

Problemi di prova in materia penale. La proposta di direttiva sull'Ordine Europeo di Indagine.

Maria Mercedes Pisani

1. La progressiva affermazione del principio del reciproco riconoscimento in materia penale.

Il principio del reciproco riconoscimento è il fondamento sul quale è cresciuta e si è sviluppata la legislazione europea in materia di cooperazione giudiziaria negli ultimi quindici anni. Esso consiste, in sintesi, nell'attribuire a una decisione giudiziaria resa in uno Stato membro dell'Unione europea, uguale effetto e valore in un altro Stato, senza che si richieda una procedura di riconoscimento e omologazione; il suo presupposto necessario è che vi sia reciproca fiducia tra gli ordinamenti degli Stati membri.

L'evoluzione del riconoscimento e della progressiva applicazione di questo principio ha avuto tre fasi. Dopo l'entrata in vigore del trattato di Maastricht, la cooperazione giudiziaria si è espressa essenzialmente attraverso gli strumenti tradizionali, secondo il metodo intergovernativo, nel quale il riconoscimento reciproco era limitato a pochi e ben definiti settori, ove le legislazioni si presentavano già "armonizzate" o "uniformizzate". In questo quadro è prevalso il sistema di reciproca assistenza, soggetto alle lungaggini delle procedure parlamentari di ratifica delle convenzioni¹ e afflitto dalla lentezza delle rogatorie e dalla mancanza di vincoli e di scadenze per l'attuazione delle azioni comuni concordate in seno all'Unione europea.

La seconda, fondamentale, fase si apre con il Consiglio europeo di Tampere, in corrispondenza della riforma introdotta con l'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam², che nel rilanciare l'azione dell'UE nel terzo pilastro, con il dichiarato scopo della realizzazione di un unico grande spazio giudiziario, afferma che il reciproco riconoscimento costituisce "la pietra angolare"³ della cooperazione giudiziaria europea.

I lunghi negoziati per l'adozione di un Trattato "Costituzionale" e, infine, la firma del Trattato di Lisbona, sono caratterizzati da un radicale cambiamento

¹ A semplice titolo di esempio: la *Convenzione di estradizione tra gli Stati membri*, del 27 settembre 1996, è entrata in vigore il 29 giugno 2005; la *Convenzione sulla Protezione degli Interessi Finanziari dell'Unione europea*, del 26 luglio 1995, è entrata in vigore il 17 ottobre 2002, ma alcuni degli Stati che hanno aderito all'Unione europea nel 2004 devono ancora ratificarla, ed il suo secondo Protocollo non è ancora entrato in vigore. Anche la *Convenzione relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale*, del 12 luglio 2000, è entrata in vigore soltanto cinque anni più tardi, il 23 agosto 2005.

² Il Trattato di Amsterdam, del 2 ottobre 1997, ha modificato l'art. 34 del precedente testo di Maastricht, e introdotto nuovi strumenti giuridici per disciplinare le forme di cooperazione giudiziaria nel terzo pilastro, segnatamente la decisione quadro, le cui caratteristiche assai vicine alla direttiva hanno permesso un più efficace raggiungimento degli obiettivi, con l'unica limitazione espressa di non poter invocare alcun effetto diretto.

³ Consiglio europeo di Tampere - *Conclusioni della Presidenza*, 15-16/10/1999, punto 33; l'espressione "*corner stone of judicial cooperation*" è diventata lo slogan dell'applicazione del principio di reciproco riconoscimento, va dato atto, ad ogni buon conto, che nella versione italiana si legge "*il fondamento*".

del quadro di adozione della legislazione e, naturalmente, degli effetti che ad essa sono ricollegati. Nondimeno, l'euroscetticismo sempre più proclamato, le incognite legate all'entrata in vigore del nuovo trattato, in particolare a causa dell'esito negativo dei referendum in alcuni Stati membri⁴, sono senza dubbio una delle cause dell'incalzante adozione di decisioni quadro tra il 2002 e il 2009, rispondenti più a logiche repressive, a discipline di "urgenza", con scopi preventivi, che dirette ad uno sviluppo coordinato ed equilibrato della cooperazione giudiziaria, in cui manca in maniera drammatica lo spazio per una tutela effettiva dei diritti fondamentali e in particolare di quelli processuali⁵.

L'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, nel cancellare il vecchio sistema

⁴ Il referendum francese del 29 maggio 2005 e, immediatamente dopo, quello del 1 giugno nei Paesi Bassi, respinsero il *Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa* (GU UE C 310/2004 del 16 dicembre 2004), che per l'effetto non è più entrato in vigore; anche la ratifica del Trattato di Lisbona (in GU UE C 306/2007 del 17 dicembre 2007), ha avuto un percorso accidentato, visto il responso negativo del primo referendum in Irlanda (il 12 giugno 2008), che ha costretto questo Stato ad impegnarsi in un secondo referendum, dall'esito positivo, il 2 ottobre 2009. Anche la ratifica da parte della Repubblica Ceca ha attraversato una fase di *euroscetticismo* ed è stata oggetto di una verifica costituzionale.

⁵ E' impossibile in questa sede fare stato della copiosa produzione di decisioni quadro ma si ricordano, tra le più significative, la *Decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri*, GU UE, L 190 del 18/7/2002; *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*, GU UE, L 196 del 2/8/2003; *Decisione 2005/876/GAI del Consiglio, del 21 novembre 2005, relativa allo scambio di informazioni estratte dal casellario giudiziario*, GU UE, L 322 del 9/12/2005; *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*, GU UE L 350 del 30/12/2008; *Decisione quadro 2008/909/GAI del Consiglio del 27 novembre 2008 relativa all'applicazione del reciproco riconoscimento alle sentenze penali che irrogano pene detentive o misure privative della libertà personale, ai fini della loro esecuzione nell'Unione europea*, in GU UE L 327, del 5/12/2008; *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 giudiziale*, in GU UE L 93, del 7/4/2009. Soltanto con la *Decisione quadro 2009/299/GAI del Consiglio del 26 febbraio 2009 che modifica le decisioni quadro 2002/584/GAI, 2005/214/GAI, 2006/783/GAI, 2008/909/GAI, 2008/947/GAI, rafforzando i diritti processuali delle persone e promuovendo l'applicazione del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni pronunciate in assenza dell'interessato al processo*, in GU UE L81 del 27/3/2009 si giunge a una prima embrionale ed incompleta disciplina dei diritti dell'imputato, limitatamente ai processi in contumacia. Tardano ancora, però, realizzazioni concrete, destinate ad assicurare un più elevato livello di tutela dei diritti procedurali, attese fin dalla proposta del *Libro Verde sulle garanzie procedurali a favore di indagati ed imputati in procedimenti penali nel territorio dell'Unione europea* COM (2003) 75 del 19/2/2003, cui è seguita una proposta di decisione quadro mai adottata, e ora vagamente preannunciate dalla *Risoluzione del Consiglio del 30/11/2009, relativa ad una tabella di marcia per il rafforzamento dei diritti procedurali di indagato o imputati in procedimenti penali*, in GU UE C 295 del 4/12/2009.

dei pilastri, colloca la cooperazione giudiziaria in un sistema istituzionalmente integrato nell'Unione europea, con un regime giuridico definitivamente (e con una definizione, a questo punto, impropria) "comunitarizzato", nel quale la legislazione ha ormai tutte le caratteristiche, in termini di obbligatorietà e di efficacia del controllo giurisdizionale⁶, degli strumenti di diritto comunitario.

Il Programma di Stoccolma si colloca nel solco della progressiva espansione dell'applicazione del principio del reciproco riconoscimento e afferma la necessità di proseguire nella "istituzione di un sistema generale di acquisizione delle prove, nelle cause aventi dimensione transfrontaliera, basato sul principio di riconoscimento reciproco", poiché gli strumenti esistenti costituiscono una "disciplina frammentaria", a fronte della quale è necessario introdurre un nuovo tipo di approccio, che tenga conto della flessibilità assicurata dagli strumenti di assistenza tradizionali e, insieme, realizzi un modello "di più ampia portata e dovrebbe contemplare quanti più tipi di prove possibile, nel rispetto delle misure interessate"⁷.

L'intenzione di far avanzare speditamente la realizzazione di questo programma politico si è concretizzata nell'immediato avvio della consultazione pubblica, promossa dalla Commissione europea, con il "Libro Verde sulla ricerca delle prove in materia penale e sulla garanzia della loro ammissibilità"⁸. La Commissione europea, con questa consultazione, ha proposto l'adozione di una disciplina unica, che copra tutti i mezzi (di ricerca) della prova e che sostituisca tanto le regole oggetto delle convenzioni di assistenza giudiziaria, quanto le decisioni quadro sul congelamento di beni e sul mandato di ricerca delle prove⁹. Il presupposto di un siffatta proposta è l'asserzione

⁶ La Corte di Giustizia, con l'entrata in vigore del Trattato, ha acquisito competenza pregiudiziale generale nel settore dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, tuttavia, in virtù delle disposizioni transitorie, e precisamente dell'art. 10 del Protocollo 36, queste competenze non sono completamente applicabili nel settore della polizia e della giustizia penale per i primi cinque anni. Parimenti, le competenze giurisdizionali relative agli strumenti già adottati in seno al terzo pilastro sono cristallizzate allo status anteriore all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, per il medesimo periodo.

⁷ Si tratta soltanto del più recente programma di attuazione della politica europea in materia giudiziaria, adottato nel dicembre 2009, che succede al Programma dell'Aia, *Rafforzamento della libertà, della sicurezza e della giustizia nell'Unione europea*, GU UE C 53 del 3/3/2005, nel quale già si prevedeva di ampliare l'applicazione del principio di reciproco riconoscimento anche in materia di raccolta ed ammissibilità dei mezzi di prova (par. 3.3.1.). Il Programma di Stoccolma - *Un'Europa aperta e sicura al servizio e a tutela dei cittadini*, si riferisce, invece, all'"istituzione di un sistema generale di acquisizione delle prove" (par. 3.1.1.), GU U.E. C 15 del 4/5/2010. A suo corredo vi è il piano d'azione, pubblicato il 20 aprile 2010, pochi giorni prima della proposta di direttiva, con il riferimento COM (2010)171.

⁸ *Libro verde sulla ricerca delle prove in materia penale tra gli Stati membri e sulla garanzia della loro ammissibilità*, COM (2009)624 del 11.11.2009.

⁹ *Decisione quadro 2008/978/GAI, relativa al mandato di ricerca delle prove* cit., in GU UE L 350 del 30/12/2008, adottata appena pochi mesi prima, ed in quel momento non ancora attuata; *Decisione*

che la frammentazione delle normative applicabili ai diversi tipi di richiesta di assistenza giudiziaria, di volta in volta disciplinati da decisioni quadro o da convenzioni, la diversità delle caratteristiche degli strumenti, la lentezza e mancanza di efficacia degli atti soggetti a regime di rogatoria, i limiti stabiliti al campo di applicazione delle decisioni quadro e l'esistenza di numerosi motivi di rifiuto dell'esecuzione o del riconoscimento della richiesta, costituiscano dei gravi difetti del sistema di assistenza giudiziaria, risolvibili, secondo l'analisi proposta nel *Libro Verde*, con l'adozione di moduli standard per l'emissione delle richieste e di termini di esecuzione determinati¹⁰.

Le risposte alla consultazione del *Libro verde*, pur considerando positivamente l'apertura della Commissione ad una riflessione comune sull'iniziativa, hanno quasi unanimemente sottolineato quanto fosse prematura¹¹ una proposta dal campo di applicazione così ampio, evidenziando sia gli errori d'impostazione dell'analisi premessa, sulla necessità di una siffatta operazione, sia la mancanza assoluta di una valutazione in concreto delle esigenze e dei malfunzionamenti del sistema di assistenza giudiziaria. I commenti hanno, soprattutto, rimarcato l'inopportunità di estendere l'applicazione del reciproco riconoscimento in materia di prove, senza avere ancora avuto l'occasione di valutare i benefici della nuova legislazione, una volta attuata la decisione quadro sul mandato di ricerca delle prove, e senza aver avuto modo di operare le correzioni che saranno senz'altro necessarie, anche alla luce dell'urgenza d'interventi correttivi emersa a proposito dell'attuazione della decisione quadro sul mandato d'arresto europeo¹².

Il cuore della questione, ed il reale oggetto della normativa europea, in realtà, è rappresentato dal tema dell'ammissibilità delle prove, esportate da un ordinamento giudiziario all'altro; d'altronde, a quale scopo armonizzare o rende-

quadro 2003/577/GAI, relativa ai *provvedimenti di blocco dei beni o di sequestro probatorio* cit., in GU UE L 196 del 2/8/2003.

¹⁰ La Commissione europea, alcuni mesi prima, nella comunicazione *Uno spazio di libertà, sicurezza giustizia al servizio dei cittadini*, COM (2009)262, già aveva anticipato l'intenzione di lavorare alla proposta di uno strumento unico e completo per l'assunzione delle prove nelle cause transfrontaliere, per una cooperazione flessibile e rapida tra Stati membri.

¹¹ Anche alcuni governi, si cfr. in particolare il documento del *Bundestag* tedesco, hanno reagito energicamente alla proposta di elaborazione di uno strumento dalla portata così estesa, in mancanza, fino ad oggi, di una tutela concreta dei diritti fondamentali e, tra questi, dei diritti processuali. Per la consultazione degli interventi relativi al questionario si rimanda al sito http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/news_consulting_0004_en.htm.

¹² *Relazione della Commissione al Parlamento europeo ed al Consiglio sull'attuazione dal 2007 della decisione quadro del Consiglio del 13 giugno 2002 relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri*, COM (2011)175.

re eseguibile un atto d'indagine da uno Stato (*rectius* da un ordinamento giuridico) ad un altro, se non per poterne legittimamente utilizzare il risultato a scopo processuale.

