione del Consiglio nel settore della cooperazione in materia penale.

Una analisi della prassi rivela che fin dalle prime decisioni-quadro il Consiglio ha, invece, adottato una interpretazione assai più estensiva dell'art. 31 lett.e) TUE. Uno degli esempi più significatici è fornito dalla decisione-quadro sul terrorismo, del 13 giugno 2002[65]. Essa, innanzitutto, prevede che gli Stati membri adottino le *"misure necessarie"* per assicurare che il reato di terrorismo sia punito; ma a tal fine, la decisione-quadro individua puntualmente una serie di condotte, delle quali

---

[62] Decisione-quadro sulla lotta alla tratta degli esseri umani del 19 luglio 2002, in *Gazz. Uff.* L 203 del 1°agosto 2002.

[63] Decisione-quadro relativa alla lotta contro la corruzione nel settore privato del 22 luglio 2003, in *Gazz. Uff.* L192 del 31 luglio 2003.

[64] Decisione-quadro sulla lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pedopornografia del 22 dicembre 2003, in *Gazz. Uff.* L 13 del 20 gennaio 2004.

[65] Decisione-quadro sulla lotta contro il terrorismo, del 13 giugno 2002, in *Gazz.Uff.* L.164 del 22 giugno 2002.

vengono definiti gli elementi materiali (che spaziano dal sequestro di persona al dirottamento, alla fabbricazione e detenzione di armi da fuoco) e quelli psicologici (il dolo specifico di intimidire la popolazione, di operare una indebita coercizione ai danni dei pubblici poteri, …). L'art. 2 fornisce, inoltre, una precisa definizione di *"organizzazione terroristica"*[66]. Il Consiglio non si è, dunque, limitato ad indicare *"misure per la fissazione di norme minime"* relative agli elementi costituivi dei reati ma si è spinto a definire direttamente gli elementi dei crimini. Peraltro, la decisione-quadro *de qua* non solo prescrive che i reati di stampo terroristico siano puniti in modo più severo rispetto ai normali reati ma prevede, addirittura, che coloro i quali dirigono ovvero partecipano ad una organizzazione terroristica debbano essere puniti con un pena non inferiore nel massimo rispettivamente a quindici e otto anni di reclusione; disposizione, questa, che non solo incide inevitabilmente in modo diretto sulla politica criminale dei singoli Stati membri ma può inoltre non rispondere ai criteri di proporzionalità insiti nelle scelte penalistiche dei legislatori nazionali.

L'esempio della decisione-quadro sul terrorismo non è isolato: il Consiglio ha fatto ricorso a scelte simili anche nella decisione-quadro contro la falsificazione di monete

---

[66] Per organizzazione terroristica si intende *"l'associazione strutturata di due o più persone, stabilita nel tempo, che agisce in modo concertato allo scopo di commettere dei reati terroristici. Il termine associazione strutturata designa una associazione che non si è costituita fortuitamente per la commissione estemporanea di un reato e che non deve necessariamente prevedere ruoli formalmente definiti per i suoi membri, continuità nella composizione o una struttura articolata"*.

in relazione all'introduzione dell'euro[67], nella decisione-quadro contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pornografia infantile[68], nella decisione-quadro contro la il traffico illecito di stupefacenti[69] e nella decisione-quadro contro la tratta degli esseri umani[70]; in esse, si dispone per alcuni reati l'introduzione di pene minime da parte degli Stati membri.

Di minore ampiezza appaiono i risultati perseguiti e conseguiti sul piano dell'armonizzazione delle regole di

---

[67] Decisione-quadro relativa al rafforzamento della tutela per mezzo di sanzioni penali e altre sanzioni contro la falsificazione di monete in relazione all'introduzione dell'euro, del 29 maggio 2000, in *Gazz.Uff.* L 140 del 14 giugno 2000. La decisione-quadro *de qua*, dopo aver individuato una serie di condotte che devono essere vietate dagli Stati membri (contraffazione di monete, immissione in circolazione di denaro contraffatto, … artt. 3-4 e 5), dispone che la pena massima per tali reati non può essere inferiore a otto anni i reclusione (art. 6) e prevede, altresì, la responsabilità penale delle persone giuridiche (artt.7 e 8).

[68] Decisione-quadro relativa alla lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pornografia infantile, del 22 dicembre 2003, in *Gazz.Uff.* L 13 del 20 gennaio 2004. Essa, agli artt.1-2 e 3, contiene puntuali definizioni relative agli elementi costitutivi del reato di pornografia infantile e dei reati ad esso connessi.

[69] Decisione-quadro riguardante la fissazione di norme minime relative agli elementi costitutivi dei reati e alle sanzioni applicabili in materia di traffico illecito di stupefacenti, del 25 ottobre 2004, in *Gazz.Uff.* L 335 dell'11 novembre 2004.

[70] Decisione-quadro sulla lotta alla tratta degli esseri umani, del 19 luglio 2002, in *Gazz. Uff.* L 203 del 1°agosto 2002, la quale prevede la definizione dei reati relativi alla tratta degli esseri umani a fini di sfruttamento di manodopera o sessuale, definisce pene e circostanze aggravanti, prevede la responsabilità delle persona giuridiche con le sanzioni ad esse applicabili e richiede che ciascuno Stato membro adotti le misure necessarie per sanzionare tali reati nel proprio ordinamento.

procedura, in attuazione dell'art. 31 comma 1 lett.c) del TUE, che prevede l'adozione di norme dirette a garantire *"la compatibilità delle normative applicabili negli Stati membri, nella misura necessaria per migliorare la (…) cooperazione"*.

In tale novero sembrano, infatti, potersi ricondurre la decisione-quadro relativa alla posizione delle vittima nel procedimento penale[71]; la decisione-quadro sul riciclaggio di denaro e la ricerca, sequestro e confisca dei proventi di reato[72].

Merita, in tale contesto, un rilievo particolare – attesa la sua portata innovativa – la proposta di decisione-quadro della Commissione europea relativa all'introduzione di *standards* minimi di garanzie procedurali all'interno delle procedure penali degli Stati membri[73]. L'obiettivo della proposta è quello di rafforzare la protezione dei diritti dei cittadini, mediante l'approvazione di alcune norme minime comuni capaci di offrire un livello equivalente di protezione a sospettati ed accusati in tutto il territorio dell'Unione europea. Un ulteriore effetto dovrebbe essere quello di assicurare, attraverso il rafforzamento della reciproca fiducia, anche l'effettivo funzionamento del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie. Tuttavia, le diverse concezioni nazionali di questi diritti e la resistenza di alcuni Stati membri a cedere

[71] Decisione-quadro sulla posizione della vittima nel procedimento penale, del 15 marzo 2001, in *Gazz. Uff.* L82 del 22 marzo 2004.

[72] Decisione-quadro sul riciclaggio di denaro e la ricerca, sequestro e confisca dei proventi di reato, del 26 giugno 2001, in *Gazz. Uff.* L 182 del 5 luglio 2001.

[73] Doc. COM (2004) 328 def. del 28 aprile 2004. Per un commento, cfr. C. FANEGO, *Proposta di decisione quadro su determinati diritti processuali nei procedimenti penali nel territorio dell'Unione europea*, in *Cass. Pen.*, 2008, p.303.

all'Unione un così sensibile frammento di sovranità nazionale, ha comportato l'impossibilità di raggiungere un accordo politico sulla proposta, nonostante siano ormai trascorsi più di quattro anni dalla data di presentazione. L'intenso dibattito e le trattative in seno al Consiglio – sviluppate da tutte le presidenze che si sono succedute – non sono sfociati in un accordo comune a tutti i Paesi membri. In alcuni casi, il disaccordo è sorto poiché gli Stati hanno eccepito la mancanza di sufficienti poteri normativi in capo all'Unione in questa materia. In altri casi, perché l'approccio della proposta non è stato considerato adeguato nel suo contenuto. In particolare, si è contestato il fatto che, disciplinando soltanto alcune garanzie e prevedendo norme estremamente dettagliate, si sarebbe rischiato di provocare la perdita di coerenza della regolamentazione processuale nazionale.

2.4 La cooperazione in materia penale negli anni 1999-2006

I risultati finora conseguito dall'Unione europea in campo penale con gli strumenti messi a disposizione dal Trattato di Amsterdam sono di assoluto rilievo, soprattutto se paragonati a quelli modesti degli anni precedenti. Il merito è da attribuire sia ad una più forte volontà degli Stati di cooperare tra loro sia alla maggiore efficacia degli strumenti normativi posti a disposizione dell'Unione.

2.4.1 Gli atti normativi: convenzioni, decisioni e decisioni-quadro

Svolgendo una breve e rapida rassegna in merito all'utilizzo dei vari strumenti normativi, è dato constatarsi

innanzitutto il graduale abbandono dello strumento convenzionale, che in passato aveva, invece, costituito lo strumento principale della cooperazione nel terzo pilastro.

Tra gli accordi stipulati sotto la vigenza del Trattato di Amsterdam si segnale soltanto la Convenzione sull'assistenza giudiziaria del 2000[74] (con il relativo Protocollo integrativo del 2001[75]), volta a sostituire quella del Consiglio d'Europa risalente all'ormai lontano 1959[76].

Per quanto riguarda lo strumento delle decisioni, particolare importanza rivestono le due decisioni con le quali il Consiglio ha istituito dapprima l'Unità provvisoria di cooperazione giudiziaria[77] poi il suo successore, ossia *Eurojust*[78]. Si tratta di due organismi ai quali spettano

[74] Convenzione relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea, del 29 maggio 2000, in *Gazz. Uff.* C 197 del 12 luglio 2000.

[75] Protocollo della convenzione relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea, del 16 ottobre 2001, in *Gazz. Uff.* C 326 del 21 novembre 2001.

[76] Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale, del 20 aprile 1959; ordine di esecuzione per l'Italia con l. 23 febbraio 1961 n. 215.

[77] Decisione del Consiglio relativa all'istituzione di una Unità provvisoria di cooperazione giudiziaria, del 14 dicembre 2000, in *Gazz. Uff.* L 324 del 21 dicembre 2000.

[78] Decisione del Consiglio, del 28 febbraio 2002, che istituisce Eurojust per rafforzare la lotta contro le forme gravi di criminalità, in *Gazz. Uff.* L 63 del 6 marzo 2002; modificata dalla decisione 2003/659/GAI, del 18 giugno 2003, in *Gazz.Uff.* L 245 del 29 settembre 2003. In breve, Eurojust è un organo dell'Unione dotato di personalità giuridica e volto a rafforzare la lotta contro le forme gravi di criminalità. Si compone di un membro nazionale (magistrato del pubblico ministero, giudice o funzionario di polizia con pari prerogative) distaccato da ciascun Stato membro. Eurojust ha competenza generale per: 1) le forme di criminalità e i reati per i quali Europol è competente ad agire; 2) la criminalità informatica;

importanti compiti in materia di cooperazione giudiziaria in senso stretto: rientrano, infatti, tra i loro obiettivi coordinare le indagini tra gli organi inquirenti degli Stati membri, promuovere il coordinamento tra le autorità giudiziarie al fine dell'esercizio dell'azione penale e, infine, migliorare la prestazione di assistenza giudiziaria internazionale e l'esecuzione delle richieste di estradizione.

Nel panorama dell'attività normativa esercitata dal Consiglio negli ultimi anni, i risultati di maggiore rilievo, sia qualitativamente sia quantitativamente, si devono allo strumento della decisione-quadro, che ha costituito una componente fondamentale della buona riuscita del sistema introdotto dal Trattato di Amsterdam rispetto a quello introdotto dal Trattato di Maastricht. Qui di seguito viene offerta una elencazione delle principali decisioni-quadro emanate al dichiarato fine di concorrere alla realizzazione dello spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia. Con tale rassegna, oltre a soddisfare una esigenza di informazione preliminare, è possibile mettere in rilievo quanto variegati siano oramai i settori nei quali l'Unione

---

3) la frode, la corruzione e qualsiasi altro reato che colpisca gli interessi finanziari della Comunità europea; 4) il riciclaggio dei proventi di reato; 5) la criminalità ambientale; 6) la partecipazione ad una organizzazione criminale. Per le tipologie di reato diverse da quelle elencate, Eurojust ha una competenza complementare, prestando assistenza nelle indagini e nelle azioni penali su richiesta di una autorità competente di uno Stato membro. Cfr. E. APRILE, *Diritto processuale penale europeo e internazionale*, Cedam, Padova 2007. Recentemente, Eurojust è stato oggetto di una modifica ed aggiornamento con la decisione adottata nel dicembre 2008 (in attesa di pubblicazione). Per un commento, cfr. E. APRILE – F. SPIEZIA, *Cooperazione giudiziaria penale nell'Unione europea prima e dopo il Trattato di Lisbona*, Ipsoa, 2009.

europea ha ritenuto di dovere intervenire con l'adozione di provvedimenti normativi diretti ad incidere sui sistemi penali interni.

Devono essere così segnalate:

- decisione-quadro relativa al rafforzamento della tutela per mezzo di sanzioni penali e altre sanzioni contro la falsificazione di monete in relazione all'introduzione dell'euro, del 29 maggio 2000;
- decisione-quadro relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale, del 15 marzo 2001;
- decisione-quadro relativa alla lotta contro le frodi e le falsificazioni di mezzi di pagamento diversi dai contanti, del 28 maggio 2001;
- decisione-quadro concernente il riciclaggio di denaro, l'individuazione, il rintracciamento, il congelamento o sequestro e la confisca degli strumenti e dei proventi di reato, del 26 giugno 2001;
- decisione-quadro che modifica la decisione quadro relativa al rafforzamento della tutela per mezzo di sanzioni penali e altre sanzioni contro la falsificazione di monete in relazione all'introduzione dell'euro, del 6 dicembre 2001;
- decisione-quadro relativa alle squadre investigative comuni, del 13 giugno 2002;
- decisione-quadro relativa al mandato di arresto europeo e delle procedure di consegna tra Stati membri, del 13 giugno 2002;
- decisione-quadro sulla lotta contro il terrorismo, del 13 giugno 2002;

- decisione-quadro sulla lotta alla tratta degli esseri umani, del 19 luglio 2002;
- decisione-quadro relativa al rafforzamento del quadro penale per la repressione del favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali, del 28 novembre 2002;
- decisione-quadro relativa alla protezione dell'ambiente, del 27 gennaio 2003 (peraltro annullata dalla Corte di Giustizia[79]);
- decisione-quadro relativa alla lotta contro la corruzione nel settore privato, del 22 luglio 2003;
- decisione-quadro relativa all'esecuzione nell'Unione europea dei provvedimenti di blocco de beni o di sequestro probatorio, del 22 luglio 2003;
- decisione-quadro relativa alla lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pornografia infantile, del 22 dicembre 2003;
- decisione-quadro riguardante la fissazione di norme minime relative agli elementi costitutivi dei reati e alle sanzioni applicabili in materia di traffico illecito di stupefacenti, del 25 ottobre 2004;
- decisione-quadro relativa alla confisca dei beni, strumenti e proventi di reato, del 24 febbraio 2005;
- decisione-quadro relativa agli attacchi contro i sistemi di informazione,del 24 febbraio 2005;

[79] Sentenza G.Giust.CE del 13 settembre 2005, causa C-176/03, *Commissione c. Consiglio*, in *Racc.* 2005, p.I-7879

- decisione-quadro relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sanzioni pecuniarie, del 24 febbraio 2005;
- decisione-quadro relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni di confisca, del 6 ottobre 2006;
- decisione-quadro relativa alla semplificazione dello scambio di informazioni e *intelligence* tra le autorità degli Stati membri dell'Unione europea incaricate dell'applicazione della legge, del 18 dicembre 2006.

2.4.2 I documenti programmatici

Una componente essenziale della cooperazione nell'ambito del terzo pilastro è costituita dalla nutrita serie di documenti di indirizzo programmatico, la cui funzione è riconducibile a chiarificare gli obiettivi dettati dagli artt. 29 e 31 del Trattato sull'Unione europea.

Tra i più rilevanti meritano si essere ricordati il Piano di Azione di Vienna del 1998 e le Conclusioni di Tampere del 1999.

In particolare, il Piano di Azione di Vienna è stato il primo documento ad evidenziare come la cooperazione giudiziaria in materia penale nell'Unione europea incontrasse *"difficoltà a far fronte a fenomeni quali la criminalità organizzata, per mancanza di semplificazione delle procedure e, ove necessario, di armonizzazione delle normative"* ed è stato, altresì, il primo ad osservare che *"concretamente ciò significa innanzitutto adottare la stessa impostazione, in modo altrettanto efficiente, di fronte ai comportamenti criminali in tutta l'Unione"*. A tal fine, il Piano di Azione di Vienna ha individuato

specifiche azioni da realizzare entro termini precisi (da due a cinque anni), tra le quali la facilitazione dell'estradizione, la predisposizione di una convenzione di assistenza giudiziaria in materia penale ed il ravvicinamento delle legislazioni.

Successivamente, le Conclusioni di Tampere hanno stabilito, in parte riprendendo quelli già dettatati dal Piano di Azione di Vienna, alcuni principi fondamentali, tra i quali spiccano due vere e proprie linee guida: il mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie ed il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri.

Secondo il Consiglio europeo, il mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie – principio che si approfondirà nella prossima sezione – "*dovrebbe diventare il fondamento della cooperazione giudiziaria nell'Unione tanto in materia civile quanto in materia penale*"[80].

Il medesimo principio è posto alla base di tre importanti obiettivi, espressamente previsti dalle Conclusioni:

- **la soppressione del meccanismo formale dell'estradizione** – "*Il Consiglio europeo ritiene che la procedura formale di estradizione debba essere abolita tra gli Stati membri per quanto riguarda le persone che si sottraggono alla giustizia dopo essere state condannate definitivamente ed essere sostituita dal semplice trasferimento di tali persone, in conformità con l'articolo 6 del TUE. Occorre inoltre prendere in considerazione procedure di estradizione accelerate, fatto salvo il principio di un equo processo*" (punto 35);

[80] Cfr. Punto 33 Conclusioni di Tampere.

- **l'adozione di un sistema di riconoscimento reciproco dei provvedimenti di confisca e di sequestro probatorio** – *"Il principio del reciproco riconoscimento dovrebbe altresì applicarsi alle ordinanze preliminari, in particolare a quelle che permettono alle autorità competenti di procedere rapidamente al sequestro probatorio e alla confisca di beni facilmente trasferibili"* (punto 36);
- **la circolazione della prova** – *"Le prove legalmente raccolte dalle autorità di uno Stato membro dovrebbero essere ammissibili dinnanzi ai tribunali degli altri Stati membri, tenuto conto delle norme ivi applicabili"* (punto 36).

Con riferimento all'indicata misura del ravvicinamento delle legislazioni, il Consiglio europeo ha, invero, osservato: *"Per quanto riguarda le legislazioni penali nazionali, gli sforzi intesi a concordare definizioni, incriminazioni e sanzioni comuni dovrebbero incentrarsi in primo luogo su un numero limitato di settori di particolare importanza, come la criminalità finanziaria (riciclaggio di denaro, corruzione, falsificazione dell'euro), il traffico di droga, la tratta di esseri umani ed in particolare lo sfruttamento delle donne, lo sfruttamento sessuale dei minori, la criminalità ad alta tecnologia e la criminalità ambientale"*[81].

Secondo quanto emerge dalle Conclusioni di Tampere, il principio del mutuo riconoscimento, supportato da una opera di ravvicinamento delle legislazioni, diventa, dunque, il fulcro del terzo pilastro e l'architrave della cooperazione giudiziaria in materia penale.

[81] Cfr. punto 48 Conclusioni di Tampere.

Come vedremo, la scelta di far ricorso al principio del mutuo riconoscimento anche nel campo della libera circolazione delle decisioni giudiziarie è nata dalla presa d'atto di quanto avvenuto anni addietro in tema di libera circolazione di merci, persone, capitali e servizi.

Proprio nel settore del mercato interno – e, in particolare, nel settore della libera circolazione dei prodotti e dei servizi – il principio del riconoscimento reciproco era stato, infatti, proposto, dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia europea del 1979 normalmente conosciuta con il nome *Cassis de Dijon*[82], quale alternativa ed antidoto agli evidenti limiti dell'armonizzazione delle legislazioni nazionali.

I successivi tragici eventi terroristici occorsi a partire nel settembre del 2001 negli Stati Uniti e poi successivamente in Spagna e nel Regno Unito hanno, con ogni evidenza, accelerato la realizzazione dei diversi cantieri che erano stati avviati per offrire concreta attuazione al principio del mutuo riconoscimento.

Ad esempio, è proprio sull'onda motivazionale generata dall'attento dell'11 settembre, che è stata adottata l'ormai ben nota decisione quadro relativa al mandato di arresto europeo (primo strumento a venire adottato e ad entrare in vigore in materia di mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie penali) e quella sull'incriminazione delle condotte di terrorismo (costituente uno dei più rilevanti risultanti conseguiti in materia di ravvicinamento delle legislazione penale). Nello stesso contesto deve essere inquadrata la pronta finalizzazione ed entrata in funzione dell'Unità di cooperazione giudiziaria *Eurojust*, primo vero strumento permanente teso a facilitare e

[82] Sentenza del 20 febbraio 1979, nella causa n. 120/78 (*Rewe-Zentral AG c. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*).

migliorare la cooperazione ed il coordinamento sovranazionale tra magistrati di tutti gli Stati membri.

Tuttavia, nel corso dei successivi anni, l'azione dell'Unione europea ha avuto una andamento altalenante giungendo financo a trovare periodi di assestamento e di arresto dove l'incondizionata accettazione del principio del mutuo riconoscimento è apparsa attenuarsi[83].

La spinta reazionaria dell'11 settembre è andata così progressivamente spegnendosi non tanto a causa della rievocata egida della sovranità nazionale ma dell'emergente consapevolezza di dovere, in questo regime protezionistico di difesa sociale, garantire in ogni caso il pieno rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali.

Il nuovo Piano contro il terrorismo adottato dal Consiglio europeo all'indomani delle stragi di Madrid dell'11 marzo 2004 ha, poi, offerto un rinnovato vigore all'azione dell'Unione europea nei confronti del terrorismo e della criminalità organizzata, in attesa che l'entrata in vigore della nuova Costituzione europea offrisse alla stessa strumenti di ancora maggiore efficacia e più agevole adozione nonché un quadro coerente all'interno del quale risultassero chiaramente individuati gli obiettivi da perseguire.

Ed ancora il Piano pluriennale, adottato in data 5 novembre 2004, sotto il nome di Programma dell'Aja, ha guidato l'azione della Commissione europea nel settore Giustizia, Libertà e Sicurezza per il quinquennio 2005-2010, confermando le linee guida già dettate dal Consiglio di Tampere e ribadendo la centralità del principio del

[83] Cfr. L. SALAZAR, *La lotta alla criminalità nell'Unione:passi in avanti verso uno spazio giudiziario comune prima e dopo la Costituzione per l'Europa ed il Programma dell'Aia*, in *Cass. Pen.* 2004, 3510.

mutuo riconoscimento, supportato da una opera di ravvicinamento delle legislazioni[84].

In particolare, con il Programma si è stabilito – oltre che intervenire nei settori dei flussi di immigrazione, dell'integrazione degli immigrati, del diritto di asilo dei rifugiati, della gestione delle frontiere dell'Unione e dell'incriminazione delle risorse finanziarie destinate al settore – di operare in altre sei direzioni.

In tema di rafforzamento dei diritti fondamentali, è stata prevista l'elaborazione di politiche finalizzate a favorire il controllo e la promozione del rispetto di tali diritti, in collegamento con la tutela già garantita nell'ambito del sistema giudiziario della Convenzione europea dei diritti dell'uomo; la trasformazione dell'Osservatorio europeo del razzismo e della xenofobia in una Agenzia per i diritti fondamentali; una speciale vigilanza circa la protezione dei diritti dei minori e delle donne vittime di violenza, contrastando ogni forma di discriminazione; la realizzazione di programma-quadro sui *"Diritti fondamentali e giustizia"*.

Con riferimento alla lotta contro il terrorismo, nell'ottica di una impostazione globale ed integrata, è stata sollecitata la realizzazione di una migliore collaborazione con gli Stati terzi ed è stata prevista una maggiore cura nello scambio di informazioni tra gli Stati membri dell'Unione, in relazione ai fenomeni *"del reclutamento e del finanziamento a fini di attività terroristiche, sulla prevenzione, l'analisi dei rischi, la protezione delle infrastrutture critiche e la gestione delle conseguenze"*. Al

---

[84] COM (2005) 184, in *Gazz. Uff.* C 236 del 24 settembre 2005. Per un commento, cfr. B. PIATTOLI, *Il programma dell'Aja per il futuro dell'Europa,* in *Dir. e giust.* 2005, n.31, p.122.

riguardo si è sostenuta la necessità di dare attuazione al cd. principio di disponibilità, in base al quale nei rapporti tra autorità giudiziarie e di polizia degli Stati membri non vi dovrebbe essere alcun ostacolo all'interscambio di tutto il materiale informativo. Particolare interesse dovrà essere riservato allo studio delle iniziative per evitare l'utilizzo abusivo di organizzazioni caritative per il finanziamento del terrorismo ed alla piena attuazione del progetto-pilota in favore delle vittime del terrorismo.

In tema di immigrazione illegale, si è deciso di contrastare in modo più deciso sia i fenomeni di favoreggiamento di tali forme di ingresso clandestino nei paesi dell'Unione, che la tratta degli esseri umani, soprattutto delle donne e dei bambini.

In relazione alla tutela della *privacy*, si è stabilito di favorire lo scambio di informazioni per contrastare, nella maniera più adeguata, il terrorismo e gli altri fenomeni di criminalità transfrontaliera, cercando un giusto equilibrio tra le esigenze di tutela della vita privata e l'interesse alla tutela degli interessi collettivi.

Quanto alla lotta alla criminalità organizzata, è stata prevista l'elaborazione di una impostazione strategica che consenta un rafforzamento delle forme di cooperazione fra le autorità nazionali, giudiziarie e di polizia degli Stati membri.

In materia di spazio europeo effettivo di giustizia, infine, è stata prospettata la definizione di norme procedurali minime idonee, in particolare, a garantire il diritto alla difesa; in materia di giustizia penale è stata auspicata l'adozione di iniziative di ravvicinamento delle legislazioni nazionali, ad esempio, in relazione agli istituti processuali dell'iscrizione delle notizie di reato, della redazione dei capi di imputazione e della compilazione di specifici atti giudiziari.

Anche attraverso la formazione dei giudici e la collaborazione tra le varie professioni legali nonché mediante una valorizzazione dei compiti e delle funzioni di Eurojust e di Europol, il Consiglio dell'Unione ha ribadito la necessità di valorizzare gli strumenti della cooperazione giudiziaria, fondati sul principio del reciproco riconoscimento dei provvedimenti emessi da ciascuna autorità giudiziaria nazionale, e di rafforzare le forme e le modalità di protezione degli interessi finanziari dell'Unione europea.

3. LA COOPERAZIONE GIUDIZIARIA IN MATERIA PENALE: I RECENTI SVILUPPI

3.1 Il Trattato di Lisbona: cenni

L'obiettivo adottato dall'Unione europea con il Trattato di Amsterdam – la realizzazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia – è stato confermato, nella sua dimensione strategica e propulsiva del diritto dell'Unione, nell'ormai abbandonato Trattato di Costituzione europea del 2004[85], nel quadro di una diversa visione nel quale

[85] Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa del 29 ottobre 2004, in *Gazz. Uff.* C 310 del 16 dicembre 2004. Il Trattato *de quo*, pur dopo il fallimento del suo processo di ratifica, continua a presentare utili spunti di riflessione. In particolare, la cooperazione giudiziaria in materia penale viene, innanzitutto, confermata tra gli strumenti necessari al fine di costruire lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, che è inserito tra le politiche prioritarie della nuova Unione. Il Trattato afferma che la cooperazione in materia penale *"è fondata sul principio del riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie e include il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri"*. Gli articoli III-270 e III-273 prevedono una serie di azioni specifiche dell'Unione, quali, ad esempio, la formazione dei magistrati, la facilitazione della cooperazione tra le autorità giudiziarie, la prevenzione dei conflitti di competenza, nonché la definizione di norme minime del diritto penale sia processuale sia sostanziale; tutte misure idonee a facilitare il meccanismo del mutuo riconoscimento. La riforma più vistosa attiene comunque al venir meno della suddivisione in pilastri e, quindi, dell'almeno apparente estensione del metodo comunitario a tutte le materie dell'attuale terzo pilastro. La Costituzione, infatti, nell'intento di semplificare la struttura dell'Unione, opera una fusione tra i Trattati esistenti, creando un

l'Unione, da soggetto economico ed istituzionale, assurgeva ad unitario soggetto politico fondato su una serie di valori condivisi.

Dopo il fallimento del Trattato per una nuova Costituzione europea[86], nuove e più dirompenti novità sono attese e potranno scaturire dalla recente entrata in vigore del Trattato di Lisbona[87].

---

unico soggetto che assorbe le competenze proprie della Comunità europee e della vecchia Unione. Radicalmente nuovi sono, quindi, anche gli atti normativi che possono essere adottati nella materia della cooperazione penale, a cominciare dalla loro denominazione: l'art. I-33 prevede che atti che l'Unione può utilizzare la legge europea, la legge quadro europea, la decisione europea, il regolamento europeo, le raccomandazioni ed i pareri. Il sistema dei meccanismi decisionali subisce anch'esso una notevole semplificazione: la procedura di codecisione ribattezzata procedura legislativa ordinaria diventa il metodo generalizzato per l'adozione delle leggi europee; è soppressa la procedura di cooperazione mentre rimangono invariate quelle di consultazione, di parere conforme e di parere semplice. I poteri della Corte di Giustizia, poi, restano gli stessi che le ha attribuito il Trattato di Amsterdam: la novità è che essi vengono estesi anche alle materie del vecchio terzo pilastro.

[86] G. DE AMICIS – G. IUZZOLINO, *Lo spazio comune di libertà, sicurezza e giustizia delle disposizioni penali del Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa*, in *Cass. pen.*, 2004, p.3067.

[87] In *Gazz. Uff.*, 17 dicembre 2007, n.306. L'Italia ha già provveduto a ratificare il Trattato di Lisbona, a seguito della l. 2 agosto 2008 n.130 recante *"ratifica ed esecuzione del Trattato di Lisbona che modifica il Trattato sull'Unione europea e il Trattato che istituisce la Comunità europea ed alcuni atti connessi, con atto finale e dichiarazioni fatto a Lisbona il 13 dicembre 2007"*. Il sistema normativo complessivo scaturito dai Trattati Amsterdam e di Nizza continuerà a regolare, ancora per qualche tempo, i rapporti tra gli Stati dell'Unione e le loro relazioni nelle materie del terzo pilastro. La ultrattività degli atti già adottati *ante* Lisbona risulta,

Il Trattato di Lisbona è uguale e diverso dagli altri trattati europei che hanno fatto seguito a quelli istitutivi. È uguale perché il frutto di un negoziato intergovernativo e portatore di modifiche al quadro normativo primario preesistente. È diverso, e di molto, dai precedenti trattati modificativi per almeno due aspetti. La ragione politica da cui è ispirato è di una straordinaria urgenza dovendosi adeguare l'*"approfondimento"* della costruzione europea ad un *"allargamento"* prossimo a una vera unificazione dell'Europa. Il nuovo Trattato è terminale di un processo di riforma ove la Conferenza intergovenativa, svoltasi con un preaccordo politico sui contenuti, si è limitata, ma non è poco, a porre *"i titoli di coda"* a un copione già scritto, curandosi anche di collocare le disposizioni e la punteggiatura al posto giusto e di dare visibilità ai protagonisti delle ultime battute.

Il Trattato di riforma ha due termini di riferimento e di raffronto: il trattato costituzionale, da cui ricava la gran parte delle sue disposizioni, e i trattati da riformare, nei quali innesta, con qualche aggiunta e variazione, le disposizioni attinte dal primo. In concreto, la riforma si risolve in una vasta pluralità di innesti del progetto di trattato costituzionale nei trattati vigenti, con alcune

---

infatti, espressamente prevista dall'art. 9 del protocollo n.10 al Trattato di Lisbona, contenente le disposizioni transitorie. In particolare, secondo tale norma, *"gli effetti legali degli atti delle istituzioni, organismi ed agenzie dell'Unione già adottati sulla base del Trattato sull'Unione europea, prima dell'entrata in vigore del trattato che modifica il Trattato sull'Unione europea ed il Trattato che stabilisce una Comunità Europea, saranno preservati sino a quando tali atti saranno sostituiti, annullati o modificati in attuazione dei nuovi Trattati. La stessa regola si applicherà agli accordi conclusi tra gli Stati membri sulla base del Trattato sull'Unione europea"*.

esclusioni, alcuni spostamenti dal testo base ai protocolli o alle dichiarazioni, alcuni nuovi inserimenti, in particolare nell'ambito dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia.

Con esso l'architettura complessiva delle istituzioni, per le modifiche apportate ai procedimenti normativi ed ai profili istituzionali, viene in pratica ridisegnata, con rilevanti conseguenze anche sui temi fondamentali del diritto penale sovranazionale e della cooperazione giudiziaria[88].

Il Trattato di riforma modifica i Trattati esistenti allo scopo di rafforzare l'efficienza e la legittimità democratica dell'Unione allargata nonché la coerenza della sua azione esterna. Esso intende perseguire quattro finalità complessive:

a. fissare i principi essenziali intorno ai quali ruoterà il funzionamento dell'Unione, dando un ruolo centrale al tema della protezione dei diritti fondamentali;
b. rafforzare la legittimità democratica del sistema;
c. completare i percorsi istituzionali già avviati con i Trattati di Amsterdam e di Nizza;
d. migliorare l'azione esterna ed interna dell'Unione.

Trattasi di obiettivi non coincidenti con il progetto costituzionale, che consisteva nell'abrogazione di tutti i Trattati esistenti e nella loro sostituzione con un unico

[88] Cfr. E. APRILE – F. SPIEZIA, *Cooperazione giudiziaria penale nell'Unione europea prima e dopo il Trattato di Lisbona*, Ipsoa, 2009; V. MUSACCHIO, *Il Trattato di Lisbona e le basi per un nuovo diritto penale europeo*, in *Rivista penale*, 2008 n.5; S. ALLEGREZZA, *L'armonizzazione della prova penale alla luce del Trattato di Lisbona*, in *Cass. Pen.*, 2008, p.3882.

testo denominato *"Costituzione"*; prospettiva, questa, decisamente abbandonata.

Il merito del nuovo Trattato è duplice: da un lato, pone fine ad un periodo di incertezza circa gli sviluppi del processo di integrazione; dall'altro lato, in punto di diritto, appresta un quadro sufficientemente coerente di riforme delle istituzioni dell'Unione e del suo funzionamento[89].

Da questo angolo di visuale, il Trattato contiene due clausole sostanziali che modificano rispettivamente il Trattato sull'Unione europea ed il Trattato che istituisce la Comunità europea. Il Trattato UE mantiene il suo titolo attuale (TUE) mentre il Trattato CE viene denominato *"Trattato sul funzionamento dell'Unione"* (TFUE), in considerazione della personalità giuridica unica dell'Unione. Il termine Comunità viene sostituito ovunque dal termine Unione e si stabilisce che *"i due Trattati costituiscono i Trattati su cui è fondata l'Unione"*.

I termini leggi e leggi-quadro presenti nel trattato di riforma costituzionale del 2004 sono abbandonati mentre i termini attuali regolamenti, direttive e decisioni, vengono mantenuti, superando l'attuale struttura per pilastro. Più precisamente, grazie alla personalità giuridica unica, il terzo pilastro nel campo della giustizia e degli affari interni scompare definitivamente dopo un periodo di transizione di cinque anni, mentre le politiche comuni nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, incluso Schengen, rientrano nel primo pilastro.

Per quanto riguarda il primato del diritto dell'Unione europea, la Conferenza intergovernativa ha adottato una dichiarazione contenente un richiamo alla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea. Benché

[89] Sul punto, cfr. R. BARATTA, *Le principali novità del Trattato di Lisbona*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 2008, p.21.

l'articolo sul primato del diritto dell'Unione non figuri nel Trattato UE, la CIG ha adottato la seguente dichiarazione: *"la Conferenza ricorda che, per giurisprudenza costante della Corte di Giustizia dell'UE, i Trattati e il diritto adottato dall'Unione sulla base dei Trattati prevalgono sul diritto degli Stati membri alle condizioni stabilite dalla summenzionata giurisprudenza"*. Inoltre, il parere del Servizio giuridico del Consiglio (doc.11197/07) è allegato all'atto finale della Conferenza.

Di particolare rilievo per le riflessioni che si stanno svolgendo, appaiono, nello specifico, le modifiche introdotte nella materia della cooperazione giudiziaria penale, previste al capitolo IV del Trattato di Lisbona (artt. 82 -86 TFUE). Si tratta di modifiche radicali, come già lo erano quelle previste dal Trattato costituzionale.

L'art. 82 TFUE si apre con la conferma, in posizione centrale, di uno dei principi cardine, costituenti l'approdo finale dell'evoluzione in materia di cooperazione giudiziaria penale: *"La cooperazione giudiziaria in materia penale nell'Unione è fondata sul principio di riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie ed include in ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri nei settori di cui al paragrafo 2 ed all'articolo 83"*.

Il Parlamento europeo ed il Consiglio, agendo secondo rinnovate procedure di produzione legislativa, adottano misure allo scopo di:

a. "*definire norme e procedure per assicurare il riconoscimento in tutta l'Unione di qualsiasi tipo di sentenza e decisione giudiziaria;*
b. *prevenire e risolvere i conflitti di giurisdizione tra gli Stati membri;*

c. *sostenere la formazione dei magistrati e degli operatori giudiziari;*
d. *facilitare la cooperazione tra autorità giudiziarie o autorità omologhe degli Stati membri in relazione all'azione penale e all'esecuzione delle decisioni"* (art. 82 TFUE comma 1).

Viene, poi, assecondata una esigenza a più livelli avvertita, manifestatasi già nella pratica, specie durante il primo periodo di applicazione del mandato di arresto europeo: il comma secondo dell'art. 82 TFUE del Trattato prevede, infatti, che, nella misura necessarie a facilitare l'applicazione del principio del mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie e la cooperazione giudiziaria e di polizia, nelle materie penali aventi una dimensione transnazionale, il Parlamento ed il Consiglio possano adottare direttive, seguendo le ordinarie procedure legislative, volte a stabilire "*norme minime*", comunque tenendo in debito conto le differenze esistenti tra le tradizioni ed i sistemi normativi degli Stati membri. Tali norme riguardano:

a. *"L'ammissibilità reciproca delle prove tra gli Stati membri:*
b. *i diritti della persona nella procedura penale;*
c. *i diritti delle vittime della criminalità;*
d. *altri elementi specifici della procedura penale, individuati dal Consiglio in via preliminare mediante una decisione; per adottare tale decisione il Consiglio delibera all'unanimità del Parlamento Europeo"*.

L'adozione di tali regole procedurali minime non impedisce agli Stati membri di mantenere o introdurre un più alto livello di protezione dei diritti individuali.

D'altro canto, in caso di disaccordo tra gli Stati membri e con il consenso di almeno nove Stati membri, sono possibili procedure di cooperazione rafforzata, secondo i rinnovati meccanismi previsti dagli articoli 20 TUE e 329 TFUE.

Per quanto attiene, poi, agli aspetti del diritto penale sostanziale, ai sensi dell'art. 83, il Parlamento europeo ed il Consiglio, deliberando mediante direttive e secondo la procedura legislativa ordinaria, possono stabilire norme comuni minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni in sfere di criminalità particolarmente grave che presentino una dimensione transnazionale, derivante dal carattere o dalle implicazioni di tali reati o da una particolare necessità di combatterli su base comune. Dette sfere di criminalità riguardano: il terrorismo, la tratta degli esseri umani e lo sfruttamento sessuale delle donne e dei minori, il traffico illecito di stupefacenti, il traffico illecito di armi, il riciclaggio di capitali, la corruzione, la contraffazione dei mezzi di pagamento, la criminalità informatica e la criminalità organizzata.

In funzione dell'evoluzione della criminalità, poi, il Consiglio può adottare una decisione che individua altre sfere di criminalità che rispondono ai suddetti criteri, deliberando all'unanimità e previa approvazione del Parlamento europeo.

Inoltre, nei settori oggetto di misure di armonizzazione, allorché il ravvicinamento delle legislazioni si rilevi indispensabile per garantire l'attuazione efficace di una politica dell'Unione, possono essere adottate direttive, secondo la stessa procedura utilizzata per l'adozione delle misure in questione, volte ad introdurre norme minime

relative alla definizione dei reati e delle sanzioni nei settori *de quibus*.

Sono, poi, previsti dei meccanismi di salvaguardia delle istanze nazionali, atteso che, in base al terzo comma del citato art. 83 TFUE, viene fatta salva la possibilità per un membro del Consiglio di ritenere che un progetto di direttiva possa incidere su aspetti fondamentali del proprio ordinamento giudiziario penale. In tal caso, sarà possibile chiedere che il Consiglio europeo sia investito della questione, con un effetto sospensivo, per la durata massima di quattro mesi, della relativa procedura.

Previa discussione ed in caso di consenso, il Consiglio europeo, entro quattro mesi della sospensione, rinvia il progetto al Consiglio, ponendo fine alla procedura legislativa ordinaria. Infine, anche nella materia penale sostanziale, nelle fattispecie sopra indicate, sono poi possibili procedure di cooperazione rafforzata, qualora vi sia l'accordo di almeno nove Stati membri, secondo procedure analoghe a quanto previsto in ambito procedurale.

L'esame complessivo delle ricordate norme relative all'attuazione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia consente di svolgere le seguenti brevi osservazioni.

Se le componenti dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia rimangono immutate rispetto al diritto vigente, esse risultano integrate tra loro nel Trattato di Lisbona, grazie al ricorso al metodo comunitario.

L'impatto del Trattato di Lisbona sulle materie del terzo pilastro, appare, dunque, rilevante, prevedendo, altresì, nuovi strumenti per contrastare la criminalità organizzata ed il terrorismo e venendo incontro alle esigenze di una Europa più sicura.

Per quanto concerne il procedimento decisionale, ci si avvia ad un deciso superamento del metodo

intergovernativo, che richiedeva l'unanimità tra tutti gli Stati membri in sede di Consiglio dei ministri. Attualmente, proposte possono essere avanzate dagli Stati membri o dalla Commissione europea. Inoltre, il Consiglio, prima della decisione, è obbligato a consultare il Parlamento europeo, il quale esprime parere non vincolante. La Corte di Giustizia ha, a sua volta, una giurisdizione limitata secondo le previsioni di cui all'art. 35 TUE e non può iniziare una procedura di infrazione contro gli Stati membri per la mancata trasposizione negli ordinamenti interni degli atti assunti dal Consiglio.

Il Trattato di Lisbona, sotto questo profilo, semplifica il contesto legale ed istituzionale, perché trasferisce le materie della polizia e della cooperazione giudiziaria nel nuovo titolo IV, fondendole con le materie dei permessi di soggiorno, del diritto di asilo, del controllo dei confini e dei flussi migratori. Tutto ciò comporta:

- il superamento della struttura per pilastri dell'Unione. Al riguardo, il Trattato di Lisbona generalizza il monopolio del potere di iniziativa normativa della Commissione, pur spettando al Consiglio europeo il compito di definire gli orientamenti strategici della programmazione legislativa ed operativa. Inoltre, il Trattato di Lisbona prevede all'art. 76 TFEU che gli atti normativi nelle materie di cooperazione di polizia e giudiziaria siano adottati su proposta della Commissione o su iniziativa di almeno un quarto degli Stati membri;
- il voto a maggioranza qualificata diviene norma generale in seno al Consiglio per lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia. Esso prevede una doppia maggioranza del 55% dei rappresentanti degli Stati rappresentati e del 65% della popolazione, mentre

per formare una maggioranza di blocco sono necessari almeno quattro Stati. Alla regola della maggioranza qualificata fanno eccezione i casi di estensione delle competenze dell'Unione ad altri specifici aspetti di norme procedurali secondo il disposto di cui all'art. 82 ovvero ad altre aree di criminalità 83 TFUE. La regola dell'unanimità governa, inoltre, il funzionamento della clausola passerella nel settore della cooperazione giudiziaria civile e per l'adozione di misure relative al diritto di famiglia aventi implicazioni transnazionali. Analoga regola è, infine, prevista ai fini della costituzione del procuratore europeo a partire da Eurojust, per il quale, tuttavia, a differenza del Trattato costituzionale, sono contemplati meccanismi di cooperazione rafforzata, con un potere di iniziativa in capo ad almeno nove Stati membri, ai sensi dell'art. 86 TFUE;

- l'attribuzione di un non marginale ruolo al Parlamento europeo nel processo legislativo, essendo prevista la sua diretta partecipazione secondo una procedura di codecisione, sebbene permangano alcune eccezioni. Il Parlamento europeo diventa così co-legislatore su di un piano di parità per la quasi totalità della legislazione europea, salvo nel settore della cooperazione di polizia, quando si tratta di adottare misure di cooperazione operativa tra le autorità di polizia o ad esse assimilate; in tale ipotesi, si ricorre alla procedura di consultazione. Analogamente è disposto con riguardo alla fissazione delle condizioni e dei limiti entro i quali le autorità nazionali giudiziarie e di polizia possono operare nel territorio di uno Stato membro in collegamento o d'intesa con le autorità di quest'ultimo;

- uno dei profili di innovazione è rappresentata dalla possibilità di cooperazioni rafforzate, che nascono dall'accordo di almeno nove stati membri. La procedura è abbastanza complessa: qualora un membro del Consiglio ritenga che un progetto normativo incida su aspetti fondamentali del proprio ordinamento giuridico penale, può chiedere che il Consiglio europeo sia investito della questione. In tal caso la procedura legislativa ordinaria è sospesa. Previa discussione e in caso di consenso, il Consiglio europeo, entro quattro mesi da tale sospensione, rinvia il progetto al Consiglio, ponendo fine alla sospensione della procedura legislativa ordinaria. Entro il medesimo termine, in caso di disaccordo, e se almeno nove Stati membri desiderano instaurare una cooperazione rafforzata sulla base del progetto di regolamento o di direttiva in questione, essi ne informano il Parlamento europeo, il Consiglio e la Commissione. In tal caso l'autorizzazione a procedere alla cooperazione rafforzata di cui all'articolo 20 TUE e all’art. 329 TFUE si considera concessa e si applicano le disposizioni sulla cooperazione rafforzata;
- il superamento del conseguente problema della mancanza di diretta efficacia degli atti del terzo pilastro. Le misure adottate nell’ambito del tiolo IV del TFUE hanno diretta efficacia e possono essere invocate anche dai singoli individui dinanzi alle Corte nazionali. Ciò produce anche il superamento dell’attuale pratica delle riserve parlamentari nazionali, secondo la quale alcuni Stati membri accettano un nuovo strumento legale solo dopo aver ricevuto l’approvazione dei loro parlamenti nazionali. Secondo, invece, l’art. 8 Trattato UE, i

Parlamenti nazionali svolgono un ruolo attivo nel funzionamento dei meccanismi dell'Unione, attraverso l'attribuzione di poter volti all'osservanza del principio di sussidiarietà nel settore della libertà, sicurezza e giustizia. Essi prendono poi parte ai meccanismi di valutazione delle misure nazionali di implementazione in quell'area, in osservanza all'art. 61 Trattato UE. Infine, vengono coinvolti nel monitoraggio politico sul funzionamento di organismi quali Europol ed Eurojust, secondo quanto previsto dall'art. 85 TFUE;

- l'accrescimento dei poteri della Corte di Giustizia, ben oltre l'attuale prospettiva di cui all'art. 35, che assegna alla Corte una giurisdizione limitata in materia di pronunce pregiudiziali o di controllo della legalità e legittimità delle decisioni e decisioni-quadro. Infatti, a parte il periodo transitorio di cinque anni per le misure già di terzo pilastro adottate prima dell'entrata in vigore del nuovo Trattato, ed esclusi i meccanismi di *opt outs* per il Regno Unito, l'Irlanda e la Danimarca, la Corte di Giustizia esercita una giurisdizione su tutti gli atti adottati nella materia della cooperazione giudiziaria ed ha, altresì, giurisdizione, dopo il periodo transitorio di cinque anni, sulle procedure di infrazione eventualmente promosse contro gli Stati membri per la ritardata o non corretta applicazione delle misure in materia.

Anche alla luce delle brevi considerazioni sopra svolte, focalizzando l'attenzione sul tema *de quo*, si può leggere il Trattato di Lisbona come un testo che indica gli obiettivi massimi dell'azione dell'Unione europea in materia di giustizia penale, senza nulla dire circa l'obiettivo minimo. Si possono, quindi, immaginare due scenari per il futuro

prossimo della giustizia penale europea: il primo, meno ambizioso, indica un cammino che si muove in un solco improntato alla cooperazione mediante *Eurojust* ed *Europol* e che vede come protagonista il principio del mutuo riconoscimento, pietra miliare del settore. Il secondo scenario, più ardito, postula l'adozione della grande innovazione del Trattato costituzionale, recepita integralmente dal Trattato di Lisbona, ovvero la creazione di un pubblico ministero europeo[90].

Prendiamo le mosse dallo scenario più modesto e vediamo come si atteggia il problema della diversità delle discipline nazionali in tema di prova penale. Se non si riuscirà a raggiungere un accordo politico sui profili più innovativi, infatti, il cammino dell'integrazione europea si muoverà lungo crinali già esplorati. Seguendo le orme della decisione quadro sul mandato d'arresto europeo, è probabile che riceveranno consenso quelle iniziative che tendono a garantire la libera circolazione della prova mediante l'adozione del mutuo riconoscimento, anche a prescindere dalla previa armonizzazione.

Segue questa ideologia l'art. 82 TFUE, ove si contempla la possibilità di adottare, secondo la procedura legislativa ordinaria, direttive che contengano norme minime in tema di ammissibilità reciproca delle prove tra gli Stati membri, dei diritti della persona nel processo penale, dei diritti delle vittime della criminalità e, all'unanimità, di altri elementi specifici della procedura penale, individuati dal Consiglio in via preliminare mediante una decisione. Assume rilievo la finalizzazione di tali politiche, poiché l'introduzione di norme minime,

[90] S. ALLEGREZZA, *L'armonizzazione della prova penale alla luce del Trattato di Lisbona* , in *Cass. Pen.* 2008 n.10, p. 3882B

senza dubbio operazione ascrivibile alle tecniche di armonizzazione, viene contemplata solo al fine di *"facilitare il riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie"* (art. 82 TFUE).

Oltre a questo tipo di intervento, di natura orizzontale, diretto a garantire la libera circolazione della prova fra i diversi Paesi dell'Unione, si prevede anche una pressione di tipo verticale. Nel disciplinare le attività di *Eurojust*, organo che più di tutti si muove nell'ottica del coordinamento, l'art. 85 TFUE prevede l'adozione di regolamenti che disciplinino i compiti di *Eurojust*, fra cui spicca *"l'avvio di indagini penali, nonché la proposta di avvio di azioni penali esercitate dalle autorità nazionali competenti, in particolare quelle relative a reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione"*. In questo caso, gli atti ufficiali di procedura giudiziaria vengono eseguiti dai funzionari nazionali competenti, secondo, evidentemente, le regole in vigore in quell'ordinamento.

Qui l'analisi delle regole probatorie si polarizza sui punti di contrasto: in una ottica di mutuo riconoscimento è prioritario individuare gli ostacoli alla libera circolazione e rimuoverli. Pare potersi prospettare un opera di demolizione degli ostacoli, più che di costruzione di un sistema condiviso. L'interesse primario non è individuare l'orientamento prevalente, né tanto meno lavorare ad una strategia comune che promuova quelle regole processuali che meglio assicurano il giusto bilanciamento fra esigenze di giustizia e tutela dell'individuo. Tale politica criminale privilegia l'imposizione di un risultato – il riconoscimento di un atto normativo formato da uno Stato estero – rispetto all'elaborazione di un ideologia condivisa. È una classica espressione del metodo funzionalista, da sempre (come vedremo) adottato in seno all'Unione europea, che implica,

quali ineludibili corollari, la frammentarietà e l'instabilità della giustizia penale europea.

Questo non significa che la strategia del mutuo riconoscimento non possa comunque produrre risultati utili ai fini di una progressiva osmosi fra i diversi ordinamenti. Non in via diretta, ma per opera dei giudici, che chiamati a riconoscere l'atto esogeno, si troveranno a dirimere i punti di contrasto che il legislatore comunitario non può e non vuole risolvere. Si hanno chiari esempi di questo fenomeno nella giurisprudenza che si va sviluppando sul mandato d'arresto europeo; emblematica sul punto la vicenda relativa ai termini di durata massima della custodia cautelare in carcere, che è giunta sino alle Sezioni unite della Corte di Cassazione[91].

A ciò si aggiunga che il giudice nazionale, protagonista di questa armonizzazione per via giudiziaria, è comunque vincolato all'obbligo di interpretazione conforme, elaborato dalla Corte di giustizia nel noto caso Pupino e subito recepito dai giudici nazionali. Il combinato disposto del principio del mutuo riconoscimento e dell'obbligo di interpretare il diritto nazionale conformemente a quel principio genera affermazioni di questo tenore: *"(…) Appare plausibile (...) una interpretazione flessibile della norma che la renda adattabile ai vari sistemi processuali cui si dirige, dovendosi 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 interstatuale"*.

[91] Cass. Pen. Sez. Un. n. 41614 del 30 gennaio 2007, ric. *Ramoci* in *Cass. Pen.* n. 5/ 2007 p. 1911

Non si deve dubitare della correttezza di tale affermazione, poiché nessun ordinamento può ergersi a paladino della scelta legislativa migliore o di quella più garantista, specie quando, come accade nel nostro paese, fra *law in books* e *law in action* si consuma uno iato tale da mostrare la totale inefficienza del sistema[92].

Riportando l'obiettivo sulla prova penale, appare chiaro come un tale approccio non possa che favorire, nel lungo periodo, proprio quei sistemi più flessibili, più osmotici, meno formali nel disciplinare alcuni momenti processuali. E ciò è ancor più vero in tema di prova dichiarativa, ove si può tracciare una linea di confine fra ordinamenti che conoscono una rigida formalizzazione delle procedure di ammissione e acquisizione, ed altri che lasciano l'iniziativa al giudice; fra Paesi che non conoscono partizioni rigide fra fasi ed altri che non ammettono la spendita dibattimentale degli atti di indagine; fra sistemi che contemplano divieti probatori codificati ed altri che elaborano regole processuali sulla scorta delle carte fondamentali, confidando nell'attenta ponderazione del giudice.

Più stimolante – e più incerta – appare l'altra prospettiva, quella che postula l'adozione del pubblico ministero europeo.

L'idea di introdurre tale figura aleggia da circa un decennio. Il primo atto in cui esplicitamente si parla della necessità di maggiore coordinamento in materia penale è il c.d. Appello di Ginevra del 1° ottobre 1996, documento con cui "*sette magistrati europei intendevano attirare l'attenzione dell'opinione pubblica e richiedevano un vigoroso intervento da parte degli Stati ponendo l'accento*

[92] S. ALLEGREZZA, *L'armonizzazione della prova penale alla luce del Trattato di Lisbona*, in *Cass. Pen.* n.10/2008, p.3882

sull'inadeguatezza degli strumenti giudiziari forniti dai sistemi legislativi europei in un momento in cui, malgrado l'apertura delle frontiere agli uomini, alle merci e ai capitali, l'azione giudiziaria rimane vincolata e prosperano i crimini ed i criminali". Da queste parole si coglie il nesso fra dimensione territoriale dell'Unione e nuove esigenze della giustizia penale: il pubblico ministero europeo è una misura compensativa degli squilibri creati dall'apertura delle frontiere e dal progressivo allargamento dei confini dell'Unione.

Il Trattato di Lisbona si limita ad offrire un appiglio normativo, rinviando ad una normativa futura (un regolamento, nello specifico) l'effettiva introduzione dell'organo. Si tratta di una base legale imprescindibile, che irrobustisce l'idea di un procuratore europeo, ma che nulla dice sulle *chances* di successo di un'iniziativa in questo senso.

Dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, ci sembra che vi siano concrete possibilità che il pubblico ministero europeo veda la luce nei prossimi anni. Oltre alle pressioni che provengono dagli stessi organi comunitari, ed in particolare dall'OLAF, un fattore sembra decisivo: l'aver previsto la possibilità di una cooperazione rafforzata a nove Stati membri qualora manchi l'unanimità, (art. 86 TFUE)[93].

[93] L'idea della cooperazione rafforzata non riscuote il favore di tutti: secondo alcuni, vi sarebbe un indubbio rischio di ulteriore frammentazione all'interno dello spazio giudiziario europeo (J. BACQUIAS, *Freedom, Security and Justice: the new Lisbon (Treaty) Agenda*, in *European Policy Center*, 2008; secondo altri, sarebbe illogico che gli interessi finanziari dell'Unione venissero tutelati solo da un gruppo ristretto, proprio perché il bene giuridico protetto – gli interessi finanziari dell'Unione – è di interesse comune (D.

La cooperazione rafforzata aumenta le *chances* di successo, si è detto, ma ha anche altre implicazioni. In particolare: l'adozione del pubblico ministero europeo sarà evidentemente accompagnata dall'elaborazione di alcune regole comuni, sia sostanziali che processuali. Appare, dunque, probabile che il regolamento europeo faccia riferimento alle iniziative paralegislative adottate nel corso dell'ultimo decennio – in particolare, il noto progetto *Corpus Juris* ed il Libro verde che da quel progetto ha preso vita. Una sorta di microcodificazione, quindi, per un sistema penale europeo settoriale che comporterà una vera e propria unificazione di frammenti di diritto e di procedura ben al di là dell'armonizzazione. È, quindi, probabile che la cooperazione rafforzata parta da quelle aree del continente ove una certa omogeneità dei sistemi è già un dato di fatto, per ragioni storiche e culturali. Di conseguenza, è lecito pensare che nel futuro assisteremo ad una cooperazione rafforzata fra sistemi già simili, sistemi per cui l'adozione di regole comuni non comporta la revisione di scelte di fondo nel settore penale. Liberi di agire in parziale autonomia, senza dover attendere il consenso di tutti i Paesi membri, alcuni Stati particolarmente attivi ed intraprendenti potranno promuovere accordi "regionali", raggruppando attorno a sé quei Paesi che tradizionalmente si trovano nella loro sfera d'influenza sia giuridica che economica. Questo sino al paradosso – inverosimile, ma non escluso dal Trattato di Lisbona – della creazione di più microcosmi.

Se assisteremo alla creazione di un pubblico ministero europeo che nasce da un accordo ristretto, è probabile che progressivamente altri Paesi scelgano di aderire

---

FLORE, *Le ministère public européen*, relazione tenuta all'ERA in data 12 febbraio 2008).

all'iniziativa: è una strategia già adottata in Europa, anche nel settore della giustizia penale, basti pensare all'Accordo di Schengen o al Trattato di Prüm. Si verifica una sorta di "effetto calamita", perché chi resta fuori da accordi di questo tipo subisce pregiudizio, se non altro sul piano dell'immagine internazionale.

Tornando al tema della giustizia penale, enormi sarebbero le implicazioni in tema di prova penale: anche pensando che la microcodificazione si limiti a disciplinare la fase preliminare – perché, come noto, il pubblico ministero europeo esercita l'azione penale davanti alle giurisdizioni nazionali, per cui la fase del giudizio dovrebbe seguire le regole dei vari ordinamenti – l'impatto delle regole comuni non resterà arginato entro i confini tematici e geografici previsti nella prima parte. Anzi, per i sistemi bifasici, come quello italiano, è forse auspicabile che vengano disciplinati anche gli aspetti dibattimentali della prova acquisita dal pubblico ministero europeo, perché altrimenti subiremmo la pressione di un atto formato da un superprocuratore e che il nostro ordinamento tende a respingere per inidoneità gnoseologica.

Si affaccia però un rischio: stando all'art. 86 TFUE, in prima battuta il pubblico ministero europeo sarà competente solo per quei reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione. È però previsto all'art. art. 86 TFUE che successivamente si trovi un accordo per ampliare la sfera di competenza dell'organo inquirente europeo sino ad includervi tutti quei reati che rientrano nella categoria "*criminalità grave che presenta una dimensione sopranazionale*". In prima battuta si può pensare alla criminalità organizzata, al terrorismo, al traffico di essere umani, ai reati commessi via *Internet*, tutti fenomeni criminosi già oggetto di una parziale armonizzazione sul

versante sostanziale e su cui l'Unione è incline a trovare un accordo politico.

Sul versante processuale, però, c'è il rischio che la convergenza avvenga proprio su quei binari speciali, su quelle regole *ad hoc* che vari ordinamenti dedicano in via esclusiva alle manifestazioni criminose prima elencate. In altri termini: la scelta di unificare alcuni settori della giustizia penale potrebbe generare l'effetto collaterale di vedere i binari speciali elevarsi a regola comune europea. Se il fenomeno emergente è quello della criminalità organizzata o del terrorismo, allora saranno le regole più efficaci, espressamente dedicate a contrastare quelle forme criminali ad imporsi. Sarà la tipologia dei reati maggiormente globalizzanti a forzare la direzione.

Ciò porterà inevitabilmente un appiattimento verso livelli inferiori di tutela dei diritti ed un progressivo imporsi di regole meno garantiste salvo un ripensamento della politica criminale in virtù della quale l'Unione europea – che sino ad ora si è sempre mossa in un ottica esclusivamente punitiva e solo spinta da emergenze criminali di portata epocale – si renda per la prima volta promotrice di diritti e di garanzie processuali e si proponga l'armonizzazione come fine e non più come strumento, così creando regole comuni al fine di promuovere una politica identitaria dell'organismo sopranazionale, quale promotore di diritti, in un settore che entra al cuore del rapporto fra cittadini e potere.

3.2 I prossimi passi: cenni.

In questo periodo di (prolungata) attesa della messa in opera del Trattato di Lisbona, il lavoro dell’Unione europea nel settore della cooperazione giudiziaria in

materia penale e di polizia non si è certamente arenato, continuando lungo il solco della tecnica del mutuo riconoscimento (e prescindendo dall'opera di previa armonizzazione).

Si susseguono, infatti, incessanti iniziative ad opera della varie Presidenza di turno, tanto nei settori della armonizzazione delle normative nazionali quanto in quello della cooperazione giudiziaria, con il varo degli strumenti essenzialmente fondati sul principio del mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie.

In particolare (senza pretesa di esaustività), il Consiglio ha adottato[94]:

- decisione-quadro 2008/675/GAI del 24 luglio 2008, relativa alla considerazione delle decisioni di condanna tra gli Stati membri dell'Unione europea in occasione di un nuovo procedimento penale;
- decisione-quadro 2008/841/GAI del 24 ottobre 2008, relativa alla lotta contro la criminalità organizzata;
- decisione-quadro 2008/909/GAI del 27 novembre 2008, sull'applicazione del principio del mutuo riconoscimento alle sentenze penali che irrogano pene detentive o misure privative della libertà personale, ai fini della loro esecuzione nell'Unione europea;
- decisione-quadro 2008/919/GAI del 27 novembre 2008, sulla lotta al terrorismo;
- decisione-quadro 2008/947/GAI del 27 novembre 2008, relativa all'applicazione del principio del mutuo riconoscimento alle sentenze ed alle decisioni

[94] Cfr. E. APRILE – F. SPIEZIA, *Cooperazione giudiziaria penale nell'Unione europea prima e dopo il Trattato di Lisbona*, Ipsoa, 2009.

di sospensione condizionale, in vista della sorveglianza delle misure e sanzioni alternative alla pena detentiva;
- decisione-quadro 2008/913/GAI del 28 novembre 2008, sulla lotta contro talune forme ed espressioni di razzismo e xenofobia mediante il diritto penale;
- decisione del 16 dicembre 2008, relativa a Eurojust;
- decisione-quadro 2008/978/GAI del 18 dicembre 2008, relativa al mandato europeo di ricerca delle prove diretto all'acquisizione di oggetti, documenti e dati da utilizzare nei procedimenti penali;
- decisione 2008/976/GAI del 24 dicembre 2008, relativa alla Rete giudiziaria europea.

In attesa della trasposizione a livello nazione delle decisioni e decisioni-quadro adottate dal Consiglio sul finire del 2008, sono ancora una volta gli aspetti operativi che contrassegnano lo scenario europeo, le cui linee programmatiche sono state disegnate nel programma di Stoccolma.[95]

[95] Conseil de l'Union européenne, Bruxelles 2 décembre 2009 (17024/09) Ai fini dell'individuazione dei contenuti del nuovo Piano, nel mese di gennaio 2007, su iniziativa della Presidenza tedesca di turno, è stato costituito il cd. Gruppo di consultazione di alto livello (*High level advisory group)*, con il compito di approfondire i temi sul possibile futuro della politica giudiziaria europea, dopo la scadenza del programma dell'Aja. Negli atti sin ad ora prodotti dal comitato di esperti, è stato sottolineato che, ancora una volta, devono essere affrontate ed apprestate misure per affrontare le perduranti sfide dell'Unione, avendo tuttavia come obiettivo primario una migliore protezione dei cittadini, non solo dal punto di vista della loro sicurezza, ma anche perseguendo più decisamente la prospettiva delle garanzie, attraverso il riconoscimento dei diritti procedurali minimi nelle investigazioni penali. Parimenti, crescente attenzione viene accordata alla

protezione dei bambini e delle vittime del reato nonché alla lotta al crimine organizzato ed al terrorismo. Vengono, poi, sviluppate ulteriori iniziative nella prospettiva del rafforzamento della cd. dimensione esterna dell'Unione europea. Soprattutto, appare fortemente avvertita e ribadita l'esigenza di accrescere i profili di sicurezza interna, rendendo più efficaci e tra loro coordinati i molteplici strumenti già esistenti, in una ottica complessiva nella quale sia assicurato che le politiche nazionali si uniformino sempre più alle politiche sopranazionali dell'Unione. Dal canto suo, la Commissione ha proposto al Consiglio europeo, in quanto istituzione responsabile della definizione delle strategie dell'Unione, le possibili priorità per il periodo 2010-2014. La comunicazione (COM (2009) 262) "*Uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia al servizio dei cittadini*" propone di orientare il futuro programma sulle seguenti quattro priorità: 1) promuovere i diritti dei cittadini: una Europa dei diritti. Gli obiettivi sono di preservare la sfera privata del cittadino oltre le frontiere nazionali proteggendone i dati personali; tenere conto delle esigenze delle persone vulnerabili; garantire il pieno esercizio dei diritti connessi alla cittadinanza; 2) facilitare la vita dei cittadini: una Europa della giustizia. Lo scopo è di istituire meccanismi che facilitino l'accesso alla giustizia in modo che ogni individuo possa fare valere i propri diritti ovunque nell'Unione. A tal fine viene sottolineata la necessità di intensificare la cooperazione tra gli operatori della giustizia ed eliminare gli ostacoli al riconoscimento degli atti giuridici in altri Stati membri; 3) tutelare i cittadini: una Europa della sicurezza. Occorre rafforzare la cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale, aumentare i controlli di sicurezza alle frontiere ed attuare una azione più determinata e più coordinata in materia di lotta alla criminalità organizzata e di lotta al terrorismo; 4) promuovere una società più integrata per il cittadino: una Europa della solidarietà. È necessario promuovere una politica d'immigrazione e di asilo che garantisca la solidarietà tra gli Stati membri ed il partenariato con i paesi terzi. Bisogna, altresì, stabilire un nesso più forte tra immigrazione ed esigenze del mercato del lavoro europeo e sviluppare politiche mirate di interazione ed istruzione; occorre, infine, utilizzare con maggiore efficacia gli strumenti disponibili per combattere l'immigrazione

In particolare, il Programma Stoccolma si articola attorno alle seguenti priorità politiche:

- promuovere la cittadinanza e i diritti fondamentali, attraverso: il reale godimento delle libertà sancite dalla Carta dei diritti fondamentali e dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo; la tutela della sfera privata del cittadino oltre le frontiere nazionali, specie attraverso la protezione dei dati personali; il pieno esercizio dei diritti specifici dei cittadini europei e non anche al di fuori dell'Unione; il rispetto delle particolari esigenze delle persone vulnerabili;
- istituire meccanismi che agevolino l'accesso alla giustizia, eliminando al contempo gli ostacoli al riconoscimento delle decisioni giuridiche in altri Stati membri e migliorando la formazione dei professionisti del settore;
- sviluppare una strategia di sicurezza interna che affronti la criminalità organizzata, il terrorismo e altre minacce rafforzando la cooperazione in materia di applicazione della legge, gestione delle frontiere, protezione civile, gestione delle catastrofi, nonché la cooperazione giudiziaria in materia penale;

---

clandestina. La Comunicazione è stata preceduta da una fase di consultazione pubblica, alla quale hanno risposto con più di ottocento contributi cittadini, organizzazioni internazionali e non governativi nonché gli stessi Governi degli Stati membri con i rapporti del Future Group in material di polizia e immigrazione e di giustizia e lo stesso Parlamento europeo durante il dibattito annuale sui progressi compiuti nel 2008 nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia

- garantire un accesso all'Europa più efficiente attraverso le politiche di gestione integrata delle frontiere e le politiche in materia di visti;
- sviluppare una politica migratoria europea articolata, fondata sulla solidarietà e la responsabilità e basata sul Patto europeo sull'immigrazione e l'asilo con l'obiettivo principale di: istituire un sistema comune d'asilo nel 2012 che garantisca alle persone bisognose di protezione un accesso garantito a procedure di asilo giuridicamente sicure ed efficaci; controllare e contrastare l'immigrazione clandestina, anche in considerazione della crescente pressione esercitata sugli Stati membri alle frontiere esterne, tra cui quelle meridionali;
- integrare maggiormente la dimensione esterna della politica dell'UE nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia nell'ambito delle politiche generali dell'Unione europea.

Il Consiglio europeo ha invitato la Commissione a presentare un piano d'azione, da adottare entro giugno 2010, nonché una revisione intermedia entro giugno 2012.

SEZIONE SECONDA – L'applicazione del principio del mutuo riconoscimento alle decisioni giudiziarie penali

1. CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE

L'immagine dell'apertura laterale degli ordinamenti nazionali illustra, in modo suggestivo ed efficace, uno dei principali caratteri strutturali del processo di integrazione europea[96].

Nell'ambito di tale processo, i sistemi istituzionali (intesi come complessi di istituzioni pubbliche in senso stretto e di norme e prescrizioni che le stesse elaborano ed approvano secondo le procedure al riguardo previste) possono essere raffigurati come tante stanze adiacenti, ospitate in un edificio comune e fra loro intervallate da pareti separatorie.

Queste pareti per un verso servono ad impedire, in una logica conservativa, la contaminazione, da parte di agenti esterni, di valori ritenuti essenziali per le identità interne, nazionali. In esse sono, tuttavia, presenti anche degli spiragli, la cui larghezza varia a seconda dei casi, attraverso i quali, per volontà e sotto la vigilanza del guardiano dell'edificio comune, possono e devono circolare flussi di utilità giuridiche funzionali alla preservazione delle fondamenta e dei muri portanti della costruzione che quelle stanze tutte accoglie (la libertà economica, le regole del mercato interno, …).

---

[96] L'immagine è stata elaborata da S. CASSESE, in molti contributi, fra i quali *Il diritto amministrativo globale:una introduzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2005, p.331 nonché da ultimo in *Diritto amministrativo comunitario e diritti amministrativi nazionali*, in M. P. CHITI – G. GRECO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo europeo, Parte generale*, I, Milano, 2007.

Talvolta queste aperture laterali, una volta ricavate all'interno delle pareti, sono destinate a non essere più richiuse, neppure momentaneamente. In altri casi, invece, le aperture sono dotate di meccanismi, assimilabili a delle porte, volti a regolare i passaggi dei flussi di cui si diceva e capaci, in questa prospettiva, in talune evenienze, di inibirli del tutto ed in altre ipotesi di subordinarli al soddisfacimento di determinate condizioni.

Il più importante di questi congegni è rappresentato dall'istituto del mutuo riconoscimento[97].

Applicato in origine al settore mercantilistico e ricavato a partire dai principi generali del Trattato CE dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia con una interpretazione certamente creativa, in uno dei tanti momenti di crisi politica del processo di integrazione, il mutuo riconoscimento si fonda su un concetto di base che risulta – come vedremo – a suo tempo semplice e rivoluzionario.

Come avremo modo di approfondire, nell'ambito della disciplina delle attività economiche, ogni sistema istituzionale nazionale, in nome dei principi sulla libera circolazione dei fattori produttivi e del canone della leale collaborazione, è chiamato in via di massima a riconoscere nel proprio ambito gli effetti prodotti dalla legislazione e dai provvedimenti amministrativi di sua applicazione di altri sistemi nazionali appartenenti all'Unione europea, considerandoli in definitiva equivalenti a quelli che esso stesso avrebbe prodotto in applicazione dei propri parametri di controllo. Delle eccezioni sono bensì

[97] Cfr. N. BASSI, *Mutuo riconoscimento e tutela giurisdizionale – la circolazione degli effetti del provvedimento amministrativo straniero fra diritto europeo e protezione degli interessi del terzo*, Giuffré, Milano, 2008.

consentite (ed i sistemi nazionali possono, pertanto, mantenere od erigere barriere protettive ma non protezionistiche) ma solo quando le stesse si traducano in ostacoli alla libera circolazione (assoluti o relativi) oggettivamente giustificati dalla necessità di salvaguardare taluni interessi pubblici considerati irrinunciabili.

