

## Tra mutuo riconoscimento e armonizzazione preventiva: quali prospettive per la circolazione della prova dichiarativa nell'ambito dell'Unione europea?

Fabrizio Siracusano

1. *Premessa.* – Esiste uno stretto legame fra i modelli di raccolta della prova dichiarativa e la possibile “inclusione” del risultato di tale attività all’interno di un procedimento diverso da quello di origine: sia quando il passaggio avviene all’interno del medesimo contesto nazionale; sia quando il procedimento ricevente si celebra al di là dei confini nazionali ove la prova si è formata.

Quando il “trasferimento” del prodotto probatorio avviene da uno Stato all’altro, la *quaestio* può essere affrontata da una duplice prospettiva. Limitando l’analisi all’ambito europeo, il rapporto fra genesi e funzionalità dimostrativa della prova si risolve, innanzitutto, nella potenzialità traslativa del risultato probatorio precostituito da uno Stato all’altro; suggerisce, inoltre, di considerare la possibilità di congegnare modelli di raccolta che rendano la prova “circolabile” sull’intero territorio europeo, prescindendo dal luogo di sua formazione (indipendentemente, inoltre, dalla circostanza che sia stata commissionata o meno dall’autorità giudiziaria di uno Stato straniero). I due piani, astrattamente separati, tendono comunque a convergere: l’individuazione – almeno nei suoi “tratti” salienti – di un modello “comune” di raccolta finirebbe, infatti, con il neutralizzare l’ostacolo frapposto alla circolazione probatoria dalle divergenze più marcate ad oggi esistenti fra i diversi sistemi processuali europei, agevolando in modo consistente l’operazione.

È facile rendersene conto: la “libera circolazione” della prova dichiarativa risente, inevitabilmente, delle differenze strutturali dei modelli acquisitivi attraverso i quali la stessa viene elaborata. Il tasso di “libertà” con la quale le è consentito di circolare da un ordinamento all’altro, dipende dalle regole che ne hanno segmentato la formazione nel paese di provenienza; impone, pertanto, un’attenta verifica circa la compatibilità di queste regole con il modello di approvvigionamento informativo imposto nel “luogo” di destinazione. È evidente che più marcato è il divario, meno agevole risulterà l’operazione di metabolizzazione del risultato probatorio: diversamente apparirebbe odiosa e ingiustificata l’esistenza di uno iato fra rigide regole ammissive riservate al prodotto locale e la duttilità di regole che rendessero fruibili prove comunque formate, esclusivamente in quanto “garantite” dal rispetto della *lex loci* del Paese di origine. Come autorevolmente sostenuto, infatti, sarebbe «poco confortante scoprire che una prova illegittima (n.d.r.: perché raccolta attraverso un *modus* “intollerabile” per l’ordinamento ricevente) diventa utilizzabile solo perché battezzata come “europea”»<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> L’osservazione è di E. AMODIO, *Diritto di difesa e diritto alla prova nello spazio giudiziario europeo*, in *Foro ambr.*, 2001, p. 552.

2. *La raccolta della prova dichiarativa fra affinità e divergenze.* – Poste simili premesse, in un contesto in cui non sussiste una perfetta omogeneità delle forme di assunzione, il trasferimento della prova dichiarativa è possibile nella misura in cui essa sia affidabile – quanto al risultato – poiché elaborata secondo modelli simili od omologabili rispetto a quelli che governano gli *itinerari* di formazione della prova nel processo di destinazione. L'ammissibilità del prodotto probatorio allogeno costituisce, pertanto, il naturale riverbero del metodo attraverso il quale a tale prodotto si è pervenuti: riguarda, in buona sostanza, il meccanismo di raccolta e il grado di "tolleranza" con il quale l'ordinamento giuridico ricevente accoglie la prova formata *ultra fines*.

Per ovviare a tali possibili inconvenienti, garantirne la "libera circolazione" e assicurarne, così, la funzionalità dimostrativa anche al di fuori dei propri confini nazionali, la prova – specie quella dichiarativa – deve essere costruita secondo requisiti di qualità che la rendano fruibile su tutto il territorio europeo. Non è sufficiente, cioè, assicurare che essa attraversi la frontiera, ma occorre verificare la «composizione legale» dell'atto perché se ne accerti la validità (cioè, l'effettiva utilizzabilità) nel paese di destinazione<sup>2</sup>. A cosa servirebbe assicurare il trasferimento del prodotto se poi questo non potesse essere utilizzato nel luogo di destinazione? È indubbio, infatti, che la conoscenza giudiziaria è valida solo là dove si riesce a valorizzare il nesso fra chi elabora la prova e chi intende sfruttarla come risultato: «fra chi acquisisce il dato probatorio e chi possa elaborarne la valenza argomentativa per spenderlo ai fini del giudizio»<sup>3</sup>.