Del resto, l'intento è palese anche quando, all'esito della consultazione, nel lessico legislativo l'obiettivo di assicurare "l'ammissibilità delle prove"¹³, da principale, diventa un elemento di secondo piano. Il cambio d'impostazione potrebbe essere una conseguenza dello sfavore manifestato nei confronti di un'invasione di competenza da parte dell'Unione europea, espressa nei commenti al *Libro verde*, dove si è evidenziato (in risposta alla parte 5.2) come il tema dell'ammissibilità della prova sia esclusivamente di rilievo interno, escludendo che possa attribuirsi all'Unione europea il potere di determinare regole che stabiliscano forma e modalità di acquisizione delle prove, in sostanza dando istruzioni agli Stati membri sul tipo di prove che sono o non sono ammissibili innanzi ai Tribunali nazionali¹⁴.

L'obiettivo di realizzare una "libera circolazione delle prove"¹⁵ (*rectius* di mezzi di prova e di ricerca della prova), attraverso l'elaborazione di regole che costituiscano uno "standard minimo", utilizzando un unico e rigido contenitore, che non distingue tra diverse misure di indagine, tra fasi processuali, e che prescinde dalla tutela delle garanzie e dei diritti fondamentali dell'individuo¹⁶, contribuisce ad aumentare quella fragilità ed incoerenza della

¹³ Nota del Consiglio dell'Unione europea, doc. 9288/10 ADD 2, Fiche, del 23/6/2010, p.20. Già nel piano di attuazione del Programma dell'Aia, tra le attività programmate compare "la predisposizione di una proposta su norme minime relative all'assunzione delle prove, nella prospettiva della reciproca ammissibilità", poi ripresa nel Programma di Stoccolma e nei documenti preliminari alla presentazione della proposta di direttiva.

¹⁴ Oltre ai documenti in risposta alla consultazione pubblica del Libro Verde, consultabili all'indirizzo http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/news_consulting_0004_en.htm, si veda anche J. SPENCER, *The Green Paper on obtaining evidence from one Member State to another and securing its admissibility*, in ZIS, 9/2009, p. 602-606, www.zis-online.com, il quale sottolinea che, considerata l'indicazione della Commissione dell'intenzione di creare una "libera circolazione delle prove", è necessario che siano previste specifiche linee guida, altrimenti, la proposta, condotta al suo limite estremo avrebbe l'effetto di assicurare l'ammissibilità di qualunque prova, legalmente raccolta in base alle norme dello Stato ove è eseguita l'indagine, in qualunque altro Stato membro, violando non solo il fondamentale principio della certezza del diritto, ma anche le regole procedurali nazionali sull'ammissibilità delle prove nonché delle regole sul contraddittorio e sull'oralità della prova, richiamando la regola britannica dell'*hearsay*, corrispondente alla *Grundsatz der Unmittelbarkeit* tedesca.

¹⁵ Questa espressione, invero, era già utilizzata nel progetto «*Corpus Juris*» portant *dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union européenne*, a cura di M. DELMAS-MARTY, ed. Economica, Paris, 1997; traduzione italiana: *Verso uno spazio giudiziario europeo*, «*Corpus Juris*» contenente *disposizioni penali per la tutela degli interessi finanziari dell'Unione europea*, a cura di R. SICURELLA, con prefazione di G. GRASSO, ed. Giuffrè, Milano, 1997, nel quale il tema della prova è uno dei più rilevanti.

¹⁶ Sul'argomento si rimanda, tra gli altri a M. LUGATO, *La tutela dei diritti fondamentali rispetto al man-*

disciplina che, invece, si afferma di voler risolvere.

Nello stesso tempo, il tentativo di estrapolare gli atti d'indagine dai sistemi giudiziari nazionali (senza corredarli di opportune garanzie), rischia di condurre in concreto ad impari risultati, soprattutto in mancanza di una preliminare armonizzazione di base, e ancor più quando a confrontarsi siano sistemi dalla logica contrapposta come l'inquisitorio e l'accusatorio, ineluttabilmente ripercuotendo i suoi effetti sull'esito della catena probatoria, fino al momento della valutazione della prova ai fini della decisione finale.

E' anche con riferimento a quest'aspetto che, come si vedrà nell'analisi della proposta di direttiva, appaiono trascurate molte implicazioni legate alle differenze, anche profondissime, tra i diversi ordinamenti nazionali, e ciò nonostante il costante richiamo al "rispetto delle tradizioni giuridiche" e delle "differenze tra gli ordinamenti" degli Stati membri.

Noncuranti di queste osservazioni e del dibattito ad esse sotteso, il 29 aprile 2010, sette Stati membri¹⁷ hanno depositato un testo di una proposta di direttiva relativa "all'ordine europeo di indagine" (OEI). Questa proposta di direttiva è diretta a conquistare l'essenza più intima di qualsiasi sistema processuale penale: il sistema delle prove. Il testo risponde all'esigenza del Consiglio di ottemperare agli impegni politici assunti nel segno del programma di Stoccolma, impegni che prevedono la cessazione dell'esistenza del sistema di assistenza giudiziaria, in favore dell'illimitata applicazione del reciproco riconoscimento. Si tratta soltanto della più recente delle proposte che l'Unione europea intende utilizzare per lo sviluppo di un progetto che è politico prima ancora che legislativo, e che attraverso la realizzazione del reciproco riconoscimento condiziona l'esercizio della giustizia negli Stati membri. La proposta di direttiva è di primaria importanza sotto il profilo politico perché potrebbe

dato di arresto europeo, in Riv. dir. int., 2003, 27 ss., C. BRANTS *Procedural safeguards in the European Union. Too little, too late?*, in *The European evidence warrant. Judicial enquiries in the EU*, a cura di J.A. VERVAELE, Intersentia 2005.

¹⁷ *Iniziativa del Regno del Belgio, della Repubblica di Bulgaria, della Repubblica di Estonia, Del Regno di Spagna, della Repubblica d'Austria, della Repubblica di Slovenia e del Regno di Svezia per una direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del ... relativa all'ordine europeo di indagine penale*, GU UE C 165 del 24/6/2010. E' singolare constatare che la proposta è formulata da Stati nei quali il sistema giudiziario è, per la maggior parte, essenzialmente di tipo "continentale" ossia improntato al modello inquisitorio. Già nelle discussioni sull'impronta essenzialmente repressiva degli strumenti di cooperazione giudiziaria è stato notato come l'Unione europea avesse manifestato una evidente preferenza per l'impianto inquisitorio, a discapito degli ordinamenti ad impianto accusatorio. In questo senso v. di recente S. ALLEGREZZA *Critical remarks on the Green paper on obtaining evidence in criminal matters from one Member State to another and securing its admissibility*, ZIS 9/2010, p. 569, in www.zis-online.com.

essere il primo atto legislativo che ha ad oggetto il reciproco riconoscimento, adottato dopo l'entrata in vigore del trattato di Lisbona, che, quindi, ne metterà alla prova l'impianto legislativo, i principi ed i meccanismi d'attuazione, l'efficacia delle norme e l'esercizio della giurisdizione così come sono organizzati e regolati dal trattato. Ancora di più, essa è di rilevanza è prioritaria per le istituzioni europee, perché è ritenuta la necessaria premessa alla creazione del Pubblico Ministero Europeo, da tempo incoraggiata dalle istituzioni e codificata nell'art.86 TFUE.

2. Presupposti per la proposta di una direttiva relativa ad un ordine europeo di indagine.

La proposta di direttiva dei sette Stati membri, come già detto, prescinde totalmente dai risultati della consultazione del Libro Verde, e non tiene conto nemmeno di altre consultazioni ad iniziativa della Commissione europea¹⁸. Gli autori dell'iniziativa, non forniscono analisi obiettive, non individuano concretamente i problemi della cooperazione transfrontaliera, né offrono spiegazioni conclusive sulla necessità di introdurre nuove regole, prima ancora di aver dato attuazione al mandato europeo di ricerca delle prove (MERP), scavalcando, di fatto l'invito alla Commissione, contenuto nel Programma di Stoccolma, ad eseguire una preliminare "valutazione d'impatto", ad elaborare una proposta di disciplina delle prove transfrontaliere in tappe

¹⁸ Oltre alle analisi ed ai commenti inviati alla Commissione in risposta al *Libro verde* sulle prove, cit., sono stati commissionati due diversi studi, il primo dei quali diretto ad analizzare, specificamente, l'applicabilità del reciproco riconoscimento in materia di prove, è stato limitato, malauguratamente, a soli 10 Stati membri. VERMEULEN- DE BONDY -VAN DAMME, *EU cross-border gathering and use of evidence in criminal matters. Towards mutual recognition of investigative measures and free movement of evidence?* Maklu, Antwerpen 2010. Questo studio ha sollevato qualche interrogativo di tipo metodologico, sia perché gli Stati ad esso partecipanti possiedono, per la maggior parte, ordinamenti di tipo inquisitorio, sia perché la scelta dei punti di contatto è stata circoscritta in modo evidente all'ambito dei rappresentanti dell'ordine giudiziario, senza considerare il ruolo degli altri soggetti processuali. Il secondo studio denominato *EuroNeeds*, finanziato dall'OLAF, l'ufficio antifrodi europeo, è affidato al Max Planck Institut, con lo scopo di esaminare le necessità delle istituzioni giudiziarie ed identificare le prove cui sono sottoposti i sistemi di diritto penale nazionale nello Spazio di Libertà, Sicurezza e Giustizia. L'analisi concerne 18 Stati, tra i quali alcuni candidati all'adesione all'UE. L'obiettivo apertamente dichiarato è quello valutare la realizzabilità dell'istituzione del Pubblico Ministero Europeo. Lo studio vuol tener conto anche delle critiche mosse agli strumenti del terzo pilastro, in particolare perché la protezione dei diritti fondamentali abitualmente associata alla giustizia penale è "inadeguata e manca di un approccio sistematico". Specialmente nel momento storico in cui l'UE si vede attribuita la base giuridica necessaria ad intraprendere azioni che colpiscono profondamente i sistemi giuridici penali degli Stati membri. "The EU is well on the way to becoming a significant criminal justice actor and yet is heavily criticized for the lack of attention paid to human rights in doing so". <http://www.mpicc.de/ww/en/pub/forschung/forschungsarbeit/strafrecht/euroneeds.htm>.

distinte ed “*esaminare se vi siano altri mezzi atti a facilitare l'ammissibilità delle prove in questo campo*”, eventualmente distinguendo le forme di cooperazione che ricadono sotto l'ombrello dell'art. 89 del TFUE.

Nel presentare questa proposta, gli Stati promotori tentano di dare una brusca accelerazione al programma politico europeo iniziale, sostituendo tutti gli strumenti di cooperazione giudiziaria diretti all'acquisizione delle prove, racchiudendone la disciplina in un unico strumento. Le motivazioni per una operazione di questa estensione, fornite relazione al progetto¹⁹ e nella scheda di analisi²⁰ che la accompagna, fanno riferimento alla necessità di risolvere un quadro giuridico frammentato e vario, farraginoso e vecchio di cinquant'anni²¹, nel quale coesistono convenzioni di assistenza giudiziaria e strumenti di reciproco riconoscimento che obbligano l'investigatore a ricercare, ogni volta e per ciascun tipo di prova, lo strumento ovvero la disciplina specifica predisposta, rallentando, tra l'altro, le procedure. Tra i difetti addebitati a questo quadro giuridico, vi sarebbe l'endemica mancanza di risorse per l'esecuzione di richieste di assistenza giudiziaria, che oltre a sollevare questioni sui costi della procedura, provoca ritardi e l'attribuzione di una inadeguata priorità agli interventi richiesti²².

La proposta di direttiva, muta la prospettiva sinora incentrata sulla prova da raccogliere, per porre l'attenzione sulla “misura istruttoria”²³ da eseguire, e si pone l'obiettivo di ridurre, se non eliminare, la coesistenza tra forme di cooperazione convenzionale ed applicazione del reciproco riconoscimento, accelerare le procedure, garantire l'ammissibilità delle prove, mantenendo una tutela dei diritti fondamentali attraverso l'introduzione di un formulario uniforme per tutte le “misure”, con termini rigorosi per l'esecuzione della richiesta di assistenza, limitando al massimo, o eliminando del tutto le possibilità di

¹⁹ Documento del Consiglio dell'Unione europea 9288/10 ADD 1, del 3 giugno 2010.

²⁰ Documento del Consiglio dell'Unione europea 9288/10 ADD 2, del 23 giugno 2010.

²¹ Si cfr., tra gli altri, il parere *Criminalità transfrontaliera: La Commissione adotta un parere sulle proposte degli Stati membri in materia di circolazione delle prove*, IP/10/1067 del 4 agosto 2010, nel quale si afferma, tra l'altro che la ricerca delle prove attraverso le frontiere è disciplinata da “*un insieme eterogeneo di norme che risalgono a cinquant'anni fa*”.

²² In realtà, la proposta di direttiva, dalla relazione esplicativa, ai documenti più recenti non contiene alcuna prospettazione di miglioramento delle carenze lamentate, sia sotto il profilo delle risorse (umane come economiche), sia con riferimento alla priorità da attribuire alle richieste.