In tale contesto, l'utilizzazione da parte del Giudice comunitario della tecnica del mutuo riconoscimento ha costituito (e tuttora costituisce) un mezzo fondamentale di *integrazione negativa*, ossia di realizzazione del mercato interno attraverso l'applicazione delle disposizioni del Trattato che, in nome della libera circolazione delle merci, impongono la rimozione degli ostacoli al commercio intracomunitario.

Orbene, l'idea di trasferire il principio del mutuo riconoscimento dall'ambito essenzialmente mercantilistico alla materia penale emergeva per la prima volta durante il Consiglio europeo di Cardiff[98] (15 e 16 giugno 1998); successivamente, veniva ripresa ed ampliata nel Piano di Azione di Vienna[99] (3 dicembre 1998), e ha, poi, trovava definitiva ed esplicita consacrazione durante il Consiglio

[98] Cfr. punto 39 delle Conclusioni della Presidenza: *"Il Consiglio europeo sottolinea l'importanza di un'efficace cooperazione giudiziaria nella lotta contro la criminalità transnazionale. Esso riconosce che occorre potenziare la capacità dei sistemi giuridici nazionali di operare in stretto contatto e chiede al Consiglio di determinare in quale misura si debba estendere il riconoscimento reciproco delle decisioni dei rispettivi tribunali"*.

[99] Cfr. punto 45 del Piano di Azione del Consiglio e della Commissione sul modo migliorare per attuare le disposizioni del Trattato di Amsterdam concernenti uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia: *"Entro due anni dall'entrata in vigore del trattato dovranno essere prese le seguenti misure:* (…) *f) Avviare un processo inteso a facilitare il reciproco riconoscimento delle decisioni e l'esecuzione delle sentenze in materia penale"*.

europeo di Tampere (15 e 16 ottobre 1999) – allorquando lo stesso veniva ufficialmente eletto a pietra angolare della cooperazione giudiziaria in materia penale[100].

In particolare, le Conclusioni raggiunte dalla Presidenza nell'ambito del Consiglio europeo di Tampere, dopo aver premesso che[101] *"per godere della libertà è necessario uno spazio autentico di giustizia, in cui i cittadini possono rivolgersi ai tribunali e alle autorità di qualsiasi Stato memento con la stessa facilità che nel loro. I criminali non devono poter sfruttare le differenze esistenti tra i sistemi giudiziari degli Stati membri. Le sentenze e le decisioni dovrebbero essere rispettate ed eseguite in tutta l'Unione, salvaguardo al tempo stesso la sicurezza giuridica di base per i cittadini in genere e per gli operatori economici. Gli ordinamenti giuridici degli Stati membri dovranno diventare maggiormente compatibili e convergenti"*, giungevano, infatti, ad individuare nel meccanismo del mutuo riconoscimento delle decisioni delle autorità giudiziarie lo strumento idoneo a costruire quel tanto invocato autentico spazio di giustizia europeo.

---

[100] In realtà, già nel Trattato di Amsterdam si possono rinvenire i presupposti per l'affermarsi del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni penali: la stessa istituzione di uno *"spazio di libertà, sicurezza e giustizia"*, obiettivo primario del Trattato del 1997, contiene *in nuce* l'idea di mutuo riconoscimento. come osservato da autorevole dottrine, *"uno spazio di giustizia comune in tanto può dirsi esistente in quanto il provvedimento giudiziario di un altro Stato venga trattato come quello corrispondente emesso nel proprio ordinamento"*. Cfr. G. LATTANZI, *La nuova dimensione della cooperazione giudiziaria*, in *Doc. Giust.*, 2000, p.1037 ss.

[101] Cfr. punto 5 delle Conclusioni della Presidenza.

In particolare, è dato testualmente leggersi ai punti 33 – 35 – 36 e 37:

- *"33. Il rafforzamento del reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie e delle sentenze ed il necessario ravvicinamento delle legislazioni faciliterebbero la cooperazione fra le autorità, come pure la tutela giudiziaria dei diritti dei singoli. Il Consiglio europeo approva pertanto il principio del reciproco riconoscimento che, a suo parere, dovrebbe diventare il fondamento della cooperazione giudiziaria nell'Unione tanto in materia civile quanto in materia penale. Il principio dovrebbe applicarsi sia alle sentenze sia alle altre decisioni delle autorità giudiziarie";*
- *"35. In materia penale, il Consiglio europeo invita gli Stati membri a ratificare rapidamente le convenzioni UE del 1995 e del 1996 sull'estradizione. Esso ritiene che la procedura formale di estradizione debba essere abolita tra gli Stati membri per quanto riguarda le persone si sottraggono alla giustizia dopo essere state condannate definitivamente ed essere sostituita dal semplice trasferimento di tali persone, in conformità dell'articolo 6 del TUE. Occorre inoltre prendere in considerazione procedure di estradizione accelerate, fatto salvo il principio di un equo processo. Il Consiglio europeo invita la Commissione a presentare proposte al riguardo alla luce della convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen";*
- *"36. Il principio del reciproco riconoscimento dovrebbe altresì applicarsi alle ordinanze preliminari, in particolare a quelle che permettono*

alle autorità competenti di procedere rapidamente al sequestro probatorio e alla confisca di beni facilmente trasferibili; le prove legalmente raccolte dalle autorità di uno Stato membro dovrebbero essere ammissibili dinanzi ai tribunali degli Stati membri, tenuto conto delle norme ivi applicabili";

- *"37. Il Consiglio europeo invita il Consiglio e la Commissione ad adottare, entro il dicembre 2000, un programma di misure per l'attuazione del principio del reciproco riconoscimento. Tale programma dovrebbe anche prevedere l'avvio di lavori su un titolo esecutivo europeo e sugli aspetti del diritto procedurale per i quali sono reputate necessarie norme minime comuni per facilitare l'applicazione di detto principio, nel rispetto dei principi giuridici fondamentali degli Stati membri".*

All'epoca del Consiglio europeo di Tampere, il principio del mutuo riconoscimento era, dunque, un principio noto e collaudato nell'ambito del diritto comunitario, sia a livello normativo sia a livello giurisprudenziale: lo stesso, infatti, oltre ad essere già previsto in alcune disposizioni normative contenute nella versione originaria del Trattato CEE[102], era stato, infatti, (come sopra accennato) eletto a principio generale del diritto comunitario da quell'orientamento

[102] Il principio del mutuo riconoscimento risultava espressamente menzionato sia all'art. 57 par. 1 – il quale prevedeva (come tuttora dispone l'art. 47 par. 1 TCE) l'adozione di direttive *"intese al riconoscimento reciproco dei diplomi, certificati e titoli"* – sia all'art. 220 (ora divenuto art. 293 TCE), ove veniva disciplinato l'avvio di negoziati tra gli Stati membri intesi, tra l'altro, a garantire il *"reciproco riconoscimento delle società"*.

giurisprudenziale creato dalla Corte di Giustizia in tema di libera circolazione delle merci.

Successivamente, il principio *de quo*, esteso ad altri settori del mercato interno, quali la libera prestazione dei servizi e la libertà di stabilimento, trovava applicazione – come vedremo – anche nel settore della giustizia, prima civile e poi penale.

Nei prossimi paragrafi si cercherà di comprendere le motivazioni che hanno portato il Consiglio europeo di Tampere ad applicare il principio del mutuo riconoscimento anche al settore della cooperazione giudiziaria in materia penale; analisi, questa, che implica inevitabilmente uno sguardo d'insieme a quelle più rilevanti materie nelle quali lo stesso è stato impiegato, anche al fine di comprenderne l'effettivo meccanismo di funzionamento e, dunque, valutare se lo stesso possa essere adottato in un settore, come quello penale, *ictu oculi* ben lontano da quelli nei quali tale principio ha trovato origine ed applicazione.

2. L'ORIGINE DEL PRINCIPIO DEL MUTUO RICONOSCIMENTO: LA LIBERA CIRCOLAZIONE DELLE MERCI

2.1 Il mercato interno

L'attuale assetto del mercato interno è il frutto di un processo che, prendendo le mosse dall'unione doganale prevista dal Trattato CE[103], si è sviluppato mediante le successive modifiche alle disposizioni del Trattato, la giurisprudenza della Corte di Giustizia e delle corti

[103] L'unione doganale è un accordo in base al quale alcuni Stati si impegnano a sopprimere reciprocamente qualsiasi barriera doganale e ad adottare, nei confronti dei paesi terzi, una tariffa doganale comune che garantisca a tutti i prodotti un livello di protezione uniforme, indipendentemente dal punto di ingresso delle merci nel territorio dell'unione. In particolare, l'unione doganale implica: 1) l'istituzione di una tariffa doganale comune applicabile ai confini del territorio doganale comune; 2) l'elaborazione e l'applicazione di una legislazione doganale comune; 3) il divieto, negli scambi tra gli Stati membri dell'unione doganale, dei dazi doganali e delle tasse di effetto equivalente e di qualsiasi regolamentazione restrittiva. Alla base del regime di libera circolazione delle merci all'interno della Comunità, il Trattato CE pone, dunque, il divieto di dazi doganali e di tasse di effetto equivalente sugli scambi tra i Paesi membri. La nozione di tassa di effetto equivalente ad un dazio doganale è stata oggetto di una giurisprudenza molto ampia che ne ha progressivamente definito gli elementi essenziali, giungendo così ad affermare che la tassa di effetto equivalente è quell'onere pecuniario che, quale ne sia la denominazione e la struttura, colpisce le merci in ragione del fatto che esse oltrepassano la frontiera; ciò che rileva non è, quindi, lo scopo della tassa bensì il suo effetto sulle merci, equivalente a quello di un dazio doganale.

nazionali nonché la progressiva definizione di nuovi strumenti e nuovi obiettivi da parte delle istituzioni europee.

Mentre le previsioni relative all'unione doganale non si discostavano dalla tradizione propria dell'istituto, diffuso nei trattati istituzionali, la scelta di affiancare all'unione doganale anche un mercato comune appariva, invece, una scelta innovativa, in quanto comportava, sin dall'origine, la previsione di uno spazio comune all'interno del quale i diversi fattori di produzione – merci, servizi, persone e capitali – potessero (*rectius*, dovessero) circolare liberamente, non potendo essere discriminati in ragione della nazionalità.

I rispettivi principi di non discriminazione in base alla nazionalità e di libertà di circolazione venivano, fin da subito, unitamente all'unione doganale, posti a fondamento del mercato interno, tanto da essere espressamente specificati, all'interno del Trattato CE,

- sia mediante norme di divieto, e segnatamente:
  a. divieto e conseguente abolizione dei dazi e delle tasse di effetto equivalente ai dazi doganali all'interno del mercato comune nonché fissazione di una tariffa doganale per gli scambi con i Paesi terzi (artt. da 23 a 27 TCE) [104];

[104] Art. 23 TCE – *1. La Comunità è fondata sopra un'unione doganale che si estende al complesso degli scambi di merci e comporta il divieto, fra gli Stati membri, dei dazi doganali all'importazione e all'esportazione e di qualsiasi tassa di effetto equivalente, come pure l'adozione di una tariffa doganale comune nei loro rapporti con i paesi terzi. 2. Le disposizioni dell'articolo 25 e del capo 2 del presente titolo si applicano ai prodotti originari degli Stati membri e ai prodotti provenienti da paesi terzi che si*

b. divieto di imposizioni fiscali interne di portata discriminatoria per i prodotti importati (art. 90 TCE)[105];

---

trovano in libera pratica negli Stati membri. Art. 24 TCE – *Sono considerati in libera pratica in uno Stato membro i prodotti provenienti da paesi terzi per i quali siano state adempiute in tale Stato le formalità di importazione e riscossi i dazi doganali e le tasse di effetto equivalente esigibili e che non abbiano beneficiato di un ristorno totale o parziale di tali dazi e tasse.* Art. 25 TCE – *I dazi doganali all'importazione o all'esportazione o le tasse di effetto equivalente sono vietati tra gli Stati membri. Tale divieto si applica anche ai dazi doganali di carattere fiscale.* Art. 26 TCE – *I dazi della tariffa doganale comune sono stabiliti dal Consiglio che delibera a maggioranza qualificata su proposta della Commissione.* Art. 27 TCE – *Nell'adempimento dei compiti che le sono affidati ai sensi del presente capo, la Commissione s'ispira: a) alla necessità di promuovere gli scambi commerciali fra gli Stati membri e i paesi terzi; b) all'evoluzione delle condizioni di concorrenza all'interno della Comunità, nella misura in cui tale evoluzione avrà per effetto di accrescere la capacità di concorrenza delle imprese; c) alla necessità di approvvigionamento della Comunità in materie prime e semiprodotti, pur vigilando a che non vengano falsate fra gli Stati membri le condizioni di concorrenza sui prodotti finiti; d) alla necessità di evitare gravi turbamenti nella vita economica degli Stati membri e di assicurare uno sviluppo razionale della produzione e una espansione del consumo nella Comunità.*

[105] Il divieto di applicare ai prodotti dazi doganali ed altri oneri pecuniari all'atto o comunque in ragione dell'attraversamento delle frontiere tra Paesi membri deve essere integrato con l'ulteriore divieto, sancito dall'art. 90 del Trattato, di applicare tributi interni che siano discriminatori nei confronti dei prodotti importati. L'art.90 TCE vieta, infatti, *"l'applicazione diretta o indiretta, nei confronti dei prodotti provenienti dagli altri Stati membri della Comunità, di imposte di qualsivoglia natura superiori a quelle applicate ai prodotti nazionali similari"* (comma 1) nonché

c. divieto e conseguente abolizione delle restrizioni quantitative agli scambi intracomunitari e delle misure di effetto equivalente nonché dei monopoli commerciali (artt. 28-31 TCE)[106].

"l'introduzione di imposizioni interne intese a proteggere indirettamente altre produzioni" (comma 2).

[106] Art. 28 TCE – *Sono vietate fra gli Stati membri le restrizioni quantitative all'importazione nonché qualsiasi misura di effetto equivalente.* Art. 29 TCE – *Sono vietate fra gli Stati membri le restrizioni quantitative all'esportazione e qualsiasi misura di effetto equivalente.* Art. 30 TCE – *Le disposizioni degli articoli 28 e 29 lasciano impregiudicati i divieti o restrizioni all'importazione, all'esportazione e al transito giustificati da motivi di moralità pubblica, di ordine pubblico, di pubblica sicurezza, di tutela della salute e della vita delle persone e degli animali o di preservazione dei vegetali, di protezione del patrimonio artistico, storico o archeologico nazionale, o di tutela della proprietà industriale e commerciale. Tuttavia, tali divieti o restrizioni non devono costituire un mezzo di discriminazione arbitraria, né una restrizione dissimulata al commercio tra gli Stati membri.* Art. 31 TCE – *1. Gli Stati membri procedono a un riordinamento dei monopoli nazionali che presentano un carattere commerciale, in modo che venga esclusa qualsiasi discriminazione fra i cittadini degli Stati membri per quanto riguarda le condizioni relative all'approvvigionamento e agli sbocchi. Le disposizioni del presente articolo si applicano a qualsiasi organismo per mezzo del quale uno Stato membro, de jure o de facto, controlla, dirige o influenza sensibilmente, direttamente o indirettamente, le importazioni o le esportazioni fra gli Stati membri. Tali disposizioni si applicano altresì ai monopoli di Stato delegati. 2. Gli Stati membri si astengono da qualsiasi nuova misura contraria ai principi enunciati nel paragrafo 1 o tale da limitare la portata degli articoli relativi al divieto dei dazi doganali e delle restrizioni quantitative fra gli Stati membri. 3. Nel caso di un monopolio a carattere commerciale che comporti una regolamentazione destinata ad agevolare lo smercio o la valorizzazione di prodotti agricoli, è*

– sia mediante norme di armonizzazione, quali, ad esempio, la disposizione generale sul ravvicinamento delle legislazioni nazionali o le disposizioni specifiche sul mutuo riconoscimento delle abilitazioni professionali e delle società (artt. 47 – 48 – 293 TCE)[107].

---

opportuno assicurare, nell'applicazione delle norme del presente articolo, garanzie equivalenti per l'occupazione e il tenore di vita dei produttori interessati.

[107] Art. 47 TCE – *1. Al fine di agevolare l'accesso alle attività non salariate e l'esercizio di queste, il Consiglio, deliberando in conformità della procedura di cui all'articolo 251, stabilisce direttive intese al reciproco riconoscimento dei diplomi, certificati ed altri titoli. 2. In ordine alle stesse finalità, il Consiglio, deliberando secondo la procedura di cui all'articolo 251 stabilisce le direttive intese al coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri relative all'accesso alle attività non salariate e all'esercizio di queste. Il Consiglio delibera all'unanimità, durante tutta la procedura di cui all'articolo 251, per quelle direttive la cui esecuzione, in uno Stato membro almeno, comporti una modifica dei vigenti principi legislativi del regime delle professioni, per quanto riguarda la formazione e le condizioni di accesso delle persone fisiche. Negli altri casi il Consiglio delibera a maggioranza qualificata. 3. Per quanto riguarda le professioni mediche, paramediche e farmaceutiche, la graduale soppressione delle restrizioni sarà subordinata al coordinamento delle condizioni richieste per il loro esercizio nei singoli Stati membri.* Art. 48 TCE – *Le società costituite conformemente alla legislazione di uno Stato membro e aventi la sede sociale, l'amministrazione centrale o il centro di attività principale all'interno della Comunità, sono equiparate, ai fini dell'applicazione delle disposizioni del presente capo, alle persone fisiche aventi la cittadinanza degli Stati membri. Per società si intendono le società di diritto civile o di diritto commerciale, ivi comprese le società cooperative, e le altre persone giuridiche contemplate dal diritto pubblico o privato, ad eccezione delle società che non si prefiggono scopi di lucro.*

In merito, si impongono talune osservazioni.

In primo luogo, il Trattato recepisce, trasponendo sul piano giuridico, la distinzione, di origine economica, tra *integrazione negativa* – realizzata attraverso misure di rimozione delle barriere poste dagli Stati agli scambi in merci, in persone, in servizi e in capitali – ed *integrazione positiva* – realizzata principalmente mediante l'adozione di misure di armonizzazione.

In secondo luogo, le norme del Trattato si limitano ad indicare l'obiettivo da raggiungere – ossia la realizzazione di un mercato interno, inteso quale uno spazio territoriale, all'interno del quale il commercio fra gli Stati membri deve svolgersi senza incontrare ostacoli dovuti a barriere nazionali (fiscali, tecniche o giuridiche) ed i fattori di produzione circolano liberamente, indipendentemente dalle caratteristiche che incorporano in ragione della loro origine in uno Stato membro – e, quindi, ad individuare i limiti entro i quali l'azione degli Stati membri può svolgersi, stabilendo direttamente alcuni divieti e prevedendo alcune clausole di abilitazione all'armonizzazione, ma, in ogni caso, rimettendo alla

---

Art. 293 TCE – *Gli Stati membri avvieranno fra loro, per quanto occorra, negoziati intesi a garantire, a favore dei loro cittadini: a) la tutela delle persone, come pure il godimento e la tutela dei diritti alle condizioni accordate da ciascuno Stato ai propri cittadini; b) l'eliminazione della doppia imposizione fiscale all'interno della Comunità; c) il reciproco riconoscimento delle società a mente dell'articolo 48, comma secondo, il mantenimento della personalità giuridica in caso di trasferimento della sede da un paese a un altro e la possibilità di fusione di società soggette a legislazioni nazionali diverse; d) la semplificazione delle formalità cui sono sottoposti il reciproco riconoscimento e la reciproca esecuzione delle decisioni giudiziarie e delle sentenze arbitrali.*

legislazione secondaria la determinazione concreta degli strumenti attuativi.

In altri termini, le disposizioni contenute nel Trattato indicano il fine da perseguire mediante le norme di divieto e le norme di armonizzazione, senza individuare gli strumenti e le tecniche di attuazione ed applicazione, successivamente sviluppati dalla legislazione secondaria e dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, con percorsi fortemente differenziati[108].

Nella legislazione secondaria è, infatti, per un lungo periodo, prevalsa la tendenza all'armonizzazione e, quindi, all'adozione di misure uniformi per tutto lo spazio europeo, atte a sostituire le misure nazionali o comunque ad imporsi negli ordinamenti nazionali mediante obblighi di trasposizione.

Nella giurisprudenza comunitaria si è, invece, ben presto, imboccata una direzione diversa, laddove è andata affermandosi l'immediata applicabilità delle norme del Trattato e, più in generale, l'effetto diretto del diritto comunitario, indipendentemente dall'adozione di misure di armonizzazione[109].

---

[108] Cfr. L. TORCHIA, *Il governo delle differenze. Il principio di equivalenza nell'ordinamento europeo*, Il Mulino, 2006.

[109] In merito all'effetto diretto del diritto europeo, cfr. sentenza C.giust.CE del 5 febbraio 1963, causa C-26/62, *Van Gend e Loos*, in *Racc.* 1963, p.I-0003 laddove si legge: *"La Comunità costituisce un ordinamento giuridico di nuovo genere nel campo del diritto internazionale, a favore del quale gli Stati hanno rinunziato, anche se in settori limitati, ai loro poteri sovrani"*. Nonché cfr. sentenza C.giust.CE del 15 luglio 1964, causa C-6/64, *Costa*, laddove afferma che gli Stati membri *"hanno limitato, sia pure in campi circoscritti, i loro poteri sovrani e creato quindi un complesso di diritto vincolante per i loro cittadini e per loro stessi"*, in *Racc.* 1964.

In particolare, la convinzione, dominante nei primi anni di vita della CEE, che fosse possibile procedere mediante una espressa opera di armonizzazione delle legislazioni nazionali, si è dimostrato rapidamente irrealistica a causa di un doppio limite, spaziale e temporale[110].

[110] Il programma generale per l'eliminazione degli ostacoli tecnici agli scambi, adottato dal Consiglio dei Ministri CEE nel maggio del 1969, individuava le disposizioni tecniche che dovevano essere armonizzate prodotto per prodotto. Benché su questa base fossero state adottate circa duecentocinquanta direttive, agli inizi degli anni ottanta erano molti i prodotti industriali non coperti da una disciplina armonizzata e, dunque, ostacolati nella libera circolazione tra gli Stati membri. Il processo di ravvicinamento legislativo andò così incontro ad una situazione di stasi ed emersero i molti limiti dell'armonizzazione completa e verticale sino ad allora impiegata. Dal punto di vista della tecnica legislativa, tale approccio esigeva, infatti, l'elaborazione di regole estremamente dettagliate e portava il dibattito politico su questioni essenzialmente tecniche. Per quanto concerne il loro contenuto, tali direttive, a causa delle lungaggini per l'adozione e dei compromessi che ne derivavano, erano velocemente sopravanzate dal progresso tecnico scientifico. Infine, tale approccio esponeva la Comunità all'accusa di interventismo, se non di imperialismo, normativo. È così che, su stimolo della Commissione, si giunse alla Risoluzione del Consiglio del 7 maggio 1985, relativa ad una nuova strategia in materia di armonizzazione tecnica e normalizzazione, basata su quattro principi fondamentali: 1) l'armonizzazione legislativa deve essere limitata all'approvazione, mediante direttive, dei requisiti essenziali di sicurezza ai quali devono rispondere i prodotti immessi sul mercato; 2) il compito di elaborare le specifiche tecniche, invece, deve essere affidato dalla Commissione agli organi competenti per la normalizzazione industriale; 3) tali specifiche tecniche non devono essere obbligatorie bensì conservare il carattere di norme volontarie; 4) da ultimo, gli Stati membri sono tenuti a presumere la conformità dei prodotti fabbricati secondo le norme armonizzate ai requisiti essenziali fissati dalla direttiva.

Lo spazio che l'armonizzazione avrebbe dovuto coprire era così ampio da richiedere una mole enorme di legislazione secondaria, non producibile con i limitati mezzi e le complesse procedure di decisione dell'ordinamento europeo. La legislazione prodotta era, inoltre, soggetta a rapida obsolescenza, in ragione della continua evoluzione delle tecniche di produzione e di vendita, di modo che l'armonizzazione delle legislazioni nazionali era sempre incompleta e spesso superata.

A questi limiti strutturali dell'armonizzazione si aggiungevano, poi, un limite funzionale e uno di contenuto.

Sotto il primo profilo, la necessità di armonizzazione finiva per operare come ostacolo alla diretta applicabilità ed efficacia delle norme primarie, costituendo una sorta di schermo dietro il quale si poteva riparare la legislazione nazionale, non sottoponibile ad un *test* diretto di compatibilità con le norme primarie in assenza di legislazione secondaria di attuazione.

Quanto ai contenuti, invece, la disciplina armonizzata era spesso più minuta, dettagliata e farraginosa delle discipline nazionali che sostituiva, atteso che doveva tendenzialmente sommare requisiti e criteri di diversi ordinamenti nazionali e più raramente riusciva, invece, a semplificare regole e strumenti.

Il fallimento della tecnica di armonizzazione non si è, però, tradotto nel fallimento della politica di rimozione degli ostacoli alla libertà intracomunitaria (ed in particolare, al commercio tra gli Stati membri), che si è andata sviluppando mediante altre tecniche e nuovi strumenti, volti ad assicurare le libertà di circolazione anche in assenza di tale opera di armonizzazione.

Essenziale è stato, in questa direzione, il contributo della Corte di Giustizia, che – come già ricordato – ha

introdotto, sin dalla seconda metà degli anni settanta[111], nell'ordinamento la tecnica del mutuo riconoscimento quale strumento di interpretazione ora alternativo ora complementare all'armonizzazione delle legislazioni nazionali e ha fornito gli elementi per una più articolata e moderna costruzione della libertà di circolazione delle merci, dei servizi e delle persone.

A partire dal Libro Bianco per il completamento del mercato interno del 1985[112], il mutuo riconoscimento è stato, così, incorporato in via generale nella strategia legislativa comunitaria.

Il nuovo modello di armonizzazione comunitaria, prefigurato dalla Commissione per raggiungere l'obiettivo della realizzazione del mercato interno entro il 31 dicembre 1992, limitava, dunque, il ravvicinamento delle discipline nazionali ai casi in cui esistesse un obiettivo giustificato ai sensi degli allora articoli 30 e 36 TCE, affidandosi per il resto all'applicazione del mutuo riconoscimento. O meglio, secondo lo schema del nuovo approccio, l'azione armonizzatrice risultava confinata alle esigenze essenziali di sicurezza ed il mutuo riconoscimento si configurava quale mutuo riconoscimento di norme tecniche standardizzate[113].

---

[111] Cfr. sentenza C.giust.CE dell'11 luglio 1974, causa 8/74, *Procureur du Roi c. Benoît e Gustave Dassonville*, in *Racc.* 1974, p. 837 e sentenza C.giust.CE del 20 febbraio 1979, causa 120/78, *Cassis de Dijon*.

[112] *Il completamento del mercato interno, Libro Bianco della Commissione per il Consiglio europeo (Milano, 28-29 giugno 1985)*, COM (85) 310, Bruxelles 14 giugno 1985.

[113] Cfr. par. 65 *Libro Bianco*: *"Nelle iniziative future riguardanti il mercato interno occorrerà fare una chiara distinzione tra ciò che è essenziale all'armonizzazione e ciò che può essere lasciato al mutuo riconoscimento delle regolamentazioni e delle norme*

2.2 Restrizioni quantitative e misura di effetto equivalente: nozione

Nel Trattato CE, la libera circolazione intracomunitaria delle merci è caratterizzata da tre aspetti fondamentali: l'unione doganale (artt. 25-27 TCE); il divieto di imposizioni fiscali interne discriminatorie nei confronti dei prodotti importati (art. 90 TCE); infine, l'abolizione delle restrizioni quantitative agli scambi di merci fra gli Stati membri nonché di qualsivoglia misura di effetto equivalente (artt. 28-31 TCE).

Ai nostri fini (ovvero sia l'analisi dell'origine del mutuo riconoscimento e del suo funzionamento), è necessario porre attenzione sul terzo degli elementi fondanti il mercato interno delle merci, ovvero sia il divieto di restrizioni quantitative degli scambi e di misure di effetto equivalente; settore nell'ambito del quale si è sviluppato quel copioso orientamento giurisprudenziale che ha elaborato la tecnica del mutuo riconoscimento quale strumento di rimozione degli ostacoli alla libera circolazione intracomunitaria.

In merito, sebbene nessuna difficoltà interpretativa ponga le restrizioni quantitative[114] – che sono, con ogni evidenza, i divieti palesi di importare o esportare un certo

---

tecniche nazionali; ne consegue che, in occasione di ogni iniziativa di armonizzazione, la commissione stabilirà se le disposizioni nazionali siano o meno eccessive rispetto alle esigenze imperative perseguite e costituiscano pertanto ostacoli ingiustificati agli scambi, a norma degli articoli da 30 a 36 del Trattato CEE".

[114] Riprendendo i termini utilizzati dalla Corte di Giustizia, il termine "*restrizioni quantitative*" si riferisce a "*tutte le misure che impongono una totale o parziale restrizione, secondo le circostanze, alle importazioni, alle esportazioni, o al transito di beni*".

prodotto, in assoluto ovvero al di là di una certa quantità – assai più complessa ed ampia si presenta, invece, la nozione di misura di effetto equivalente non trovando la stessa alcuna definizione nel Trattato CE.

In particolare, la nozione di misura di effetto equivalente – per la prima volta, precisata dalla direttiva 70/50 del 22 dicembre 1969[115] (oggi, abrogata) – è stata affinata dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia che l'ha via via ampliata nell'intento di darle un effetto quanto più funzionale possibile e, per ciò stesso, più utile all'art. 28 TCE.

La definizione classica, e tuttora più nota, di misure di effetto equivalente è quella che il Giudice comunitario ha fornito nel caso *Dassonville*[116].

---

[115] La citata direttiva ha fornito una prima definizione di misure di effetto equivalente a restrizione quantitative all'importazione, distinguendo tra misure distintamente applicabili e misure indistintamente applicabili. Rientrano nella prima categoria due tipologie di misure: quelle formalmente applicabili ai soli prodotti importati e quelle formalmente applicabili sia ai prodotti nazionali sia a quelli importati, ma gravanti di fatto esclusivamente o prevalentemente sui prodotti importati (art.2 par.3). Rientrano nella seconda categoria *"le misure relative alla commercializzazione dei prodotti e riguardanti in particolare la forma, le dimensioni, il peso, la composizione, la presentazione, l'identificazione, il condizionamento, applicabili indistintamente ai prodotti nazionali ed ai prodotti importati, i cui effetti restrittivi sulla libera circolazione eccedono il contesto degli effetti propri di una regolazione commerciale"* (art.3). La direttiva 70/50CEE ha, quindi, individuato tre specie di restrizioni vietate: le restrizioni formali, le restrizioni materiali e le misure nazionali non discriminatorie ma sproporzionate rispetto ai fini propri di una regolamentazione commerciale.

[116] Sentenza C.giust.CE dell'11 luglio 1974, causa 8/74, *Procureur du Roi c. Benoît e Gustave Dassonville*, in *Racc.* 1974, p. 837.

Nel caso *de quo*, la Corte, con riferimento ad una disposizione nazionale che condizionava l'importazione di un whisky scozzese con denominazione d'origine all'esibizione di un certificato rilasciato dal Paese esportatore ed attestante il diritto a quella denominazione, osservava come un operatore, che avesse importato quel prodotto da un Paese diverso, dove il whisky si trovava in libera pratica e dove non era richiesto lo stesso certificato d'origine, avrebbe incontrato in proposito difficoltà ed oneri superiori a quelli dell'importatore diretto.

Fino a quando non fosse stato istituito un regime comunitario, volto a garantire ai consumatori l'autenticità della denominazione di origine di un prodotto, lo Stato poteva, dunque, adottare provvedimenti contro comportamenti sleali ed esigere mezzi di prova solo se ragionevoli, accessibili indistintamente a tutti gli operatori e non di ostacolo agli scambi.

Di qui l'affermazione – ormai conosciuta come la *formula di Dassonville* – in base alla quale *"ogni normativa commerciale degli Stati membri che possa ostacolare direttamente o indirettamente, in atto o in potenza, gli scambi intracomunitari va considerata come misura di effetto equivalente a restrizioni quantitative"*.

Il divieto di misure di effetto equivalente, così come costruito, ha assunto una portata generale comprendendo, dunque, tutti quei provvedimenti che, con o senza preciso intento di aggirare l'ostacolo del divieto di restrizioni quantitative delle importazioni, così come delle esportazioni, hanno effetti ugualmente protezionistici, rappresentando, in ogni caso, un ostacolo oggettivo agli scambi intracomunitari.

La sua applicazione non è condizionata ad una riduzione effettiva degli scambi bensì al sol fatto che la misura, indipendentemente dalla circostanza che sia

discriminatoria o meno e che abbia intenti protezionistici, rappresenti anche potenzialmente un aggravio non giustificato per gli imprenditori e per ciò stesso un ostacolo al commercio tra i Paesi membri.

Si è, così, affermato che non è necessario accertare che le misure in questione riducano di fatto le importazioni dei prodotti considerati ma è sufficiente che esse abbiano un effetto potenziale di ostacolo alle importazioni, nel senso che le importazioni potrebbero essere effettuate se quei provvedimenti non esistessero e che il divieto permarrebbe anche quando nella prassi le misure non venissero applicate ai prodotti importati.

In sintesi, presupposti per l'applicazione del divieto sono[117]:

- che l'ostacolo in questione derivi da una misura di carattere statuale, ossia imputabile allo Stato in senso lato, inteso come complesso di organi costituenti il potere legislativo, esecutivo e giudiziario e degli enti pubblici;
- che quest'ostacolo comporti effetti restrittivi equivalenti a quelli delle restrizioni quantitative all'importazione o all'esportazione, ossia delle limitazioni quantitative degli scambi, che non esisterebbero se la misura venisse rimossa.

Tra le misure di effetto equivalente, devono, quindi, in primo luogo, essere annoverate quelle che investono direttamente il momento dell'importazione (o dell'esportazione) di merci o che comunque hanno in quel momento l'occasione di essere applicate. Si tratta di misure che riducono o rendono impossibili o

[117] Cfr. G. TESAURO, *Diritto Comunitario*, Cedam, Padova, 2008.

semplicemente più onerose le importazioni o le esportazioni e non investono affatto i prodotti nazionali (cd. misure distintamente applicabili).

In proposito, vengono in rilievo:

- i controlli operati al momento ed in occasione dell'importazione del prodotto. Tali controlli, se operati in modo sistematico, costituiscono misure vietate dall'art. 28 TCE, salvo verificare se possono farsi rientrare tra le deroghe previste dall'art. 30 TCE;
- misure che impongono una documentazione specifica per l'importazione o l'esportazione del prodotto: qualsiasi formalità produce, infatti, un ritardo e ha *in re ipsa* un effetto dissuasivo tanto da costituire un ostacolo agli scambi.

Vi sono poi delle misure che, seppure neutre rispetto al rapporto tra prodotti nazionali e prodotti importati, di fatto producono l'effetto di ridurre le importazioni e con esse la commercializzazione di prodotti importati; oppure, viceversa, ne riducono la commercializziamone e per questa via l'importazione (cd. misure indistintamente applicabili).

Rientrano in tale categoria:

- la disciplina relativa ai prezzi: una disciplina dei prezzi, applicabile sia ai prodotti nazionali sia ai prodotti importati, può costituire una misura di effetto equivalente laddove, ad esempio, una regolamentazione stabilisca un prezzo minimo ad un livello tale che il prodotto importato non riesca a sfruttare costi inferiori di produzione ed a farne

beneficiare il consumatore oppure stabilisca un prezzo massimo tale che il prodotto importato risulti fuori mercato. Ancora, non può non rilevarsi come un regime di prezzi differenziato per i prodotti nazionali e gli stessi prodotti importati sia di per sé una misura di effetto equivalente vietata dall'art. 28 TCE allorquando sfavorisce, sotto qualsiasi aspetto, la vendita dei prodotti importati;

– la disciplina relativa alla qualità ed alla presentazione del prodotto, che incidono sull'importazione o sulla commercializzazione, riducendo il volume degli scambi. Si tratta, in particolare, di quelle misure relative alla composizione ed alla qualità del prodotto, alla forma, all'imballaggio, all'etichettatura, alla denominazione ed in generale alla presentazione del prodotto.

Prescindendo dalle distinzioni e categorie sviluppate dalla copiosa giurisprudenza della Corte di Giustizia, l'aspetto in ogni caso caratterizzante la ricordata formula di *Dassonville* risiede nel fondare la nozione di misura di effetto equivalente sul concetto di ostacolo, al di là della presenza nella misura nazionale di profili di discriminazione a danno delle merci provenienti a altri Stati membri.

Quanto implicitamente prefigurato nella sentenza *Dassonville*, è stato espressamente affermato dalla Corte di Giustizia nel 1979, nel celebre caso *Cassis de Dijon*[118], la

[118] Sentenza C.giust.CE del 20 febbraio 1979, causa 120/78, *Cassis de Dijon*, in *Racc.* 1979, p.649.

cui vicenda, sebbene ormai ben nota, pare opportuno riassumere.

Dinnanzi al giudice *a quo – Finazngericht del Land di Hesse* – pendeva il ricorso proposto dalla ditta tedesca *Rewe Zentral A.G.* contro il divieto a lei imposto dal *Bundesmonopolverwaltung für Branntwein* di importare dalla Francia una partita di *Cassis de Dijon*, liquore tradizionale francese a bassa gradazione alcolica.

Il divieto era motivato dall'amministrazione del monopolio federale degli alcolici distillati sulla base della legge sul monopolio dell'acquavite, la quale ammetteva in Germania unicamente lo smercio di alcolici per la consumazione umana di gradazione non inferiore al 25%, laddove il liquore in questione presentava un tenore alcolico compreso tra il 15% ed il 20%.

Nella propria ordinanza di rimessione, il giudice tedesco sottoponeva all'attenzione della Corte di Giustizia due questioni:

1. se il divieto imposto dalla citata normativa federale sul monopolio dell'acquavite rientrasse nella nozione di misura di effetto equivalente ai sensi dell'allora art. 30 del Trattato CEE (attuale art. 28 Trattato CE);
2. se detto divieto rientrasse, altresì, nella nozione di *"discriminazione fra i cittadini degli Stati membri per quanto riguarda le condizioni relative all'approvvigionamento e agli sbocchi"* di cui all'art. 37 del Trattato CEE (attuale art. 31 del Trattato CE) concernente il riordino dei monopoli nazionali.

Il giudice comunitario, dopo aver ritenuto non pertinente, rispetto alle disposizioni nazionali descritte, il

riferimento all'art. 37 Trattato CEE (trattandosi di una disposizione specifica per i monopoli nazionali di carattere commerciale), esaminava la questione relativa all'interpretazione dell'art. 30 del Trattato CEE.

Il punto centrale della motivazione è data dal punto n.8), laddove si legge testualmente: *"In mancanza di una normativa comune in materia di produzione e di commercializzazione dell'alcol (…) spetta agli Stati membri disciplinare, ciascuno nel suo territorio, tutto ciò che riguarda la produzione ed il commercio dell'alcol e delle bevande alcoliche; gli ostacoli per la circolazione intracomunitaria derivanti da disparità delle legislazioni nazionali relative al commercio dei prodotti di cui trattasi vanno accettati qualora tali prescrizioni possano ammettersi come necessarie per rispondere ad esigenze imperative attinenti in particolare all'efficacia dei controlli fiscali, alla protezione della salute pubblica, alla lealtà dei negozi commerciali e alla difesa dei consumatori"*.

La Corte, in particolare, verificava che, contrariamente a quanto sostenuto dal governo tedesco (ossia la necessità di tutelare la salute pubblica, contenendo la proliferazione di bevande a bassa gradazione alcoolica, che avrebbe favorito l'assuefazione a bevande di più alto tenore alcoolico, nonché la lealtà del commercio), la normativa interna non perseguiva *"uno scopo di interesse generale atto a prevalere sulle esigenze della libera circolazione delle merci, che costituisce uno dei principi fondamentali della Comunità"* e dichiarava che la fissazione di una gradazione minima, nel caso di importazione di bevande alcoliche legalmente prodotte e messe in commercio in un altro Stato membro, ricadeva nel divieto di misure di effetto equivalente alle restrizioni quantitative all'importazione.

Il principio enucleato dal giudice comunitario appare così sintetizzabile: la disparità tra gli ordinamenti degli Stati membri non può costituire un ostacolo alla libera circolazione delle merci per modo che, salvo esigenze imperative, non possa essere impedita l'importazione sul territorio di un prodotto legalmente fabbricato o commercializzato in un altro Stato della comunità.

In altri termini, è questo il contenuto del principio del mutuo riconoscimento[119]: in assenza di una disciplina comunitaria di armonizzazione, le legislazioni nazionali relative alle condizioni per la commercializzazione di determinati prodotti possono essere diverse; circostanza, questa, che non esclude che siano ugualmente rispettose della salute e delle esigenze del consumatore. Ne consegue che, in via generale, sarebbe eccessivo per uno Stato pretendere che i prodotti importati osservino letteralmente ed esattamente le stesse specifiche tecniche prescritte per i prodotti nazionali, quando il livello di protezione dell'utilizzatore sia equivalente, oppure che gli stessi prodotti siano sottoposti a controlli equivalenti a quelli già effettuati in altri Paesi membri.

Ne deriva che:

1. in assenza di una regolamentazione comune o di una armonizzazione, gli Stati membri restano liberi e competenti a fissare norme specifiche

[119] Il nesso tra mutuo riconoscimento e libera circolazione delle merci, rimasto implicito nella sentenza *de qua* (la quale non menziona neppure il mutuo riconoscimento), ha trovato espresso riconoscimento nella *Comunicazione della Commissione sulle conseguenze della sentenza emessa dalla corte di giustizia delle Comunità Europee, il 20 febbraio 1979, nella causa 120/78 (Cassis de Dijon)*, in G.U.C.E. n. C 256 del 3. 10.1980, pp.2-3.

sulla produzione e sulla commercializzazione dei prodotti;
2. tale libertà non deve concretarsi in misure suscettibili di frapporre ostacoli al commercio comunitario;
3. una regolamentazione nazionale in materia costituisce un intralcio agli scambi comunitari, allorquando non sia giustificata da esigenze imperative e, comunque, a condizione che non sia possibile applicare misure ugualmente efficaci rispetto allo scopo perseguito ma di minore ostacolo agli scambi.

Il meccanismo così individuato ha costituito – e tuttora costituisce – uno strumento eccezionale per la realizzazione del valore fondante il mercato interno, attuata non mediante l'intervento normativo della Comunità bensì attraverso la diretta applicazione del principio, posto dal Trattato stesso, della rimozione degli ostacoli tecnici tra i mercati degli Stati membri.

Per comprendere la portata e le caratteristiche del principio del mutuo riconoscimento nel campo della circolazione delle merci non è sufficiente limitarsi alla descrizione della pronuncia del 1979, occorrendo soffermarsi anche nella disamina della giurisprudenza concernente l'art. 28 TCE successive alla sentenza *Cassis de Dijon*.

2.3 Restrizioni quantitative e misura di effetto equivalente: evoluzione giurisprudenziale

Il principio elaborato dal Giudice europeo, secondo il quale, se un prodotto è legalmente fabbricato o

commercializzato in uno Stato membro, lo Stato di destinazione non può limitarne l'ingresso sul proprio territorio, se non provando la sussistenza di uno dei motivi indicati dall'art. 30 TCE oppure di esigenze imperative alla stregua della giurisprudenza *Cassis de Dijon*, è stato, infatti, riaffermato, confermato e sviluppato in un gran numero di pronunce successive[120].

Tra queste, pare opportuno ricordare le sentenze sempre concernenti le misure nazionali relative alla composizione dei prodotti ed in particolare quelle previste dalle leggi olandesi sul livello di acidità della birra[121] e sulla quantità di materia secca presente nel pane[122], dalle leggi francesi e tedesche sui succedanei del latte[123], dalla normativa tedesca sulla composizione dei preparati di carne[124] e da ultimo dalla normativa belga sul tenore di sale nel pane[125].

In tutti questi casi, la Corte ha ritenuto che le prescrizioni disposte dallo Stato membro di importazione non potessero essere estese anche ai prodotti provenienti da un altro Stato membro, ove questi fossero conformi alle prescrizioni di detto Stato.

---

[120] Per una rassegna della giurisprudenza della Corte di Giustizia, cfr. S. NICOLIN, *Il mutuo riconoscimento tra mercato interno e sussidiarietà*, Cedam, Padova, 2007.

[121] Sentenza C.giust.CE del 17 marzo 1983, causa C-94/82, *De Kikvorsch Groothandel-Import-Export BV*, in *Racc.*1983, p.947.

[122] Sentenza C.giust.CE del 19 febbraio 1981, causa 130/80, *Fabriek voor Hoogwaardige Voedingsprodukten Kelderman BV*, in *Racc.*1981, p.527.

[123] Sentenza C.giust.CE del 23 febbraio 1988, causa 216/84, *Commissione* c. *Francia*, in *Racc.*1988, p.793.

[124] Sentenza C.giust.CE del 2 febbraio 1989, causa 274/87, *Commissione* c. *Germania*, in *Racc.*1989, p.229.

[125] Sentenza C.giust.CE del 5 aprile 2001, causa C-123/00, *Cristina Bellamy e English Shop Wholesale SA*, in *Racc.* 2001, p.I-2795.

In tale contesto, sono venuti in considerazione, quali elementi cruciali, la comparazione tra la normativa dello Stato di origine e quella dello Stato di destinazione e la verificazione della funzione propria dello strumento del mutuo riconoscimento, ossia il superamento dell'ostacolo non tariffario attraverso la ritrazione della legge del mercato e l'espansione del campo di applicazione della legge dello Stato di origine della merce.

2.3.1 Regole sul processo di produzione

Oltre ad imporre il riconoscimento delle normative dello Stato membro di origine in ordine alla composizione dei prodotti, la Corte di Giustizia ha, altresì, ritenuto rientranti nella nozione di misure di effetto equivalente a restrizioni all'importazione anche, da un lato, quelle disposizioni nazionali che vietano determinate denominazioni generiche utilizzate per i prodotti nazionali, per la ragione che essi sono composti da ingredienti diversi da quelli utilizzati per fabbricare i prodotti nazionali[126]; dall'altro lato, quelle disposizioni che impongono, per un determinato prodotto importato, una denominazione di

[126] Sentenza C.giust.CE del 14 luglio1988, causa 407/85, *Drei Glocken GmbH e Gertaud Kritzinger* c. *USL Centro-Sud e Provincia autonoma di Bolzano*, in *Racc.* 1988, p.4233; Sentenza C.giust.CE del 14 luglio1988, causa 90/86, *Zoni*, in *Racc.* 1988, p.4285: in tali pronunce, la Corte ha stabilito il contrasto con l'art.28 del Trattato della normativa italiana che disponeva, anche in relazione ai prodotti importati da un altro Stato membro, il divieto della denominazione *pasta* ai prodotti composti da grano tenero o con miscele di grano tenero.

vendita diversa da quella con la quale questo è commercializzato nello Stato membro di produzione[127].

Principi analoghi emergono anche nella giurisprudenza della Corte di Giustizia in tema di misure nazionali concernenti la forma o l'imballaggio dei prodotti, specie quelli alimentari. In questo settore, gli ostacoli alla circolazione delle merci, determinati da misure pure indistintamente applicabili, possono porsi sotto due diversi profili: quando nello Stato membro di importazione un certo tipo di condizionamento è riservato ai prodotti che presentano caratteristiche particolari; quando, in relazione ad un determinato prodotto, lo Stato membro di importazione impone un preciso condizionamento.

Per quanto riguarda il primo profilo, nella sentenza *Prantl*[128], i Giudici del Lussemburgo hanno dichiarato l'incompatibilità con l'art. 28 TCE della normativa tedesca che riservava al vino proveniente da una determinata zona la possibilità di utilizzare bottiglie di particolare formato; conclusione analoga è stata raggiunta, nella sentenza

[127] Sentenza C.giust.CE del 12 marzo 1987, causa 178/84, *Commissione* c. *Germania*, in *Racc.*1987, p.1227: in tale pronuncia, la Corte ha stabilito che gli importatori debbono avere, tendenzialmente, la possibilità di conservare la denominazione di vendita tradizionale con la quale il prodotto è stato commercializzato nello Stato membro di origine. In particolare, è stata qualificata do ostacolo alla libera circolazione delle merci la disposizione della legge tedesca sulla purezza della birra in quanto impediva di utilizzare in Germania tale denominazione per prodotti già legalmente commercializzati in altri Stati membri, ma fabbricati a partire da materie prime diverse da quelle previste dalla legge tedesca.

[128] Sentenza C.giust.CE del 13 marzo 1983, causa 16/83, *Karl Prantl*, in *Racc.*1984, p.1299.

Pétillant de raisins[129], con riferimento al divieto di vendere bevande poste in recipienti aventi la forma tipica delle bottiglie contenenti vini spumanti.

Per quanto riguarda il secondo profilo, la posizione della Corte è significativamente ribadita nella sentenza *Rau*[130], a proposito della normativa belga che imponeva di vendere la margarina unicamente in confezioni di forma cubica, per distinguerla da altri prodotti similari.

In sintesi, si è affermato la contrarietà all'art. 28 del Trattato di tutte quelle misure che hanno per effetto di imporre all'importazione un condizionamento diverso da quello con il quale il prodotto è commercializzato nello Stato membro di origine.

2.3.2 Regole sul processo di controllo

Nei paragrafi precedenti, il tema del mutuo riconoscimento è stato preso in considerazione come tendenziale divieto per lo Stato membro di importazione di impedire, in forza di ragioni fondate sulla diversità delle disposizioni vigenti nel proprio ordinamento, l'immissione sul mercato nazionale di merci che siano state legittimamente prodotte o commercializzate in un altro Stato membro in conformità all'ordinamento di questo.

Come emerge dall'estrema ampiezza della nozione adottata dal Giudice comunitario, possono costituire misure di effetto equivalente tanto regole nazionali di portata generale quanto singole misure adottate da autorità

---

[129] Sentenza C.giust.CE del 4 dicembre 1986, causa 179/85, *Commissione* c. *Germania*, in *Racc.*1986, p.3879.

[130] Sentenza G.giust.CE del 10 novembre 1982, causa 261/81, *Walter Rau Lebensmittelwerk* c. *De Smedt PVBA*, in *Racc.*1982, p.3961.

pubbliche o da organismi investiti di poteri similari. In particolare, si tratta di valutare la compatibilità, con l'art. 28 TCE, dei controlli posti in essere dallo Stato di importazione in relazione a merci provenienti da altri Stati membri.

La questione ha grande rilievo pratico in quanto assai di frequente l'immissione sul mercato delle merci viene subordinata a controlli ed anche, in alcune ipotesi, al rilascio di autorizzazioni.

Ponendosi dal punto di vista dello Stato importatore, l'attenzione deve essere indirizzata, innanzitutto, sui controlli di tipo discriminatorio, ossia quelli che si applicano unicamente in relazione ai prodotti importati o che si presentano comunque più onerosi per questi rispetto a quelli nazionali. Tali misure costituiscono, con ogni evidenza, ostacoli tendenzialmente vietati, venendo ammesse dalla Corte solo eccezionalmente, allorquando rientrano in una delle deroghe previste dall'art. 30 TCE.

Di maggior interesse ai fini della nostra analisi, sono i controlli applicati dallo Stato di importazione indistintamente ai prodotti nazionali ed a quelli importati, in particolare quando la merce importata sia già stato oggetto di verifiche nello Stato membro di origine. Si tratta, in altri termini, di verificare se le norme del Trattato sulla circolazione delle merci limitino la possibilità di duplicare i controlli da parte dello Stato membro di destinazione; riflessione, questa, che consente di comprendere se ed in quali termini sia dato ravvisare, in capo allo Stato di importazione, un obbligo di riconoscimento delle certificazioni, delle autorizzazioni e dei controlli posti in essere nello Stato di origine.

La Corte di Giustizia si è occupata, per la prima volta, della questione nella causa *Biologische Produkten*[131], nell'ambito di un giudizio relativo all'ammenda comminata ad una società per aver violato la legge olandese che vietava l'immagazzinamento o l'impiego di prodotti disinfettanti non autorizzati, in particolare per aver venduto nei Paesi Bassi – senza la prescritta autorizzazione delle autorità olandesi – un certo quantitativo di un disinfettante già legittimamente messo in commercio in Francia, ove lo stesso era stato oggetto di un procedimento di autorizzazione.

La sentenza *de qua* riecheggia la formula *Cassis de Dijon*, laddove afferma che gli Stati membri, in caso di esigenze attinenti la salute pubblica, "*hanno la facoltà di sottoporre ad un nuovo procedimento di esame e di autorizzazione un prodotto come quello di cui trattasi, già autorizzato in un altro Stato membri; le loro autorità sono tenute tuttavia a contribuire allo snellimento dei controlli nel commercio intracomunitario. Ne consegue che tali autorità non possono esigere senza necessità analisi tecniche o chimiche né prove di laboratorio nel caso in cui le stesse analisi e le stesse prove siano già state effettuate in un altro Stato membro ed i relativi risultati siano a loro disposizione o possano, a loro richiesta, essere messi a loro disposizione*".

Si è, dunque, affermato nel caso di specie, che, pur non sussistendo alcun obbligo di riconoscere le autorizzazioni rilasciate da autorità di altri Stati membri, lo Stato di importazione non può (*rectius*, deve) duplicare "*senza*

[131] Sentenza C.giust.CE del 17 dicembre 1981, causa 272/80, *Frans-Nederlandse Maatschappij voor Biologische Produkten BV*, in *Racc.*1981, p.3277.

necessità" quelle analisi che siano già state svolte in un altro Stato membro.

Alcuni anni dopo – e segnatamente, nel 1986 – tale principio è stato ribadito in termini analoghi nella sentenza sulle *macchine per la lavorazione del legno*[132], laddove si è affermato che gli Stati membri possono sottoporre la merce, che sia stata già omologata in un altro Stato membro, ad una nuova procedura di omologazione ma devono tenere conto delle prove di laboratorio già effettuate.

Di particolare rilievo al fine di comprendere l'impostazione della Corte di Giustizia maturata in tema di mutuo riconoscimento, appare, poi, la sentenza *Bouchara*[133], pronunciata in data 11 maggio 1989, relativa alla compatibilità con il diritto comunitario di una disposizione francese che impone all'importatore di verificare, salvo incorrere in responsabilità penali, la conformità del prodotto importato con le prescrizioni in vigore in Francia relativamente alla sicurezza ed alla salute delle persone, alla lealtà delle operazioni commerciali ed alla tutela dei consumatori.

Nel caso di specie, la signora *Wurmser*, vedova *Bouchara*, era imputata per aver importato dalla Germania e dall'Italia tessuti che venivano successivamente rivenduti riproducendo sulle fatture le indicazioni dei fornitori stranieri. La composizione dei tessuti, ad un controllo delle autorità francesi, era, poi, risultata non corrispondente a quella così indicata. Erano, quindi, stati promossi

---

132 Sentenza C.giust.CE del 17 dicembre 1986, causa 188/84, *Commissione* c. *Francia*, in *Racc.*1986, p.419.

133 Sentenza C.giust.CE dell'11 maggio 1989, causa 25/88, *Esther Renée Wurmser, veuve Bouchara e société Norlaine*, in *Racc.*1898, p.1105. Per un commento, cfr. S.NICOLIN, *Il mutuo riconoscimento tra mercato interno e sussidiarietà*, Cedam, Padova, 2007.

procedimenti penali nei confronti dell'importatore, accusato di non aver adempiuto al dovere di verifica sopra illustrato.

La pronuncia, adottata in seduta plenaria, permette di ricostruire l'approccio della Corte in tema di rapporto tra libera circolazione delle merci ed imposizioni di controlli, da parte dello Stato membro di importazione, relativamente a merci provenienti da altri Stati membri.

In particolare, il Giudice comunitario – sviluppando un complicato ragionamento in maniera del tutto analoga rispetto all'*iter* logico adottato in tema di ostacoli derivanti dalla pretesa dello Stato di destinazione di impedire l'importazione di merci in quanto non conformi alle sue norme – è giunto ad individuare le ipotesi nelle quali è lecita l'imposizione di un controllo da parte dello Stato membro di destinazione e, *ex adverso*, quelle nelle quali tale imposizione costituisce violazione del divieto di misure di effetto equivalente ad una restrizione all'importazione.

La Corte ha, dunque, affermato che imporre all'importatore di un prodotto lecitamente commercializzato nello Stato membro di provenienza di verificarne la conformità alle norme dello Stato di destinazione che proteggono esigenze generali costituisce un ostacolo al commercio intracomunitario.

Tuttavia, in caso di assenza a livello comunitario di norme generali relative alla verifica della conformità dei prodotti alle prescrizioni vigenti sul mercato interessato, tale misura può essere giustificata alla luce degli artt. 28 e 30 TCE, salvo in ogni caso dover "*tener conto, conformemente al principio di proporzionalità, da un lato della rilevanza dell'interesse generale in gioco e, dall'altro lato, dei mezzi di prova normalmente a disposizione di un importatore*".

Ne consegue che – ha concluso la Corte – le autorità dello Stato importatore non hanno il diritto di esigere senza necessità analisi tecniche o chimiche né prove di laboratorio, nel caso in cui le stesse analisi e le stesse prove siano già state effettuate nell'altro Stato membro ed i relativi risultati siano a disposizione delle autorità stesse.

Il passaggio più rilevante è invero l'affermazione esplicita della sentenza *de qua*, secondo la quale il divieto di duplicare controlli già posti in essere costituisce "*espressione specifica di un principio generale di fiducia reciproca tra le autorità degli Stati membri*".

2.4 Restrizioni quantitative e misura di effetto equivalente: limiti al divieto

Come illustrato nelle pagine precedenti attraverso la disamina della giurisprudenza della Corte di Giustizia in tema di applicazione del principio del mutuo riconoscimento, l'art. 28 TCE comporta che, in linea di principio, una merce legalmente prodotta o messa in commercio in uno Stato membro deve poter essere importata in qualsiasi altro Stato membro della Comunità.

Tale regola subisce taluni temperamenti, atteso che gli Stati membri non hanno completamente perduto la propria libertà di adottare delle misure comportanti delle restrizioni all'importazione delle merci sul loro territorio.

Il primo limite è posto dall'art. 30 TCE mentre il secondo limite è di elaborazione giurisprudenziale e deriva dalla determinazione che la stessa Corte ha elaborato della nozione di misura di effetto equivalente a delle restrizioni quantitative.

In particolare, il limite di cui all'art. 30 TCE permette agli Stati membri di applicare divieti o limitazioni

all'importazione di merci sul proprio territorio "*giustificati da motivi di moralità pubblica, di ordine pubblico, di sicurezza pubblica, di tutela della salute e della vita delle persone e degli animali o di preservazione del patrimonio artistico, storico o archeologico nazionale o di tutela della proprietà industriale e commerciale*"[134].

Pare evidente come il contenuto dell'art. 30 TCE esprima la necessità di un bilanciamento tra libertà di circolazione e determinati interessi ritenuti dagli Stati membri meritevoli di tutela.

In merito alla portata dell'articolo *de quo*, giova, innanzitutto, evidenziare come lo stesso sia una norma di stretta interpretazione, atteso che individua deroghe ad una delle libertà fondamentali garantite dal Trattato: ciò comporta che ciascuna delle cause individuate dall'art. 30 del Trattato deve essere interpretata in maniera restrittiva e che la deroga non può essere estesa a ragioni diverse da quelle in esso enunciate.

Affinché, poi, le restrizione alle importazioni sia compatibile con le regole del mercato interno, non pare, peraltro, poi, sufficiente che la misura nazionale sia fondata su uno dei motivi indicati nell'art. 30 TCE, essendo, altresì, necessario che la stessa non costituisca

[134] Giova evidenziare come la Corte di Giustizia abbia più volte ribadito che tale disposizione normativa, in quanto individua un limite all'operare del meccanismo del mutuo riconoscimento e dunque una deroga ad una delle libertà fondamentali garantite dal Trattato, è norma di stretta interpretazione. Ciò comporta, da un lato, che ciascuna delle cause individuate dall'articolo *de quo* deve essere interpretata in maniera restrittiva e, dall'altro lato, che la deroga non può essere estesa a ragioni diverse da quelle in esso enunciate (*ex plurimis*, sentenza C.giust.CE del 9 dicembre 1997, causa 265/95 *Commissione c. Francia*, in *Racc.* 1997, p. I-6959).

"un mezzo di discriminazione arbitraria né una discriminazione dissimulata".

In altri termini, la restrizione alle importazioni può anche essere determinata da una misura indirizzata in modo particolare ai prodotti importanti purché la differenza di trattamento sia obiettivamente giustificata[135].

Inoltre, sebbene non menzionato dall'art. 30 TCE, esiste un ulteriore *test* al quale la Corte di Giustizia subordina la compatibilità delle misure nazionali fondate su questa disposizione: la proporzionalità, intesa come adeguatezza, necessità e proporzionalità in senso stretto.

La misura nazionale deve essere, infatti, adeguata, ossia strumentale all'interesse in funzione del quale essa è posta; gli effetti restrittivi che essa determina non devono eccedere quanto necessario per tutelare; occorre che l'importanza dell'obiettivo perseguito superi quello della libera circolazione.

Questi principi sono stati per la prima volta tratteggiati nella sentenza *de Peijper* del 1976[136], ove è stato affermato

---

[135] In tal senso, cfr. sentenza C.giust.CE dell'8 luglio 1975, causa 4/75, *Rewe-Zentralfinanz c. Landwirtschaftkammer*, in *Racc.* 1975, p.843, la quale ha ammesso i controlli fito-sanitari alla frontiera tedesca sulle mele provenienti da altri Stati membri, affermando che *"il differente trattamento di prodotti importati e quelli domestici, fondato sull'esigenza di prevenire la diffusione di organismi dannosi non può (…) essere visto come una discriminazione arbitraria se siano state intraprese effettive misure per prevenire la distribuzione di prodotti contaminati e se vi sia ragione per credere, in particolare sulla base della esperienza precedente, che ci sia il rischio di diffusione di organismi dannosi per la salute se non è posto il controllo sulle importazioni"*.

[136] Sentenza C.giust.CE del 20 maggio 1979, causa 104/75, *Officieur van Justitie c. Adriaan de Peijper*, in *Racc.* 1976, p.613. In senso conforme: sentenza C.giust.CE del 17 settembre 1998, causa 400/96, *Jean Harpegneis*, in *Racc.* 1998, p. I-5128; sentenza

che una regolamentazione o comunque una pratica nazionale non beneficia della deroga prevista dall'art. 30 TCE *"quando la salute e la vita delle persone possono essere protette in misura altrettanto efficace per mezzo di misure meno restrittive degli scambi intracomunitari"*.

A riprova del carattere eccezionale delle misure derogatorie elencate nell'art. 30 TCE, giova, altresì, richiamare quanto rilevato dal Giudice comunitario in ordine alla questione della ripartizione dell'onere della prova, relativamente alla sussistenza dei requisiti che permettono allo Stato membro di adottare dette misure.

Nei casi, nei quali la Corte è stata investita di tale questione nell'ambito di giudizi promossi dalla Commissione o da uno Stato membro, sulla base rispettivamente degli articoli 226 e 227 TCE, essa ha costantemente gravato l'autorità nazionale che invoca l'art.30 del Trattato a provare che le misure adottate non costituiscano discriminazioni arbitrarie o restrizioni dissimulate e che esse soddisfino il criterio di proporzionalità[137].

Come sopra ricordato, l'altro fondamentale limite all'operare del principio del mutuo riconoscimento è di creazione giurisprudenziale: secondo la Corte di Giustizia, infatti, non vi è violazione delle disposizioni previste in materia di libera circolazione delle merci nel caso in cui lo Stato membro di importazione impedisca l'immissione sul proprio territorio di un prodotto, che, quand'anche lecitamente posto in commercio nello Stato di origine, non

---

C.giust.CE dell'8 marzo 2001, causa C-405/98, *Konsumentombudsmannnen c. Gourmet International Product AB (GIP*), in *Racc.*, 2001.

[137] Cfr. sentenza C.giust.CE del 12 marzo 1987, causa 178/84, *Commissione c. Germania*, in *Racc.*, 1987.

sia conforme a regole poste dallo Stato di destinazione a tutela di *esigenze imperative*.

In altri termini, in presenza di norme dello Stato membro di destinazione finalizzate alla tutela di *esigenze imperative*, la merce proveniente da un altro Stato membro dovrà rispettarle e non sarà sufficiente la loro conformità a quelle in vigore nello Stato di origine.

La formulazione di tale regola risale alla stessa sentenza *Cassis de Dijon*, ove si è ritenuto che *"gli ostacoli per la circolazione intracomunitaria derivanti da disparità di legislazioni nazionali relative al commercio dei prodotti di cui trattasi vanno accettati qualora tali prescrizioni possano ammettersi come necessarie per rispondere alle esigenze imperative attinenti, in particolare, all'efficacia dei controlli fiscali, alla protezione della salute pubblica, alla lealtà dei negozi commerciali e alla difesa dei consumatori"*.

La sentenza *de qua* ha individuato alcune *esigenze imperative*, che lo Stato di destinazione può invocare al fine di applicare proprie disposizioni anche in relazione a merci provenienti da altri Stati membri ed in questi ultimi legalmente prodotti e commercializzati.

La lista enunciata – "*efficacia dei controlli fiscali, protezione della salute pubblica, lealtà dei negozi commerciali e difesa dei consumatori*" –, evidentemente non esaustiva, così come lascia intendere la stessa sentenza, è stata successivamente aggiornata ed arricchita dalle successive pronunce della Corte di Giustizia.

Rientrano, quindi, tra le esigenze imperative riconosciute sin ad oggi dal Giudice comunitario, oltre a quelle sopra menzionate, anche: il rispetto delle peculiarità socio-culturali regionali e nazionali, la ripartizione tra

orario di lavoro e di riposo[138], la protezione ella creatività e della diversità culturale[139], il mantenimento del pluralismo della stampa[140], il contrasto all'inflazione[141], la protezione dell'ambiente[142], la tutela degli utenti ed il buon funzionamento dei servizi pubblici[143], la tutela della produzione cinematografica nazionale[144].

Tanto riassunto, non può non rilevarsi come la Corte non abbia mai fornito un criterio guida in ordine all'individuazione delle possibili ragioni che possono assurgere a rango di esigenze imperative e come la stessa non abbia, in ogni caso, mai rifiutato di attribuire la qualità di esigenza imperativa alle ragioni che le sono state

[138] Sentenza C.giust.CE del 23 novembre 1989, causa C-145/88, *Torfaen Borough Council c. B & Q plc*, in *Racc.* 1989; Sentenza C.giust.CE del 28 febbraio 1991, causa C-312/89, *Union départementale des syndicts CGT de l'aisne c. SIDEF Conforama, Société Arts et Meubles et Société Jima*, in *Racc.* 1991, p. I-997.

[139] Sentenza C.giust.CE del 10 gennaio 1985, causa 229/83, *Association des Centres distributeurs Édouard Leclerc e altri* c. *SARL "Au Blé vert" e altri*, in *Racc.*1985, p.1.

[140] Sentenza G.giust.CE del 26 giugno 1997, causa C-368/95, *Vereinigte Famliapress Zeitungsverlags-und vertriebs GmbH* c. *Heinrich Bauer Verlag*, in *Racc.*1997, p.I-3689.

[141] Sentenza C.giust.CE del 29 novembre 1983, causa 181/82, *Roussel Laboratoria BV e altri* c. *Paesi Bassi*, in *Racc.*1983, p. 3849.

[142] Sentenza C.giust.CE del 20 settembre 1988, causa 302/86, *Commissione* c. *Danimarca*, in *Racc.*1988, p.4607; sentenza C.giust.CE del 9 luglio 1992, causa C-2/90, *Commissione* c. *Belgio*, in *Racc.*1992, p.4431.

[143] Sentenza C.giust.CE del 13 dicembre 1991, causa C-18/88, *Régie des Télégraphe et des Téléphone* c. *GB-Inno-BM SA*, in *Racc.*1991, p. I-5941.

[144] Sentenza C.giust.CE dell'11 luglio1985, cause riunite 60/84 e 61/84, *Cinethèque SA e altri* c. *Fédération nationale cinema français*, in *Racc.*1985, p.2605.

sottoposte dagli Stati membri, avendo piuttosto fatto rifermino alla censura delle misure nazionali in punto di congruità dei mezzi adottati per perseguirle oppure di riconducibilità delle ipotesi concrete all'interesse rappresentato[145].

Una esigenza imperativa può, dunque, giustificare una misura nazionale astrattamente idonea a determinare un ostacolo alle importazioni di merci provenienti da altri Stati membri, purché rispetti condizioni di proporzionalità simili a quelle che accompagnano i motivi enunciati nell'art.30 TCE.

La giurisprudenza della Corte di Giustizia è del tutto coerente rispetto a tale ricostruzione. Questa è riassunta nella sentenza *Pall*[146] del 1990, con riferimento al divieto di commercializzazione in Germania di filtri per il sangue, provenienti dall'Italia, sui quali era apposto un marchio seguito dal simbolo ®.

Richiesto di inibire la commercializzazione di questi apparecchi in violazione del divieto di pubblicità ingannevole, il *Landgericht* di Monaco rinviava alla Corte la questione se detto divieto potesse costituire una misura di effetto equivalente ad una restrizione all'importazione.

La sentenza riprende i principi affermati in sede di interpretazione dell'art.30, affermando che le restrizioni alla libera circolazione, derivanti dalle disparità di legislazioni degli Stati membri, "*possono giustificarsi in quanto necessarie per soddisfare le esigenze tassative inerenti tra l'altro alla tutela dei consumatori o alla correttezza delle operazioni commerciali. Ma per poter*

[145] Cfr. S. NICOLIN, *Il mutuo riconoscimento tra mercato interno e sussidiarietà*, Cedam, Padova, 2007.

[146] Sentenza C.giust.CE del 13 dicembre 1990, causa C-238/89, *Pall Corp.* c. *P.J. Dahlhausen & Co.*, in *Racc.*1990, p. I-4827.

venire tollerate, è necessario che dette disposizioni siano proporzionate alla finalità perseguita e che lo stesso obiettivo non possa essere perseguito con provvedimenti che intralciano in minor misura gli scambi commerciali".

2.5 Restrizioni quantitative e misura di effetto equivalente: il concetto di equivalenza

Come visto, il principio del mutuo riconoscimento è limitato dall'esistenza di esigenze imperative o di motivi di interesse generale *ex* art. 30 TCE, i quali, a loro volta, per consentire l'applicazione della normativa dello Stato di destinazione ad prodotto importato da un altro Stato membro, devono superare il *test* di proporzionalità sopra richiamato.

In particolare, alla luce dell'interpretazione fornita dal Giudice comunitario in tema di circolazione delle merci – e segnatamente, in tema di controllo di proporzionalità della misura dello Stato di destinazione – emerge un dato che merita, ai fini della nostra analisi, un attento approfondimento: ci si riferisce al concetto di *equivalenza*, utilizzato dalla Corte di Giustizia per stabilire se la misura dello Stato di destinazione rappresenti o meno una restrizione vietata all'importazione.

Nell'ambito di tale indagine, la Corte non si limita, infatti, a riscontrare se la misura in questione risponda ad una esigenza imperativa o ad un interesse ricompreso nel novero di cui all'art.30 del Trattato bensì compie un passo ulteriore, laddove *compara le normative dello Stato di esportazione e dello Stato di importazione*.

Lo scopo di tale raffronto è quello di verificare se la normativa dello Stato di origine sia equivalente – dal punto di vista di grado di tutela dell'interesse generale o

dell'esigenza imperativa in gioco – a quello dello Stato membro di destinazione; con la conseguenza che, in ipotesi di ritenuta equivalenza, la restrizione – ossia l'applicazione della normativa dello Stato di destinazione – è da considerarsi sproporzionata e, dunque, vietata.

Questo ulteriore passaggio (non contenuto nella sentenza *Cassis de Dijon*) è stato per la prima volta sviluppato nella sentenza *Fietje*[147], ove è stata affrontata la questione di una normativa olandese concernete l'etichettatura dei prodotti, giustificata dal governo dei Paesi Bassi per motivi di tutela dei consumatori.

In tale caso, la Corte ha ritenuto la misura in questione illecita sulla base del rilievo che non sussisteva la necessità dell'apposizione – anche sui prodotti importati – dell'etichettatura prevista dalla normativa olandese, in quanto le indicazioni che si trovavano sull'etichetta originale avevano un contenuto informativo *equivalente* a quello della denominazione originariamente prescritta dallo Stato membro di origine.

Il concetto di equivalenza poggia, dunque, su una attività di confronto, ove il *principium comparationis* è dato dalla normativa dello Stato di destinazione.

Secondo il costante orientamento della giurisprudenza della Corte di Giustizia, è a tale ordinamento che, in assenza di armonizzazione, spetta, in via di principio, determinare il livello di tutela di obiettivi, quali la salute o la protezione dei consumatori e, quindi, dettare norme per la loro tutela applicabili anche alle merci importate da altri Stati membri.

[147] Sentenza C.giust.CE del 16 dicembre 1980, causa 27/80, *Anton Adriaan Fietje*, in *Racc.* 1980, p.3839

Ciò nonostante, gli Stati membri non sono del tutto liberi nella determinazione di tale livello; infatti, la fissazione di un livello di protezione eccessivamente alto costituisce, secondo il Giudice comunitario, un illecito ostacolo alla circolazione delle merci, contrario al principio di proporzionalità.