Se la prova proveniente da un altro paese non è riconosciuta come "affine" a quella elaborata entro i confini nazionali, il mero trasferimento fisico resta attività priva di rilevanza nel mondo del diritto: «solo accordando un valore legale all'atto esterno, valore uguale o simile al corrispondente atto di diritto interno, il trasferimento geografico darà i frutti sperati in tema di cooperazione giudiziaria»<sup>4</sup>. L'impegno alla cooperazione transnazionale rischia altrimenti di rimanere aspirazione di non facile realizzazione «se la prova che è pensata per stabilire la colpevolezza non ha il valore probatorio richiesto dalla giuri-

<sup>2</sup> L'osservazione è di S. ALLEGREZZA, *Cooperazione giudiziaria, mutuo riconoscimento e circolazione della prova penale nello spazio giudiziario europeo*, in T. RAFARACI (a cura di), *L'area di libertà sicurezza e giustizia: alla ricerca di un equilibrio fra priorità repressive ed esigenze di garanzia*, Giuffrè, 2007, p. 701.

<sup>3</sup> Così M. MENNA, *Mandato di ricerca della prova e sistemi probatori*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 370.

<sup>4</sup> Le parole sono di S. ALLEGREZZA, *Cooperazione giudiziaria*, cit., p. 701.

sdizione penale dinanzi alla quale un imputato dovrà essere processato»<sup>5</sup>.

3. *La difficile circolazione della prova dichiarativa in ambito europeo.* - Quello della “circolazione” della prova dichiarativa nel contesto europeo è, quindi, tema ad elevato tasso di complessità; tema che si sottrae alle forzature applicative che spesso animano le dinamiche della cooperazione giudiziaria nel circuito dell’Unione. In tale ambito non è certo agevole (né auspicabile) far prevalere il pragmatismo che in genere caratterizza le politiche europee fondate sull’esaltazione del principio del mutuo riconoscimento: ove, cioè, quel che conta è il “risultato” finale, anche a scapito di evidenti sacrifici sul piano della qualità dell’accertamento.

Sappiamo come il reciproco riconoscimento, applicato alle decisioni giudiziarie, si caratterizzi per un’evidente efficacia espansiva: va oltre il provvedimento da far circolare, sì da risolversi in una forzata e implicita “condivisione” delle regole procedurali che hanno condotto alla decisione “riconosciuta” da parte dell’autorità giudiziaria ricevente<sup>6</sup>. Ciò significa che l’eventuale verifica del metodo, attraverso il quale si è raccolta la prova su cui si fonda la decisione, resta assorbita nel riconoscimento della decisione stessa. Quando, invece, l’oggetto del trasferimento è la prova, il “risultato” (la circolazione) dipende proprio dalla “qualità dell’accertamento” (e, pertanto, dal modello di raccolta)<sup>7</sup>. In questo caso l’osservanza del principio del mutuo riconoscimento «non esclude il potenziale concorso di giurisdizioni e anzi postula un collegamento fra le medesime»<sup>8</sup>: la prova “elaborata” in uno Stato membro, infatti, finirebbe per influenzare lo svolgimento – e, possibilmente, l’esito – del processo in corso presso un altro Stato.

L’opera di assimilazione di tale *modus procedendi*, evidentemente, non è fra le più agevoli. Si è più volte sottolineato come la prova<sup>9</sup> non costituisca un

<sup>5</sup> Così S. GLESS, *Strategie e tecniche per l’armonizzazione della prova*, in G. ILLUMINATI (a cura di), *Prova penale e Unione Europea*, Bononia University Press, 2009, p. 142.

<sup>6</sup> V., per alcune riflessioni sul punto, M. LUGATO, *La tutela dei diritti fondamentali rispetto al mandato d’arresto europeo*, in *Riv. dir. int.*, 2003, p. 42; nonché M. DE SALVIA, *Il mandato d’arresto europeo: una fuga in avanti?*, in M. PEDRAZZI (a cura di), *Mandato d’arresto europeo e garanzie della persona*, Giuffrè, 2004, p. 166 s.