²³ Il documento del Consiglio 9288/10, e in particolare la relazione sulla proposta che ne costituisce l'addendum 1 utilizza l'espressione, in francese “*mesure d'instruction*” che, ancora una volta, rivela la prossimità istituzionale al sistema inquisitorio, a discapito dei meccanismi di quello accusatorio.

rifiuto di esecuzione, concedendo alle parti interessate “garanzie minime”²⁴. L’affermazione che ci si trovi di fronte ad un sistema “vecchio di cinquant’anni”, anche se obiettivamente non perfetto, è smentita prontamente dalla ricostruzione del quadro legislativo europeo sulle prove, nel quale l’elemento più recente, doveva trovare applicazione negli Stati membri entro il 19 gennaio 2011. La direttiva “*abroga*” e “*sostituisce*”, infatti, le disposizioni della decisione quadro relativa al mandato europeo di ricerca delle prove (MERP) e la decisione quadro relativa all’esecuzione di provvedimenti di blocco e sequestro di beni o di sequestro probatorio, “*nonché i vari strumenti relativi all’assistenza giudiziaria in materia penale per quanto riguarda l’acquisizione di prove da utilizzare nei procedimenti penali*”²⁵. Questi ultimi sono: la Convenzione del Consiglio d’Europa di assistenza giudiziaria in materia penale del 1959, il suo I Protocollo²⁶ ed il suo II Protocollo²⁷; la Convenzione di applicazione dell’accordo di Schengen del 1990 (CAAS)²⁸; la Convenzione dell’Unione europea di assistenza giudiziaria in materia penale del 2000, ed il suo Protocollo del 2001²⁹. La Convenzione del 1959, quindi, è l’unico strumento realmente datato, ma sul quale si sono innestate la CAAS, che disciplina specificamente procedure semplificate di trasmissione delle richieste di assistenza, favorendo il contatto diretto tra le autorità giudiziarie, e la Convenzione dell’Unione europea del 2000, la quale, in particolare, costituisce espressamente uno sviluppo dei principi della Convenzione del 1959, nella direzione del reciproco riconoscimento. Alle Convenzioni è attribuito, unanimemente, il significativo valore aggiunto

²⁴ Doc. 9288/ADD 2 cit. p. 24. Sulla questione delle “garanzie minime” e la necessità che esse non si riducano a quelle tratte dalle tradizioni “comuni” degli Stati, ma che rappresentino uno standard elevato di tutela, si legga il commento di B. SCHÜNEMANN, *Eurodefensor - Observations on the Green Paper on obtaining evidence in criminal matters from one Member State to another and securing its admissibility*, nella sezione civil society del sito http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/news_consulting_0004_en.htm. Sulla legittimità dell’esigenza di tutela, è interessante l’opinione espressa da un gruppo di Professori Universitari, in il *Manifesto sulla politica criminale europea* in Riv. It di dir. e proc. Pen. N. 3-2010.

²⁵ Considerando 15 della proposta di direttiva, ed art. 29.

²⁶ Tra gli Stati membri dell’UE, il protocollo non si applica a Malta.

²⁷ Tra gli Stati membri dell’UE, il secondo protocollo non si applica all’Austria, all’Italia e alla Spagna.

²⁸ *Convenzione dell’applicazione dell’accordo di Schengen* 19/06/1990, articoli da 48 a 53, in vigore 1/9/1993. Va precisato che la Convenzione è applicabile anche a Stati che pur non essendo membri dell’UE hanno aderito all’accordo (Norvegia, Islanda, Confederazione Elvetica, Liechtenstein).

²⁹ *Atto del Consiglio del 29 maggio 2000, che stabilisce, conformemente all’art. 34 del trattato sull’Unione europea, la Convenzione relativa all’assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell’Unione europea*, G.U. UE C 197 del 12.7.2000 in vigore dal 23.8.2005 ed il suo Protocollo, G.U. U.E. C 326 del 21.11.2001. La Convenzione si applica a 22 degli Stati membri dell’Unione europea e alla Norvegia, all’Islanda, alla Confederazione Elvetica e al Liechtenstein.

di provvedere ad una disciplina flessibile, e quindi adattabile alle necessità della rogatoria; alle due decisioni quadro è addebitato il peso della rigidità della disciplina e dei limiti al suo campo di applicazione. In particolare, la decisione quadro sul blocco e sequestro di beni è considerata uno “strumento di prima fase”³⁰ poiché è limitata ad una misura che determina il blocco o il sequestro affinché non sia dispersa una prova, ma abbisogna di una successiva, nuova richiesta di cooperazione per far sì che il risultato della prima fase possa essere utilizzato nel procedimento penale. Il mandato di ricerca delle prove, mostrerebbe una potenziale, ma non ancora sperimentata, inefficienza legata al limite di utilizzabilità, circoscritto a prove già esistenti, con l’espressa esclusione di quelli che, è bene ricordare, nel nostro ordinamento, costituiscono mezzi di prova o di ricerca della prova³¹, e non prove.

In limine, va considerato che la ricerca delle prove e l’uso di mezzi di ricerca delle prove rispondono alla logica processuale attinente non solo al tipo di sistema giudiziario (inquisitorio o accusatorio) ma anche alla fase processuale nella quale sono destinati ad inserirsi. Per questo motivo non possono essere disciplinati secondo un unico e identico procedimento, e cristallizzati in un formulario unico per tutti gli strumenti e tutte le fasi.

Il difetto ontologico della proposta di direttiva risiede proprio in questo aspetto: è fondata sull’erronea convinzione che sia possibile adottare uno strumento uniforme che, rivolgendosi alle misure istruttorie più che al loro risultato, disciplini in maniera identica la formazione di tutti i mezzi di prova, disinteressandosi della logica procedurale che v’è dietro le modalità di esecuzione di determinate misure. Forse è d’uopo ricordare che la ricerca della prova non ha una rilevanza limitata al contenuto della prova stessa che è diretta a racco-

³⁰ Si cfr. il considerando 3 della proposta di direttiva.

³¹ Dalla decisione quadro relativa al mandato europeo di ricerca delle prove (MERP) sono espressamente esclusi, all’art. 4, interrogatori ed audizioni di qualsiasi tipo, di testimoni, indagati o periti, accertamenti corporali o per il prelievo di materiale biologico o biometrico, l’acquisizione di informazioni in tempo reale, siano esse intercettazioni o forme di sorveglianza, anche su conti correnti bancari, l’analisi di elementi già esistenti, la raccolta di dati su comunicazioni, anche elettroniche. Va dato atto, tra l’altro, che questa decisione quadro contiene anche un espresso richiamo alla normativa applicabile allo scambio di informazioni estratte dal casellario giudiziale, che rappresenta un apprezzabile elemento di chiarezza nella determinazione dell’estensione della sua applicazione. È certamente indicativo, inoltre, che questa decisione quadro sia stata adottata dopo lunghi ed estenuanti negoziati; nelle intenzioni istituzionali essa doveva essere il primo tassello di un mosaico più vasto, cui dovevano seguire varie e progressive misure, dirette alla sostituzione finale di tutto il regime di assistenza giudiziaria (si cfr. il Programma dell’Aia 4-5 novembre 2004, cit). Per questo motivo il suo campo di applicazione fu limitato ai soli oggetti, documenti o dati già esistenti ed in possesso dell’autorità richiesta dell’esecuzione, prima dell’emissione del mandato.

gliere, ma è fondamentale sia la modalità con la quale essa viene raccolta, sia la sua utilizzabilità nel procedimento per il quale è stata richiesta, sia, da ultimo ma più importante, la sua capacità a determinare il “libero convincimento”, dal quale scaturisce la decisione finale che esplica i suoi effetti sulla vita e la libertà personale dei soggetti coinvolti nella vicenda.

Il vero ostacolo alla libera raccolta di prove attraverso le frontiere è costituito dalle differenze tra gli ordinamenti giuridici nazionali, causa di conflitti e di incompatibilità che non possono essere eliminati forzando l'applicazione del reciproco riconoscimento, ma anzi, vengono acuite dalla sua illimitata estensione. Tali conflitti ed incompatibilità, normalmente sono temperati dalla possibilità che, reciprocamente, gli Stati si accordano, di rifiutare l'esecuzione o la ricezione di un atto incompatibile con i principi fondamentali, anche costituzionalmente tutelati³², del proprio ordinamento. L'elaborazione di motivi di rifiuto di esecuzione o di ricezione, ovvero, la limitazione dell'applicabilità di uno strumento di reciproco riconoscimento, attraverso la previsione di filtri di proporzionalità, di doppia punibilità, condizioni di imputabilità, territorialità, o opposizione di bis in idem, non può essere considerata esclusivamente un evento negativo. Essa, invero, non è che la conseguenza della naturale mancanza di fiducia nel funzionamento del reciproco riconoscimento, la cui applicazione generalizzata, finisce col pregiudicare il principio di legalità e la sicurezza giuridica, violando quegli stessi principi dei quali l'UE si dichiara il primo difensore, invocandoli nei Trattati e nella Carta dei diritti fondamentali, e richiamando al rispetto dei “*principi costituzionali comuni*”.

L'affermazione che l'eliminazione di queste restrizioni all'esecuzione, abbia avuto successo nell'attuazione del mandato d'arresto europeo, è discutibile; è ormai noto, infatti, che questo strumento ha provocato una crisi di fiducia per l'uso sproporzionato, distorto ed indiscriminato che ne è stato fatto per casi di veramente minima rilevanza o, addirittura, per poter ottenere la presenza dell'indagato alla dichiarazione di chiusura di una indagine³³.

³² Cfr. la giurisprudenza delle Corti Costituzionali degli Stati membri: Tribunale Costituzionale Polacco, sent. del 27 aprile 2005, P 1/05 anche in inglese in www.trybunal.gov.pl; in particolare *Bundesverfassungsgericht*, sent. 18 luglio 2005, 2 BvR. 2236/04, in www.bundesverfassungsgericht.de e Suprema Corte di Cipro, sent 7 novembre 2005, 294/2005, di cui è disponibile una sintesi in inglese in <http://www.supremecourt.gov.cy/judicial/sc.nsf/All/1F76458C67091E86C2257348004BC6B6?OpenDocument>, e infine, la Corte Costituzionale Ceca, sent. 3 maggio 2006, PL US 66/04, <http://www.concourt.cz/view/pl-66-04>.

³³ Relazione COM (2011)175, cit.; si veda anche R. DAVIDSON *A sledgehammer to crack a nut? Should there be a bar of triviality in European arrest warrant cases?*, Criminal Law review, (2009) 31. Si rinvia, inoltre, al sito dell'ONG Fair Trials International, www.fairtrials.net, per l'illustrazione di alcuni casi di lampante violazione dei diritti fondamentali.

Se la giustificazione ed il presupposto di una disciplina omnicomprensiva in tema di prove è limitata alla necessità di superare la frammentazione della regolamentazione tra convenzioni e decisioni quadro, risolvere la lentezza delle procedure rogatorie ed ottenere termini di riscontro ed esecuzione definiti, sarebbe stato possibile intervenire con strumenti e soluzioni legislative più semplici e meno radicali nel travolgere gli equilibri degli ordinamenti nazionali, cui, invero, la documentazione di accompagnamento della proposta di direttiva pure fa riferimento, ma che sono stati abbandonati, a causa di una presunta minor efficienza e maggior costo, in nome di una pretesa semplificazione, che alla fine consiste nella mera soppressione dei limiti e delle salvaguardie, fino ad oggi costituite dai motivi di rifiuto di esecuzione, delle misure di riconoscimento come delle rogatorie, e la disattenzione per un rispetto concreto dei diritti fondamentali dell'individuo³⁴.

Riguardo quest'ultimo profilo, è da lungo tempo che si reclama, un'efficace ed effettiva protezione dei diritti fondamentali, ed in particolare di quelli difensivi, negli strumenti dedicati al settore penale e in particolare con riguardo all'implementazione del reciproco riconoscimento nel settore penale. Tali garanzie non possono essere sostituite da un generico richiamo ai doveri dell'Unione europea e degli Stati membri, collegati al valore della Carta dei diritti fondamentali e dell'adesione alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), è necessario che si elabori una tutela effettiva ed efficiente dei diritti fondamentali e che si smetta di considerarli "garanzie minime", da concedere al ribasso.

Le implicazioni pratiche dell'adozione di uno strumento unico per tutti gli atti d'indagine sono tali da non poter essere approfondite in questa sede ma non si può fare a meno di notare che l'assoggettamento dell'esecuzione di una

³⁴ La protezione dei diritti individuali ed in particolare di quelli processuali è oggetto da quasi un decennio di dibattiti in Europa; dopo la presentazione nell'Europa dei 15, del *Libro Verde sulle garanzie procedurali a favore di indagati e imputati in procedimenti penali nel territorio dell'Unione europea*, COM (2003) 75, del 19/2/2003, è stata presentata una *Proposta di decisione quadro in materia di determinati diritti processuali in procedimenti penali nel territorio dell'Unione europea*, COM (2004) 328, del 28/4/2004, che non è stata mai adottata e che, oltretutto, restringeva, rispetto al *Libro verde*, il contenuto delle garanzie previste. E' solo con la comunicazione della Commissione al Parlamento e al Consiglio - *Uno spazio di libertà sicurezza e giustizia al servizio dei cittadini*, COM (2009) 262, che la Commissione, finalmente, prende atto in maniera chiara e definitiva della necessità di uno sforzo istituzionale per sovvenire alla mancanza di tutela dei diritti procedurali sul piano europeo, ed in questa direzione si pone anche la *Risoluzione del Consiglio del 30 novembre 2009 relativa a una tabella di marcia per il rafforzamento dei diritti procedurali di indagati o imputati in procedimenti penali*, 2009/C 295/01, senza, però, che fino ad oggi nessuno di questi documenti programmatici abbia condotto ad una attuazione concreta di alcuna garanzia.

stessa misura, alle regole di volta in volta determinate in funzione dello Stato di destinazione della richiesta³⁵, ha ricadute essenziali sull'intero processo probatorio: basta pensare all'acquisizione di informazioni anonime, all'assunzione di verbali di informazione da parte di testimoni, o all'audizione di indagati, che non sono soggette alle stesse regole in tutti gli ordinamenti, e la cui illimitata circolazione, quali "misure di istruzione", permetterebbe di introdurre in un giudizio elementi³⁶ che, in conformità a criteri di collegamento diversi, non avrebbero avuto rilievo o che non sarebbe stato possibile ottenere. La rottura dell'abituale equilibrio del sistema giudiziario, e la creazione di un mosaico giurisdizionale mutevole per ogni singolo caso ed addirittura nell'ambito dello stesso processo, lede inevitabilmente i diritti fondamentali, svuotando di significato il principio di legalità (presente nella forma, ma eluso nella sostanza per l'impossibilità di individuare il comportamento perseguito e sanzionato), mortificando la tutela giurisdizionale dei dritti difensivi.