La determinazione del livello di protezione è solo il primo momento del ragionamento della Corte; il passaggio successivo consiste nell'individuare il grado di equivalenza che lo Stato di importazione può esigere, nei requisiti posti dalla normativa dello Stato di origine, per poi riconoscersi tenuto ad ammettere la circolazione di merci non conformi alle sue prescrizioni.

L'approccio della Corte a tale questione è modulato in relazione al tipo di esigenza che viene di volta in volta in rilievo. Quando si tratta di regolamentazioni dettate per la tutela della salute, della sicurezza pubblica e dell'ambiente, si ritiene necessaria una equivalenza "stretta" per modo che la legislazione del paese di origine deve assicurare esattamente lo stesso livello di protezione fissato dal paese di destinazione[148].

In queste ipotesi, tuttavia, la Corte ritiene che il divieto di importazione debba essere adottato nel quadro di una procedura di garanzia[149], la cui assenza costituisce di per

[148] È il caso delle normative che vietano l'impiego di additivi alimentari o la presenza di residui di antiparassitari o che fissano criteri microbiologici: in relazione a tali normative, lo Stato può vietare l'importazione nel suo territorio di merci che non rispettino puntualmente tali requisiti, anche se lecitamente prodotte e poste in commercio in un altro Stato membro.

[149] Cfr. *Comunicazione interpretativa della Commissione – Agevolare l'accesso di prodotti al mercato di un altro Stato membro: applicazione pratica del mutuo riconoscimento*, (2003/C 265/02). La Comunicazione *de qua "spiega come lo Stato membro*

sé violazione delle norme comunitarie. Ciò comporta che, nel caso di un prodotto autorizzato alla messa in commercio nello Stato membro di produzione ma vietato nello Stato membro di importazione, le autorità di quest'ultimo, per valutare i rischi che un prodotto può presentare per la salute pubblica, prevedano una apposita procedura di autorizzazione che deve presentare alcune garanzie sia formali sia sostanziali e che l'eventuale diniego di autorizzazione possa essere impugnato avanti l'autorità giudiziaria.

In altri casi, l'equivalenza viene valutata dalla Corte con il ricorso al concetto di *perfomance standard*, il quale impone allo Stato membro di destinazione di verificare se le caratteristiche del prodotto che deve essere importato, al

---

di destinazione di un prodotto deve consentire l'immissione sul proprio mercato di un prodotto legalmente fabbricato e/o commercializzato in un altro Stato membro o in Turchia o legalmente fabbricato in uno Stato firmatario dell'EFTA, parte contraente dell'accordo sullo Spazio economico europeo, purché esso garantisca un livello equivalente di protezione dei diversi interessi legittimi coinvolti". Prosegue: *"Il riconoscimento reciproco non viene sempre applicato automaticamente: esso può essere condizionato dal diritto di scrutinio dello Stato membro di destinazione sull'equivalenza tra il grado di protezione garantito dal prodotto in esame e quello garantito dalle norme nazionali. Quando lo Stato membro di destinazione esercita il diritto di scrutinio, può utilizzare gli strumenti pratici proposti dalla presente comunicazione per esaminare l'equivalenza del livello di protezione. Tali strumenti definiscono le condizioni imposte al diritto di scrutinio per poterlo combinare correttamente con il diritto fondamentale della libera circolazione delle merci"*. In particolare, la Comunicazione individua le seguenti tappe nelle quali deve articolarsi l'esercizio del diritto di scrutinio da parte dello Stato di destinazione: 1) raccogliere le informazioni necessarie; 2) verificare l'equivalenza dei livelli di protezione; 3) risultati della valutazione e loro comunicazione al richiedente.

di là delle caratteristiche puntuali che vengano da questo richiesti, siano in grado di garantire comunque la tutela dell'interesse primario coinvolto.

Tale meccanismo viene utilizzato con grande cautela dal Giudice comunitario così come emerge dalla già menzionata sentenza sulle *macchine per la lavorazione del legno*[150], nell'ambito della quale si è discusso in merito alla conformità al Trattato delle norme francesi sulla sicurezza delle macchine per la lavorazione del legno, che prevedevano una serie di attestati ed omologazioni come condizioni necessarie per la loro immissione sul mercato.

La Commissione riteneva tale normativa contraria ai principi in tema di circolazione delle merci, in quanto non avrebbe tenuto conto di come le prescrizioni di altri Stati membri, pur ispirate da una concezione diversa, offrissero una protezione equivalente. In particolare, la Commissione sosteneva che, sulla base delle statistiche relative agli incidenti, le macchine costruite secondo la normativa tedesca offrivano la stessa garanzia di sicurezza della normativa francese.

Secondo tale impostazione, le due normative dovevano, dunque, reputarsi equivalenti atteso che le macchine costruite secondo le rispettive concezioni determinavano una percentuale analoga di incidenti.

La Corte ha, tuttavia, escluso la correttezza di tale ricostruzione, rilevando come la stessa non tenesse in debito conto un importante elemento, ossia il fatto che in Germania l'utilizzo di tali macchine avveniva in un contesto in cui aveva luogo una formazione professionale approfondita e continua degli addetti.

---

[150] Sentenza C.giust.CE del 17 dicembre 1986, causa 188/84, *Commissione* c. *Francia*, in *Racc.* 1986, p.419.

Nulla ha permesso di concludere che l'utilizzo in Francia, da parte di addetti poco esperti, delle macchine costruite secondo la concezione tedesca fosse altrettanto sicura di quanto avviene in Germania.

La sentenza *de qua* consente due rilievi.

Il primo attiene alla tecnica utilizzata dalla Corte per verificare se sussiste equivalenza normativa: i giudici hanno, infatti, apprezzato astrattamente gli effetti della legislazione dello Stato di origine nell'ambiente socio-economico dello Stato di destinazione.

Il secondo rilievo risiede nel fatto che, qualora vi sia in gioco la tutela di interessi primari e le normative a confronto si fondino su principi divergenti, non sussiste equivalenza tra queste. In tal caso, lo Stato di importazione può di conseguenza imporre il rispetto delle proprie normative.

Ove siano, invece, coinvolte altre esigenze, pur legittime (come, a mero titolo esemplificativo, la tutela di interessi economico-commerciali dei consumatori e delle imprese concorrenti), il grado di equivalenza richiesto dalla Corte è meno stringente, essendo sufficiente il livello di tutela assicurato dallo Stato di origine anche se, per ipotesi, inferiore a quello assicurato dallo Stato di importazione[151].

[151] Appare decisiva, in tal senso, la costante giurisprudenza della Corte di Giustizia in tema di prodotti alimentari. Secondo tale orientamento, l'immissione sul mercato di merci importate da altro Stato membro, nel quale esse siano legalmente commercializzate, in linea di massima non può essere proibita per motivi concernenti la difesa dei consumatori o la correttezza delle operazioni commerciali, se tali prodotti sono provvisti di una etichettatura adeguata per quanto riguarda la loro natura e le loro caratteristiche.

2.6 Rilievi conclusivi

2.6.1 La portata del principio di equivalenza

Come si è dettagliatamente analizzato nei precedenti paragrafi, la giurisprudenza della Corte di Giustizia ha configurato un vero e proprio diritto di accesso al mercato, in tutto lo spazio europeo, per tutte le merci legalmente prodotte in ciascun Stato membro, secondo le regole proprie dello Stato di origine.

Ai fini della piena realizzazione della libertà di circolazione delle merci, sono stati, in particolare, individuati due passaggi fondamentali.

Il primo rilevante passaggio è il riferimento allo Stato di origine. Il diritto di accesso al mercato è riferito alle merci legalmente prodotte nello Stato di origine: la disciplina nazionale è in grado di determinare i requisiti obbligatori per la produzione delle merci nazionali.

La valenza di tali requisiti coincideva, quando non esisteva il mercato europeo, con il territorio dello Stato ed operava nei confronti di qualsiasi prodotto – nazionale o straniero – che dovesse accedere al mercato nazionale. La disciplina nazionale poteva, così, determinare il trattamento dei prodotti ai fini dell'accesso al mercato, eventualmente anche distinguendo fra il trattamento riservato ai prodotti nazionali ed il trattamento riservato ai prodotti stranieri.

L'attuazione e l'applicazione delle regole proprie del mercato interno hanno modificato in profondità il ruolo e la valenza della disciplina nazionale. È stata esclusa, in primo luogo, la possibilità di riservare trattamenti diversi ai prodotti nazionali rispetto alle merci prodotte in altri Stati membri per l'evidente natura discriminatoria di tale

differenza di trattamento. Si è fatta, in tal modo, applicazione del principio di non discriminazione, il quale richiede di ignorare ai fini della determinazione della disciplina applicabile, l'origine della merce, purché essa sia prodotta in uno Stato membro.

Questo passaggio è risultato, tuttavia, insufficiente a garantire a tutte le merci lo stesso trattamento sul mercato europeo nel suo complesso. In particolare, il richiamo al principio di discriminazione era utile al fine di porre tutte le merci nella stessa posizione rispetto a ciascun mercato nazionale, ma non sufficiente a garantire la sussunzione dei mercati nazionali in un mercato europeo, all'interno del quale fossero rimossi gli ostacoli al commercio tra gli Stati.

Esaurire la portata della libertà di circolazione nel principio del trattamento nazionale non sarebbe stato sufficiente a "*realizzare la fusione dei mercati nazionali in un mercato unico che abbia le caratteristiche di un mercato interno*"[152]. In forza del solo principio del trattamento nazionale o dello Stato di destinazione, non era, infatti, possibile eliminare il rischio che il mercato comune, anche una volta depurato dalle misure nazionali discriminatorie, risultasse alla fine ripartito, compartimentato, in tanti regimi territoriali, quanti quelli degli Stati membri.

Il secondo passaggio fondamentale per realizzare a pieno la libertà di circolazione di circolazione delle merci è stato, quindi, quello di legare il diritto di accesso al mercato ad una, ed una sola, disciplina del processo di produzione: la disciplina del mercato di origine.

---

[152] Sentenza C.giust.CE del 5 maggio 1982, causa 15/81, *Gaston Schul c. Inspecteur der Invoerrechten*, in *Racc.* 1982, p.1409.

Il diritto di accesso a tutto il mercato europeo è venuto, quindi, a dipendere dal rispetto dei requisiti posti nel paese di origine della merce, divenendo nei confronti di tale diritto inoperanti le regole del paese di destinazione ed i relativi diversi requisiti.

Si è così passati dall'applicazione del principio di non discriminazione all'applicazione del principio di equivalenza[153].

Le discipline nazionali relative ai processi di produzione non vengono armonizzate ma vengono considerate equivalenti, per modo che possono coesistere, senza reciprocamente annullarsi, nello spazio giuridico europeo.

L'ambito coperto dalla disciplina nazionale viene, in tal modo, a mutare lungo due diverse direzioni. Esso si estende oltre i confini del territorio nazionale e coincide con i fini del mercato interno europeo ma, allo stesso tempo, non comprende più le merci che accedono al mercato nazionale in virtù della propria disciplina d'origine.

Viene a cadere la coincidenza piena e permanente tra mercato nazionale e disciplina nazionale, sia perché all'interno del mercato nazionale circolano liberamente merci che incorporano – quanto a regole di produzione o a criteri di composizione – discipline di altri ordinamenti nazionali sia perché ciascuna disciplina nazionale è, appunto, incorporata nella merce nazionale e circola, quindi, insieme ad essa, fuori e oltre l'ordinamento di origine.

In tal modo, l'affermazione del principio di libertà di circolazione delle merci non comporta necessariamente la

[153] Cfr. L. TORCHIA, *Il governo delle differenze. Il principio di equivalenza dell'ordinamento europeo*, Il Mulino, 2006.

sostituzione delle disparità fra le legislazioni nazionali con una disciplina europea uniforme, imponendo, piuttosto, di valutare quelle disparità alla luce del divieto di creare ostacoli al commercio europeo e di porre restrizioni quantitative o misure equivalenti alle importazioni ed alle esportazioni.

Ne consegue che le disparità fra legislazioni in tanto possono assumere valenza giuridica nell'ordinamento europeo in quanto siano compatibili con il diritto europeo stesso[154], nel senso che siano fondate su una causa

[154] Cfr. Secondo MacCormick, all'interno dell'ordinamento europeo esisterebbe una *regola di riconoscimento* articolata per cui ogni ordinamento riconosce la validità dell'altro. Alla gerarchia subentra la mutua compatibilità. L'architettura dell'Unione europea non è governata dal principio della divisione dei poteri e del riparto delle competenze, ma dal principio dell'equilibrio istituzionale. Ciò consentirebbe una concezione essenzialmente pluralista dell'ordinamento giuridico: distinti ordinamenti possono coesistere senza che ognuno di essi neghi l'indipendenza e la natura normativa dell'altro. Cfr. N. MACCORMICK, *La sovranità in discussione. Diritto, stato e nazione nel Commonwealth europeo*, Il Mulino, Bologna, 2003. In merito, Viola ha osservato come questa tesi di MacCormick possa voler dire ben poco o troppo: ben poco qualora si trattasse puramente e semplicemente di riconoscere la legittimità dell'altro ordinamento, cosa che già avviene nel diritto internazionale, e troppo qualora la normativa dell'altro ordinamento fosse con quest'atto di riconoscimento incorporata sullo stesso piano di quella interna. Evidentemente si dovrebbe trattare non già di una mera coesistenza degli ordinamenti e neppure di una loro fusione ma di un reciproco riconoscimento supportato da due fattori congiunti: comuni principi di civiltà giuridica e comuni finalità sul piano economico, sociale e politico. Si può dire che il diritto comunitario indichi quali sono gi ordinamenti giuridici che mutuamente si riconoscono e che questo riconoscimento deve essere inteso come il riconoscimento valoriale dell'equivalenza dei differenti regimi giuridici. Cfr. F. VIOLA, *Il*

giustificatrice individuabile nella normativa primaria, come interpretata dalla Corte di Giustizia[155].

Peraltro, una eventuale valutazione di incompatibilità fra la disciplina nazionale ed il diritto europeo non comporta l'eliminazione della regola incompatibile ma piuttosto la neutralizzazione dei suoi effetti per quanto riguarda l'accesso al mercato nazionale delle merci provenienti da altri Stati membri.

Le disparità fra legislazioni nazionali non sono, quindi, di per sé vietate o da eliminare ma rilevano ai fini della libertà di circolazione solo in quanto abbiano l'effetto di ostacolare il commercio intracomunitario o di produrre restrizioni di qualsiasi natura alle importazioni ed alle esportazioni.

Tale aspetto è fondamentale laddove si consideri che la neutralizzazione della specifica regola nazionale giudicata incompatibile con la libertà di circolazione delle merci non avviene mediante la sua rimozione e l'applicazione di una regola europea bensì mediante l'applicazione della regola

---

diritto come scelta, in *La competizione tra ordinamenti giuridici – Mutuo riconoscimento e scelta della norma più favorevole nello spazio giuridico europeo* (a cura di) A. PLAIA, Giuffré, Milano, 2007.

[155] La maggior parte delle decisioni della Corte riproduce, infatti, lo stesso schema argomentativo: a) si accerta che la fattispecie non sia disciplinata da una norma comune; b) si dichiara, quindi, che la competenza a porre la regola spetta allo Stato membro; c) si valuta la capacità della regola nazionale di operare come un ostacolo alla circolazione; d) in caso di risposta positiva, si verifica la sussistenza di una fra le cause di giustificazione previste, in assenza della quale la regola nazionale ricade nel divieto di restrizioni quantitative o misure equivalenti.

nazionale equivalente dello Stato nel quale la merce è stata prodotta[156].

Secondo questa impostazione, le regole nazionali non vengono, dunque, sostituite da una disciplina uniforme ma, allo stesso tempo, non si consente il contemporaneo operare di due o più regole nazionali in relazione alla produzione delle merci, essendo la stessa regolata esclusivamente dalle norme dello Stato di origine, dalla conformità delle quali scaturisce il diritto all'accesso al mercato interno nel suo complesso.

L'assunzione di base che regge l'orientamento giurisprudenziale sviluppatosi in tema di libera

[156] Cfr. F.VIOLA, *Il diritto come scelta*, in *La competizione tra ordinamenti giuridici – Mutuo riconoscimento e scelta della norma più favorevole nello spazio giuridico europeo* (a cura di) A. PLAIA, Giuffré, Milano, 2007, laddove afferma come il principio di equivalenza ammetta un pluralità di regole in ordine alla stessa materia e, quindi, effetti giuridici equivalenti ai fini della compatibilità con il diritto europeo. Ciò significa che la *ratio* del giudizio di equivalenza non è quella dell'uniformazione degli ordinamenti, bensì solo quella della loro coordinazione in relazione al raggiungimento di un fine specifico di rilevanza comunitaria, una coordinazione che fa salva nei limiti del possibile l'identità e l'autonomia dei singoli ordinamenti. Anche se questo principio riguarda norme e materie specifiche e non già gli ordinamenti nel loro complesso, tuttavia il suo necessario presupposto è quello della compatibilità legale e valoriale dei sistemi giuridici che confluiscono nell'Unione europea. Questo presupposto non può basarsi unicamente sulla volontà di cooperare in certi ambiti (la qualcosa non distinguerebbe l'Unione europea da un accordo di cooperazione a livello internazionalistico) ma deve riposare su qualche elemento di carattere sostanziale sia esso poggiante su aspetti legati all'evoluzione storica degli ordinamenti interessati sia esso riconducibile ad un patrimonio costituzionale comune e a condivisi principi di diritto e di civiltà giuridica, primo fra tutti il *rule of law*.

circolazione delle merci può essere così sintetizzata: l'equivalenza fra le garanzie prestate dalla disciplina di origine e le garanzie prestate dalla disciplina di destinazione è presunta. Poiché esiste il divieto di ostacoli, restrizioni o misure equivalenti al commercio intracomunitario, si suppone che le discipline nazionali siano conformi a tale divieto, per modo che si suppone l'equivalenza delle legislazioni nazionali al fine della circolazione delle merci. L'esistenza di disparità che fungono da ostacolo, senza fondarsi sulle giustificazioni previste, viola il principio di equivalenza, posto a garanzia del produttore, che altrimenti dovrebbe sottoporsi a tante regole diverse, ed il principio di proporzionalità, che vale per il complesso dei poteri comunitari ed esclude la possibilità di regolazione doppia o addirittura multipla di una stessa fattispecie.

Proprio qui risiede la caratteristica originale e tipica del principio di equivalenza: l'applicazione del principio comporta, infatti, il mantenimento delle diverse discipline nazionali, senza che da questa pluralità di norme poste sullo stesso piano derivi la concorrenza fra di esse, ma, invece, la neutralizzazione delle norme dello Stato di destinazione a favore delle norme dello Stato di origine.

Non si verifica, quindi, l'effetto giuridico tipico della concorrenza fra ordinamenti – il conflitto fra norme concorrenti e, contestualmente, la determinazione delle regole o dell'autorità deputate alla soluzione del conflitto – atteso che la disciplina di origine e la disciplina di destinazione vengono giudicate per la loro compatibilità con la norma primaria che disciplina il commercio intracomunitario. L'eventuale confronto non è relativo a due diverse discipline nazionali, che non entrano mai in concorrenza tra loro, in quanto la competenza (inderogabile) di ciascuna è relativa alla disciplina della

produzione delle merci nazionali e tale disciplina ha valenza estesa all'interno del territorio europeo.

L'applicazione del principio di equivalenza non porta, quindi, alla concorrenza fra norme nazionali, ma, al contrario, impedisce la regolazione doppia o multipla del processo di produzione delle merci, attribuendo competenza esclusiva in materia allo Stato di origine.

Si è visto, sinora, come in assenza di armonizzazione totale, il rapporto fra le discipline nazionali sulle merci ed i principi costituzionali di non discriminazione e di libertà di circolazione sia governato dal principio di equivalenza, che consente per un verso di individuare (o più esattamente, per quanto riguarda le merci, di presumere) i caratteri equivalenti delle discipline nazionali e, per l'altro verso, di classificare gli effetti delle stesse discipline nazionali lungo una scala di compatibilità con le situazioni soggettive garantite ai privati nell'ordinamento europeo.

Dalla presunzione di equivalenza delle discipline nazionali deriva un obbligo automatico, ma non incondizionato, di mutuo riconoscimento in capo allo Stato di destinazione. Il mutuo riconoscimento è il principale strumento operativo mediante il quale trova attuazione il principio di equivalenza e può assumere, nelle diverse fattispecie concrete, diversa configurazione sul piano applicativo, pur mantenendo i seguenti caratteri generali.

Il mutuo riconoscimento regola, innanzitutto, i rapporti tra discipline nazionali indipendentemente da una concreta espressione di volontà degli Stati coinvolti: si tratta, quindi, di una tecnica di attuazione tendenzialmente automatica, non disponibile per lo Stato di destinazione nel quale la merce viene messa sul mercato. Non è, infatti, possibile di norma, opporre alla merce legalmente prodotta in uno Stato membro la diversa regola vigente nello Stato di destinazione, a meno che tale diversa regola vigente

nello Stato di destinazione non sia giustificata da ragioni imperative, al ricorrere delle quali il Trattato espressamente collega una limitazione del divieto di ostacoli al commercio intracomunitario e, conseguentemente, del diritto di libera circolazione delle merci.

In virtù del mutuo riconoscimento, in secondo luogo, ciascuna disciplina nazionale sulla produzione delle merci opera anche nello Stato di destinazione della merce, senza che vi sia bisogno di un espresso atto di riconoscimento.

Il mutuo riconoscimento consente, quindi, di prescindere dalle disparità fra le discipline nazionali, sulla base della loro equivalenza ai fini dei divieti e degli obblighi posti con il Trattato. Le disparità fra le legislazioni nazionali non possono tradursi in ostacolo al commercio intracomunitario, a meno che non si dimostri la necessità della regola differente e, di conseguenza, la legittimità dell'ostacolo che ne deriva.

L'onere della prova è, dunque, a carico dello Stato di destinazione e richiede, per essere assolto, che siano dimostrate l'esistenza di una ragione imperativa di tutela dell'interesse pubblico, la necessità della regola nazionale volta a tutelare lo stesso interesse pubblico, la proporzionalità dei mezzi utilizzati per realizzare la tutela.

Si tratta di tre condizioni cumulative e non alternative, strettamente interdipendenti, che hanno il duplice effetto di legittimare la disciplina nazionale e di circoscrivere il suo ambito.

L'esistenza di una ragione imperativa di tutela dell'interesse pubblico non è, infatti, da sola, sufficiente a giustificare la disciplina nazionale posta in deroga al divieto di ostacolare il commercio intracomunitario, ma costituisce la base giuridica per la possibilità di derogare al divieto stesso. La natura e la portata della deroga devono

rispondere anche ai criteri di necessità e proporzionalità per modo che l'ostacolo posto al commercio intracomunitario sarà legittimo solo ove si riesca a dimostrare che la tutela dell'interesse pubblico non poteva essere assicurata senza imporre un trattamento differenziato e che i meccanismi previsti per il perseguimento dell'obiettivo impongono il minor sacrificio possibile ai soggetti sottoposti alla disciplina nazionale.

In particolare, ove si possa presumere, o sia accertata, l'equivalenza fra le garanzie prestate dalla normativa di origine rispetto alle garanzie richieste dalla normativa di destinazione, la ragione imperativa è da considerarsi soddisfatta e, per definizione, una regola posta dallo Stato di destinazione violerebbe tanto il criterio di necessità quanto il principio di proporzionalità e si configurerebbe, quindi, come un ostacolo alla libera circolazione.

Vi sono casi, invece, nei quali l'equivalenza delle garanzie non può essere presunta o ne viene accertata l'insufficienza e, in questi casi, il trattamento nazionale differenziato diviene legittimo senza, però, assumere, sul piano giuridico, il carattere di norma derogatoria, perché il meccanismo di governo delle relazioni fra discipline nazionali rimane sempre basato, anche in questo caso, sul principio di equivalenza. A variare è solo la soluzione conseguente all'esito del giudizio di equivalenza rimesso agli Stati membri e, in caso di contenzioso, alla Corte di Giustizia o ai giudizi nazionali.

2.6.2 Il ravvicinamento delle legislazioni

L'analisi sin qui condotta ha illustrato come gli articoli 28 e 30 TCE siano in grado di assicurare tendenzialmente la circolazione, sul territorio di tutti gli Stati appartenenti alla Comunità, di un bene legalmente posto sul mercato da almeno uno di questi. Con un limite fondamentale: uno Stato membro può imporre che l'importazione di una merce sia subordinata al rispetto delle condizioni da esso Stato dettate per la tutela di interessi generali od esigenze imperative. Questo, nell'ipotesi in cui il rispetto delle regole previste nello Stato membro di origine non sia sufficiente a garantire detti interessi in misura equivalente a quella che è assicurata dalle regole vigenti nel paese di destinazione.

Quando si verifica tale eventualità, l'unità del mercato – sancita dall'art. 3 del Trattato CE – può essere assicurata solo attraverso l'azione delle istituzioni della Comunità, in particolare, mediante l'adozione di misure finalizzate al ravvicinamento degli ordinamenti degli Stati membri ed intese, appunto, ad eliminare i residui ostacoli alla circolazione delle merci.

Il ravvicinamento delle legislazioni viene, dunque, basato non su di un astratto postulato secondo il quale la creazione del mercato comune imporrebbe l'adozione di misure uniformi, bensì sulla necessità di superare (o quanto meno di agevolare il superamento) gli ostacoli alla libera circolazione derivanti da inconciliabili incompatibilità tra le diverse regole degli Stati membri.

In tale direzione, viene prevista, in numerose disposizioni, un azione di ravvicinamento delle legislazioni nazionali: in materia di diritto di stabilimento e servizi (art. 47 TCE), di imposte indirette (art. 93 TCE), di

politica agricola (art. 37 TCE) e, infine, in tema di politica sociale (art. 137 TCE) – nonché in materia di libera circolazione delle merci (artt. 94 e 95 TCE).

In merito, giova brevemente osservare come le tecniche di armonizzazione, che sono state di volta in volta utilizzate dalle istituzioni comunitarie, siano di diverse tipologie – e segnatamente: l'armonizzazione totale, quella parziale, quella minima, quella opzionale e quella per rinvio[157].

Come accennato nelle prime pagine del presente capitolo, l'impostazione iniziale della Commissione è stata quella di ricorrere a direttive di armonizzazione totale o completa, ove cioè le regole di origine comunitaria comportano la sostituzione di quelle nazionali in relazione al prodotto preso in considerazione. Tale forma di armonizzazione presenta due tratti caratterizzanti. Da un lato, solo i beni conformi alle prescrizioni comunitarie posso essere importati. Dall'altro lato, è proibita qualsiasi commercializzazione di prodotti non pienamente rispondenti ai requisiti posti di volta in volta dalla direttiva. Il metodo dell'armonizzazione totale è quello che meglio risponde all'idea di un mercato veramente unificato: esso sfocia, infatti, nella commercializzazione, in tutto il territorio comunitario, solo di prodotti rispondenti alle medesime regole. L'armonizzazione completa si trova alla base di un corpo normativo assai esteso (essendo, infatti, circa duecentocinquanta le direttive che seguono detto schema, assurto a regola fino ai primi anni ottanta).

---

[157] S. NICOLIN, *Il mutuo riconoscimento tra mercato interno e sussidiarietà*, Cedam, Padova, 2007.

Tale approccio presenta, tuttavia, taluni inconvenienti. Rileva tra questi la lunghezza dei tempi necessari per l'adozione della direttiva: la necessità di trovare un accordo su tutte le singole prescrizioni, anche di dettaglio, in relazione ad una data materia, comporta inevitabilmente un certo rallentamento dei negoziati. Rileva, poi, la rigidità del sistema: l'armonizzazione totale determina, infatti, la scomparsa di prodotti locali fabbricati secondo metodi tradizionali.

Alla luce dei limiti sopra evidenziati ed in corrispondenza con l'attuazione del *Programma di completamento del mercato interno* di cui al già citato Libro Bianco del 1985 della Commissione, si assiste così all'introduzione di tipologie di armonizzazione meno invasive rispetto alla cosiddetta armonizzazione totale.

È questo il caso, innanzitutto, dell'armonizzazione parziale, ove la direttiva si limita a disciplinare solo alcuni aspetti della materia che ne è oggetto. Esempio tipico di tale tipologia di armonizzazione è dato dalla direttiva 89/622/CEE concernente il ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri in materia di etichettatura di prodotti del tabacco. Pur uniformando, ai fini della libera circolazione delle sigarette, il tasso di catrame in esse ammissibile, tale direttiva lascia gli Stati membri liberi di fissare – al momento dell'importazione, della vendita e del consumo dei prodotti del tabacco – le prescrizioni che essi ritengono necessarie per assicurare la tutela della salute delle persone.

Per altro verso, rientra nella categoria delle direttive di armonizzazione parziale anche, ad esempio, la direttiva 75/106/CEE in tema di armonizzazione delle normative concernenti gli imballaggi preconfezionati di liquidi ad uso alimentare. Questa vieta agli Stati membri di ostacolare

l'immissione sul mercato di imballaggi di volume nominale ricompresso nei parametri indicati nell'allegato alla direttiva medesima. Il carattere parziale della direttiva consiste nel fatto che essa non prende in considerazione gli imballaggi di dimensioni non ricompresse nell'allegato.

L'armonizzazione parziale, poi, deve essere distinta dalla cd. armonizzazione minima, consistente nell'imposizione di regole cui si debbono conformare le legislazioni degli Stati membri in una data materia, ferma restando la libertà degli Stati di fissarne di più severe. L'armonizzazione minima, in linea di principio, non dà luogo alla coesistenza di regimi giuridici diversi all'interno dello Stato: sia i prodotti importati sia quelli nazionali devono sottostare alle regole eventualmente più rigide vigenti nel Paese in cui il prodotto viene messo in commercio. Siffatta tipologia è espressamente prevista dal Trattato in relazione ad alcuni specifici settori quali le condizioni di lavoro (art. 137 TCE), la protezione dei consumatori (art. 153 TCE) e dell'ambiente (at. 176 TCE).

Per quanto concerne, invece, le merci, comportando inevitabilmente degli ostacoli alla libera circolazione, l'armonizzazione minima viene raramente utilizzata. Maggior impiego nel settore delle merci ha avuto, invece, una ulteriore tipologia di armonizzazione, ossia armonizzazione opzionale. Questa, pur introducendo una regolamentazione comunitaria del settore preso in considerazione, permette nel contempo agli Stati membri di disciplinare la materia anche con disposizioni nazionali del tutto autonome. In linea generale, tale tecnica comporta che la scelta tra seguire le disposizioni nazionali e quelle armonizzate spetti all'operatore economico. Alternativamente, il singolo Stato membro, da un lato, può decidere di rendere vincolanti anche per i produttori nazionali le regole della direttiva, oppure imporre loro il

rispetto delle disposizioni nazionali, correlativamente vietando la realizzazione di prodotti non conformi a queste ultime, quand'anche conformi alle prescrizioni comunitarie.

Last but not least, fortemente utilizzata è stata la tecnica di armonizzazione cd. per rinvio, introdotta dalla Risoluzione del Consiglio del 7 maggio 1985.

Essa si basa su quattro principi fondamentali – e segnatamente:

- l'armonizzazione legislativa deve essere limitata all'approvazione, mediante direttive, dei requisiti essenziali di sicurezza ai quali devono rispondere i prodotti immessi sul mercato;
- il compito di elaborare le specifiche tecniche deve essere affidato dalla Commissione agli organi competenti per la normalizzazione industriale;
- tali specifiche tecniche non devono essere obbligatorie, bensì conservare il carattere di norme volontarie;
- infine, gli Stati membri sono tenuti a presumere la conformità dei prodotti fabbricati secondo le norme armonizzate ai requisiti essenziali fissati dalla direttiva.

In sostanza, le direttive adottate con tale tecnica di armonizzazione si limitano ad individuare le esigenze essenziali che devono essere soddisfatte in relazione ad una serie di prodotti che presentano un certo rischio (*performance standard*). L'individuazione delle specifiche tecniche che debbono essere approntate è affidata, quindi, agli organismi europei di normalizzazione chiamati ad

adottare le relative norme tecniche (*standardisation mandate*)[158].

Come emerge dalla citata Risoluzione del 1985, le "norme" non sono vincolanti. Si tratta di semplici specifiche tecniche che possono essere facoltativamente seguite dai produttori. La loro adozione produce, tuttavia, un effetto molto importante: i prodotti realizzati secondo le prescrizioni degli organismi di normalizzazione godono della presunzione di conformità agli obiettivi definiti dalle direttive. Nel caso in cui si attenga a criteri diversi da quelli indicati dalle norme, il produttore avrà, pertanto, l'onere di provare la conformità dei suoi prodotti alle esigenze essenziali fissate dalla direttiva applicabile.

Tanto brevemente riepilogato in tema di tipologia di opera di armonizzazione, occorre ora verificare se il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri sia un meccanismo di integrazione totalmente alternativo a quello del loro reciproco riconoscimento oppure se quest'ultimo venga ancora in rilievo e sotto quali profili.

Appare opportuno distinguere a seconda della tipologia di armonizzazione che viene in considerazione. Per quel che concerne l'armonizzazione totale, si è visto come essa comporti un livello di equivalenza normativa tendente all'uniformità delle disposizioni che negli Stati membri disciplinano un determinato prodotto. In tale situazione, se massima è la facilità di circolazione del bene conforme alle disposizioni nazionali adottate in attuazione di dette

[158] Gli organismi incaricati della normalizzazione a livello europeo sono essenzialmente tre: il CEN (Centro europeo di normalizzazione), il CENELEC (Centro europeo di normalizzazione elettronica) e l'ETSI (*European Telecomunications Standardisation Institute*).

direttive, minimo è lo spazio lasciato all'operare del reciproco riconoscimento.

È stata d'altra parte questa – per la evidente difficoltà di trovare un accordo tra gli Stati e tale da comportare l'abbandono di prodotti o di produzioni specifiche e tradizionali – la principale ragione del già rilevato superamento di tale tecnica di armonizzazione. Né questa tipologia è stata del tutto abbandonata, avendola la Commissione ritenuta giustificata nel caso di prodotti in relazione ai quali siano presenti esigenze di forte tutela di interessi primari, come ad esempio per quanto concerne i farmaci o i prodotti alimentari.

Diversi sono i termini della questione con riferimento alle altre forme di armonizzazione. Per quanto concerne, così, l'armonizzazione parziale, essendo questa caratterizzata dal fatto che il ravvicinamento delle legislazioni concerne solo una parte della materia, lasciando per il resto libero gioco al diritto nazionale, valgono le considerazioni svolte in merito alla tipologia delle direttive di armonizzazione totale: il prodotto conforme gode della cd. *free movement clause*, sì che lo Stato membro di importazione non può opporre una sua disciplina, eventualmente difforme sul punto dalle regole comunitarie, per limitarne la commercializzazione sul proprio territorio.

Per quel che riguarda le caratteristiche non coperte dalla clausola di libera circolazione, valgono i principi dettati dal Trattato. In tal senso, si è recentemente pronunciata la Corte di Giustizia nella sentenza *Rewet* del 12 ottobre 2000, laddove ha esplicitamente affermato l'applicazione dell'art. 30 TCE in quanto "*una diversa interpretazione potrebbe autorizzare nuovamente gli Stati a compartimentare i rispettivi mercati nazionali per quanto concerne i prodotti non contemplati dalle direttive*

comunitarie, in contrasto con l'obiettivo della libera circolazione delle merci perseguito dal Trattato"[159].

Considerazioni sostanzialmente analoghe valgono per le direttive opzionali, avendo tale tipologia la stessa portata ed efficacia di quelle di armonizzazione cd. parziale.

Per quanto concerne, invece, la tipologia dell'armonizzazione cd. minimale, la situazione è del tutto opposta, in quanto tale tecnica permette agli Stati membri di disciplinare, in maniera più rigorosa di quella individuata dalla direttiva, la commercializzazione di merci sul proprio territorio, siano esse di produzione nazionale o provenienti da un altro Stato membro. È consentito allora imporre il divieto (o altra limitazione) di importare merci rispettose del livello imposto dalla direttiva ma non del tutto conformi alla disciplina nazionale. Nella sentenza *Buet*[160], la Corte di Giustizia ha così affermato la possibilità di vagliare secondo i parametri dell'art. 30 TCE la liceità del divieto francese di vendita porta a porta di materiale didattico, sulla base della facoltà di adottare misure più rigorose conferita agli Stati membri dalla direttiva sulla vendita fuori dei locali commerciali. In altre parole, per i prodotti provenienti da un altro Stato membro, non conformi alle prescrizioni nazionali più stringenti eventualmente adottate nel contesto di una direttiva *minimum standard*, rimane aperta la possibilità di invocare comunque l'art. 28 TCE.

---

159 Sentenza C.giust.CE del 12 ottobre 2000, causa C-3/99, *Cidrerie Rewet SA c. Cidre Stassen SA e HP Bulmer Ltd*, in *Racc.* 2000.

160 Sentenza C.giust.CE del 16 maggio 1989, causa 382/87, *R. Buet e SARL Educational Business Services (EBS) c. Ministre Public*, in *Racc.* 1989, p.1235.

Un discorso a parte merita l'ultima delle tipologie di armonizzazione sopra armonizzate, ossia l'armonizzazione per rinvio, la quale presenta caratteri molto simili a quelli dell'armonizzazione totale. L'unica differenza risiede nel fatto che, nelle direttive di armonizzazione totale, il ravvicinamento delle legislazioni nazionali è contenuto nelle disposizioni stesse delle direttive, mentre, nelle direttive di cd. nuovo approccio, l'azione di armonizzazione è affidata agli organismi di normalizzazione.

I prodotti che godono della presunzione di conformità alle esigenze di sicurezza – e che possono sfruttare il valore aggiunto in termini di facilità di circolazione intracomunitaria determinato dall'essere intervenuta l'armonizzazione – sono dunque quelli realizzati secondo le norme uniformi dettate dagli organismi di normalizzazione.

In altri termini, in relazione ai prodotti "a norma", non vi è spazio per ragionare in termini di mutuo riconoscimento, essendoci, invece, in relazione ai prodotti non "a norma". A differenza delle prescrizioni contenute nelle disposizioni delle direttive di armonizzazione totale che sono imposte, le "norme" sono accettate dai destinatari su base volontaria. L'armonizzazione mediante rinvio, al contrario di quella totale, permette allora astrattamente la produzione di manufatti realizzati secondo criteri difformi da quelli posti dalle norme. Questi ultimi, se si prova che esse garantiscono in modo idoneo le esigenze essenziali individuate dalla direttiva rilevante, potranno circolare ed essere introdotti sui mercati degli Stati membri al pari di quelli conformi alle norme.

3. MUTUO RICONOSCIMENTO: LIBERA CIRCOLAZIONE DELLE PERSONE

3.1 Considerazioni introduttive

Il precedente capitolo è stato dedicato all'individuazione del mutuo riconoscimento, della sua estensione e dei suoi limiti quale tecnica utilizzata per assicurare la libera circolazione delle merci.

In tale ambito, si è potuto constatare l'emersione del principio secondo il quale uno Stato membro non può tendenzialmente impedire l'importazione sul proprio territorio di una merce che sia legalmente fabbricata o commercializzata in uno Stato membro, né può, a tal fine, addurre il mancato rispetto, relativamente al prodotto importato, della propria disciplina, anche se indistintamente applicabile.

Si tratta, ora, di verificare se ed in quali termini si possa individuare un analogo meccanismo in relazione alle altre libertà garantite dal Trattato. In particolare, l'attenzione sarà rivolta alla libera circolazione delle persone[161], quale principio fondamentale destinato a

[161] La libera circolazione delle persone viene riferita essenzialmente a due categorie di soggetti: 1) i lavoratori subordinati, ai quali l'art. 39 TCE attribuisce il diritto di rispondere ad offerte di lavoro effettive, di spostarsi liberamente a tale fine nel territorio degli Stati membri, di prendere dimora in uno degli Stati membri al fine di svolgervi una attività di lavoro e di rimanere sul territorio di uno Stato membro, dopo aver occupato un impiego; 2) i lavoratori autonomi, per i quali la libertà di circolazione si articola nelle due diverse modalità: a) diritto di stabilimenti, vale a dire la facoltà di esercitare la propria attività non salariata in un altro Stato membro attraverso l'insediamento di una propria sede; b) libera

garantire e soddisfare (sotto aspetti differenti e con diverse modalità) l'esigenza di rendere possibile ed agevolare per tutti i cittadini comunitari l'esercizio di una attività al di là dei confini nazionali.

In via preliminare, giova osservare come lo sviluppo della libertà di circolazione delle persone – nella sua accezione di libera circolazione dei servizi – abbia incontrato problemi ancora più complessi di quelli relativi alla libertà di circolazione delle merci, atteso che la prestazione di servizi viene disciplinata in quanto attività e non in quanto prodotto e di conseguenza si viene a creare una relazione stabile fra prestatore e destinatario, collocati in Stati membri diversi, che non sussiste invece per quanto riguarda l'importazione o l'esportazione delle merci[162].

---

prestazione dei servizi, espressione con la quale si intende la possibilità di prestare la propria opera in uno Stato membro diverso da quello dove è stabilito, senza per questo creare una sede stabile nello Stato della prestazione. Cfr. G TESAURO, *Diritto Comunitario*, Cedam, Padova, 2008.

[162] Cfr. Relazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento Europeo, Lo stato del mercato interno dei servizi: *"Mentre nel caso delle merci, sono quest'ultime ad essere esportate, nel caso della prestazione dei servizi, sono spesso il prestatore stesso, il suo personale, le sue attrezzature ed il suo materiale a dovere varcare i confini. Di conseguenza alcune fasi della prestazione di servizi (se non tutte) possono svolgersi nello Stato membro in cui vengono forniti i servizi e possono essere soggette a norme diverse da quello dello Stato membro d'origine del prestatore. Ne deriva, inoltre, che le difficoltà incontrate nelle singole fasi non possono essere considerate isolatamente e che occorre, invece, tener conto del loro impatto cumulativo"*. Nella Relazione sono individuate almeno sei fasi rilevanti: lo stabilimento, il trasferimento di personale o l'utilizzo delle attrezzature, la promozione dei servizi, la distribuzione dei servizi, la vendita dei servizi, la fase post-vendita. Un ostacolo incontrato per una qualsiasi delle fasi ha l'effetto di rendere la libera circolazione dei servizi più difficile ed

Il peso delle barriere e differenze nazionali è, quindi, allo stesso tempo, più forte e più difficile da eliminare o neutralizzare, perché esso incide non solo sull'accesso al mercato del prestatore ma anche sulle modalità di svolgimento della prestazione e sulla relazione con il destinatario della prestazione medesima.

Come si legge nell'ultimo rapporto della Commissione[163], le principali difficoltà nel completamento del mercato interno dei servizi non sono tanto connesse a diversità legislative bensì a diversità legate alle prassi ed alle procedure amministrative, con particolare riferimento al potere discrezionale dell'amministrazione, alla complessità di alcuni adempimenti formali ed alla ripartizione dei poteri di decisione in capo a molti soggetti diversi.

L'assetto complessivo della materia *de qua*, attesa la sua ampiezza, non può naturalmente essere esaminato in dettaglio, anche per la presenza di numerose discipline settoriali relative ad ambiti materiali assai vari. Tuttavia è possibile, anzi si rende necessario al fine di individuare il ricorrere di alcuni elementi strutturali e fondamentali che confermano la portata generale dei principi del mutuo riconoscimento e dell'equivalenza, svolgere una analisi che prenda in considerazione gli aspetti generali della disciplina primaria, come interpretata dalla Corte di Giustizia, ai quali la disciplina secondaria dà attuazione settore per settore, nonché gli strumenti e le tecniche di integrazione più diffusi e di più ampia portata.

---

il completamento del mercato interno risulta, quindi, per i servizi particolarmente difficile e richiede necessariamente un approccio globale.

[163] Relazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento Europeo, *Lo stato del mercato interno dei servizi*, 30 luglio 2002 COM (2002) 441.

3.2 Libera prestazione dei servizi

La disciplina primaria in materia di libera circolazione delle persone garantisce (tra l'altro) la libertà di stabilimento (art.43 TCE)[164] e la libertà di prestazione (art.49-50 TCE)[165] ed individua le possibili ragioni

[164] *Art. 43 TCE Nel quadro delle disposizioni che seguono, le restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro vengono vietate. Tale divieto si estende altresì alle restrizioni relative all'apertura di agenzie, succursali o filiali, da parte dei cittadini di uno Stato membro stabiliti sul territorio di un altro Stato membro. La libertà di stabilimento importa l'accesso alle attività non salariate e al loro esercizio, nonché la costituzione e la gestione di imprese e in particolare di società ai sensi dell'articolo 48, secondo comma, alle condizioni definite dalla legislazione del paese di stabilimento nei confronti dei propri cittadini, fatte salve le disposizioni del capo relativo ai capitali.*

[165] *Art. 49 TCE Nel quadro delle disposizioni seguenti, le restrizioni alla libera prestazione dei servizi all'interno della Comunità sono vietate nei confronti dei cittadini degli Stati membri stabiliti in un paese della Comunità che non sia quello del destinatario della prestazione. Il Consiglio, deliberando a maggioranza qualificata su proposta della Commissione, può estendere il beneficio delle disposizioni del presente capo ai prestatori di servizi, cittadini di un paese terzo e stabiliti all'interno della Comunità. Art. 50 TCE Ai sensi del presente trattato, sono considerate come servizi le prestazioni fornite normalmente dietro retribuzione, in quanto non siano regolate dalle disposizioni relative alla libera circolazione delle merci, dei capitali e delle persone. I servizi comprendono in particolare: attività di carattere industriale; attività di carattere commerciale; attività artigiane; attività delle libere professioni. Senza pregiudizio delle disposizioni del capo relativo al diritto di stabilimento, il prestatore può, per l'esecuzione della sua prestazione, esercitare, a titolo temporaneo, la sua attività nel*

giustificatrici di misure nazionali restrittive di tali libertà in motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica (artt.46-55 TCE), prescrivendo che le eventuali misure restrittive alla libera prestazione siano, in ogni caso, applicate senza alcuna distinzione basata sulla cittadinanza o sulla residenza (art.54 TCE).

A differenza dello stabilimento, che si traduce nel diritto dei cittadini di uno Stato membro di esercitare in modo continuo e permanente la propria attività in un altro Stato membro, la prestazione di servizi comporta l'esercizio solo temporaneo ed occasionale di una attività non salariata in un altro Stato membro.

Muovendo da tali premesse, la disciplina dei servizi prevista dal Trattato è piuttosto sintetica, nel senso che essa si limita a definire i principi essenziali della materia, affidando alla giurisprudenza ed alle istituzioni comunitarie il compito di emanare i provvedimenti necessari ad attuare o facilitare la realizzazione della liberalizzazione.

Come nel caso della libertà di circolazione delle merci, il punto di partenza del processo di integrazione risiede nella dichiarazione di applicabilità ed efficacia diretta delle norme del Trattato in materia di servizi[166], che ha

---

paese ove la prestazione è fornita, alle stesse condizioni imposte dal paese stesso ai propri cittadini.

[166] Per la prima volta, sentenza C.giust.CE, 3 dicembre 1974, causa C-33/74, *Johannes Henricus Maria Van Bisbergen* c. *Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid*, in *Racc.* 1974, p.1299. Tale pronuncia ha, in particolare, stabilito come l'(allora) art.59 del Trattato comportasse l'eliminazione di ogni discriminazione nei confronti del prestatore in ragione della sua nazionalità o del fatto che esso si trovasse stabilito in uno Stato membro diverso da quello nel quale la prestazione doveva essere fornita.

consentito di garantire i diritti connessi alla libertà di prestazione indipendentemente dall'adozione di norme comuni e di armonizzazione.

Tale garanzia è stata, peraltro, limitata in un primo periodo, al divieto di misure discriminatorie, mentre venivano considerate compatibili con il diritto comunitario le misure indistintamente applicabili ai prestatori nazionali ed ai prestatori provenienti da altro Stato membro, indipendentemente dagli effetti restrittivi. In questo primo periodo, la giurisprudenza comunitaria ha, infatti, utilizzato una sorta di presunzione della sussistenza delle ragioni di pubblico interesse, che portava ad escludere l'equivalenza fra le diverse misure nazionali e ad imputare l'onere della prova a carico del prestatore che volesse esercitare il diritto di stabilimento o di libera prestazione. Era così l'equivalenza a dovere essere verificata e provata e non la sussistenza delle ragioni giustificatrici della misura discriminatoria o restrittiva[167].

La libertà di circolazione dei servizi è stata, quindi, riconosciuta, all'inizio, in misura meno ampia rispetto alla libertà di circolazione delle merci, per la quale, come si è visto, la presunzione di equivalenza delle esigenze sottese alle normative nazionali si è affermata sin dagli anni settanta, con le decisioni *Dassonville* e *Cassis de Dijon*.

L'arretratezza del settore dei servizi rispetto a quello delle merci è stata rilevata anche nel Libro Bianco del 1985[168], ove si legge che i progressi nel settore dei servizi erano stati *"molto più lenti"*.

A partire dalla metà degli anni novanta, la libertà di circolazione dei servizi ha, però, conosciuto importanti

[167] Cfr. G. TESAURO, *Diritto Comunitario*, Cedam, Padova, 2008.
[168] Libro bianco della Commissione per il Consiglio europeo, *Il completamento del mercato interno*, Milano, 28-29 giugno 1985.

sviluppi grazie sia all'adozione di numerose discipline settoriali sia ad un orientamento progressivamente meno restrittivo, assunto quanto alle garanzie assicurate alla libertà di circolazione, dalla Corte di Giustizia.

Seguendo il nuovo approccio, si è proceduto ad armonizzare i requisiti essenziali in importanti settori, estendendosi per via normativa il ricorso alle tecniche di mutuo riconoscimento e di controllo dello Stato di origine che erano state introdotte per via giurisprudenziale nel settore delle merci[169].

La giurisprudenza, a sua volta, ha via via esteso l'applicabilità del divieto di misure restrittive oltre l'ambito delle misure discriminatorie a tutte le misure che, anche ove indistintamente applicabili, potessero avere un effetto restrittivo, ricorrendo anche per i servizi alla presunzione di equivalenza fra normative nazionali, salva la possibilità e l'onere per lo Stato membro di dimostrare la sussistenza di una causa giustificatrice della misura nazionale basata su di un interesse pubblico generale, individuato fra quelli espressamente indicati dal Trattato o articolati nella stessa giurisprudenza comunitaria[170].

Gli elementi costitutivi di questo mutato orientamento giurisprudenziale sono del tutto simili a quelli già esaminati con riferimento alla libertà di circolazione delle merci e sono individuabili principalmente nel riconoscimento della natura restrittiva – e quindi incompatibile con il Trattato – delle misure che

[169] S. NICOLIN, *Il mutuo riconoscimento tra mercato interno e sussidiarietà*, Cedam, Padova, 2007.

[170] Fra i motivi più ricorrenti si ritrovano la protezione del destinatario della prestazione, la protezione della proprietà intellettuale, la protezione sociale dei lavoratori, la protezione dei consumatori, al conservazione del patrimonio storico ed artistico nazionale, al coerenza del regime fiscale.

impongono al prestatore di servizi una doppia regolazione o che comunque limitano, in assenza di una ragione di interesse pubblico, il diritto di accesso al mercato.

Il cumulo, in capo allo stesso soggetto, di due o più diverse normative nazionali diventa, in tal modo, di per se stesso, indice di un ostacolo o di una restrizione alla libera circolazione[171], indipendentemente dalla natura discriminatoria delle misure nazionali[172], mentre il diritto di accesso al mercato viene utilizzato come *test* per valutare l'effetto restrittivo della misura nazionale, da considerarsi incompatibile con il diritto comunitario, a meno che si riesca a provare l'applicabilità di una ragione giustificatrice.

La svolta della Corte di Giustizia rispetto alle sue precedenti posizioni deve essere individuata nella sentenza *Säger* del 1991[173].

La vicenda concerneva una domanda di rinvio pregiudiziale proposta dall'*Oberlandesgericht* di Monaco, adito nell'ambito di un giudizio per concorrenza sleale promosso dal signor *Säger* nei confronti della società inglese *Dennemeyer & co. Ltd*, per avere questa esercitato in Germania attività di consulenza in materia di brevetti, pur non essendo in possesso dell'autorizzazione prescritta dalla legge tedesca. Il quesito del giudice *a quo* concerneva appunto la compatibilità, con le norme del

[171] Sentenza C.giust.CE, 25 luglio 1991, causa C-288/89, *Stichting*, in *Racc.* 1991; sentenza C.giust.CE 25 luglio 1991, causa C-353/89, *Netherlands*, in *Racc.* 1991.

[172] Sentenza C.giust.CE, 17 dicembre 1981, causa C-279/80, *Webb*, in *Racc.* 1981; sentenza C.giust.CE 25 luglio 1991, causa C-76/90, *Säger*, in *Racc.* 1991; sentenza C.giust.CE, 24 marzo 1994, causa C-275/92, *Schlinder*, in *Racc.* 1994.

[173] C.giust.CE, 24 marzo 1994, causa C-275/92, *Schlinder*, in *Racc.* 1994.

Trattato in tema di libera prestazioni di servizi, della legge tedesca che imponeva in ogni caso l'autorizzazione sopra citata per poter esercitare l'attività di consulente in materia brevettuale. Il punto della pronuncia che più rileva, per lo meno ai nostri fini, è quello in cui la Corte ha affermato che l'art.49 TCE prescrive "*non solo l'eliminazione di qualsiasi discriminazione nei confronti del prestatore di servizi a causa della sua nazionalità, ma anche la soppressione di qualsiasi restrizione, anche qualora essa applichi indistintamente ai prestatori nazionali ed a quelli degli altri Stati membri, allorché essa sia tale da vietare o da ostacolare in altro modo le attività del prestatore stabilito in un altro Stato membro ove fornisce legittimamente servizi analoghi*".

Il dato centrale ed innovativo contenuto nella sentenza *de qua* consiste nel far rientrare nella nozione di restrizione vietata anche quelle misure che siano indistintamente applicabili ma tali da ostacolare le attività di un prestatore stabilito in un altro Stato membro, ove tali attività siano da questi già legalmente esercitate.

Del tutto evidenti appaiono le analogie di tale affermazione con la soluzione adottata, relativamente alla circolazione delle merci, a partire dalla sentenza *Cassis de Dijon* in tema di misure di effetto equivalente.

In altri termini, con la pronuncia *Säger* si è superato il paradigma del trattamento nazionale quale contenuto che esaurisce la portata del diritto di libera prestazione dei servizi.

Questo rimane il contenuto minimo di tale diritto ma esso viene esplicitamente incrementato attribuendo al prestatore la possibilità di svolgere la sua attività in quanto già legittimamente posta in essere nello Stato membro di origine, anche in relazione a destinatari stabiliti in altri Stati membri. Né osta al godimento del diritto la

circostanza che gli ordinamenti di tali Stati prevedano, per l'esplicazione dell'attività in questione, condizioni diverse, a meno che, come vedremo, queste non siano imposte per *"motivi di interesse generale"* o per una delle ragioni individuate dall'art.46 TCE.

In tal modo, la Corte – seppure né la sentenza citata né le pronunce successive utilizzino l'espressione corrispondente – ha nella sostanza esteso il meccanismo del mutuo riconoscimento alla circolazione dei servizi.

L'evidente similarità rispetto alle soluzioni adottate in materia di libertà di circolazione delle merci è stata, peraltro, enfatizzata nel 1993 dalla Commissione in una comunicazione interpretativa[174], laddove ha sottolineato che non solo la diversità nelle regole nazionali sulle condizioni di prestazione di un servizio non può tradursi in un divieto di prestazione ma soprattutto che *"se il servizio in questione risponde in modo conveniente e soddisfacente all'obiettivo legittimo previsto dalla sua normativa (pubblica sicurezza, ordine pubblico,…), lo Stato membro importatore del servizio non può, per giustificare il divieto di esercizio di tale attività sul suo territorio, invocare il fatto che i mezzi utilizzati per raggiungere l'obiettivo sono diversi da quelli imposti ai prestatori nazionali o stabiliti in detto Stato"*.

La regola, enunciata nella sentenza del 1991 e, poi, avallata dalla Commissione nel 1993, è stata più volte ripresa dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, tanto che il mutuo riconoscimento è diventato ormai un principio consolidato relativamente all'interpretazione della portata del Trattato anche in tema di liberalizzazione della circolazione intracomunitaria dei servizi.

---

[174] Comunicazione interpretativa della Commissione concernente la libera prestazione dei servizi, in GUCE, C 334, 9 dicembre 1993.

Si è così giunti a seguire, per la libertà di prestazione, lo stesso schema già utilizzato per la libertà di circolazione delle merci: garanzia del diritto di accesso al mercato e divieto di duplicazione delle regole e degli adempimenti si basano sulla presunzione di equivalenza delle discipline nazionali regolatrici dell'attività e da tale presunzione si può prescindere solo ove lo Stato di destinazione riesca a dimostrare l'esistenza di una ragione di interesse pubblico che non possa essere soddisfatta dalle garanzie prestate con la disciplina di origine. Anche ove tale ragione sussista, la misura nazionale deve, peraltro, rispettare il principio di proporzionalità ed essere quindi adeguata ed idonea ad imporre il minimo sacrificio possibile.

La libertà di prestazione è, quindi, tutelata dalla presunzione di equivalenza delle discipline nazionali, che consente l'accesso al mercato alle condizioni previste dalla disciplina di origine, vietando l'imposizione di un doppio carico regolativo ed imponendo la proporzionalità delle eventuali misure differenziali ritenute compatibili con il Trattato.

3.3 Il diritto di stabilimento

Sviluppi simili a quelli sinora sommariamente riassunti per la libertà di prestazione si sono verificati, anche se in tempi più recenti, per la libertà di stabilimento, risultando anche qui abbandonato il principio del trattamento nazionale ed estesa l'applicazione delle norme del Trattato a tutte le misure restrittive, indipendentemente dalla natura discriminatoria.

A tale ultimo proposito, devono essere menzionate alcune pronunce in tema di titoli di studio che, seppure riconducibili ad ipotesi di discriminazioni indirette,

presentano indubbi profili di interesse con riferimento al mutuo riconoscimento.

Il riferimento corre, innanzitutto, alla sentenza *Vlassopoulou* del 1991[175], intervenuta a seguito di domanda di pronuncia pregiudiziale rivolta alla Corte di giustizia dal *Bundesgerichthof*, nell'ambito di un giudizio che vedeva contrapposti la signora *Irene Vlassopoulou* ed il *Ministero della Giustizia del Baden-Württemberg*. La controversia *de qua* concerneva l'impugnazione, da parte della signora *Vlassopoulou*, del rifiuto di iscriverla all'albo degli avvocati – nonostante la stessa esercitasse la professione di avvocato in Grecia ed avesse svolto per cinque anni l'attività di consulente legale in Germania presso uno studio legale – a causa del mancato superamento dei due esami di Stato previsti per l'ammissione della professione forense dalla disciplina tedesca.

La Corte, sebbene la pretesa della signora *Vlassopoulou* fosse stata avanzata in assenza di una direttiva relativa al mutuo riconoscimento dei diplomi, ha stabilito che "*spetta allo Stato membro, al quale sia presentata la domanda di autorizzazione all'esercizio di una professione il cui accesso è, secondo la normativa nazionale, subordinato al possesso di un diploma o di una qualifica professionale, prendere in considerazione i diplomi, i certificati e gli altri titoli che l'interessato ha acquisito ai fini dell'esercizio della medesima professione*

[175] C.giust.CE, 7 maggio 1991, causa C-340/89, *Irène Vlassopoulou* c. *Ministerium für Justiz, Bundes-und Europaangelegenheiten Baden-Württemberg*, in *Racc.* 1991, p.I-2357, i cui principi sono stati da ultimo riaffermati nella sentenza del 13 novembre 2003, causa C-313/01, *Christine Morgenbesser* c. *Consiglio dell'Ordine degli avvocati di Genova*, in *Racc.* 2003, p.I-3467.

in un altro Stato membro, procedendo ad un raffronto tra le competenze attestate da questi diplomi e le conoscenze e le qualifiche richieste dalle normative nazionali" (cfr. punto 16).

La sentenza della Corte non tocca, invero, la libertà dello Stato membro di stabilimento di fissare le condizioni di accesso e di esercizio relative ad una attività destinata a svolgersi stabilmente sul suo territorio – ed in questo senso rimane fedele al principio del trattamento nazionale – tuttavia individua l'esistenza del dovere di detto Stato di tenere in debito conto le qualifiche che l'interessato abbia conseguito nel proprio Stato di origine.

Sotto tale secondo profilo, la pronuncia *de qua* finisce con l'ammettere la rilevanza del principio del mutuo riconoscimento, il quale, in questo contesto, pur non assumendo una portata sostanziale (non vi è l'obbligo di considerare come equivalenti le qualifiche assunte nello Stato di origine), comporta l'obbligo per gli Stati membri di agire nel rispetto di determinate condizioni procedurali.

Questioni analoghe presentava il caso *Kraus*[176], concernente la questione della possibilità per un cittadino tedesco di avvalersi, nel proprio Stato, di un diploma post-universitario acquisito in un altro Stato membro, indipendentemente dall'autorizzazione in tal senso richiesta dalla legge tedesca in relazione all'utilizzo dei titoli universitari conseguiti all'estero. Nonostante il caso sottoposto ai giudici del Lussemburgo si prestasse ad una lettura in termini di discriminazione indiretta, la pronuncia della Corte innova rispetto alla propria precedente giurisprudenza, statuendo che l'art.43 TCE "*si oppone a*

[176] Sentenza C.giust.CE del 31 marzo 1993, causa C-19/92, *Kraus*, in *Racc.* 1993, pag. I-1663.

qualsiasi misura nazionale che, sebbene applicabile senza alcuna distinzione in base alla nazionalità, è suscettibile di ostacolare o rendere meno agevole, da parte dei cittadini comunitari, l'esercizio di libertà fondamentali garantite dal Trattato". In altre parole, la sentenza *Kraus* sembra allineare il contenuto del diritto di stabilimento a quello della libera prestazione dei servizi, i quali vengono entrambi ad essere incentrati sulla nozione di divieto di misure restrittive, anche se prive di profili discriminatori, da parte dello Stato membro di destinazione.

In tale occasione, dunque, la Corte ha affermato che:

- l'art. 43 TCE si oppone a qualsiasi misura nazionale relativa alle condizioni di utilizzazione di un titolo universitario complementare acquisito in un altro Stato membro, che, sebbene, applicabile senza alcuna distinzione in base alla nazionalità, è suscettibile di ostacolare o di rendere meno agevole, da parte dei cittadini comunitari, l'esercizio di libertà fondamentali garantite dal Trattato;
- ciò che è consentito solo nel caso in cui la misura nazionale in questione persegua uno scopo degno di tutela e sia giustificata da motivi di interesse generale;
- in tal caso, la normativa in questione deve essere applicata in misura non discriminatoria e comunque rilevarsi idonea a garantire la realizzazione dell'obiettivo perseguito e non deve andare al di là di quanto necessario per raggiungere l'obiettivo stesso.

Tale riformulazione del diritto di stabilimento è stata in seguito ripresa e sviluppata dalla Corte di Giustizia nella

sentenza *Gebhard*[177], intervenuta a seguito di domanda in via pregiudiziale promossa dal Consiglio Nazionale Forense.

La vicenda riguardava le sanzioni irrogate dal Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Milano nei confronti di *Rechtsanwalt Reinahrd Gebhard*, al quale era contestato di aver abusivamente esercitato stabilmente la professione di avvocato, pur non essendo in possesso del necessario titolo.

La Corte ha, innanzitutto, affrontato la questione se la condotta del signor *Gebhard* dovesse essere ricondotta al regime della libera prestazione di servizi o a quello dello stabilimento, ponendo a tal proposito alcune indicazioni di fondo sulla distinzione tra le due libertà, alle quali pare opportuno far cenno. In particolare, si legge in sentenza, si è in presenza di stabilimento quando un soggetto esercita in maniera stabile e continuativa, in un altro Stato membro, una attività professionale in cui offre i suoi servizi; viceversa, vi è prestazione di servizi qualora l'attività sia svolta nello Stato di destinazione in maniera temporanea; a tal ultimo proposito, occorre tenere presente non solamente la durata della prestazione ma pure la sua frequenza, periodicità e continuità. La temporaneità, precisa ancora la Corte, non viene meno se il prestatore si dota, nello Stato membro ospitante, dell'infrastruttura necessaria per il compimento della sua prestazione.

Appurato che, secondo i criteri appena menzionati, il signor *Gebhard* doveva ritenersi soggetto stabilito in Italia ai sensi del Trattato, la Corte passava ad enunciare, in via del tutto generale, la ricostruzione del contenuto del diritto

[177] Sentenza C.giust.CE del 30 novembre 1995, causa C-55/94, *Reinhard Gebhard c. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*, in *Racc.* 1995, p. I-4165.

di stabilimento, distinguendo due ipotesi. La prima è quella in cui l'accesso ad una attività specifica non è sottoposta, nello Stato membro ospitante, ad alcuna disciplina. In tal caso, *"il cittadino di un altro Stato membro ha il diritto di stabilirsi nel territorio del primo Stato e di esercitarvi tale attività"*. La seconda è quella in cui *"l'accesso a una attività specifica o il suo esercizio è subordinato nello Stato membro ospitante, a determinate condizioni"*; in questo caso *"il cittadino di un altro Stato membro che intenda esercitare tale attività deve, di regola, soddisfarle"*. Tuttavia, prosegue la Corte, *"i provvedimenti nazionali che possono ostacolare o scoraggiare l'esercizio delle libertà fondamentali garantite dal Trattato devono soddisfare quattro condizioni: essi devono applicarsi in modo non discriminatorio, essere giustificati da motivi imperiosi di interesse pubblico, essere idonei a garantire il conseguimento dello scopo perseguito e non andare oltre quanto necessario per il raggiungimento di questo. Del pari gli Stati membri hanno l'obbligo di tener conto dell'equivalenza dei diplomi e, se del caso, procedere ad un raffronto tra le qualifiche richieste dalle proprie norme nazionali e quelli dell'interessato"*.

Particolarmente significativa appare l'estrema ampiezza delle formule utilizzate nella sentenza *de qua* tanto da far prefigurare una ricostruzione in termini unitari non solo del contenuto delle libertà fondamentali garantite dal Trattato ma anche una unificazione dei limiti alla tendenziale sufficienza delle regole e dei provvedimenti dello Stato di origine a reggere anche la commercializzazione di beni o servizi nonché l'attività di persone in altri Stati membri.

La giurisprudenza del Giudice comunitario ha, dunque, fondato, in termini generali, il superamento del principio del trattamento nazionale sulla piena applicazione della

presunzione di equivalenza fra le condizioni di stabilimento determinate dalla disciplina di origine e le condizioni di stabilimento determinate nell'ordinamento di destinazione, con la consequenziale neutralizzazione della disciplina dello Stato di destinazione, salva la possibilità di dimostrare l'esistenza di una ragione imperativa di interesse pubblico che non trovi soddisfazione in quell'equivalenza e richieda, quindi, una misura aggiuntiva, purché proporzionata all'obiettivo da raggiungere.

Nonostante gli sviluppi giurisprudenziali finora descritti, le direttive previste dall'art. 47 TCE per il riconoscimento dei titoli di studio e professionali nonché per il coordinamento delle normative nazionali che presiedono all'esercizio di determinate attività restano necessarie per facilitare l'accesso a (e l'esercizio di) talune attività economiche e professionali[178].

Per alcuni mestieri e professioni, per il cui esercizio in alcuni Stati membri si richiede una formale qualifica professionale, sono state adottate numerose direttive corredate da misure specifiche e per settori, definite comunemente "transitorie", ma in realtà definitive.

Si ricordano, in particolare, le misure per l'industria e l'artigianato[179], per il commercio all'ingrosso e gli intermediari del commercio, dell'industria e dell'artigianato[180], per il commercio al minuto[181], per

[178] G. TESAURO, *Diritto Comunitario*, Cedam, Padova, 2008.
[179] Direttiva 64/427 del 7 luglio 1964, in GUCE n. 117 del 23 luglio 1964.
[180] Direttiva 64/222 del 25 febbraio 1964, in GUCE n. 56 del 4 aprile 1964.
[181] Direttiva 68/364 del 15 ottobre 1968, in GUCE L 260 del 22 ottobre 1968.

l'industria alimentare e le bevande[182], per i prodotti tossici[183], per il commercio ambulante[184], per gli agenti di assicurazione[185], per i parrucchieri[186]. Il criterio generale utilizzate nelle ricordate normative è che, quando lo Stato di stabilimento richiede per l'esercizio di una attività il possesso di una qualifica professionale formale che in altri paesi membri non è richiesta, è sufficiente che il soggetto provi di aver effettivamente svolto quell'attività per il periodo di tempo fissato dalla direttiva. Ciò vuol dire che lo Stato di stabilimento può richiedere una attestazione dalle autorità dello Stato di provenienza sull'effettività dell'esercizio di una determinata attività ma non può definire condizioni di accesso o altri requisiti tali da rendere inutile quell'attestazione.

Per molte altre professioni lo scenario è completamento mutato in seguito all'approvazione della direttiva 2005/36/CE – cd. Zappalà – relativa al riconoscimento delle qualifiche professionali[187].

La direttiva in questione è riuscita a delineare un quadro giuridico unico e coerente, che poggia su una liberalizzazione più estesa della prestazione dei servizi,

[182] Direttiva 68/366 del 15 ottobre 1968, in GUCE L 260 del 22 ottobre 1968.
[183] Direttiva 74/556 del 4 giugno 1974, in GUCE L 307 del 18 novembre 1974.
[184] Direttiva 75/369 del 16 giugno 1975, in GUCE L 167 del 30 giugno 1975.
[185] Direttiva 77/92 del 13 dicembre 1976, in GUCE L 26 del 31 gennaio 1977.
[186] Direttiva 82/489 del 19 luglio 1982, in GUCE L 218 del 27 luglio 1982.
[187] In GUCE L 255 del 30 settembre 2005. In Italia, la direttiva è stata recepita con d.lgs. n. 206 del 6 novembre 2007, GU n. 261 del 9 novembre 2007.

una maggiore automaticità nel riconoscimento delle qualifiche e una più elevata flessibilità delle procedure di aggiornamento.

Essa ha consolidato in un unico atto legislativo quindici direttive, fra le quali figurano dodici direttive settoriali riguardanti le professioni di medico, infermiere responsabile di cure generali, odontoiatra, veterinario, ostetrica, farmacista ed architetto e tre direttive che hanno introdotto un sistema generale di riconoscimento delle qualifiche professionali riguardante la maggiore parte delle altre professioni regolamentate.

In particolare, la direttiva 2005/36 stabilisce che ciascuno Stato membro è tenuto a riconoscere il diritto di accesso e di esercitare una professione, come lavoratore subordinato o autonomo, a qualsiasi cittadino in possesso di un titolo che lo legittima a svolgere la stessa attività in un altro paese comunitario. Inoltre, precisa che ogni Stato membro può consentire l'esercizio di una professione regolamentata sul proprio territorio anche ai cittadini che hanno una qualifica professionale acquisita al di fuori del territorio dell'Unione europea.

L'impianto della direttiva è organizzato essenzialmente sulla classica distinzione tra prestazione dei servizi su base temporanea ed occasionale e libertà di stabilimento concernente il lavoro autonomo prestato stabilmente.

Con riferimento all'attività dei professionisti che esercitano in modo occasionale la propria attività in un altro Stato membro, il divieto di restrizioni, per motivi attinenti alle qualifiche professionali, deve essere riferito sia al caso in cui il prestatore ha legalmente stabilito in un altro Stato membro per esercitarvi la stessa professione sia all'ipotesi in cui il prestatore abbia esercitato la professione del paese di stabilimento per due anni nel corso dei dieci anni che precedono la prestazione di

servizi, se in tale paese la professione non è regolamentata. Allorché la professione o la formazione prevista per l'esercizio della professione sia regolamentate, non sono richiesti i due anni di pratica. Il divieto di restrizioni riguarda, altresì, l'applicazione di normative nazionali che subordinano lo svolgimento di attività di servizi al rispetto o al compimento di talune formalità legali. Nello specifico, lo Stato membro ospitante non può richiedere: l'autorizzazione, l'iscrizione o l'adesione a una organizzazione o ad un organismo professionale e/o l'iscrizione ad un ente di un previdenza sociale. Il riconoscimento consente al beneficiario di accedere, nello Stato membro ospitante, alla professione per cui è qualificato o di esercitarla con gli stessi diritti dei cittadini nazionali, se questa è regolamentata. Al contrario, se non vi fossa una perfetta corrispondenza tra la qualifica richiesta nello Stato di stabilimento e quella dello Stato ospitante, il prestatore di servizi dovrà assolvere una misura di compensazione (prova attitudinale o tirocinio di adattamento).

Lo Stato ospitante può procedere ad una verifica preliminare della qualifica professionale finalizzata ad evitare gravi danni alla salute o alla sicurezza del destinatario del servizio.

Per quanto attiene, poi, alla cooperazione amministrativa, lo Stato ospitante può rivolgersi alle autorità amministrative dello Stato di stabilimento per ottenere la prova della nazionalità del professionista nonché l'esercizio legale della sua attività.

Venendo alla libertà di stabilimento, problemi marginali si pongono per talune professioni, già oggetto di direttive settoriali, sostanzialmente riprodotte nel testo della direttiva in esame.