<sup>7</sup> Già il Programma dell’Aja del 2004 aveva specificato come il principio del mutuo riconoscimento avrebbe gradualmente investito tutte le decisioni giudiziarie assunte nell’ambito di tutte le fasi del procedimento penale, ivi comprese quelle relative alla raccolta e all’ammissibilità dei mezzi di prova.

<sup>8</sup> Così O. MAZZA, *Investigazione prove e cooperazione giudiziaria su scala europea*, in *Processo penale e giustizia europea. Omaggio a Giovanni Conso*, Giuffrè, 2010, p. 155.

<sup>9</sup> Sarebbe più corretto parlare, in tale ambito, di “risultato probatorio” in quanto è quest’ultimo ad essere destinato alla libera circolazione

prodotto compiuto, ma sia «una costruzione legale astratta»; il prodotto di una «fattispecie processuale complessa»<sup>10</sup>, strettamente legata agli ordinamenti di appartenenza. La “prova” – qualunque ne sia la tipologia, e quella dichiarativa per definizione – non esiste in natura, ovvero nella sua compiuta materialità. Essa richiede un’attività che è del processo ed è, conseguentemente, legata alle caratteristiche di un determinato sistema processuale. Su di essa, secondo i principi e le regole processuali di cui si dota uno Stato, convergono non solo specifiche garanzie poste a tutela di diritti individuali, ma anche garanzie di tipo epistemologico. Si pensi al contraddittorio: principio che oggi assume nella nostra Costituzione rilievo non solo quale garanzia riconosciuta all’imputato, ma anche quale criterio metodologico; il “migliore”, si dice, attraverso il quale pervenire ad un risultato di indiscussa “qualità”, idoneo a fondare un giudizio penale<sup>11</sup>.

Il procedimento probatorio è, pertanto, fenomeno giuridico (oltre che logico) in cui il metodo influenza il risultato: attingendo ad un’abusata metafora venatoria, vien da dire che non solo «la caccia vale quanto la preda», ma anzi finisce per determinarne la qualità. È possibile, allora, ratificare un risultato re-

<sup>10</sup> In questi termini S. ALLEGREZZA, *Cooperazione giudiziaria*, cit., p. 710. S. GLESS, *Mutual recognition, judicial inquiries, due process and fundamental rights*, in J.A.E. VERVAELE (a cura di), *European Evidence Warrant. Transnational Judicial Inquiries in the EU*, Intersentia, 2005, p. 123, definisce la prova una «legal construct».

<sup>11</sup> P. FERRUA, *Il processo penale dopo la riforma dell’art. 111 della Costituzione*, in *Quest. giust.*, 2000, p. 55, è stato tra i primi a ritenere che oggi il principio del contraddittorio, dopo la sua definitiva costituzionalizzazione, rivendica la sua natura di strumento utile alla ricostruzione dei fatti, di nuovo «alleato e non nemico della verità». È un meccanismo imprescindibile di cui l’Autore esalta la precisa «forza epistemica» (ID., *Il “giusto processo” in Costituzione. Rischio contraddizione sul neo-contraddittorio*, in *Dir. giust.*, 2000, n. 1, p. 79). Con la “nuova” dimensione consacrata nell’art. 111 Cost., infatti, il contraddittorio ha superato la valenza di garanzia prettamente individuale, per divenire vero e proprio canone di esercizio della funzione cognitiva: metodo privilegiato di verifica degli enunciati fattuali ai fini dell’accertamento della verità. In ordine alla lettura del contraddittorio probatorio come «metodo preferibile per approssimarsi alla verità» v., ancora, L.P. COMOGLIO, voce *Contraddittorio*, in *Dig. disc. priv. (sez. civ.)*, vol. IV, Utet, 1989, p. 1 s.; P. FERRUA, *Contraddittorio e verità nel processo penale*, in ID., *Studi sul processo penale*, vol. II, *Anamorfosi del processo accusatorio*, Giappichelli, 1992, p. 45 s.; G. GIOSTRA, *Valori ideali e prospettive metodologiche del contraddittorio in sede penale*, in *Pol. dir.*, 1986, p. 13 s.; ID., voce *Contraddittorio (principio del)*, II *Dir. proc. pen.*, in *Enc. giur. Treccani*, Agg., vol. VIII, 2001, p. 1 s.; ID., *Quale contraddittorio dopo la sentenza 361/1998 della Corte costituzionale*, in *Quest. giust.*, 1999, p. 197 s.; ID., *Analisi e prospettive di un modello probatorio incompiuto*, ivi, 2001, p. 1128 s.; M. TARUFFO, *Modelli di prova e di procedimento probatorio*, in *Riv. dir. proc.*, 1990, p. 439 s.; G. UBERTIS, *La ricerca della verità giudiziale*, in ID., *La conoscenza del fatto nel processo penale*, Giuffrè, 1992, p. 27. Ancora G. UBERTIS, *La prova dichiarativa debole: problemi e prospettive in materia di assunzione della testimonianza della vittima vulnerabile alla luce della giustizia supranazionale*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 4062, ribadisce il valore euristico del contraddittorio quale metodo «migliore finora escogitato dagli uomini per l’accertamento della verità degli enunciati».