Quanto al diverso profilo della successione delle norme, infine, restano irrisolte, nella proposta di direttiva, alcune questioni di notevole rilevanza. Difatti, pur prevedendo di abrogare tutti gli strumenti di assistenza giudiziaria, la direttiva non stabilisce cosa avverrà delle norme operanti sotto il regime di assistenza, che non riguardano gli atti di natura "investigativa", come, ad esempio quelli regolati all'art. 49 della CAAS³⁷ riguardo ai quali non si comprende quale dovrebbe essere il regime di applicazione (o di disapplicazione)³⁸. Un elemento non trascurabile, infatti, è che da una parte, le decisioni quadro non si applicano in tutti gli Stati membri, mentre, dall'altra, le con-

³⁵ Contrariamente al sistema di cooperazione convenzionale che prevede la prevalenza delle regole della *lex fori*, nella prospettiva del "rispetto per l'ordinamento dello Stato" che esegue la misura, l'OEI attribuisce la prevalenza alla *lex loci*, con il solo temperamento dato dalla indicazione, da parte dell'autorità di emissione, di modalità specifiche di esecuzione, evidentemente in funzione dell'ammissibilità della prova nel giudizio. Sicché, un indagato può essere oggetto di più misure, per esempio di perquisizione, regolate secondo procedure differenti, in funzione dei diversi luoghi in cui esse saranno eseguite.

³⁶ All'epoca dell'approvazione del MERP, si fece notare, in relazione ai "documenti", che si realizzava indirettamente una potenziale violazione delle garanzie difensive fondamentali, quella del diritto al contraddittorio, permettendo di introdurre in un giudizio la "prova" verbalizzata dell'audizione di un testimone, che la difesa non avrebbe avuto la possibilità di controinterrogare.

³⁷ Si tratta delle richieste di risarcimento, l'adozione di provvedimenti di clemenza, l'azione civile nel processo penale, l'esecuzione di misure preventive, l'irrogazione di ammende, il pagamento di spese di giustizia, la sospensione dell'esecuzione di una sentenza o di una misura preventiva.

³⁸ Eurojust ha trasmesso al Working Party la propria opinione (doc. 6414/11 del Consiglio) il 4 Marzo 2011, nella quale valuta molto positivamente il grado di efficienza e flessibilità della attuale cooperazione ed assistenza giudiziaria, e sottolinea che il successo dell'OEI dipenda in massima parte dalla sua capacità di garantire il medesimo livello di efficienza. A questo scopo, ricorda che è necessario che il quadro legislativo applicabile sia estremamente chiaro, e quindi che è fondamentale che l'OEI stabilisca in maniera assolutamente precisa quali disposizioni delle previgenti discipline saranno sostituite.

venzioni, si applicano anche a Stati non membri.

Resta, ugualmente, problematica la classificazione della proposta quale sviluppo dell'*acquis* di Schengen, in conseguenza della abrogazione che essa dispone di diverse norme della CAAS, infatti, ciò determina l'applicazione di procedure completamente diverse per l'esercizio dell'*opting out* di paesi come il Regno Unito, L'Irlanda e la Danimarca. Nonostante il parere del Servizio Giuridico del Consiglio³⁹ sostenga che la proposta di direttiva costituisca esclusivamente uno sviluppo dell'applicazione del reciproco riconoscimento e non sia da considerare uno sviluppo dell'*acquis*, il dubbio è legittimo, ancor più se ci si da conto dell'ampiezza della definizione di *acquis* e alla sua continua espansione.

3. La base giuridica

Com'è noto, tutti gli atti comunitari devono fondarsi su una base giuridica stabilita dal Trattato, che definisce la competenza dell'Unione *ratione materiae* e indica con quali strumenti giuridici e quale procedura legislativa esercitarla. L'indicazione della base giuridica, dunque, è fondamentale sia al fine della verifica della legittimità e correttezza della procedura osservata per l'adozione dell'atto, ma soprattutto è decisiva ai fini dell'individuazione del ruolo del Parlamento europeo nella procedura stessa.

La scelta del fondamento normativo di un atto, secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia "*deve basarsi su elementi oggettivi, suscettibili di sindacato giurisdizionale, tra i quali, in particolare, lo scopo e il contenuto dell'atto*"⁴⁰, in cui il fattore determinante è senza dubbio lo scopo principale dell'atto. Nondimeno, quando sia provato che l'atto persegue più di un obiettivo contemporaneamente, indissolubilmente connessi tra loro, e sia provato che sono inscindibili e nessuno di essi ha importanza secondaria ed indiretta rispetto all'altro, l'atto dovrà basarsi sui diversi fondamenti normativi di pertinenza, richiamati dal Trattato, salvo che ciò non sia impossibile a causa dell'

³⁹ Il parere del servizio giuridico non è pubblico, tuttavia se ne trova richiamato il contenuto nell'analisi di S. PEERS, *The proposed european Investigation order, Statewatch Analysis - Update* del 24 novembre 2010, in <http://www.statewatch.org/analyses/no-96-european-investigation-order.pdf>.

⁴⁰ Sentenze della Corte di Giustizia delle Comunità europee, *Commissione/Consiglio*, causa 45/86, punto 11; *Commissione/Consiglio*, detta «Biossido di titanio», causa C 300/89, punto 10; *Portogallo/Consiglio*, causa C 268/94, punto 22; *Commissione/Consiglio*, causa C 176/03, punto 45; causa C 178/03, punto 41; *Paesi Bassi/Parlamento e Consiglio*, causa C-377/98, p. 27-28; e *Irlanda / Parlamento e Consiglio*, causa C 301/06.

incompatibilità delle procedure decisionali stabilite da tali disposizioni⁴¹. Infatti, la Corte di Giustizia ha escluso il ricorso ad un duplice fondamento normativo quando le procedure degli stessi siano incompatibili o quando il cumulo di fondamenti normativi sia tale da pregiudicare i diritti del Parlamento⁴².

Nel caso della proposta di direttiva concernente l'ordine europeo di indagine, si ritiene si versi, appunto, nell'ultima di queste circostanze.

La base giuridica richiamata nella proposta di direttiva è l'art. 82 par.1⁴³ del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), che ha ad oggetto la realizzazione di quelle forme di cooperazione riguardanti il reciproco riconoscimento di **sentenze** e **decisioni giudiziarie**, attraverso il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri, per la quale è prevista la procedura ordinaria. L'applicazione della procedura ordinaria alla cooperazione in materia penale costituisce uno dei maggiori cambiamenti del Trattato di Lisbona, essa è soggetta ad approvazione a maggioranza e, tra l'altro, nelle ipotesi indicate dal primo paragrafo dell'art. 82, è esclusa la possibilità di utilizzare il cosiddetto "freno di emergenza", previsto soltanto per le ipotesi oggetto del secondo paragrafo dell'art. 82⁴⁴ che riguarda l'adozione di "norme minime" che tengano conto "delle differenze tra le tradizioni giuridiche e gli ordinamenti giuridici degli Stati membri" e che, tra l'altro, riguardano anche "l'ammissibilità delle prove"⁴⁵.

⁴¹ Si veda la copiosa giurisprudenza della Corte europea per i Diritti dell'Uomo in tal senso, segnatamente, *Huber*, causa C 336/00, punto 31; *Commissione/Consiglio*, causa C 281/01, punto 35; *Commissione/Consiglio* C 176/03 cit., punto 40. Si cfr. anche, la causa C-300/89, *Commissione/Consiglio*, punti 17-21, la causa C-338/01, *Commissione/Consiglio*, punto 58, e la causa C-491/01, *British American Tobacco*, punti 103-111, infine causa 165/87, *Commissione/Consiglio*, punto 11.

⁴² Ugualmente, le sentenze del 25 febbraio 1999, cause riunite C 164/97 e C 165/97, *Parlamento/Consiglio*, punto 14, e C 338/01, *Commissione/Consiglio*, cit., punto 57.

⁴³ Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, art. 82 par 1: "1. La cooperazione giudiziaria in materia penale nell'Unione è fondata sul principio di riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie e include il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri nei settori di cui al paragrafo 2 e all'articolo 83. Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, adottano le misure intese a:

a) definire norme e procedure per assicurare il riconoscimento in tutta l'Unione di qualsiasi tipo di sentenza e di decisione giudiziaria;

b)... "

⁴⁴ *Ibidem* art. 82 par.2 : "2. 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;

b) "

⁴⁵ *Ibidem*, art. 82 par.3: "3. Qualora un membro del Consiglio ritenga che un progetto di direttiva di cui

Orbene, già dall'articolo 1 della proposta di direttiva, anche alla luce del suo art. 2 si evince che l'oggetto della disciplina, potrebbe anche non essere costituito da una decisione giudiziaria o da una richiesta di un'autorità giudiziaria, primo elemento necessario perché l'applicazione del reciproco riconoscimento possa ricadere nella previsione dell'art. 82 par.1. Inoltre, l'obiettivo di garantire l'ammissibilità delle prove, la definizione generica dell'autorità di emissione all'art.2, e l'estensione dell'ambito di applicazione previsto dall'art. 3, fanno propendere per una più opportuna collocazione della proposta sotto la disciplina del par. 2 dell'art. 82.

Ove poi si prendano in esame anche le "misure investigative" previste negli articoli 21 e successivi della proposta di direttiva, quali, a solo titolo esemplificativo, la "sorveglianza discreta" o le "consegne controllate", che per natura e modalità di esecuzione costituiscono operazioni di polizia, diventa evidente che la proposta interessa anche attività operative e di polizia, che, invece, sono soggette ad una procedura di adozione speciale, sottoposta alla regola dell'unanimità e disciplinata dall'art. 87 par.3 del TFUE⁴⁶.

Procedendo nell'analisi del testo, l'art. 8 della proposta prevede, inoltre, la possibilità che "una o più autorità dello stato di emissione" possano partecipare all'esecuzione dell'ordine europeo di indagine, con lo scopo di prestare assistenza alle autorità di esecuzione. Nel testo di proposta risultante dai negoziati⁴⁷, le autorità dello Stato di emissione si vedono riconoscere anche poteri operativi, ove questi siano stati preventivamente concordati tra le autorità

al paragrafo 2 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 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, paragrafo 2 del trattato sull'Unione europea e all'articolo 329, paragrafo 1 del presente trattato si considera concessa e si applicano le disposizioni sulla cooperazione rafforzata."

⁴⁶ Art. 87 par.3 : "3. Il Consiglio, deliberando secondo una procedura legislativa speciale, può stabilire misure riguardanti la cooperazione operativa tra le autorità di cui al presente articolo. Il Consiglio delibera all'unanimità previa consultazione del Parlamento europeo. In mancanza di unanimità, un gruppo di almeno nove Stati membri può chiedere che il Consiglio europeo sia investito del progetto di misure. In tal caso la procedura in sede di Consiglio è sospesa. Previa discussione e in caso di consenso, il Consiglio europeo, entro quattro mesi da tale sospensione, rinvia il progetto al Consiglio per adozione." Il paragrafo prosegue indicando le regole applicabili alle procedure di cooperazione rafforzata.

⁴⁷ Documento del Consiglio del 19 aprile 2011, 8474/11 "Follow-up of the meetings of the working party on 7-8 February 2011, 8 March 2011 and 1 April 2011".

di emissione e di esecuzione della richiesta di indagine. Sicché anche con riguardo a questo elemento si appalesa la necessità di riesaminare gli obiettivi e l'oggetto della disciplina proposta, individuando le basi giuridiche concorrenti tra loro, considerata l'esistenza di evidenti elementi operativi e la regolamentazione di operazioni di polizia, poiché, proprio con riguardo a questi ultimi, e senza voler considerare la questione dello *status* degli agenti dello Stato richiedente, potrebbe rivelarsi più appropriata la base giuridica di cui all'art. 89 del TFUE⁴⁸.

Tanto pare sufficiente per ritornare all'argomentazione premessa: l'adozione di uno strumento omnicomprensivo per l'applicazione del reciproco riconoscimento, in tema di prove, non è praticabile. Nel pur apprezzabile obiettivo della semplificazione delle relazioni tra autorità giudiziarie, non ci si può limitare a prevedere una disciplina unica ed uguale per prove, mezzi di prova e mezzi di ricerca della prova, senza distinzione tra le fasi processuali, e tra autorità competenti allo svolgimento delle ricerche.

Se effettivamente le istituzioni europee intendono avvalersi della base giuridica dell'art. 82 par.1 sarà necessario limitare il campo di applicazione della direttiva a quegli atti di indagine richiesti da un'autorità giudiziaria, attraverso una decisione che sia anch'essa di natura giudiziaria, impugnabile (come nel mandato di ricerca delle prove, art. 18) in entrambi gli Stati per questioni formali come per il merito, escludendo le attività di indagine di polizia e le operazioni di forze di polizia⁴⁹.

4. La proposta di direttiva relativa all'ordine europeo di indagine. Prima lettura di un testo ancora in via di definizione.

4.1. Campo di applicazione e definizioni

Il testo della proposta pubblicato nella Gazzetta Ufficiale del 24 giugno 2010, è stato già modificato in numerosi aspetti durante i negoziati che si sono svolti nel corso di quest'anno e l'ultima versione pubblica è data 8 giugno 2011⁵⁰.

⁴⁸ Art. 89 TFUE: [...] *Il Consiglio, deliberando secondo una procedura legislativa speciale, stabilisce le condizioni e i limiti entro i quali le autorità competenti degli Stati membri di cui agli articoli 82 e 87 possono operare nel territorio di un altro Stato membro in collegamento e d'intesa con le autorità di quest'ultimo. Il Consiglio delibera all'unanimità previa consultazione del Parlamento europeo.*

⁴⁹ In questi termini si esprime, in particolare, Justice, *briefing for the UK on the European Investigation Order* cit. Analogamente critico con riferimento alla base giuridica, CCBE *Commentaires du CCBE sur la proposition de décision d'enquête européenne* cit., nonché in due note S. PEER *Statewatch analysis The proposed european Investigation order*, cit. e *Update - the proposed european investigation Order*, cit.