Ben diverso, invece, è il caso delle professioni per le quali non esistono ad oggi disposizioni di armonizzazione della formazione. Per queste ipotesi, la direttiva stabilisce un sistema di riconoscimento basato sul criterio dell'equivalenza delle qualifiche. In particolare, le qualifiche professionali sono state accorpate in cinque livelli, fra loro omogenei, costruiti in relazione alla durata del percorso formativo richiesto per l'accesso nel paese di origine: l'attestato di competenza, corrispondente ad una formazione generale di livello di insegnamento primario o secondario, con il quale viene documentato che il titolare possiede conoscenza generali o abbia eseguito un percorso formativo breve; il certificato, equivalente ad una formazione di livello di insegnamento secondario professionale o generale, completato da un ciclo di studi o di formazione professionale; il diploma di formazione breve, attestante una formazione di livello di insegnamento post-secondario, di durata minima di un anno, oppure una formazione professionale adeguata al livello di responsabilità e funzioni; il diploma di formazione di durata minima di tre anni ed inferiore a quattro anni, di livello di insegnamento superiore o universitario; il diploma di formazione superiore, corrispondente ad un livello di insegnamento post-secondario della durata di almeno quattro anni, presso una università o un istituto superiore.

Parimenti, altre formazioni possono essere assimilate ad uno dei cinque livelli sopra menzionati, sempre che siano attestate da una autorità competente e sanciscano una preparazione acquisita nella Comunità. Allo stesso modo deve essere riconosciuta ogni qualifica professionale che conferisca al titolare diritti acquisiti in virtù di disposizioni nazionali successivamente modificate.

Ne consegue che il riconoscimento dei titoli (esclusi i notai) si applica sulla base di livelli minimi di formazione in relazione alla durata della formazione per l'accesso, consentendo al professionista di esercitare nel paese ospite le attività per cui si è abilitato nello Stato di origine.

Occorre, inoltre, rilevare come appare possibile ricorrere a misure di compensazione nelle ipotesi: di formazione inferiore di un anno rispetto a quella richiesta dallo Stato ospitante; di differenze sostanziali tra la formazione acquisita dal professionista e quello richiesta nello Stato ospitante (soprattutto qualora la diversità riguarda materie la cui conoscenza è indispensabile per l'esercizio della professione); di attività professionali regolamentate che non esistono nella corrispondente professione nello Stato di origine. In linea di principio, la scelta della misura di compensazione (tirocinio di adattamento non superiore ai tre anni o prova attitudinale) deve essere lasciata al cittadino interessato. Vi è, però, una eccezione per le professioni il cui esercizio richieda una conoscenza precisa del diritto nazionale e per le quali la prestazione di consulenza e/o assistenza in materia di diritto nazionale costituisca un elemento essenziale e costante dell'attività professionale: in tali casi, sarà lo Stato ospitante a prescrivere un tirocinio o una prova attitudinale.

Di rilievo è la possibilità riconosciuta alle associazioni o agli organismi professionali di fissare *standard* intesi a fornire garanzie adeguate per quanto riguarda il livello delle qualifiche e diretti a colmare le differenze sostanziali tra i livelli di formazione esistenti all'interno della Comunità. Peraltro, allorquando la Commissione ritenga che una simile piattaforma possa facilitare il riconoscimento delle qualifiche professionali, essa può sottoporla agli Stati membri ed adottare un provvedimento

a seguito del quale gli Stati membri rinunciano ad imporre misure di compensazione nel caso in cui siano soddisfatte le condizioni della piattaforma.

Deve essere ricordato che, secondo una costante giurisprudenza della Corte di Giustizia, i cittadini comunitari possono utilmente invocare le direttive comunitarie per stabilirsi nel proprio Stato di origine ed esercitarvi una attività economica o professionale; e ciò nella misura in cui si tratti di persone che si sono avvalse della libertà di circolazione o di quella di stabilimento e che hanno, per questo motivo, ottenuto le qualifiche professionali in uno Stato membro diverso da quello di appartenenza[188].

Relativamente allo stabilimento degli avvocati è stata adottata una direttiva *ad hoc*, volta a facilitare l'esercizio permanente della professione di avvocato in uno Stato membro diverso da quello nel quale è stata acquisita la qualifica[189]. Tale direttiva prevede una formula di stabilimento, a prima vista, attenuata, atteso che l'avvocato stabilito in altro Stato membro potrà avvalersi del suo titolo professionale ma dovrà agire di concerto con un avvocato abilitato ad esercitare davanti alla giurisdizione adita, per la rappresentanza e la difesa in giudizio del cliente. Tale formula attenuata è destinata a venire meno dopo tre anni di attività effettiva e regolare; trascorso tale periodo, dunque, l'avvocato che esercita con il titolo dello Stato di provenienza sarà ammesso ad esercitare a tutti gli effetti come avvocato dello Stato ospitante.

---

[188] Cfr. sentenza C.giust.CE del 7 febrbaio 1979, causa 115/78, *Knoor*, in *Racc.* 1979, p.399; sentenza C.giust.CE del 7 febbraio 1979, causa 136/78, *Auer*, in *Racc.* 1979, p.437.

[189] Direttiva 98/5/CE del 16 febbraio 1998, in GUCE L 77 del 14 marzo 1998.

Resta, infine, da precisare che la presenza di una direttiva a specifica non è tale (non di per sè) da precludere l'esercizio del diritto di stabilimento ad una persona che versi in una situazione non prevista dalla direttiva di cui si tratta. È quanto la Corte di Giustizia ha chiarito in una recente sentenza, ove era in discussione l'esercizio della professione di medico, richiamando a tal fine lo stesso approccio utilizzato nella già ricordata sentenza *Vlassopoulou*[190]. Tale orientamento è stato ulteriormente confermato dalla sentenza *Morgenbesser* in relazione alla figura del praticante avvocato, anche se non sembra del tutto convincente la qualificazione, da parte del giudice comunitario e senza demandare al giudice nazionale alcuna verifica sul punto, dei servizi prestati da tale soggetto come attività economiche, atteso che non sempre il praticane riceve una vera e propria retribuzione[191].

3.4 Libera prestazione dei servizi e diritto di stabilimento: limiti

Si tratta ora di verificare in quali ipotesi lo Stato di destinazione possa comunque limitare, mediante l'applicazione di proprie misure indistintamente applicabili, da un lato, la prestazione sul proprio territorio di servizi già lecitamente prestati nello Stato membro di origine o, dall'altro lato, l'accesso al proprio mercato di soggetti che intendano stabilirsi, a partire da altri Stati membri, per esercitare una attività indipendente o subordinata.

[190] Sentenza C.giust.CE del 14 settembre 2000, causa C-238/98, *Hocsman*, in *Racc.* 2000, p.I-6623.
[191] Sentenza C.giust.CE del 13 novembre 2003, causa C-313/01, *Morgenbesser*, in *Racc.* 2003, p.I-13467.

Tali limiti, analogamente a quanto si è visto trattando della libera circolazione delle merci, possono essere suddivisi in due fondamentali categorie. La prima comprende le deroghe previste direttamente dal Trattato CE: all'art.39 TCE, terzo comma, per quel che concerne la libera circolazione dei lavoratori subordinati ed all'art.46 TCE, in relazione al diritto di stabilimento ed alla libera prestazione dei servizi. La seconda categoria è costituita dalle cd. ragioni imperative di interesse generale elaborate dalla Corte di Giustizia.

Orbene, l'art.39 TCE dedica alle cause di deroga il terzo comma, enunciando come tali esclusivamente l'ordine pubblico, la pubblica sicurezza e la sanità pubblica. Del pari, l'art.46 TCE fa salva *"l'applicabilità delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative che prevedano un regime particolare per i cittadini stranieri e che siano giustificate da motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica"*. Coerentemente con l'impostazione originaria configurata dal Trattato in relazione alla circolazione dei servizi e delle persone, tali disposizioni sono state concepite con la funzione essenziale di giustificare misure nazionali discriminatorie. In altre parole, esse sono indirizzate alle misure non indistintamente applicabili. Tuttavia, tale circostanza non è di per sé sufficiente ad escludere che l'ordine pubblico, la pubblica sicurezza o la sanità pubblica possano venire in gioco quali cause giustificative anche di ostacoli determinati da misure indistintamente applicabili[192].

[192] Cfr. sentenza C.giust.CE del 14 ottobre 2004, causa C-36/02, *Omega Spielhallen-und Automatenaufstellungs GmbHc. Oberbbugermeinsterin der Bundesstadt Bonn*, con la quale si è ritenuto giustificato per ragioni di ordine pubblico un

Trattando del mutuo riconoscimento come tecnica di superamento degli ostacoli alla libera circolazione delle merci, è emerso come lo Stato membro di importazione di una merce possa comunque imporre il rispetto delle proprie misure indistintamente applicabili anche ai prodotti provenienti da altri Stati membri, se sussistono ragioni imperative, purché nel rispetto di certe condizioni e cautele.

In relazione alla circolazione dei servizi, l'evoluzione della giurisprudenza – ed il passaggio dalla nozione di trattamento nazionale a quello di ostacolo quale principio informatore del contenuto di tale libertà, con il conseguente impiego della regola del mutuo riconoscimento – ha portato con sé qualcosa di molto simile, se non identico. Giova a tal proposito riprendere il passaggio della già richiamata sentenza *Säger* che testimonia il definitivo superamento[193]: *"la libera prestazione dei servizi, in quanto principio fondamentale del Trattato, può essere limitata soltanto da norme giustificate da motivi imperativi di pubblico interesse che si applicano ad ogni impresa che svolga una attività sul territorio dello Stato destinatario, nella misura in cui tale interesse non sia salvaguardato dalle norme alle quali è soggetto il prestatore dello Stato membro in cui è stabilito. In particolare, detti obblighi devono essere obiettivamente necessari per garantire l'osservanza delle norme professionali e per assicurare la tutela del destinatario dei*

provvedimento tedesco, adottato indipendentemente da ogni considerazione legata alla nazionalità dei prestatori o dei destinatari dei servizi soggetti a restrizione, che vietava una attività economica consistente nello sfruttamento commerciale di giochi di simulazione di omicidi.

[193] C.giust.CE, 25 luglio1991, causa C-76/90, *Säger*, cit.

servizi ed essi non devono esorbitare da quanto è necessario per raggiungere questi obiettivi".

In altre parole, parallelamente al limite delle ragioni imperative riconosciuto dalla Corte di giustizia nel campo della circolazione delle merci, nel settore dei servizi il mutuo riconoscimento soffre il limite dei motivi imperativi di interesse pubblico.

Tuttavia, "*i provvedimenti nazionali che possono ostacolare o scoraggiare l'esercizio delle libertà fondamentali garantite dal Trattato devono soddisfare quattro condizioni: essi devono applicarsi in modo non discriminatorio, essere giustificati da motivi imperiosi di interesse pubblico, essere idonei a garantire il conseguimento dello scopo perseguito e non andare oltre quanto necessario per il raggiungimento di questo"*[194].

Si tratta, quindi, di individuare tali ragioni imperative di interesse pubblico e di prendere atto dei criteri di applicazione tracciati dalla Corte di Giustizia.

In particolare, per quanto concerne la libera prestazione dei servizi, il repertorio delle ragioni imperiose di interesse pubblico che emerge dalla giurisprudenza del Giudice comunitario annovera, già a partire dalle sentenze apripista del 25 luglio 1991: la protezione dei destinatari dei servizi, la protezione della proprietà intellettuale, quella dei lavoratori e dei consumatori, la conservazione del patrimonio storico e artistico nazionale, nonché la valorizzazione delle ricchezze archeologiche, storiche ed artistiche e la migliore diffusione possibile delle conoscenze relative al patrimonio artistico e culturale.

[194] Cfr. sentenza C.giust.CE del 30 novembre 1995, causa C-55/94, *Reinhard Gebhard c. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*, cit.

Il catalogo è stato successivamente integrato, per cui è stato riconosciuto il rango di ragioni imperative di interesse pubblico anche alla prevenzione delle frodi ed alla protezione dell'ordine sociale, alla sicurezza stradale e quindi alla protezione della reputazione di un settore di attività.

Per quanto, riguarda, d'altro canto, il diritto di stabilimento sono stati individuati: il rispetto delle regole deontologiche, professionali e disciplinari, la buona amministrazione della giustizia, la protezione dei consumatori, la coerenza fiscale.

Al pari di quanto avviene in relazione alle misure nazionali derogatorie alla libera circolazione delle merci, anche per quel che concerne la libera prestazione dei servizi e la libera circolazione delle persone, la Corte di Giustizia valuta se la restrizione a tali libertà, imposta da uno Stato membro per tutelare un interesse pubblico, sia proporzionata in relazione al legittimo obiettivo perseguito.

Il *test* ha contenuto analogo a quello che la Corte utilizza per scrutinare gli ostacoli alla libera circolazione delle merci. Pertanto, la proporzionalità della misura nazionale viene considerata sia alla stregua dell'idoneità a garantire l'obiettivo sia in quanto oggettivamente necessaria a raggiungerlo. È necessario, infine, che lo scopo perseguito non possa essere comunque tutelato per mezzo di una misura meno limitativa delle libertà garantite dal Trattato.

In sintesi, dunque, la libera circolazione dei servizi ed il diritto di stabilimento possono essere limitate unicamente :

- da normative giustificate dall'interesse generale e che si applichino ad ogni persona o impresa

che eserciti una attività sul territorio dello Stato destinatario;

- nella misura in cui tale interesse non sia salvaguardato da regole alle quali il prestatario è sottoposto nello Stato membro in cui è stabilito;
- infine, se le normative in questione sono obiettivamente necessarie per il raggiungimento dello scopo perseguito (interesse generale) e a condizione che lo stesso risultato non possa essere ottenuto mediante regole meno restrittive.

Giova tenere, in ogni caso, presente come la possibilità per lo Stato membro di destinazione del servizio o di accoglienza della persona di imporre il rispetto delle proprie normative è subordinato alla sussistenza di una condizione negativa, ossia l'assenza di armonizzazione. Tale condizione è fissata dalla Corte di Giustizia quale vero e proprio presupposto per il ricorso al limite delle ragioni imperative di interesse generale. *"In assenza di armonizzazione"* è l'*incipit* costante dei passaggi delle diverse sentenze ove viene in rilievo la categoria dell'interesse generale. L'idea sottostante è quella secondo la quale il ricorso ai propri poteri normativi da parte della Comunità deve essere visto come l'esercizio a livello comunitario dei poteri che altrimenti sarebbero spettati agli Stati membri.

Le conseguenze di tale impostazione sono state illustrate dal Giudice Comunitario in una recente pronuncia. Ci si riferisce alla sentenza *Paul Denuit*[195], ove veniva in rilievo l'interpretazione della direttiva *"televisione senza frontiere"*, la quale, come noto, prevede

[195] Sentenza C.giust.CE del 29 maggio 1997, causa C-14/96, *Paul Denuit*, in *Racc.* 1997, p. I-2785.

un regime di passaporto unico ed affida il controllo sull'insieme delle attività all'autorità dello Stato membro di origine dell'emittente. In tale occasione, si è statuito che, pur se lo Stato di origine viene meno agli obblighi ad esso imposti dalla direttiva, lo Stato di destinazione non può sostituirsi al primo imponendo in via unilaterale degli obblighi supplementari. L'unica possibilità per lo Stato membro di destinazione è quella di introdurre un ricorso per inadempimento nei confronti dello Stato di origine.

4. MUTUO RICONOSCIMENTO: LIBERA CIRCOLAZIONE DELLE DECISIONI PENALI

4.1 Considerazioni introduttive

Elaborati nel settore degli scambi commerciali, area originale e di massima espansione del diritto comunitario, la libera circolazione ed il riconoscimento reciproco mantengono inalterato un genetico tratto mercantilistico. L'idea stessa di una comunità di Stati europei è nata per favorire il libero scambio di merci – per poi estendersi alle persone, ai servizi e ai capitali – ed anche gli sviluppi generati in oltre cinquant'anni di storia comune continuano a recarne traccia. Si consideri poi l'enorme influenza dell'elaborazione giurisprudenziale offerta dalla Corte di giustizia e la sua tendenza ad affermare la forza espansiva dei principi elaborati nel settore del commercio, ricorrendo ad essi anche in quegli ambiti nei quali la legislazione dell'Unione europea ha ancora carattere embrionale. È una tecnica che a tratti si mostra priva di scrupoli forse poco attenta alle specificità proprie di determinate branche del diritto, e pure di enorme efficacia. Basti pensare all'obbligo di interpretare la normativa nazionale in conformità con il diritto comunitario, principio questo elaborato dalla Corte di giustizia in tema di direttive emesse nell'ambito del primo pilastro. Di regola l'applicazione del principio dell'interpretazione in conformità ha riguardato politiche di competenze esclusiva o concorrente con l'Unione europea e la sua estensione al settore della giustizia penale pareva esclusa dal perentorio disposto dell'art. 34 comma 2 lettera b) TUE, secondo cui gli atti più importanti del terzo pilastro, le decisioni-

quadro, non hanno efficacia diretta. Eppure anche questo baluardo è stato travolto dall'interpretazione ermeneutica operata dalla Corte di giustizia, che ha applicato *sic et simpliciter* la giurisprudenza elaborata in tema di direttive ad una decisione-quadro (quella sulla tutela delle vittime) sino ad incidere su alcuni istituti propri del processo penale.

Quanto sta accadendo nel settore penale, quindi, è già accaduto in altri ambiti. Si consideri la libera circolazione delle merci: dall'integrazione negativa, ovvero dall'obbligo per gli stati membri di eliminare ogni barriera agli scambi commerciali, si è passato negli anni ottanta all'integrazione positiva, strumento finalizzata all'armonizzazione delle legislazioni nazionali mediante l'obbligo imposto agli stati membri di adeguarsi alla copiosa normativa di fonte comunitaria. Nel caso in cui l'armonizzazione non fosse ancora compiuta si ricorreva al principio del mutuo riconoscimento.

In sintesi il fenomeno a cui assistiamo in tema di giustizia è già stato vissuto da altre branche del diritto[196].

Anche nel settore penale il mutuo riconoscimento si afferma quale principio che impone allo Stato di destinazione di un "oggetto" (una merce, una prestazione, un diploma, una sentenza civile o – come vedremo – una decisione penale) di rinunciare ad applicare all'oggetto medesimo la propria normativa interna, in favore di quella dello Stato di provenienza. Il principio trae la sua origine dalla fiducia reciproca esistente tra gli Stati membri

196 S. ALLEGREZZA, *Cooperazione giudiziaria, mutuo riconoscimento e circolazione delle prova penale nello spazio giudiziario europeo*, in AA.VV., *L'area di libertà, sicurezza e giustizia: alla ricerca di un equilibrio fra priorità repressive ed esigenze di garanzia*, Giuffrè, 2007, Milano

dell'Unione europea e si fonda sull'assunto secondo il quale, se le garanzie fornite dalla normativa dello Stato di origine e quelle richieste dallo Stato di destinazione sono sostanzialmente equivalenti saranno le norme del primo ordinamento ad avere rilievo. Per impedire il funzionamento del meccanismo, lo Stato di destinazione avrà, peraltro, l'onere di dimostrare che vi sono esigenze imperative che si oppongono; in caso contrario, non potrà pretendere il rispetto anche delle proprie normative.

In altri termini, secondo il principio del mutuo riconoscimento, allorquando uno Stato non può trattare una specifica questione in maniera eguale o almeno simile a quello di un altro Stato, la decisione giudiziaria adottata sarà tale da essere accettata equivalente alla decisione che avrebbe adottato lo Stato interessato per modo che, in forza di una condivisa idea di fiducia reciproca e di equivalenza delle conclusioni giudiziarie, a queste ultime è possibile riconoscere effetti nella sfera di influenza dell'ordinamento di un altro Stato e, dunque, attraverso tale meccanismo, attribuire alla decisione effetti giuridici al di fuori del territorio dello Stato al quale appartiene l'autorità che l'ha adottata[197].

4.2 Oggetto e finalità del mutuo riconoscimento

Nei settori del mercato interno finora analizzati, si è visto come l'oggetto del riconoscimento non siano tanto la merce, la prestazione o il diploma in sé quanto piuttosto la normativa secondo la quale la merce è stata prodotta, la

[197] G. MELILLO, *Il mutuo riconoscimento e la circolazione della prova*, in *Cass. Pen.* n. 1/2006 p. 265 B.

normativa che regola l'espletamento della prestazione o il percorso di studi all'esito del quale il diploma è stato rilasciato. In altri termini, l'oggetto del mutuo riconoscimento non è il prodotto bensì le regole delle quali il prodotto medesimo è il risultato.

Non a caso, infatti, la Corte, nella già esaminata *Cassis de Dijon*, non parla di *"mutuo riconoscimento di una merce"* ma di *"mutuo riconoscimento delle normative sulla produzione e la commercializzazione della merce"*.

Ora, non diversamente da una merce, una decisione penale non è altro che il frutto di un procedimento di applicazione di normative (norme penali sostanziali e processuali): la decisione penale, al pari della merce, è, dunque, l'oggetto che – se prodotto in conformità a tali norme – può circolare liberamente sul territorio comunitario.

In altri termini, l'oggetto del mutuo riconoscimento non è la decisione penale di per sé, piuttosto le normative in base alle quali la decisione stessa è stata prodotta. In virtù del meccanismo del mutuo riconoscimento, infatti, vengono riconosciuti come equivalenti i sistemi secondo i quali gli ordinamenti degli Stati membri producono ad esempio una ordinanza cautelare o una sentenza di condanna e non invece l'ordinanza o la sentenza in sé (le quali possono essere molto diverse da quelle che sarebbero state ottenute applicando le norme dello Stato di esecuzione).

Tale puntualizzazione consente di tracciare una netta demarcazione tra due concetti di fondo che, seppur intimamente connessi, sono logicamente ben distinti: l'uno (il mutuo riconoscimento delle legislazioni, fondato sull'equivalenza delle legislazioni stesse e sulla fiducia reciproca tra gli Stati membri) è, infatti, il presupposto,

mentre l'altro (la libera circolazione della decisione penale) ne è il risultato[198].

Occorre, altresì, puntualizzare come, essendo l'oggetto del mutuo riconoscimento non necessariamente una sentenza bensì una decisione penale, possano circolare liberamente sul territorio comunitario decisioni intervenute sia in fase giudiziale (sentenza di condanna o di assoluzione) sia in fase pre-dibattimentale (provvedimento di archiviazione), ed ancora in fase di esecuzione delle pena (provvedimento che riguarda l'accesso a misure alternative alla detenzione).

In particolare, trattandosi di decisioni definitive, l'attuazione coerente del principio comporta in astratto la presa d'atto che la decisione adottata in un altro Stato membro conclude l'*iter* giudiziario relativo ad un determinato reato, rendendo inutile una ulteriore decisione, secondo un criterio condiviso di esaurimento dei procedimenti possibili in ordine a quel medesimo reato.

Trattandosi di decisioni non definitive (come quelle finalizzate all'assunzione della prova), l'attuazione del principio lascio in astratto il problema del possibile concorso delle giurisdizioni e, dunque, del miglior raccordo tra le medesime, in ogni caso realizzandosi l'effetto di dare attuazione nella sfera di influenza giuridica di uno Stato agli effetti di una decisione originatasi in un altro sistema.

La libera circolazione delle decisioni penali può, dunque, assolvere a molteplici finalità, sia repressive sia di garanzia, così come osservato nel *Programma di misure per l'attuazione del principio del mutuo riconoscimento*

198 A. PASQUERO, *Mutuo riconoscimento delle decisioni penali: prove di federalismo*, Giuffrè, Milano, 2007.

delle decisioni penali, emanato congiuntamente da Commissione e Consiglio nel 2001[199].

In particolare, secondo lo schema predisposto dal documento *de quo*, il riconoscimento opera a quatto livelli, per ciascuno dei quali Consiglio e Commissione propongono l'adozione di specifiche misure di attuazione:

1) presa in considerazione delle decisioni definitive: il mutuo riconoscimento dovrebbe avere la funzione di attribuire alla sentenza penale efficacia di giudicato in tutti gli Stati membri, per modo che questo la possano tenere in conto al fine dell'applicazione del principio *ne bis in idem* o al fine della commisurazione della nuova sanzione da infliggere (recidiva, tipo di pena,…);
2) esecuzione di misure intervenute prima della sentenza: il mutuo riconoscimento può consentire l'esercizio dell'azione penale da parte di uno Stato membro, garantendo efficacia anche all'estero, ad esempio di ordinanza cautelari, in virtù delle quali catturare e trasferire coattivamente l'imputato nello Stato di emissione. Ancora, sotto un ulteriore profilo, il mutuo riconoscimento dovrebbe anche servire ad assicurare un fruttuoso esercizio dell'azione penale stessa, rendendo possibile l'esecuzione di provvedimenti quali ordini di acquisizione di prove o sequestro di beni;
3) esecuzione di sentenze di condanna: il mutuo riconoscimento permetterebbe l'esecuzione di una sentenza di condanna passata in giudicato su

[199] In Gazz. Uff. C 12 e 15 gennaio 2001.

tutto il territorio dell'Unione, ad esempio al fine di catturare persone che siano evase o comunque sia siano sottratte all'esecuzione della pena;

4) esecuzione di decisioni intervenute dopo la condanna: settore, questo che – a differenza degli altri tre – le istituzioni hanno finora trascurato, riguarda l'esecuzione di decisioni prese nell'ambito del controllo post-penale. Secondo la Commissione ed il Consiglio, sarebbe necessario adottare misure volte al controllo di persone sottoposte a liberazione condizionale o sospensione condizionale della pena.

4.3 Il principio dell'equivalenza delle legislazioni

Una prima componente del reciproco riconoscimento che si è individuata è la presunzione di equivalenza delle legislazioni nazionali.

Secondo quanto elaborato dalla Corte di Giustizia nella nota sentenza *Cassis de Dijon*, laddove le normative degli Stati membri non siano ancora state armonizzate, spetta a ciascuno Stato membro dotarsi di regole volte a disciplinare la produzione e la commercializzazione dei beni all'interno del proprio territorio; esistendo però una presunzione in base alla quale le normative degli Stati membri offrono garanzie equivalenti, è sufficiente che la merce sia prodotta e commercializzata in conformità alle regole dello Stato di origine affinché possa liberamente circolare in tutti gli altri Stati membri.

Apparentemente tale principio sembra non suscitare alcun problema se applicato alla circolazione delle sentenze penali: così come una merce, per poter circolare

in tutti il territorio comunitario, deve essere prodotta in conformità con le normative tecniche dello Stato di origine, anche una decisione penale resa da una autorità giudiziaria competente e all'esito di un regolare procedimento, può e deve avere la stessa autorità all'interno di ciascun Stato membro. Al riguardo, la Commissione ha affermato: "*il reciproco riconoscimento è un principio basato sull'idea che, nonostante un altro Stato possa non trattare una specifica questione in maniera uguale o simile a quella dello Stato stesso, la decisione adottata sarà tale da essere accettata come equivalente alla decisione che avrebbe adottato lo Stato interessato*"[200]. Non ha, dunque, rilievo il fatto che le normative in base alle quali la decisione è stata emessa siano diverse tra lo Stato di origine (*rectius*, Stato emittente) e lo Stato di destinazione (*rectius*, Stato di esecuzione); anzi, il mutuo riconoscimento è un principio destinato ad avere rilievo proprio laddove le normative sono differenti (in caso contrario – come osservato nei precedenti paragrafi – non avrebbe alcun senso porsi il problema del loro reciproco riconoscimento).

Nonostante il fatto che non vi sia ancora stata alcuna rilevante armonizzazione delle normative penali degli Stati membri, basterebbe semplicemente applicare la massima della pronuncia *Cassis de Dijon* ad una sentenza penale per dedurne che non vi dovrebbero essere ostacoli a che tale sentenza, purché emanata in conformità con le norme penali e processual-penali dello Stato di emissione, debba poter essere eseguita su tutto il territorio comunitario.

[200] Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo, *Riconoscimento reciproco delle decisioni definitive in materia penale*, COM (2000) 495 del 26 luglio 2000.

Il divario tra teoria e pratica è però ancora molto grande. Le non poche resistenze opposte dagli Stati all'applicazione di tale semplice principio si possono spiegare richiamando alla mente la portata delle divergenze che intercorrono tra le legislazioni penali dei Paesi membri. Se nel settore delle merci, le differenze riguardano, ad esempio, l'etichettatura di una confezione o gli ingredienti di un alimento (peraltro, spesso oggetto di una preventiva opera di armonizzazione), di ben diversa e più grave portata si rilevano le differenze tra le legislazioni (processual)penalistiche oggi esistenti nell'Unione europea.

Può accadere che una decisione penale sia stata adottata da una autorità giudiziaria dello Stato di origine che non esiste nello Stato di esecuzione (si pensi al giudice istruttore, figura tipica di alcuni ordinamenti di *civil law*) o può accadere che, pur esistendo nello Stato di esecuzione l'autorità corrispondente, questa sia quivi sprovvista del potere di adottare quel particolare tipo di atto (si pensi ad una ordinanza di custodia cautelare emessa da un pubblico ministero da eseguire in uno Stato in cui quello stesso provvedimento avrebbe potuto essere emanato solo da un giudice)[201].

Le differenze esistenti a livello di diritto penale sostanziale, poi, possono dar luogo ad una sentenza di

[201] Cfr. Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo, *Riconoscimento reciproco delle decisioni definitive in materia penale*, COM (2000) 495 del 26 luglio 2000, laddove afferma: *"una decisione adottata da un'autorità in uno Stato membro potrebbe essere accettata in quanto tale in un altro Stato membro, anche nell'ipotesi in cui in tale Stato non esista una autorità analoga, o in grado di adottare tali decisioni, oppure nel caso in cui tale autorità avesse adottato una decisione totalmente differente in un caso comparabile"*.

condanna pronunciata dalla Stato di emissione per un fatto non costituente reato nello Stato di esecuzione: il caso più evidente è quello di reati come l'aborto, l'eutanasia o il consumo personale di stupefacenti. Si considerino, inoltre, differenze relative alla parte generale del diritto penale: ad esempio, il fatto che il nostro codice penale colloca sullo stesso piano tutti i concorrenti nel reato, mentre numerosi sistemi penali europei differenziano il diverso apporto causale dei compartecipi distinguendo tra varie figura quali autore principale, complice ed istigatore[202]. Anche dal punto di vista sanzionatorio, le differenze tra i ventisette sistemi sono talora vistose, se si pensa, ad esempio, che alcuni Paesi come la Spagna o il Portogallo abbiano abolito la pena dell'ergastolo o che il diritto polacco prevede per il delitto tentato la stessa pena prevista per il delitto consumato.

Non sono neppure trascurabili, poi, le differenze tra le procedure penali degli Stati membri: si pensi, ad esempio, alle difficoltà da sempre create dalla presenza nel nostro ordinamento del procedimento in contumacia o al fatto che non in tutti i codici di procedura penale siano previsti termini massimi di durata della custodia cautelare o ancora alle diverse regole in tema di assunzione e valutazione probatoria.

In base alla teoria del mutuo riconoscimento, le differenze tra le legislazioni sopra esemplificate, sebbene rilevanti, non legittimano lo Stato di esecuzione a non riconoscere come valido il provvedimento straniero e a negarne gli effetti.

È evidente come in tal modo si richieda agli Stati membri una apertura davvero notevole nei confronti delle

[202] Cfr. codice penale francese (art.121-7), tedesco (artt.25-27) e spagnolo (artt.27-29).

soluzioni adottate da altri ordinamenti. Tale sistema non potrebbe reggersi in piede se non fosse fondato su di una convinzione comune: la presunzione che le legislazioni degli Stati membri siano equivalenti. È, quindi, la convinzione che anche gli altri Stati membri siano in grado di offrire le medesime garanzie, seppure con modalità diverse, che legittima l'apertura reciproca che il mutuo riconoscimento impone: vedremo come, nel campo penale, tale conclusione, al contrario di quanto accadde a partire dalla sentenza *Cassis de Dijon* nel settore del mercato interno, stenti, invero, ad affermarsi.

4.4 Il ravvicinamento delle legislazioni

Anche se a partire dalla sentenza *Cassis de Dijon* il mutuo riconoscimento si configura come una strada alternativa a quella del ravvicinamento delle legislazioni, deve in ogni caso rilevarsi come in ciascuno dei settori esaminati (quello della circolazione delle merci *in primis*) si è iniziato ad applicare il principio del mutuo riconoscimento solo dopo aver dato vita ad un processo di armonizzazione quanto meno minima delle legislazioni nazionali. Anche nel settore dei diplomi, come si è osservato, senza l'adozione di direttive di armonizzazione minima che si accompagnavano alle direttive settoriali, difficilmente il principio del mutuo riconoscimento si sarebbe potuto affermare.

Il ravvicinamento delle legislazioni, quindi, pur non essendo considerato un presupposto del mutuo riconoscimento, ne facilita indubbiamente l'applicazione, mentre, *ex adverso*, una marcata disparità tra le legislazioni può risultare di ostacolo al mutuo riconoscimento: quanto più le normative nazionali saranno

differenti tanto più sarà agevole per lo Stato di destinazione dimostrare l'esistenza di esigenze imperative che ostano al riconoscimento.

In merito, giova, peraltro, osservare come la base giuridica per il ravvicinamento delle legislazioni penali degli Stati membri sia stata istituita con il Trattato di Amsterdam, che ha per di più introdotto un nuovo strumento (la decisione-quadro) pensato proprio con l'obiettivo di operare un ravvicinamento delle legislazioni. Il ravvicinamento è poi espressamente previsto dal Trattato di Amsterdam come uno dei campi di azione dell'Unione nel terzo pilastro, è stato inserito nel piano di azione di Vienna tra le misure sulle quali l'Unione ritiene importante lavorare, e trova oggi nuovo vigore nel Trattato di Lisbona.

Non ci si può, peraltro, esimere dal ricordare che, a differenza dei settori del mercato interno, la materia penale non ha conosciuto, almeno finora, un percorso di armonizzazione significativo. Per quanto attiene al diritto processuale, il ravvicinamento si è limitato all'adozione della decisione-quadro relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale e all'introduzione di poche norme procedurali con la decisione-quadro sul mandato di arresto europeo. La proposta più interessante, quella di stabilire alcune garanzie minime per l'imputato, valevoli per tutti i procedimenti penali celebrati all'interno dell'Unione, non è, invece, stata ancora trasformata in atto vincolante.

Per quanto riguarda l'armonizzazione del diritto penale sostanziale, vanno ricordate la decisione-quadro sul terrorismo, la decisione-quadro relativa alla lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pornografia infantile o ancora la decisione-quadro relativa alla lotta contro il traffico illecito di stupefacenti.

Le misure di ravvicinamento citate sono comunque atti di portata piuttosto ristretta, lontane dal riguardare tutti i settori per i quali, invece, si pretende l'applicazione del principio del mutuo riconoscimento.

Come vedremo, l'assenza di una opera di ravvicinamento significativa, unita alla stretta contiguità tra diritto penale e sovranità nazionale, da un lato, e diritti fondamentali, dall'altro, rende particolarmente difficile per lo Stato membro di esecuzione accettare come equivalenti alle proprie le garanzie apprestate dallo Stato di emissione.

Se è vero, infatti, che un percorso di integrazione normativa non andare realisticamente oltre ad un certo punto, per l'insormontabile ostacolo rappresentato dalla diversità delle tradizioni e delle esperienze nazionali, appare altresì vero che, astrattamente realisticamente, l'attuazione del principio del mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie non può svilupparsi soltanto sul binario della definizione delle norme procedurali necessarie ad assicurare l'esecuzione nel territorio di uno Stato membro delle decisioni giudiziarie assunte da autorità di un altro Stato membro.

Una pur limitata prospettiva di integrazione normativa è, dunque, essenziale al funzionamento di un sistema di cooperazione fondato sul principio del mutuo riconoscimento, poiché soltanto l'espansione del nucleo di regole di diritto sostanziale e processuale condivise consente di praticare effettivamente la fiducia verso gli altri sistemi giuridici che è alla base del principio del mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie[203].

[203] G. MELILLO, *Il mutuo riconoscimento e la circolazione della prova*, in *Cass. Pen.* n. 1/2006 p. 265 B.

4.5 La fiducia reciproca

Alla luce delle osservazioni sopra svolte, si può intuire come il mutuo riconoscimento comporti (quanto meno finora) a carico di ciascun Stato membro obblighi piuttosto gravosi, in termini di rinuncia ad applicare le proprie norme in favore di quelle di altri Stati membri; e ciò, sebbene quelle che appaiono limitazioni di sovranità non siano fini a se stesse bensì siano funzionali al raggiungimento di un risultato di interesse comune a ciascuno Stato membro, come, ad esempio, l'instaurazione di un mercato comune o una efficace cooperazione nella repressione del crimine.

L'apertura verso l'esterno richiesta dal meccanismo del mutuo riconoscimento, al di là della sua finalità, risulta possibile in ambito comunitario in ragione della stretta integrazione esistente tra gli Stati membri ed è concepibile solo in virtù della profonda fiducia che li lega (o li dovrebbe legare). In altri termini, insieme al principio dell'equivalenza delle legislazioni, la fiducia reciproca costituisce in presupposto indefettibile del funzionamento del mutuo riconoscimento[204].

La presenza di tale elemento diventa una *condicio sine qua non* nel settore della cooperazione penale: per uno Stato, infatti, riconoscere come equivalenti alle proprie norme straniere che, ad esempio, garantiscono in modo diversi i diritti degli individui sottoposti ad un

[204] Cfr. Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo, *Riconoscimento reciproco delle decisioni definitive in materia penale*, COM (2000) 495 del 26 luglio 2000, laddove afferma: *"La reciproca fiducia, non solo nell'adeguatezza della normativa dei propri partner bensì anche nella corretta applicazione di tale normativa, è un fattore importante del reciproco riconoscimento"*.

procedimento penale, implica una fiducia nei confronti dell'altro ordinamento sicuramente maggiore di quella richiesta per riconoscere normative tecniche sulla produzione e commercializzazione della merce.

Come vedremo, il problema risiede nel comprendere se esista e quale sia il fondamento sul quale è chiamato a poggiare il principio del mutuo riconoscimento e con esso la fiducia reciproca o, *ex adverso*, se la tanto invocata fiducia reciproca non si risolva in effetti in una illusione piuttosto che in un obiettivo già (asseritamente) raggiunto.

4.6 I limiti alla libera circolazione e l'ordine pubblico

Un altro tratto caratteristico del principio del mutuo riconoscimento che si è riscontrato nel settore del mercato interno è la sua non assolutezza: in ciascuno degli ambiti sopra esaminati, l'obbligo per le autorità dello Stato di destinazione di riconoscere come equivalenti le norme dello Stato di origine può, sebbene solo eccezionalmente, subire delle limitazioni.

Nel campo della circolazione delle merci, ad esempio, in base a quanto previsto dalla sentenza *Cassis de Dijon*, lo Stato di destinazione può limitare l'ingresso di una merce sul proprio territorio se riesce a provare l'esistenza di esigenze imperative che a ciò si oppongono; analogamente, come si è visto, uno Stato membro può negare il riconoscimento ad un diploma conseguito all'estero dimostrando che la formazione sottesa al diploma presenta rilevanti differenze con la propria.

Il mutuo riconoscimento delle decisioni penali non fa eccezione, configurandosi anch'esso come un principio non assoluto. Nel campo della circolazione delle decisioni penali, però, come vedremo in seguito, in luogo di limiti

generali, come quelli presenti nei settori del mercato interno, si è, invece, preferito introdurre limitazioni all'esecuzione automatica delle decisioni in forma specifica e tassativa. In altri termini, piuttosto che per una generica contrarietà ai principi fondamentali del proprio ordinamento, l'autorità giudiziaria dell'esecuzione può o addirittura deve rifiutare l'esecuzione di una decisione penale straniera se ricorrono determinate condizioni stabilite a priori.

4.7 Rilievi conclusivi

Come osservato nella Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo, *Reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie in materia penale e il rafforzamento della reciproca fiducia tra gli Stati membri*[205], le prime applicazioni del principio del mutuo riconoscimento (in particolare, con il mandato di arresto europeo) hanno fatto emergere una serie di difficoltà, così confermando i timori che si sono manifestati nel corso del processo di trasposizione del mutuo riconoscimento dal settore del mercato interno al settore della giustizia penale.

Anche sulla considerazione che il mutuo riconoscimento è e continuerà ad essere il protagonista della cooperazione penale in seno all'Unione (perlomeno) ancora per molti anni a venire, occorrerà (alla fine del presente lavoro, ed alla luce anche di quell'istituto che rappresenta il secondo importante banco di prova del mutuo riconoscimento – ossia il mandato europeo di ricerca delle prove) individuare ed analizzare le debolezze

[205] COM (2005) 195 del 19 maggio 2005.

del sistema della cooperazione giudiziaria in materia penale esistente, comprenderne le ragioni e soprattutto tentare di individuare alcuni spunti per migliorarne il funzionamento[206].

Tuttavia si possono fin da ora sinteticamente anticipare i successivi punti di analisi e riflessione.

Certamente la cooperazione penale è una materia sensibile, indissolubilmente legata alla sovranità degli Stati membri, i quali oltretutto non sempre hanno condiviso e condividono le medesime opinioni quando si tratta di scelte di politica criminale. Gli Stati membri non paiono, evidentemente, pronti ad accettare completamente l'apertura reciproca che il principio del mutuo riconoscimento, invece, richiede; ad accettare l'idea di non essere più "*Stati sovrani che possono cooperare in singoli casi, ma membri dell'unione obbligati ad aiutarsi reciprocamente*"[207]

Se ciò è senz'altro vero e spiega da un punto di vista politico le ragioni del limitato successo del mutuo riconoscimento in materia penale, non è però sufficiente a chiarirne con precisione i motivi.

I punti salienti in tema di ricerca delle cause delle difficoltà incontrate dal mutuo riconoscimento nella materia penale e ai quali si ritiene opportuno accennare già in tale sede, sono così sintetizzabili:

- il livello di fiducia intercorrente tra gli Stati membri;
- l'equivalenza delle garanzie;
- il ravvicinamento delle legislazioni.

[206] Cfr. Capitolo IV.

[207] Così l'avvocato generale Colomer, Conclusioni relative alla causa C-303/05 del 12 settembre 2006.

Sinteticamente, il principio del reciproco riconoscimento si nutre della reciproca fiducia tra gli Stati membri dell'Unione. L'esistenza di un rapporto fiduciario rappresenta la chiave del buon funzionamento dei meccanismi semplificati; in assenza di tale requisito, ogni politica che adotti il mutuo riconoscimento come asse portante è inesorabilmente destinata a fallire.

Eppure nel settore del processo penale la reciproca fiducia non è un dato acquisito; il suo rafforzamento è più un obiettivo da raggiungere che un presupposto stabile dal quale muovere. Garantire che i vari sistemi nazionali riconoscano analoga dignità agli atti formati all'estero è una priorità assoluta per l'Unione, da perseguire mediante lo sviluppo graduale di una cultura giudiziaria continentale basata sulla diversità degli ordinamenti giuridici degli Stati membri e l'unità della legge europea. Gli organi comunitari sono pienamente consapevoli di tale necessità: la reciproca fiducia è collante imprescindibile ed essenza stessa del percorso di sviluppo di una giustizia penale comune nello spazio giudiziario europeo. La tecnica più utile ed efficace a tal fine sembra quella di potenziare l'opera di armonizzazione delle legislazioni nazionali, di introdurre a livello comunitario alcune norme minime che siano in grado di garantire la "*compatibilità delle normative applicabili negli Stati membri nella misura necessaria per migliorare la cooperazione*" (art. 31 comma1 lett.c) TUE). In altri termini, il mutuo riconoscimento postula una concezione della cooperazione che non può realizzarsi senza una integrazione normativa minimale.

La cooperazione giudiziaria, come attualmente intesa nell'ambito dell'Unione, si muove, dunque, (o quanto meno dovrebbe muoversi) lungo due direttrici: l'armonizzazione, da un lato, ed il mutuo riconoscimento e

la libera circolazione, dall'altro. I rapporti tra questi due momenti, però, sono tutt'altro che pacifici; basti pensare al fatto che spesso nella politica criminale europea si è considerato il principio del mutuo riconoscimento come una valida alternativa all'armonizzazione. Due le ragioni addotte in favore di quest'ultima impostazione[208]. La prima, a copertura di una difficoltà tutta politica: le differenze fra i vari ordinamenti nazionali sarebbero tali da rendere arduo, se non impossibile, qualsiasi intervento diretto all'armonizzazione. Stando alla seconda, l'elaborazione di norme minime sarebbe ostacolata dal *deficit* democratico di cui ancora oggi soffrono le procedure legislative comunitarie: in quest'ottica, l'imposizione del mutuo riconoscimento rappresenterebbe una intromissione in campo penale meno incisiva.

Attualmente, non può ancora dirsi che la questione del *deficit* democratico sia stata superata. Semmai può obbiettarsi che un intervento indiretto, che adotti come fulcro il principio del mutuo riconoscimento, non si possa certamente ritenere meno incisivo dell'armonizzazione, potendo anzi affermare il contrario, ovvero che (come vedremo nel prosieguo del presente lavoro) si tratti di un fenomeno ben più insidioso.

Quanto al primo problema, si ha l'impressione che l'Unione, in tema di regole processuali penali, abbia per ora accantonato la questione dell'armonizzazione, rinunziando ad una politica positiva, ovvero ad una

---

[208] S. ALLEGREZZA, *Cooperazione giudiziaria, mutuo riconoscimento e circolazione della prova penale nello spazio giudiziario europeo*, in AA.VV *L'area di libertà, sicurezza e giustizia: alla ricerca di un equilibrio fra priorità repressive ed esigenze di garanzia* (a cura di T. RAFARACI) Giuffrè, Milano, 2007.

imposizione di norme minime alle quali gli Stati membri sono tenuti ad uniformarsi.

Emblematico quanto sta accadendo alla proposta di decisione-quadro relativa alle garanzie minime dell'imputato nel procedimento penale: sebbene i diritti originariamente riconosciuti nella proposta fossero solo cinque – diritto all'assistenza legale, diritto all'interprete ed alla traduzione degli atti, diritto all'assistenza, diritto a comunicare con la propria famiglia e con le autorità consolari – le difficoltà di raggiungere un accordo politico fra gli Stati membri ha progressivamente ridotto il già scarso contenuto della proposta *de qua*.

Nell'ambito della definizione di un "processo penale europeo", gli strumenti adottati nell'ambito del terzo pilastro per attuare il principio del mutuo riconoscimento e facilitare la cooperazione giudiziaria sembrano, dunque, preoccuparsi poco o nulla della necessità di una previa armonizzazione. La logica di cui sono pervasi è piuttosto di tipo finalistico: si impone all'ordinamento nazionale di accogliere l'atto esterno senza intervenire preventivamente definendo i caratteri minimi dell'atto in questione. Ciò che interessa è il conseguimento del risultato – la libera circolazione degli atti processuali – ed al metodo è dedicata poca o scarsa attenzione; e ciò, laddove per un funzionamento della circolazione degli atti la sequenza dovrebbe essere: prima l'armonizzazione, che favorisce il mutuo riconoscimento, poi le regole per rendere effettiva e snella la circolazione degli atti processuali fra i diversi ordinamenti europei.

Viene così privilegiata la via del mutuo riconoscimento non preceduto dall'armonizzazione, celando le ragioni del fallimento politico dietro una affermazione tanto frequente quanto debole: l'armonizzazione sarebbe un dato acquisito, un risultato già raggiunto grazie all'adesione di

tutti gli Stati membri dell'Unione alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Come avremo modo di analizzare ed argomentare nel capitolo conclusivo, l'impostazione data al problema non convince. In primo luogo, essa pecca in termini prospettici: l'Europa ha già dimostrato di non fermarsi di fronte alle ritrosie dei paesi membri. Se si vuole fornire una paradigma metodologico utile anche per gli sviluppi futuri della cooperazione giudiziaria, è necessaria una riflessione di più ampio respiro. In secondo luogo, come dimostrerà anche l'analisi in tema di circolazione della prova penale, esistono valide ragioni per non accogliere la tesi secondo la quale la Corte di Strasburgo, nel verificare il rispetto della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, abbia offerto un grado di armonizzazione soddisfacente in tema di regole processuali[209].

La tematica della libera circolazione della prova penale nello spazio giudiziario europeo pare un ottimo terreno per sviluppare e comprendere le debolezze e le difficoltà del processo di trasposizione del mutuo riconoscimento dal settore del mercato interno al settore della giustizia penale e tracciare i possibili scenari sul prossimo futuro della cooperazione giudiziaria penale in seno all'Unione europea.

[209] O. MAZZA, *Il principio del mutuo riconoscimento nella giustizia penale, la mancata armonizzazione e il mito taumaturgico della giurisprudenza europea*, in *Riv. dir. proc.* 2009, p.393.

CAPITOLO SECONDO

IL MANDATO EUROPEO DI RICERCA DELLE PROVE

1. INTRODUZIONE

Anche alla luce di quanto argomentato nel corso del precedente capitolo, il mutuo riconoscimento delle decisioni penali si presenta quale meccanismo dotato di caratteristiche peculiari che lo rendono un *quid novi* e non già la semplice trasposizione al campo della cooperazione in materia penale di un principio elaborato nel settore del mercato interno.

Se infatti, al pari della circolazione delle merci, la circolazione delle decisioni penali si fonda sul principio del riconoscimento automatico e della libera circolazione del "prodotto", tuttavia essa si caratterizza per la mancanza di quel presupposto indefettibile che ha fin dall'inizio connotato la circolazione delle merci: l'armonizzazione tra le legislazioni degli Stati membri.

Diversamente dal settore mercantilistico, nella materia penale, il principio del mutuo riconoscimento viene ritenuto di per se solo sufficiente a creare e garantire uno spazio giudiziario comune, venendo lo stesso considerato e trattato quale valida alternativa all'armonizzazione.

Non solo si prescinde dall'introdurre a livello comunitario (anche solo) talune norme minime che siano in grado di garantire la compatibilità delle normative applicabili negli Stati membri nella misura necessaria per migliorare la cooperazione ma addirittura si giunge a ritenere l'armonizzazione quale un dato acquisito, un risultato già raggiunto grazie all'adesione di tutti gli Stati membri dell'Unione alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (*breviter*, CEDU).

L'esame della decisione-quadro relativa al mandato europeo di ricerca delle prove costituisce un utile banco di verifica delle difficoltà che il principio del mutuo

riconoscimento, così come trasferito nel campo della giustizia penale (dove viepiù si manifestano le notevoli diversità degli ordinamenti penal-processuali nazionali), sconta in assenza di una (anche minima) integrazione normativa.

2. IL SUPERAMENTO DELLE TRADIZIONALI FORME DI COOPERAZIONE GIUDIZIARIA PENALE NELL'ASSUNZIONE DELLA PROVA ALL'ESTERO

Dopo un lungo travaglio normativo, il 18 dicembre 2008 il Consiglio dell'Unione ha adottato la decisione-quadro 2008/978/GAI, relativa al mandato europeo di ricerca delle prove diretto all'acquisizione di oggetti, documenti e dati da utilizzare nei procedimenti penali (*breviter*, MER)[210]. Essa si inserisce in quel percorso virtuoso, che – come visto – l'Unione europea ha iniziato a partire dal Consiglio europeo di Tampere, indirizzato al superamento del sistema dell'estradizione e della rogatoria nella cooperazione giudiziaria fra autorità degli Stati membri tramite l'estensione del principio del mutuo riconoscimento alla materia penale.

---

[210] In *Gazz. Uff. Un. eur*., n. L350 del 30 dicembre 2008, p.72. L'*iter* normativo dell'atto è iniziato con la proposta del 14 novembre 2003, modificata a più riprese dal Consiglio; nel lungo periodo che ha separato il dicembre scorso dalla proposta iniziale è stata messa anche in dubbio dalla Commissione la necessità di procedere all'adozione di questo provvedimento (v. SEC (2008)2049 del 2 luglio 2008); sulla disciplina contenuta nella proposta del Consiglio si è sovrapposta la risoluzione legislativa del Parlamento europeo il 21 ottobre 2008 (A6-0408/2008), i cui contenuti hanno manifestato non poche preoccupazioni relative al rispetto delle prerogative fondamentali della persona coinvolta nel procedimento di cooperazione giudiziaria (a mero titolo esemplificativo, cfr. la disciplina proposta nell'art.4 par.1 *bis* indirizzata ad esplicitare che la richiesta di cooperazione deve essere a disposizione tanto dell'accusa quanto della difesa; ovvero nell'art.11 *bis*, intitolato *"Garanzie (minime) relative all'esecuzione"*); tale risoluzione non ha trovato sostanzialmente eco nella versione definitiva dell'atto.

Obiettivo del provvedimento europeo è la sostituzione degli accordi multilaterali in materia di assistenza giudiziaria con una normativa che appartenga prettamente all'Unione europea, vincolante gli Stati membri ad introdurre nei rispettivi ordinamenti forme, nuove ed inedite, di assistenza giudiziaria non rogatoriale.

Il proposito che il Consiglio dell'Unione si prefigge in questa occasione è quello di una sostituzione dell'intero *corpus* di convenzioni regolanti la materia dell'assistenza giudiziaria tra Stati, con le norme della decisione-quadro *de qua*, che verrà a costituire la base giuridica della cooperazione penale tra Stati membri per la ricerca e l'acquisizione delle prove.

Come è noto, attualmente questa attività risulta regolata da strumenti tradizionali del diritto internazionale, convenzioni e trattati, e ha natura convenzionale, così come è ricavabile dall'art.696 c.p.p. che riconosce la prevalenza del diritto internazionale generale sulle leggi italiane.

L'assistenza giudiziaria di tipo convenzionale riflette la concezione classica secondo la quale l'attività di collaborazione tra Stati ricade pienamente nell'esercizio della sovranità, così risultando oggetto di procedimenti che necessariamente comportano valutazioni politiche e metagiudiziarie.

In tale contesto, la decisione-quadro sul mandato europeo di ricerca delle prove si propone un ammodernamento della base giuridica convenzionale dell'assistenza giudiziaria tra Stati membri, limitatamente ai procedimenti per l'acquisizione di prove. Essa – come si avrà modo di analizzare – si caratterizza per la riduzione delle procedure di assistenza giudiziaria ad un ambito esclusivamente tecnico-giuridico, con abbandono del doppio filtro – politico e giurisdizionale – nonché per la

rilevanza riconosciuta al profilo dell'utilizzabilità delle prove acquisite in territorio estero, con il superamento della regola tradizionale della *lex loci*, in favore di un nuovo principio per cui lo Stato richiesto deve fornire assistenza giudiziaria nelle forme e procedure indicate dall'autorità giudiziaria che ha emesso il mandato.

2.1 La Convenzione sull'assistenza giudiziaria in materia penale

In ogni caso, prima di affrontare *funditus* la decisione-quadro relativa al mandato europeo di ricerca delle prove, appare utile prendere in considerazione la Convenzione di assistenza giudiziaria in materia penale firmata a Bruxelles nel 2000.

L'interesse per tale normativa non appare, infatti, sopito sia in considerazione che, oltre a rappresentare l'ultima frontiera nel settore della cooperazione giudiziaria nell'Unione europea, la stessa è destinata a continuare a trovare applicazione, almeno fino a quando le tipologie di raccolta delle prove oggi escluse nell'ambito dei applicazione della decisione-quadro *de qua* saranno a loro volta oggetto di uno strumento di reciproco riconoscimento, sia in considerazione che la stessa rappresenta un importante parametro con riferimento al quale poter apprezzare fino a che punto il mandato probatorio europeo sarebbe effettivamente innovativo ed evolutivo rispetto all'assistenza giudiziaria come attualmente disciplinata.

L'art. 34 TUE attribuisce al Consiglio il potere di adottare misure per promuovere la cooperazione finalizzata al conseguimento degli obiettivi dell'Unione europea, deliberando all'unanimità, su iniziativa di uno

Stato membro o della Commissione. Tra le misure indicate nell'art. 34 il Consiglio può adottare convenzioni di cui raccomanda l'adozione agli Stati membri secondo le rispettive norme costituzionali, indicando loro un termine entro cui avviare le procedure applicabili. Una delle più importanti realizzazioni del modello convenzionale europeo è certamente la Convenzione di assistenza giudiziaria in materia penale del 2000 (*breviter*, Convenzione), che è anche la prima ad essere stata sottoscritta nel quadro del Trattato di Amsterdam.

I negoziati sul testo della Convenzione si sono inseriti nel solco dell'Azione comune intrapresa dal Consiglio GAI sulla buona prassi nell'assistenza giudiziaria in materia penale, oltre che dell'Azione comune sull'istituzione di una Rete giudiziaria europea. Il piano d'azione di Vienna ha poi messo in risalto, da un lato, l'importanza prioritaria dell'adozione di misure dirette a mettere a punto la Convenzione di assistenza giudiziaria in materia penale e, dall'altro lato, la necessità che a dette misure venisse data attuazione il prima possibile, nell'intento di semplificare le procedure e le limitazioni quanto ai motivi di rifiuto dell'assistenza. Nell'anno 2000, si è così giunti all'approvazione del testo definitivo della Convenzione, firmata a Bruxelles il 29 maggio. L'anno successivo è stato poi concluso l'accordo sul relativo protocollo, firmato il 16 ottobre, il quale disciplina l'assistenza giudiziaria relativamente alle richieste di informazioni bancarie.

La Convenzione persegue lo scopo di *"completare"*: le disposizioni della Convenzione di assistenza giudiziaria del 1959, adottata a Strasburgo in seno al Consiglio d'Europa, e del relativo Protocollo del 1978 (riguardante le richieste di informazioni bancarie); le disposizioni della Convenzione del 19 giugno 1990, recante applicazione dell'accordo di Schengen, del 14 giugno 1985, relativo

all'eliminazione graduale dei controlli alle frontiere comuni; nonché il capo II del trattato di estradizione e di assistenza giudiziaria in materia penale tra il Regno del Belgio, il Granducato di Lussemburgo e il Regno dei Paesi Bassi, del 27 giugno 1962, come modificato dal protocollo dell'11 maggio 1974, nel quadro delle relazioni tra gli Stati membri dell'Unione economica del Benelux. Questi strumenti non vengono quindi sostituiti così come specificato nei *consideranda* della Convenzione stessa laddove si afferma che, nella determinazione di integrare la materia dell'assistenza giudiziaria nel settore penale con una misura propria dell'Unione europea, gli strumenti previgenti restano in vigore per tutte le questioni non disciplinate dalla Convenzione.

Sebbene un quadro del genere sia potenzialmente in grado di sollevare dei problemi di ordine pratico soprattutto per l'eterogeneità dei piani giuridici sui quali questi diversi strumenti operano – l'Unione europea da un lato e il Consiglio d'Europa dall'altro – si deve sottolineare che in realtà la Convenzione in esame è talmente elaborata da costituire da sola un sistema di assistenza giudiziaria nuovo e quasi autosufficiente.

A questo proposito occorre sottolineare che, diversamente dalle tradizionali forme di cooperazione giudiziaria in materia penale, la Convenzione promuove forme di assistenza estremamente agili e snelle, alle quali si è in seguito abbondantemente ispirato il legislatore per la proposta di decisone-quadro sul mandato europeo di ricerca delle prove.

Iniziando una seppur breve analisi della Convenzione, per quanto concerne il suo raggio d’azione, l'art.3 individua i procedimenti che danno luogo all'assistenza giudiziaria non solo per le indagini in materia penale ma anche per indagini su atti che sono punibili con talune

sanzioni amministrative. In particolare, il paragrafo 1 stabilisce che l'assistenza giudiziaria é accordata altresì in procedimenti amministrativi relativi a infrazioni punibili in base al diritto nazionale dello Stato richiedente o dello Stato richiesto, o ad entrambi, a titolo di infrazioni a norme di diritto quando contro la decisione può essere proposto ricorso dinanzi ad una giurisdizione competente in particolare in materia penale. L'effetto di questa disposizione consiste nel consentire che venga richiesta assistenza giudiziaria in taluni tipi di casi che non sono contemplati dalla convenzione del 1959 che si applica esclusivamente ai procedimenti penali e non a quelli amministrativi.

Il paragrafo 2, poi, assicura che l'assistenza giudiziaria possa essere prestata anche in relazione ai procedimenti penali ed amministrativi quando si tratti di un reato o di una infrazione per i quali la responsabilità di una persona giuridica può essere fatta valere nello Stato membro richiedente. Il fatto che il diritto dello Stato membro richiesto non preveda una responsabilità amministrativa o penale per le persone giuridiche in relazione ai reati in questione non può di per sé giustificare il rifiuto di una richiesta di assistenza.

L'art.4, relativo alle formalità e procedure inerenti le richieste di assistenza giudiziaria, sposta il baricentro dell'assistenza giudiziaria, per fare sì che l'assistenza venga fornita nel modo indicato dallo Stato membro richiedente, diversamente da quanto previsto dalla Convenzione del 1959 che disponeva che le richieste venissero eseguite secondo le modalità previste dal diritto dello Stato richiesto. Il paragrafo 1, infatti, sancisce il principio generale secondo il quale uno Stato membro richiesto che esegue una richiesta deve osservare le formalità e le procedure espressamente stabilite dallo Stato membro

richiedente. Tale disposizione mira ad agevolare l'utilizzo delle informazioni raccolte mediante l'assistenza giudiziaria come prove nelle successive fasi del procedimento nello Stato membro richiedente. Lo Stato richiesto può rifiutare di osservare le formalità e le procedure in questione solo quando esse sono in conflitto con i principi fondamentali del diritto nazionale o quando la convenzione stessa indica espressamente che l'esecuzione delle richieste è disciplinata dal diritto dello Stato membro richiesti.

Lo Stato membro richiesto dà esecuzione il più rapidamente possibile alla richiesta di assistenza giudiziaria, tenendo conto dei termini procedurali indicati dallo Stato membro richiedente.

Se una richiesta non può essere eseguita o non può essere eseguita integralmente secondo le formalità indicate dallo Stato membro richiedente, lo Stato membro richiesto è tenuto ad informare prontamente l'altro Stato membro, indicando le condizioni alle quali potrebbe dare esecuzione alla richiesta. E' inoltre previsto che le autorità richiedenti e quelle richieste possano accordarsi su come trattare la richiesta, all'occorrenza condizionando l'esecuzione della stessa al soddisfacimento delle pertinenti condizioni.

Se i termini indicati come necessari per il procedimento in corso dallo Stato membro richiedente non possono essere rispettati, le autorità dello Stato membro richiesto indicano prontamente una stima dei tempi necessari per dare esecuzione alla richiesta; di conseguenza le autorità dello Stato membro richiedente comunicano se la richiesta deve comunque continuare ad essere considerata.

Per quanto riguarda l'invio e la consegna degli atti del procedimento, l'art.5 stabilisce come regola generale che tali atti, che devono essere trasmessi da uno Stato membro ad una persona sul territorio di un altro Stato membro, vengano inviati direttamente al destinatario a mezzo di

posta. Obiettivo è di assicurare che gli atti del procedimento possano essere inviati e consegnati il più rapidamente possibile da uno Stato membro quando il destinatario si trova sul territorio di un altro Stato membro. Eccezioni all'uso dei mezzi postali sono annoverate nei casi in cui l'indirizzo del destinatario sia sconosciuto o incerto, o le norme di procedura dello Stato membro richiedente esigano una prova dell'effettuata consegna dell'atto diversa da quella che può essere fornita a mezzo posta, o non sia stato possibile inviare l'atto a mezzo posta, o, infine, lo Stato membro richiedente abbia fondati motivi di ritenere che l'invio a mezzo posta sia inefficace o inadeguato.

Il paragrafo 3 stabilisce che, quando uno Stato membro che invia un documento ha fondati motivi di ritenere che il destinatario non comprenda la lingua in cui il documento è redatto, deve provvedere a che tale documento o almeno le sue disposizioni più importanti venga tradotto in una delle lingue dello Stato membro nel cui territorio la persona si trova. Sempre a tutela degli interessi del destinatario, il documento deve essere corredato di un avviso contenente informazioni particolareggiate su come il destinatario può ottenere informazioni dall'autorità che ha emesso l'atto o da altri organismi di tale Stato membro circa i suoi diritti e i suoi obblighi: ad esempio nel caso in cui il destinatario sia citato a comparire in qualità di imputato, l'avviso dovrebbe indicare in quali circostanze la persona interessata può essere assistita da un legale.

L'art.6 prevede, poi, che le richieste di assistenza giudiziaria tra Stati membri nonché le comunicazioni relative allo scambio spontaneo di informazioni vengano effettuate direttamente tra le autorità giudiziarie competenti e rinviate tramite gli stessi canali. L'aspetto importante ed innovativo di tale disposizione va ravvisata nel fatto che le richieste vengono trasmesse e comunicate non solo per

iscritto ma anche con qualsiasi mezzo in grado di produrre una registrazione scritta per consentire allo Stato membro destinatario di verificarne l'autenticità: ciò permette di trasmettere le richieste tra l'altro per fax e posta elettronica.

Il paragrafo 2 di detto articolo consente, in casi specifici, la trasmissione e la restituzione di richieste tra le autorità centrali o tra una autorità giudiziaria in uno Stato membro e un'autorità centrale in un altro Stato membro.

Ancora, è possibile trasmettere le richieste tramite Interpol nei casi in cui sia necessaria una risposta urgente. A tale proposito, il riferimento contenuto nel paragrafo 4 ad altri organi competenti secondo le disposizioni adottate a norma del trattato sull'Unione europea, intende consentire che le richieste vengano inoltrate tramite un organo quale l'Europol o Eurojust.

L'art.7 consente alle autorità competenti degli Stati membri di scambiare informazioni relative ai reati o alle infrazioni amministrativi senza che sia necessaria una richiesta di assistenza giudiziaria. Tale articolo riconosce, quindi, l'estrema utilità che uno Stato membro condivida con un altro Stato membro informazioni ottenute in materia penale: l'intenzione è di istituire un quadro generale per lo scambio di siffatte informazioni.

La Convenzione si occupa, poi, al Titolo II di richieste di forme specifiche di assistenza giudiziaria.

L'art.8 introduce nuove disposizioni secondo le quali possono essere trasmesse richieste di assistenza giudiziaria volte a mettere a disposizione dello Stato membro richiedente beni ottenuti attraverso reati, ad esempio merci rubate, affinché vengano restituiti ai legittimi proprietari[211].

[211] Il paragrafo 1 consente allo Stato membro richiesto, senza tuttavia obbligarlo, di dare esecuzione ad una richiesta di questo tipo. Lo

L'art.9 prosegue prevedendo il trasferimento temporaneo di persone detenute ai fini di un'indagine. Esso completa l'art.11 della Convenzione del 1959 consentendo ad un Stato membro di disporre il trasferimento temporaneo di una persona detenuta nel proprio territorio in un altro Stato membro, in relazione ad una indagine svolta dallo Stato membro di detenzione[212].

Sempre a riguardo delle forme particolari di assistenza rientra l'audizione mediante videoconferenza. Lo sviluppo di nuove tecnologie ha reso infatti possibile la comunicazione tra una persona che si trova in un determinato paese e una persona in un altro paese tramite un collegamento video diretto. L'art.10 intende fungere

---

Stato membro richiesto potrebbe per esempio rifiutare l'esecuzione di una simile richiesta qualora in tale Stato fossero stati sequestrati beni a fini di prova. Questo paragrafo non intende modificare in alcun modo le disposizioni di diritto nazionale in materia confisca. Inoltre, va osservato che il paragrafo è stato formulato in vista di una applicazione limitata ai casi in cui non vi siano dubbi circa l'identità del legittimo proprietario del bene. Stabilisce altresì che restano impregiudicati i diritti dei terzi in buona fede, garantendo in tale modo che i diritti legittimi in materia di proprietà vengano pienamente tutelati.

[212] Il paragrafo 1 rende possibile il trasferimento di detenuti ai sensi di questo articolo previo accordo delle autorità competenti sia dello Stato membro richiedente sia dello Stato membro richiesto. Conformemente al paragrafo 2, tale accordo deve specificare le modalità del trasferimento ed il termine per il rientro della persona interessata. Il paragrafo 3 tiene conto del fatto che uno Stato membro possa richiedere il consenso della persona da trasferire e che, qualora tale consenso sia necessario, esso debba essere fornito prontamente allo Stato membro richiesto. Infine, il paragrafo 4 mira ad assicurare che l'eventuale periodo di detenzione trascorso nello Stato membro richiesto nel corso di un trasferimento sia dedotto dal periodo di detenzione che la persona trasferita deve scontare nello Stato membro richiedente.

da base per l'uso di questa procedura ed agevolarla, onde superare difficoltà che possono insorgere nei procedimenti penali quando una persona si trova in uno Stato membro e la sua presenza ad una audizione in un secondo Stato membro non è auspicabile o possibile. L'articolo si applica in generale alle audizioni di periti e testimoni ma può, a talune condizioni di cui al paragrafo 9, applicarsi parimenti alle audizioni di imputati[213].

[213] In particolare, tale articolo stabilisce regole inerenti alle richieste di audizione mediante videoconferenza e al relativo svolgimento. In particolare, il paragrafo l sancisce il principio per cui uno Stato membro può presentare una richiesta di audizione mediante videoconferenza in relazione ad una persona che si trova in un altro Stato membro. Tale richiesta può essere effettuata quando le autorità giudiziarie dello Stato membro richiedente devono ascoltare la persona in qualità di testimone o di perito e non è opportuno o possibile per la persona in questione recarsi in tale Stato per l'audizione. Il paragrafo 2 obbliga uno Stato membro richiesto ad acconsentire ad una richiesta di videoconferenza purché l'audizione non sia, nelle circostanze particolari del caso, contraria ai principi fondamentali del diritto nazionale e che esso disponga della capacità tecnica necessaria per effettuare tale audizione. Quando non sono disponibili gli strumenti tecnici necessari, lo Stato membro richiedente può, con il consenso dello Stato membro richiesto, fornire l'attrezzatura adeguata per consentire lo svolgimento dell'audizione. L'autorità giudiziaria competente dello Stato membro richiesto invia la relativa citazione alla persona in questione, assicurando in tale modo che vengano intraprese le azioni appropriate per garantire la presenza della persona stessa all'audizione. Si tratta di una deroga agli articoli 4 e 5. Inoltre, a differenza di quanto prevede l'articolo 9 nel caso degli imputati, non è richiesto il consenso del testimone o perito per l'audizione mediante videoconferenza. Le regole da osservare durante lo svolgimento di un'audizione sono stabilite dall'art.5. In particolare la lett. a) contiene una disposizione relativa alla presenza e, se necessario, all'intervento di un'autorità giudiziaria

dello Stato membro richiesto volta ad assicurare che durante l'audizione non vengano violati i principi fondamentali del diritto di tale Stato membro. Lo Stato membro richiedente può, per esempio, richiedere che il difensore della persona da ascoltare presenzi all'audizione. Ai sensi della lett. b), le misure volte ad assicurare la protezione della persona da ascoltare vengono concordate tra le autorità competenti e possono includere l'applicazione di eventuali norme dello Stato membro richiedente sulla protezione delle persone da ascoltare. La lett. c) stabilisce che le audizioni siano condotte direttamente dalle autorità giudiziarie dello Stato membro richiedente o sotto la loro direzione, conformemente al proprio diritto interno. Fatto salvo quanto previsto dalla lett. e), la persona da ascoltare mediante videoconferenza deve avere gli stessi diritti che avrebbe se partecipasse ad un'udienza nello Stato membro richiedente. La lett. d) richiede che lo Stato membro richiesto metta a disposizione della persona da ascoltare un interprete, qualora sia necessario e chiesto dallo Stato membro richiedente o dalla persona in questione. La lett. e), infine, contiene una misura di salvaguardia per la persona in questione, che può avvalersi della facoltà di non testimoniare prevista dal diritto nazionale dello Stato richiesto o dello Stato richiedente. Qualora tale diritto venga invocato, spetterà all'autorità giudiziaria che conduce l'audizione determinarlo, fatto salvo il dovere dell'autorità giudiziaria dello Stato membro richiesto di adottare le misure necessarie per lo svolgimento dell'audizione secondo i principi fondamentali del suo diritto interno. L'autorità giudiziaria dello Stato membro richiesto deve redigere un verbale dell'audizione, indicante la data e il luogo dell'audizione, l'identità della persona ascoltata nonché l'identità e la qualifica di tutte le persone che vi hanno partecipato, e trasmetterlo allo Stato membro richiedente. Il paragrafo 8, poi, prevede che, qualora nel corso dell'audizione una persona rifiuti di testimoniare o testimoni il falso, lo Stato membro nel quale si trova la persona da ascoltare deve poter trattare tale persona come se comparisse ad una udienza condotta secondo le proprie procedure nazionali. Ciò deriva dal fatto che l'obbligo di deporre in un'audizione mediante videoconferenza insorge ai sensi del diritto dello Stato membro richiesto. Il paragrafo 9, infine, consente agli Stati membri di estendere l'applicazione dell'articolo in esame alle

Sono previste anche audizioni dei testimoni e dei periti mediante conferenza telefonica: si tratta di un altro settore nel quale i mezzi di telecomunicazione possono essere utilizzati ai fini dell'assistenza giudiziaria. L'art.l l, infatti, consente di presentare richieste di assistenza per l'organizzazione di una audizione mediante conferenza telefonica quando una persona che deve essere ascoltata in qualità di testimone o di perito in uno Stato membro si trova in un altro Stato membro. Condizione indispensabile è che la persona da ascoltare dia il proprio consenso alla richiesta di tale tipo di audizione, diversamente da quanto previsto per la videoconferenza.