stando insensibili al metodo attraverso il quale vi si è pervenuti? Mostrare indifferenza riguardo a regole che, a differenza di quelle previste nel nostro sistema nazionale, non ne invocano l'indispensabile rispetto? Accogliere un prodotto allogeno coniato secondo schemi procedurali che non mostrano la medesima attenzione verso regole dettate dal legislatore nazionale, non solo in una chiave di tutela di garanzie soggettive, ma anche quale baluardo di garanzie epistemiche?

A ben vedere il problema delle forme dell'approvvigionamento probatorio ha una portata assai ampia. Al di là dal rilievo attribuito, entro i nostri confini nazionali, al relativo "metodo" di formazione, quello della prova dichiarativa è, infatti, un settore nel quale gli Stati europei mostrano da sempre le maggiori resistenze a rinunciare a porzioni di sovranità: le forme che ne disciplinano il procedimento acquisitivo costituiscono, infatti, la sintesi più efficace fra regole processuali e principi democratici. Per tale ragione gli organi comunitari hanno sempre nutrito un certo riserbo nell'affrontare in modo diretto il tema. La *quaestio* relativa alla raccolta e all'ammissione della prova dichiarativa si trova, così, in una sorta di cono d'ombra nell'ambito della legislazione europea ispirata al principio del mutuo riconoscimento: affrontata sempre *a latere* rispetto ad altre tematiche; attraverso un approccio eccessivamente *soft*; con soluzioni spesso disomogenee e a volte contraddittorie fra loro<sup>12</sup>.

4. *Il mandato europeo di ricerca delle prove: fra reciproco riconoscimento ed esaltazione della lex loci.* - Pur con la timidezza che ne ha contraddistinto l'incedere *in subiecta materia*, l'obiettivo che ha guidato le scelte del legislatore europeo è chiaro ed è stato ribadito, di recente, nel programma di Stoccolma: consentire la piena efficacia dimostrativa della prova dichiarativa (così come di tutti le altre tipologie di prova) in tutto il territorio dell'Unione indipendentemente dal luogo in cui la stessa si è formata o deve formarsi.

Note le tappe di un itinerario avviato, circa dieci anni or sono, con il Libro verde del 2001 sulla "Tutela degli interessi finanziari e istituzione del p.m. europeo" (COM 2001/715). In tale documento la Commissione segnalava come la mancanza di un riconoscimento automatico, all'interno di tutto il territorio dell'Unione europea, delle prove legalmente assunte in uno Stato

---

<sup>12</sup> Più in generale - e non con esclusivo riferimento, quindi, a quella dichiarativa - A. GAITO, *Il procedimento probatorio nell'evoluzione della giurisprudenza europea*, in ID. (a cura di), *Procedura penale e garanzie europee*, Utet, 2006, p. 48, sottolinea come «il concetto di prova (...) rivela anche sul piano della concreta attuazione tutta la sua problematicità, risolvendosi (...) in una operazione critica dove perennemente si ripropongono gli inquietanti e sempre nuovi interrogativi che sono propri di ogni dato esistenziale».

membro finisse con il frenare in modo irrimediabile l'azione penale nei casi di reati transnazionali. Si sosteneva, allora, che nell'impossibilità di congegnare un unico modello di ammissibilità, la sola risorsa possibile fosse costituita dal reciproco riconoscimento dei criteri di ammissibilità: «ciò comporterebbe l'obbligo di ammettere (...) qualsiasi prova legalmente acquisita in base al diritto nazionale di un altro Stato europeo» (6.3.4.1. rubricato "Ammissibilità delle prove"). L'unico requisito per poter riconoscere – secondo il Libro verde del 2001 – la prova assunta all'estero atteneva, perciò, alla sua acquisizione in conformità alle regole procedurali dello Stato di provenienza. Il rispetto della cosiddetta *lex loci* ne avrebbe garantito il riconoscimento, pur se assunta attraverso forme in contrasto con quelle "imposte" dallo Stato in cui la prova andrebbe ammessa e utilizzata.