⁵⁰ Si fa riferimento, per i commenti sul testo, alla versione della proposta, quale risulta dal documento del Consiglio del 19 aprile 2011, 8474/11 "Follow-up of the meetings of the working party on 7-8 Fe-

Rispetto alla prima formulazione dell'art. 3, che escludeva dal campo di applicazione dell'OEI tre ipotesi di indagine connesse all'istituzione di squadre investigative comuni e forme particolari di intercettazione, che sono soggette ad una specifica disciplina nella Convenzione di assistenza giudiziaria del 2000, la versione attuale del testo, circoscrive ulteriormente i casi d'indagine esclusi dal campo della direttiva alle sole istituzioni di squadre investigative comuni, includendo nella disciplina, dunque, anche forme particolari di intercettazione immediata o satellitare.

Ci si sarebbe aspettati, in verità, a fronte del già vastissimo campo di applicazione previsto, che la direttiva contenesse almeno una definizione chiara di quegli elementi che costituiscono il fondamento per il suo corretto funzionamento, resta, infatti, molto controversa la mancanza di definizione della veste dell'OEI (decisione giudiziaria), e della "misura d'indagine" che ne è l'oggetto, dell'autorità di emissione, come quella di esecuzione.

Nelle intenzioni iniziali³¹, espresse anche attraverso la scelta della base giuridica, l'ordine dovrebbe essere una decisione giudiziaria *stricto sensu*, quindi un provvedimento adottato nel corso di una procedura giudiziaria (secondo un processo di giudiziizzazione delle procedure rogatorie, tipico del terzo pilastro dell'Unione europea) da un'autorità giudiziaria (ovvero un giudice che offra garanzie di terzietà ed imparzialità). Nei fatti, nondimeno, dalla lettera dell'art. 1, si apprende che l'OEI potrebbe essere emesso anche da un'autorità non giudiziaria, sempre che sia competente, secondo quanto enuncia l'art. 2, nella qualità di inquirente, per l'acquisizione di prove nell'ordinamento richiedente. Nessun elemento permette, in sostanza, di identificare le caratteristiche di questa "autorità competente" ai fini della direttiva, lasciando profondi dubbi sulla natura dell'"ordine" col quale viene introdotta la richiesta, e sulle conseguenti procedure connesse. Dubbi che sono ulteriormente rafforzati dall'ampiezza dei settori (art. 4) in cui è possibile intervenire con un OEI, affatto limitati a procedimenti penali ma comprensivi anche di quelle procedure che si riferiscono a "violazioni di norme giuridiche" quando la loro decisione può condurre ad un procedimento davanti ad

bruary 2011, 8 March 2011 and 1 April 2011", aggiornato e parzialmente modificato nel documento n. 10749/2/11 dell'8 Giugno 2011 "text submitted for partial general approach".

³¹ Tale anche, almeno nel tenore letterale del comunicato stampa, dovrebbe essere il disegno dell'ultimo Consiglio europeo GAI del 9 e 10 giugno, nelle cui conclusioni si legge che l'OEI è una misura che serve a permettere l'esecuzione di una misura di indagine in uno Stato, a seguito di una decisione emanata da un altro Stato, in ossequio all'applicazione del principio del "reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie". Consiglio, Doc. 11088/11.

un giudice penale⁵².

Questa formulazione così vasta ed inclusiva, ha indotto le delegazioni⁵³ partecipanti al “Working Party” a chiedere, insistentemente una limitazione dell’ambito di applicazione ai soli procedimenti penali, con la cancellazione delle lett. b) e c) dell’art. 4. Tuttavia sembra che il Consiglio dei Ministri della Giustizia non abbia inteso confermare questo punto, sicché nell’ultima versione del testo l’art. 4 è rimasto invariato.

Proprio a causa della difficile individuazione di caratteristiche e prerogative dell’“autorità competente” il negoziato ha cercato una mediazione tra gli Stati che reclamano che l’OEI sia emesso da un’autorità giudiziaria in senso proprio (con garanzie di terzietà ed imparzialità), e coloro che intendono preservare le prerogative di autorità non giudiziarie in senso stretto, ma abilitate ad intraprendere iniziative investigative senza una preventiva autorizzazione giudiziaria. Nella versione emendata, l’ordine europeo di indagine, qualora sia stato emesso da una di queste ultime autorità competenti, dovrà seguire una procedura di convalida con la quale si verificherà il rispetto delle condizioni di emissione, in maniera simile a quella prevista nel mandato di ricerca delle prove⁵⁴. Se questa procedura di convalida, da un lato, è un apprezzabile filtro che realizza un livello, sia pur minimo, di garanzia giurisdizionale (nel quale potrebbe ovviamente, essere valutata anche la proporzionalità e l’opportunità di realizzare un dato tipo di indagine), dall’altro si deve constatare che esso

⁵² In base ad una così vaga definizione, in Italia sarebbero, per esempio, potenzialmente, autorità competenti l’Agenzia delle Entrate, gli ispettori dell’INPS, gli ispettori del lavoro, l’Agenzia del Demanio, e tutte quelle figure professionali assunte con contratto privato dalle Agenzie del Governo con compiti di accertatori. Non è soltanto il Consiglio (cfr. Conclusioni del 9-10 giugno 2011 cit.) ad essere favorevole all’inclusione di questi procedimenti nel campo di applicabilità dell’OEI, ma anche Eurojust (parere del 4 marzo 2011 documento del Consiglio 6814/11) che prospetta l’attribuzione a se stessa di competenze specifiche nella trasmissione dell’OEI, e quale organismo di supporto e di consulenza in vista di facilitare le relazioni tra le autorità interessate da un OEI. L’OLAF, dal suo canto, unico organismo europeo al quale già sono attribuiti determinati compiti di accertamento (una embrionale forma di indagine “europea” disciplinata dal R. 215/96), sollecita l’espansione della disciplina della raccolta di prove transfrontaliere, attraverso una analisi comparata delle legislazioni degli Stati, in vista, invece, di un possibile ampliamento dei poteri che già gli sono attribuiti (cfr. studio *EuroNeeds* cit.).

⁵³ Proposta dei Paesi Bassi, nel documento del Consiglio 14991/1/10. L’obiettivo è di definire le competenze delle autorità non giudiziarie che, eventualmente, dovessero emettere una richiesta di indagine e prevedere per esse una procedura di convalida, come avviene per il MERP. I Paesi Bassi si rifanno espressamente, alla necessità di limitare la proposta alle decisioni giudiziarie o di autorità giudiziarie, per poter legittimamente ricadere nei termini della base giuridica di cui all’art. 82 par.1.

⁵⁴ Questo tipo di filtro giudiziario è stato considerato dalle istituzioni europee una “complicazione supplementare” (Consiglio, doc. 9288/10 ADD 1), poiché rallenta la procedura e obbliga ad adempimenti ritenuti sovrabbondanti, pertanto se ne auspica la soppressione, in funzione della realizzazione dell’obiettivo di semplificazione.

contribuirà ulteriormente a differenziare il trattamento di casi che, altrimenti, sarebbero eguali.

Anche la definizione dell'“*autorità di esecuzione*” è estremamente generica e, di fatto, rimette completamente allo Stato richiesto l'individuazione tanto dell'organismo, quanto delle sue competenze. Questo dato, esaminato in correlazione alla disciplina del “*riconoscimento ed esecuzione*” dell'OEI dell'art. 8 della proposta di direttiva, rivela un elevatissimo potenziale lesivo dei diritti fondamentali, peraltro messo in evidenza anche dall'Agenzia europea per la protezione dei diritti fondamentali⁵⁵. In questa disposizione, infatti, si stabilisce che l'esecuzione della richiesta di indagini deve avvenire senza alcuna formalità, vale a dire che non è prevista una verifica di legittimità delle condizioni di emissione e né un filtro giurisdizionale. Le possibilità di rifiutare, o di non riconoscere l'ordine, sono ridottissime; si limitano, ai sensi dell'art. 10, ad esigenze di tutela di interessi nazionali essenziali in materia di sicurezza, all'esistenza d'immunità o privilegi e all'inesistenza dell'atto d'indagine richiesto. A ben vedere, l'unica scelta discrezionale consegnata all'autorità di esecuzione dell'indagine è quella legata alla possibilità di servirsi di un atto investigativo diverso (art.9), che, tuttavia, è sottoposta a due diverse condizioni: innanzitutto che esso permetta di conseguire il medesimo risultato richiesto dall'autorità di emissione, in secondo luogo che non sia stato richiesto il rispetto di specifiche modalità di esecuzione, verosimilmente al fine di garantire l'ammissibilità ai sensi della *lex fori* del risultato dell'indagine.

Infine, un'altra definizione critica riguarda la “misura investigativa” oggetto dell'ordine: in effetti, considerata la natura omnicomprensiva della proposta di direttiva, sembrerebbe si debba includere nella disciplina proposta anche tipi di indagine quali, ad es. indagini sotto copertura, l'agente provocatore, le sorveglianze, gli appostamenti, che sono, tipicamente, operazioni di polizia e che richiederebbero la base giuridica dell'art. 89 del TFUE. A proposito della definizione delle modalità di esecuzione della misura di indagine, si rileva la mancanza di indicazioni sullo scambio ed acquisizione di dati raccolti in banche dati, che desta particolare preoccupazione per il trattamento riservato ai dati contenuti nel casellario giudiziale, attualmente, oggetto di una disciplina

⁵⁵ *Opinion of the European Union Agency for Fundamental Rights on the draft directive regarding the European investigation order*, disponibile in http://www.fra.europa.eu/fraWebsite/research/opinions/op-cio_en.htm. L'agenzia, istituita con il regolamento CE 168/2007 del Consiglio, si occupa di raccogliere, ricercare ed analizzare dati sull'applicazione dei diritti fondamentali negli Stati membri dell'Unione europea.

separata. Il timore è che la mancanza di un richiamo alle altre regolamentazioni applicabili in materie determinate o con riferimento a settori specifici, generalmente presente in altre decisioni quadro, nasconda uno slancio verso forme di scambio di dati più intense e soprattutto prive di regole di tutela che si riferiscono al trattamento, conservazione e uso dei dati stessi.

4.2. I motivi di rifiuto di esecuzione

La proposta di direttiva tende alla completa eliminazione dei motivi di rifiuto tradizionalmente applicati nell'assistenza giudiziaria, e, fino ad oggi, sia pure con dei limiti, anche nelle decisioni quadro.

L'eliminazione di tutte le salvaguardie in precedenza previste sia con riguardo al mandato d'arresto europeo (art. 3 e 4) sia nel mandato di ricerca delle prove (art. 13), la possibilità di attribuire poteri operativi all'autorità richiedente, permette di intraprendere indagini per qualunque tipo di condotta, anche legale per lo Stato in cui si è verificata. Il rischio, è che l'azione investigativa transfrontaliera, non essendo inquadrata da criteri di proporzionalità che distinguano reati di criminalità "seria" da vicende "bagatellari", sottratta all'applicazione, anche residuale, del criterio della doppia punibilità, svincolata da clausole di territorialità o da altre salvaguardie concrete a protezione di diritti fondamentali, si presti a fenomeni di forum shopping e faccia conseguire risultati investigativi che, sotto il regime del singolo ordinamento giuridico, non sarebbero realizzabili o sarebbero soggetti a procedure e tutele giudiziarie diverse³⁶.

Sul piano pratico le conseguenze si misurano in termini di acquisizione di prove, sebbene acquisite con modalità non consentite o soggette al rispetto di condizioni e autorizzazioni specifiche nell'ordinamento di esecuzione. Le potenziali lesioni delle garanzie individuali si moltiplicano per l'assenza di una disciplina sulle modalità di accesso al materiale raccolto da parte della difesa, sulle modalità di conservazione e di trasmissione del risultato d'indagine, sul trattamento riservato al materiale inutilizzato.

³⁶ Non è possibile, difatti, fare una valutazione a priori delle varie ipotesi di applicabilità di criteri di collegamento ai singoli casi. Si deve, tuttavia, ricordare come in alcuni paesi è possibile esercitare l'azione penale in uno Stato piuttosto che in un altro, in ragione della nazionalità della vittima, dell'imputato, del *locus commissi delicti*, o in forza di un principio di esercizio della giurisdizione universale, con l'effetto di individuare, di volta in volta, la competenza di un ordinamento giudiziario diverso. Oppure, si può ricordare l'esistenza di limiti e di condizioni diverse che consentono l'esecuzione di differenti forme di intercettazione. Se infine, si riflette sul fatto che con l'ordine di indagine si realizza la possibilità di applicare un sistema giudiziario diverso per ogni atto di indagine eseguito, e per ciascuno degli Stati interessati, si conta che la proposta di direttiva conduce alla creazione di un indecifrabile mosaico legislativo.

Sono note le conseguenze negative della riduzione di questi limiti e salvaguardie riguardo alla Decisione Quadro sul Mandato d'arresto europeo, il cui ultimo rapporto sull'attuazione⁵⁷ ha evidenziato la diffusa utilizzazione deviata di uno strumento che era stato concepito per lottare contro la criminalità organizzata⁵⁸ e che è, invece, in percentuali elevatissime, utilizzato per reati minori, o addirittura solo per assicurarsi la presenza dell'indagato alla dichiarazione di archiviazione di un procedimento penale, con effetti a volte devastanti per i profili di violazione dei diritti fondamentali ed in particolare del giusto processo.