Ulteriore forma particolare di assistenza è data dalla consegna sorvegliata, tecnica molto efficace nella lotta contro il traffico di droga e altre forme gravi di criminalità. A tale proposito, l'art.12 prevede che ciascuno Stato membro sia obbligato ad adottare le disposizioni atte ad assicurare che, qualora gli venga richiesto da un altro Stato membro, possa autorizzare lo svolgimento di una consegna sorvegliata nel suo territorio nell'ambito di indagini penali relative a reati passibili di estradizione. Il paragrafo 2 stabilisce che spetta allo Stato membro richiesto decidere se autorizzare o meno una consegna sorvegliata nel suo territorio: queste decisioni sono prese caso per caso e nel rispetto delle pertinenti regole dello Stato membro richiesto, In particolare, poi, il paragrafo 3 stabilisce che,

---

audizioni mediante videoconferenze di imputati. Ciascuno Stato membro ha piena discrezione nell'accettare o meno di eseguire richieste di questo tipo di audizioni. Onde salvaguardare la posizione dell'imputato, quest'ultimo deve in ogni caso dare il proprio consenso prima che l'audizione abbia luogo. Poiché la posizione di un imputato diverge significativamente da quella di un testimone o di un perito, si è previsto che il Consiglio adotti eventuali norme atte ad assicurare l'adeguata tutela dei diritti degli imputati.

in deroga all'art.4, tali consegne devono essere effettuate secondo le procedure vigenti nello Stato membro richiesto.

E poi prevista la costituzione di squadre investigative comuni: l'art.13, infatti, pone le regole fondamentali per la costituzione di una squadra investigativa comune. A tale proposito, la previsione della formazione di tali squadre investigative comuni, aventi lo scopo di svolgere indagini penali in uno o più Stati membri partecipanti, è nata dalla constatazione che, qualora uno Stato stia indagando su reati aventi una dimensione transfrontaliera, l'indagine può trarre vantaggio dalla partecipazione del personale incaricato dell'applicazione della legge o di altro personale competente di un altro Stato in cui vi siano collegamenti con i reati in questione. In particolare l'art.13 predispone un quadro specifico nel cui ambito tali squadri devono essere costituite e devono operare, stabilendo condizioni di costituzione e modalità di esecuzione dei compiti loro attribuiti[214].

Le informazioni legalmente ottenute da un membro o da un membro distaccato di una squadra investigativa comune, qualora le stesse non siano altrimenti disponibili per le autorità competenti degli Stati membri interessati, possono essere utilizzate in una serie di casi espressamente menzionati: per fini previsti all'atto della costituzione della squadra; previo accordo dello Stato membro in cui le informazioni sono rese disponibili, per l'individuazione,

[214] La costituzione di una squadra comune presuppone un accordo tra le autorità competenti degli Stati membri interessati, il quale specifica innanzitutto il periodo specifico, prorogabile, di operazione della stessa, nonché le persone costituenti la squadra. Essa viene di norma formata nello Stato membro in cui si svolgerà la maggior parte delle indagini ed è diretta da un rappresentante dell'autorità competente che prende parte alle indagini penali dello Stato membro in cui la squadra interviene.

l'indagine e il perseguimento di altri reati; per scongiurare una minaccia immediata e grave alla sicurezza pubblica; ed infine, per altri scopi entro i limiti convenuti dagli Stati membri che hanno costituito la squadra.

Il Titolo III della Convenzione in esame si occupa delle intercettazioni delle telecomunicazioni: è la prima volta che una convenzione di assistenza giudiziaria multilaterale affronta in maniera specifica la questione dell'intercettazione internazionale delle telecomunicazioni.

L'elaborazione degli artt.17-21 ha dato luogo a lavori la cui durata è riconducibile in particolare ad un duplica fattore: da un lato, il problema delle intercettazioni delle telecomunicazioni richiede la ricerca di un equilibrio tra efficacia delle indagini e rispetto delle libertà individuali; dall'altro lato, le tecnologie moderne creano situazioni nuove che occorre cogliere attraverso il diritto.

L'art.18 disciplina i casi in cui uno Stato membro chiede ad un altro Stato membro di ordinare un'intercettazione dal proprio territorio, distinguendo due tipi di richieste di intercettazione, una diretta alla trasmissione immediata delle telecomunicazioni intercettate allo Stato membro richiedente, l'altra diretta alla registrazione e alla successiva trasmissione della registrazione allo Stato membro richiedente[215].

[215] In particolare, il paragrafo 2 determina, in funzione del luogo in cui si trova la persona sottoposta ad intercettazione, le tre ipotesi in cui può essere presentata una richiesta di assistenza giudiziaria. La prima previsione riguarda il caso in cui la persona sottoposta ad intercettazione si trova nello Stato membro richiedente; la seconda riguarda il caso in cui la persona in questione si trova nel territorio dello Stato membro richiesto; infine, la terza riguarda il caso in cui la persona sottoposta ad intercettazione si trova nel territorio di uno Stato membro diverso dallo Stato membro richiesto, ma l'assistenza tecnica di

Infine, altro aspetto innovativo della Convenzione in esame è rappresentato dal Titolo IV che contempla espressamente la disciplina della protezione dei dati personali. E' la prima volta che una cooperazione sulla cooperazione giudiziaria in materia penale sancisce regole di protezione relative allo scambio di dati tra due o più Stati membri. L'art.23, dopo aver circoscritto il campo di applicazione ai dati personali trasmessi sulla base della convenzione, precisa che il tipo di dati personali determina le condizioni in cui essi potranno essere utilizzati, ossia

---

quest'ultimo Stato è necessaria per pro cedere all'intercettazione. Il paragrafo 3 precisa il contenuto della richiesta: indicazione dell'autorità che procede alla richiesta; la conferma che è stato emesso un ordine o un provvedimento legittimo di intercettazione in riferimento ad un'indagine penale; informazioni ai fini dell'identificazione della persona sottoposta ad intercettazione; indicazione della condotta criminale soggetta ad indagine; durata auspicata dell'intercettazione; infine comunicazione di una quantità sufficiente di dati tecnici come ad esempio il numero di allacciamento alla rete. Vengono poi stabilite le condizioni alle quali uno Stato membro richiesto deve soddisfare una richiesta di intercettazione con trasmissione immediata allo Stato membro richiedente, distinguendo due casi. Quando la persona sottoposta ad intercettazione si trova nel territorio di uno Stato membro diverso dallo Stato richiesto, compreso quello dello Stato membro richiedente, una volta ricevute le informazioni sopra menzionate, la richiesta deve essere accettata senza ulteriori formalità. Quando la persona sottoposta ad intercettazione si trova nel territorio dello Stato membro richiesto, quest'ultimo, una volte ricevute le informazioni necessarie, deve accettare la misura se conforme e prevista dal diritto nazionale. Esso può altresì subordinare il suo accordo alle condizioni applicabili, secondo la sua legge, in un caso analogo a livello nazionale. Il paragrafo 6 specifica , poi, che gli Stati membri sono obbligati ad accettare le richieste dirette all'intercettazione, alla registrazione e alla successiva trasmissione solo se non è possibile effettuare la trasmissione immediata.

con o senza il consenso preliminare dello Stato membro che li ha trasmessi.

Lo Stato membro, al quale tali dati sono stati trasferiti, può utilizzarli senza consenso preliminare dello Stato membro che li ha trasmessi, in tre casi: il primo si riferisce all'utilizzo ai fini dei procedimenti cui si applica la presente convenzione, ai sensi degli artt. l e 3; il secondo riguarda un utilizzo nell'ambito di altri procedimenti giudiziari ed amministrativi direttamente connessi con i procedimenti a cui si applica la presente convenzione; il terzo si riferisce alla prevenzione di un pericolo grave ed immediato per la sicurezza pubblica.

Per qualsiasi altra finalità è necessario, per lo Stato membro che intende utilizzare i dati, il consenso preliminare dello Stato membro che li ha trasmessi, a meno che non abbia ottenuto il consenso della persona interessata. Comunque lo Stato membro che trasmette i dati può chiedere allo Stato membro al quale essi sono trasferiti di fornire informazioni sul relativo utilizzo.

In conformità con il disposto di cui all'art. 34 par. 2 lett. *d)* TUE, in base al quale le convenzioni entrano in vigore una volta adottate da almeno la metà degli Stati membri – disposizione introdotta con il Trattato di Amsterdam e diretta a superare le difficoltà causate dal necessario recepimento da parte di tutti gli Stati membri – la Convenzione è entrata in vigore a partire dal momento in cui otto Stati membri hanno provveduto alla ratifica (si ricorda infatti che al momento dell'adozione della Convenzione l'Unione contava ancora soltanto 15 Stati membri).

Tre anni dopo l'adozione della Convenzione solamente due Stati, la Spagna e il Portogallo, avevano provveduto alla ratifica. Proprio a causa di questo atteggiamento di noncuranza, il Consiglio ha adottato la decisione quadro

2002/465/GAI relativa alle squadre investigative comuni, che ha pedissequamente riprodotto il contenuto della corrispondente norma convenzionale, al fine di stimolare una più rapida implementazione a livello nazionale quanto meno di questo strumento di cooperazione. Ciò, tenuto conto della forza vincolante che le decisioni quadro esercitano una volta adottate dal Consiglio quanto al risultato (le forme e i modi di implementazione sono rimessi alla libertà dei singoli Stati membri), diversamente da quanto previsto per le Convenzioni, la cui vincolatività dipende invece esclusivamente dalla ratifica degli Stati che vi hanno aderito. Eppure, nonostante questo espediente messo in atto dal Consiglio, anche la decisione quadro sulle squadre investigative comuni è stata largamente ignorata.

Solo cinque anni dopo la sua adozione, il 23 agosto 2005, il numero minimo di otto Stati membri ha ratificato la Convenzione, consentendone così l'entrata in vigore (limitatamente a quegli Stati membri). Questo il risultato, nonostante i ripetuti appelli da parte delle istituzioni europee. Negli ultimi anni la situazione sembra essersi sbloccata: ad oggi, dei 27 Stati membri dell'Unione, 22 hanno proceduto alla ratifica, ad eccezione di Irlanda, Italia, Grecia, Lussemburgo e Malta.

Deve quindi prendersi atto che, nonostante la sua ampiezza e specificità di contenuti, l'efficacia della Convenzione è stata a lungo frustrata (ed in parte lo è tuttora) dallo strumento legislativo con il quale il legislatore europeo ha deciso di intervenire in materia; uno strumento decisamente inadeguato per via del necessario *iter* di recepimento lento e travagliato. L'assoluta libertà quanto ai tempi di ratifica della Convenzione ha tradito la riluttanza in certi casi e l'inefficienza in certi altri degli Stati membri.

2.2 Il Corpus Juris

Una delle prime risposte alla sentita necessità di predisporre regole atte a disciplinare un sistema penale e processuale penale comune si è avuta con il progetto di *Corpus Juris*, caratterizzato dall'intento di unificare i diritti penali sostanziali e processuali d'Europa, con l'obiettivo di creare un vero e proprio processo penale europeo[216].

Per quel che concerne lo specifico delle prove, quale dimensione interiore del processo, il *Corpus Juris* presenta, seppure in un numero limitato di articoli (artt. 29, 31, 32 e 33), aspetti complessi ed articolati e non poche incertezze relativamente ai limiti probatori.

Grande spazio è dato alla disciplina dell'esclusione probatoria, sul presupposto che la legalità della prova sia requisito imprescindibile perché il processo penale appaia meno persecutorio a chi lo subisce.

Ciononostante il fenomeno dei limiti probatori non risulta agevolmente individuabile nel progetto, in difformità rispetto alla dichiarazione di principio di cui al preambolo, in base al quale l'unificazione delle regole di procedura e prova rappresenterebbe l'architrave della futura costituenda procedura penale europea. Il *Corpus Juris*, invero, accoglie una concezione meccanica della prova, indipendentemente sia dai limiti fisiologici alla dinamica processuale sia dal contesto dialettico o argomentativo che alla prova dà vita, di enorme importanza, invece, per tutti quei sistemi a tendenza

[216] S. ALLEGREZZA, *L'incertezza dei limiti probatori nel progetto Corpus Juris*, in AA.VV. *Il Corpus Juris 2000 – Nuova formulazione e prospettive di attuazione*, a cura di L. PICOTTI, Cedam, 2004, Padova.

accusatoria protesi a limitare metodologicamente la ricerca della verità giudiziale.

In modo particolare, nessuna conseguenza in tema di legalità probatoria sembra discendere dall'inserimento del principio del contraddittorio, quale canone informatore del processo comunitario: la concezione del contraddittorio appare diversa da quella sottesa alla versione inserita nell'art.111 Cost., rappresentando una mera garanzia individuale posta a tutela del diritto di difesa dell'imputato, piuttosto che il metodo preferibile nella difficile ricostruzione storica dei fatti. L'effetto di tale scelta si ripercuote sicuramente sull'utilizzabilità ai fini dibattimentali del materiale raccolto durante le indagini: l'assenza di un divieto di trasmigrazione degli elementi acquisiti durante la fase preparatoria nella fase dibattimentale affievolisce la potenzialità del metodo del contraddittorio come tecnica di accertamento. Nel *Corpus Iuris* non si rinvengono regole attinenti alla valutazione della prova o a quella degli indizi. Altrettanto insufficientemente delineata risulta quella parte dedicata alle metodologie di formazione della prova: *"la formazione della prova è ad esclusivo uso dell'accusa"*. Tale affermazione, oltre ad essere scarna e carente, comporta inevitabili conseguenza sulla legalità del materiale raccolto, in un processo comunque ispirato a ben precisi canoni, primo fra tutti quello del giusto processo, al quale è ispirato l'intero progetto.

L'unica disposizione del *Corpus Juris* che sembra esauriente (ma non troppo) è quella dedicata alle regole di esclusione probatoria, delineate all'art.33.

Nel primo periodo della norma si parla di prova che deve essere *ècartée* perché ottenuta in violazione delle regole del progetto: sembra si tratti di quella prova già acquisita ma non utilizzabile ai fini del giudizio.

Guardando ai casi in cui la prova è esclusa, il primo riferimento – e quindi il primo caso in cui si nega validità alla prova stessa – è ricollegata alla violazione de diritti fondamentali consacrati nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo dalla quale possono dedursi dei divieti in riferimento a conoscenze ottenute in deroga ai singoli diritti protetti: si pensi, ad esempio, alle dichiarazioni ottenute dall'accusato mediante tortura o trattamenti inumani e degradanti di cui all'art. 3 CEDU o alle intercettazioni operate in deroga all'art.8 CEDU.

Il secondo criterio è interno al progetto stesso nel senso che la prova è da escludersi se assunta in violazione delle norme del *Corpus Juris* (art.33 comma2).

Il terzo caso di esclusione risponde ad una esigenza legata al carattere aperto della procedura comunitaria, sempre bisogna di integrazione da parte dei sistemi interni nazionali. In altri termini, non è valida una prova assunta in violazione delle regole nazionali ma la violazione del diritto nazionale applicabile non costituisce presupposto sufficiente per l'esclusione: nessun giudice interno è autorizzato a rilevare l'illegalità della prova, ai sensi del proprio diritto nazionale, qualora questa sia stata legittimamente acquisita in un altro Paese. Con un rimando al primo criterio si afferma che la prova è illegittima solo qualora la sua ammissione rechi pregiudizio ai principi del giusto processo espresso dalla CEDU secondo cui vi è responsabilità dello Stato firmatario solo nel caso in cui la prova assunta in violazione delle regole convenzionali sia l'unica posta a fondamento della decisione.

L'esclusione della prova illegittima è, dunque, prevista solo in seguito ad una analisi complessiva del rispetto delle garanzie del giusto processo e la fase in cui si pone la barriera della legalità della prova è situata non nel suo momento genetico bensì in quello conclusivo del processo,

quando il giudice è chiamato a valutare gli elementi a sua disposizione. Fattore, questo, che a discapito della *ratio* sottesa alle regole di esclusione probatoria che impone, invece, una selezione operata a monte per modo che per la prova illegittima vige un radicale divieto di valutazione per il giudice.

Ogni violazione, come osservato, è riportata nell'ambito delle garanzie della Convenzione europea dei diritti dell'uomo ed il suo articolo 6 rappresenta l'unico criterio di giudizio che può trovare operatività pratica in materia. Tutta la disciplina dei divieti probatori sembra assumere i carattere di norma processuale in bianco poiché il contenuto di ogni regola abbisogna di integrazione da parte dei principi giurisprudenziali europei in tema di processo giusto ed equo.

Da qui non poche incertezze: la giurisprudenza di Strasburgo è costante nell'affermare che l'ammissibilità e la valutazione della prova sono di competenza del diritto nazionale, preoccupandosi che la procedura rispetti il diritto al processo equo, attraverso una operazione di valutazione complessiva dell'intero procedimento.

Dalle carenti ed insufficienti norme del *Corpus Juris* attinenti la prova ed il procedimento probatorio in prospettiva europea non si ricavano criteri idonei a gestire un processo penale svincolato dai principi imposti dalle singole legislazioni nazionali: manca quella coerenza nell'utilizzo di categorie concettuali idonee ad identificare i limiti che necessariamente devono sussistere in tema di ammissibilità, valutazione ed utilizzabilità del materiale conoscitivo. L'unico dato certo è che il progetto per la realizzazione di un processo penale europeo offre le basi pratiche per la sua gestione nel momento in cui in esso confluiscano prove da più Stati membri. Implicito, come si vedrà per le nuove fonti europee sulla prova penale, il

rifiuto delle procedure di rogatoria, inadeguate allo scopo di cooperazione in unico spazio: l'Europa.

3. IL MANDATO EUROPEO DI RICERCA DELLE PROVE

3.1 Definizione

Il mandato europeo di ricerca delle prove è una decisione giudiziaria emessa da una autorità competente di uno Stato membro allo scopo di acquisire oggetti, documenti e dati (art.1 par.1) ai fini del loro utilizzo:

- nel corso di procedimenti penali;
- nel corso di procedimenti avviati dalle autorità amministrative o giudiziarie quando la decisione può dar luogo ad un procedimento dinanzi ad un organo giurisdizionale competente in materia penale; o ancora
- nel corso di violazioni per i quali una persona giuridica può essere considerata responsabile o punita nello Stato di emissione (art.5).

Il punto cardine del nuovo strumento risiede nella sostituzione della procedura rogatoriale con una procedura di natura puramente giudiziaria, affidata direttamente ed esclusivamente ad autorità giudiziarie e formalizzata da un mandato unico, valido su tutto il territorio dell'Unione, finalizzata all'acquisizione ed alla trasmissione di elementi probatori.

All'introduzione di tale misura si accompagna, quindi, l'abbandono anche sul piano probatorio di ogni ruolo decisionale per l'esecutivo – e con esso do ogni momento di discrezionalità politica – e ciò anche laddove uno Stato membro decida di designare una autorità centrale per

assistere le autorità giudiziarie competenti, atteso il ruolo della stessa nell'esecuzione del mandato europeo di ricerca delle prove è sostanzialmente limitato alla sola assistenza pratica ed amministrativa.

Il MER rappresenta uno strumento di acquisizione probatoria utilizzabile tanto nel corso delle indagini preliminari o della cd. attività integrativa di indagine quanto in dibattimento e più in generale nell'intero arco del processo di merito

3.2 Ambito di applicazione

Quanto all'ambito oggettivo di applicazione della decisione-quadro, astrattamente indicato in *"oggetti, documenti e dati"*, qualche specificazione si rinviene nei *consideranda*, nei quali si richiamano a titolo esemplificativo gli oggetti, i documenti o i dati che provengono da un terzo o risultanti dalla perquisizione dei locali, ivi compresa la perquisizione domiciliare, i dati storici sull'uso di servizi, comprese le operazioni finanziarie, verbali di dichiarazioni, interrogatori e audizioni ed altri documenti, compresi i risultati di speciali tecniche investigative (punto 7).

Rientrano ancora nel campo di applicazione della decisione-quadro anche quegli oggetti, documenti e dati già in possesso dell'autorità di esecuzione prima dell'emissione del MER (art.4 par.4) nonché quegli oggetti, documenti o dati scoperti dall'autorità di esecuzione nel corso dell'esecuzione del mandato e da essi ritenuti, senza ulteriori indagini, pertinenti al procedimento ai cui fini è stato emesso il mandato (art.4 par.5).

Con estrema precisione, la decisione-quadro esclude, invece, che il mandato di ricerca delle prove possa essere emesso allo scopo di:

- richiedere all'autorità di esecuzione di condurre interrogatori, raccogliere dichiarazioni o avviare altri tipi di audizioni di indiziati, testimoni, periti o di qualsiasi altra parte;
- procedere ad accertamenti corporali o prelevare materiale biologico o dati biometrici direttamente dal corpo di una persona, ivi compresi campioni di DNA o impronte digitali;
- acquisire informazioni in tempo reale, ad esempio attraverso l'intercettazione di comunicazioni, la sorveglianza discreta dell'indiziato o il controllo dei movimenti su conti correnti bancari;
- condurre analisi di oggetti, documenti o dati esistenti;
- ottenere dati sulle comunicazioni conservati dai fornitori di servizi di comunicazioni elettroniche accessibili al pubblico o di una rete pubblica di comunicazione (art.4 par.2);
- ottenere informazioni sulle condanne penali estratte dai casellari giudiziali, atteso che il loro scambio deve essere effettuato ai sensi della decisione-quadro 2005/876/GAI del Consiglio, del 21 novembre 2005, relativa allo scambio dei informazioni estratte dal casellario giudiziario (art.4 par.3).

In sintesi, non possono essere oggetto di mandato europeo la prova dichiarativa, la prova scientifica, i risultati delle intercettazioni nell'accezione più ampia del termine ed i tabulati telefoni e telematici; mezzi di prova,

questi, rispetto ai quali continuano ad applicarsi i tradizionali strumenti di cooperazione riconducibili all'assistenza giudiziaria.

A tal riguardo, giova evidenziare come lo strumento del mandato di ricerca delle prove si trova oggi a coesistere con le vigenti procedure di assistenza reciproca, almeno fino a quando, conformemente al programma dell'Aja, le tipologie di raccolta delle prove oggi escluse nell'ambito dei applicazione della decisione-quadro in commento saranno a loro volta oggetto di uno strumento di reciproco riconoscimento la cui adozione sostituirà le procedure di assistenza reciproca (art.21 par.1 e *considerandum* n.25).

In merito, non può non rilevarsi la mancata previsione di criteri di raccordo con le forme della cooperazione rogatoriale e la conseguente coesistenza forzata del cd. euromandato con tutti gli altri strumenti giuridici vigenti tra gli Stati membri dell'Unione europea nella misura in cui essi, ai sensi dell'art.21 par.1, riguardino richieste di assistenza giudiziaria finalizzate all'acquisizione di prove ricadenti nell'ambito di applicazione della decisione-quadro.

Così come tradotta nel provvedimento, infatti, la scelta normativa – sia pure con effetti transitori, giustificati nel *considerandum* n.25 dall'esigenza di pervenire in futuro all'adozione di uno strumento generale e completo del reciproco riconoscimento in grado di sostituire le singole procedure di assistenza giudiziaria reciproca – appare foriera di rilevanti dubbi interpretativi e di possibili contrasti in sede applicativa specie nell'ipotesi – evidenziata nell'art.21 par.3 – nella quale il cd. euromandato, che obbedisce a criteri, presupposti e modalità di funzionamento completamente difformi, si inscriva all'interno di una più ampia procedura di

assistenza giudiziaria retta dalle tradizionali regole convenzionali in materia di termini, doppia incriminazione e ruolo dell'autorità centrale[217].

È evidente, dunque, la funzione residuale della decisione-quadro in esame: anziché nuovo strumento, capace di sostituirsi agli attuali congegni di acquisizione della prova all'estero, il mandato europeo di ricerca delle prove costituisce una mera eventualità, addirittura potenzialmente in grado di ostacolare la tradizionale cooperazione interstatuale a fini probatori, disciplinata nelle forme della reciproca assistenza giudiziaria. A questo proposito non bisogna dimenticare che il successo del mandato d'arresto europeo è dipeso anche dall'aver rimpiazzato gli strumenti fino ad allora vigenti in materia di estradizione.

Da queste riflessioni emerge, dunque, come la decisione-quadro in esame riformi di poco il presente panorama dell'assistenza giudiziaria finalizzata alla raccolta probatoria: il principio del mutuo riconoscimento viene a perdere della sua incisività.

Per non dire poi che anche il coordinamento con gli altri strumenti di cooperazione informati al principio del muto riconoscimento appare problematico. Anche rispetto a questi strumenti, infatti, si pone il rischio di una moltiplicazioni di richieste (tutte veicolate da moduli *standard*). Si pensi alla decisione-quadro 2003/577/GAI relativa all'esecuzione nell'Unione europea dei provvedimenti di blocco dei beni o di sequestro probatorio, emessi da una autorità giudiziaria di uno Stato membro per impedire provvisoriamente ogni operazione volta a

[217] Cfr. G. DE AMICIS, *Il mandato europeo di ricerca delle prove: un'introduzione*, in *Cass. Pen.* n. 7 del 2008, p. 3033 ss, Giuffré, Milano.

distruggere, trasformare, spostare, trasferire o alienare beni che potrebbero essere oggetto di confisca o costituire una prova (art.2 par.1 lett.c)). Nonostante il mandato europeo di ricerca delle prove sia concepito come naturale sviluppo delle decisione-quadro 2003/577/GAI (punti 5 e 6 dei *consideranda*), il sistema risultante da queste due misure unitamente considerate tradisce il realtà una certa farraginosità delle procedure.

Il rischio di molteplici richieste si evince innanzitutto dalla stessa decisione-quadro 2003/577/GAI, laddove è previsto che i provvedimenti di sequestro possono sì essere accompagnati da una richiesta di trasferimento nello Stato di emissione della fonte di prova sequestrata (art.10 par.1 lett.a)) ma detta richiesta deve comunque essere trattata dallo Stato di esecuzione ai sensi delle norme applicabili all'assistenza giudiziaria in materia penale.

Il medesimo rischio si evince poi dalla decisione-quadro sul mandato probatorio europeo, laddove è previsto che, quando l'autorità di emissione emette un mandato che fa seguito ad una decisione di blocco dei beni trasmessa ai sensi della decisione-quadro 2003/577/GAI, lo indica nel mandato in conformità del relativo formulario (art.9 par.1). Del resto, con il mandato probatorio europeo l'autorità di emissione non può pretendere che venga effettuato un sequestro ma si limita a richiedere una determinata fonte di prova. Anche laddove sia previsto che l'autorità di emissione possa indicare determinate formalità e procedure da ottemperare nell'esecuzione di un mandato, la decisione-quadro esclude che ciò possa creare l'obbligo per l'autorità di esecuzione di adottare misure coercitive (art.12). Spetta, quindi, all'autorità di esecuzione decidere se sia il caso di effettuare un sequestro al fine di ottenere quanto richiesto, salvo che il mandato sia connesso con uno dei reati per i quali è abolito il requisito della doppia

incriminazione; in questo caso, infatti, gli Stati membri sono tenuti ad assicurare che le misure, tra cui perquisizione e sequestro, siano disponibili (art.11 par.3 ii). L'autorità di esecuzione può comunque decidere di non disporre la perquisizione o il sequestro se l'autorità di emissione non è un giudice, un organo giurisdizionale, un magistrato inquirente o un pubblico ministero ed il mandato non è stato convalidato da una di tali autorità (art.11 par.4).

Pertanto, in alcuni casi, soprattutto in quelli connotati dall'urgenza, una autorità che intende ottenere ai fini di un procedimento penale oggetti, documenti o dati suscettibili di deperimento, alienazione, distruzione (…) potrebbe trovarsi nella situazione di dover innanzitutto avanzare una richiesta di sequestro servendosi dell'apposito certificato (art.9) – che consta di un formulario standardizzato – ai sensi della decisone-quadro relativo ai provvedimenti di blocco dei beni e di sequestro probatorio. Una volta eseguito il sequestro dall'autorità di esecuzione, l'autorità di emissione dovrebbe poi avanzare una seconda richiesta attraverso un mandato europeo di ricerca delle prove per ottenere quanto sequestrato. In questo modo si realizza però un meccanismo di assistenza giudiziaria tutt'altro che semplificato.

È allora evidente che, anche nel quadro in cui operano strumenti omogenei, tutti adottati in seno all'Unione europea ed improntati al principio del mutuo riconoscimento, sussiste il rischio di una moltiplicazione di richieste relative alla stessa fonte di prova che altro non determina se non un appesantimento di quei rapporti di cooperazione tra gli Stati membri che il legislatore europeo si è invece da tempo proposto di alleggerire.

3.3 Presupposti e condizioni generali di applicazione

Tenendo opportunamente conto delle specificità dei vari modelli di organizzazione giudiziaria seguiti dai Paesi membri dell'Unione europea, l'autorità competente per l'emissione è stata individuata nelle figure del giudice, dell'organismo giurisdizionale, del magistrato inquirente, del pubblico ministero, ovvero di qualsiasi altra autorità giudiziaria come tale definita nello Stato di emissione, che agisca quale autorità inquirente nei procedimenti penali ed in tale veste sia competente ad ordinare l'acquisizione di mezzi di prova sulla base della pertinente legislazione nazionale (art.2 lett.c)). Condizioni generali[218] per

[218] Nella proposta di decisione-quadro era previsto – riferimento non riportato nella versione definitiva della decisione-quadro *de qua* – che una persona non potesse essere richiesta di produrre cose, documenti o dati che potessero comportare la sua incriminazione, elevandosi a regola generale ed assoluta un canone di limitazione della ricerca della prova come tale estraneo all'esperienza di gran parte degli ordinamenti europei sì da diffondersi limiti all'assistenza giudiziaria sconosciuti almeno nei rapporti tra Stati dell'Europa continentale. Senza considerare che la valutazione del potenziale rilievo di *self-incrimination* non era chiaro secondo quali parametri ed orizzonti di riferimento procedurale potesse e dovesse svolgersi, in astratto potendo variare grandemente i possibili criteri di quel giudizio probabilistico ovvero quel pericolo dipendere non già dalla produzione del documento ricercato ma dall'incrocio con prove altrimenti acquisite e non facilmente conoscibili nella procedura di esecuzione ovvero porsi con riferimento non già al procedimento nell'ambito del quale il mandato è emesso ma a fatti diversi da quelli per i quali si procede e che possono astrattamente richiamare l'interesse anche della giurisdizione di uno Stato terzo. Sul punto, cfr. G. MELILLO, *Il mutuo riconoscimento e la circolazione della prova*, in *Cass. Pen.* n.1/2006 p. 265B.

l'adozione di un mandato europeo di ricerca delle prove, ai sensi dell'art.7 della decisione-quadro in esame e del *considerandum* n.11, sono le *"necessari età"* e la *"proporzionalità"* del tipo di prova richiesta nell'ambito dei procedimenti per i quali essa si rende necessaria ai fini dell'azione penale, ed una *"analoga possibilità di acquisizione del mezzo di prova"* secondo le regole proprie della legislazione dello Stato di emissione (qualora il dato, l'oggetto o il documento richiesto fossero disponibili sul suo territorio). Spetta comunque soltanto all'autorità di emissione garantire il rispetto di tali condizioni di ordine generale, poiché al catalogo dei motivi di rifiuto appare estranea la considerazione di tali materie.

L'autorità di esecuzione riconosce un mandato di ricerca della prova senza imporre altre formalità e prende immediatamente le misure necessarie per la sua esecuzione nello stesso modo in cui una autorità dello Stato di esecuzione acquisirebbe gli oggetti, i documenti o i dati, a meno che essa non decida di addurre uno dei motivi di rifiuto di non riconoscimento o di non esecuzione previsti dall'art.13 della decisione-quadro ovvero uno dei motivi di rinvio previsti dall'art.16.

Analoga condizione di garanzie viene poi esplicitata nel *considerandum* n.12, sul versante cd. passivo della procedura, ove opportunamente si afferma che l'autorità di esecuzione deve ricorrere ai *"mezzi meno intrusivi possibili"* per acquisire gli oggetti, i documenti o i dati ricercati, tenuto conto del fatto che le misure prescelte potrebbero comunque risultare invasive della sfera della libertà personale.

Con tale formula si introduce una clausola palesemente rivolta ad attribuire allo Stato di esecuzione un potere di sindacato sull'adeguatezza del mezzo di prova prescelto dall'autorità di emissione e, quale possibile espressione di

tale controllo, una facoltà discrezionale di unilaterale individuazione del mezzo più idoneo di ricerca della prova.

Sarà così possibile all'autorità rogata proporre, ad esempio, una richiesta di esibizione quale mezzo equipollente di esecuzione di una domanda finalizzata ad ottenere una perquisizione.

3.4 La trasmissione del mandato

La trasmissione del mandato avviene direttamente tra le competenti autorità giudiziarie degli Stati membri interessati, fatta salva la scelta del tutto eventuale della designazione di una autorità centrale responsabile per l'attività di trasmissione e ricezione del mandato, come anche della relativa corrispondenza ufficiale.

Tutte le ulteriori comunicazioni ufficiali sono effettuate direttamente tra l'autorità di emissione e l'autorità di esecuzione.

Specialmente nei casi in cui non sia nota l'autorità di esecuzione, l'attività di trasmissione del mandato può essere agevolata dal ricorso ai punti di contatto delle Rete Giudiziaria Europea (art.8 parr.3 e 4) al fine di ottenere le necessarie informazioni dallo Stato di esecuzione: se del caso, l'autorità di emissione può effettuare la trasmissione anche attraverso il sistema di telecomunicazione protetto della Rete Giudiziaria Europea.

Qualsiasi difficoltà riguardo alla trasmissione o all'autenticità di un documento necessario all'esecuzione del mandato viene risolta attraverso contatti diretti tra le autorità giudiziarie interessate o con l'intervento delle relative autorità centrali.

Qualora l'autorità dello Stato di esecuzione non sia competente a riconoscere il mandato e ad adottare le misure necessarie alla sua esecuzione, trasmette d'ufficio il mandato all'autorità di esecuzione e ne informa l'autorità di emissione.

L'uniformità del contenuto e della forma del nuovo strumento viene garantita dall'utilizzo di un formulario allegato alla decisione-quadro, che deve essere compilato e sottoscritto dall'autorità di emissione, alla quale compete, inoltre, la certificazione dell'esattezza delle informazioni in esso inserite (art.6).

Secondo l'art.15 della decisione-quadro *de qua*, il riconoscimento e la successiva esecuzione del mandato avvengono in tempi stretti e tassativamente prefissati (nel termine di trenta giorni per la convalida e nel termine di sessanta giorni per l'esecuzione della misura, entrambi decorrenti dalla ricezione del mandato), sulla base delle regole processuali previste nell'ordinamento dello Stato richiesto per la ricerca e l'acquisizione della prova che ne costituisce l'oggetto, fatta salva l'opposizione dei motivi di rifiuto dell'esecuzione espressamente individuati nello strumento normativo (artt.13 e 16). È possibile, inoltre, tenere conto delle eventuali urgenze – di carattere procedurale o per altre circostanze – espressamente indicate dall'autorità di emissione in seno al mandato di ricerca delle prove.

Anche il trasferimento allo Stato di emissione degli oggetti, documenti o dati acquisiti in forza del mandato deve avvenire *"senza indebito ritardo"*, salva la ricorrenza di eventuali motivi di rifiuto dell'esecuzione (art.15 par.5).

L'importanza del rispetto dei termini, del resto, viene esplicitata anche nel *considerandum* n.20, che ne ricollega la previsione all'obiettivo di garantire una cooperazione *"rapida, efficace e coerente"*, al fine di acquisire fonti di

prova da utilizzare in procedimento penali su tutto il territorio dell'Unione europea.

3.5 La clausola di cd. antidiscriminazione

Occorre, poi, osservare che, analogamente alla scelta già operata con la decisione-quadro sul mandato di arresto europeo, un motivo di rifiuto a carattere generale è stato opportunamente enucleato nel *considerandum* n.27, la cui formulazione, oltre a richiamare l'esigenza di rispetto dei diritti fondamentali sanciti dall'art.6 T.U.E. e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'U.E., introduce una clausola di tipo cd. antidiscriminatorio, qualora sussistano elementi oggettivi per ritenere che il mandato sia stato emesso "*al fine di perseguire penalmente o punire una persona a causa del suo sesso, della sia razza od origine etnica, della sua religione, del suo orientamento sessuale, della sua nazionalità, della sua lingua o delle sue opinioni politiche oppure che la posizione di tale persona possa risultare pregiudicata per uno di tali motivi*".

3.6 Il riconoscimento e l'esecuzione

Particolarmente rilevante appare la possibilità, peraltro già sperimentata nei più recenti strumenti convenzionali[219], di indicare espressamente l'esigenza di rispetto di forme e procedure secondo le regole dello Stato richiedente, alle quali lo Stato di esecuzione sarà tenuto a conformarsi,

[219] A mero titolo esemplificativo, cfr. art.4 della Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale del 29 maggio 2000.

salva la contrarietà ai principi fondamentali del suo ordinamento giuridico (art.12).

A tal riguardo, giova richiamare quanto precisato nel *considerandum* n.14, laddove, al fine di non disperdere le prove acquisite all'estero e garantirne il giudizio di ammissibilità nello Stato di emissione, dispone: *"All'autorità di emissione dovrebbe essere possibile, se la legislazione nazionale dello Stato di emissione che recepisce l'art.12 dispone in tale senso, chiedere all'autorità di esecuzione di seguire formalità e procedure specifiche riguardo ai procedimenti giuridici o amministrativi che potrebbero contribuire a rendere le prove ricercate ammissibili nello Stato di esecuzione, quali ad esempio la timbratura ufficiale di un documento, la presenza di un rappresentante dello Stato di emissione, ovvero alla registrazione di ore e date al fine di creare una catena di prove. Tali formalità non dovrebbero comprendere misure coercitive"*, e nel *considerandum* n.15, laddove prevede: *"Per quanto possibile e ferme restando le garanzie fondamentali previste dalla legislazione nazionale, si dovrebbe dare esecuzione al MER secondo le formalità e le procedure espressamente indicate nello Stato di emissione"*.

Ai sensi dell'art.11, della decisione-quadro, spetta, comunque, alle autorità dello Stato di esecuzione, una volta riconosciuto il mandato trasmesso in conformità all'art.8, la scelta delle misure idonee ad assicurare la messa a disposizione delle fonti di prova richieste dallo Stato di emissione, valutando se a tal fine sia necessario o meno far ricorso a misure coercitive per prestare tale assistenza ed adottando ogni provvedimento reso necessario dal MER secondo le norme procedurali dello Stato di esecuzione.

In particolare, prescrive l'art.11 par.3 che ciascuno Stato membro assicuri che:

- *"le misure che sarebbero disponibili in un caso nazionale analogo nello Stato di esecuzione lo siano anche ai fini dell'esecuzione del MER; e*
- *le misure, tra le quali perquisizione o sequestro, siano disponibili ai fini dell'esecuzione del MER quando questo è connesso con uno qualsiasi dei reati di cui all'art.14 par.2"*.

Inoltre, per semplificare e rendere ancora più celeri le modalità di cooperazione tra le autorità giudiziarie sulla base degli eventuali sviluppi delle attività investigative in corso, qualora l'autorità di emissione partecipi alla fase di esecuzione del mandato, può integrare la procedura richiesta con un nuovo mandato di ricerca delle prove direttamente indirizzato alla competente autorità di esecuzione mentre si trova sul territorio di tale Stato (art.9 par.2).

Per quanto concerne, i tempi di riconoscimento, esecuzione e trasferimento degli elementi probatori richiesti, l'art.17 par.3 prevede che, salvo sussistano motivi di rinvio in virtù dell'applicazione dell'art.16 oppure gli oggetti, i documenti o i dati che si intende acquisire siano già in suo possesso, l'autorità di esecuzione ne prende possesso *"senza indugio"* e non oltre sessanta giorni dalla ricezione del MER da parte dell'autorità di esecuzione competente.

Laddove lo Stato di emissione segnali nel MER la necessità, per motivi di scadenze procedurali o altre circostanze particolarmente urgenti, di acquisire gli elementi di prova indicati in un termine più breve,

l'autorità di esecuzione tiene nel massimo conto possibile tale esigenza (art.15 par.1).

Tuttavia, nel caso in cui per l'autorità di esecuzione non sia possibile, in un caso specifico, rispettare il termine normativamente previsto o eventualmente indicato dallo Stato di emissione, la stessa provvede ad informare senza indugio l'autorità competente dello Stato di emissione con qualsiasi mezzo, indicando i motivi di ritardo ed il tempo ritenuto necessario per soddisfare la richiesta (art.15 par.4).

Acquisiti gli oggetti, i documenti o i dati, lo Stato di esecuzione provvede, quindi, salvo che sia pendente un ricorso presentato a norma dell'art.18 oppure esistano motivi di rinvio in virtù dell'art.16, a trasmetterli *"senza indebito ritardo"* all'autorità di emissione, indicando se pretende che gli stessi siano rinviati non appena cessati di essere necessari nel procedimento *ad quem* (art.15 par.5 e 6).

3.7 La (parziale) scomparsa del requisito della doppia incriminazione

Confermando una scelta dal forte carattere innovativo già seguita in occasione dell'adozione della decisione-quadro sul mandato d'arresto europeo e le procedure di consegna tra Stati membri, la richiesta inerente ad una delle trentadue fattispecie incriminatici appositamente elencate all'interno di un catalogo espressamente dettato nell'art.14 par.2 della decisione-quadro in esame[220] è

[220] Si tratta, in particolare, di: partecipazione ad una organizzazione criminale; terrorismo; tratta di esseri umani; sfruttamento sessuale dei bambini e pornografia infantile; traffico illecito di stupefacenti e sostane psicotrope; traffico illecito di armi, munizioni ed

sottratta alla verifica della doppia incriminazione quando il reato venga sanzionato, nello Stato membro di emissione, con una pena detentiva o una misura di sicurezza privativa della libertà personale di durata non inferiore al limite di tre anni.

Il requisito della doppia incriminazione, tuttavia, non scompare del tutto, in quanto è destinato a rivivere nelle ipotesi in cui il mandato non abbia ad oggetto una delle fattispecie incriminatici espressamente individuate nella lista di cui all'art.14 par.2.

La soppressione *tout court* del controllo della doppia incriminazione riguarda sostanzialmente le stesse categorie di reato già individuate nell'art.2 par.2 della decisione-quadro relativa al mandato di arresto europeo ed alle procedura di consegna tra gli Stati membri e nell'art.3

---

esplosivi; corruzione; frode, compresa la frode che lede gli interessi finanziari delle Comunità europee ai sensi della convenzione del 26 luglio 1995 relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee; riciclaggio di proventi di reato; falsificazione e contraffazione di monete, tra cui l'euro; criminalità informatica; criminalità ambientale, compreso il traffico illecito di specie animali protette ed il traffico illecito di specie e di essenze vegetali protette; favoreggiamento dell'ingresso e del soggiorno illegali; omicidio volontario, lesioni gravi personali; traffico illecito di organi e tessuti umani; sequestro di persona, sequestro e presa di ostaggi; razzismo e xenofobia; rapina organizzata o a mano armata; traffico illecito di beni culturali, compresi gli oggetti di antiquariato e le opere d'arte; truffa; racket ed estorsione; contraffazione e pirateria in materia di prodotti; falsificazione di atti amministrativi e traffico di documenti falsi; falsificazione di mezzi di pagamento; traffico illecito di sostanze ormonali ed altri fattori di crescita; traffico illecito di materie nucleari e radioattive; traffico di veicoli rubati; violenza sessuale; incendio doloso; reati che rientrino nella competenza giurisdizionale della Corte penale internazionale; dirottamento di aeromobile/nave; sabotaggio.

par.2 della decisione-quadro relativa all'esecuzione nell'Unione europea dei provvedimenti di blocco dei beni o di sequestro probatorio.

Scorrendo la lista dei trentadue reati, si nota che le preoccupazioni talora espresse in ordine alla mancata corrispondenza degli stessi con fattispecie interne od addirittura al presunto contrasto con il principio costituzionale di necessaria determinatezza della fattispecie penale si scontrano con la considerazione che la gran parte di essi appare costituita da fattispecie di diritto comune ben conosciute dal nostro codice penale (tale il caso dell'omicidio volontario, del furto , della violenza sessuale, …) oppure riguarda fattispecie già oggetto di armonizzazione od in corso di armonizzazione in sede europea od internazionale[221]. Questo, in particolare, il caso quantomeno in relazione alle prime tredici fattispecie di cui alla lista dell'art. 14: la partecipazione ad una associazione criminale; il terrorismo; la tratta degli esseri umani; lo sfruttamenti sessuale dei bambini e pornografia infantile; il traffico illecito di stupefacenti e sostanze psicotrope; il traffico illecito di armi, munizioni ed esplosivi; la corruzione; la frode, compresa la frode comunitaria; il riciclaggio di proventi di reato; la falsificazione e contraffazione dell'euro; la criminalità informatica; la criminalità ambientale ed il favoreggiamento dell'ingresso e del soggiorno illegali.

Alla luce delle osservazioni che precedono, non sembrano apparire in larga misura destituite di fondamento le perplessità relative all'indeterminatezza delle fattispecie

[221] L. SALAZAR, *La lunga marcia del mandato d'arresto europeo*, in AA.VV. *Mandato d'arresto europeo – Dall'estradizione alle procedure di consegna*, a cura di M. BARGIS e E. SELVAGGI, Giappichelli, 2005, Torino.

ed all'asserita assenza a livello internazionale di definizioni armonizzate.

Non può comunque disconoscersi che, per talune altre fattispecie, la genericità dell'espressione impiegata all'interno della lista renda mano agevole ed immediata l'individuazione della corrispondente fattispecie di riferimento all'interno del codice penale, come ad esempio potrebbe essere il caso del traffico di veicoli rubati o de sabotaggio (fattispecie quest'ultima che non manca comunque di trovare anch'essa riscontro all'interno del nostro codice penale ad esempio negli artt.253 o 508 c.p.).

È significativo, peraltro, ai fini dell'estensione delle potenzialità applicative del nuovo istituto, che l'esclusione della verifica della doppia incriminazione sia stata prevista in linea generale nell'ipotesi in cui non sia necessario effettuare una perquisizione o un sequestro: il riconoscimento o l'esecuzione dell'euro-mandato probatorio, infatti, non viene subordinato alla verifica della doppia incriminazione quando non sia necessario effettuare una perquisizione o un sequestro (art.14 par.1).

Il tradizionale requisito della doppia incriminazione continua ad esercitare, tuttavia, il suo peso qualora il mandato non si riferisca ai reati indicati nel catalogo di cui all'art.14 par.12 e la sua esecuzione comporti il ricorso alle misure della perquisizione e del sequestro (esclusi, comunque, secondo la scelta evidenziata nell'art.14 par.3, i reati di tasse o imposte, dogana e cambio).

È ormai risaputo come il rifiuto di eseguire decisioni giudiziarie estere per il motivo che l'atto che ne è all'origine non costituisce un reato nel diritto nazionale dello Stato di esecuzione sia incompatibile con il principio di reciproco riconoscimento e con la valorizzazione della fiducia tra gli Stati che va oltre, o così dovrebbe essere,

quegli scopi meramente politici ed utilitaristici propri dei rapporti interstatuali.

In merito occorre, peraltro, ricordare che il Consiglio può decidere, deliberando all'unanimità e previa consultazione del Parlamento europeo alle condizioni di cui all'art.39 par.1 del Trattato, di inserire altre categorie di reati nell'elenco di cui al paragrafo 2.

3.8 I motivi di rifiuto ed i motivi di rinvio

Come già rilavato, uno dei più importanti passi in avanti rispetto al tradizionale processo rogatoriale è costituito dall'aver completamente giudiziarizzato la procedura che può condurre all'acquisizione ed alla trasmissione della prova, eliminandone ogni fase di valutazione discrezionale politico/amministrativa e restringendo il momento di controllo giudiziario alla sola verifica della sussistenza di requisiti formali e ad un ristretto elenco tassativo di ipotesi in cui l'esecuzione può essere negata.

Ai sensi dell'art.13 par.1, tra i motivi di rifiuto – peraltro solo facoltativo, come è dato desumersi dal testo normativo – dell'esecuzione del mandato vengono annoverati:

a) la violazione del principio di *ne bis in idem*;
b) il caso in cui il MER si riferisca a fatti che non costituiscono reato a norma della legislazione dello Stato di esecuzione, laddove l'esecuzione dello stesso comporti il ricorso alla perquisizione o al sequestro;
c) l'impossibilità di eseguire il MER con una qualsiasi delle misure a disposizione dell'autorità di esecuzione nel caso specifico

conformemente a quanto previsto dal ricordato art.11 par.3;

d) la sussistenza di forme di immunità o privilegio secondo le regole proprie dello Stato di esecuzione;
e) l'omessa convalida del MER, allorquando l'autorità di emissione non sia un giudice, un organo giurisdizionale, un magistrato inquirente o un pubblico ministero e siano stati disposti nel caso specifico la perquisizione o il sequestro art.11 par.4) oppure lo Stato membro, in occasione dell'adozione della decisione-quadro, abbia richiesto *"tale convalida in tutti i cui l'autorità di emissione non è un giudice, un organo giurisdizionale, un magistrato inquirente, o un pubblico ministero e laddove le misure necessarie per eseguire il MER debbano essere disposte o controllate da un giudice, un organo giurisdizionale, un magistrato inquirente, o un pubblico ministero a norma della legislazione dello Stato di esecuzione in un caso nazionale analogo"* (art.11 par.5);
f) il caso in cui il MER si riferisca ai reati che:
    - a norma della legislazione dello Stato di esecuzione sono considerati commessi *in toto* o per una parte importante o esenziale nel suo territorio o in un luogo equiparato al suo territorio; o
    - sono stati commessi al di fuori del territorio dello Stato di emissione e la legislazione dello Stato di esecuzione non consente l'azione penale per tali reati quando siano stati commessi al di fuori del suo territorio.

Qualsiasi decisione in tema di territorialità, è presa dall'autorità giudiziaria competente in circostanze eccezionali e caso per caso, tenendo conto delle circostanze specifiche del caso e in particolare stabilendo se una parte importante o essenziale del comportamento si sia verificata nello Stato di emissione, se il MER riguardi un atto che non costituisce reato penale ai sensi della legislazione dello Stato di esecuzione e se per la sua esecuzione sia necessario effettuare perquisizioni e sequestri (art.13 par.3). Peraltro, in tale specifica ipotesi, è stata, in ogni caso, prevista la necessità di una consultazione con Eurojust prima di adottare la decisione di rifiuto dell'esecuzione (art.13 par.4);

g) il pregiudizio agli interessi fondamentali della sicurezza nazionale, la messa in pericolo della fonte delle informazioni o l'uso di informazioni classificate riguardanti attività di *intelligence* specifiche;
h) l'incompletezza o l'irregolarità formale o la non corretta compilazione del formulario.

È previsto che la decisione di rifiuto dell'esecuzione o del riconoscimento del MER sia presa da un giudice, un organo giurisdizionale, un magistrato inquirente o un pubblico ministero nello Stato di esecuzione oppure da una qualunque altra autorità giudiziaria competente ai sensi della legislazione dello Stato di esecuzione, laddove il MER sia stato emesso da una qualsiasi altra autorità giudiziaria definita dallo Stato di emissione che, nel caso specifico, agisca nella sua qualità di autorità inquirente nei procedimenti penali e sia competente ad ordinare l'acquisizione dei mezzi di prova nei casi transfrontalieri

in base alla legislazione nazionale e non sia stato convalidato da un giudice, un organo giurisdizionale, un magistrato inquirente o un pubblico ministero nello Stato di emissione.

Inoltre, nei casi di cui alle lettere a) – g) e h) del precedente elenco, è previsto che, prima di decidere di non riconoscere o non dare esecuzione, *in toto* o in parte, al mandato europeo di ricerca delle prove, l'autorità competente dello Stato di esecuzione consulti con mezzi opportuni l'autorità competente dello Stato di emissione e, nel caso, chieda a quest'ultima di fornirle senza indugio qualsiasi informazione necessaria.

La decisione di rifiuto del riconoscimento o dell'esecuzione è adottata quanto prima possibile e – fatta salva l'impossibilità, nel caso specifico, di rispettare il termine per motivi che dovranno essere comunicati senza indugio (unitamente al tempo ritenuto necessario per soddisfare la richiesta) all'autorità competente dello Stato di emissione – entro trenta giorni dalla ricezione del MER da parte dell'autorità di esecuzione competente (art.15 par.2 e 4).

L'art.16, a sua volta, completa la disposizione di cui all'art.13, relativa all'enucleazione dei motivi di rifiuto, elencando i possibili motivi di rinvio del riconoscimento o dell'esecuzione, tra i quali vanno menzionati:

- per quanto concerne, i motivi di rinvio del riconoscimento:
  a) quelli relativi all'incompletezza o manifesta scorrettezza del formulario, fino al momento in cui sia stato completato o corretto entro un termine ragionevole;
  b) l'omessa convalida del MER – allorquando l'autorità di emissione non sia un giudice, un

organo giurisdizionale, un magistrato inquirente o un pubblico ministero e siano stati disposti nel caso specifico la perquisizione o il sequestro art.11 par.4) oppure lo Stato membro, in occasione dell'adozione della decisione-quadro, abbia richiesto *"tale convalida in tutti i cui l'autorità di emissione non è un giudice, un organo giurisdizionale, un magistrato inquirente, o un pubblico ministero e laddove le misure necessarie per eseguire il MER debbano essere disposte o controllate da un giudice, un organo giurisdizionale, un magistrato inquirente, o un pubblico ministero a norma della legislazione dello Stato di esecuzione in un caso nazionale analogo"* (art.11 par.5) – fino al momento in cui la stessa non sia stata effettuata;

- per quanto concerne, i motivi di rinvio dell'esecuzione:
  a) il possibile pregiudizio per una indagine penale in corso, per un periodo di tempo che lo Stato di esecuzione ritenga ragionevole;
  b) l'avvenuto utilizzo delle fonti di prova nell'ambito di un altro procedimento, fin quando non siano più necessari a tale scopo.

Appena venuto meno il motivo di rinvio, l'autorità di esecuzione adotta *"senza indugio"* le misure necessarie per l'esecuzione del mandato, informandone la competente autorità dello Stato di emissione con qualsiasi mezzo che consenta di conservarne una traccia scritta.

3.9 I mezzi di impugnazione

Specifici mezzi di impugnazione dinanzi ad un organo giurisdizionale dello Stato di esecuzione, infine, devono essere previsti dagli Stati membri a tutela dei diritti di qualsiasi parte interessata – ivi compresi i terzi in buona fede – all'esecuzione di un mandato europeo di ricerca delle prove, anche se le ragioni sostanziali poste a fondamento della emissione del mandato possono essere oggetto di impugnativa solo dinanzi all'autorità giudiziaria dello Stato di emissione (art.18 par.2).

I termini entro i quali promuovere le relative azioni giudiziarie, peraltro, devono essere tali da garantire che i soggetti interessati dispongano di un mezzo di impugnazione *"effettivo"*, mentre le ragioni di merito, secondo il *considerandum* n.21 possono attingere anche i profili della necessità e della proporzionalità delle decisioni intese all'acquisizione delle prove.

Ne consegue, pertanto, un effetto di rotazione del sistema delle garanzie attorno all'asse fondamentale rappresentato dalla legislazione dello Stato di emissione, mentre, sotto altro profilo, la scelta di esclusiva responsabilizzazione dello Stato di esecuzione nella individuazione delle misure idonee a garantire la consegna di oggetti, documenti o dati richiesti, ivi compresi gli aspetti inerenti alla valutazione della necessità o meno di fare ricorso all'uso di mezzi coercitivi, potrebbe dare luogo a rilevanti contrasti nella gestione dei rapporti tra le competenti autorità di emissione e di esecuzione nella fase di applicazione del nuovo strumento normativo specie nella probabile ipotesi di una non uniforme e disomogenea attuazione della decisione-quadro nelle legislazioni dei diversi Stati membri dell'Unione europea.

Spetta, dunque, agli Stati membri tutelare i diritti delle persone interessate dal procedimento, in conformità al loro diritto nazionale – atteso che, come precisato nel *considerandum* n.28, la decisione-quadro non osta a che gli Stati membri applichino le loro norme costituzionali relative al giusto processo, alla libertà di associazione, alla libertà di stampa ed alla libertà di espressione negli altri mezzi di comunicazione – e nel rispetto della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (*breviter*, CEDU).

E se lo Stato di esecuzione, in virtù della legislazione nazionale, è responsabile del danno causato ad una delle parti colpite illegittimamente dalle misure coercitive, lo Stato di emissione è, dal canto suo, tenuto al versamento di una somma a titolo di rimborso e risarcimento danni per la parte lesa, se e nella misura in cui il danno non sia imputabile alla condotta dello Stato di esecuzione (art.19).

3.10 La tutela dei diritti fondamentali

Più simile ad un sistema basato sul mutuo riconoscimento che ad un processo di armonizzazione ed unificazione processuale, il mandato europeo di ricerca delle prove – come il mandato d'arresto d'europeo – sconta il limite intrinseco della sua natura compromissoria fondata sull'abbattimento delle barriere, senza approfondite riflessioni in ordine ai contrappesi sostanziali necessari a bilanciare la procedura semplificata di acquisizione e trasmissione dell'elemento probatorio.

Tale modello ha prodotto nel testo della decisione-quadro *de qua* significative lacune quanto alle istanze individuali del soggetto interessato dal procedimento probatorio sotto due profili: quello dell'*iter* che conduce

all'acquisizione ed alla trasmissione della prova e quello attinente alla possibile violazione dei diritti del soggetto stesso[222].

In ordine al primo aspetto, occorre evidenziare che, nonostante i molteplici richiami contenuti nel preambolo ai diritti del singolo, manca nella parte dispositiva della normativa una specificazione delle garanzie di equo processo individualizzanti la procedura per eseguire il titolo comune; da qui il timore di una generalizzazione dei diritti del soggetto interessato.

Del resto, (come avremo modo di argomentare più diffusamente) il fatto che l'Unione di fondi sul riconoscimento delle libertà fondamentali e che consideri quali principi comunitari i valori della Convenzione europea del 1950 e delle tradizioni costituzionali degli Stati membri non costituisce garanzia del rispetto dei medesimi.

La stessa reciproca fiducia tra i diversi sistemi UE, via preferita dal Consiglio europeo sin dal vertice di Tampere per conseguire i propri obiettivi nel quadro della cooperazione giudiziaria, non costituisce un argomento risolutivo.

Il problema non è solo quello del testo che disciplina la nuova circolazione probatoria nello spazio giudiziario europeo quanto la mancanza di una prospettiva defensionale che si traduca in una specificità di previsioni comuni.

---

[222] B. PATTIOLI, *La tutela dei diritti fondamentali: i principi della decisione quadro e le garanzie della normativa derivata*, in AA.VV. *Mandato d'arresto europeo – Dall'estradizione alle procedure di consegna*, a cura di M. BARGIS e E. SELVAGGI, Giappichelli, 2005, Torino.

Il tema delle garanzie dell'imputato, prospettiva fondante un modello di processo penale europeo comune, non ha avuto adeguata visibilità nella decisione-quadro a livello sia procedurale sia sostanziale. Il provvedimento è ricco di formule ma quanto alle istanze personali, esso si caratterizza per un approccio minimalista.

Sebbene valga per i giudici nazionali il dovere di osservare, tanto nella fase di emissione quando in quella di esecuzione del mandato, i valori sanciti nella CEDU e nella Carta dei diritti fondamentali, mancano enunciati volti a modellare su quegli stessi valori la procedura per eseguire il mandato.

I diritti soggettivi sono, infatti, ridotti all'essenziale.

L'art.18 par.5 della decisione-quadro prevede solo la garanzia generica che ai soggetti interessati siano fornite le opportune informazioni per quanto concerne l'esercizio del diritto di impugnare il riconoscimento e l'esecuzione di un MER.

Nessun altro riferimento.

L'idea è stata quella di fare affidamento sull'applicazione delle regole previste nell'ordinamento del Paese di esecuzione e/o di emissione per quanto concerne l'esercizio del diritto di impugnazione. Depone in tale senso il dettato di cui all'art.18 par.1 laddove prevede che *"l'azione è promossa dinanzi ad un organo giurisdizionale nello Stato di esecuzione, in conformità della legislazione di tale Stato"* e di cui all'art.18 par.2 laddove dispone che *"Lo Stato di emissione assicura l'applicabilità dei mezzi di impugnazione che sono disponibili in un caso nazionale analogo"*.

Tale scelta suscita qualche perplessità per essere state omesse linee-guida in ordine alle garanzie connesse ai principi dell'equo processo.

In particolare, molteplici sono le lacune:

- il diritto ad una informazione completa relativa a:
  - tipologia del reato per il quale si procede e della prova della quale si chiede l'acquisizione e la trasmissione;
  - contenuti essenziali delle norme sostanziali e processuali in vigore nello Stato di emissione e/o di esecuzione;
  - i diritti del soggetto interessato, incluso il diritto ad un controllo giurisdizionale e ad una procedura di ricorso;
  - la facoltà di accesso agli atti da parte del soggetto accusato o di terzi interessati e dei rappresentanti legali allo stesso modo in cui lo sarebbe se i soggetti si trovassero nel territorio dello Stato di emissione e/o di esecuzione;
- il diritto a vedersi fornita l'informazione completa *ut supra* in una lingua nota al soggetto interessato;
- il diritto a nominare un difensore;
- il diritto di "*non autoincriminarsi*";
- il diritto della "*presunzione di innocenza*";
- il diritto ad un trattamento equo per quanto riguarda l'assunzione degli elementi di prova;
- il diritto ad ottenere l'acquisizione e la valutazione dei mezzi e/o delle forme di prova a discarico che si trovino all'estero;
- la previsione di esplicite sanzioni processuali che coinvolgano la validità e l'efficacia degli atti nel caso di violazioni dei diritti sopra previsti;

4. L'INSERIMENTO DEL MATERIALE PROBATORIO STRANIERO NEL PROCESSO DI DESTINAZIONE: IL SISTEMA ITALIANO

4.1 La circolazione probatoria

Dalla procedura così descritta, gli spunti problematici che si presentano meritevoli di approfondimento riguardano i criteri di ammissibilità del materiale probatorio e gli effetti del nuovo regime di circolazione.

L'estrema eterogeneità ad oggi esistente riguardo ai criteri di ammissibilità delle prove in ciascun sistema nazionale – espressione della profonda diversità di senso data nei vari ordinamenti a determinati principi – potrebbe costituire ostacolo rilevante al momento dell'attuazione dei nuovi strumenti comuni di cooperazione. La relatività dei concetti impone di muoversi con cautela e solo l'elaborazione delle diverse regolamentazioni a livello interno potrà permettere di trarre delle conclusioni certe.

La normativa codicistica italiana è tra quelle che prescrive maggiori garanzie, almeno formali, in materie di prove: la possibilità, quindi, di indicare specifiche formalità esecutive dovrebbe consentire alle autorità italiane di ottenere, nella ricerca delle prova all'estero, il rispetto di formalità e procedure che sarebbero comunque seguite durante l'esecuzione in Italia di un mandato europeo di ricerca delle prove. Basti pensare, in proposito, alle garanzie previste dal codice di procedura penale per i mezzi di ricerca della prova tipici, ossia all'obbligo di redazione di verbali e alla facoltà per l'interessato di farsi assistere ad un interrogatorio, alla possibilità di utilizzare verbali di intercettazioni attinenti a procedimenti diversi da

quello per cui si procede che il codice restringe e limita ma che la decisione-quadro ammette. E ci si chiede se allora tali restrizioni ai poteri dell'autorità inquirente di incidere sui diritti di qualsiasi individuo coinvolto saranno tenuti in vita e rafforzati o *ex adverso* sconfessati per consentire una troppo libera circolazione di elementi probatori.

In questa prospettiva, la prassi dell'assistenza probatoria internazionale, pur a fronte di principi e norme procedurali violati, conceda in ogni caso accesso e valore di prova ad elementi conoscitivi spesso francamente insuscettibili di essere qualificati tali e come l'argomento più o meno apertamente invocato a difensore tante discutibili pronunzie della Suprema Corte di Cassazione sia sempre il medesimo: il fine di accertamento della verità, tipico del processo penale, spiega e giustifica la deviazione dai principi e talora anzi la impone.

È indubbio che l'appello all'omnicomprensivo principio di doverosa ricerca della verità materiale costituisce lo strumento più semplice e più frequentemente adoperato da una certa giurisprudenza allo scopo di dilatare i confini normativi imposti al libero convincimento del giudice dai canoni di ammissibilità della prova. In altri termini, è del tutto normale che la verità assoluta venga invocata anche in tema di assistenza giudiziaria così come la si invoca sempre ogni qualvolta si tratta di giustificare lo stravolgimento dei canoni che presiedono all'assunzione della prova.

Vero ed indiscutibile ciò, rimane il dato di fatto rappresentato dalla costanza con la quale la giurisprudenza sottrae le prove raccolte mediante assistenza giudiziaria internazionale ai comuni parametri di ammissibilità e valutazione processuale.

Non può, inoltre, sottacersi che la tendenza giurisprudenziale ad un certo lassismo nella valutazione

delle prove raccolte in territorio estero torva ulteriore causa e al contempo giustificazione nella natura stessa dell'istituto, basato su uno scambio inter-ordinamentale e, prima ancora, inter-culturale, ovvero sul contatto tra universi giuridici talora similari, talaltra persino alieni, ma sempre e comunque differenti. Ci si riferisce non tanto all'argomento spesso utilizzato che una eccessiva rigidità nella valutazione delle differenze comporterebbe la rinunzia al materiale conoscitivo spesso indispensabile per la valutazione della *res iudicanda*, ma più semplicemente al fatto che proprio la varietà delle forme di investigazione ed acquisizione della prova nei vari paesi conduce l'organo giudicante ad una sorta di desensibilizzazione nei confronti dei *dictat* espressi dall'ordinamento giuridico interno. In altri termini, spesso è l'inevitabile pluralità morfogenetica della prova raccolta all'estero, come anche la sostanziale imperscrutabilità delle norme straniere regolanti il relativo procedimento che invogliano il giudice ad atteggiamenti valutativi alquanto liberistici[223].

Ciascuna di queste problematiche assume una connotazione ancora più eclatante nel momento in cui non sia istituito un sistema di rimedi per impedire l'utilizzabilità di elementi probatori raccolti in maniera illegale. Ed è proprio tale aspetto a rappresentare una enorme lacuna contenuta nella decisione-quadro *de qua*, che è auspicabile si colmi attraverso la previsione di rimedi caducatori dell'efficacia probatoria e dimostrativa di quegli elementi raccolti illegalmente: si tratta in concreto di tutelare interessi individuali che sembrano non trovare *spatium agendi* all'interno del procedimento giurisdizionale tratteggiato. Più in particolare, la struttura

[223] C. VALENTINI, *L'acquisizione della prova tra limiti territoriali e cooperazione con autorità straniere,* Cedam 1998 Padova.

sottostante la decisione-quadro echeggia un modulo che ammette una autorità inquirente innanzi ad un giudice ma non l'indagato: non si intravedono spazi di contraddittorio, di oralità ed immediatezza nella formazione della prova né nella raccolta della stessa.

E non solo.

Gli Stati membri sono obbligati ad eseguire il mandato europeo di ricerca delle prove, salvo le ipotesi di rifiuto espressamente indicate. Pertanto, si ritiene impossibile il rifiuto dell'esecuzione qualora il fatto per il quale è emesso il mandato non costituisca reato secondo l'ordinamento nazionale dello Stato di esecuzione oltre che secondo lo Stato di emissione: l'esegesi letterale di una simile previsione, abolitiva di una verifica della sussistenza della doppia punibilità per i reati elencati nella decisione-quadro, non mancherà di suscitare polemiche che dovranno essere risolte dal legislatore interno per ovviare alle concrete lesioni dei diritti della persona, derivanti proprio dalla possibilità di eseguire indagini anche nei confronti di soggetti colpevoli di fatti non punibili secondo la legge dello Stato di esecuzione o prescritti.

Tanto premesso, occorre ora esaminare come si configuri concretamente la fase di contatto tra l'elemento probatorio straniero ed il procedimento penale interno al quale esso è destinato.

4.2 Regole sull'ammissione, formazione e valutazione delle prove

Il principio del contradditorio nella formazione della prova – espressamente enunciato nell'art.111 comma 4

Cost. – trova attuazione nel processo penale attraverso l'articolazione del procedimento probatorio in tre momenti distinti: quello dell'ammissione delle prove, quello della loro formazione e, infine, quello della valutazione della prova. A ciascuno di questi momenti corrispondono regole distinte, rispettivamente di ammissione, di acquisizione o esclusione e di valutazione[224].

Nel dibattimento, la richiesta di prove delle parti si colloca in uno spazio preciso – al termine dell'esposizione introduttiva e prima dell'istruttoria dibattimentale – ed è soggetta agli ulteriori requisiti che la rendano rituale. Il diritto alla prova spetta alle parti (pubblico ministero e parti private). Il giudice, in corrispondenza con il riconoscimento di un vero e proprio diritto alla prova delle parti (art.190 c.p.p.) è tenuto di regola ad ammettere tutte le prove richieste. Vanno, infatti, escluse soltanto le prove manifestamente superflue o irrilevanti, oltre a quelle vietate dalla legge. I parametri ordinari di ammissibilità della prova sono definiti dal codice di procedura penale in modo deliberatamente largo, in linea con un sistema che vede il procedimento probatorio, almeno in una prima fase, dominato dalle parti. Vige, in sostanza, una presunzione di ammissibilità delle prove richieste dalle parti, visto che non sono le parti a dovere dimostrare la rilevanza e la non superfluità della prova ma spetta al giudice, se del caso, verificare la manifesta insussistenza di tali requisiti.

Una volta che il provvedimento ammissivo le abbia ritenute rilevanti e non superflue, si può ritenere sussistente un vero e proprio diritto delle parti a che le prove siano effettivamente acquisite.

---

[224] A. CIAMPI, *L'assunzione di prove all'estero in materia penale*, Cedam, Padova, 2003

In questa fase, il giudice può utilizzare poteri di iniziativa probatoria solo al termine dell'istruttoria dibattimentale e solo se risulta *"assolutamente necessario"* (art.507 c.p.p.). Il potere del giudice di disporre d'ufficio l'assunzione di prove è, dunque, previsto a titolo integrativo e non sostitutivo (salvo quei mezzi di prova che, per disposizione normativa, sono in quanto tali nella diretta disponibilità del giudice, come, ad esempio la perizia).

Queste regole attengono in linea di principio ad aspetti puramente interni – l'antecedente logico del ricorso alle procure di assistenza giudiziaria – ancorché rilevanti per la ricostruzione nel suo complesso del fenomeno dell'assunzione di prove penali all'estero. Il medesimo rilievo vale a maggior ragione per le regole relative alla valutazione dei risultati dell'istruzione dibattimentale, attività che è compiuta dal giudice – a valle delle procedure di assistenza – sulle sole prove legittimamente acquisite (art.526 c.p.p.) e che implica l'obbligo di motivare la decisione secondo criteri di ragionevolezza.

Le regole relative alla formazione della prova – come si è anticipato esaminando le regole di esecuzione del mandato europeo – costituiscono, invece, l'aspetto intorno al quale si raccolgono le principali difficoltà della cooperazione fra lo Stato del processo e lo Stato del luogo in cui deve essere assunta o semplicemente acquisita la prova.

La separatezza fra i due momenti dell'ammissione e della formazione delle prove anche all'estero risulta chiaramente dalla giurisprudenza. La Corte di Cassazione[225] ha, ad esempio, riaffermato la possibilità

[225] Cass. Pen. Sez. I Pen. n. 34576 del 15 ottobre 2002, *Monnier*, in *Riv. dir. int.* 2003, p.249

della tutela, attraverso il mezzo della richiesta di riesame ai sensi dell'art.324 c.p.p., dei diritti del soggetto nei cui confronti si sia proceduto all'esecuzione di un sequestro probatorio da parte dell'autorità giudiziaria straniera che abbia accolto la richiesta inoltrata dall'autorità giudiziaria italiana. Ciò in quanto, nel provvedimento di sequestro, formalmente disposto dall'autorità giudiziaria straniera, possono distinguersi due momenti: quello decisionale sulla necessità del sequestro ai fini probatori e sulla verifica della sussistenza delle condizioni normative legittimanti l'adozione ed il mantenimento del sequestro probatorio, materialmente eseguito all'estero, che appartiene all'autorità richiedente e quello relativo all'esecuzione di esclusiva competenza dell'autorità straniera cui spetta il controllo della regolarità degli atti relativi a tale fase. Di conseguenza per quanto attiene alla verifica dei presupposti normativi del provvedimento di sequestro richiesto dall'autorità estera potranno essere attivati i meccanismi di impugnazione e di controllo previsti dal nostro codice di rito mentre eventuali irregolarità o nullità procedurali possono essere denunziate soltanto avanti alla competente autorità estera, secondo la legge dello Stato di esecuzione.

Un analogo principio è stato ribadito con riferimento alla verifica dei presupposti di ammissibilità di intercettazioni telefoniche all'estero[226].

Assai meno marcata appare, invece, la distinzione, nell'ambito delle regole relative alla formazione della prova, fra regole di acquisizione, che disciplinano in positivo il procedimento probatorio e regole di esclusione

[226] Cass. Pen. Sez. I Pen. n. 37774 dell'8 novembre 2002, *Strangio* in *Diritto e Giustizia* 2002, p. 41

che sanciscono l'inutilizzabilità ai fini del giudizio delle prove assunte in violazione delle regole di acquisizione.