I passaggi successivi non tradiscono tale *cliché*: sia in relazione alla prova precostituita, sia con riferimento alla prova costituenda. Essi si collocano sempre lungo il solco del principio del *locus regit actum* e perseguono l'obiettivo della "libera circolazione" della prova dichiarativa attraverso l'insostituibile vettore del mutuo riconoscimento: viatico irrinunciabile per la definitiva sostituzione degli strumenti tradizionali dell'assistenza giudiziaria<sup>13</sup>, anche prescindendo da una preventiva, seppur minimale, opera di armonizzazione.

Non si discosta da questa impostazione la decisione quadro 2008/978/GAI del 18 dicembre 2008. Il Mandato europeo di ricerca della prova (MERP) rappresenta la dimostrazione emblematica della tendenza a privilegiare, a livello europeo, il mutuo riconoscimento rispetto alla strada dell'armonizzazione, imponendo all'ordinamento nazionale di accogliere l'atto formato *ultra fines* senza intervenire in via preventiva attraverso una de-

---

<sup>13</sup> Si ricorderà come la Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo del 19 maggio 2005 (COM 195/2005 finale sul "Reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie in materia penale e il rafforzamento della reciproca fiducia tra Stati membri") si proponeva di inserire fra gli strumenti del principio del reciproco riconoscimento non soltanto le prove precostituite ma anche quelle costituende e, segnatamente, gli «interrogatori di sospetti, testimoni, esperti». Il Programma di Stoccolma del 2009 affermava come il Consiglio europeo avrebbe dovuto proseguire lungo questo percorso attraverso «l'istituzione di un sistema generale di acquisizione delle prove nelle cause aventi dimensione transfrontaliera basato sul principio di riconoscimento reciproco. Gli strumenti esistenti nel settore costituiscono una disciplina frammentaria. È necessario un nuovo approccio che pur ispirandosi al principio di riconoscimento reciproco, tenga conto altresì della flessibilità del sistema tradizionale di assistenza giudiziaria reciproca. Tale nuovo modello potrebbe essere di più ampia portata e dovrebbe contemplare quanti più tipi di prove possibili, nel rispetto delle misure interessate». La fattibilità di tale approccio è sondata dal Libro verde sulla ricerca e sulla ammissibilità delle prove in materia penale tra gli Stati membri, pubblicato dalla Commissione europea l'11 novembre del 2009 (COM (2009) 624 def.).

finizione dei caratteri minimi dell'atto stesso<sup>14</sup>.

Pur animato dalla "impetuosa" forza propellente del principio del mutuo riconoscimento, la decisione quadro 2008/978 opera alcuni distinguo. Il MERP ha, infatti, un perimetro di operatività limitato: riguarda la sola acquisizione di oggetti, documenti e dati; non si estende alla raccolta della prova orale<sup>15</sup>. Ai sensi dell'art. 4 par. 2 della decisione quadro 2008/978 è espressamente esclusa, infatti, la possibilità di ricorrere all'euro mandato probatorio al fine di richiedere all'autorità di esecuzione di condurre interrogatori e di raccogliere dichiarazioni (o realizzare altre forme di audizione) di soggetti indiziati, testimoni o periti; in questi casi è necessario ricorrere al tradizionale strumento delle rogatorie. La scelta sembra sintomatica della consapevolezza che quello della raccolta della prova dichiarativa ad oggi rappresenti un settore nel quale – seppur ciò non sia espressamente affermato – l'adozione del principio del mutuo riconoscimento non pare efficacemente praticabile in assenza di una seppur minima opera di armonizzazione<sup>16</sup>.

Invero, a fronte della formale preclusione all'acquisizione della prova dichiarativa costituenda, nulla esclude che contributi di eguale natura già raccolti possano essere oggetto di trasferimento attraverso l'euro mandato. Ai sensi dell'art. 4 par. 4, infatti, se i documenti recanti contributi informativi di tipo dichiarativo sono in possesso dell'autorità dell'esecuzione già prima dell'emissione del MERP, questi potranno essere acquisiti. Resta qui indifferente il modo attraverso il quale tali dichiarazioni sono state raccolte nello Stato di esecuzione; purché la raccolta – appare evidente – sia avvenuta conformemente alle regole ivi imposte. Anche la prova dichiarativa, pertanto, potrà di fatto formare oggetto della procedura agevolata di scambio.