Rifarsi alla giurisprudenza della Corte europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU) per individuare i limiti e le tutele in materia di prove e uso di prove, non è semplice. La Corte, infatti si esprime essenzialmente sull'equità del processo e la violazione dell'art. 6 della Convenzione, ed ha già spiegato che non le compete la determinazione sulla correttezza dell'assunzione di una prova, poiché l'ammissibilità ed il valore probatorio di qualsiasi elemento sono determinati esclusivamente dall'ordinamento nazionale⁵⁹. Dobbiamo registrare l'esistenza di considerevoli cambiamenti di orientamento tra le decisioni, che hanno avuto l'effetto di non assicurare, sempre, in concreto la più elevata protezione dei diritti dell'uomo nel caso specifico, attestando l'equità del processo anche in casi nei quali erano state utilizzate prove ottenute illegalmente, a condizione che se esse non avessero costituito l'unico elemento fondante della decisione.

⁵⁷ In particolare è stata evidenziata la necessità di un adeguato controllo di proporzionalità. *Relazione della Commissione* sull'attuazione dal 2007 della decisione quadro relativa al mandato d'arresto europeo, cit. COM (2011)175 ed il documento di accompagnamento della Commissione. Nonostante la constatazione dell'uso a volte "abusivo" del MAE, che ha finito con l'ostacolare o ritardare l'esecuzione di questa misura proprio per quelle ipotesi rilevanti per le quali era stato elaborato, il negoziato mostra una certa resistenza ad introdurre, nel testo della direttiva, una regola della proporzionalità.

⁵⁸ J. SPENCER, *Proportionality and the European Arrest Warrant*, Crim Law rev. 2010, 474, fa notare la mancanza di una alternativa concreta per ottenere l'esecuzione piuttosto che l'esercizio dell'azione penale, riguardo al "crimine disorganizzato", in contrapposizione a quello "organizzato", che si verifica attraverso le frontiere.

⁵⁹ In proposito, sull'attribuzione allo Stato della competenza discrezionale a stabilire i criteri di ammissibilità e valutazione delle prove, si v. Corte Eur. Dir. U., *Lucà c. Italia* 27 febbraio 2001, *Kahn c. Regno Unito*, 12 maggio 2001, mentre sulle prove acquisite in violazione delle norme processuali e i criteri di accertamento dell'incidenza sull'equità del processo, *Jalloh c. Germania*, 11 luglio 2006. Sulla rilevanza delle modalità di raccolta della prova in relazione alla valutazione dell'equità globale del processo, *Gafgen c. Germania*, 30 giugno 2008, *Sohyan c. Turchia*, 6 ottobre 2009, *Dagdelen e altri c. Turchia*, 25 novembre 2008, in una evoluzione di concetti già enunciati in *Schenk c. Svizzera* R.10862/84.

4.3. Ne bis in idem

Il principio del *ne bis in idem*, è un principio generale che presuppone il riconoscimento dell'attività giurisdizionale di un altro Stato, ed è disciplinato, nell'ambito europeo all'art. 54 della CAAS. L'estensione dell'applicazione di questo principio, la precisazione del contenuto di alcune basilari nozioni, è stato approfondito dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea, che ne ha assicurato una interpretazione pressoché omogenea negli Stati membri.

In previsione della totale eliminazione dei tradizionali motivi di rifiuto di esecuzione, la proposta di direttiva aveva cancellato anche il riferimento al *ne bis in idem*⁶⁰, scatenando reazioni che hanno condotto alla reintroduzione della menzione del principio, nell'art. 10, tra i motivi generali di rifiuto o di non riconoscimento dell'esecuzione, tuttavia, la nuova lett. e) del par. 1 si limita a chiedere l'assicurazione, da parte dell'autorità richiedente, che la "prova" raccolta non sarà utilizzata per perseguire una persona già giudicata in un altro Stato membro per gli stessi fatti, ai sensi dell'art. 54 CAAS.

La questione dell'applicazione del principio *ne bis in idem*, diventa, in questo modo, più complessa. Non solo, infatti, un giudicato precedente non impedisce l'esecuzione di indagini in relazione ai medesimi fatti, ma sarà necessario verificare in quali termini e con quali caratteristiche ostative al *bis in idem* saranno riconosciuti i precedenti provvedimenti, in particolare quelli risultanti da procedimenti di tipo amministrativo cui l'OEI è applicabile, e che potrebbero concludersi con provvedimenti non equiparabili ad una decisione nei termini richiesti dall'art. 54 della CAAS. E' un elemento che la cui attenta valutazione dovrebbe far propendere per l'esclusione, dal campo di applicazione dell'OEI, delle procedure di cui alle lett. b) e c) dell'art. 4, salvo l'elaborazione di definizioni più dettagliate.

4.4. Proporzionalità

L'unica forma di valutazione consentita all'autorità di esecuzione (che, ricordiamo, è tenuta ad eseguire l'OEI senza alcuna verifica), nella quale, oltretutto, il criterio di proporzionalità appare marginale, è prevista dall'art. 9, e con-

⁶⁰ La presidenza dei negoziati aveva addotto a motivo di questa esclusione il fatto che l'applicazione del principio è già regolata dalla CAAS e dalla *Decisione Quadro 2009/948/GAI del Consiglio sulla prevenzione e la risoluzione dei conflitti relativi all'esercizio della giurisdizione nei procedimenti penali*, G.U. L328/2009 del 15.12.2009. La motivazione è risibile soprattutto nell'ottica dell'OEI, teso ad eliminare la mancanza di coordinazione e la frammentazione delle regole in più atti differenti; il richiamo delle norme collegate a questa direttiva sarebbe estremamente utile anche per delimitare l'applicazione e l'estensione dei principi e delle normative sovrappoventisi.

cerne la possibilità di eseguire un atto d'indagine meno invasivo, utilizzabile ai sensi dell'ordinamento nazionale, che consenta il raggiungimento dei medesimi risultati richiesti, ed è condizionata dal fatto che lo Stato richiedente non abbia corredato l'OEI di precise istruzioni riguardanti specifiche modalità di esecuzione.

Nel sistema di assistenza giudiziaria convenzionale, non c'è questione di valutazione della proporzionalità poiché, il filtro del potere esecutivo permetteva di rifiutare l'esecuzione di una richiesta senza dover fornire una vera e propria motivazione; nel passaggio al sistema del reciproco riconoscimento, la responsabilità si trasferisce al corpo giudiziario ed un rifiuto di esecuzione ha profili più critici, se non altro perché potrebbe essere percepito come un giudizio sfavorevole nei confronti dell'ordine giuridico straniero. Nondimeno, nella pratica dell'attuazione del mandato d'arresto europeo, è stato dimostrato quanto la valutazione di proporzionalità sia fondamentale, al punto che le relazioni sull'attuazione⁶¹ del MAE invocano l'adozione di strumenti correttivi della decisione quadro a questo proposito.

In Germania, la questione è stata affrontata dalla giurisprudenza di merito in una sentenza⁶² con la quale l'Alta Corte Regionale di Stoccarda, in sostanza, ha confezionato un "requisito di proporzionalità" cui deve rispondere il MAE, in virtù dell'applicazione della Costituzione Tedesca (*Grundgesetz*), nonché dei principi generali dell'UE, e in particolare della Carta dei diritti fondamentali (specificamente nell'art. 49). La Corte ha ricordato che il principio di proporzionalità è parte delle "tradizioni costituzionali comuni" degli Stati membri ed è un principio generale della legislazione europea. Pertanto, spiega, nel valutare la possibilità di accogliere ed eseguire una richiesta di estradizione, si opererà una bipartizione tra il Mandato d'arresto emesso dallo Stato estero, sul quale ogni valutazione di proporzionalità è sottratta allo stato di esecuzione, e provvedimento di esecuzione del Mandato che, invece, è un atto di un'autorità dello Stato tedesco e dovrà essere pienamente conforme alla legge costituzionale, anche sotto il profilo della proporzionalità⁶³. La valu-

⁶¹ *Final report on the fourth round of mutual evaluations, The practical application of the european arrest warrant and corresponding surrender procedure between member States*, doc. 8302/4/09 REV4, 28 Maggio 2009.

⁶² Corte Regionale di Stoccarda, sentenza del 25 Febbraio 2010, 1 Ausl. (24) 1246/09, in inglese in *Criminal Law review* 2010, 474 a cura di J. VOGEL E J.R. SPENCER *Proportionality and the European Arrest Warrant*.

⁶³ E' stato riconosciuto, invero, che la questione sottesa alla sproporzionata emissione di MAE, dipende dall'inesistenza di procedure alternative al MAE che riguardino il "crimine disorganizzato" commesso

tazione della proporzionalità in base alle leggi tedesche dovrà comprendere: la valutazione del diritto della persona ricercata alla libertà e sicurezza, il costo e lo sforzo che comporta un procedimento formale di estradizione, la portata dell'accusa, la severità della pena.

Sulla base dell'analisi dell'attuazione del MAE e in funzione dell'esigenza di introdurre una valutazione di proporzionalità nella direttiva, giustificandola anche con la necessità di razionalizzare l'uso delle risorse d'indagine, in modo da privilegiare le richieste che riguardino reati che raggiungano una certa soglia di gravità⁶⁴, i Paesi Bassi hanno proposto un nuovo articolo che prevedeva la valutazione di proporzionalità, e tra l'altro, la reintroduzione del filtro della doppia punibilità almeno con riferimento all'esecuzione degli atti d'indagine disciplinati dagli art. da 19 a 27 della proposta, con l'eventuale limite riferito soltanto alla nota lista di 32 reati.

L'attuale stato dei negoziati prevede l'introduzione di un articolo 5a, che pone a carico dell'autorità di emissione (a) l'onere di verificare la proporzionalità dell'atto d'indagine richiesto, allo scopo del procedimento, e (b) le impone di indicare i parametri oggettivi e di specificare le condizioni alle quali la stessa misura può essere richiesta in un caso nazionale simile. Se, da un lato, si può nutrire qualche dubbio sull'effettività di una valutazione autologa dell'adeguatezza dell'iniziativa da parte dell'autorità richiedente, dall'altro, il criterio della limitazione del ventaglio di strumenti d'indagine a quelli utilizzabili alle stesse condizioni nelle procedure nazionali, sembra più obiettivo.

4.5. Doppia punibilità

Tra gli obiettivi dichiarati dello sviluppo dell'applicazione del reciproco riconoscimento vi è la completa cancellazione, per la prima volta, del principio della doppia punibilità, finanche nella sua versione limitata dall'esclusione della lista di 32 reati, creata con il mandato d'arresto europeo⁶⁵ ed utilizzata

attraverso le frontiere dell'Unione europea, ove il MAE era stato concepito, invece, con l'intento di regolare casi di criminalità di rilevante gravità. In particolare, si v. il commento alla sentenza della Alta Corte Regionale di J.R. Spencer, ivi p. 480

⁶⁴ La questione dei costi, che sono addebitati allo Stato di esecuzione della richiesta, come avviene per il MAE e per il MERP, è causa di forti malcontenti nei parlamenti nazionali dei paesi destinatari dei elevati numeri di richieste.

⁶⁵ Sulle ambiguità del sistema della lista di "denominazioni" di reati e la ritenuta violazione del principio di legalità in relazione alla riserva di legge, tassatività e determinatezza delle norme incriminatrici, si veda V. CAIANIELLO - G. VASSALLI *Parere sulla proposta di decisione quadro sul mandato d'arresto europeo* Cass. Pen. 2002, 462; P. GUALTIERI *Davvero superato (e superabile) il principio di doppia incriminazione*, Dir. Pen. e Proc. 2004, p. 117; E. ROSI *L'elenco dei reati nella decisione sul mandato d'arresto europeo: l'UE "lancia il cuore oltre l'ostacolo"*, Dir. Pen e Proc. 2004, 377; V. GREVI *il Man-*

nell'antecedente naturale della proposta di direttiva, la decisione quadro sul mandato di ricerca delle prove. La doppia punibilità, sul piano europeo è considerata un vero e proprio ostacolo al principio di reciproco riconoscimento, e le istituzioni ritengono che il suo utilizzo rappresenti una regressione sul piano della cooperazione giudiziaria e ne sostengono fortemente la cancellazione.

Ebbene, considerato che l'OEI è, in sostanza, applicabile a tutti gli "atti di indagine" previsti da qualunque ordinamento degli Stati membri, e che, in mancanza del controllo della doppia punibilità, può essere emesso per eseguire ricerche di prove in relazione a qualsiasi reato previsto negli ordinamenti nazionali, nonché per le condotte rilevanti quali violazioni amministrative in funzione dell'art. 4 lett. b) e c), e, in applicazione dell'art. 8, deve essere eseguito senza "ulteriori formalità" dall'autorità di esecuzione dello Stato richiesto, accade che uno Stato sia tenuto ad eseguire indagini su condotte non rilevanti per il proprio ordinamento. In questo modo, l'intero sistema giudiziario perde coerenza, aprendo la via all'ingiustificata violazione o perlomeno all'affievolimento della tutela dei diritti fondamentali dei cittadini assoggettati a ricerche, analisi, finanche perquisizioni o intercettazioni, solo perché gli Stati non condividono gli stessi criteri di proporzionalità e di necessità⁶⁶.

L'attuale risultato dei negoziati, prevede l'integrazione dell'art. 10, concernente i motivi generali di rifiuto o non riconoscimento dell'esecuzione, con elementi specifici di non esecuzione, suddividendoli in tre distinte categorie. Nella prima - art.10 (1a)- che comprende tutte le audizioni, le misure non coercitive, le informazioni già in possesso, o direttamente accessibili,

dato di arresto tra ambiguità politiche e attuazione legislativa, Il Mulino 2002; A. BARAZZETTA *I principi di specialità e doppia incriminazione loro rivisitazione nel mandato d'arresto europeo*, in *Mandato d'arresto europeo e garanzie della persona* a cura di M. Pedrazzi, Giuffrè 2004.