È evidente che a ciascuna regola di esclusione posta dal legislatore corrisponde una regola – espressa o implicita – di acquisizione o ammissibilità mentre non è vero il contrario. Non tutte le regole sull'assunzione sono, infatti, prescritte a pena di inutilizzabilità dei risultati dell'attività di acquisizione probatoria.

Anche rispetto alle regole di esclusione dovrebbe essere riproponibile il rilievo della loro applicabilità in linea di principio alle prove assunte a seguito di una richiesta di assistenza giudiziaria (o direttamente) all'estero, in quanto anch'esse attinenti, al pari delle regole di valutazione, alle sorti processuali interne dei risultati dell'attività di acquisizione probatoria.

In proposito, il codice di procedura penale prevede una regola espressa, specificamente relativa all'acquisizione delle prove da assumere all'estero, laddove l'art.727 comma 5 *bis* c.p.p. dispone, per le richieste avanzate sulla base delle convenzioni internazionali che lo consentono, l'obbligo, per l'autorità procedente, di specificare le modalità dell'assistenza richiesta "*indicando gli elementi necessari per l'utilizzazione processuale degli atti*".

Regole di esclusione *ad hoc* sono, invece, previste nell'art.729 c.p.p. che configura varie ipotesi di inutilizzabilità degli atti assunti a seguito di una richiesta di assistenza giudiziaria internazionale: ed in particolare: *"La violazione delle norme di cui all'art.696 comma 1, riguardanti l'acquisizione o la trasmissione di documenti o di altri mezzi di prova a seguito di rogatoria all'estero comporta l'inutilizzabilità dei documenti o dei mezzi di prova acquisiti o trasmessi. Qualora lo Stato estero abbia posto condizioni all'utilizzabilità degli atti richiesti, l'autorità giudiziaria è vincolata al rispetto di tali*

condizioni. Se lo Stato estero dà esecuzione alla rogatoria con modalità diverse da quelle indicate dall'autorità giudiziaria ai sensi dell'art.727 comma 5 bis c.p., gli atti compiuti dall'autorità straniera sono inutilizzabili. Non possono in ogni caso essere utilizzate le dichiarazioni, da chiunque rese, aventi ad oggetto il contenuto degli atti inutilizzabili ai sensi dei commi 1 e 1 bis. Si applica la disposizione dell'art.191 comma 2".

4.3 L'atto proveniente da un procedimento penale straniero e l'atto acquisito per mandato europeo

La portata applicativa del mandato europeo di ricerca delle prove si presenta allo stato concretamente alquanto circoscritta: in particolare, nell'ordinamento italiano si spiegherebbe limitatamente alla raccolta di dati informativi, prove materiali – tra le quali rivestono specifica importanza il corpo del reato e le cose ad esso pertinenti di cui all'art.253 c.p.p. – nonché le prove documentali disciplinate dagli articoli 234-243 c.p.p., ad eccezione però dei certificati del casellario giudiziale al quale è stata dedicata una apposita misura europea.

Tuttavia, rispetto a ciò che è espressamente escluso, la decisione-quadro prevede due deroghe che consentono una applicazione più ampia del mandato probatorio europeo.

In virtù del collegamento con l'oggetto del mandato, è possibile la raccolta di dichiarazioni di persone presenti all'atto dell'esecuzione del mandato in base alle norme pertinenti dello Stato di esecuzione applicabili ai casi nazionali, qualora ciò sia richiesto dall'autorità di emissione (art.4 par.6).

Per ragioni di economia processuale, è altresì possibile ottenere gli oggetti, i documenti ed i dati di norma esclusi

dall'ambito di applicazione della decisione-quadro purché già in possesso dell'autorità di esecuzione prima dell'emissione del mandato (art.4 par.4).

Resta da vedere quanto queste deroghe siano effettivamente in grado di influire sul raggio d'azione della decisione-quadro in esame[227], anche considerando che il codice di procedura penale regola in modo alquanto diverso le forme di circolazione probatoria internazionale, a seconda che esse abbiano rispettivamente ad oggetto la trasmissione di documenti, di atti eseguiti dall'autorità giudiziaria estera *motu proprio* ovvero a seguito di specifica richiesta attraverso l'emissione di un mandato europeo di ricerca della prova.

In particolare, per quanto concerne l'acquisizione in dibattimento della prova documentale, il quadro normativo generale è estremamente scarno. I documenti vengono ammessi a norma dell'art.495 comma 3 c.p.p., il quale si limita a prescrivere il contraddittorio fra le parti, e l'atto acquisitivo consiste nella semplice allegazione al fascicolo per il dibattimento in seguito alla produzione della parte richiedente. Ciò significa che, diversamente da quanto è previsto per i verbali delle prove dichiarative, dei documenti non occorre dare lettura ai sensi dell'art.511 c.p.p.[228].

---

[227] R. BELFIORE, *Il mandato europeo di ricerca delle prove e l'assistenza giudiziaria in materia penale*, in *Cass. Pen.* n.10 del 2008 p. 3894 ss., Giuffré, Milano.

[228] Ai sensi dell'art.515 c.p.p., infatti: "*I verbali degli atti di cui è stata data lettura e i documenti ammessi a norma dell'art.495 sono inseriti sono inseriti, unitamente al verbale di udienza, nel fascicolo per il dibattimento*"; questi possono, quindi, essere utilizzati ai fini della deliberazione, secondo l'art.526, in quanto "*prove… legittimamente acquisite al dibattimento*".

Un regime particolare è però previste per gli atti di un procedimento penale straniero.

Orbene, a proposito della deroga in favore del materiale probatorio già in possesso dell'autorità in esecuzione prima dell'emissione del mandato – cd. prova pre-acquisita – si rendono necessarie due brevi precisazioni.

In primo luogo, rispetto alle prove già esistenti al momento di emissione di un mandato si prescinde dalla possibilità, fornita dalla decisione-quadro per le prove da acquisire, che l'autorità di esecuzione ottemperi alle formalità ed alle procedure espressamente indicate dall'autorità di emissione che non siano in conflitto con i principi di diritto fondamentali dello Stato di esecuzione (art.12). È ovvio che le prove acquisite inizialmente ai soli fini di un procedimento interno sono formate secondo la legge del luogo di quel procedimento e sono perciò sottratte alla disciplina diretta a facilitare la compatibilità della raccolta probatoria con la legge dello Stato di emissione, prevista per i casi in cui il mandato sia precedente alla raccolta delle prove che si richiedono.

In secondo luogo, rispetto alle prove già in possesso di una autorità estera il codice di procedura penale prevede una disciplina *ad hoc* per la loro acquisizione. Sebbene le modalità di trasmissione di richiesta aventi per oggetto gli atti di un procedimento penale straniero siano informate alla disciplina rogatoriale ai sensi dell'art.727 c.p.p. ss., le regole di introduzione di questi atti nel processo italiano si distinguono rispetto alle regole previste in via generale per le prove ottenute mediante rogatoria.

La prova raccolta o assunta all'estero a seguito di richiesta di assistenza giudiziaria risulta pienamente utilizzabile, atteso che (come si avrà modo di vedere) l'art.431 lett. d) c.p.p. prevede l'inserimento nel fascicolo

dibattimentale financo di elementi conoscitivi raccolti direttamente dal pubblico ministero o dalla polizia giudiziaria straniera, a prescindere dai requisiti di irripetibilità che debbono caratterizzare questo tipo di materiale probatorio affinché esso possa inserito nel fascicolo del dibattimento. *Ex adverso*, la prova cd. pre-acquisita in territorio estero subisce una cernita condotta sulla base dei criteri dettati dagli artt.78 disp.att. c.p.p..

L'art.78 comma 1 disp. att. c.p.p. dispone, infatti, che la documentazione degli atti di un procedimento penale estero – *id est*, atti formati da una autorità straniera *motu proprio*, in via del tutto autonoma rispetto ad una rogatoria – può essere acquisita al fascicolo per il dibattimento ai sensi e per gli effetti dell'art.238 c.p.p., il quale disciplina l'acquisizione e l'utilizzabilità di verbali di prove di altri procedimenti, formalmente inquadrati in quella parte del codice dedicata alla prova documentale. Dei verbali di prove di altro procedimento straniero deve essere poi data lettura ai sensi dell'art.511 *bis* c.p.p.[229].

Da queste precisazioni consegue che l'inevitabile impossibilità di osservare le formalità e le procedure espressamente indicate dall'autorità di emissione, da una lato, e le speciali regole di acquisizione ed utilizzabilità previste dal codice di procedura penale italiano, dall'altro, sono potenzialmente in grado di annullare la deroga

[229] Ai sensi dell'art.511 *bis* c.p.p., *"il giudice, anche d'ufficio, dispone che sia data lettura dei verbali degli atti indicati nell'art.238"* (ivi inclusi, dunque, i verbali di prove di procedimenti penali stranieri, in forza del rinvio a quest'ultima disposizione effettuato dall'art.78 disp.att. c.p.p). Inoltre: *"si applica il comma 2 dell'art.511", secondo il quale la lettura dei verbali di dichiarazioni è disposta solo dopo l'esame della persona che le ha rese, a meno che l'esame non abbia luogo"*.

prevista dalla decisione-quadro in esame in favore della prova pre-acquisita.

Le rigorose condizioni poste dal codice di rito per il recupero della prova allogena sono tali da ridurre fortemente l'efficacia finale dell'intervento normativo a livello europeo nella materia *de qua*. Si pongono, in altri termini, alcuni problemi di coordinamento tra il sistema di circolazione probatoria improntato al mandato europeo di ricerca delle prove ed il sistema di circolazione probatoria desumibile dal codice di rito; problemi che del resto già si pongono in parte per l'acquisizione della prova pre-acquisita attraverso le procedure rogatoriale.

Un primo profilo attiene al silenzio della decisione-quadro circa l'indicazione di specifici requisiti di formazione della prova previamente acquisita nel procedimento di origine. Il sistema congegnato nel codice di rito dal combinato disposto di cui agli artt. 78 disp. att. c.p.p. e 238 c.p.p., al fine di consentire il recupero delle prove allogene di provenienza tanto domestica quanto estera, richiede, invece, che dette prove siano state assunte in incidente probatorio o in dibattimento e, nel caso di recupero di prove dichiarative, che il difensore dell'imputato nel procedimento di destinazione abbia partecipato all'assunzione nel procedimento di origine. Al fine, dunque, di contemperare la salvaguardia del principio cardine del contraddittorio con l'esigenza di prevenire superflue reiterazioni di attività probatoria, l'importazione in un procedimento di dichiarazioni formate in altro procedimento esige non solo contesti di formazione della prova garantiti ma anche il concorso del difensore di colui nei confronti del quale quelle dichiarazioni potranno essere utilizzate; condizione, questa, che se, da un lato, i principi fondamentali del processo penale, dall'altro lato, introduce una barriera non sempre superabile per gli elementi

probatori in transito da uno Stato all'altro, neanche qualora si ricorresse ad un mandato europeo di ricerca delle prove.

Laddove il materiale conoscitivo sia raccolto in assenza delle garanzie assicurate nei contesti sopra citati, l'atto proveniente dal procedimento penale straniero sarà senz'altro acquisibile ove caratterizzato da irripetibilità originaria o sopravvenuta (art.238 comma 3 c.p.p.) mentre potrà essere utilizzato per le sole contestazioni laddove si tratti di atto ripetibile e le parti non acconsentano alla sua acquisizione (art.238 comma 4 c.p.p.).

È chiaro, peraltro, che il riferimento normativo alla prova assunta nell'incidente probatorio o nel dibattimento non possa essere preso *ad litteram*, laddove l'art.238 c.p.p. debba trovare applicazione ad atti istruttori stranieri, ma valga quale rinvio alle modalità che caratterizzano l'acquisizione formale della prova nel sistema codicistico italiano per modo che l'atto proveniente da un ordinamento giuridico straniero sarà ammissibile ai sensi dell'art.238 comma 1 c.p.p. solo se assunto dinanzi ad un organo imparziale, nel pieno contraddittorio delle parti.

Nel caso di atti compiuti dalla polizia straniera, poi, l'art.78 comma 2 disp. att. c.p.p. impone delle condizioni di acquisizione al fascicolo per il dibattimento ancora più rigide: deve trattarsi di atti non ripetibili ed occorre il consenso delle parti o l'esame testimoniale degli autori di quegli atti, eventualmente anche mediante rogatoria all'estero in contraddittorio. Tuttavia, non possono essere esaminati gli autori degli atti aventi contenuto dichiarativo, poiché si registrerebbe altrimenti una violazione dell'art.195 comma 4 c.p.p. in materia di testimonianza indiretta degli ufficiali ed agenti di polizia giudiziaria; si deve piuttosto ritenere che possano essere sottoposti esame gli autori di attività materiali quali rilievi tecnici, ispezioni e sequestri.

Anche a tale riguardo, occorre evidenziare però un rilievo di non poco conto: il diritto all'esame previsto dall'art.78 disp. att. c.p.p. vanifica l'utilità della deroga prevista dalla decisione-quadro circa le prove pre-acquisite in quanto comporta pur sempre l'attivazione di una rogatoria.

Lo stesso deve dirsi più in generale in base all'art.238 c.p.p., il quale riconosce alle parti il diritto di ottenere l'esame delle persone le cui dichiarazioni rese in altro procedimento sono state acquisite (salvo quanto previsto dall'art.190 *bis* c.p.p. e ad eccezione del caso in cui siano acquisiti atti non ripetibili o di cui sia divenuta impossibile la ripetizione del soggetto interessatone per fatti o circostanze sopravvenute ed imprevedibili).

Ed ancora, poiché la decisione-quadro consente la richiesta di oggetti, documenti o dati già in possesso dell'autorità straniera a prescindere dalle finalità per le quali sono stati acquisiti prima dell'emissione di un mandato europeo di ricerca delle prove, detto materiale probatorio può essere ottenuto indipendentemente dalla natura penale di un procedimento.

Ai sensi della disciplina in vigore in Italia, invece, i verbali di prove assunte in un giudizio civile definito con sentenza passata in giudicato restano fuori dal richiamato art.238 c.p.p. ad opera dell'art.78 disp. att. c.p.p., il quale si riferisce alla documentazione di atti dei soli procedimenti penali; così come restano fuori i verbali di un procedimento amministrativo, la cui menzione è del tutto assente dal novero tassativo di cui all'art.238 c.p.p..

Occorre, infine, segnalare un problema di coordinamento tra la misura in esame e la disciplina interne nella specifica materia delle intercettazioni. La decisione-quadro esclude dal suo ambito di applicazione anche le intercettazioni di comunicazioni, salvo che siano

già state effettuate dall'autorità di esecuzione precedentemente all'emissione del mandato europeo di ricerca delle prove; anche a questo proposito, si tratta evidentemente di prova pre-acquisita. Nel codice di rito, tuttavia, la circolazione tra procedimenti degli esiti di intercettazioni di comunicazioni, esulando dal sistema di cui agli artt.78 disp. att. c.p.p. e 238 c.p.p., è oggetto di una apposita disciplina contenuta nell'art. 270 comma 1 c.p.p., in base al quale i risultati delle intercettazioni non possono essere utilizzati in procedimenti diversi da quelli nei quali sono stati disposti, salvo che risultino indispensabile per l'accertamento di delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza. L'art.270 c.p.p. riduce quindi la permeabilità di un procedimento ai risultati di intercettazioni ad esso estranee; il che difficilmente si concilia con la deroga di cui alla decisione-quadro in esame.

Alla luce di queste osservazioni, pare potersi concludere che il già ristretto scopo del mandato europeo di ricerca delle prove risulterebbe particolarmente circoscritto nell'ordinamento italiano, e ciò soprattutto rispetto alla deroga apparentemente comprensiva a favore della prova-acquisita. Resta da vedere se sia possibile una legge di implementazione che introduca regole di acquisizione ed utilizzabilità degli atti assunti mediante mandato probatorio europeo diverse rispetto a quelle in vigore per gli atti provenienti da procedimenti di rilevanza interna od ottenuti mediante rogatoria internazionale. Se non venissero addotte ragioni sufficientemente forti per una scelta di questo tipo, si correrebbe il rischio di creare un ingiustificato doppio binario attraverso il quale far transitare prove della medesima natura.

In realtà, in linea di principio, minori problemi comporterebbe la circolazione delle prove costituende[230] che, essendo raccolte precisamente al fine di essere acquisite in un procedimento straniero, meglio potrebbero adattarsi alle regole che informano quel procedimento (soprattutto se suscettibili di essere acquisite con le formalità e le procedure appositamente indicate dall'autorità di emissione), in questo modo prevenendo probabili reazioni di rigetto. In questa ottica non dovrebbe esserci una chiusura preconcetta alla possibile futura estensione del mandato probatorio europeo alle prove costituende, ed in particolare alla prova dichiarativa.

In particolare, il fenomeno della raccolta di materiale probatorio e/o acquisizione da parte dell'autorità giudiziaria straniera dietro richiesta della competente autorità italiana, considerato nella prospettiva del cd. procedimento interno di destinazione, laddove la legge di attuazione non apporti sul punto modifiche sostanziali, si muoverebbe entro quelle coordinate codicistiche disposte dall'art.431 comma 1 lett. d) e f) c.p.p. e dall'art.512 *bis* c.p.p..

L'art.431 comma 1 lett.f) c.p.p. prevede la possibilità di raccogliere nel fascicolo per il dibattimento solo i verbali assunti all'estero a seguito di rogatoria internazionale ai quali i difensori sono stati posti in grado di assistere e di esercitare la facoltà loro consentite dalla legge italiana.

---

[230] Il mandato europeo di ricerca delle prove rappresenta uno strumento di acquisizione probatoria utilizzabile tanto nel corso delle indagini preliminari o della cd. attività integrativa di indagine quanto in dibattimento e più in generale nell'intero arco del processo di merito.

La disposizione mira evidentemente a salvaguardare il rispetto delle garanzie difensive con riguardo alle richieste di assistenza formulate dal pubblico ministero nella fase delle indagini preliminari. Di regola, dunque, degli atti assunti all'estero dal pubblico ministero nel corso della fase delle indagini preliminari è consentita l'acquisizione solo allorché siano stati assunti nel rispetto delle garanzie difensive previste, in generale, per la formazione delle prove in Italia.

Salvo però che si tratti di atti non ripetibili, i quali possono in ogni caso essere acquisiti ai sensi dell'art.431 lett.d) c.p.p..

Possibilità, quest'ultima, che si presta ad essere utilizzata per un aggiramento delle garanzie pure formalmente introdotte nell'art.431 lett.f) c.p.p., ben al di là di quelle che debbono ritenersi le ragionevoli intenzioni del legislatore[231]. Sulla base di questa disposizione sono stati, ad esempio, ritenuti irripetibili e, quindi, inseriti nel fascicolo per il dibattimento atti relativi ad un sequestro di documentazione bancaria riguardante depositi di alcuni imputati, sequestro eseguito all'estero su richiesta del pubblico ministero nella fase delle indagini. La Suprema Corte di Cassazione ha, infatti, ritenuto che rispetto ad esso non potesse essere fatta valere la violazione delle garanzie difensive previste dagli articoli 253 ss. cod. proc. pen. e 113 ss. disp. att. cod. proc. pen., *"perché il diritto di difesa può subire, da parte del legislatore, restrizioni e adattamenti, consigliati dalle peculiarità delle diverse situazioni*

[231] A. CIAMPI, *L'assunzione di prove all'estero in materia penale*, Cedam, Padova, 2003

processuali, allorché si vogliano salvaguardare altri interessi ragionevolmente meritevoli di tutela"[232].

Questa affermazione della Corte è solo apparentemente consequenziale al dettato normativa di cui alla lett. *d)* dell'art. 431; in realtà, è il frutto di una argomentazione errata. La maggior parte degli atti di indagine, infatti, soprattutto quelli che consistono nell'esperimento dei mezzi di ricerca della prova, sono per natura irripetibili, o difficilmente ripetibili, una volta esperiti (si pensi, ad esempio, alle perquisizioni che sono un tipico atto cd. a sorpresa). Alcuni di essi sono atti garantiti, cioè atti rispetto ai quali l'imputato ha diritto di assistere e/o di essere avvisato del loro compimento. La loro, per così dire, naturale irripetibilità li renderebbe, dunque, in ogni caso, acquisibili ai sensi dell'art.431, lett.d), indipendentemente dal rispetto delle suddette garanzie, con buona pace del limite posto alla lett.f) dell'art.431. Poiché, invece, le norme debbono essere interpretate in modo sistematico, ed occorre scegliere fra più significati possibili quello che consente di riconoscere loro un qualche effetto utile, è da ritenere che gli atti irripetibili che l'art.431 lett.d), consente di raccogliere nel fascicolo per il dibattimento sono soltanto quelli divenuti tali per fatti o circostanze imprevedibili al momento in cui sono stati compiuti. Per gli atti irripetibili *ab origine,* o dei quali era comunque ragionevolmente prevedibile la irripetibilità, l'acquisizione dovrebbe, invece, essere esclusa se non sono stati rispettati le garanzie e, in particolare, i diritti della difesa previsti dalla legge italiana (come prescrive l'art.431 lett. f)).

[232] Cass. Pen. Sez. VI n. 6753 dell'8 giugno 1998, *Finocchi*, in *Riv. pen.* 1998, p.1178.

Nella giurisprudenza, tuttavia, non vi è traccia di questa distinzione. L'illustrazione di un'altra vicenda giurisprudenziale può essere utile ad illustrare le reticenze con cui la giurisprudenza ha riconosciuto alla disposizione in esame una reale funzione di garanzia. Nel caso *Celotti* e altri[233] deciso dalla Corte di Cassazione con sentenza dell'8 ottobre 2001, uno degli imputati aveva eccepito l'illegittimità costituzionale degli articoli 431 lett.d), e 696 cod. proc. pen., in relazione al 4° comma dell'art. 111 Cost., *"laddove hanno consentito l'acquisizione e la valutazione dei verbali delle testimonianze assunti all'estero senza contraddittorio tra le parti riguardanti testimoni che si erano rifiutati di comparire in sede dibattimentale"*; in via subordinata, veniva fatta valere l'inutilizzabilità di quelle dichiarazioni[234].

La Cassazione ha ritenuto manifestamente infondata la questione sulla base del rilievo che all'epoca dell'utilizzazione per il giudizio dei relativi verbali, "*non era stato costituzionalizzato il principio del contraddittorio nella formazione della prova, [...] di guisa che le norme processuali in questione risultavano conformi ai principi costituzionali vigenti alla data della loro applicazione"*[235]; e che *"peraltro, a ben vedere, le*

[233] Cass. Pen. Sez. I n. 36290 dell'8 ottobre 2001, *Celotti*. in *Dir. e proc. pen.* 8 dicembre 2001, p.92.

[234] La corte territoriale aveva già rigettato l'eccezione, avanzata in quella sede, relativa alla violazione dell'art. 525, comma 2 c.p.p., in quanto la mancata presenza della corte all'assunzione dei testi, richiesta all'autorità giudiziaria francese, senza domandare di poter assistere al suo espletamento, avrebbe violato il principio dell'immutabilità del giudice (determinando l'irrituale inserimento, con conseguente inutilizzabilità per il giudizio, degli atti relativi).

[235] Nonché sulla base dell'ulteriore rilievo che "prevedendo espressamente la Costituzione, nella sua parte generale, che

dette norme, nella loro applicazione successiva alla legge costituzionale n. 2 del 1999, non si pongono in contrasto nemmeno con il succitato principio della formazione della prova in contraddittorio, di cui al novellato art. 111 comma 4 Cost., dal momento che il quinto comma di detto articolo prevede che la formazione della prova possa avere luogo senza il contraddittorio tra le parti in presenza di eccezionali circostanze, tra le quali viene indicata quella di «accertata impossibilità di natura oggettiva»: ipotesi comprensiva delle forme assunte dalla prova acquisita in processo mediante rogatoria internazionale, dal momento che l'ordinamento processuale straniero non può, per ovvie ragioni inerenti alla sovranità nazionale, conformarsi a principi costituzionali vigenti in altro Stato. Altrimenti opinandosi, infatti, si sfocerebbe nel paradossale risultato di non potere fare uso dell'utile strumento delle rogatorie internazionali con evidenti di sfunzioni, nell'attuale epoca connotata da diffusa mobilità internazionale anche nel campo del crimine, per un tempestivo e valido accertamento dei reati e dei loro autori".

---

l'ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme di diritto internazionale. generalmente riconosciute (art.10) e che lo Stato consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia (art. 11), le succitate norme, della cui costituzionalità si dubita, sono state, invece emanate in esecuzione e in conformità di quanto previsto nella Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale, sottoscritta a Strasburgo il 20 aprile 1959 e resa esecutiva in Italia con legge 12 giugno 1962: quindi nel pieno rispetto di quanto previsto dai predetti articoli della Costituzione. È evidente l'inconsistenza di queste affermazioni, in particolare in ragione della non pertinenza delle norme costituzionali richiamate ai tini dell'esecuzione della Convenzione europea di assistenza giudiziaria

La Corte, però, prescinde da qualunque indagine circa la effettiva sussistenza di una impossibilità di natura oggettiva a procedere all'assunzione delle prove richieste nel rispetto del principio del contraddittorio.
È vero che *"la mera allegazione al fascicolo, di un atto o documento, ha funzione soltanto strumentale rispetto alla formazione della prova"* e che *"il momento al quale deve aversi riguardo [...] é – invece – quello in cui il giudice manifesta la decisione di volersi avvalere di quell'atto o documento"*[236]. Quindi, il fatto che gli atti assunti all'estero a seguito di una richiesta di assistenza vadano inseriti, ai sensi dell'art.431 lettere d) o f) c.p.p., nel fascicolo per il dibattimento non implica che il giudice non debba comunque verificarne la effettiva utilizzabilità. É altresì vero, però, che la mancata acquisizione di un atto al fascicolo per il dibattimento vale, di regola, ad escluderne l'utilizzabilità ai fini del giudizio

Risulta allora una parziale sovrapposizione fra la regola di esclusione sancita nell'art. 729, comma l *bis,* e le regole di cui all'art.431 lettere d) e f).

Astrattamente, la regola di esclusione di cui all'art.729 comma 1 *bis*, ha una portata più ampia di quella che risulta, sia pure implicitamente, dall'art. 31 lett. f), in quanto è idonea a colpire atti rispetto ai quali *"i difensori sono stati posti in grado di assistere e di esercitare le facoltà loro consentite dalla legge italiana"* e che, pertanto, sono stati ritualmente inseriti nel fascicolo per il dibattimento, ma sono nondimeno inutilizzabili perché

[236] Così Cass. Pen. Sez. VI n.2963 del 14 gennaio 1999, *Faiani,* in *Cass. Pen.* 1999, p.3538, che in applicazione di tali principi, ha ritenuto l'inutilizzabilità di dichiarazioni accusatorie rese in Germania da un imputato di reato connesso senza l'assistenza del difensore

comunque privi di (altri) elementi necessari per l'utilizzazione processuale. È fuor di dubbio, però, che il nucleo centrale degli elementi necessari per l'utilizzazione processuale degli atti sia rappresentato proprio da quelle stesse garanzie difensive di cui lo stesso art.431 mira ad assicurare l'osservanza. Vi è, quindi, fra le due disposizioni una tendenziale coincidenza dell'ambito di applicazione. Da qui, un ulteriore argomento a favore dell'interpretazione prospettata riguardo all'art.431, lett. f).

Vediamo ora le ulteriori condizioni in presenza delle quali gli1 atti raccolti nel fascicolo per il dibattimento possono essere utilizzati dal giudice ai fini della deliberazione[237].

Qualora si tratti di verbali di dichiarazioni, degli atti contenuti nel fascicolo per il dibattimento è consentita la lettura (e, dunque, successiva valutazione ai fini del giudizio), ai sensi dell'art.511 comma 2 c.p.p., *"solo dopo l'esame della persona che le ha rese, a meno che l'esame non abbia luogo"*[238].

---

[237] Cfr. art.526 c.p.p., secondo il quale: *"Il giudice non può utilizzare ai fini della deliberazione prove diverse da quelle legittimamente acquisite nel dibattimento"*.

[238] La regola vale anche per i verbali e gli altri atti di documentazione delle attività compiute dalla polizia giudiziaria. L'art.514 comma 2 c.p.p., dispone, infatti, il divieto di lettura dei medesimi *"fuori dei casi previsti dall'articolo 511"*, precisando: *"L'ufficiale o l'agente di polizia giudiziaria esaminato come testimone può servirsi di tali atti a norma dell'articolo 499, comma 5"*, e cioè *"in aiuto della memoria"*, su autorizzazione del giudice. Su tale tema, nell'ambito di una letteratura vastissima, si veda S. BUZZELLI, *Le letture dibattimentali*, in *Trattato di procedura penale* (a cura di Ubertis e Voena), Milano, 2000, vol. XXXIII.2.

Se al dibattimento ha luogo l'esame della persona già sentita all'estero in esecuzione di una richiesta di assistenza giudiziaria internazionale, non dovrebbero sussistere ostacoli alla lettura delle sue precedenti dichiarazioni. Qualora, invece, l'esame non abbia luogo, l'utilizzabilità dovrebbe ritenersi preclusa in mancanza degli *"elementi necessari per l'utilizzazione processuale degli atti"*, ai sensi dell'art.729,commi l *bis* e 1 *ter* c.p.p. Ciò, a pena di privare di effetto utile (o, comunque, di una parte importante del loro significato) le nuove disposizioni.

In via eccezionale, anche atti originariamente non inseriti nel fascicolo per il dibattimento possono – come si è accennato – essere acquisiti al dibattimento. Si tratta: degli atti di indagine di cui sia sopravvenuta la irripetibilità *"per fatti o circostanze imprevedibili"*, ai sensi dell'art.512; delle dichiarazioni rese da persone residenti all'estero, secondo quanto disposto nell'art.512 *bis;* infine, delle dichiarazioni rese dall'imputato o coimputato o da persona imputata in un procedimento connesso nei cui confronti si proceda o si sia proceduto separatamente (art.513).

Vale la pena di soffermarsi sulla disciplina, sotto molti aspetti criticabile, dell'art.512 *bis* (originariamente introdotto dal decreto-legge n. 306 del 1992, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 356 del 1992, e poi interamente riformulato dalla legge n. 479 del 1999), relativo alle dichiarazioni ovunque rese – in Italia o all'estero – da persone residenti all'estero nella fase delle in-dagini preliminari. Ai sensi di questa disposizione: *"Il giudice, a richiesta di parte, può disporre, tenuto conto degli altri elementi di prova acquisiti, che sia data lettura dei verbali di dichiarazioni rese da persona residente all'estero, anche a seguito di rogatoria internazionale se essa, essendo stata citata, non è comparsa e solo nel caso*

in cui non ne sia assolutamente possibile l'esame dibattimentale".

La disposizione, originariamente formulata per escludere la dispersione dei mezzi di prova raccolti da persone solo occasionalmente presenti in Italia (e sentite, per lo più, in qualità di persone offese), di cui non era agevole ottenere una nuova comparizione al momento del giudizio, ha trovato in realtà applicazione soprattutto in relazione alle deposizioni raccolte all'estero dai magistrati del pubblico ministero e, in relazione a queste, sollevato i maggiori problemi interpretativi. Consentendo al giudice di disporre, *"a richiesta di parte"* e *"tenuto conto degli altri elementi di prova acquisiti"*, che sia data lettura di queste dichiarazioni, qualora la persona, pur essendo stata citata, non sia comparsa. *"e solo nel caso in cui non ne sia assolutamente possibile l'esame dibattimentale"*, l'art.512 *bis* lascia sussistere – anche nella attuale formulazione – una deroga di non poco rilievo, rispetto al regime generale di utilizzabilità degli atti assunti all'estero. Apre cioè, per le dichiarazioni che sono state rese non rispettando il contraddittorio, una possibilità di utilizzazione che altrimenti sarebbe preclusa. La mancata comparizione in Italia, a seguito di citazione, di persona residente all'estero non è, infatti, di per sé riconducibile ad una ipotesi di irripetibilità sopravvenuta per fatti o circostanze imprevedibili, che possa essere fatta valere ai fini dell'inserimento nel fascicolo per il dibattimento (ai sensi dell'art.431 lett. d)) oppure della lettura *(ex* art.512), a seconda del momento in cui si palesa l'irripetibilità[239].

[239] Per un più ampio svolgimento di questa tesi si veda lo scritto *La nuova disciplina dell'utilizzabilità delle dichiarazioni rese da persone residenti all'estero: quali garanzie processuali per* l'imputato, in *Riv. dir. int.* 2000, p.801. Sul problema della

Conforme al principio del contraddittorio è, invece, la lettura delle dichiarazioni rese dalle persone imputate in un procedimento connesso, che si svolge o si sia svolto separatamente[240], consentita dall'art.513 comma 2. Le

---

compatibilità dell'eccezione, prevista nell'art.512 *bis* c.p.p. al principio del contraddittorio nella formazione della prova con i diritti della difesa sanciti nell'art.6, paragrafi I e 3, lett. *d),* della Convenzione europea sui diritti dell'uomo, si veda la sentenza resa dalla Corte europea dei diritti dell'uomo il 14 dicembre 1999 nell'affare *A.M.* c. *Italia,* cit., *supra,*. Per la tesi che l'attuale formulazione sia conforme a quanto previsto dall'art. 111 comma 5 Cost., che consente deroghe al principio del contraddittorio nella formazione della prova in ragione di accertata impossibilità di natura oggettiva, si veda P. TONINI, *La prova penale*, Padova, 2000. Infine, per un diverso contemperamento del principio di non dispersione dei mezzi di prova con i principi di giustizia del processo penale, cfr., ad esempio, per il Regno Unito, la pronuncia della *Central Criminal Court*, 12 novembre 1986, *R* c. *ÒLoughlin* e al., in *All England Lasv Reports*, 1988, che ha dichiarato l'inutilizzabilità di *"depositions"* rese da persone residenti all'estero perché*: "the jury would not see the witnesses, they would not hear them being examined, they could not be cross-examined, and so the jury would have no opportunity to judge the way in which they stood up to that testing process"*. L'accusa ne aveva chiesto l'ammissibilità ai sensi del *Police and Criminal Evidente Act* del 1984, sez. 68, secondo il quale *"a statement in a document"* può, qualora sia soddisfatta, fra l'altro, la condizione che *"the person who supplied the information [...] is outside the United Kingdom and it is not reasonably practicable to secure his attendance"*. (Su questa eccezione alla *hearsay ride* si veda *Halsbury's Laws of England,* London, 1990, vol. 11.2). Anche in questo caso, tuttavia, il giudice può escludere la deposizione *"unless it is of the opinion that the statement ought te be admitted in the interests ofjustice"* (sez. 78). Si tratta, evidentemente, di soluzioni, per il grado di discrezionalità affidato all'organo giudicante, difficilmente trasponibili da noi.

[240] Come noto, la medesima disciplina è stata estesa alle dichiarazioni del coimputato chiamato nel proprio procedimento a

precedenti dichiarazioni di cui è questione potrebbero essere state acquisite all'estero ovvero in Italia, grazie ad una delle forme di assistenza che consentono l'assunzione della prova nello Stato del processo, come il trasferimento temporaneo della persona detenuta (o, comunque, la sua presenza "virtuale", in caso di ricorso alla videoconferenza). Anche l'art. 513 è stato oggetto di vari interventi legislativi (oltre che della Corte costituzionale). L'imputato di procedimento connesso che, regolarmente citato, non sia comparso, deve essere sottoposto ad accom-pagnamento coattivo oppure essere sentito mediante *"l'esame a domicilio o la rogatoria internazionale ovvero l'esame in altro modo previsto dalla legge con le garanzie del contraddittorio"*. Qualora l'esame non possa avere luogo attraverso queste modalità, la lettura rimane preclusa, a meno che l'impossibilità non dipenda *"da fatti o circostanze imprevedibili al momento delle dichiarazioni"*, conformemente a quanto già consentito, in via generale, dall'art. 512.

---

rendere l'esame sui fatti concernenti la responsabilità penale di altri (Corte Cost., sentenza n.361 del 26 ottobre 1998).

5. DIFFICOLTÀ E PROSPETTIVE DELL'ATTUALE IMPOSTAZIONE DELLA CIRCOLAZIONE PROBATORIA E PROPOSTA DI RIFORMA

Quello probatorio è un momento cruciale e, per questo, assai complesso all'interno del processo penale. In materia probatoria, ogni Stato membro presenta un proprio assetto che è il naturale portato, innanzitutto, della propria tradizione giuridica e costituzionale.

Nondimeno, se l'Unione europea ambisce a realizzare un autentico spazio di libertà, sicurezza e giustizia (il Titolo V della parte III TFUE, è appunto rubricato *spazio di libertà, sicurezza e giustizia*) e se ciò deve avvenire anche nella materia della cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale (Capi 4 e 5 TFUE), non si può certamente prescindere dal mettere mano alla tematica della prova nel processo penale.

Nell'ambito degli ultimi anni, numerose sono state le decisioni-quadro adottate in materia penale all'interno del c.d. terzo pilastro, e non poche di esse assumono rilevanza per il tema della prova in materia penale.

Senza pretesa di esaustività, si ricordino almeno:

- la Decisione quadro 2009/315/GAI del Consiglio, del 26 febbraio 2009, relativa all'organizzazione e al contenuto degli scambi fra gli Stati membri di informazioni estratte dal casellario giudiziario;
- la Decisione quadro 2008/978/GAI del Consiglio, del 18 dicembre 2008, relativa al mandato europeo di ricerca delle prove diretto all'acquisizione di oggetti, documenti e dati da utilizzare nei procedimenti penali;

- la Decisione quadro 2008/977/GAI del Consiglio, del 27 novembre 2008, sulla protezione dei dati personali trattati nell'ambito della cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale;
- la Decisione quadro 2006/960/GAI del Consiglio, del 18 dicembre 2006, relativa alla semplificazione dello scambio di informazioni e intelligence tra le autorità degli Stati membri dell'Unione europea incaricate dell'applicazione della legge;
- la Decisione quadro 2003/577/GAI del Consiglio, del 22 luglio 2003, relativa all'esecuzione nell'Unione europea dei provvedimenti di blocco dei beni o di sequestro probatorio.

Tuttavia, tale modo di procedere marcatamente casistico, se pure imposto da ragioni storiche e contingenti, presenta con ogni evidenza il difetto di frammentarietà e di mancanza di una visione organica, che è giunto il momento di colmare anche attraverso riflessioni di ampio respiro generale.

E ciò anche in considerazione che, come evidenziato nel primo capitolo del presente lavoro, con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, pare mutato il quadro normativo di riferimento. Si veda, al proposito, l'art. 82 par. 2 TFUE, laddove dispone che:

> *"Laddove necessario per facilitare il riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie e la cooperazione di polizia e giudiziaria nelle materie penali aventi dimensione transnazionale, il Parlamento europeo e il Consiglio possono stabilire norme minime deliberando mediante direttive secondo la procedura legislativa ordinaria. Queste tengono*

conto delle differenze tra le tradizioni giuridiche e gli ordinamenti giuridici degli Stati membri.
Esse riguardano:
a) l'ammissibilità reciproca delle prove tra gli Stati membri;
(*omissis*)*"*

Per cui il nuovo quadro normativo di riferimento consente — *rectius*, imporrebbe — di armonizzare le legislazioni interne in materia probatoria, profilandosi la stessa, in questo settore, fondamentale ai fini di una sempre più efficiente cooperazione e della definitiva implementazione di uno spazio giudiziario europeo.

La ravvisata necessità di una opera di armonizzazione strettamente correlata ad una libera circolazione delle decisioni penali, ispirata al principio del mutuo riconoscimento, viene meglio di ogni altra svelata dalla decisione-quadro relativa al mandato europeo di ricerca delle prove.

La procedura, ivi descritta, presenta, infatti, taluni aspetti problematici legati ai criteri di ammissibilità del materiale probatorio ed agli effetti del nuovo regime di circolazione proprio dovuti al trasferimento, sul complesso terreno dell'acquisizione e della successiva circolazione della prova, del principio del mutuo riconoscimento in assenza di qualsivoglia politica di armonizzazione (anche minima) degli ordinamenti processuali.

Il problema può essere riassunto in questi termini: il principio del mutuo riconoscimento e la libera circolazione degli atti processuali penali rappresentano l'asse portante dell'edificio comunitario. Entrambi si nutrono della reciproca fiducia fra gli Stati membri per divenire principi effettivi della cooperazione giudiziaria e tale fiducia si baserebbe sull'armonizzazione dei vari sistemi nazionali.

In questo risiede l'errore di valutazione: l'armonizzazione viene, da un lato, presunta come se i sistemi europei fossero già sufficientemente prossimi fra loro da garantire l'accoglimento in un ordinamento nazionale di atti provenienti da altri sistemi penali e, dall'altro lato, trattata come fenomeno indotto dalla libera circolazione, come frutto di pratiche giudiziarie internazionali semplificate.

Gli Stati membri dell'Unione europea presentano *ex adverso* sistemi giudiziari eterogenei che non sono perciò in grado di trattare singole questioni in modo uguale e a volte nemmeno simile.

L'estrema eterogeneità oggi esistente riguardo ai criteri di ammissibilità delle prove di ciascun sistema nazionale – espressione della profonda diversità di valore data nei vari ordinamenti a determinati principi – potrebbe, dunque, costituire un rilevante ostacolo al momento dell'attuazione dei nuovi strumenti comuni di cooperazione, rendendo particolarmente complesso risolvere il problema dell'utilizzo in giudizio di elementi probatori raccolti in un altro Stato.

In tale contesto, l'obiettivo della libera circolazione della prova – risultato di indubbia importanza nell'ottica di facilitare l'accertamento della responsabilità penale nei casi di crimini di natura transnazionale – non può comunque indurre a trascurare la specificità e la peculiarità della prova penale rispetto ad altri settori nei quali la libera circolazione ha trovato piena attuazione, dimostrando la sua efficacia.

La prova penale, infatti, si differenzia dalle merci e dai servizi, settori nei quali si è sviluppato il principio della libera circolazione in ambito comunitario e del mutuo riconoscimento: la prova – intesa quale risultato probatorio – è il prodotto di una fattispecie processuale complessa. Il procedimento probatorio è momento processuale retto da

specifiche garanzie poste a tutela dei diritti fondamentali e da regole dettagliate che sono traduzione di canoni epistemologici dai quali dipende la qualità del risultato probatorio.

Emblematico il principio di contraddittorio nella formazione della prova, che, ancora prima di essere un diritto riconosciuto all'imputato, si presenta quale canone metodologico che informa il processo penale.

Attesa l'odierna politica criminale dell'Unione europea – improntata alla traduzione normativa del principio del mutuo riconoscimento (completamente avulsa da una anche solo minima opera di omogeneizzazione dei sistemi processuali) – il timore è, dunque, che prevalga quel pragmatismo tipico delle politiche dell'Unione europea che porta alla prevalenza del risultato finale – in questo caso, la libera circolazione della prova – anche a costo di sacrifici in termini di diritti fondamentali della persona sottoposta alle indagini e di qualità dell'accertamento.

La tendenza alla semplificazione delle forme parrebbe, in particolare, comportare un arretramento delle garanzie previste dall'ordinamento nazionale, che ha assunto in materia di tutela dei diritti fondamentali una posizione avanzata rispetto ad altri paesi, nei quali non è dato riscontrare analoghe forme di tutela, in particolare nella fase di emissione del provvedimento e nella predisposizione di eventuali controlli, anche di merito, in sede di impugnazione della decisione adottata.

Tanto più, laddove il mutuo riconoscimento – come in questo caso – sia limitato ad un mero sottosistema, quello probatorio, i cui atti sono naturalmente destinati a valutazioni critiche e a controlli di legalità successivi, calibrati al relativo sistema processuale, e che non necessariamente (è, anzi, fondato il dubbio che avvenga il

contrario) possono essere surrogati dalle regole di valutazione e di controllo previsti in un altro Stato per un altro tipo di processo e di sottosistema istruttorio.

Ciascuna di queste problematiche assume lineamenti ancor più manifesti, laddove si consideri che non è dato riscontrare nella decisione-quadro una enunciazione generica dei diritti della difesa e neppure un sistema di rimedi atti ad impedire l'utilizzabilità di elementi probatori raccolti in violazione di legge.

Il procedimento delineato dalla decisione-quadro prevede, infatti, la figura dell'autorità inquirente e la figura del giudice ma non quella dell'indagato: in altri termini, non è dato intravedere spazi di difesa, di contraddittorio, di oralità e di immediatezza nella formazione e nella raccolta della prova.

A ciò si aggiunga che gli Stati membri sono obbligati ad eseguire il mandato europeo di ricerca delle prove – salvo le ipotesi di rifiuto espressamente indicate e specificate. Pertanto, si ritiene impossibile il rifiuto dell'esecuzione qualora il fatto per il quale viene emesso il mandato non costituisca reato secondo l'ordinamento nazionale dello Stato di esecuzione oltre che secondo quello dello Stato di emissione (cd. principio della doppia punibilità o incriminazione): l'interpretazione letterale di tale previsione non potrà non suscitare dibattiti e confronti che dovranno essere risolti dal legislatore nazionale al fine di ovviare alle concrete lesioni dei diritti della persona derivanti proprio dalla possibilità di eseguire indagini anche nei confronti di soggetti indagati per fatti non punibili secondo la legge dello Stato di esecuzione o prescritti.

L'obbligo di accogliere il provvedimento estero, privo delle garanzie richieste dall'ordinamento nazionale per un atto analogo, si troverebbe, quindi, a prevalere in forza

dell'imposizione proveniente dall'organismo sopranazionale, rischiando di livellare verso il basso il tasso di garantismo degli ordinamenti nazionali.

Ciò vale ancor più laddove si ponga attenzione alla cd. prova pre-acquisita: se è vero che, in linea di principio, minori problemi potrebbe comportare la circolazione della prove cd. costituende, le quali, essendo raccolte precisamente al fine di essere acquisite ad un procedimento straniero, meglio potrebbero adattarsi alle regole che informano quel procedimento (soprattutto se suscettibili di essere acquisite con le formalità e le procedure appositamente indicate dall'autorità di emissione), tuttavia non si può dimenticare come la decisione-quadro preveda quale oggetto di circolazione anche materiale probatorio che, sebbene escluso dall'ambito di applicazione della decisione-quadro, sia già in possesso dell'autorità di esecuzione prima dell'emissione del mandato.

In tali casi, sarà possibile ottenere dati esistenti riguardanti le comunicazioni intercettate, la sorveglianza e gli interrogatori di indiziati, le dichiarazioni di testimoni e periti nonché i risultati di analisi del DNA.

Rispetto alle prove già esistenti al momento di emissione di un mandato, si prescinde, con ogni evidenza, dalla possibilità, fornita dalla decisione-quadro per le prove da acquisire, che l'autorità di esecuzione ottemperi alle formalità ed alle procedure espressamente indicate dall'autorità di emissione che non siano in conflitto con i principi di diritto fondamentali dello Stato di esecuzione.

Le prove acquisite inizialmente ai soli fini di un procedimento interno sono come ovvio formate secondo la legge del luogo di quel procedimento e sono pertanto sottratte alla disciplina diretta a facilitare la compatibilità della raccolta probatoria con la legge dello Stato di

emissione, prevista per i casi nei quali il mandato sia precedente alla raccolta delle prove che si richiedono.

In tali casi, il sistema nazionale, costretto a dare applicazione ad un provvedimento estero che sente estraneo non per la provenienza ma per le regole che ne hanno retto la genesi, si troverà nella condizione di doverlo rifiutare oppure – circostanza, questa ancora più preoccupante – nella condizione di dovere, in forza dell'imposizione proveniente dall'organismo sopranazionale, accoglierlo anche se privo di quelle garanzie richieste dall'ordinamento nazionale per un atto analogo.

In questa ultima ipotesi, la libera circolazione delle prove porterebbe con sé una duplice conseguenza negativa: non garantire la qualità del prodotto su scala europea e, nel contempo, abbassare gli *standards* qualitativi che il singolo Stato importatore si fosse dato.

La materia probatoria svela meglio di ogni altra l'ormai improrogabile necessità di rimeditare i principi stessi della cooperazione giudiziaria, dando la precedenza all'armonizzazione ed iniziando a prevedere e ad adottare un sistema comune di norme e di principi volto a garantire i diritti processuali dell'accusato; e ciò, in quanto le posizioni raggiunte nella salvaguardia dei diritti fondamentali dei soggetti sottoposti al procedimento penale non possono essere abbandonate nella costruzione di un modello processuale comune ma anzi devono rappresentare i pilastri sui quali fondare il nuovo processo penale europeo.

Una opera di omogeneizzazione dei relativi ordinamenti appare essenziale al funzionamento di un sistema di cooperazione fondato sul principio del mutuo riconoscimento, poiché soltanto l'espansione del nucleo di regole di diritto sostanziale e processuale condivise

consente di nutrire effettivamente una fiducia normativa (e non meramente convenzionale) verso gli altri sistemi giuridici che è alla base del principio del mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie.

L'impostazione con la quale la l'Unione europea ha sinora affrontato la questione della circolazione probatoria nel territorio europeo – in particolare, ponendosi in una ottica unicamente repressiva (come dimostra la presenza quali soggetti processuali attivi nella scena del mandato europeo di ricerca delle prove solo dell'autorità inquirente e del giudice) nonché ritenendo il principio del mutuo riconoscimento una valida alternativa all'armonizzazione – non può, dunque, non suscitare perplessità in ordine alla possibile predisposizione di un unico strumento basato sul reciproco riconoscimento valido per tutti i tipi di prova.

La proposta[241] è, dunque, quella di adottare, nel rispetto delle differenti tradizioni giuridiche, norme minime in materia di prova – articolate in una parte generale relativa ad alcuni principi in materia di prova che appare necessario porre ed in parti speciali, invece, riguardanti i singoli strumenti probatori – la cui osservanza si ponga come condizione per la loro ampia e libera circolazione.

[241] Preliminare a qualsiasi altra valutazione si profila la seguente precisazione terminologica: nella dogmatica, peraltro non solo italiana, il procedimento probatorio viene scomposto in una serie di fasi, l'una successiva all'altra: ammissione, acquisizione / assunzione ed infine valutazione della prova. Nella fase dell'ammissione il giudice valuta se una prova può entrare a far parte del proprio bagaglio decisorio. Ove ammessa, la prova può essere acquisita / assunta. Infine, essa viene utilizzata a fini decisori. Si ritiene che tale terminologia possa essere impiegata, in funzione chiarificatrice, anche in un contesto europeo.

(…) parte generale

In linea generale, prescindendo in questa sede su questioni che potrebbero creare conflitti con le singole tradizioni giuridiche (affermazione di principi come quello del libero convincimento, di assenza di prove legali, etc.), punto di partenza appare l'enucleazione e la compiuta descrizione di previsioni normative comuni atte a porre delle regole probatorie che tutelino il soggetto coinvolto in indagini transnazionali e valorizzino i diritti e le garanzie minimali che vanno comunque salvaguardate da un legislatore che intenda rispettare le esigenze difensive di chiunque sia sottoposto ad un procedimento penale. Nello specifico, il riferimento corre a:

- principio di riserva di legge. Le prove, per poter circolare da uno Stato ad un altro, dovrebbero essere previste dalla legge e trovarvi una chiara disciplina di base. Ciò soprattutto quando tali prove limitano i diritti fondamentali della persona: si pensi ad una intercettazione di conversazioni. Occorre a questo proposito ricordare che, alla luce dell'art. 6 TUE, l'Unione europea riconosce i diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione europea sui diritti dell'uomo (di seguito CEDU). E, ad es. in materia di rispetto della vita privata, incisa dalle intercettazioni telefoniche, l'art. 8, comma 2 CEDU pone appunto il principio di riserva di legge. Per prevenire possibili obiezioni e venire incontro alle diversità che sul punto si potrebbero registrare tra Stati membri, si suggerisce di far propria la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, che adotta una nozione di "legge" ("*droit*", "*law*") comprensiva del diritto tanto di origine legislativa quanto giurisprudenziale, affermando che l'importante è che

il sistema consenta al cittadino l'accessibilità e la prevedibilità (cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, sez. II, 20 gennaio 2009, Sud Fondi c. Italia, ove ulteriori rimandi di giurisprudenza);

- principio di riserva di giurisdizione. Le prove devono essere formate con il contributo del giudice. Non è sufficiente la presenza del pubblico ministero che, essendo parte e, in alcuni paesi (come ad esempio la Francia), funzionalmente dipendente dall'esecutivo, non può garantire l'indipendenza propria dell'organo giurisdizionale strettamente inteso;
- principio del contraddittorio, da apprezzarsi sia con riferimento al suo valore euristico (atteso che, secondo le acquisizioni dell'epistemologia contemporanea, il metodo dialettico viene ritenuto quello migliore per l'accertamento della verità degli enunciati fattuali) sia con riferimento al diritto di difesa dell'accusato, il quale deve essere, tra l'altro, effettivamente posto nella condizione di interrogare o far interrogare le fonti di prova dichiarative;
- principio di specialità, individuando criteri di ammissione probatoria volti a precisare un nesso di pertinenza e rilevanza tra la prova raccolta ed il tema *probandum* e prevedendo limiti generali all'utilizzabilità delle prove in procedimenti diversi ed in relazione a persone diverse da quelli per i quali è stata domandata cooperazione giudiziaria (anche al fine di evitare abusive "*triangolazioni*");
- principio di garanzia. Le prove devono prevedere una qualche forma di coinvolgimento della difesa, nella sua duplice accezione:
    1. diritto di difesa personale – intendendosi il complesso delle attività attraverso le quali il soggetto accusato partecipa personalmente

alla ricostruzione del fatto. In esso, rientrano le seguenti specifiche garanzie:

- il diritto all'informazione tempestiva, riservatamente, in una lingua conosciuta ed in maniera dettagliata, della natura e dei motivi dell'accusa;
- il riconoscimento del principio *nemo tenetur se detegere*, concernente gli aspetti tanto del diritto al silenzio quanto del diritto a non autoincriminarsi;
- la predisposizione di tempi e condizioni necessarie per la preparazione della propria difesa con riferimento sia alla previsione di termini ragionevoli sia alla conoscenza degli atti processuali sia alla possibilità di comunicazione con il proprio difensore;
- il diritto ad un interprete ed alla traduzione degli atti, qualora il soggetto accusato non comprenda la lingua utilizzata nel procedimento;

2. diritto di difesa tecnica – intendendosi l'assistenza giuridica fornita al soggetto accusato da un difensore. Lo stesso si specifica in una serie di garanzie, di seguito richiamate:
   - il diritto all'informazione del diritto in capo all'accusato a nominare un difensore;
   - il diritto alla nomina di un difensore d'ufficio, qualora l'accusato sia privo di difensore;

- la tutela difensiva dei soggetti non abbienti;
- la garanzia di libertà di comunicazioni tra l'accusato e coloro che lo assistono;
- la previsione di disposizioni che consentano l'effettivo coordinamento difensivo nei procedimenti transnazionali (come già richiesto con la proposta di modifica della decisione quadro sul mandato d'arresto europeo che si allega);

A tal proposito, appare quanto mai opportuna per non dire imprescindibile e necessaria l'istituzione del c.d. difensore europeo, attraverso la creazione di albi specializzati, presenti in ogni Stato membro, i cui iscritti siano soggetti a particolari requisiti inerenti la formazione e la specializzazione (ad esempio, un requisito minimo richiesto potrebbe essere la buona conoscenza di almeno due lingue straniere).

L'idea – che ha trovato credito anche nell'ambito del dibattito svolto a Dresda in occasione dell'incontro tra docenti tedeschi del 2003[242] – mira all'introduzione sul piano europeo di un organo istituzionale dotato di una duplice funzione[243]. Da una parte, dovrebbe promuovere e curare il collegamento tra i difensori a livello nazionale, anche

[242] Si segnala in particolare C. NESTLER, *Europäisches Strafprozessrecht*, in ZStW, 2004, p. 351 (per una panoramica delle posizioni adottate in quella sede, cfr. in generale, AA.VV., *Die Europäisierung der Strafverfolgung*, ivi, p. 275 ss.)

[243] L. PARLATO, *Su due aspetti del diritto di difendersi provando in dimensione europea*, in AA.VV., *L'area di libertà sicurezza e giustizia: alla ricerca di un equilibrio fra priorità repressive ed esigenze di garanzia*, Giuffrè, 2007, p. 669 ss.

incrementandone il perfezionamento professionale; dall'altra, dovrebbe intervenire sin dal principio nei procedimenti su fattispecie di carattere transnazionale (eventualmente condotti dal pubblico ministero europeo), come organo di controllo nell'interesse della persona sottoposta ad indagine, rivestendo un ruolo paragonabile a quello di un "*difensore civico*".

L'introduzione dell'eurodifensore avrebbe, dunque, una duplice finalità: da un lato rileverebbe come istituzione a livello europeo di un servizio volto a compensare, mediante uno stabile sostegno ed un coordinamento, il sovraccarico funzionale dei difensori nazionali dovuto al procedimento europeo; dall'altro, consentirebbe di realizzare le prospettive difensive, soprattutto nei primi momenti delle indagini, quando ancora non è stato contestato l'addebito[244].

Nello specifico, l'eurodifensore avrebbe il compito di sostenere e rendere più effettiva la difesa nei procedimenti riguardanti fatti di criminalità transnazionale, nei casi in cui si attiva *Eurojust* e comunque prima dell'intervento di un difensore nominato. Attraverso il controllo del procedimento, dovrebbe garantire il rispetto dei diritti e delle garanzie delle persone direttamente coinvolte e dei terzi. Secondo il progetto alternativo[245], la

---

[244] B. SCHUNEMANN, *Fortschritte und Fehltritte in der strafrechtspflege der EU*, in *GA*, 2004, p. 209.

[245] B. SCHUNEMANN, *Un progetto alternativo di giustizia penale europea*, Giuffré, Milano, 2007: Articolo III-273° CE PAGPE (Eurodifensore) *L'eurodifensore ha il compito di sostenere la difesa e di rafforzarla in caso di procedimenti penali per grave*

criminalità transnazionale. In procedimenti penali in cui si attivi Eurojust (Art. III-273) ed in cui non sia nominato un difensore, l'Eurodifensore deve controllare il procedimento per garantire il rispetto dei diritti di imputati e di terzi. La struttura, il funzionamento, l'ambito d'azione ed i compiti dell'Eurodifensore vengono regolati da leggi europee. In particolare, tali compiti possono prevedere:

a. *la creazione e l'intermediazione di contatti della difesa;*
b. *il coordinamento della difesa a cui partecipino vari difensori in diversi Stati;*
c. *la messa a disposizione di informazioni e documenti per la difesa;*
d. *il sostegno finanziario della difesa, qualora l'Eurodifensore lo ritenga necessario;*
e. *l'attribuzione dell'incarico ad "ombudsman"nel caso di proto-difesa tramite l'Eurodifensore ai sensi del comma 3.*

Qualora ai sensi dell'art. III-273 la competenza sia di Eurojust, esso deve informare l'Eurodifensore in merito al procedimento penale, non appena sia necessaria una partecipazione di quest'ultimo. Tramite legge europea viene stabilito quando ciò debba avere e quali diritti di partecipazione abbia l'Eurodifensore. L'Eurodifensore deve essere informato almeno quando: a) dall'avvio del procedimento istruttorio siano trascorsi 3 mesi o b) venga richiesta una misura processuale coattiva in uno stato diverso da quello in cui la procura conduce il procedimento.

L'Eurodifensore, non appena sia stato informato ai sensi del comma 4, ha il diritto di partecipare al procedimento tramite un ombudsman incaricato, fino a quando ogni indagato sia rappresentato da un difensore di sua fiducia. In qualità di proto-difensore l'ombudsman deve tutelare i diritti di un indagato ancora ignoto o ancora non formalmente coinvolto. In caso di misure d'indagine transnazionale egli ha il diritto:

a. *di essere sentito prima che vengano ordinate misure processuali coattive, a meno che non vi sia un pericolo imminente, ed ha gli stessi diritti di presentare istanze e ricorrere in appello che avrebbe un difensore nazionale;*
b. *di essere informato prima di ciascun audizione di soggetti che potranno assumere la posizione processuale di testimoni*

formazione, le funzione, l'attività ed il ruolo dell'eurodifensore verrebbero regolati da fonti europee e tra i suoi compiti si distinguerebbero l'incentivazione della partecipazione della difesa; il coordinamento della difesa in caso di collaborazione tra più difensori che operino in stati diversi; la predisposizione di documenti ed informazioni utili per la difesa; l'assunzione dei costi della difesa quando l'eurodifensore ne ravvisi la necessità; la designazione di specifici professionisti che operino parallelamente ove si attivi *Eurojust*. Intervenendo quest'ultimo dovrebbe informare l'eurodifensore, del quale sarebbe garantita una partecipazione al procedimento quanto più possibile tempestiva.

È chiaro che l'introduzione della figura in esame comporterebbe una riduzione della asimmetria tra accusa e difesa specie nella fase iniziale delle indagini, nella quale è esclusa la consapevolezza del procedimento. Ciò, seppur non è ancora chiaro se e in quale misura il sistema riesca effettivamente ad anticipare la presa di coscienza, da parte dell'interessato, nella propria condizione di indagato e, dunque, se l'eurodifensore possa rivolgersi direttamente all'indagato medesimo ai fini di una efficace individuazione ed assicurazione *"a caldo"* di fonti di prova utili alla difesa.

Dovrebbero essere disciplinati per mezzo di fonti europee i tempi di intervento, il sistema per la trasmissione delle informazioni ed il loro contenuto nonché i diritti di partecipazione dell'eurodifensore. Il contenuto minimo delle informazioni disponibili

---

o di imputati e di partecipare all'audizione con gli stessi diritti che avrebbe un difensore secondo il diritto nazionale.

all'eurodifensore comprenderebbe l'indicazione circa il corso del procedimento (se è già avviato da oltre tre mesi) e l'eventuale adozione di misure restrittive. A seguito di queste informazioni, l'eurodifensore potrebbe partecipare al procedimento mediante un difensore designato fino a quando ogni persona sottoposta all'inchiesta non abbia nominato un proprio difensore. Il difensore designato dovrebbe in tal modo salvaguardare i diritti degli indagati ancora ignoti o non formalmente coinvolti nel procedimento e, negli atti di indagine transnazionali, avrebbe il diritto: di essere sentito prima dell'applicazione di una misura restrittiva, nella misura in cui non vi sia urgenza, e di esercitare gli stessi poteri di intervento impugnativa propri di un difensore nazionale; di essere informato prima di ogni audizione di persone informate sui fatti o dell'indagato e di partecipare all'escussione con gli stessi diritti che spetterebbero al difensore secondo il diritto nazionale.

Dal punto di vista operativo, questa figura dovrebbe essere in grado di intervenire in tutti gli stati membri e la sua formazione dovrebbe comportare la conoscenza delle rispettive lingue e dei rispettivi sistemi processuali.

Dunque, dovrebbe essere assicurata anche l'istituzione di una organizzazione europea per la difesa che costituisca il polo contrapposto rispetto ad *Eurojust*. Infatti, attraverso l'istituzione di *Eurojust* e del pubblico ministero europeo (ma anche attraverso le nuove competenze delle procure nazionali per le indagini transnazionali) il procedimento ricava un incremento di poteri e autorità che si attivano ai fini investigativi; il tradizionale equilibrio del processo penale viene così minacciato e perciò occorre

realizzare una compensazione intervenendo sul versante della difesa.

(…) parte speciale

Di più, in sede di parte generale, non è possibile dire: occorre, infatti, adattare quanto sopra alle singole prove, di cui si fornisce, sempre per chiarificazione terminologica, una suddivisione tra prove costituende e prove precostituite.

In particolare, le prove costituende sono quelle che si formano in dibattimento e, dunque, al cospetto del giudice del dibattimento: ad esempio, la prova dichiarativa che il testimone o la parte renda appunto all'udienza. In questo caso, tra l'altro, si avverte la distinzione tra la fase di ammissione (la parte presenta il testimone e il giudice dispone che venga sentito) e la successiva fase di acquisizione / assunzione (il teste viene concretamente sentito davanti al giudice). Altri esempi di prova costituenda, oltre alla prova dichiarativa, possono essere il confronto tra testimoni, la perizia disposta dal giudice, etc.

La prova precostituita – preesistente al dibattimento – è per antonomasia il documento: esso vive al di fuori e a prescindere da un procedimento penale. Per le prove precostituite ammissione ed acquisizione coincidono: una volta che viene ammesso, il documento è per ciò stesso acquisito, visto che è già precostituito rispetto al processo.

Occorre poi chiedersi dove collocare, nell'alternativa tra prove costituende e prove precostituite, le ispezioni, le perquisizioni, i sequestri e le intercettazioni di conversazioni. Si tratta di atti di natura investigativa che si collocano per lo più nella fase delle indagini e che si formano, pertanto, prima del dibattimento; trattandosi però di atti a sorpresa e aventi natura irripetibile, possono ed anzi devono essere utilizzati dal giudice del dibattimento.

Per questa ragione, ed a questi limitati fini, appare corretto inquadrarli nel novero delle prove precostituite.

Nello specifico, potrebbero essere oggetto di puntuale specificazione normativa:

- prove dichiarative. La prova dichiarativa può avere varia provenienza: da un testimone, da una parte (ad es. imputato, parte civile), da un coimputato, da un perito o da un consulente tecnico, etc. La domanda è la seguente: quali caratteristiche deve avere questa prova dichiarativa affinché, ammessa ed assunta nel procedimento penale di uno Stato membro, possa essere utilizzata anche nel processo penale di un altro Stato membro? L'idea è che, per circolare, essa debba presentare due garanzie. La prima è quella giurisdizionale. Essa cioè deve essere stata assunta al cospetto di un giudice. Non necessariamente il giudice del dibattimento; alcuni ordinamenti prevedono, durante le indagini, la presenza del giudice istruttore (Germania, Francia, Spagna) o comunque di un giudice *ad acta* (Italia) ed il meccanismo può appunto assumere la fisionomia dell'incidente probatorio italiano (artt. 392 ss. c.p.p.). La garanzia giurisdizionale tende ad impedire che all'assunzione della prova dichiarativa procedano, in solitario, la pubblica accusa o la polizia giudiziaria (o il difensore, laddove sia prevista la possibilità di investigazioni autonome della difesa), perché ciò non si ritiene dia sufficiente affidabilità. La seconda è la garanzia difensiva: la prova dichiarativa deve essere stata assunta nel contraddittorio tra accusa e difesa. Si intende dire, in particolare, che all'assunzione della prova nello Stato di esecuzione deve partecipare il difensore del soggetto interessato, nei

cui confronti si vogliono poi utilizzare le dichiarazioni nello Stato di emissione. Posto questo principio, si possono dare almeno tre possibilità. La prima è che soggetto interessato sia sottoposto a processo nello Stato di esecuzione e, contemporaneamente od anche successivamente, nello Stato di emissione. Premesso che ciò potrebbe porre problemi di litispendenza o di *ne bis in idem*, si ha la situazione più semplice, perché soggetto interessato non potrà che godere di una difesa tecnica in ambedue i procedimenti. Si ribadisce l'importanza, comunque, della garanzia giurisdizionale: un atto assunto unilateralmente dall'accusa non potrà comunque circolare, anche se soggetto interessato figuri come indagato nei due procedimenti. La seconda possibilità è che soggetto interessato sia sottoposto a processo solo nello Stato di emissione. È verosimile, allora, che la prova dichiarativa venga assunta nello Stato di esecuzione su rogatoria dell'autorità giudiziaria dello Stato di emissione. A quel punto si deve instaurare il meccanismo di assunzione partecipata, sopra proposto e descritto, coinvolgendo Soggetto interessato e il suo difensore europeo nello Stato di esecuzione. Una terza possibilità è che nel processo penale in corso nello Stato di esecuzione, durante l'assunzione di una prova dichiarativa, emergano indizi di reità nei confronti di soggetto interessato. Se si vorrà che quella prova dichiarativa sia spendibile in eventuali procedimenti penali a carico di soggetto interessato pendenti in altri Stati, ad es. lo Stato di emissione, occorrerà interrompere o sospendere l'assunzione della prova e riprenderla quando soggetto interessato, debitamente avvisato, si sarà munito di un difensore

per parteciparvi. In definitiva, la presente proposta in materia di prova dichiarativa vuole garantire una formazione della prova che sia rispettosa del diritto di difesa del soggetto accusato soggetto interessato e soprattutto porsi come freno a possibili comportamenti elusivi delle garanzie da parte delle autorità giudiziarie degli Stati di esecuzione ed di emissione. Potrebbe darsi il caso, infatti, che l'autorità giudiziaria dello Stato di emissione chieda espressamente a quella dello Stato di esecuzione di procedere ad assumere una prova dichiarativa da spendere nei confronti di Soggetto interessato: se si vuole che questa prova sia utilizzabile, soggetto interessato dovrà necessariamente essere coinvolto già nell'assunzione presso lo Stato di esecuzione, con le modalità sopra precisate. Dovendo soggetto interessato munirsi di due difensori, uno nello Stato di emissione in cui è sottoposto a processo, ed uno nello Stato di esecuzione quantomeno per l'assunzione della prova, ben si comprende perché sia importante implementare la presenza effettiva del difensore europeo. Unica eccezione che si ritiene di prevedere alla garanzia difensiva è la seguente: la prova dichiarativa è stata assunta nello Stato di esecuzione senza la presenza del difensore dell'accusato soggetto interessato; la prova è poi divenuta irripetibile (altrimenti, nulla osterebbe a riassumerla alla presenza del difensore di soggetto interessato); al momento di assunzione della prova, nel procedimento avanti lo Stato di esecuzione non sussistevano ancora indizi a carico di soggetto interessato. Si ritiene peraltro che, appunto venendo meno la garanzia difensiva, quella giurisdizionale non possa mancare. Il meccanismo suggerito

riecheggia l'art. 403, comma 1-*bis* c.p.p.[246] e gli insegnamenti della Corte costituzionale italiana (sent. n. 181 del 1994).

- altre prove costituende. Oltre alla prova dichiarativa, esistono altre prove costituende, come per esempio la perizia o l'esperimento giudiziale. Si ritiene che la doppia garanzia formulata sopra, giurisdizionale e difensiva, debba valere anche in questo caso, con le opportune ed ulteriori specificazioni del caso: se ad esempio nel caso di perizia, l'ordinamento dello Stato membro prevede che l'accusato possa nominare un consulente di parte, questa facoltà andrà riconosciuta al soggetto accusato, il quale, oltre ad avere un difensore europeo, dovrà anche poter nominare, se ritiene, un proprio "consulente tecnico europeo".

- ispezioni, perquisizioni, sequestri ed intercettazioni. Per questi atti appare, in primo luogo, importante rimarcare la riserva di legge. Si tratta di atti spesso compiuti nella fase investigativa e spesso limitativi di diritti fondamentali degli accusati: libertà personale, libertà domiciliare, riservatezza della corrispondenza, riservatezza dei dati personali. In questo settore, inoltre, la tecnologia offre agli organi pubblici sempre nuove possibilità di "aggredire" quei beni

[246] *Nel dibattimento le prove assunte con l'incidente probatorio sono utilizzabili soltanto nei confronti degli imputati i cui difensori hanno partecipato alla loro assunzione.*
1 – bis. Le prove di cui al comma 1 non sono utilizzabili nei confronti dell'imputato raggiunto solo successivamente all'incidente probatorio da indizi di colpevolezza se il difensore non ha partecipato alla loro assunzione, salvo che i suddetti indizi siano emersi dopo che la ripetizione dell'atto sia divenuta impossibile.

fondamentali. Per tale ragione, nella presente materia dovrebbe sempre esservi, in linea di principio, una disciplina legale che stabilisca i casi ed i modi con cui queste prove possono essere svolte. Ciò premesso, la garanzia giurisdizionale dovrebbe operare anche in questo caso: con la precisazione che qui il giudice non sarà chiamato ad assumere la prova, bensì semplicemente ad autorizzarne l'assunzione da parte degli organi di investigazione (pubblica accusa, polizia). La presente proposta potrebbe tra l'altro avere delle ripercussioni sullo stesso ordinamento italiano, nel quale attualmente solo le intercettazioni sono sottoposte ad una riserva di giurisdizione, mentre invece ispezioni, perquisizioni e sequestri possono essere disposti *anche* direttamente dalla pubblica accusa. Quanto alla garanzia difensiva, trattandosi di atti a sorpresa, per i quali non è ovviamente possibile una piena esplicazione, sin da subito, del diritto di difesa, occorrerebbe prevedere dei meccanismi *ad hoc*, imperniati sulla possibilità di controllo successivo. Al difensore europeo del soggetto accusato, pertanto, dovrebbe essere concesso di avere il più ampio accesso ai verbali di ispezione, di perquisizione, di sequestro e di intercettazione, ai provvedimenti autorizzativi, alle eventuali registrazioni, nonché ad ogni altro atto connesso e rilevante per la difesa, una volta che si siano svolti l'ispezione, la perquisizione, il sequestro o l'intercettazione. Come già per la prova dichiarativa, è possibile una esemplificazione. Una prima ipotesi è che soggetto interessato sia sotto processo in uno Stato di esecuzione e si disponga, nei suoi confronti, una ispezione, una perquisizione, un sequestro od una intercettazione. Gli esiti di tale

attività sono spendibili anche nel processo penale contro il soggetto interessato, che penda o venga instaurato in un altro stato, a condizione che nello Stato di esecuzione soggetto interessato abbia fruito della garanzia di riserva di legge, di quella di riserva di giurisdizione e che, quanto al diritto di difesa, sia stato messo in condizione di conoscere gli esiti dell'avvenuta ispezione, perquisizione, sequestro od intercettazione. Come seconda ipotesi, soggetto interessato è sotto processo nello Stato di esecuzione che commissiona, in via rogatoria, una ispezione, una perquisizione, un sequestro od una intercettazione allo Stato di esecuzione. La terza ipotesi è che, nello svolgimento di una ispezione, una perquisizione, un sequestro od una intercettazione a carico di altro imputato nello Stato di esecuzione, emergano ipotesi di reato a carico di soggetto interessato. Tale prova può essere spesa nel diverso processo penale a carico di soggetto interessato in un altro Stato? In realtà, l'attività in discorso non dovrebbe poter essere spesa come prova in nessuno dei due Stati, ma dovrebbe valere in entrambi gli Stati al più come notizia di reato nei confronti di Soggetto interessato. Ogni successiva attività di ispezione, perquisizione, sequestro, intercettazione a carico di soggetto interessato nello Stato di esecuzione sarà poi spendibile nello Stato di emissione a condizione che vengano rispettate le garanzie di riserva di legge, di giurisdizione e difensiva come nel primo caso.