Puntuali le sottolineature critiche in ordine ad una scelta che non può non avere ripercussioni sul fronte della tutela dei diritti della difesa<sup>17</sup>. Si tratterebbe, innanzitutto, di una prova assunta in un determinato contesto procedi-

<sup>14</sup> Così S. ALLEGREZZA, *Cooperazione giudiziaria, mutuo riconoscimento*, cit., p. 704 s.

<sup>15</sup> G. DE AMICIS, *Il mandato europeo di ricerca delle prove: un'introduzione*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 3041, ritiene che, nonostante i suoi limiti applicativi, il MERP costituisce «un passaggio importante nel processo di costruzione di un sistema europeo integrato di raccolta e circolazione delle fonti di prova».

<sup>16</sup> Per le titubanze in ordine all'opportunità di ricorrere al principio del mutuo riconoscimento nel più generale settore del trasferimento della prova penale v. S. GLESS, *Mutual recognition*, cit., p. 123.

<sup>17</sup> Sul punto R. BELFIORE, *Movement of Evidence in the EU: The present Scenario and Possible Future Development*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2009, n. 17, p. 5, che sottolinea come tale dato informativo potrebbe essere acquisito senza alcun contraddittorio con le parti ovvero senza la partecipazione degli organi inquirenti del procedimento di destinazione; negli stessi termini A. MANGIARACINA, *La circolazione della prova dichiarativa in ambito nazionale ed europeo*, in *Giust. pen.*, 2010, III, c. 442.

mentale; spesso, ancora, nei confronti di un imputato diverso da quello per il quale si sta procedendo; a volte, infine, per imputazioni non coincidenti. Soprattutto si tratterebbe di una prova assunta secondo regole diverse rispetto a quelle dello Stato di destinazione; regole che potrebbero, addirittura, porsi in contrasto con i requisiti previsti dallo Stato di emissione ai fini dell'ammissibilità della prova. Nei casi di contributo dichiarativo pre-acquisito rispetto all'emissione del MERP, infatti, non è certo possibile fare uso del meccanismo attraverso il quale chiedere allo Stato di esecuzione di ottemperare alle formalità e alle procedure espressamente indicate nel mandato (così come, invece, previsto in relazione alle prove non dichiarative da acquisire, ex art. 12 par. 1). Oltretutto, sempre in merito ai documenti preesistenti al mandato, non è prevista alcuna selezione fondata sulle finalità che ne hanno imposto la formazione: si potrebbe, cioè, importare materiale probatorio formato per ragioni estranee ad un procedimento penale. Un'importazione che potrebbe restare del tutto infruttuosa rispetto a quei sistemi processuali che limitano l'acquisizione di "prove" provenienti dall'estero alla circostanza che esse siano state formate all'interno di un procedimento penale<sup>18</sup>.

Al di là dalla possibilità di "sfruttare" il nuovo modello di approvvigionamento probatorio ai fini del "trasferimento" di contributi dichiarativi precostituiti, il MERP può riguardare anche la raccolta di dichiarazioni di persone presenti all'atto della sua esecuzione e direttamente collegate all'oggetto dello stesso: a norma dell'art. 4 par. 6, tali dichiarazioni andranno raccolte secondo le regole dello Stato di esecuzione. Anche qui con l'eventualità di dover introitare materiale probatorio acquisito secondo requisiti confliggenti con le regole di ammissibilità vigenti nello Stato membro di emissione; con il rischio concreto che tali prove siano di fatto inutilizzabili nel procedimento dal quale è scaturita l'emissione del mandato.

*5. Un modello difficilmente compatibile con il nostro sistema di "metabolizzazione" della prova dichiarativa formata ultra fines.* – Fermiamo la nostra attenzione sul rapporto esistente fra le indicazioni contenute nel testo della decisione quadro 2008/978 e il nostro apparato normativo in materia. È agevole riscontrare come il modello procedimentale offerto dal MERP presenti elementi di difficile compatibilità con le regole imposte dal sistema processuale nostrano in tema di trasferimento probatorio. Rispetto all'acquisizione di

---

<sup>18</sup> Si pensi, ad esempio, a quanto disposto dal primo comma dell'art. 78 disp. att. c.p.p.



prove già in possesso di un'autorità straniera, infatti, il nostro codice di rito prevede un'apposita disciplina caratterizzata da scarsa flessibilità; la medesima, d'altronde, che anima la "circolazione", da un procedimento all'altro, della prova formata entro i confini nazionali; una scelta, pertanto, connotata da evidente coerenza sistematica.