⁶⁶ Forse occorre richiamare l'attenzione sulla circostanza che l'interesse e la giustificazione dell'intervento dell'UE nel disciplinare il settore penale, è legato alla lotta contro la criminalità organizzata, ed è sproporzionata se utilizzata per la repressione di forme di piccola criminalità e le infrazioni minori, riguardo alle quali è opportuno non rinunciare al filtro della doppia punibilità. Su questo punto si menziona l'impostazione del *Bundestag*, che nella propria raccomandazione del 6/10/2010 doc. 17/3234, afferma, richiamando note sentenze del *Bundesverfassungsgericht*, che il principio del reciproco riconoscimento non possa essere accolto in maniera automatica e senza restrizioni, con riferimento a qualunque atto giuridico, proprio per l'esistenza di differenze tra gli ordinamenti giuridici. La garanzia di una elevata protezione dei diritti fondamentali degli individui è irrinunciabile, per l'ordinamento tedesco, e pertanto si raccomanda l'accertamento puntuale dell'esistenza delle condizioni che consentano alla rinuncia al controllo della doppia punibilità, che non solo non può essere abbandonata, ma richiede una più precisa definizione dei gruppi di delitti riguardo ai quali si è rinunciato al controllo.

dell'autorità richiesta, l'identificazione di sottoscrittori di contratti telefonici o telematici e le perquisizioni e sequestri richiesti in relazione ai reati inclusi nella lista delle 32 denominazioni già elencate nella decisione quadro sul Mandato d'Arresto Europeo, non è previsto alcun motivo di rifiuto al di fuori di quelli generali specificati nel primo comma dell'art. 10; nella seconda - art. 10 (1b) - che comprende tutte le misure non indicate nel paragrafo (1a), è previsto che sia applicato il controllo della doppia punibilità con l'esclusione dei reati compresi nella lista dei 32, se punibili, nello Stato di emissione, con una pena privativa della libertà superiore, nel massimo, ai tre anni, inoltre l'esecuzione della richiesta potrà essere rifiutata nel caso l'uso della misura d'indagine sia autorizzato, in un caso nazionale analogo, limitatamente a reati specifici e puniti oltre una determinata soglia, tra i quali non vi è quello oggetto dell'OEI; nella terza - art.10(1c)-, è escluso qualsivoglia rifiuto di esecuzione dell'OEI per violazioni in materia fiscale, di imposte o doganali, con la motivazione che l'ordinamento dello Stato di esecuzione non prevede una imposta, tassa o dazio analoghi. Prima della decisione di rifiuto di esecuzione, l'autorità di esecuzione deve farne comunicazione all'autorità emittente e richiedere ulteriori informazioni.

4.6. I mezzi di impugnazione, l'esercizio dei diritti difensivi e la tutela dei diritti fondamentali

L'adozione di uno strumento per la ricerca di prove in applicazione del principio del reciproco riconoscimento avrebbe bisogno di un'armonizzazione di fondo, di un nucleo di regole sulle condizioni di raccolta delle prove, sui diritti dell'indagato e di terzi estranei, insomma di una disciplina generale e non "minima" dei diritti difensivi. Non v'è chi non abbia notato più o meno esplicitamente come il progetto denominato *Corpus Juris*⁶⁷ contenesse un nucleo di regole, sull'esercizio dei diritti difensivi, che ben avrebbero potuto (e potrebbero) costituire una fonte di riferimento, uno spunto iniziale, sul quale costruire una più avanzata disciplina.

Con riguardo ai mezzi di impugnazione, la proposta, molto laconicamente, dispone (art. 13) il rinvio alle disposizioni nazionali applicabili, e precisa che i

⁶⁷ Si cfr. S. ALLEGREZZA *Critical remarks* cit. e anche G.DE AMICIS *Limiti e prospettive del mandato europeo di ricerca della prova* cit. Il *Corpus Juris* (M. DELMAS MARTY cit.) si limita all'individuazione di reati specificamente relativi alla tutela degli interessi finanziari dell'Unione europea e contiene un nucleo di regole di armonizzazione del diritto sostanziale e ravvicinamento delle procedure che include la disciplina delle condizioni di esecuzione delle misure, dei limiti di ammissibilità delle prove e dell'esclusione delle prove ottenute illecitamente.

motivi di impugnazione nel merito possono essere presentati soltanto davanti l'autorità giudiziaria dello Stato di emissione.

Sarebbe stato auspicabile utilizzare, come punto di partenza, l'art. 18 del mandato di ricerca delle prove, sicuramente più chiaro quanto alla ripartizione delle competenze sulle impugnazioni e all'obbligo di prevedere strumenti di impugnazione. Solo con le discussioni in sede di negoziato si è chiarito che le impugnazioni sono consentite in entrambi gli Stati interessati, ma che le questioni riguardanti il merito della richiesta di indagine possono essere presentate solo innanzi allo Stato richiedente. Nella versione attuale dell'art. 13, le autorità competenti hanno completa discrezionalità nel decidere se comunicare l'esistenza di mezzi di impugnazione alle parti interessate, in base ad esigenze di confidenzialità dell'indagine. Emerge, di nuovo, a questo proposito, la rilevanza del trattamento indiscriminato, omnicomprensivo, da parte dello strumento legislativo di tutti gli "atti di indagine" senza considerazione della fase istruttoria in cui s'inseriscono, e quindi del livello di segreto istruttorio che sarà ostativo alla conoscibilità, da parte dell'indagato, di accertamenti che lo concernono. La mancanza di una tutela diretta che consenta di contestare le modalità di esecuzione dell'indagine o l'uso dei risultati dell'indagine, finisce col permettere di preconstituire mezzi di prova che saranno utilizzati in un processo, senza un effettivo ed adeguato esercizio dei fondamentali diritti difensivi, quali il diritto al contraddittorio, alla prova contraria, all'ammissione di prove a discarico, l'accesso alla giustizia anche per i terzi interessati e di seguito.

Infine, l'art. 13 statuisce che, ove l'autorità di esecuzione non abbia disposto, a sua discrezione, la sospensione del trasferimento del risultato dell'indagine, in pendenza di una impugnazione, o Stato richiedente sia tenuto soltanto a "tener conto" del suo risultato, secondo le regole applicabili nel proprio sistema.

Eppure, il rispetto dei diritti fondamentali è un'obbligazione primaria degli Stati membri, inoltre costituisce la chiave per la realizzazione di un vero spazio di libertà, sicurezza e giustizia, il cui raggiungimento, intanto è possibile, in quanto nel realizzare questa forma di cooperazione, sono rispettate le obbligazioni primarie di tutela dei diritti fondamentali⁶⁸.

⁶⁸ *Risoluzione del consiglio del 30 novembre 2009* per il rafforzamento dei diritti processuali, cit. considerando 10. Va ricordata anche l'opinione di B. SCHÜNEMANN - Eurodefensor, cit. che afferma sia compito dell'Unione europea farsi carico delle salvaguardie a tutela dei cittadini e, in mancanza, posto che il processo di sviluppo politico e legislativo non può farsi a svantaggio dei cittadini, sarà necessario

Proprio l'inesistenza di una tutela effettiva che vada oltre le "garanzie minime", mette in rilievo il problema della tutela dei diritti fondamentali e le sue molteplici connessioni, evidenziate sia da varie organizzazioni non governative⁶⁹ sia dall'Agenzia per i diritti fondamentali⁷⁰, nel parere del 14 febbraio 2011, segnatamente con riguardo alla presunzione di innocenza, al diritto di non incriminarsi, di restare in silenzio, di essere informato delle accuse, al diritto al contraddittorio, all'accesso all'assistenza legale e ad un interprete.

Il parere dell'Agenzia parte dal presupposto che l'Unione europea deve garantire che l'intero processo legislativo sia conforme ai diritti fondamentali, in osservanza tra l'altro, della CEDU, della Carta per i diritti Fondamentali e delle norme dei trattati, e nel focalizzare l'analisi sul diritto al giusto processo e in generale sui diritti difensivi (sia del *sospettato* che delle altre parti), pone quale assunto iniziale che nessun atto di indagine è accettabile se il suo effetto è pregiudizievole per il giusto processo⁷¹.

Nel constatare che le "misure di indagine", non sono esplicitamente definite, e che conseguentemente l'OEI potrebbe essere emesso per un vastissimo repertorio di atti di indagine, con la variazione inevitabile del grado di intrusione e violazione della privacy e dei dati personali, l'Agenzia raccomanda che

provvedere ad un bilanciamento strutturale della legge sulla prova, che non può essere sostituito da una necessariamente generica - lista di diritti minimi: "*this require balanced structuring of the law of evidence itself and cannot be replaced by a - necessarily general - list of minimum rights*".

⁶⁹ Il Bundestag, e associazioni come *Justice, Fair Trials abroad*, hanno evidenziato, l'inclinazione istituzionale a favore di una impostazione di tipo inquisitorio e hanno reclamato per la scarsa considerazione della parità delle armi tra le parti, chiedendo che si integrassero le decisioni quadro e le nuove proposte di direttiva, non solo con la tutela dell'esercizio diretto alla prova contraria, ma anche con la previsione di un accesso diretto alle misure, da parte dei soggetti interessati. Sono state anche sottolineate le violazioni del contraddittorio a proposito dell'assunzione di testimonianze. Negli ordinamenti di tipo inquisitorio, infatti, è possibile interrogare e verbalizzare le dichiarazioni di un testimone senza che sia presente e possa esercitare il diritto dal controesame, un difensore. L'uso in giudizio di tale verbale, senza che sia possibile sottoporre a nuovo esame, con l'intervento del difensore, costituisce una chiara violazione del principio del contraddittorio che ha sollevato le reazioni tanto delle associazioni di avvocati britannici quanto tedeschi. Le violazioni si moltiplicano quando la prova sia ottenuta attraverso l'esecuzione di attività ulteriori, senza che siano informati gli interessati.

⁷⁰ *Opinion of the European Union Agency for Fundamental Rights on the draft directive regarding the European investigation order*, cit.

⁷¹ A questo proposito va ricordata l'enunciazione contenuta nell'opinione discordante dei giudici Pettiti, Speilman, De Meyer e Carrillo Salcedo i quali dichiararono: « *à notre avis, le respect de la légalité dans l'administration des preuves n'est pas une exigence abstraite ou formaliste. Au contraire, nous estimons qu'il est d'une importance capitale pour le caractère équitable d'un procès pénal. Aucune juridiction ne peut, sans desservir une bonne administration de la justice, tenir compte d'une preuve qui a été obtenue, non pas simplement par des moyens déloyaux, mais surtout d'une manière illégale. Si elle le fait, le procès ne peut être équitable au sens de la Convention.* » CEDU, *Schenk c. Svizzera* R.10862/84

siano previste salvaguardie che assicurino che qualsiasi interferenza, indipendentemente dal grado di intrusione della misura d'indagine, sia sempre proporzionata, necessaria e in conformità alla legge.

Un elemento di interesse significativo di questo parere, è la configurazione di un'ipotesi di rifiuto d'esecuzione fondata sui diritti fondamentali, costruita, *de facto* a partire dall'art. 6 del TUE e l'art. 67 del TFUE e alla luce dell'art. 1 par. 3 della proposta e del considerando 17⁷². L'elaborazione di questo specifico motivo di rifiuto dovrebbe essere corredata da parametri specifici, che circoscrivano il ricorso a questo elemento ai casi un cui, in base ad una valutazione concreta, caso per caso, vi sia il fondato motivo di ritenere che l'esecuzione dell'OEI possa condurre alla violazione di diritti fondamentali dell'individuo interessato. L'elaborazione di un motivo di rifiuto fondato sui diritti fondamentali, costituirebbe, nell'opinione dell'Agenzia, una valvola di sicurezza, che agevolerebbe gli Stati membri, nell'adempimento degli obblighi in tema di diritti fondamentali, senza farli deviare dagli adempimenti derivanti dal diritto secondario dell'UE.

Questa interessante ipotesi, invero, non è affatto una novità giuridica se si considera che già nelle legislazioni scandinave di applicazione del mandato d'arresto europeo esiste il motivo di rifiuto "aggiuntivo" della violazione di diritti fondamentali⁷³. Tuttavia persiste il dubbio che esso possa essere considerato "abusivo", né è chiaro quale rango dovrebbe essere assegnato ai diritti fondamentali così richiamati⁷⁴. Accessoriamente, e qui sempre tenendo a

⁷² E' da sottolineare che, comunque, il considerando 17 contiene un riferimento limitato alla garanzia del rispetto dei diritti fondamentali, poiché è collegato essenzialmente alla non discriminazione, sicché non comprende anche gli altri diritti fondamentali.

⁷³ Invero introdotto anche nella l. 69/2005 italiana e nelle leggi della Grecia n. 3251/2004 del 24 giugno 2004, di Cipro l. 133 (I) /2004 Ar. n. 3850 del 30 aprile 2004 e dell'Irlanda, *European Arrest Warrant act* n. 45/2003.

⁷⁴ Si è perduta, per ora, l'occasione di sentir la Corte di Giustizia dell'Unione europea pronunciarsi sulla questione. Con il ricorso *Gataev e Gataeva*, C-105/10 PPU la Corte finlandese chiedeva una pronuncia in merito all'interpretazione da attribuire alla decisione quadro sul mandato d'arresto europeo, ed in particolare di chiarire se, a partire dal principio di cui all'art. 2 del TUE n. 1, e all'art. 6 n. 1 della Carta per i diritti fondamentali, pur mancando una espressa indicazione in tal senso nella decisione quadro sul mandato d'arresto europeo, fosse possibile rifiutare l'esecuzione del mandato per violazione di diritti fondamentali, e se fosse ammissibile il rifiuto della consegna, oltre che nei casi previsti dagli art. 3 e 4 della decisione quadro, anche - tenuto conto dei considerando 12 e 13- per violazioni dei diritti fondamentali, e specificamente del giusto processo. Inoltre, si chiedeva di precisare quale fosse il rango dei diritti fondamentali richiamati dalle legislazioni nazionali, individuando i principi interpretativi, in particolare con riferimento alla giurisprudenza della CEDU, da tenere per riferimento in relazione a possibili violazioni del principio del giusto processo. La causa è stata cancellata con l'ordinanza del 3 aprile 2010 a seguito del ritiro del MAE.

mente le potenziali violazioni dei diritti fondamentali, va notato che la proposta di direttiva non prevede né richiama regole per la conservazione dei dati, di informazioni, o documenti acquisiti, sia quando ne viene disposto il trasferimento, sia con riguardo al destino di quei dati, informazioni o documenti che non sono utilizzati, regole che, invece, sono previste nel protocollo del 2001 della Convenzione del 2000 e nella disciplina della trasmissione di dati da banche dati⁷⁵, incluso il casellario giudiziale. In connessione alla tutela dei dati e delle informazioni, andrebbe, a mio sommesso avviso, valutata anche la necessità di tutelare il segreto professionale⁷⁶, senza limitarsi alla libertà di stampa e di espressione, come previsto con l'inserimento nel par.3 dell'art.1 strenuamente difeso dalla Svezia che lo ha proposto.