- Documenti. Per quanto riguarda la prova documentale, il problema principale è quello di una definizione rigorosa, perché vi è l'esigenza di evitare comportamenti elusivi da parte delle autorità

giurisdizionali degli Stati membri. Una tipica attività elusiva sarebbe appunto quella di qualificare una prova costituenda come documento, al fine di sottrarla alle garanzie di assunzione sopra delineate. Se, ad esempio, il processo penale nello stato di esecuzione si è già concluso, si potrà dire che le prove ivi assunte possono transitare nel processo penale avanti lo Stato di emissione come prove documentali? Si ritiene che la risposta debba essere assolutamente negativa, pena appunto lo svuotamento delle garanzie minime. La definizione di documento deve pertanto fare perno sulla sua natura ed esecuzione extra-processuale: documento è quel supporto rappresentativo che ha una sua funzione al di fuori e a prescindere dal processo penale. Una lettera tra privati è un documento; una delibera di un Consiglio comunale è un documento; una annotazione compiuta da un ufficiale di polizia giudiziaria non lo sarà mai, né nel procedimento penale in cui è stata fatta, né in altri procedimenti penali. Con queste caratteristiche si può affrontare l'altro spinoso problema, che può portare ad elusioni delle garanzie, ossia, come qualificare l'attività degli organismi di vigilanza o sanzionatori amministrativi (ad es. OLAF), delle agenzie di *law enforcement* non aventi diretta od esclusiva competenza penale, degli altri organismi che, specie nel quadro della prevenzione e repressione di gravi reati internazionali, vantano competenze a metà tra la repressione e la prevenzione. Il criterio che si ritiene di dover porre è il seguente: ove durante questa attività, che si definisce amministrativa per indicare che non è originariamente penale, emergano notizie di reato a carico di taluno, è obbligatorio che, da quel

momento si proceda con le garanzie previste dal processo penale (un criterio simile è posto, nei rapporti tra sistema sanzionatorio amministrativo e sistema penale dall'art. 220 disp. att. c.p.p.[247]). Tutto ciò che è stato posto in essere prima di questo spartiacque temporale deve essere qualificato come documento e può essere acquisito in un procedimento penale nazionale e, da questo, migrare anche nei procedimenti penali di altri Stati. Tutto ciò che viene compiuto dopo lo spartiacque, non è documento: è acquisibile nel procedimento nazionale e potrà poi da questo passare ad altri procedimenti, anche stranieri, solo se viene assunto rispettando le garanzie del processo nazionale, in particolare se rientra in un mezzo di prova tipico tra quelli sopra descritti e rispetta le regole minime di garanzia. L'esempio, tratto da concrete problematiche italiane, potrebbe essere quello del ruolo del curatore fallimentare in rapporto con un possibile reato di bancarotta. Nel processo penale italiano, la procedura fallimentare è una procedura a carattere non penale. Al suo interno, il curatore fallimentare, di solito un professionista (commercialista od avvocato) effettua verifiche e controlli e riferisce periodicamente, per iscritto, al giudice delegato che lo ha nominato. Il curatore potrebbe sentire (e non di rado lo fa) anche il fallito, e redigere verbale contenente le sue dichiarazioni. L'attività ispettiva posta in essere dal curatore è in

[247] *Quando nel corso di attività ispettive o di vigilanza previste da leggi o decreti emergono indizi di reato, gli atti necessari per assicurare le fonti di prova e raccogliere quant'altro possa servire per l'applicazione della legge penale sono compiuti con l'osservanza delle disposizioni del codice.*

generale qualificabile come amministrativa e, pertanto, le sue relazioni sono di regola documenti. Laddove però il curatore, nella propria attività di verifica e controllo, rilevi gravi violazioni nella tenuta dei registri contabili, tali da integrare la fattispecie di bancarotta fraudolenta documentale (art. 216, n. 1 del R.D. n. 267 del 1942), oppure riceva dichiarazioni con cui il fallito ammette di aver posto in essere fatti di bancarotta fraudolenta preferenziale (art. 216, comma 3 R.D. n. 267 del 1942), dovrebbe sospendere ogni attività, inoltrare notizia di reato alla Procura della Repubblica e lasciare che sia l'autorità giudiziaria a procedere. Nell'esempio di specie, per proseguire nell'audizione del fallito che si autoincrimina, occorrerebbe rispettare, ricordando quello che si è detto sopra, la riserva di giurisdizione e quella di difesa.

La proposta qui avanzata è, dunque, quella di predisporre regole minime in materia di circolazione delle prove, che si risolvano in fondamentali ed elementari presidi di garanzia (riserva di legge, riserva di giurisdizione, garanzia della difesa), e che conseguentemente, laddove non osservate, comportino inutilizzabilità della prova illegalmente assunta[248].

[248] La previsione di inutilizzabilità che si propone di introdurre ricorda (seppur lontanamente) una norma del *Corpus Iuris*, l'art. 33, che era invece molto più nebulosa, perché non ancorata a presupposti chiari. Cfr. ***Article 33 – Exclusion of evidence illegally obtained*** - 1. In proceedings for one of the offences set out above (Articles 1 to 8) evidence must be excluded if it was obtained by Community or national agents either in violation of the fundamental rights enshrined in the ECHR, or in violation of the European rules set out above (Articles 31 and 32), or in violation of applicable national law without being justified by the European

In omaggio al *favor rei*, si potrebbe pensare che l'inutilizzabilità derivante dalla violazione delle norme minime operi solo se la prova è contro l'imputato e non se, invece, essa abbia contenuto liberatorio. O, meglio ancora, in una prospettiva più marcatamente processuale, si potrebbe stabilire che l'inutilizzabilità sia derogabile — e quindi la prova possa circolare — se l'imputato presta il proprio consenso.

Resterebbe da decidere se la detta inutilizzabilità possa essere eccepita dalle parti o rilevata anche d'ufficio e se ciò sia possibile nello Stato di esecuzione, nello Stato di emissione o in entrambi (e, in quest'ultimo caso, se sia necessario creare un meccanismo per evitare decisioni contraddittorie).

Venendo ad un altro problema, le suddette regole, stante la loro natura minima, non coprono, con ogni evidenza, molti altri aspetti, specie di dettaglio, relativi all'ammissione ed all'assunzione concreta della prova. Tutti questi altri aspetti, in omaggio al principio del mutuo riconoscimento, restano disciplinati dalle norme vigenti nello Stato in cui la prova viene ammessa ed assunta.

---

rules previously set out; but such evidence is only excluded where its admission would undermine the fairness of the proceedings to admit it. 2. The national law applicable to determinate whether the evidence has been obtained legally or illegally must be the law of the country where the evidence was obtained. When evidence has been obtained legally in this sense, it should not be possible to oppose the use of this evidence because it was obtained in a way that would have been illegal in the country of use. But it should always be possible to object to the use of such evidence, even where it was obtained in accordance with the law of the country where it was obtained, if it has nevertheless violated rights enshrined in the ECHR or the European rules (Articles 31 and 32).

Ciò comporta, sempre in nome del mutuo riconoscimento, un ulteriore corollario. Le invalidità della prova che si possono dedurre sono quelle — e solo quelle — previste dall'ordinamento dello Stato in cui la prova viene ammessa ed assunta.

Per comprendere quanto si sostiene, si effettuino le seguenti distinzioni.

Prima ipotesi. Il soggetto interessato viene sottoposto a processo penale in uno Stato e, nel contempo o successivamente, in altro Stato. Per far transitare una prova dal processo, in corso o celebrato, da uno Stato all'altro, innanzitutto, il rispetto delle regole minime. Rispettate queste, però, occorre che la prova sia stata acquisita in conformità alla disciplina legale vigente nello Stato di esecuzione. Se avanti l'autorità giudiziaria dello Stato di esecuzione la difesa del soggetto accusato ha eccepito una qualche forma di invalidità della prova, la decisione definitiva che, sul punto, sarà pronunciata dal giudice nazionale dello Stato di esecuzione si impone e non può essere discussa nuovamente nel procedimento penale pendente nell'altro Stato; allo stesso modo la difesa di soggetto interessato non potrà, sempre nel processo penale pendente nell'altro Stato, proporre questioni che, pur potendo, non abbia proposto nel processo in corso o celebrato nello Stato di esecuzione e che si siano, conseguentemente a questa inerzia, sanate secondo la legislazione di quest'ultimo Stato.

Seconda ipotesi. Soggetto interessato non ha potuto eccepire l'invalidità perché non vi è mai stato sottoposto a procedimento penale. Ciò può avvenire per due ragioni.

La prima ragione, probabilmente la più frequente, è che ciò avvenga perché lo Stato di emissione trasmette rogatoria allo Stato di esecuzione, il quale si limita a darvi esecuzione senza ovviamente aprire un procedimento

penale autonomo. Anche in questo caso, però, come in quello precedente, la difesa di Soggetto interessato deve essere coinvolta nell'assunzione della prova nello Stato di esecuzione (lo impongono le regole minime), per cui si ritiene che valga la conclusione di cui sopra, tra l'altro fatta propria in numerosi strumenti convenzionali: eventuali invalidità nell'assunzione della prova devono essere eccepite nello Stato di esecuzione, devono essere decise secondo il suo ordinamento interno e non potranno formare oggetto di questione nel procedimento nello Stato di emissione. Si ritiene che ciò debba valere per tutte le categorie di prove, da quelle dichiarative (vi sarà una udienza di assunzione della prova), alle ispezioni, alle perquisizioni, ai sequestri, alle intercettazioni ed ai documenti (dovranno essere dati, in questo caso, i meccanismi di controllo che spetterebbero ordinariamente ad un imputato in un procedimento nazionale davanti lo Stato di esecuzione).

La seconda ragione, meno frequente, è quella legata al caso, trattato sopra, in cui una prova dichiarativa venga assunta senza il contributo di soggetto interessato e divenga poi irripetibile senza che sussistano a carico di soggetto interessato indizi di reato. Si è detto che, in questo caso, dovrebbe ammettersi la circolazione della prova dal processo in corso o celebratosi nello Stato di esecuzione al processo pendente nello Stato di emissione. Ciò è vero, ma per riequilibrare le posizioni, alla prima udienza utile, la difesa di soggetto interessato deve essere messa in condizione di sollevare ogni questione di invalidità della prova. Si noti: la difesa di Soggetto interessato eccepisce davanti al giudice dello Stato di emissione delle invalidità asseritamente verificatesi nel processo svoltosi nello Stato di esecuzione; il giudice dello Stato di emissione dovrà quindi, ai fini dell'esame

dell'eccezione, conoscere il diritto dello Stato di esecuzione.

Non si ritenga ciò un *monstrum* giuridico: se nel sistema di diritto internazionale privato italiano, in cui gli interessi possono essere meramente patrimoniali e disponibili, è previsto che il giudice italiano debba, in determinati casi, applicare la legge straniera, alla cui conoscenza è tenuto d'ufficio (art. 14, comma 1 legge n. 218 del 1995; addirittura la legge straniera è applicata secondo i propri criteri di interpretazione e di applicazione nel tempo, cfr. successivo art. 15), non si vede perché la medesima cosa non si possa esigere, peraltro in un limitato caso, all'interno del processo penale che, come noto, verte su interessi e beni giuridici di primaria importanza e normalmente indisponibili.

Concludendo, la circolazione delle prove da Stato a Stato è soggetta a due condizioni: il rispetto delle norme minime, unitamente a quello delle norme nazionali dello Stato di assunzione.

CAPITOLO TERZO

MUTUO RICONOSCIMENTO DELLE DECISIONI PENALI: PROBLEMATICHE ATTUALI E SVILUPPI FUTURI

1. INTRODUZIONE

Le considerazioni svolte in punto di mandato europeo di ricerca delle prove confermano quanto emerso già con le prime applicazioni del mandato d'arresto europeo[249], e cioè che il processo di trasposizione del mutuo riconoscimento dal settore del mercato interno al settore della giustizia penale si presenta indiscutibilmente meno agevole di quanto sarebbe stato legittimo sperare.

Di fronte a tali difficoltà, tre sembrano le strade percorribili[250].

La prima, decretare il fallimento dell'esperimento, e ritornare così al "*vecchio*" sistema di cooperazione intergovernativa, sembra l'opzione meno probabile, se non

[249] Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo, *Reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie in materia penale e il rafforzamento della reciproca fiducia tra Stati membri*, COM (2005) 195, del 19 maggio 2005. Tali difficoltà sono messe bene in evidenza dalla Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo, *Report on the implementation of the hague programme for 2005*, COM (2003) 333, del 28 giugno 2006, la quale evidenzia come tutte le misure previste dal Consiglio europeo dell'Aja del 2004, quelle relative alla cooperazione giudiziaria in materia penale abbiano subito gravi ritardi rispetto a quanto programmato; ciò è vero in particolar modo per l'adozione di due misure di fondamentale importanza, quali le già citate decisioni quadro sul mandato europeo di acquisizione delle prove e sui diritti minimi dell'imputato. Oggetto di critica da parte della Commissione sono altresì da una parte l'insoddisfacente attuazione delle misure di armonizzazione minima previste dalla decisione quadro sul terrorismo e dall'altra le "puntuali difficoltà" legate al mandato di arresto europeo.

[250] A. PASQUERO, *Mutuo riconoscimento delle decisioni penali: prove di federalismo*, Giuffrè, Milano, 2007.

altro perché gli Stati membri, nonostante le difficoltà emerse, non sembrano voler rinnegare le scelte compiute a Tampere: nel Programma dell'Aja per il quinquennio 2005 – 2010, anzi, i Capi di Stato e di Governo hanno ribadito di voler continuare a considerare il mutuo riconoscimento come la *"pietra angolare"* della cooperazione in materia penale.

L'altra strada, opposta, consisterebbe nel rilanciare la posta in gioco, e quindi non solo devolvere all'Unione ampie competenze legislative giurisdizionali in materia penale, ma anche istituire, un sistema di controlli efficace che consenta di assicurare il pieno rispetto degli obblighi da parte degli Stati membri. È evidente che una soluzione simile implicherebbe un ripensamento dei rapporti tra Unione e Stati membri in senso federale.

La terza strada, l'unica che appare realisticamente praticabile, è quella che vede il mutuo riconoscimento come protagonista della cooperazione penale in seno all'Unione ancora per molti anni a venire.

Appare, quindi, necessario individuare le debolezze del sistema di cooperazione giudiziaria in materia penale, per poi tentare di individuare alcuni spunti per migliorarne il funzionamento.

In particolare, non si può prescindere dall'interrogarsi sulle ragioni delle difficoltà che ha incontrato l'applicazione del principio del mutuo riconoscimento in materia penale.

Ci si potrebbe limitare alla semplice osservazione che la cooperazione penale è una materia sensibile, molto legata alla sovranità degli Stati membri, i quali oltretutto non sempre condividono le medesime opinioni quando si tratta di scelte di politica criminale. I membri dell'Unione, in sostanza, non sarebbero pronti ad accettare completamente l'apertura reciproca che il principio del

mutuo riconoscimento invece richiederebbe; ad accettare, in altri termini, l'idea di non essere più *"Stati sovrani che possono cooperare in singoli casi, ma membri dell'Unione obbligati ad aiutarsi reciprocamente*[251]*"*.

Se ciò è senz'altro vero, e spiega da un punto di vista politico le regioni del limitato successo del mutuo riconoscimento in materia penale, non è però sufficiente a chiarirne con precisione i motivi. È, quindi, necessario ricercare le ragioni più specifiche che rendono la materia penale tanto diversa dal mercato interno, da fare sì che il principio che ha così ben funzionato nel secondo incontri difficoltà nella prima.

Di seguito, si cercherà di comprendere, anche alla luce delle riflessioni svolte nei capitoli precedenti, se la radice dei problemi di applicazione del principio del mutuo riconoscimento non sia da ricercare nella carenza di uno o più elementi che a suo tempo si erano individuati come i presupposti del mutuo riconoscimento stesso, onde verificare se anche in campo penale sussistano attualmente le condizioni affinché tale principio possa funzionare correttamente.

[251] Così l'avvocato generale Colomer, Conclusioni relative alla causa C-303/05 del 12 settembre 2006.

2. LA FIDUCIA RECIPROCA

Il punto su cui sembra decisivo concentrare l'attenzione nella ricerca delle cause delle difficoltà incontrate dal mutuo riconoscimento nella materia penale appare senz'altro il livello di fiducia intercorrente tra gli Stati membri.

Essa, come si è detto a suo tempo, costituisce in un campo delicato come quello penale, la *condicio sine qua non* della libera circolazione delle decisioni giudiziarie: prendendo nuovamente come parametro la libera circolazione probatoria, è evidente che la diminuzione (o l'abolizione) dei controlli politici e giurisdizionali in tale procedimento è concepibile solo in quanto questa avvenga in una cerchia di Stati che ripongono una notevole fiducia nel funzionamento dei rispettivi sistemi giudiziari. Non a caso, infatti, la decisione-quadro relativa al mandato europeo di ricerca della prova (così come la sua antenata relativa al mandato d'arresto europeo), dichiara espressamente di *"fondarsi"* (ossia di trovare la sua legittimazione) sul substrato di fiducia reciproca tra gli Stati coinvolti.

La fiducia reciproca è indissolubilmente legata alla convinzione che tutti gli Stati membri di un sistema sappiano fornire una protezione adeguata alle medesime garanzie. Se, ad esempio, nel campo della circolazione delle merci, le garanzie sono quelle della tutela dei consumatori e della sanità pubblica, nel campo dei diritti penale, tali garanzie sono invece quelle legate alla tutela dei diritti fondamentali: uno Stato membro può, quindi, accettare di eseguire una decisione penale straniera in quanto può confidare nel fatto che tutti i diritti e le garanzie, che le proprie autorità avrebbero rispettato, sono

stati rispettati anche dall'autorità che ha reso quella decisione.

2.1 Il sistema europeo

Se è vero, dunque, che la decisione-quadro relativa al mandato europeo di ricerca delle prove (così come gli altri strumenti fondati sul mutuo riconoscimento) affermano di trovare la loro ragione giustificativa nella fiducia reciproca esistente tra gli Stati membri, occorre tuttavia interrogarsi sull'esistenza di tale *"elevato livello di fiducia"*.

Le istituzioni comunitarie, Commissione e Consiglio *in primis*, mostrano di non aver dubbi al riguardo. Tale ferma convinzione è suffragata dal fatto che l'esecuzione di un mandato europeo probatorio avviene all'interno di un sistema, quello europeo, che non solo rispetta, ma che addirittura *"si fonda"* sui diritti dell'uomo: un sistema nel quale tutti gli Stati garantiscono il rispetto di un nucleo di diritti fondamentali, quali ad esempio il giusto processo, il divieto di pena di morte, o il divieto di sottoposizione a tortura o a pene inumane e degradanti. La stessa appartenenza all'Unione europea, organizzazione fondata sul rispetto dei diritti dell'uomo[252], costituisce quindi una prima garanzia del fatto che i diritti fondamentali siano rispettati da parte di tutti gli Stati membri. Si consideri, infine, che per garantire l'osservanza di tali principi (o, meglio, per sanzionarne l'inosservanza) gli Stati membri dell'Unione europea hanno a disposizione efficaci meccanismi, sia interni (come la procedura di cui all'art. 7

[252] Cfr. art. 6 TUE – *L'unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali del Unione europea del 7 dicembre 2000, adottata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, cha ha lo stesso valore giuridico dei trattati*.

TUE[253]), sia esterni (come il ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo); la fiducia reciproca tra gli Strati membri, già fondata sulla comune convinzione dell'importanza centrale dei diritti fondamentali, risulterebbe quindi ulteriormente rafforzata dalla presenza di tali strumenti di controllo.

Un'altra affermazione della reciproca fiducia tra i Paesi dell'Unione europea si riscontra, in tutt'altro ambito, in relazione alle richieste di asilo da parte di cittadini di Stati membri: il Protocollo n. 29 allegato al Trattato CE, che disciplina la materia, dopo aver ricordato che tutti gli Stati aderiscono alla CEDU e alla convenzione di Ginevra sullo *status* di rifugiati, afferma che "*gli Stati membri dell'Unione europea, dato il livello di tutela dei diritti e della libertà fondamentali da essi garantito, si considerano reciprocamente paesi d'origine sicuri a tutti i fini giuridici e pratici connessi a questioni inerenti l'asilo*".

Anche la questione dell'asilo mostra, dunque, come gli Stati membri ritengono (o almeno proclamino di ritenere) che all'interno del territorio comunitario non vi sia il rischio che i diritti fondamentali vengano violati, se non in situazioni eccezionali; l'adesione agli strumenti internazionali di tutela, unita ai meccanismi di controllo,

[253] Cfr. art. 7 TUE – *Su proposta motivata di un terzo degli Stati membri, del Parlamento europeo o della Commissione europea, il Consiglio deliberando alla maggioranza dei quattro quinti dei suoi membri previa approvazione del Parlamento europeo, può constatare che esiste un evidente rischio di violazione grave da parte di uno Stato membro dei valori di cui all'articolo 2. Prima di procedere a tale contestazione il Consiglio ascolta lo Stato membro in questione e può rivolgergli delle raccomandazioni, deliberando secondo la stess procedura*.

costituirebbe quindi una garanzia sufficiente per ritenere ciascuno Stato membro un *"paese sicuro"*.

Da ultimo si può osservare che anche nel campo della cooperazione giudiziaria in materia civile i procedimenti iper-semplificati previsti dal regolamento 44/2001 e 2201/2003 affermano di fondarsi sulla fiducia reciproca esistente tra gli Stati membri[254].

Orbene, la posizione espressa dalle istituzioni comunitarie in merito all'esistenza di un *"elevato livello di fiducia"* e alla (im)possibilità di violazione dei diritti fondamentali all'interno degli Stati membri sembrano peccare di eccessivo ottimismo.

Non appare, infatti, possibile mutare *sic et simpliciter* lo schema *"tutela dei diritti dell'uomo/fiducia reciproca/mutuo riconoscimento"*, se non fosse altro per il semplice motivo che nell'Unione europea manca una costituzione comune a tutti gli Stati.

Preso atto di ciò, non appare ammissibile pensare di utilizzare come surrogato di una Costituzione (e del relativo sistema di tutela giurisdizionale) il sistema di garanzie esistente in ambito europeo. Non può certo ritenersi una garanzia soddisfacente la previsione delle sanzioni *ex* art. 7 TUE: si tratta, infatti, di una procedura essenzialmente politica che quindi mal si presta a costituire una risposta soddisfacente in termini di garanzia dei diritti fondamentali.

Parimenti, la protezione offerta dal sistema CEDU, seppur fondamentale, non appare sufficiente a giustificare, da sola, la fiducia reciproca tra gli Stati membri. Considerazione, questa, che trova pieno riscontro sol che si passi dal livello teorico a quello pratico-esemplificativo.

---

[254] Cfr. Regolamento 44/2001 considerando n. 16 e 17;
Regolamento 2201/2003 considerando n. 21.

In particolare, ponendo attenzione al *modus operandi* seguito dalla Corte di Strasburgo, emerge come l'equità della procedura venga apprezzata in base ad una valutazione globale.

La Corte europea considera, infatti, la procedura nella sua globalità e valuta se i suoi risultati, sul piano dell'equità del giudizio, sono compatibili con le disposizioni e la *ratio* dell'art. 6 CEDU.

Tale prospettiva concettuale trova spiegazione anche laddove si consideri che essa agisce nell'ambito dei canoni del *fair trial* così come strutturati dal dettato convenzionale, ben diversi rispetto da quelli costituzionalmente concepiti.

Infatti, mentre nella nostra Costituzione il giusto processo viene in rilievo quale canone oggettivo di corretto funzionamento del processo e miglior metodo di accertamento della verità degli enunciati[255], nel dettato sopranazionale, esso viene, invece, considerato alla stregua di un diritto soggettivo ed in quanto tale viene tutelato[256].

Il giudizio della Corte riguarda l'equità della procedura nel suo insieme. Se nel suo complesso la procedura si rivela equa[257], non è questo o quel difetto della procedura

---

[255] Cfr. G. UBERTIS, *Sistemi di procedura penale I – Principi generali*, Torino, Utet giuridica, 2007, p. 132, cit. Sul valore euristico del contraddittorio, si è pronunciata anche la Corte Costituzionale, definendo il *"contraddittorio quale metodo di conoscenza"* (C. Cost. 20 febbraio 2002, n. 32 in *Giur. Cost.* 2002 p. 291).

[256] Cfr. C. CESARI, *Prova irripetibile e contraddittorio nella Convenzione europea dei dritti dell'uomo*, commento a C. eur. dir. uomo sent. 5 dicembre 2002, Craxi c. Italia, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.* 2003 p. 1036 s.

[257] Il richiamo ordinariamente fatto dall'articolo 6 della Convenzione, quando si discorre di *"equo processo"*, viene

nazionale che di per sé e necessariamente dà luogo alla violazione della Convenzione. Si tratta di un ordine di idee particolarmente evidente in tema di ammissibilità delle prove[258].

Alla Corte non interessano in generale le soluzioni normative in se stesse, ma gli effetti che la loro implicazione ha avuto nel caso concreto. Si tratta di un punto di vista (e di un metodo) che privilegia la protezione effettiva e concreta dei diritti fondamentali della persona, lasciando in secondo (e solo servente) piano il profilo della regolarità/irregolarità formale della vicenda. L'adesione delle istituzioni interne (legislative, giurisdizionali) ai principi della Convenzione difficilmente potrà manifestarsi appieno fino a che la tecnica legislativa e la cultura giudiziaria non terranno in conto l'atteggiamento proprio della Corte europea.

Tali osservazioni critiche trovano conferma laddove di ponga attenzione alle pronunce adottate dalla Corte europea rispondendo ai riscorsi presentati contro i diversi Paesi del Consiglio d'Europa in tema di contumacia e di

---

necessariamente arricchito con gli sviluppi che si ricavano dalla giurisprudenza della Corte europea. Basta ricordare che essa ha integrato l'elenco delle condizioni in presenza delle quali un processo può dirsi equo, enucleandone altre implicite o presupposte, come principalmente quella del diritto di accesso al giudice (a partire dalla sentenza *Golder c. Regno Unito* del 22 febbraio 1975) sul quale si fonda la giurisprudenza concernente le immunità (in particolare *A. c. Regno Unito*, del 17 dicembre 2002; *Cordova (N. 1 e n. 2) c. Italia*, del 30 gennaio 2003; e (non definitiva) *Kart c. Turchia*, dell'8 luglio 2008).

[258] V. ZAGREBELSKY, *Corte europea dei diritti dell'uomo e "processo equo"*, relazione al XX Convegno Nazionale Associazione tra gli studiosi del processo penale Gian Domenico Pisapia - Torino 26-27 settembre 2008.

assunzione/valutazione probatoria (con particolare riferimento alla prova dichiarativa).

(…) il processo contumaciale

La giurisprudenza della Corte europea sottolinea l'importanza della presenza dell'accusato all'udienza per assicurare un processo equo e giusto (sentenza *Lala c. Paesi Bassi*, del 22 settembre 1994; *Poitrimol c. Francia*, del 23 novembre 1993; *De Lorenzo c. Italia*, (dec.), del 12 febbraio 2004) sia in relazione al suo diritto di essere ascoltato sia per controllare il fondamento delle sue affermazioni e metterle a confronto con le dichiarazioni dei testimoni e delle vittime, di cui occorre proteggere gli interessi (*Sejdovic c. Italia [GC]*, del 1^ marzo 2006). La facoltà dell'accusato di render parte all'udienza, pur non menzionata all'articolo 6 (a differenza di quanto esplicitamente prevede l'articolo 14 par. 3, lett. *d)* del Patto internazionale dei diritti civili e politici), si ricava dall'oggetto e dallo scopo di esso. Al paragrafo 3 lettere *c), d), e)* riconoscono a ogni accusato il diritto di *"difendersi personalmente"*, *"interrogare o far interrogare i testimoni"* e di *"farsi assistere gratuitamente da un interprete, se non capisce o non parla la lingua usata all'udienza"*, ciò che non potrebbe concepirsi senza la sua presenza (*Colozza c. Italia*, del 12 febbraio 1985; *Belziuk c. Polonia*, del 25 marzo 1998; *Sejdovic c. Italia*, cit.). Letto nel suo insieme, dunque l'articolo 6[259] della

[259] Cfr. art.6 CEDU – *Ogni persona ha diritto ad un'equa e pubblica udienza entro un termine ragionevole, davanti ad un tribunale indipendente e imparziale costituito per legge, al fine della determinazione sia dei suoi diritti dei suoi doveri di carattere civile, sia della fondatezza di ogni accusa penale che gli venga rivolta. La sentenza deve essere resa pubblicamente, m al'accesso alla sala d'udienza può essere vietata alla stampa e al*

Convenzione include il diritto per ogni accusato di assistere all'udienza, di intervenire, di seguire e comprendere ciò che vi si svolge.

Nella giurisprudenza della Corte al diritto di partecipare si aggiunge, come possibilità che i singoli ordinamenti possono disciplinare, un correlativo dovere di essere presente all'udienza, che può andare oltre i casi in cui, nel sistema italiano, può ordinarsi l'accompagnamento coattivo dell'imputato (artt. 132, 210, 490, 513 C.p.p.) (v. sentenze *Poitrimol c. Francia*, dal 23 novembre 1993; *Pelladoah c. Paesi Bassi*, del 22 settembre 1994). Al dovere di essere presente può accompagnarsi, in caso di assenza, sia la possibilità per il giudice di valutare e tener conto della serietà delle giustificazioni addotte per

---

pubblico durante tutto o una parte del processo, nell'interesse della morale, dell'ordine pubblico o della sicurezza nazionale in una società democratica, quando lo esigono gli interessi dei minori o la tutela della vita privata delle parti nel processo o nella misura giudicata strettamente necessaria dal tribunale, quando, in speciali circostanze, la pubblicità potrebbe pregiudicare gli interessi della giustizia. Ogni persona accusata di un reato è presunta innocente sino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata. Ogni accusato ha più specialmente diritto a: a) essere informato, nel più breve tempo possibile, in una lingua a lui comprensibile e in un modo dettagliato, della natura e dei motivi dell'accusa elevata a suo carico; b) disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie per preparare la sua difesa; c) difendersi da sé o avere l'assistenza di un difensore di propria scelta e, se non ha i mezzi per ricompensare un difensore, poter essere assistito gratuitamente da un avvocato d'ufficio quando lo esigano gli interessi della giustizia; d) interrogare o far interrogare i testimoni a cario ed ottenere la convocazione e l'interrogazione dei testimoni a discarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico; e) farsi assistere gratuitamente da un interprete se non comprende o non parla la lingua impiegata nell'udienza.

spiegare l'assenza sia la possibilità che l'ordinamento preveda conseguenze negative per l'imputato legate alla sua assenza ingiustificata.

Quest'ultima possibilità è, peraltro, limitata dalla condizione che si tratta di conseguenze ragionevolmente proporzionate. Così nella sentenza *Poitrimol* ora citata la Corte ha ritenuto sproporzionata e incompatibile con le esigenze dell'equo processo l'impossibilità per l'accusato che si era mantenuto latitante e non si era consegnato in carcere prima dell'udienza, di farsi difendere da un avvocato e l'irricevibilità del ricorso per cassazione presentato dal difensore. E nella citata sentenza *Pelladoah* è stata egualmente ritenuta sproporzionata ed incompatibile con le esigenze di equità della procedura l'impossibilità per il difensore di svolgere la sua difesa nel procedimento di appello, quale conseguenza dell'assenza dell'imputato (straniero, nel frattempo espulso).

Fatte salve la proporzione delle conseguenze negative e le esigenze di equità complessiva della procedura, dalla giurisprudenza della Corte si può ricavare che non deriva dai principi dell'equo processo un diritto assoluto dell'accusato a non presentarsi all'udienza.

Il diritto dell'accusato a partecipare all'udienza riguarda anche il giudizio di appello, quando la valutazione della sua responsabilità sia in gioco in fatto e in diritto (Cooke c. Australia, del 8 febbraio 2000; Costantinescu c. Romania, del 27 giugno 2000; Dondarini c. San Marino, del 6 luglio 2004; Hermi c. Italia, del 18 febbraio 2006; Marcello Viola c. Italia, cit., concernente la partecipazione tramite video conferenza). Ma la giurisprudenza, legata alla particolarità delle varie situazioni, è meno rigorosa quando si tratti del giudizio di appello e quello di cassazione in cui non sia in gioco la valutazione globale della responsabilità dell'accusato,

specialmente quando siano in discussione esclusivamente questioni di diritto (*Sutter c. Svizzera*, del 22 febbraio 1984; *Monnell e Morris c. Regno Unito*, del 22 marzo 1987, *Ekbatani c. Svezia*, del 26 maggio 1988; *Kamasinski c. Austria*, del 19 dicembre 1989; *Helmers c. Svezia*, del 29 ottobre 1991).

L'accusato può rinunciare a prender parte all'udienza, così come in generale può rinunciare a garanzie assicurate dalla Convenzione (*Kwiatkowska c. Italia* (dec.), del 30 novembre 2000, relativa al giudizio abbreviato) ma la rinuncia deve manifestarsi in modo inequivoco (anche se non necessariamente espresso (*Poitrimol c. Franca*).

Quando si tratti del diritto a partecipare all'udienza, la rinuncia presuppone evidentemente che l'accusato abbia ricevuto adeguata informazione e che possa ragionevolmente prevedere le conseguenze della sua rinuncia (*Jones c. Regno Unito* (dec.), del 9 settembre 2003). Una tale informazione non può presumersi, né trarsi esclusivamente dalla regolarità formale di notificazioni come quelle previste per l'irreperibile o il latitante (*Colozza c. Italia*, del 21 febbraio 1985; ma sulle notificazioni all'irreperibile c. Corte cost., n. 399/98). La Corte ha affermato che l'informazione da dare a una persona, che una accusa penale le è contestata, costituisce un atto di tale importanza, che essa deve rispondere a condizioni di forma e di sostanza tali da garantire l'esercizio effettivo dei diritti dell'accusato. Una conoscenza vaga e non ufficiale della pendenza del procedimento non è sufficiente (*T. c. Italia*, del 12 ottobre 1992; *Somogyi c. Italia*, del 18 maggio 2004).

La sottolineatura dell'importanza della notificazione ufficiale, in forme tali da assicurare che l'accusato sia effettivamente messo a conoscenza del procedimento, del suo oggetto e dell'udienza che si terrà, non ha impedito

alla Corte di considerare che, in talune ipotesi di fatto, alcune circostanze specifiche del caso possano indurre a ritenere che l'accusato era comunque venuto a conoscenza degli elementi necessari a permettergli di validamente esprimere la volontà di rinunciare al diritto di prender parte all'udienza. Così, ad esempio, quando l'accusato abbia fatto dichiarazioni pubbliche o scritte di non intendere partecipare al processo contro di lui cui abbia avuto conoscenze per vie traverse da quelle ufficiali, oppure quando esistano prove inequivoche della sua conoscenza della pendenza del procedimento e del suo oggetto, come la nomina di difensore di fiducia, l'incarico di presentare impugnazione contro una sentenza, ecc. (*Sejdovic c. Italia,* cit; *Pititto c. Italia*, del 12 giugno 2007; *Battisti c. Francia* (dec.), del 12 dicembre 2006; *Demebukov c. Romania*, del 28 febbraio 2008). Non è peraltro sufficiente una conoscenza generica, poiché occorre che l'accusato sia informato dell'oggetto del procedimento, dell'accusa e della sua qualificazione giuridica (*Kamasinski c. Austria*, del 19 dicembre 1989). In talune circostanze una tale conoscenza può trarsi dal fatto che l'accusato è riuscito a sottrarsi a un tentativo di arresto (*Iavarazzo c. Italia* (dec.), del 4 dicembre 2001), ma la sola assenza dell'accusato dal suo domicilio non giustifica la conclusione che egli se ne sia allontanato a causa del procedimento pendente e che si esso abbia sufficiente conoscenza (*Pititto c. Italia*, cit.).

Si può, quindi, concludere che ciò che importa – ma che è anche necessario – è che l'accusato abbia avuto effettiva conoscenza del procedimento, in modo che la sua successiva condotta possa interpretarsi senza equivoco come volontà di rinunziare a presenziare all'udienza ovvero di sottrarsi alla giustizia.

Si può allora dire che la nozione di *"contumacia"* accettabile alla luce della Convenzione finisce per non distinguersi molto da quella di *"assenza"*. La necessità che l'informazione sia reale, così come reale deve essere la rinunzia, pone il problema delle possibili conseguenze del mancato rinnovo delle notifiche sulla sola base della *"probabilità"* che l'accusato non abbia avuto effettiva conoscenza dell'udienza. Un'attenta applicazione della disposizione di cui all'articolo 420-*bis* C.p.p. è dunque necessaria in vista delle esigenze dell'equo processo.

Venendo al caso in cui la mancata partecipazione dell'accusato all'udienza non sia frutto di una scelta informata e in equivoca di rinunciare al diritto assicuratogli dall'articolo 6 della Convenzione, giova innanzitutto rilevare come lo svolgimento dell'udienza in assenza dell'accusato non ponga particolari problemi, poiché la Corte (*Colozza c. Italia*, cit; *Poitrimol c. Francia*, cit.) ha riconosciuto che il processo contumaciale in sé non è contrario alle esigenze dell'equo processo e l'adottarlo rientra tra le legittime opzioni dei vari ordinamenti (v. un esempio ritenuto compatibile con la Convenzione, in *Medenica c. Svizzera*, del 14 giugno 2001 – nel diritto interno v. Corte cost. n. 177/20078). In realtà, le violazioni della Convenzione riscontrate dalla Corte, specialmente in casi concernenti l'Italia, riguardano casi in cui la mancata partecipazione dell'accusato all'udienza non era frutto di una scelta, ma era invece conseguenza della mancata o insufficiente informazione preventiva e, dunque, della violazione dell'articolo 6 della Convenzione.

Tuttavia anche quando manchino una adeguata informazione dell'accusato e una sua inequivocabile rinuncia, la procedura contumaciale può essere adottata. Ma occorre che l'accusato abbia una possibilità effettiva di ottenere un nuovo processo o la riapertura del precedente,

che gli assicuri la possibilità di partecipare. Ed è soprattutto in ordine alla mancanza o insufficienza di tale possibilità che la giurisprudenza della Corte europea ha avuto modo di esprimersi.

La possibilità di ottenere un nuovo processo oppure la riapertura del precedente, che richiama i sistemi di purgazione della contumacia, è vista dalla Corte come esigenza derivante dall'obbligo degli Stati di introdurre nel loro sistema misure efficaci di riparazione di violazioni della Convenzione (art. 13[260] della Convenzione) e così consentire che il sistema europeo di protezione dei diritti fondamentali operi solo in via sussidiaria. È questa la base giuridica della giurisprudenza della Corte sul punto (*Sejdovic c. Italia*, cit.).

E l'assenza di un efficace mezzo per ottenere una nuova decisione del giudice sul fondamento dell'accusa, dopo che l'accusato abbia avuto la possibilità di essere ascoltato, costituisce un diniego di giustizia rispetto alle esigenze dell'articolo 6 della Convenzione. Anzi è stato ritenuto che si tratti di un *"diniego di giustizia flagrante"*, *"manifestamente contrario alle disposizioni dell'articolo 6 e dei principi che vi sono consacrati"* (*Stoichkov c. Bulgaria*, del 24 marzo 2005, che ne ha tirato conseguenze sulla legalità della detenzione ai fini dell'articolo 5).

Il rimedio interno, diretto a permettere all'accusato che non abbia rinunciato a comparire e non abbia dimostrato di volersi sottrarre alla giustizia, di ottenere una nuova decisione deve essere accessibile ed efficace. Si richiede

[260] Cfr. Art.13 – *Ogni persona i cui diritti e le cui libertà riconosciuti nella presente Convenzione siano stati violati, ha diritto a un ricorso effettivo davanti a una istanza nazionale, anche quando la violazione sia stata commessa da persone agenti nell'esercizio delle loro funzioni ufficiali.*

naturalmente all'accusato che voglia avvalersi di tale rimedio di osservare le relative prescrizioni procedurali, ma queste debbono essere ragionevoli e non deve rendere eccessivamente difficile l'avvalersi del riscorso di cui si tratta. Così la previsione di termini per introdurre il ricorso è ammessa, ma i termini non debbono rendere troppo difficile in concreto l'uso del rimedio (*Sejdovic c. Italia*, cit.). e la disciplina dell'onere della prova concernente i presupposti del ricorso può rendere il ricorso concretamente inefficace, così da non corrispondere alle esigenze dell'equo processo (*Sejdovic c. Italia*, cit.).

Come si è visto, lo scopo del nuovo procedimento o della riapertura del precedente è quello di permettere la partecipazione dell'accusato, consentirgli di esporre i suoi argomenti e proporre le prove che ritiene utili. Non risponde a tali esigenze – tutte legate alla partecipazione dell'accusato – l'eventuale giudizio d'appello (né, per le caratteristiche che gli sono proprie, quello di cassazione) promosso dal difensore senza che siano venute meno le condizioni che hanno impedito l'efficace informazione dell'accusato e, quindi, l'efficace sua rinunzia a comparire. La conferma si trae *a contrario* dalla decisione d'irricevibilità nel caso *Jones c. Regno Unito* (decisione del 9 settembre 2003), con cui è stata ritenuta adeguata e corrispondente alle esigenze dell'equo processo la riapertura dei termini per presentare appello in un caso in cui, davanti ai giudici di appello, l'accusato aveva la possibilità di essere presente e di richiedere l'ammissione di nuove prove. Non quindi il giudizio di appello in sé, ma le sue caratteristiche in concreto hanno condotto alla decisione della Corte.

Potrebbe, quindi, portare a risultati contrastanti con le esigenze della Convenzione la recente reintroduzione per via giurisprudenziale di un limite alla possibilità di

ottenere la riapertura dei termini per l'impugnazione, derivante dal fatto che il difensore aveva (senza mandato specifico) impugnato la sentenza contumaciale (Cass. Sez. un., 7 febbraio 2008, *Huzuneanu*). Ove le difficoltà di sistema segnalate dalla citata sentenza non fossero superabili in via giurisprudenziale, la riforma introdotta con il D.lg. 21 febbraio 2005, n. 17 e dalla relativa legge di conservazione 22 aprile 2005, n. 60 potrebbe consentire risultati insufficienti rispetto alle esigenze proprie dell'equo processo, così come definite dall'articolo 6 della Convenzione nell'interpretazione datane dalla Corte europea.

La Corte europea non ha indicato le specifiche caratteristiche che deve rivestire il nuovo giudizio o quello che deriva dalla riapertura del precedente. La strutturazione della nuova fase è rimessa alle scelte dei legislatori nazionali alla luce dei rispettivi sistemi processuali (*Colozza c. Italia*, cit.). Rilevanti questioni rimangono, quindi, aperte particolarmente quanto all'utilizzo delle prove assunte nella contumacia dell'accusato. Esse potranno trovar risposta nella giurisprudenza della Corte solo quando concrete vicende processuali saranno portate al suo esame, consentendole di valutarne i risultati in rapporto alle esigenze dell'equo processo. La Corte ha ritenuto che occorra mettere l'accusato il più possibile in una situazione equivalente a quella in cui si sarebbe trovato se l violazione del suo diritto a partecipare all'udienza non avesse avuto luogo (*Sejdovic c. Italia*, cit.,e *mutatis mutandis*, *Piersack c. Belgio* (articolo 50), del 26 ottobre 1984). Una indicazione utile su come ciò possa farsi può ricavarsi dalla citata decisione nel caso *Jones c. Regno Unito*, con l'avvertenza tuttavia che occorre tener conto delle particolarità di ogni

caso concreto e del sistema processuale in cui questo si inserisce.

(…) l'assunzione probatoria: il caso della prova dichiarativa

Come si è già accennato, la materia probatoria svela meglio di ogni altra l'inconsistenza dell'argomento che di solito si oppone ai critici della mancata armonizzazione *"preventiva"*, ossia che comunque in Europa un modello di garanzia c'è già ed è costituito dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo letta alla luce della giurisprudenza della Corte di Strasburgo[261].

Al riguardo, è la stessa Corte europea, in ogni decisione riguardante il rispetto dell'art. 6 Cedu, a premettere che tale disposizione non regola specificamente il procedimento di acquisizione della prova che rimane di esclusiva competenza dei singoli ordinamenti nazionali. Il giudice europeo non può quindi impegnarsi a sindacare se una prova sia stata correttamente ammessa, assunta o valutata dall'autorità procedente nazionale, dato che ogni paese gode di un ineliminabile margine di apprezzamento autonomo. Quello che conta per la Corte di Strasburgo è stabilire se il procedimento penale svolto nel singolo Stato, considerato nel suo complesso, possa dirsi equo e rispettoso dei diritti della difesa. Il rispetto delle regole probatorie è dunque solo uno degli aspetti oggetto di un apprezzamento complessivo in termini di equità. Questa impostazione si traduce spesso nella considerazione che la prova affetta, ad esempio, da un difetto di contraddittorio,

[261] O. MAZZA, *Il principio del mutuo riconoscimento nella giustizia penale, la mancata armonizzazione ed il mito taumaturgico della giurisprudenza europea*, in *Rivista del diritto processuale*, 2009, p.393 ss.

e dunque lesiva dei diritti della difesa, non pregiudica comunque l'equità processuale nella misura in cui non sia risultata determinante per la decisione assunta dal giudice nazionale. La valutazione circa il carattere determinante o meno della prova lascia ampi spazi di discrezionalità non imbrigliabili nei parametri oggettivi che sembrerebbe evocare la logica controfattuale.

Da un approccio così spiccatamente pragmatico è pressoché impossibile estrapolare regole probatorie generali destinate ad assurgere al rango di *standard* minimi dell'armonizzazione europea. Sarebbe una notevole forzatura interpretativa ritenere, ad esempio, che la giurisprudenza europea imponga sempre e comunque il rispetto del contraddittorio almeno differito sulla fonte di prove. Per la Corte europea, infatti, anche elementi spuri, assunti in violazione dei diritti della difesa, possono concorrere alla formazione del convincimento del giudice purché non in misura determinante.

Peraltro, nell'attuale situazione non si cercano nelle pieghe della giurisprudenza di Strasburgo principi da codificare in atti normativi comunitari destinati all'armonizzazione. Al contrario, si parte dall'assunto che è sostanzialmente inutile una regolamentazione *ad hoc* poiché già ora l'opera del giudice europeo imporrebbe *standard* di qualità probatori sufficienti per fondare il mutuo riconoscimento e la libera circolazione.

Se certamente è auspicabile lo sforzo comunitario di delineare la sagoma di una prova di qualità europea che tragga spunto da alcuni principi giurisprudenziali, non è invece accettabile l'idea di sentirsi già oggi al riparto sotto l'ombrello della Corte europea.

Esemplificando, l'articolo 6/3 lett. *d)* della Convenzione stabilisce che l'accusato ha diritto di esaminare o far esaminare i testimoni a carico e ottenere la

convocazione e l'esame dei testimoni a carico e ottenere la convocazione e l'esame dei testimoni discarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico. La Corte europea interpreta la nozione di testimone, ai fini della citata disposizione, nel senso comprensivo di ogni figura processuale chiamata a rendere dichiarazioni: testimone, imputato, coimputato, testimone assistito, ecc.. Dal punto di vista del diritto dell'accusato, infatti, la diversa posizione processuale del dichiarante non ha rilevanza, né sotto il profilo del diritto al silenzio, né sotto quello dell'eventuale diverso peso probatorio assegnato per legge alle dichiarazioni dell'uno o dell'altro.

Prima di venire ad esaminare il problema della sorte da riservare alle dichiarazioni raccolte fuori del contraddittorio con l'accusato, ai fini dell'articolo 6 della Convenzione occorre prima di tutto menzionare un limite derivante da altra previsione: il divieto di cui all'articolo 3 della Convenzione[262], cui è riconosciuto un peso del tutto particolare nel quadro del tema generale dell'uso di prove illegali, spesso esaminato in riferimento alla violazione dell'articolo 8[263]. La Corte ha avuto modo di esaminare ricorsi individuali dal punto di vista del divieto di costringere l'accusato all'auto-incriminazione ed ha

[262] Cfr. Art. 3 – *Nessuno può essere sottoposto a tortura né a pena o trattamento inumani o degradanti.*

[263] Cfr. Art.8 – *Ogni persona ha diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, del suo domicilio e della sua corrispondenza. Non può esservi ingerenza della pubblica autorità nell'esercizio di tale diritto se non in quanto tale ingerenza sia prevista dalla legge e in quanto costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria per la sicurezza nazionale, l'ordine pubblico, il benessere economico del paese, la prevenzione dei reati, la protezione ella salute o della morale o la protezione dei diritti e delle libertà altrui.*

concluso che le dichiarazioni che l'autorità ottiene dall'accusato mediante il ricorso alla tortura non sono utilizzabili nel processo (*Harutyunyan c. Armenia*, del 28 giugno 2007; *Göçmen c. Turchia*, del 17 ottobre 2006; *Hulki Günes c. Turchia*, del 19 giugno 2003; per un caso in cui già nella procedura nazionale le dichiarazioni estorte erano state esclude dal processo, *Gäfgen c. Germania*, del 30 giugno 2008 (non definitiva)). Quando poi prove materiali a carico dell'accusato (nel caso un certo quantitativo di droga estratto dal corpo dell'accusato mediante l'uso di un emetico) siano state acquisite dalle autorità direttamente con il mezzo di un trattamento qualificabile come tortura, queste non possono essere utilizzate. Una diversa conclusione si tradurrebbe nella legittimazione di condotte in violazione dell'interdizione assoluta della tortura (*Jalloh c. Germania*, del 11 luglio 2006).

In ordine alle prove materiali reperite seguendo le indicazioni dell'accusato dichiarante, sottoposto a trattamenti inumani, la Corte ha recentemente ritenuto che il loro utilizzo non esclude la complessiva equità del processo, quando il loro peso probatorio sia risultato solo accessorio nel quadro della motivazione della condanna (C.eur. dir. Uomo, sez. V, sent. 30 giugno 2008 *Gäfgen c. Germania*, cit.).

Nello specifico, il giudice di Strasburgo ha escluso la violazione dell'equità processuale, sotto il profilo del *nemo tenetur se detegere*, in un caso in cui l'imputato era stato interrogato dalla polizia che gli aveva estorto dichiarazioni confessorie sotto la minaccia di tortura. Il verbale di interrogatorio non è stato poi acquisito agli atti del dibattimento, ma sulla base della confessione viziata gli inquirenti hanno trovato riscontri oggettivi che, portati a conoscenza del giudice, hanno indotto l'imputato a rendere

una nuova confessione dibattimentale. È chiara la concatenazione tra la confessione estorta, i riscontri oggettivi frutto dell'albero avvelenato e la successiva confessione dibattimentale volontaria. Nondimeno, secondo la Corte europea, la confessione estorta e gli accertamenti consequenziali non sono risultati prove determinanti per la condanna che, al contrario, si è fondata principalmente sulla confessione dibattimentale, con il risultato di escludere la violazione dell'art. 6 commi 1 e 3 Cedu. Gli elementi raccolti grazie alla confessione estorta, tra cui va annoverata anche la confessione dibattimentale solo apparentemente volontaria, ma in realtà indotta dal peso dei riscontri oggettivi della prima confessione inutilizzabile, son passati indenni al vaglio della Corte europea e sarebbero perciò potenzialmente spendibili nel circuito della cooperazione giudiziaria europea[264].

In proposito, occorre sottolineare che la Corte ha distinto il caso in esame da quello oggetto della sentenza *Jalloh*, rilevando che non si tratta di prove materiali direttamente apprese mediante trattamenti inumani, ma di prove materiali ritrovate grazie alle dichiarazioni e alle

[264] Tali pronunce conducono perfino al di sotto della già contestabile (e contestata) giurisprudenza della Corte suprema degli Stati Uniti d'America. Nel caso Chavez v. Madinez deciso il 27 maggio 2003, il giudice supremo d'oltreoceano ha escluso la violazione del V emendamento della Costituzione statunitense perché la confessione ottenuta nel corso di un interrogatorio non preceduto dagli avvertimenti di rito (*Miranda warnings*), e condotto dalla polizia con metodi non proprio ortodossi, non era stato utilizzata processualmente nei confronti dell'imputato stesso. Negli Stati Uniti d'America il limite minimo della *"decenza"* è rappresentato dalla inutilizzabilità *contra se* della confessione estorta, in Europa dall'utilizzazione probatoria non determinante

confessioni dell'accusato (queste ultime invece non utilizzate).

Un altro aspetto della giurisprudenza della Corte europea, che merita d'essere trattato per introdurre il tema delle prove dichiarative, è quello che riguarda il diritto al silenzio. Esso pone problemi di varia natura dal punto di vista dell'equità della procedura. Se da un lato esso riguarda il diritto dell'accusato a non auto incriminarsi, esso ha implicazioni differenti quando riguardi persone diverse dall'accusato (coimputato, testimone) e implicazioni su altre persone (coimputati, vittime).

Nella giurisprudenza della Corte, il diritto dell'accusato al silenzio e a non contribuire alla propria incriminazione, non espressamente indicato nell'articolo 6 della Convenzione, è tuttavia riconosciuto come essenziale nel quadro del processo equo. Esso corrisponde a norme internazionali generalmente riconosciute e tende a proteggere l'accusato da ogni coercizione abusiva da parte delle autorità, ciò che evita errori giudiziari e permette di assicurare gli scopi del processo equo (*John Murray c. Regno Unito*, dell'8 febbraio 1996; *Saunders c. Regno Unito*, del 17 dicembre 1996).

Il diritto dell'accusato al silenzio e a non contribuire alla propria incriminazione suppone che l'accusa fondi le proprie argomentazioni accusatorie senza ricorrere ad elementi di prova ottenuti attraverso la coercizione o pressioni contro la volontà dell'accusato. Si tratta di un diritto strettamente legato alla presunzione d'innocenza prevista dall'articolo 6/2 della Convenzione.

La Corte, nelle due sentenze citate, non ha esaminato in astratto la questione dell'estensione del diritto al silenzio, ma ha considerato la questione del carattere assoluto del divieto di tener conto del rifiuto dell'accusato di rispondere e del significato da attribuire all'avvertimento

che, a certe condizioni, il suo silenzio potrebbe essere usato a suo carico. La Corte si è posta il problema di un tale avvertimento (previsto dalla legge britannica all'epoca dei fatti), per sapere se esso costituisca una *"coercizione abusiva"* in danno dell'accusato e dell'equo processo. La Corte ha ritenuto che sarebbe contrario al diritto di cui si tratta fondare una condanna esclusivamente o essenzialmente sul silenzio del prevenuto. Ma d'altra parte essa ha considerato che sarebbe impossibile impedire di tener conto del silenzio dell'accusato o del suo rifiuto di rispondere a domande, per valutare la forza degli elementi a carico, in una situazione di fatto che richiede all'evidenza una sua spiegazione (esempio, il fatto di trovarsi nell'edificio ove è tenuta una persona sequestrata). La Corte ha conseguentemente negato il carattere assoluto del divieto di annettere conseguenze al silenzio dell'accusato o al suo rifiuto di rispondere alle domande.

Secondo la Corte occorre altresì considerare are la situazione nel suo complesso, il peso che il giudice nazionale ha assegnato al silenzio dell'accusato, il grado di pressione che la situazione faceva derivare sull'accusato, ecc. (nel caso l'accusato poteva, come fece conservare il suo silenzio, senza che ciò costituisse *contempt of Court* o altra infrazione).

In un caso diverso (*Funke c. Francia*, del 25 febbraio 1993: illecito amministrativo connesso a illecito fiscale, tendente a forzare l'accusato a fornire documenti pregiudizievoli), invece la violazione è stata dichiarata in relazione alla coercizione cui l'accusato era stato sottoposto. Analogamente il problema si pone in ordine a sanzioni amministrative concernenti il rifiuto del proprietario di un veicolo di indicare l'identità del guidatore al momento di un'infrazione.

La posizione della Corte deve essere vista in relazione anche all'onere di allegazione gravante sull'accusato in funzione della prova a discarico, contraltare dell'onere probatorio dell'accusa nel quadro del principio della parità delle armi.

L'assenza di carattere assoluto del diritto dell'accusato al silenzio, anche in rapporto al diritto riconosciuto alle vittime di partecipare al processo e veder difesi i propri diritti, potrebbe consentire un ripensamento della disciplina italiana vigente in ordine alle modalità e tempi di esercizio del diritto dell'accusato e del coaccusato a mantenere ovvero a riprendere il silenzio dopo avere invece in precedenza accettato di rispondere alle domande, in ordine al fatto proprio ovvero in ordine al fatto altrui. Poiché non sarebbe comunque possibile forzare l'accusato o il coaccusato a rispondere, in qualunque fase e stato del procedimento, nel proprio o in quello altrui, sarebbe però possibile ammettere che il giudice tragga conseguenze ai fini del giudizio, dalla scelta iniziale di rispondere e da quella successiva di non rispondere in altro momento dopo avere prima accettato di farlo. Un ripensamento potrebbe condurre a una disciplina, compatibile con il diritto garantito dall'articolo 6/3 lett. *d)* della Convenzione, che non metta oltremisura in pericolo la coerenze delle conclusioni di procedimenti diversi e l'efficacia del processo (*Lucà c. Italia*, del 27 febbraio 2001), riducendo i casi in cui è possibile il gioco del rispondere in una sede e non nell'altra, rispondere all'un interrogante, ma non all'altro.

In termini diversi si pone la questione del diritto al silenzio riconosciuto ai prossimi congiunti, non preso in considerazione dell'articolo 6 (e per qualche aspetto traibile dal diritto alla vita privata e familiare di cui all'articolo 8; *mutatis mutandis*, *Doorson c. Paesi Bassi*,

del 26 marzo 1996). Ma anche dalla Convenzione non può trarsi l'obbligo degli Stati di ammettere il silenzio dei prossimi congiunti dell'accusato, restando il fatto che quando la scelta di essi di avvalersi del diritto di non deporre abbia impedito il contraddittorio in ordine alle dichiarazioni da loro precedentemente rese, si pone – in termini non diversi da quelli generali sopra accennati – il problema dei limiti dell'utilizzo di tali dichiarazioni a carico dell'accusato.

Anche in ordine di diritto dell'accusato di esaminare o di far esaminare i testimoni, la giurisprudenza della Corte riflette il generale suo atteggiamento, secondo il quale l'equità della procedura deve essere apprezzata in base ad una valutazione globale. Vengono, quindi, in considerazione gli effetti negativi realmente subiti dall'accusato, nel concreto dello sviluppo della procedura. La Corte considera la procedura nella sua globalità e valuta se i suoi risultati, sul piano della equità del giudizio, siano compatibili con le disposizioni e lo spirito dell'articolo 6 (*De Lorenzo c. Italia* (dec.), del 12 febbraio 2004)[265].

La Corte in linea di principio non rimette in discussione le decisioni dei giudici nazionali in ordine alla ammissione ed alla valutazione delle prove (*Lucà c. Italia*, cit.). Quanto alle prove dichiarative in particolare, la Corte non esamina la questione dell'ammissibilità, secondo il diritto interno, della lettura al dibattimento e dell'utilizzazione dei dichiarazioni raccolte antecedentemente fuori del contraddittorio. Così ad esempio non è rilevante la discussione sulla prevedibilità o imprevedibilità della sopravvenuta irreperibilità di un

[265] G. UBERTIS, *Principi di procedura penale europea*, Cortina, Milano, 2000.

testimone, al fine di dar lettura delle dichiarazione rese alla polizia giudiziaria (art.512 c.p.p.); ciò che conta invece è il peso che tali dichiarazioni hanno assunto ai finii della condanna, su cui si misura la complessiva equità del processo (*Bracci c. Italia*, del 13 ottobre 2005[266]).

Secondo l'applicazione che la Corte europea fa dell'articolo 6 della Convenzione, il diritto dell'accusato di esaminare o far esaminare il testimone è violato se la condanna del ricorrente si fonda, in via esclusiva o comunque determinante, sulle dichiarazioni di uno o più testimoni che l'accusato non ha avuto la possibilità di interrogare nel corso delle indagini preliminari o al dibattimento.

Modalità normali di esercizio del diritto di cui si tratta sono naturalmente quelle che vedono presenti il testimone e l'accusato con il suo difensore, che pongono domande e contestano le risposte date dal teste. Non necessariamente tale dialogo diretto deve svolgersi davanti al giudice del dibattimento. Il ricorso allo strumento del confronto tra l'accusato e testimone nella fase dell'indagine preliminare, ovvero quello dell'incidente probatorio si prestano egualmente a fornire la garanzia richiesta.

Tuttavia in taluni casi la modalità normale non è utilizzabile, ovvero sussistono ragioni sufficienti per allontanarsene. Si può pensare non solo alla tecnica del testimone anonimo[267] (la cui identità è nota solo alle autorità, per proteggerne la sicurezza) (*Doorson c. Paesi Bassi*, cit.), ma anche alle cautele che vengono spesso

[266] F. ZACCHÈ, *Letture di atti assunti senza contraddittorio e giusto processo*, in questa rivista 2006, p. 427

[267] O. MAZZA, *Il principio del mutuo riconoscimento nella giustizia penale, la mancata armonizzazione e il mito taumaturgico della giurisprudenza europea*, in *Riv. dir. proc.* 2009, p.393.

adottate per proteggere durante la loro audizione i testimoni minorenni, ovvero le vittime di reati di natura sessuale.

Nel caso Accardi c. Italia (decisione d'inammissibilità del 20 gennaio 2005) la Corte ha ritenuto che non fosse ravvisabile una lesione del diritto al processo equo per il fatto che, trattandosi di testimoni minorenni, fosse stato adottato lo strumento dell'incidente probatorio. Accusati e difensori erano separati da un vetro divisore dalla sala ove si trovava il giudice dell'indagine preliminare, che poneva domande ai testimoni, con l'ausilio di un esperto. La deposizione era stata filmata, gli accusati potevano ascoltare le domande e le risposte e osservare il comportamento dei testimoni, la cui posizione non era stata poi ripetuta al dibattimento.

Sul tema delle deposizioni di minori è da tener presente anche la sentenza nella causa *Pupino,* C-105/03, pronunciata dalla Corte di Giustizia delle Comunità Europee in data 16 giugno 2005 (già ricordata in punto di valore vincolante delle decisioni-quadro in materia di cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale).

Il problema maggiore si pone quando l'accusato non ha avuto alcuna possibilità di porre domande ai testimoni, né al dibattimento, né in precedenza. La Corte, pur sottolineando che l'accusato dovrebbe avere la possibilità di confrontarsi con tutti i testimoni a carico, ammette che circostanze particolari possano impedire il contraddittorio dibattimentale sulla prova dichiarativa (*Isgrò c. Italia*, del 19 febbraio 1991; *Lüdi c. Svizzera*, del 15 giugno 1992) e che a certe condizioni non sia incompatibile con le esigenze dell'equo processo l'utilizzo di dichiarazioni rese nella fase preliminare o istruttoria, rispetto alle quali l'accusato non ha avuto alcuna possibilità di contraddittorio.

L'impossibilità di presentare il testimone al dibattimento o in altra fase, in modo da consentire all'accusato di esaminarlo o farlo esaminare, può derivare da circostanze diverse. Si può pensare alla morte o alla irreperibilità sopravvenute del testimone (*Ferrantelli e Santangelo c. Italia*, del 7 agosto 1996; *Craxi c. Italia*, del 5 dicembre 2002; *Bracci c. Italia*, cit.; *Calabrò c. Italia e Germania*, (dec.) del 21 marzo 2002; *Hlimi e altri c. Italia*, (dec.) del 18 gennaio 2005; *Scheper c. Paesi Bassi*, del 5 aprile 2005), ovvero al testimone residente all'estero (*A.M. c.Italia*, del 14 dicembre 1999), ovvero ancora al rifiuto di rispondere alle domande consentito dalla legge (*Lucà c. Italia*, cit.; *Carta c. Italia*, cit. *Sofri e altri c. Italia*, (dec.) del 27 maggio 2003; *De Lorenzo c. Italia*, (dec.) del 12 febbraio 2004; *Jerinò c. Italia*, (dec.) del 7 giugno 2005).

La ragione dell'impossibilità di assicurare all'accusato il diritto di esaminare i testimoni, tuttavia, non ha una diretta rilevanza. Ciò che conta è piuttosto l'impatto oggettivo sul diritto dell'accusato all'equo processo. L'equità del processo va esclusa nel caso in cui la condanna si fondi, esclusivamente o in misura determinante, su disposizioni rese da una persona che l'imputato non ha mai potuto interrogare o far interrogare (*Lucà c. Italia*, cit.; *Saïdi c. Francia*, del 20 settembre 1993; *Ferrantellii e Santangelo c. Italia*, del 7 agosto 1996; *Majadallah c. Italia* del 19 ottobre 2006).

Di conseguenza al fine del rispetto delle garanzie stabilite dalla Convenzione rilevano non tanto le ragioni che hanno determinato l'impossibilità per l'accusato di interrogare o far interrogare il testimone, quanto il peso probatorio che le dichiarazioni non sottoposte a contraddittorio hanno avuto ai fini della condanna dell'accusato.

Escluso che si pongano difficoltà per la decisione della Corte europea negli opposti casi in cui le dichiarazioni non sottoposte al contraddittorio siano le uniche a fornire la prova a carico dell'accusato, ovvero siano all'opposto del tutto irrilevanti in rapporto ad altre prove da sole sufficienti, il problema che la Corte affronta con riguardo alle particolarità dei singoli casi è quello del carattere *"decisivo, ma non unico"* di tali dichiarazioni. Si tratta di casi in cui tali dichiarazioni sono accompagnate da altri elementi direttamente riscontranti la loro veridicità o autonomamente significativi rispetto al fondamento dell'accusa; elementi che tuttavia non sono da soli sufficienti.

Una giurisprudenza abbastanza recente ha affermato che gli *"altri elementi"* a carico vanno valutati *congiuntamente* alle dichiarazioni non sottoposte a contraddittorio, quando dal loro complesso i giudici nazionali abbiano tratto la motivazione della condanna (*Jerinò c. Italia*, (dec.), cit.; *Bracci c. Italia*, cit.). Secondo questo ordinamento della Corte non si tratta di *escludere* quanto detto dal testimone non sentito nel contraddittorio, ma di *valutarlo nell'ambito del generale quadro probatorio emerso nel processo*. In quel quadro, esso deve rivelarsi non decisivo. Non si richiede, quindi, che le altre prove diano da sole sufficienti a giustificare la condanna.

Una analisi della giurisprudenza statale, relativa essenzialmente alla Convenzione di estradizione del 1957, sembra dare conferma ai rilievi svolti con riferimento al "sistema CEDU".

La grande maggioranza dei casi esaminati riguarda la possibile violazione del diritto ad un giusto processo: si può citare a tale riguardo la sentenza *Ramda*, relativa a un caso a un caso di (mancata) estradizione dal Regno Unito alla Francia: in tale pronuncia, la *High Court* britannica ha

ritenuto che l'appartenenza della Francia alla CEDU non può essere considerata di per sé una risposta soddisfacente ed esaustiva alle doglianze dell'estradando in merito all'equità del processo che avrebbe subito nello Stato richiedente[268].

A conclusioni simili è giunta la Cour d'Appel di Pau nel caso Dorronsoro[269], riguardante l'estradizione verso la Spagna di un presunto membro dell'ETA in forza di un mandato di cattura che si fondava esclusivamente sulle dichiarazioni estorte ad un presunto correo attraverso la tortura[270]. La corte francese, chiamata a decidere sull'estradizione, respinse la richiesta avanzata dalla Spagna sulla base innanzitutto del timore che Dorronsoro potesse essere sottoposto ai medesimi trattamenti da parte della polizia spagnola ed in secondo luogo sulla base del fatto che, se sottoposto a processo sulla base di tali dichiarazioni, Dorronsoro avrebbe visto violato il proprio diritto di un giusto processo.

Un altro esempio emblematico, che evidenzia le difficoltà create dalle differenze tra i vari ordinamenti penali europei, è il caso relativo alla richiesta di estradizione da parte delle Francia di Ahmed Rezala: la

---

[268] Nel caso di specie, le accuse rivolte dalla Francia contro l'estradando (un algerino accusato di aver partecipato ad un attentato avvenuto a Parigi nel 1995) erano quasi interamente fondate sulle dichiarazioni di un coimputato, asseritamente rese sotto tortura (cfr. la cronaca di Ceaux, *Londres refuse l'extradition en france de Rachid Remda*, in Le monde, 29 giugno 2002).

[269] *Cour d'Appel de Pau*, sent. N. 238/2003, del 16 maggio 2003, *Le Ministère Public v. Irastorza Dorronsoro*, cit.

[270] È da rilevare che nel caso di specie la Spagna aveva ritirato le accuse contro lo stesso correo proprio in ragione dei dubbi relativi ai metodi impiegati durante il suo interrogatorio, e la conseguente inattendibilità delle sue dichiarazioni.

richiesta francese fu respinta dal Portogallo a causa del fatto che l'estradando rischiava di essere condannato in Francia all'ergastolo, una pena vietata della Costituzione portoghese. Un simile rifiuto da parte del Portogallo potrebbe trovare conforto nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, ma si scontra invece con il principio di mutuo riconoscimento, che imporrebbe di riconoscere la validità della tipologia e della quantità della pena imposta da un altro Stato membro.

Appare, dunque, non revocabile in dubbio l'impraticabilità e la pericolosità dell'idea che il mutuo riconoscimento e la libera circolazione delle prove siano affidati all'opera armonizzatrice della Corte europea.

Rilievo questo, che trova peraltro conferma laddove si consideri che – oltre alla luce delle sopra estese considerazioni in punto di metodo ermeneutico utilizzato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo – non può, in ogni caso, sostenersi che una istanza internazionale (come si configura la Corte europea stessa), deputata a sanzionare comportamenti illegittimi da parte degli Stati, possa colmare i vuoti di tutela lasciati da questi ultimi nella protezione dei diritti individuali. Né la Corte di Strasburgo può essere considerata come un organo di appello avverso le sentenze nazionali che non riescano a fornire una adeguata tutela dei diritti umani. Come affermano infatti chiaramente gli artt. 13[271] e 35[272] della CEDU, e come la

[271] Cfr. Art.13 – *Ogni persona i cui diritti e le cui libertà riconosciuti dalla presente Convenzione siano stati violati, ha diritto ad un ricorso effettivo davanti ad una istanza nazionale, anche quando la violazione sia stata commessa da persone agenti nell'esercizio delle loro funzioni ufficiali*.

[272] Cfr. Art.35 – *La Corte non può essere adita se non dopo l'esaurimento delle vie di ricorso interne, qual è inteso secondo i principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti ed*

Corte ha avuto modo di sottolineare a più riprese[273], è sulle autorità degli Stati che incombe il dovere primario di rispettare e far rispettare i diritti tutelati dalla Convenzione; ed una simile conclusione è del resto comprovata dal fatto che non è ammesso il ricorso alla Corte per motivi di diritto. I rimedi offerti dalla Corte, per di più, sono di natura meramente risarcitoria, e non possono quindi sostituirsi all'attività di prevenzione che gli Stati membri, soli, possono porre in essere.

Pertanto, è appena il caso di ricordare che l'art. 6 della CEDU detta garanzie minime del processo, peraltro non solo penale. In particolare, le tutele che connotano il giusto processo – e segnatamente, il principio del contraddittorio; il principio della parità delle armi; e, il principio dell'imparzialità del giudice – rappresentano, in quel contesto normativo, un patrimonio minimo di protezione dei diritti fondamentali[274]. E ciò appare ancor più vero laddove si consideri che gli Stati membri non solo non hanno preclusioni nel provvedere ad una protezione più pregnante del soggetto accusato ma anzi sono invitati a farlo dalla stessa Convenzione, che, in relazione a qualsivoglia diritto in essa previsto, fa espressamente salve le eventuali forme più intense di tutela.

A giustificare le preoccupazioni della maggioranza dei giudici nazionali in merito al rispetto dei diritti dell'uomo, basterebbe notare che gli stessi Stati, che sulla carta si

---

entro un periodo di sei mesi a partire dalla data della decisione interna definitiva.

[273] Cfr. per tutti il caso *Kudla c. Polonia*, del 26 ottobre 2001, in ECHR Publ., Series A, n. 269.