Sebbene le modalità di trasmissione di richieste aventi per oggetto gli atti di un procedimento penale straniero siano informate alla disciplina rogatoria, ai sensi dell'art. 727 c.p.p., le regole di introduzione di questi atti nel processo penale italiano (comprese le informazioni a contenuto dichiarativo) si distinguono rispetto alle regole previste in via generale per le prove assunte tramite rogatoria. L'art. 78 comma 1 delle disp. att. c.p.p. dispone che la documentazione degli atti di un procedimento penale estero (cioè di atti processuali formati *motu proprio* dall'autorità giudiziaria straniera nell'ambito di un procedimento penale nazionale autonomo e in assenza di una rogatoria) può essere acquisita al fascicolo per il dibattimento solo alle condizioni previste dall'art. 238 c.p.p.: alla condizione, cioè, che la "prova" sia stata elaborata nel contraddittorio dibattimentale o nell'incidente probatorio. Ciò significa che – indipendentemente dal *nomen iuris* attribuito all'istituto, trattandosi di prove formate in un contesto diverso da quello nazionale – occorre che la prova sia stata raccolta nel contraddittorio e avanti ad un giudice terzo e imparziale; e ancora, per quel che riguarda le prove dichiarative, che il difensore dell'imputato nel procedimento di destinazione abbia partecipato all'assunzione della prova nel procedimento di origine.

Le regole fissate dal rito italiano per il recupero della prova allogena non sono derogabili; non collocabili, in ogni modo, in una posizione di retrovia rispetto all'osservanza del principio del reciproco riconoscimento. Esse sono dettate, infatti, dall'esigenza di rispettare il contraddittorio nella duplice accezione oggi imposta dall'art. 111 Cost. e, per tale ragione, appaiono idonee a limitare fortemente l'operatività del modello di cooperazione introdotto con la decisione quadro 978/2008.

Come si potrebbe, d'altronde, avallare l'importazione di un risultato probatorio proveniente da ordinamenti in cui esiste una gestione della prova fondata su principi fortemente avversati politicamente nel nostro territorio? E d'altronde – argomentando *a contrario* – se ci fidassimo dell'operato degli organi stranieri, importando asetticamente il loro prodotto probatorio prescindendo da qualsiasi valutazione in ordine alla tecnica di raccolta, perché pretenderemmo dai nostri maggiore rigore? O perché dovremmo diffidare, in un'ottica *de iure condendo*, di riforme volte a riprodurre tali schematismi –

forse più duttili, più efficienti, ma meno garantiti – nel nostro sistema domestico?

Il reciproco riconoscimento, imponendo ai singoli Stati membri di accogliere il prodotto probatorio confezionato da altro Stato in assenza di condivise regole comuni e, magari, privo delle garanzie richieste dallo Stato ricevente per un atto domestico analogo, recherebbe oltretutto una duplice conseguenza negativa: non garantirebbe la qualità del prodotto su scala europea e, al contempo, abbasserebbe e intaccherebbe gli *standard* qualitativi che il singolo Stato importatore impone, paradossalmente, al proprio prodotto nazionale. Di qui, oltretutto, l'eventualità di un'aberrante conseguenza: il rischio di una decisione da fondare su di una piattaforma informativa caratterizzata da un evidente iato strutturale fra la prova "indigena" e la prova raccolta *ultra fines*; entrambe, però, "forzatamente" dotate di medesima efficacia dimostrativa.

6. *Dalla lex regit actum alle aperture verso il diritto esterno dello Stato richiedente: la Convenzione di assistenza giudiziaria del 2000.* - Ferme restando queste perplessità, la decisione quadro sul Mandato europeo di ricerca della prova (MERP), anche in considerazione del suo limitato raggio di azione, ha deluso le aspettative che su di essa si fondavano. Reciproco riconoscimento, senza una previa opera di armonizzazione, ed estrema chiusura al diritto esterno dello Stato richiedente, ne costituiscono gli aspetti salienti e, al contempo, finiscono con il fungere da freno al processo volto a rendere libera la circolazione della prova nel contesto europeo.