Nel caso delle prove acquisite "in tempo reale", in modo continuo e per un periodo indeterminato, manca completamente la previsione di una durata massima del periodo di intercettazione, o almeno di un meccanismo di controllo sulla proroga della misura d'indagine. Inoltre manca una definizione chiara dell'autorità competente ad autorizzare l'esecuzione delle intercettazioni, del tipo di provvedimento autorizzativo, nonché degli strumenti di controllo della legittimità a disposizione dell'indagato. Anche l'Agenzia per i diritti fondamentali, nel suo rapporto, manifesta le sue perplessità in proposito e ritiene necessarie delle indicazioni specifiche, in virtù del carattere particolarmente intrusivo della privacy, ed indipendentemente dal fatto che il grado di intrusività possa essere più o meno giustificato dalle circostanze specifiche dell'indagine, perché l'individuo possa far conto su un'adeguata protezione contro arbitrarie interferenze nella sua vita privata.

Infine, non hanno meritato nessuna considerazione né nell'elaborazione della proposta di direttiva né nei negoziati, tanto la individuazione di limiti dell'età imputabile, quanto la previsione di un trattamento carcerario specifico, nel caso di trasferimento di persone, sia in ragione dell'età, sia in relazione a precise condizioni di detenzione.

⁷⁵ Nel parere del 5 ottobre 2010 del Garante europeo della protezione dei dati, in GU C 355 del 29/12/2010, ci si rammarica della mancanza di un richiamo specifico alla disciplina della protezione dei dati personali prevista dalla Decisione Quadro 2008/977/GAI del Consiglio, proprio perché la proposta, nel prevedere l'acquisizione, trasmissione e conservazione di prove, anche se non ancora disponibili, non solo va oltre il principio di disponibilità enunciato nel Programma dell'Aia del 2004, ma comporta uno scambio molto più intenso di dati personali aumentando i rischi per i diritti e gli interessi delle persone fisiche coinvolte.

⁷⁶ Non è affatto rara la pratica, in alcuni ordinamenti, di disporre perquisizioni o sequestri nell'ufficio del professionista e finanche di trattenerlo, in relazione ad indagini eseguite nei confronti di suoi clienti.

5. La *primauté* e l'evoluzione della giurisprudenza della Corte di Giustizia, gli effetti delle sentenze più recenti in materia di cooperazione giudiziaria penale

Il passaggio al sistema “comunitario”, dopo l'entrata in vigore del trattato di Lisbona, produce un ulteriore effetto, oltre quello di determinare l'applicazione di procedure legislative differenti: l'applicabilità di tutta la giurisprudenza comunitaria sulla *primauté* e sull'effetto diretto, in particolare delle direttive⁷⁷, in base al principio dell'effetto utile, e del dovere di leale cooperazione degli Stati aderenti all'Unione europea. Tuttavia, già con la sentenza *Pupino*⁷⁸, la Corte di Giustizia dell'Unione europea aveva aperto la strada ad un'interpretazione conforme delle decisioni quadro, nonostante la diretta invocabilità della loro efficacia fosse preclusa espressamente dal tenore dell'art. 34 del vecchio TUE.

La legislazione penale e la procedura penale rientrano, indiscutibilmente, nell'esclusiva competenza degli Stati⁷⁹, né il TFUE sottrae agli Stati membri la competenza a stabilire le sanzioni penali nemmeno con riferimento a condotte legate all'attuazione di specifiche politiche europee.

Nondimeno e proprio in nome dell'effetto utile, recentemente, la sentenza *El Dridi*⁸⁰ ha stabilito che gli Stati non possono applicare una normativa, anche se di diritto penale, qualora essa comprometta la realizzazione degli obiettivi perseguiti da una direttiva, anche quando lo Stato interessato non abbia ancora adempiuto all'adozione delle normative di applicazione nazionali. Si tratta di una evoluzione inaspettata della precedente giurisprudenza in materia di ambiente con la quale la Corte di Giustizia aveva attribuito all'UE un potere sanzionatorio, affermando che per realizzare le politiche comunitarie si poteva imporre, anche con lo strumento della direttiva, l'adozione di specifiche sanzioni penali negli Stati membri.

In sostanza, le sentenze della Corte di Giustizia consentono di individuare due obblighi a carico degli Stati membri: uno positivo, che impone l'adozione di ogni misura atta ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dai trattati o conseguenti agli atti delle istituzioni dell'Unione, cui lo Stato è tenuto a conformarsi anche ove venga esercitato un potere sanzionatorio, in generale a

⁷⁷ Dalla sentenza *Van Duyn* (causa 41/74) in poi, si ricordano *Ratti* 148/78, *Marshall* C 153/84, e *Johnston* C 222/84, *Faccini Dori* C 91/92.

⁷⁸ Causa C -105/03, del 16 giugno 2005. Sull'obbligo di interpretazione conforme, si ricorda anche la causa C -106/89 *Marleasing*, e C -3334/92 *Wagner Miret*.

⁷⁹ *Casati* causa 203/80 ; *Cowan* causa 186/ 87 ; *Lenmings*, causa C 222/97; pt.53 ; *El Dridi*, causa C 61/11 PPU.

⁸⁰ Causa C- 61/11 PPU, *El Dridi*, sentenza del 28/4/2011

lui riservato; un secondo, negativo, che prescrive di astenersi dall'adottare qualsiasi misura che rischi di mettere in pericolo la realizzazione degli obiettivi dell'Unione.

Nel caso della sentenza *El Dridi*, tale obbligo non si limita alla sospensione dell'applicazione di una misura nazionale che è suscettibile di essere dichiarata incompatibile con il diritto comunitario⁸¹, ma si sviluppa fino al perentorio invito alla disapplicazione della normativa nazionale, ove essa sia in conflitto o ostacoli o ritardi il conseguimento degli obiettivi delle politiche comunitarie⁸².

Il motivo di tale rilevante ingerenza nell'esercizio dei poteri sovrani dello Stato risiede nel preminente interesse alla realizzazione degli obiettivi posti con le politiche dell'Unione europea, che è prevalente al punto da esplicitare direttamente i suoi effetti sulle legislazioni penali degli Stati membri, indipendentemente dalle riserve dei Trattati relative all'esercizio della sovranità nazionale, da motivi di ordine pubblico e di tutela "dell'autorità dei pubblici poteri" nazionali⁸³.

Inevitabilmente si constata che, con il ricorso sistematico all'interpretazione teleologica, secondo il metodo dell'effetto utile dei Trattati e degli atti di diritto secondario, la Corte esercita un vero e proprio potere politico. Privilegiare la lettura evolutiva dello scopo dei Trattati o delle intenzioni dei redattori, sulla lettera delle norme, costituisce una maniera, per il giudice comunitario di sostituirsi agli Stati e di attribuirsi poteri costituenti, con l'effetto deplorevole di violare il principio di sicurezza giuridica.

Alcune Corti costituzionali hanno voluto chiarire i limiti delle competenze dell'Unione, in particolare rifacendosi alla tutela dei diritti fondamentali ed inalienabili garantiti dalle Costituzioni. Nel caso della Corte Costituzionale italiana è escluso, da sentenze non recenti, che le limitazioni di sovranità derivanti dall'adesione ai trattati europei possano comportare un inammissibile potere degli atti comunitari di violare i diritti inalienabili della persona umana o i principi fondamentali del nostro ordinamento⁸⁴.

⁸¹ Sentenze *Factortame*, causa c-213/89 e *Zuckerfabrik* causa c-143/88;

⁸² Si richiama la giurisprudenza della Corte di Giustizia con la quale si stabilì che il giudice nazionale, agendo quale primo giudice comunitario, deve assicurare la prevalenza del diritto comunitario, giungendo a non applicare le norme nazionali incompatibili con il diritto comunitario *Commissione c. Italia* causa 48/71, *Simmethal* causa 106/77; v. anche *Cotter e Mc Dermott* (Sent. 13/3/1991, C377/89), con la quale la Corte ha affermato che va applicato il diritto comunitario in via prevalente anche a costo di violare una norma sancita dal diritto nazionale.

⁸³ Causa 61/11 cit. "risulta che gli autori della direttiva 2008/115 hanno posto l'obiettivo di una politica di rimpatrio efficace a di sopra della tutela dell'autorità dei pubblici poteri" opinione dell'avv. Generale, p. 44.

⁸⁴ Corte Costituzionale sent. 183/1973, 170/1984 e 232/1989.

Il sistema del Trattato di Lisbona è stato esaminato approfonditamente nella sentenza emessa il 30 giugno 2009 dal *Bundesverfassungsgerichtshof*⁸⁵, che disamina gli effetti, sul piano internazionale e comunitario, dell'applicazione del nuovo quadro giuridico, inquadra i rapporti tra Stati membri ed Unione europea, e identifica i limiti del processo di integrazione europea. L'argomentazione parte dalla constatazione che l'Unione europea è un'organizzazione di Stati sovrani, e non di cittadini, con la conseguenza che le istituzioni europee soffrono di un deficit democratico non recuperabile nemmeno grazie alle nuove modifiche istituzionali. Rapportandosi ai criteri di democraticità che l'Unione impone agli Stati, la Corte evidenzia l'esistenza di una riserva della disponibilità e dell'esercizio di poteri sovrani, posta esclusivamente in capo ai cittadini e quindi, in capo ai Parlamenti nazionali che ne sono i legittimi e diretti rappresentanti. Questa riserva di poteri costituisce il limite all'espansione del processo di integrazione, il quale è soggetto al vaglio di costituzionalità, ed ogni sua modifica richiede la partecipazione attiva dei Parlamenti nazionali. Tra gli elementi riservati alla sovranità degli Stati figurano il diritto e la procedura penale. Le nuove competenze stabilite dal Trattato di Lisbona devono essere esercitate in modo tale da assicurare l'esistenza di tutte le garanzie concrete di democrazia in capo agli Stati e devono essere interpretate in maniera rigorosa e restrittiva, ed il loro uso deve essere specificamente motivato.

La portata della giurisprudenza europea meriterebbe una riflessione più lunga ed approfondita, in un contesto diverso da questo commento, ed in particolare con riguardo ai riflessi in materia di tutela dei diritti fondamentali che, anche alla luce di questa sentenza tedesca, possono derivare dal nuovo art. 4 del TUE.

L'articolo 4 del TUE impegna l'Unione europea a rispettare l'identità nazionale degli Stati membri, con riferimento alla loro struttura fondamentale, politica e costituzionale. Questa disposizione potrebbe costituire il primo e nuovo strumento per l'affermazione di una tutela positiva dei diritti fondamentali attraverso le garanzie, non più minime e comuni, costituite dai principi costituzionali nazionali.

6. Considerazioni conclusive

Il legislatore europeo, negli ultimi anni, sembra essersi dedicato ciecamente

⁸⁵ La sentenza (detta *Lissabon*) è pubblicata in www.bundesverfassungsgericht.de con i riferimenti 2 Bve 2/08, 2 BvE 5/08, 2 BvR 1010/08, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08 e 2 BvR 182/09.

ed esclusivamente a migliorare e rendere efficienti delle procedure, trascurando di considerare che la realizzazione di un vero spazio giudiziario europeo deve porre al suo centro l'individuo, che ne è il "consumatore" e non può prescindere dalla protezione dei suoi diritti.

L'elaborazione di una disciplina in materia di prove deve tener conto del fatto che ogni ordinamento nazionale ha delle sue peculiari caratteristiche che sono l'espressione del suo specifico e particolare percorso storico, nel quale sono bilanciati i principi di tutela tanto della comunità come dell'individuo.

Poiché l'Unione europea lascia poco spazio agli Stati nella trasposizione delle norme, una estensiva applicazione del reciproco riconoscimento può seriamente realizzarsi soltanto a seguito di una vasta armonizzazione, altrimenti, quell'equilibrio bilanciato, tipico dell'ordinamento nazionale, s'infrange e, nella sovrapposizione di sistemi di natura diversi, si compromette la tutela dei diritti dell'individuo. Insomma, il reciproco riconoscimento e la mutua assistenza non possono essere utilizzati come se fossero fini a se stessi, essi non costituiscono né uno scopo né una politica regolata dai Trattati, devono rimanere strumenti destinati a servire gli interessi superiori della giustizia.

La mancanza di armonizzazione rende necessaria l'adozione di salvaguardie come i motivi di rifiuto all'esecuzione di richieste di cooperazione, la cui conservazione non rappresenta una cieca ed ottusa battaglia per la protezione di sovranità nazionali, né il tentativo di porre dei limiti alle competenze sovranazionali dell'Unione, in un reciproco sforzo di accaparramento di settori di interesse rilevante, ma sono il riflesso della mancanza di fiducia nel risultato dell'applicazione del principio del reciproco riconoscimento, e costituiscono l'unica garanzia di una tutela effettiva ed efficiente dei diritti individuali, ancora profondamente carente nella legislazione europea.

La proposta di direttiva relativa all'OEI è uno strumento di enorme impatto e di grande rilevanza, ma la cui adozione è, da un canto certamente prematura, dall'altro, abbisogna di una profonda riconsiderazione, nella prospettiva del principio di legalità e del rispetto dei diritti fondamentali, e principalmente dei diritti difensivi.