[274] Cfr. G. RAIMONDI, *Garanzie del giusto processo in relazione ai meccanismi di cooperazione giudiziaria internazionale*, in AA.VV. *Cooperazione giudiziaria in materia penale e diritti dell'uomo*, Torino, Giappichelli, 2004, p. 185.

sono solennemente impegnati a tutelare i diritti fondamentali dell'individuo per mezzo della loro adesione alla CEDU, vengono accusati ogni anno di numerose violazioni di tali diritti. L'esistenza di pratiche diffuse di violazione dei diritti fondamentali da parte degli Stati europei è ben testimoniata dai Rapporti del Commissario ai diritti umani del Consiglio d'Europa, che puntano il dito, solo per citare alcuni esempi, contro l'uso dell'isolamento nella custodia cautelare praticato in Danimarca e Svezia[275], le scarse possibilità di accesso ad una assistenza legale adeguata per gli imputati in Estonia[276], il sovraffollamento delle carceri in Ungheria[277], o l'inaccettabile durata della custodia cautelare in Lettonia[278].

Un discorso analogo, che interessa in particolare modo il nostro Paese, riguarda il già citato problema della compatibilità tra il principio del giusto processo e il giudizio in contumacia. La possibilità prevista dal nostro codice di procedura penale di pervenire ad una sentenza di condanna senza che l'imputato si sia costituito nel processo a suo carico non ha mancato di destare perplessità da parte di quegli Stati i cui ordinamenti non contemplano, invece, il procedimento *in absentia*. L'esistenza di simili perplessità è testimoniata ad esempio dalle riserve apposte da Lussemburgo e Olanda alla Convenzione europea di estradizione del 1957, e dall'inserimento nel secondo Protocollo addizionale alla Convenzione di una apposita norma che dà appunto la possibilità allo Stato richiesto di rifiutare la consegna del

[275] Cfr. CommDH (2004) 13.
[276] Cfr. CommDH (2004) 5.
[277] Cfr. CommDH (2002) 6.
[278] Cfr. CommDH (2004) 3.

condannato in contumacia, se a questi non è assicurato il diritto ad un nuovo processo in sua presenza.

Testimoni di tale problema sono anche le difficoltà (poi risolte con il più volte ricordato trattato di estradizione del 2000) incontrate dall'Italia nell'ottenere dalla Spagna, sulla base di sentenza contumaciali, la consegna delle persone condannate per il reato di associazione per delinquere di stampo mafioso[279]; i continui dinieghi delle autorità spagnole avevano anzi addirittura creato in Spagna una pericolosa "*zona franca*", in cui potevano facilmente trovare riparo tutti coloro che erano stati condannati nel nostro paese all'esito di un procedimento in contumacia.

I problemi incontrati dal nostro ma anche da altri Paesi, come la Francia, nell'ottenere all'estero l'esecuzione di sentenze emanate in contumacia, è testimone del fatto che la mera appartenenza alla CEDU non è sufficiente a compensare la mancanza di garanzie che, spesso, alcuni Stati europei ravvisano in un processo celebrato in contumacia.

Peraltro, occorre dare anche conto di posizioni discordi rispetto a quelle finora esaminate: la nostra Corte di Cassazione ad esempio, con considerazioni relative alla Convenzione europea di estradizione del 1957, ha affermato che l'adesione dello Stato richiedente alla CEDU postula un effettivo riconoscimento dei diritti di difesa al soggetto indagato ed una adesione ai principi fondamentali del giusto processo. Nella sentenza Messina,

[279] Cfr. in tal senso E. SELVAGGI, *Filo diretto tra giudici e Stato straniero per la domanda di consegna dei ricercati* in *Guida Dir.*, 2001, n. 3, p. 109 ss, e G. DALIA, *L'adeguamento della legislazione nazionale alla decisione quadro tra esigenze di cooperazione e rispetto delle garanzie fondamentali*, in Kalb (a cura di), *Mandato d'arresto europeo e procedure di consegna*, Milano, 2005, p. 1 ss., a p. 46.

la Corte ha così ad esempio ritenuto privi di fondamento i timori di violazione dei diritti dell'estradando ad opera di uno Stato richiedente che sia anch'esso membro del Consiglio d'Europa[280]. In una altra occasione, la stessa Corte di Cassazione, chiamata a pronunciarsi su di un caso di paventata violazione dei diritti di un individuo la cui estradizione era stata richiesta dal Regno Unito, ha riaffermato che "*manca il benché minimo elemento per ritenere plausibile una siffatta preoccupazione. La Gran Bretagna, come l'Italia, ha aderito alla gran parte delle convenzioni internazionali sui diritti dell'uomo […]; essa offre perciò, come la Repubblica italiana, le più ampie garanzie di natura sostanziale e processuale in materia di tutela e rispetto dei diritti fondamentali della persona*[281]". Con ciò la Cassazione esprime una posizione sostanzialmente equiparabile a quella della Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale pare considerare l'appartenenza alla CEDU come una garanzia sufficiente della tutela effettiva dei diritti individuali da parte dello Stato membro richiedente l'estradizione[282].

Tale rilievo è stato ancor più esplicitamente ribadito in una ulteriore recente pronuncia della Suprema Corte di

---

[280] Cfr. Cass. Pen. Sez. VI 6 settembre 1990, *Messina*, in *Giurisprudenza Italiana*, 1991, p.1.

[281] Cfr. Cass. Pen. Sez. VI n. 36550 del 1°luglio 2003, *Tumino* in *Cass. pen.* 2004, p. 2066.

[282] La giurisprudenza della Corte tende infatti a tracciare una netta distinzione tra i casi in cui l'estradizione avviene tra gli Stati membri della CEDU e i casi in cui questa avviene tra uno Stato membro e uno Stato terzo. Essa considera l'appartenenza alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo come una presunzione (che, invece, non sussiste nei confronti di Stati non parte) del fatto che lo Stato richiedente si conformerà agli *standard* richiesti dalla Convenzione stessa.

Cassazione, allorquando ha affermato: *"Ciò che conta (…) è che siano rispettati i canoni del giusto processo come definiti dalle Carte sovranazionali e in particolare dalla Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, adottata a Roma il 4 novembre 1950, e quindi, per ciò che qui interessa, quelli condensati nell'art. 6, che sono del resto quelli cui si richiama il novellato art. 111 Cost."*[283].

Con l'importante eccezione della nostra Corte di Cassazione, la prassi finora esaminata mostra che gli Stati membri tendenzialmente pretendono di mantenere un margine di controllo sul rispetto dei diritti fondamentali da parte di altri Stati, anche se firmatari della CEDU: diversamente dalle istituzioni comunitarie e dalla stessa Corte di Strasburgo, gli Stati membri dell'Unione europea sembrano considerare il pur fermo impegno *"sulla carta"* assunto con l'appartenenza alla CEDU un indice significativo, ma per nulla decisivo, del fatto che lo Stato richiedente rispetterà i diritti fondamentali dell'estradando. Dato che, inoltre, si è visto che tali violazioni, nella pratica, effettivamente si verificano, sembra cogliere nel segno chi sostiene che garanzie di tipo *indiretto* (ossia fornite ai cittadini da accordi internazionali stipulati dai rispettivi stati) non siano si per sé in grado di garantire che i diritti dell'uomo non vengano violati per effetto del mandato d'arresto europeo[284] così come del mandato europeo di ricerca delle prove.

In merito a tali preoccupazioni si può tuttavia osservare che, pur essendo indubbiamente preferibile, rispetto alla protezione indiretta offerta dalla CEDU, un sistema di

[283] Cass. Pen. Sez. VI n. 17632 dell'8 maggio 2007, *Melina*.

[284] Cfr. in tal senso M. PEDRAZZI, *Mandati d'arresto europeo e garanzie della persona*.

garanzie di tipo *diretto*, tale sistema sembra necessariamente postulare, come si accennava, l'esistenza di una entità che attualmente l'Unione non è, ossia un *"vero"* Stato dotato di una *"vera"* Costituzione[285]. A meno di non voler paralizzare i meccanismi di cooperazione giudiziaria penale esistenti fino all'attuazione di tali improbabili riforme strutturali, occorre, dunque, interrogarsi, *rebus sic stantibus*, su come promuovere tra gli Stati membri dell'Unione europea un livello di fiducia proporzionato all'apertura reciproca richiesta dall'esecuzione di mandati di europei di arresto e di raccolta probatoria.

Come si è detto, anche a non voler ritenere che finora il *"mutual distrust"* abbia preso il sopravvento sul *"mutual trust"*, come alcuni hanno sostenuto[286], vi sono fondati motivi per essere scettici in merito all'esistenza del *"livello elevato di fiducia"* proclamato invece dalle istituzioni comunitarie. Ma è altresì vero che, per svilupparsi, tale fiducia ha bisogno di essere alimentata, in

[285] Così U. DRAETTA, *L'Europa nel 2002*, in *Il Federalista*, 2002, p. 82 ss., il quale sostiene che *"i diritti costituzionali non possono essere garantiti ai cittadini indirettamente, cioè da accordi internazionali stipulati dai rispettivi Stati, […] ma devono essere direttamente parte del tessuto costituzionale in cui i cittadini stessi vivono ed operano"*.

[286] In tal senso cfr. ad es. A. WEYEMMBERGH, *L'harmonisation des législations: condition de l'espace péenal européen et révélateur de ses tensions*, Bruxelles, 2004, la quale sottolinea che non è sufficiente proclamare l'esistenza di tale fiducia, né darla per scontata; occorre invece verificare in concreto la sua esistenza (a p. 146); cfr. altresì A. JEGOUZO, *La création d'un mécanisme d'évaluation mutuelle de la justice, corollaire de la reconnaissance mutuelle*, in G. DE KERCHOVE, A. WEYEMBERGH (a cura di), *Sècuritè et justice: enjeu de la politique extérieure de l'Union européenne*, Bruxelles, 2003, *p. 147 ss.*

una sorta di circolo virtuoso. L'introduzione di motivi di rifiuto per possibili violazioni dei diritti dell'uomo da parte di altri Stati sortiscono invece l'effetto esattamente opposto. Tali clausole più che destare perplessità da un punto di vista strettamente giuridico, ne destano da un punto di vista politico, un eventuale rifiuto della consegna per (presunta) violazione dei diritti dell'estradando reca, infatti, implicita in sé un giudizio negativo nei confronti del sistema (giudiziario, carcerario, ecc.) dello Stato richiedente, e può pertanto essere fonte di controversie. Anziché alimentare la fiducia reciproca, così, i due terzi degli Stati che hanno introdotto motivi di rifiuto legati ai diritti fondamentali hanno creato i presupposti per fare insorgere discordie e attriti con altri Stati membri, rischiando di frustrare così gli scopi del principio di mutuo riconoscimento.

Come ha affermato la Commissione piuttosto chiaramente, senza il rafforzamento della reciproca fiducia tra sistemi giudiziari, il reciproco riconoscimento non può funzionare[287]: dove, quindi, senz'altro essere salutato con favore l'impegno delle istituzioni per la promozione di una maggiore fiducia tra Stati membri, testimoniato ad esempio dagli orientamenti politici espressi dal Consiglio europeo nel Programma dell'Aia e nel recentissimo Programma di Stoccolma. Di particolare importanza a questo riguardo appaiono anche la Comunicazione della Commissione sul reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie in materia penale e il rafforzamento della reciproca fiducia tra Stati membri.

[287] Comunicazione della Commissione, Reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie in materia penale e il rafforzamento della reciproca fiducia tra Stati membri.

Si deve poi sottolineare la promozione da parte della Commissione di numerosi atti legislativi volti a rafforzare la fiducia reciproca per mezzo di norma minime comuni a tutti gli Stati. Si tratta di proposte in materia di garanzie nel processo penale[288], presunzione di innocenza[289], efficacia delle sentenza rese *in absentia*[290], e ravvicinamento delle sanzioni penali.

2.2 La possibile introduzione di un limite generale come l'ordine pubblico

Il problema di come rendere maggiormente compatibili la libera circolazione delle decisioni penali con il rispetto dei diritti fondamentali può essere anche affrontato in una

[288] Cfr. *Proposta di decisione quadro su talune garanzie procedurali a favore di indagati e imputati in procedimenti penali nel territorio dell'Unione europea*, COM (2004) 328, del 28 aprile 2004. Afferma infatti la Commissione: *"è ovviamente importante che le autorità giudiziarie di uno Stato membro possano avere fiducia negli ordinamenti giudiziari di tutti gli Stati membri. […] La fiducia nelle garanzie procedurali e la correttezza dei procedimenti contribuiscono a rafforzare tale fiducia, è pertanto auspicabile disporre di livelli minimi comuni e validi di tutta l'Unione europea, anche se gli strumenti per rispettare tali livelli minimi vengono lasciati ai singoli Stati membri"* (Libro verde della Commissione, Garanzie procedurali a favore di indagati ed imputati in procedimenti penali nel territorio dell'Unione europea, cit., p. 4).

[289] Libro verde sulla presunzione di non colpevolezza, COM (2006) 174, presentato dalla Commissione il 26 aprile 2006.

[290] La Commissione avrebbe dovuto presentare nel 2006 un Libro verde (seguito nel 2007 da una proposta di decisione quadro) sui giudizio *in absentia* (cfr. *Council and Commission Action Plan implementing the Hague Programme on strenghtening freedom security and justice in the European Union*, cit.).

diversa prospettiva, ossia attraverso l'introduzione di una causa generale di rifiuto dell'esecuzione della decisione penale straniera.

Innanzitutto occorre ricordare che la presenza di limiti alla libera circolazione è un tratto caratteristico di tutti i settori governati dal principio del mutuo riconoscimento. Nella materia penale si è visto che tali limiti assumono la forma di ipotesi tassative in cui l'autorità giudiziaria dello Stato dell'esecuzione può (o deve) negare il riconoscimento. Come si ricorderà, invece, negli altri campi del diritto comunitario i limiti alla libera circolazione non sono predeterminati: se, ad esempio, la circolazione di una merce può essere bloccata in presenza di esigenze imperative, si è notato come in campo civile il giudice chiamato ad applicare una sentenza straniera possa, pur se solo su impulso di parte[291], rifiutarne l'esecuzione laddove il riconoscimento risulti manifestamente in contrasto con l'ordine pubblico del proprio ordinamento.

[291] Secondo il Regolamento 44/2001, il non riconoscimento per contrarietà all'ordine pubblico può essere decretato solo laddove vi sia interesse ad opporvisi, essendo la decisione, in difetto, automaticamente riconosciuta. Conseguentemente, è quantomeno dubbio che il giudice richiesto possa sollevare *ex officio* l'eccezione di ordine pubblico; in tal senso depone anche il preambolo del Regolamento, in cui si legge: *"La reciproca fiducia implica altresì che il procedimento inteso a rendere esecutiva, in un determinato Stato membro, una decisione emessa in un altro Stato membro si svolga in modo efficace e rapido. A tal fine la dichiarazione di esecutività di una decisione dovrebbe essere rilasciata in modo pressoché automatico, a seguito di un controllo meramente formale dei documenti prodotti e senza che il giudice possa rilevare d'ufficio i motivi di diniego dell'esecuzione indicati nel presente regolamento"* (regolamento n. 44/2001, cit. *considerando* n. 17).

Se in campo civile si ammette la possibilità per il giudice di fare eccezione alla regola del riconoscimento automatico invocando un limite generale come l'ordine pubblico, sembrerebbe del tutto coerente che analoga facoltà venisse concessa anche al giudice richiesto di eseguire una decisione penale: la previsione di una norma di chiusura come il limite dell'ordine pubblico potrebbe anzi costituire una *"valvola di sfogo"* che permetterebbe al giudice di decidere, nella fattispecie concreta, di chiudere il proprio ordinamento verso l'esterno nei casi limiti di (manifesta) contrarietà con i principi fondamentali del sistema[292].

Nello stesso contesto dell'Unione europea si registrano taluni esempi in tale senso, e precisamente la decisione-quadro relativa al mandato europeo di ricerca delle prove laddove nel considerando n. 15 prevede che: *"Per quanto possibile e ferme restandole garanzie fondamentali previste dalla legislazione nazionale, si dovrebbe dare esecuzione al MER secondo le formalità e le procedure espressamente introdotte nello stato di emissione"*.

Così come la decisione-quadro relativa all'esecuzione dell'Unione europea dei provvedimenti di blocco dei beni o di sequestro probatorio. Essa, all'articolo 5, dispone che lo Stato richiesto, nell'eseguire l'ordine di sequestro, deve osservare le formalità e le procedure espressamente indicate dall'autorità giudiziaria competente dello Stato di emissione , ma *"sempre che le formalità e le procedure*

[292] A. PASQUERO, *Mutuo riconoscimento delle decisioni penali: prove di federalismo*, Giuffrè, Milano, 2007.

indicate non siano in conflitto con i principi fondamentali del diritto dello Stato di esecuzione[293]*"*.

Un altro esempio, seppur limitato a quella particolare forma di contrasto con l'ordine pubblico che è la violazione dei diritti fondamentali, è fornito dalla decisione quadro sul mutuo riconoscimento delle sanzioni pecuniarie, il cui art. 20 prevede che lo Stato membro di esecuzione possa opporsi alla stessa laddove ravvisi che la sanzione viola i diritti fondamentali della persona ad essa sottoposta[294].

Infine, una analisi dei lavori preparatori alla decisione quadro sul mandato d'arresto europeo rivela come alcune delegazioni avessero proposto proprio l'introduzione di un motivo di non esecuzione della decisione straniera qualora questa avesse comportato un contrasto con i principi fondamentali dello Stato di esecuzione o con l'ordine pubblico; tali proposte furono tuttavia respinte dagli altri Stati, i quali ritennero tale limite già compreso all'interno della clausola relativa al rispetto dei diritti fondamentali.

Gli esempi appena citati dimostrano come non sia inimmaginabile l'introduzione di un limite generale come l'*ordre public* anche in campo penale[295]. Ci si deve però

---

[293] Decisione-quadro 2003/577/GAI del Consiglio del 22 luglio 2003 relativa all'esecuzione nell'Unione europea dei provvedimenti di blocco probatorio, art. 5, comma 1, paragrafo 2.

[294] Cfr. Decisione-quadro del 24 febbraio 2005 relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sanzioni pecuniarie, art. 20, par. 3: *"Ciascuno Stato membro può, se il certificato di cui all'articolo 4 solleva la questione di un'eventuale violazione dei diritti fondamentali o dei principi giuridici fondamentali enunciati nell'articolo 6 dei trattati, opporsi al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni […]"*.

[295] Rimarrebbe comunque aperta la questione se la contrarietà dell'esecuzione della sentenza all'ordine pubblico dello Stato di

domandare a questo punto se esso sia davvero un meccanismo da preferire rispetto alla previsione di motivi di rifiuto tassativi.

Si potrebbe osservare da un lato che riconoscere al giudice penale la possibilità di chiudere il sistema all'ingresso di decisioni straniere genericamente incompatibili con i principi del proprio ordinamento potrebbe condurre ad un abuso di tale potere in una materia delicata come quella penale ed in definitiva mal conciliarsi con la natura pubblicistica degli interessi in gioco. Occorre però anche notare che l'assenza di un limite come l'ordine pubblico, successivo e discrezionale, ha indotto molti Stati a cautelarsi comunque contro l'esecuzione di decisioni straniere potenzialmente incompatibili con il proprio ordinamento, e spesso in maniera diversa: predisponendo cioè meccanismi di chiusura *preventivi* e *obbligatori*, ossia – in altri termini –

---

esecuzione possa essere rilevata anche d'ufficio dal giudice, oppure debba essere fatta valere dall'imputato. In quest'ultimo senso deporrebbe un'interpretazione analogica con il campo civilistico, in cui, come si è detto analizzando il Regolamento n. 44/2001, spetta unicamente alla parte eccepire le cause di non riconoscimento automatico della decisione straniera. Sotto un diverso punto di vista, se la soluzione accolta dal Regolamento 44 concorda con il principio dispositivo che informa il processo civile, la natura pubblicistica, e non privatistica, degli interessi in gioco nel processo potrebbe invece portare a concludere al contrario nel senso della rilevabilità d'ufficio dell'eccezione di ordine pubblico. A una simile conclusione, che sembra la più ragionevole, sembrerebbe però opporsi – per lo meno nel nostro ordinamento – una consolidata giurisprudenza della Corte di Cassazione, secondo la quale la possibile violazione dei diritti dell'estradando non può essere rilevata d'ufficio dal giudice, ma incombe sull'estradando stesso (cfr. *ex plurimis* Cass. Pen. 23 settembre 2003, n. 36550, *Tumino*).

imponendo ai propri giudici il rifiuto dell'esecuzione in una serie di situazioni determinata *a priori* dal legislatore[296].

La previsione del limite dell'ordine pubblico sarebbe senz'altro preferibile a tali soluzioni, in quanto queste ultime sono idonee a ingenerare due ordini di conseguenze negative: la prima è che il giudice, se *non* ricorrono motivi di rifiuto tassativamente previsti, non ha la possibilità di rifiutare l'esecuzione di una sentenza straniera, anche se questa risulti incompatibile con il proprio ordinamento. La seconda conseguenza negativa (di cui la sentenza *Cusini* costituisce un esempio pragmatico[297]), è che il giudice, se *ricorrono* uno o più motivi di rifiuto previsti dalla legge, è costretto a rifiutare l'esecuzione di una decisione, anche se questa sia inidonea a produrre effetti *"dirompenti"*. Detto diversamente, c'è il rischio che non tutte le decisioni eseguite siano compatibili con l'ordinamento del foro e che non tutte quelle rifiutate siano effettivamente incompatibili. Il grave difetto della predeterminazione di motivi di rifiuto tassativi, insomma, è che questi ultimo sanno adattarsi alle peculiarità del caso concreto e privano il giudice di quel potere discrezionale che gli spetterebbe se invece fosse chiamato ad esercitare un controllo di

[296] Il riferimento è, ad esempio, ad Italia e Irlanda. L'art. 18 lett. *v)*, della legge italiana prevede infatti che ciò accada in caso di *"contrarietà con i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano"*, mentre l'Irlanda non eseguirà mandati d'arresto europei che *"contrastino con la Costiutione"* (Legge irlandese, art. 37, comma 1, lett. *b)*. La Commissione ha comunque ritenuto in contrasto con la decisione-quadro tali motivi di rifiuto, in quanto non solo non previsti dalla Decisione quadro stessa, ma anche troppo generici (cfr. allegato al Rapporto della Commissione).

[297] Cass. Pen. Sez. n. 16542 del 15 maggio 2006, *Cusini*.

compatibilità attraverso l'applicazione del limite generale dell'ordine pubblico.

In conclusione, prevedere anche nella cooperazione giudiziaria in materia penale un principio come l'ordine pubblico, in luogo di una serie prefissata di motivi di rifiuto, sarebbe auspicabile: in assenza di una tale norma, infatti, gli Stati tendono a tutelarsi in via legislativa, così *"arretrando"* (e rendendo meno flessibile) la soglia di chiusura nei confronti di altri ordinamenti, con il risultato di rendere più difficoltosa l'esecuzione di decisioni straniere.

3. IL RAVVICINAMENTO DELLE LEGISLAZIONI

3.1 I rapporti tra mutuo riconoscimento e ravvicinamento

Si è già osservato in più occasioni come il principio del mutuo riconoscimento sia stato elaborato dalla giurisprudenza comunitaria per far fronte all'assenza o quantomeno alla carenza di armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri nel settore del mercato interno. Per definizione, quindi, mutuo riconoscimento e ravvicinamento sono strumenti pensati per conseguire i medesimi obiettivi, e sono tra loro alternativi, anche se non reciprocamente esclusivi. Si è anche, tuttavia, rilevato, analizzando i settori delle merci e dei diplomi, come il ravvicinamento delle legislazioni possa contribuire al buon funzionamento del mutuo riconoscimento, se non fosse altro perché, attenuando le divergenze tra le legislazioni, tende a quella *"equivalenza"* sostanziale che abbiamo visto essere uno dei principi sul quale è incardinato il mutuo riconoscimento stesso.

Se questa è la linea di pensiero dominante, e supportata pienamente dalle istruzioni comunitari, si potrebbe sostenere, invece, che il ravvicinamento delle legislazioni non solo favorisca il mutuo riconoscimento, ma ne sia una condizioni imprescindibile. Tale convinzione è fondata sui due seguenti ordini di motivi.

Il primo è che in assenza di armonizzazione il mutuo riconoscimento appare irrealizzabile, dato che la sua messa in atto presuppone, come si è più volte sottolineato, la fiducia reciproca tra gli Stati membri. Ebbene, l'esperienza di altri settori del diritto comunitario mostra che tale

fiducia è stata (faticosamente) costruita anche grazie ad una opera di ravvicinamento delle legislazioni. Ad esempio, trattando del mutuo riconoscimento dei diplomi (campo sicuramente meno *"sensibile"* di quello penale), si è osservato che l'atteggiamento iniziale degli Stati di diffidenza verso i titoli conseguiti all'estero fu vinto proprio grazie all'adozione di direttive di armonizzazione dei percorsi formativi. Anche il mutuo riconoscimento delle normative tecniche sulla produzione e commercializzazione dei prodotti è stato *"preparato"* dall'adozione di alcune misure minime di armonizzazione. Il campo della cooperazione giudiziaria in materia civile non fa eccezione, essendo anche in tale settore prevista la necessità, o talvolta addirittura la *"indispensabilità"* dell'adozione di misure volte a ravvicinare le legislazioni degli Stati membri.

A chi obbietti che tale opera di ravvicinamento è stata resa possibile dal fatto che l'integrazione e la fiducia tra gli Stati membri in campo civile e commerciale è senz'altro più avanzata che in campo penale, e che i primi due sono comunque settori più lontani dal fulcro della sovranità nazionale, si può rispondere che la *"fissazione di norme minime […] appare ancor più necessaria in materia penale, dato il suo carattere maggiormente sensibile al problema dei diritti fondamentali*[298]*"*.

[298] A. WEYEMBERGH, *La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires en matière pénale entre les Etats membres de l'Union européenne: mise en perspective*, in G. DE KERCHOVE, A. WEYEMBERGH (a cura di), *La reconnaissance mutuelle de décisions pénales dans l'Union européenne*, Bruxelles, 2001, p. 61. Il coordinamento delle legislazioni sarebbe dunque non alternativo, ma funzionale (o complementare)rispetto al mutuo riconoscimento. Sarebbe irrealistico pensare che, senza una riduzione delle divergenze tra le legislazioni nazionali, le autorità nazionali

Tali osservazioni introducono il secondo motivo per cui si può sostenere che il ravvicinamento sia un presupposto indispensabile del riconoscimento reciproco: dal momento che il mutuo riconoscimento può venire ad incidere in maniera negativa sul rispetto dei diritti fondamentali, senza una armonizzazione minima esso appare un principio la cui applicazione, oltre che non realizzabile, è anche *non desiderabile*. Ci si può limitare qui a ribadire che l'applicazione del mutuo riconoscimento alla delicata materia penale secondo alcuni può portare, come si è detto, alla violazione del principio *nullum crimin, nulla poena sine lege*[299], o al rischio di privare

---

possano mettere in opera i meccanismi previsti dalla decisione quadro sul mandato d'arresto europeo (così A. WEYEMBERGH, *Le rapprochement des législations pénales au sein de l'Union européenne: les difficultéset leur conséquences*, in G. DE KERCHOVE, A. WEYEMBERGH (a cura di), *L'espace pénal europèen: enjeux et perspectives*, Bruxelles, 2002, p. 127 ss.).

[299] È quanto si è osservato a proposito della abolizione della doppia incriminazione da parte del mandato d'arresto europea. Non è peraltro mancato chi ha sostenuto che l'introduzione del mandato d'arresto europeo. Non è peraltro mancato chi ha sostenuto che l'introduzione del mandato d'arresto europeo in Italia avrebbe richiesto la previa armonizzazione dei sistemi penali e processuali degli Stati membri (cfr. V. CAIANELLO, G. VASSALLI, *"Parere sulla proposta di decisione quadro sul mandato d'arresto europeo"*, cit.; cfr. altresì P. GUALTIERI, *"Mandato d'arresto europeo: davvero superato (e superabile) il principio di doppia incriminazione?"*, cit., il quale sostiene che la politica normativa dell'Unione sia viziata da un'inversione logico-giuridica, contestando l'emanazione della decisione quadro sul mandato d'arresto europeo prima di una armonizzazione delle legislazioni; cfr. infine G. VASSALLI, *"il mandato d'arresto europeo viola il principio di uguaglianza"*, cit., il quale (a p. 12) parla di *"necessità, preliminare ad ogni introduzione del mandato*

l'imputato di importanti garanzie processuali[300]; viceversa, è evidente che una definizione degli elementi costitutivi di almeno alcuni reati comune a tutti gli Stati membri, o una previsione di alcuni diritti minimi spettanti alle persone sottoposte a procedimento o penale, sarebbero decisivi al fine di rendere compatibile il principio del mutuo riconoscimento con i principi fondamentali non solo dei diritti dell'uomo ma anche del diritto penale[301].

3.2 Il ravvicinamento come alternativa al mutuo riconoscimento

Come si anticipava, secondo l'opinione maggioritaria, invece, il ravvicinamento delle legislazioni penali sarebbe semplicemente uno strumento per agevolare l'applicazione del reciproco riconoscimento, ma non ne sarebbe un presupposto indispensabile; si tratta infatti di *"due meccanismi complementari che permettono di giungere alla realizzazione dello spazio giudiziario europeo"*. Anzi il mutuo riconoscimento, anche in campo penale, sarebbe lo strumento che può consentire il funzionamento di un sistema di libera circolazione delle decisioni pur in presenza di legislazioni statali non uniformi, laddove non si possa attuare una opera di armonizzazione; in altri termini, è proprio alla mancanza di armonizzazione che il mutuo riconoscimento intende sopperire.

---

d'arresto europeo, di una armonizzazione dei sistemi penali e processuali").

[300] Il richiamo è, ad esempio, alla diversa disciplina dell'istituto della custodia cautelare nei vari ordinamenti.

[301] È evidente, per citare un esempio su tutti, che tanto più le legislazioni degli Stati membri sono simili, tanto meno delicata sarà la questione dell'abolizione della doppia incriminazione.

È forse allora questo il motivo che ha spinto il Consiglio europeo (ed alcuni Stati in particolare) a scegliere il mutuo riconoscimento come fondamento della loro cooperazione in campo penale: il fatto cioè che il mutuo riconoscimento consenta di superare l'*impasse* legato a difficili compromessi politici sul ravvicinamento delle legislazioni, rendendo l'armonizzazione delle legislazioni semplicemente non più strettamente necessaria.

Che il ravvicinamento non sia indispensabile alla libertà di circolazione delle decisioni penali è del resto l'opinione espressa in più occasioni dalle istituzioni comunitari. Secondo la Commissione, *"senza escludere l'armonizzazione che può essere necessaria per ovvie ragioni d'efficacia , il riconoscimento reciproco dovrebbe tuttavia prevalere in materia di cooperazione giudiziaria civile e penale*[302]*"*, anche se *"il ravvicinamento delle norme di diritto penale concernenti le sanzioni e la loro esecuzione contribuisce a facilitare l'accettazione del mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie, poiché rafforza la fiducia reciproca*[303]*"*. Nel piano d'Azione di Vienna del 1998, poi, Commissione e Consiglio distinguono tra misure realizzabili attraverso l'applicazione del mutuo riconoscimento e misure che presuppongono invece l'armonizzazione[304].

---

[302] Cfr. Comunicazione della Commissione, *Un progetto per l'Unione europea*, COM (2002), del 22 maggio 2002.

[303] Libro verde della Commissione, *Ravvicinamento, reciproco riconoscimento e esecuzione delle sanzioni pensali nell'Unione europea*, COM (2004) 334, del 30 aprile 20045; inoltre, *"il ravvicinamento delle legislazioni contribuirebbe a dare ai cittadini un sentimento comune di giustizia, una delle condizioni per l'attuazione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia"*.

[304] Piano d'Azione di Vienna.

Il Consiglio europeo di Tampere, da parte sua, osserva ambiguamente che "*il rafforzamento del reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie e delle sentenze e il necessario ravvicinamento delle legislazioni faciliterebbero la cooperazione fra le autorità, come pure la tutela della giudiziaria dei diritti dei singoli*[305]", laddove non è agevole comprendere se l'aggettivo "*necessario*" stia a significare genericamente che è necessario ravvicinare le legislazioni, ovvero che occorre farlo solo nella misura strettamente necessaria; ma il Trattato-Costituzione, meno equivocamente, dispone che "*l'Unione si adopera per garantire un elevato livello di sicurezza […]attraverso il riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie penali e, se necessario, il ravvicinamento delle legislazioni penali*[306]".

Nella comunicazione della Commissione sul riconoscimento reciproco delle decisioni definitive in materia penale, infine, si legge: "*il principio del riconoscimento reciproco procede spesso, ma non sempre, di pari passo con un determinato grado di armonizzazione dell'attività degli Stati membri, che spesso consente, in*

[305] Consiglio europeo di Tampere, *Conclusioni della Presidenza*, punto 33. Merita di notare che le Conclusioni di Tampere peraltro, forse nel timore di affrettare troppo i tempi, seguono una linea minimalistica, prevedendo la possibilità di affrettare troppo i tempi, seguono una linea minimalista, prevedendo la possibilità di prevedere ad un grado di armonizzazione del solo diritto procedurale degli Stati membri, e non anche del diritto penale sostanziale.

[306] Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa, cit., art. III-257. L'art. III-270 ribadisce che "*laddove necessario per facilitare il riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie e la cooperazione di polizia e giudiziaria nelle materie penali aventi dimensione transazionale, la legge quadro europea può stabilire norme minime*".

effetti, di accettare più facilmente i risultati raggiunti in un altro Stato. D'altro canto, il riconoscimento reciproco può in certa misura rendere inutile tale armonizzazione[307]*"*.

Così come quanto previsto dal Trattato di Lisbona laddove afferma che: *"Laddove necessario per facilitare il riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie e la cooperazione di polizia e giudiziaria nelle materie penali aventi dimensione transnazionale, il Parlamento europeo e il Consiglio possono stabilire norme minime deliberando mediante direttive secondo la procedura legislativa ordinaria. Queste tengono conto delle differenze tra le tradizioni giuridiche e gli ordinamenti giuridici degli Stati membri. Esse riguardano:a) l'ammissibilità reciproca delle prove negli Stati membri; b) i diritti della persona nella procedura penale; c)i diritti delle vittime della criminalità; d) altri elementi specifici della procedura penale individuati dal Consiglio in via preliminare mediante una decisione; per adottare tale decisione il Consiglio delibera all'unanimità previa approvazione del Parlamento europeo. L'adozione delle norme minime di cui al presente paragrafo non impedisce agli Stati membri di mantenere o introdurre un livello più elevato di tutela delle persone"* (art.82 par.2 TFUE).

Anche la Corte di Giustizia ha avuto modo di pronunciarsi, nella più volte citata sentenza Gözütok-Brügge, sulla non necessità di una opera di armonizzazione delle legislazioni penali per consentire al principio del mutuo riconoscimento di esplicare i suoi effetti. La Corte ha, infatti, ritenuto, nel caso di specie, che

[307] Cfr. Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo, *"Riconoscimento reciproco delle decisioni definitive in materia penale"*.

una decisione di uno Stato membro di non iniziare l'azione penale per un determinato reato deve essere riconosciuta in tutti gli altri Stati membri, che devono astenersi dall'esercitare una nuova azione penale per gli stessi fatti, anche laddove, in assenza di una armonizzazione delle procedure penali degli Stati membri, alcuni di questi non contemplino modalità di chiusura anticipata del procedimento penale attraverso un accordo tra imputato e pubblica accusa. A conferma di tali sensi, la Corte sottolinea come né il titolo TUE né la Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen subordinino l'applicazione del principio *ne bis in idem* contenuto all'art. 54 di quest'ultima, all' *"armonizzazione o, quanto meno, al ravvicinamento delle legislazioni penali degli stati membri nel settore delle procedure di estinzione dell'azione penale*[308]*"*.

3.3 Conclusione

È sicuramente vero che il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri può agevolare, e non di poco, il funzionamento del principio del mutuo riconoscimento, soprattutto in settori delicati come quelli della giustizia civile e penale.

La fissazione di misure minime comuni appare di particolare importanza nell'ottica di una uniforme tutela dei diritti dell'uomo nei processi celebrati all'interno del territorio comunitario. Sarebbe in special modo (almeno) auspicabile la previsione di un novero di diritti minimi

[308] Corte di Giustizia delle Comunità europee, sent. 11 febbraio 2003, cause riunite C-187/01, *Gözütok-Brügge*, cit., par. 32.

spettanti alle persone sottoposto a procedimento penale[309]: una normativa comune in tale ambito, come afferma la Commissione, contribuirebbe infatti ad *"accrescere la fiducia reciproca negli ordinamenti giudiziari degli Stati membri"*, e fungerebbe da *"logico contrappeso ad altre misure di riconoscimento reciproco"*.

L'importanza di una simile operazione si può evincere dal fatto che anche in campo civile, settore non così esposto come quello penale a possibili violazioni dei diritti dell'individuo, il Consiglio ha affermato che *"[è] talvolta necessario, o addirittura indispensabile, fissare, a livello europeo,, una serie di norme procedurali che costituiranno garanzie minime comuni destinate a rafforzare la fiducia reciproca degli tra gli ordinamenti giudiziari degli Stati membri. Queste garanzie consentiranno di assicurare, in particolare, il rispetto dei requisiti del processo equo, in linea con la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e della libertà fondamentali"*.

Le affermazioni della Commissione e del Consiglio appena citate gettano luce anche su di un altro motivo per cui il ravvicinamento delle legislazioni sembra, se non

[309] La mancanza di una normativa minima comune a tutti gli Stati in materia di rispetto dei diritti dell'imputato è stata anche sottolineata dalle agenzie di monitoraggio dei diritti umani; afferma ad esempio *Amnesty International*: *"what is missing i san EU-wide agreement on safeguards governing procedures involving suspects. This means equal access to lawyers and interpreters , steps to combat police impunity, and EU-wide harmonization of how key elements of the European Convention on Human Rights and interpreted, elements like to liberty and the right to a fair trial, including the application of the right to silence"*(*"European arrest warrants: a lapse in justice"*, in *"International Herald Tribune"* del 2 febbraio 2004).

indispensabile, fortemente auspicabile, e cioè il fatto che esso può contribuire in misura significativa a costruire una maggiore fiducia tra gli Stati membri. Un motivo della mancanza di quest'ultima è, infatti, sicuramente da ricercare nelle profonde differenze tra gli ordinamenti degli Stati membri che si sono messe in luce nel corso della trattazione; l'analisi della decisione-quadro sul mandato europeo di ricerca delle prove, così come quella sul mandato d'arresto europeo, ha evidenziato i problemi legati alle possibili violazioni del principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, a causa della grande diversità tra i vari ordinamenti a livello di diritto penale sostanziale; si è, inoltre, dato conto più in generale delle perduranti differenze degli Stati nei confronti dei sistemi penalistici e processual-penalistici degli altri Stati membri. La creazione di un livello elevato di fiducia sembra quindi inevitabilmente legata ad un certo grado di armonizzazione delle legislazioni: ciò, sembra, confermato da quanto recentemente ha affermato la Commissione, per voce del Commissario alla Giustizia e Affari interni Frattini, il quale ha ribadito che "*il ravvicinamento delle norme penali e di procedura penale […] costituisce il corollario del riconoscimento reciproco, dato che favorisce la fiducia reciproca*[310]".

[310] F. FRATTINI, *Préface*, in, *La confiance mutuelle dans l'espace pénal européen*, (a cura di) G. De kerchove, A. Weyembergh.

4. RILIEVI CRITICI

I problemi di attuazione del mandato d'arresto europeo – il primo vero strumento fondato sul mutuo riconoscimento delle decisioni penali – e quelli che ancor più gravemente si profileranno con l'attuazione del mandato europeo di ricerca delle prove mettono a nudo le contraddizioni che caratterizzano la cooperazione giudiziaria in materia penale pensata prima dal Trattato di Amsterdam oggi dal Trattato di Lisbona: un sistema ancora a metà strada tra quello che non è più (una mera cooperazione intergovernativa) e ciò a cui tende (un sistema fondato su di un modello federale).

La scelta di adottare il principio del mutuo riconoscimento come fondamento di tale sistema è cardine della riforma. Ma il principio del mutuo riconoscimento, a cui tanto devono lo sviluppo del mercato interno e la cooperazione in materia civile, ha ben funzionato in tali settori forse proprio perché si trattava di settori diversi, meno sensibili, e che – cosa tutt'altro che secondaria – avevano conosciuto una opera più o meno significativa di ravvicinamento delle legislazioni. Come è stato osservato, *"finché si trattava di riconoscere attività bancarie, assicurative, diplomi e titoli di studio, il principio del mutuo riconoscimento non ha presentato inconvenienti che non fossero compensati dai vantaggi che ne risultavano*[311]*"*.

Alla luce dell'analisi svolta, non si può dubitare che possa dirsi lo stesso della cooperazione in materia penale, settore in cui l'entusiasmo delle istituzioni si è trovato a

[311] Cfr. U. DRAETTA, *L'Europa nel 2002*.

fare i conti con il forte attaccamento degli Stati alle proprie convenzioni e tradizioni giuridiche, a volte molto diverse.

È agevole intuire come simili considerazioni legittimino la posizione di chi ritiene che il mandato d'arresto europeo e le altre iniziative come (e ancor più) il mandato europeo di ricerca delle prove fondate sul reciproco riconoscimento siano delle *"fughe in avanti*[312]*"*. Riesce difficile non concordare con una simile, amara conclusione, ma non tanto perché le decisioni-quadro finora adottate siano strumenti troppo avanzati *di per sé*, quanto per il fatto che sembrano mancare i presupposti (*in primis* la fiducia reciproca) per il buon funzionamento del principio del mutuo riconoscimento.

Ma nonostante tutte le difficoltà finora incontrate, il mutuo riconoscimento delle decisioni penali sembra destinato a rimanere nel prossimo futuro il funzionamento della cooperazione giudiziaria in materia penale nell'Unione europea, e ciò per i due seguenti motivi.

Il primo è che, tramonta l'idea di veder realizzata una profonda riforma istituzionale dell'Unione, si è allontanata anche l'idea di mettere in cantiere le riforme ancora necessarie per ultimare la costruzione di un autentico *"spazio giudiziario europeo"*. Detto diversamente, il sistema previsto dall'attuale terzo pilastro – incentrato sul principio del muto riconoscimento – sarà quindi verosimilmente ancora per molti anni il quadro politico – istituzionale nel quale si svolgerà la cooperazione tra gli Stati membri in materia penale (così come testimoniano le recenti disposizioni normative previste nel trattato di Lisbona).

---

[312] Cfr. ad es. M. DE SALVIA, *Il mandato d'arresto europeo: una fuga in avanti?*, in M. Pedrazzi (a cura di), *Il mandato d'arresto europeo e garanzie della persona*.

Il secondo motivo, forse ancora più radicale, è che anche laddove una simile riforma dovesse un giorno realizzarsi, i rapporti con gli Stati membri in materia penale continuerebbero comunque ad essere governati dal principio del mutuo riconoscimento.

Ad ogni modo, la prospettiva dovrebbe essere quella di rimeditare i principi stessi della cooperazione giudiziaria. Il mutuo riconoscimento non può reggere il peso di un'Europa allargata e giocoforza sempre più eterogenea. La situazione potrebbe aggravarsi con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona che rivoluziona l'intera materia della cooperazione giudiziaria. Agli atti del terzo pilastro sarà infatti esteso il metodo comunitario con il rafforzamento del ruolo del Parlamento europeo e l'adozione della maggioranza qualificata come regime ordinario di votazione. Le decisioni-quadro lasceranno spazio alle direttive e ai regolamenti, con evidenti ricadute sul sistema delle fonti interne. La Corte di giustizia dell'Unione europea assumerà competenze più estese, potendo giudicare anche norme di procedura penale finora escluse dal suo sindacato.

Sebbene lo stesso Trattato di Lisbona preveda che il principio guida in materia rimanga il reciproco riconoscimento, seguito, in via sussidiaria, da quello del ravvicinamento delle legislazioni penali, non sembra azzardato pronosticare un cortocircuito fra il rafforzamento della normativa europea e il permanere di profonde disarmonie negli ordinamenti nazionali.

Per evitare ciò sarebbe auspicabile almeno una inversione dell'ordine delle priorità, dando per una volta la precedenza all'armonizzazione, magari incominciando

proprio dal recupero del progetto di decisione-quadro volta a garantire i diritti processuali dell'accusato[313].

[313] O. MAZZA, *Il principio del muto riconoscimento nella giustizia penale, la mancata armonizzazione e il mito taumaturgico della giurisprudenza europea*, in *Rivista del diritto processuale* 2009, p. 393 ss.

INDICE DELLE FONTI

Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale, del 20 aprile 1959; ordine di esecuzione per l'Italia con l. 23 febbraio 1961 n. 215.

Convenzione relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea, del 29 maggio 2000, in *Gazz. Uff.* C 197 del 12 luglio 2000.

Protocollo della convenzione relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea, del 16 ottobre 2001, in Gazz. Uff. C 326 del 21 novembre 2001.

*

Direttiva 64/222 del 25 febbraio 1964, in GUCE n. 56 del 4 aprile 1964.

Direttiva 64/427 del 7 luglio 1964, in GUCE n. 117 del 23 luglio 1964.

Direttiva 68/364 del 15 ottobre 1968, in GUCE L 260 del 22 ottobre 1968.

Direttiva 68/366 del 15 ottobre 1968, in GUCE L 260 del 22 ottobre 1968.

Direttiva 74/556 del 4 giugno 1974, in GUCE L 307 del 18 novembre 1974.

Direttiva 75/369 del 16 giugno 1975, in GUCE L 167 del 30 giugno 1975.

Direttiva 77/92 del 13 dicembre 1976, in GUCE L 26 del 31 gennaio 1977.

Direttiva 82/489 del 19 luglio 1982, in GUCE L 218 del 27 luglio 1982.

*

Decisione-quadro relativa al rafforzamento della tutela per mezzo di sanzioni penali e altre sanzioni contro la falsificazione di monete in relazione all'introduzione dell'euro, del 29 maggio 2000.

Decisione del Consiglio relativa all'istituzione di una Unità provvisoria di cooperazione giudiziaria, del 14 dicembre 2000.

Decisione-quadro relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale, del 15 marzo 2001.

Decisione-quadro relativa alla lotta contro le frodi e le falsificazioni di mezzi di pagamento diversi dai contanti, del 28 maggio 2001.

Decisione-quadro relativa al riciclaggio di denaro e la ricerca, sequestro e confisca dei proventi di reato, del 26 giugno 2001.

Decisione-quadro che modifica la decisione-quadro relativa al rafforzamento della tutela per mezzo di sanzioni penali contro la falsificazione di monete in relazione all'introduzione dell'euro, del 6 dicembre 2001.

Decisione-quadro relativa al mandato di arresto europeo e delle procedure di consegna tra Stati membri, del 13 giugno 2002.

Decisione-quadro relativa alle squadre investigative comuni, del 13 giugno 2002.

Decisione-quadro relativa alla lotta contro il terrorismo, del 13 giugno 2002.

Decisione-quadro relativa alla lotta alla tratta degli esseri umani del 19 luglio 2002.

Decisione-quadro relativa al rafforzamento del quadro penale per la repressione del favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali, del 28 novembre 2002.

Decisione-quadro relativa alla protezione dell'ambiente, del 27 gennaio 2003.

Decisione-quadro 2003/577/GAI del Consiglio del 22 luglio 2003 relativa all'esecuzione nell'Unione europea dei provvedimenti di blocco probatorio.

Decisione-quadro relativa alla lotta contro la corruzione nel settore privato del 22 luglio 2003.

Decisione del Consiglio, del 28 febbraio 2002, che istituisce Eurojust per rafforzare la lotta contro le forme gravi di criminalità, in Gazz. Uff. L 63 del 6 marzo 2002; modificata dalla decisione 2003/659/GAI, del 18 giugno 2003.

Decisione-quadro sulla lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pedopornografia del 22 dicembre 2003.

Decisione-quadro riguardante la fissazione di norme minime relative agli elementi costitutivi dei reati e alle sanzioni applicabili in materia di traffico illecito di stupefacenti, del 25 ottobre 2004.

Decisione-quadro relativa alla confisca dei beni, strumenti e proventi di reato, del 24 febbraio 2005.

Decisione-quadro relativa agli attacchi contro i sistemi di informazione, del 24 febbraio 2005.

Decisione-quadro relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sanzioni pecuniarie, del 24 febbraio 2005.

Decisione-quadro relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni di confisca, del 6 ottobre 2006.

Decisione-quadro relativa alla semplificazione dello scambio di informazioni e intelligence tra le autorità degli Stati membri dell'Unione europea incaricare dell'applicazione della legge, del 18 dicembre 2006.

Decisione-quadro relativa alla considerazione delle decisioni di condanna tra gli Stati membri dell'Unione europea in occasione di un nuovo procedimento penale, del 24 luglio 2008.

Decisione-quadro relativa alla lotta contro la criminalità organizzata, del 24 ottobre 2008.

Decisione-quadro sull'applicazione del principio del mutuo riconoscimento alle sentenze penali che irrogano pene detentive o misure privative della libertà personale, ai fini della loro esecuzione nell'Unione europea, del 27 novembre 2008.

Decisione-quadro sulla lotta al terrorismo, del 27 novembre 2008.

Decisione-quadro relativa all'applicazione del principio del mutuo riconoscimento alle sentenze ed alle decisioni di sospensione condizionale, in vista della sorveglianza delle misure e sanzioni alternative alla pena detentiva, del 27 novembre 2008.

Decisione-quadro sulla lotta contro talune forme ed espressioni di razzismo e xenofobia mediante il diritto penale. del 28 novembre 2008.

Decisione relativa a Eurojust, del 16 dicembre 2008.

Decisione-quadro relativa al mandato europeo di ricerca delle prove diretto all'acquisizione di oggetti, documenti e dati da utilizzare nei procedimenti penali. del 18 dicembre 2008.

Decisione relativa alla Rete giudiziaria europea, del 24 dicembre 2008.

*

Comunicazione della Commissione sulle conseguenze della sentenza emessa dalla corte di giustizia delle Comunità Europee, il 20 febbraio 1979, nella causa 120/78 (Cassis de Dijon), in G.U.C.E. n. C 256 del 3. 10.1980.

Libro Bianco della Commissione per il Consiglio europeo – Il completamento del mercato interno del 28-29 giugno 1985, COM (85) 310, Bruxelles 14 giugno 1985

Libro verde della Commissione, Tutela penale degli interessi finanziari comunitari e creazione di una procura europea – COM (2001) 715 dell'11 dicembre 2001.

Libro verde della Commissione, Ravvicinamento, reciproco riconoscimento e esecuzione delle sanzioni pensali nell'Unione europea, COM (2004) 334, del 30 aprile 2004

Libro verde sulla presunzione di non colpevolezza, COM (2006) 174, presentato dalla Commissione il 26 aprile 2006.

***

Sentenza C.giust.CE del 5 febbraio 1963, causa 26/62, *Van Gend en Loos*, in *Racc.*1963, I-003.
Sentenza C.giust.CE del 15 luglio 1964, causa C-6/64, *Costa*, in *Racc.* 1964.

Sentenza C.giust.CE del 17 dicembre 1970, *Spa Sace c. Ministero delle finanze*, causa C-33/70, in *Racc.*1970, p.I-1213.

Sentenza C.giust.CE del 11 luglio 1974, causa 8/74, *Procureur du Roi c. Benoît e Gustave Dassonville*, in *Racc.* 1974, p. 837 S.

Sentenza C.giust.CE del 3 dicembre 1974, causa C-33/74, *Johannes Henricus Maria Van Bisbergen* c. *Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid*, in *Racc.* 1974, p.1299.

Sentenza C.giust.CE del 4 dicembre 1974, causa C-41/74, *Van Duyn c. Home Office*, in *Racc.* 1974, p.I-1354.

Sentenza C.giust.CE dell'8 luglio 1975, causa 4/75, *Rewe-Zentralfinanz c. Landwirtschaftkammer*, in *Racc.* 1975, p.843.

Sentenza C.giust.CE del 7 febbraio 1979, causa 115/78, *Knoor*, in *Racc.* 1979, p.399.

Sentenza C.giust.CE del 7 febbraio 1979, causa 136/78, *Auer*, in *Racc.* 1979, p.437.

Sentenza del 20 febbraio 1979, nella causa n. 120/78 (*Rewe-Zentral AG c. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*).

Sentenza C.giust.CE del 20 maggio 1979, causa 104/75, *Officieur van Justitie c. Adriaan de Peijper*, in *Racc.* 1976, p.613.

Sentenza C.giust.CE del 16 dicembre 1980, causa 27/80, *Anton Adriaan Fietje*, in *Racc.* 1980, p.3839.

Sentenza C.giust.CE del 17 dicembre 1981, causa C-279/80, *Webb*, in *Racc.* 1981;

Sentenza C.giust.CE del 5 maggio 1982, causa 15/81, *Gaston Schul c. Inspecteur der Invoerrechten*, in *Racc.* 1982, p.1409.

Sentenza C.giust.CE del 29 novembre 1983, causa 181/82, *Roussel Laboratoria BV e altri* c. *Paesi Bassi*, in *Racc.*1983, p. 3849.

Sentenza C.giust.CE del 10 gennaio 1985, causa 229/83, *Association des Centres distributeurs Édouard Leclerc e altri* c. *SARL "Au Blé vert" e altri*, in *Racc.*1985, p.1.

Sentenza C.giust.CE dell'11 luglio1985, cause riunite 60/84 e 61/84, *Cinethèque SA e altri* c. *Fédération nationale cinema français*, in *Racc.*1985, p.2605.

Sentenza C.giust.CE del 17 dicembre 1986, causa 188/84, *Commissione* c. *Francia*, in *Racc.* 1986, p.419.

Sentenza C.giust.CE del 12 marzo 1987, causa 178/84, *Commissione c. Germania*, in *Racc.*, 1987.

Sentenza C.giust.CE del 20 settembre 1988, causa 302/86, *Commissione* c. *Danimarca*, in *Racc.*1988, p.4607.

Sentenza C.giust.CE del 16 maggio 1989, causa 382/87, *R. Buet e SARL Educational Business Services (EBS) c. Ministre Public*, in *Racc.* 1989, p.1235.

Sentenza C.giust.CE del 22 giugno 1989, *Fratelli Costanzo*, causa n. C-103/88, in *Racc.*1989, p.I-1839.

Sentenza C.giust.CE del 23 novembre 1989, causa C-145/88, *Torfaen Borough Council c. B & Q plc*, in *Racc.* 1989.

Sentenza C.giust.CE del 13 novembre 1990, causa C-106/89, *Marleasing c. Commercial Internacional de Alimentacion*, in *Racc.*1990, p.I-4135.

Sentenza C.giust.CE del 13 dicembre 1990, causa C-238/89, *Pall Corp.* c. *P.J. Dahlhausen & Co.*, in *Racc.*1990, p. I-4827.

Sentenza C.giust.CE del 28 febbraio 1991, causa C-312/89, *Union départementale des syndicts CGT de l'aisne c. SIDEF Conforama, Société Arts et Meubles et Société Jima*, in *Racc.* 1991, p. I-997.

Sentenza C.giust.CE del 7 maggio 1991, causa C-340/89, *Irène Vlassopoulou* c. *Ministerium für Justiz, Bundes-und Europaangelegenheiten Baden-Württemberg*, in *Racc.* 1991, p.I-2357.

Sentenza C.giust.CE del 25 luglio 1991, causa C-288/89, *Stichting*, in *Racc.* 1991.

Sentenza C.giust.CE del 25 luglio 1991, causa C-353/89, *Netherlands*, in *Racc.* 1991.

Sentenza C.giust.CE del 25 luglio 1991, causa C-76/90, *Säger*, in *Racc.* 1991;

Sentenza C.giust.CE del 19 novembre 1991, *Francovich e Bonifaci c. Italia*, cause riunite C-6/90 e C-9/90, in Racc.1991, p.I-5357.

Sentenza C.giust.CE del 13 dicembre 1991, causa C-18/88, *Régie des Télégraphe et des Téléphone* c. *GB-Inno-BM SA*, in *Racc.*1991, p. I-5941.

Sentenza C.giust.CE del 9 luglio 1992, causa C-2/90, *Commissione* c. *Belgio*, in *Racc.*1992, p.4431.

Sentenza C.giust.CE del 31 marzo 1993, causa C-19/92, *Kraus*, in *Racc.* 1993, pag. I-1663.

Sentenza C.giust.CE del 16 dicembre 1993, causa C-334/92, *Wagner Miret c. Fondo de garantia salarial*, in *Racc.* 1994, p.I-6911.

Sentenza C.giust.CE del 24 marzo 1994, causa C-275/92, *Schlinder*, in *Racc.* 1994.

Sentenza C.giust.CE del 14 luglio 1994, causa c-91/92, *Faccini Dori*, in *Racc.*1994, p.I-3325.

Sentenza C.giust.CE del 30 novembre 1995, causa C-55/94, *Reinhard Gebhard c. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*.

Sentenza C.giust.CE del 29 maggio 1997, causa C-14/96, *Paul Denuit*, in *Racc.* 1997, p. I-2785.

Sentenza G.giust.CE del 26 giugno 1997, causa C-368/95, *Vereinigte Famliapress Zeitungsverlags-und vertriebs GmbH* c. *Heinrich Bauer Verlag*, in *Racc.*1997, p.I-3689.

Sentenza C.giust.CE del 9 dicembre 1997, causa 265/95 *Commissione c. Francia*, in *Racc.* 1997, p. I-6959.

Sentenza C.giust.CE del 17 settembre 1998, causa 400/96, *Jean Harpegneis*, in *Racc.* 1998, p. I-5128.

Sentenza C.giust.CE del 14 settembre 2000, causa C-238/98, *Hocsman*, in *Racc.* 2000, p.I-6623.

Sentenza C.giust.CE del 12 ottobre 2000, causa C-3/99, *Cidrerie Rewet SA c. Cidre Stassen SA e HP Bulmer Ltd*, in *Racc.* 2000.

Sentenza C.giust.CE dell'8 marzo 2001, causa C-405/98, *Konsumentombudsmannnen c. Gourmet International Product AB (GIP*), in *Racc.*, 2001.

Sentenza C.giust.CE dell'11 febbraio 2003 cause riunite C-187/01 e C-385/01, *Procedimento penale a carico di Huseyin Gozutoka e procedimento penale a carico di Klaus Brügge*, in *Raccolta*, 2003, p. I-134.

Sentenza C.giust.CE del 13 novembre 2003, causa C-313/01, *Christine Morgenbesser* c. *Consiglio dell'Ordine degli avvocati di Genova*, in *Racc.* 2003, p.I-3467.

Sentenza C.giust.CE del 14 ottobre 2004, causa C-36/02, *Omega Spielhallen-und Automatenaufstellungs GmbHc. Oberbbugermeinsterin der Bundesstadt Bonn*.

Sentenza C.giust.CE del 16 giugno 2005, causa C-105/03, *Pupino*, in *Diritto penale e processo* 2005, p. 1178.

Sentenza G.giust.CE del 13 settembre 2005, causa C-176/03, *Commissione c. Consiglio*, in *Racc.* 2005, p.I-7879.

*

Sentenza Cass. Pen. Sez. VI del 6 settembre 1990, *Messina*, in *Giurisprudenza Italiana*, 1991, p.1.

Sentenza Cass. Pen. Sez. VI n. 6753 dell'8 giugno 1998, *Finocchi*, in *Riv. pen.* 1998, p.1178.

Sentenza Corte Cost. n.361 del 26 ottobre 1998.

Sentenza Cass. Pen. Sez. VI n.2963 del 14 gennaio 1999, *Faiani*, in *Cass. Pen.* 1999, p.3538

Sentenza Cass. Pen. Sez. I n. 36290 dell'8 ottobre 2001, *Celotti*. in *Dir. e proc. pen.* 8 dicembre 2001, p.92.

Sentenza Cass. Pen. Sez. I Pen. n. 34576 del 15 ottobre 2002, *Monnier*, in *Riv. dir. int.* 2003, p.249

Sentenza Cass. Pen. Sez. I n. 37774 dell'8 novembre 2002, *Strangio* in *Diritto e Giustizia* 2002, p. 41

Sentenza Cass. Pen. Sez. VI n. 36550 del 1°luglio 2003, *Tumino* in *Cass. pen.* 2004, p. 2066.

Sentenza Cass. Pen. Sez. Fer. del 13 settembre 2005, *Hussain*, in *Cass. Pen.*, 2005, p. 3766.

Sentenza Cass. Pen. Sez. VI del 23 settembre 2005, *Ile Petre*, in *Cass. Pen.* , 2005, p. 3772

Sentenza Cass. Pen. Sez. VI del 13 ottobre 2005, *Pangrac*, in *CED* n. 232584.

Sentenza Cass. Pen. Sez. VI del 3 marzo 2006, *Napoletano*, in *CED* n. 233706.

Sentenza Cass. Pen. Sez. VI del 8 maggio 2006, *Cusini*, in *Cass. Pen.*, 2007, p. 1166.

Sentenza Cass. Pen. Sez. Un. del 5 febbraio 2007, *Ramoci*, in *Cass. Pen.*, 2007, p. 1911.

Sentenza Cass. Pen. Sez. VI del 3 maggio 2007, *Melina*, in *Cass. Pen.* 2008, p. 2932.

***

ADAM R., *La cooperazione in materia di giustizia ed affari interni tra comunitarizzazione e metodo intergovernativo*, in *Il Trattato di Amsterdam*, Giuffré, Milano, 1998;

ADAM R., *La cooperazione nel campo della giustizia e affari interni: da Schengen a Maastricht*, in *Dir. Un.Eur.*, 1994.

ALLEGREZZA S., *Cooperazione giudiziaria, mutuo riconoscimento e circolazione delle prova penale nello spazio giudiziario europeo*, in AA.VV., *L'area di libertà, sicurezza e giustizia: alla ricerca di un equilibrio fra priorità repressive ed esigenze di garanzia*, Giuffrè, 2007, Milano

ALLEGREZZA S., *L'armonizzazione della prova penale alla luce del Trattato di Lisbona*, in *Cass. Pen.*, 2008, p.3882.

ALLEGREZZA S., *L'incertezza dei limiti probatori nel progetto Corpus Juris*, in AA.VV. *Il Corpus Juris 2000 – Nuova*

formulazione e prospettive di attuazione, a cura di PICOTTI L., Cedam, 2004, Padova.

APRILE E. – SPIEZIA F., *Cooperazione giudiziaria penale nell'Unione europea prima e dopo il Trattato di Lisbona*, Ipsoa, 2009.

APRILE E., *Diritto processuale penale europeo e internazionale*, Cedam, Padova 2007.

APRILE E., *I rapporti tra diritto processuale penale e diritto dell'Unione europea, dopo la sentenza della Corte di Giustizia sul caso Pupino in materia di incedente probatorio*, in *Cass. Pen.* 2005, p. 1150.

BACQUIAS J., *Freedom, Security and Justice: the new Lisbon (Treaty) Agenda*, in *European Policy Center*, 2008

BARATTA R., *Le principali novità del Trattato di Lisbona*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 2008, p.21.

BASSI N., *Mutuo riconoscimento e tutela giurisdizionale – La circolazione degli effetti del provvedimento amministrativo straniero fra diritto europeo e protezione degli interessi del terzo*, Giuffré, Milano, 2008.

BELFIORE R., *Il mandato europeo di ricerca delle prove e l'assistenza giudiziaria in materia penale*, in *Cass. Pen.*2008, p. 3894.

BERNARDI A., *Strategie per l'armonizzazione dei sistemi penali europei*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.* 2002.

BUZZELLI S., *Le letture dibattimentali*, in *Trattato di procedura penale* (a cura di Ubertis G. e Voena P.), Milano, 2000, vol. XXXIII.

CAIANELLO V. – VASSALLI G., *Parere sulla proposta di decisione quadro sul mandato d'arresto europeo*, in *Cass. Pen.* 2002, p. 462.

CASSESE S., *Diritto amministrativo comunitario e diritti amministrativi nazionali*, in CHITI M.P. E GRECO G. (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Giuffré, Milano, 2007.

CASSESE S., *Il diritto amministrativo globale:una introduzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2005, p.331

CESARI C., *Prova irripetibile e contraddittorio nella Convenzione europea dei dritti dell'uomo*, commento a C. eur. dir. uomo sent. 5 dicembre 2002, Craxi c. Italia, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.* 2003 p. 1036 s.

CHITI M.P. – GRECO G. (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo europeo, Parte generale*, I, Milano, 2007.

CHITI M.P., *Verso lo spazio giudiziario europeo*, in *Riv. It. Dir. Pub. Com.*, 1997, p.787.

CIAMPI A., *L'assunzione di prove all'estero in materia penale*, Cedam, Padova, 2003

DALIA G., *L'adeguamento della legislazione nazionale alla decisione quadro tra esigenze di cooperazione e rispetto delle garanzie fondamentali*, in Kalb (a cura di), *Mandato d'arresto europeo e procedure di consegna*, Milano, 2005.

DE AMICIS G. – IUZZOLINO G., *Lo spazio comune di libertà, sicurezza e giustizia delle disposizioni penali del Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa*, in *Cass. pen.*, 2004, p.3067.

DE AMICIS G., *Il mandato europeo di ricerca delle prove: un'introduzione*, in *Cass. Pen.* 2008, p. 3033, Giuffré, Milano.

DE SALVIA M., *Il mandato d'arresto europeo: una fuga in avanti?*, in PEDRAZZI (a cura di), *Il mandato d'arresto europeo e garanzie della persona*.

DRAETTA U. – PARISI N., *Elementi di diritto dell'Unione europea – parte speciale*, Giuffré, Milano, 2003.

DRAETTA U., *L'Europa nel 2002*, in *Il Federalista*, EDIF, Pavia, 2002, numero 3.

FANEGO C., *Proposta di decisione quadro su determinati diritti processuali nei procedimenti penali nel territorio dell'Unione europea*, in *Cass. Pen.* 2008, p.303.

FLORE D., *Le ministère public européen*, relazione tenuta all'ERA in data 12 febbraio 2008.

FRATTINI F., *Préface*, in *La confiance mutuelle dans l'espace pénal européen*, (a cura di) DE KERCHOVE G., WEYEMBERGH A..

GAITO A., *Procedura penale e garanzie europee*, Utet, Torino, 2006

GUALTIERI P., *Mandato d'arresto europeo: davvero superato (e superabile) il principio di doppia incriminazione?* in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 115.

JEGOUZO A., *La création d'un mécanisme d'évaluation mutuelle de la justice, corollaire de la reconnaissance mutuelle*, in DE KERCHOVE G., WEYEMBERGH A. (a cura di), *Sècuritè et justice: enjeu de la politique extérieure de l'Union européenne*, Bruxelles, 2003.

LATTANZI G., *La nuova dimensione della cooperazione giudiziaria*, in *Doc. Giust.*, 2000.

MACCORMICK N., *La sovranità in discussione. Diritto, stato e nazione nel Commonwealth europeo*, Il Mulino, Bologna, 2003.

MANES V., *L'incidenza delle decisioni-quadro sull'interpretazione in materia penale: profili di diritto sostanziale*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 1150.

MAZZA O., *Il principio del muto riconoscimento nella giustizia penale, la mancata armonizzazione e il mito taumaturgico della giurisprudenza europea*, in *Rivista del diritto processuale* 2009, p. 393.

MELILLO G., *Il mutuo riconoscimento e la circolazione della prova*, in *Cass. Pen.* 2006 p. 265 B.

MUSACCHIO V., *Il Trattato di Lisbona e le basi per un nuovo diritto penale europeo*, in *Rivista penale*, 2008 n.5;

NESTLER C., *Europäisches Strafprozessrecht*, in ZStW, 2004.

NICOLIN S., *Il mutuo riconoscimento tra mercato interno e sussidiarietà*, Cedam, Padova, 2007.

PARISI N. – RINOLDI D. (a cura di), *Giustizia e affari interni nell'Unione europea: il terzo pilastro del trattato di Maastricht*, Torino, Giappichelli, 1996.

PARISI N., *Competenze dell'Unione e i principi regolatori*, in *Elementi di diritto dell'Unione Europea*, a cura di DRAETTA U. – PARISI N., Giuffrè, Milano, 2003.

PARLATO L., *Su due aspetti del diritto di difendersi provando in dimensione europea*, in AA.VV., *L'area di libertà sicurezza e giustizia: alla ricerca di un equilibrio fra priorità repressive ed esigenze di garanzia*, Giuffrè, 2007.

PASQUERO A., *Mutuo riconoscimento delle decisioni penali: prove di federalismo*, Giuffré, Milano, 2007.

PEDRAZZI M., *Mandati d'arresto europeo e garanzie della persona*.

PIATTOLI B., *La tutela dei diritti fondamentali: i principi della decisione quadro e le garanzie della normativa derivata*, in AA.VV. *Mandato d'arresto europeo – Dall'estradizione alle procedure di consegna*, a cura di M. BARGIS e E. SELVAGGI, Giappichelli, 2005, Torino.

PIATTOLI B., *Il programma dell'Aja per il futuro dell'Europa*, in *Dir. e giust.* 2005, p.122.

POCAR F. (a cura di), *Commentario breve ai Trattati della comunità europea e dell'Unione europea*, Milano, 2001.

RAFARACI T., *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia nel crogiuolo della costruzione europea*, in AA.VV. *L'area di libertà, sicurezza e giustizia: alla ricerca di un equilibrio fra priorità repressive ed esigenze di garanzia*, Giuffrè, Milano, 2007.

RAIMONDI G., *Garanzie del giusto processo in relazione ai meccanismi di cooperazione giudiziaria internazionale*, in AA.VV. *Cooperazione giudiziaria in materia penale e diritti dell'uomo*, Torino, Giappichelli, 2004, p. 185.

SALAZAR L., *La costruzione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia dopo il Consiglio europeo di Tampere,* in *Cass. Pen.* 2000.

SALAZAR L., *La costruzione di uno spazio penale comune europeo,* in *Lezioni di diritto penale europeo,* (a cura di) GRASSO G. – SICURELLA R., Giuffré, Milano, 2007.

SALAZAR L., *La lotta alla criminalità nell'Unione:passi in avanti verso uno spazio giudiziario comune prima e dopo la Costituzione per l'Europa ed il Programma dell'Aia*, in *Cass. Pen.* 2004, 3510.

SALAZAR L., *La lunga marcia del mandato d'arresto europeo,* in AA.VV. *Mandato d'arresto europeo – Dall'estradizione alle procedure di consegna,* a cura di M. BARGIS e E. SELVAGGI, Giappichelli, 2005, Torino.

SCHUNEMANN B., *Fortschritte und Fehltritte in der strafrechtspflege der EU,* in *GA,* 2004.

SCHUNEMANN B., *Un progetto alternativo di giustizia penale europea,* Giuffré, Milano, 2007.

SELVAGGI E., *Filo diretto tra giudici e Stato straniero per la domanda di consegna dei ricercati* in *Guida Dir*. 2001, p. 109 ss,

TESAURO G., *Diritto Comunitario,* Cedam, Padova, 2008

TIZZANO A., *Brevi note sul "terzo pilastro" del trattato di Maastricht,* in *Dir.Un.Eur.*, 1996.

TONINI P., *La prova penale,* Padova, 2000

TONINI P., *Processo penale e norme internazionali: la Consulta delinea il quadro d'insieme,* in *Diritto penale e processo,* 2008, p. 417.

TORCHIA L., *Il governo delle differenze. Il principio di equivalenza nell'ordinamento europeo,* Il Mulino, 2006.

UBERTIS G., *Principi di procedura penale europea,* Cortina, Milano, 2000.

UBERTIS G., *Sistemi di procedura penale I – Principi generali*, Torino, Utet giuridica, 2007.

VALENTINI C., *L'acquisizione della prova tra limiti territoriali e cooperazione con autorità straniere*, Cedam, 1998, Padova.

VASSALLI G., *Il mandato d'arresto europeo viola il principio di uguaglianza*, in Diritto e giustizia, 2002, p. 8.

VIOLA F., *Il diritto come scelta*, in *La competizione tra ordinamenti giuridici – Mutuo riconoscimento e scelta della norma più favorevole nello spazio giuridico europeo* (a cura di) PLAIA A., Giuffré, Milano, 2007.

WEYEMBERGH A., *La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires en matière pénale entre les Etats membres de l'Union européenne: mise en perspective*, in DE KERCHOVE G., WEYEMBERGH A. (a cura di), *La reconnaissance mutuelle des décisions pénales dans l'Union européenne*, Bruxelles, 2001.

WEYEMBERGH A., *Le rapprochement des législations pénales au sein de l'Union européenne: les difficultés et leur conséquences*, in DE KERCHOVE G., WEYEMBERGH A. (a cura di), *L'espace pénal européen: enjeux et perspectives*, Bruxelles, 2002.

WEYEMMBERGH A., *L'harmonisation des législations: condition de l'espace péenal européen et révélateur de ses tensions*, Bruxelles, 2004.

ZACCHÈ F., *Letture di atti assunti senza contraddittorio e giusto processo*, in *Cass. Pen.* 2006, p. 427.

ZAGREBELSKY V., *Corte europea dei diritti dell'uomo e "processo equo"*, relazione al XX Convegno Nazionale Associazione tra gli studiosi del processo penale Gian Domenico Pisapia - Torino 26-27 settembre 2008.-