Dalla prova pre-constituita alla prova costituenda, il MERP segna, addirittura, un passo indietro rispetto alla Convenzione sull'assistenza giudiziaria adottata a Bruxelles nel 2000. Nel prevedere, come abbiamo visto, che la raccolta di dichiarazioni di persone presenti all'atto dell'esecuzione del MERP, e direttamente collegate all'oggetto dello stesso, debba avvenire secondo le regole dello Stato di esecuzione, la decisione quadro 978/2008 esclude qualsiasi apertura al diritto esterno in forza del quale l'autorità giudiziaria procedente dovrebbe operare secondo le regole vigenti nello Stato richiedente, ed espressamente indicate nella richiesta di assistenza. Da questo punto di vista la Convenzione del 2000 rappresenta, ad oggi, lo strumento più evoluto sul fronte della cooperazione giudiziaria<sup>19</sup>; seppur ostacolato, sul piano applicativo, dalla

---

<sup>19</sup> In questi termini M.R. MARCHETTI, *L'assistenza giudiziaria internazionale*, Giuffrè, 2005, p. 16 s., nonché R. BELFIORE, *Movement*, cit., p. 12 s.

sua natura convenzionale<sup>20</sup>.

Ai sensi dell'art. 4 della Convenzione sull'assistenza giudiziaria, «nel tentativo di facilitare l'innesto nel procedimento dello Stato richiedente della prova assunta *aliunde*»<sup>21</sup>, si prevede che «lo Stato membro richiesto osservi le formalità e le procedure espressamente indicate dallo Stato membro richiedente, salvo che la presente Convenzione non disponga diversamente e sempre che le formalità e le procedure indicate non siano in conflitto con i principi fondamentali del diritto dello Stato membro richiesto». La Convenzione, oltretutto e per quanto qui ci riguarda, non prevede alcuna restrizione in ordine al materiale probatorio suscettibile di essere oggetto di richiesta di assistenza giudiziaria: disciplina, anzi, in modo dettagliato le modalità attraverso le quali dare esecuzione alle richieste che abbiano ad oggetto l'acquisizione di una prova dichiarativa. Si pensi alle disposizioni che consentono l'utilizzo dello strumento della videoconferenza per acquisire la testimonianza ed, eventualmente, anche l'esame (art. 10)<sup>22</sup>; ovvero, limitatamente alla testimonianza, il ricorso alla conferenza telefonica (art. 11). Vale a tal proposito sottolineare come l'audizione sia condotta a distanza dalle autorità dello Stato richiedente, mentre l'autorità giudiziaria dello Stato richiesto vi partecipa in funzione di semplice garante; più precisamente, solo per sorvegliare il rispetto dei principi fondamentali del diritto interno. Pur trattandosi di atto compiuto da autorità e secondo regole procedurali esterne, qualora la persona compulsata rifiuti di sottoporsi all'esame ovvero deponga il falso, costei deve essere sottoposta al diritto dello Stato richiesto come se la sua audizione si fosse svolta nell'ambito di un procedimento nazionale<sup>23</sup>.

Con la previsione che lo Stato concedente assistenza sia chiamato a osservare le formalità e le procedure espressamente indicate dallo Stato membro richiedente, in luogo di quelle previste dal proprio ordinamento nazionale, la

<sup>20</sup> Com'è noto, le Convenzioni entrano in vigore solo dopo che metà degli Stati contraenti abbiano provveduto alla ratifica. Benché la Convenzione del 2000 sia entrata in vigore il 23 agosto del 2005, molti Stati – fra i quali l'Italia – non l'hanno ancora ratificata (sul punto v. A. MANGIARACINA, *La circolazione*, cit., c. 443).

<sup>21</sup> Così A. MANGIARACINA, *La circolazione*, cit., c. 443.

<sup>22</sup> Ricorda M. MENNA, *Mandato di ricerca della prova*, cit., p. 372, come in Italia lo strumento della videoconferenza, a prescindere dall'operatività della Convenzione di assistenza del 2000, sarebbe utilizzabile nelle ridotte ipotesi consentite dall'art. 205-ter disp. att. c.p.p.

<sup>23</sup> A. PERDUCA, *Prove, investigazioni e cooperazione giudiziaria su scala europea*, in *Processo penale e giustizia europea*, cit., p. 352, sottolinea come, attraverso la Convenzione di assistenza del 2000, il rapporto fra territorio ove si compie l'atto e legge applicabile si scosta dallo schema rigido della Convenzione del 1959 dove l'esecuzione della richiesta di assistenza è retto dal diritto e compiuto dall'autorità dello Stato richiesto. Ai sensi dell'art. 4 della Convenzione del 1959, infatti, l'autorità dello Stato richiedente può, al più, assistere all'atto senza disporre di alcuna altra facoltà.

Convenzione del 2000 realizza una vera e propria “rivoluzione copernicana” nell’ambito dell’assistenza giudiziaria; apprezzabile anche in termini di possibile “armonizzazione riflessa”.

La “nuova” Convenzione di assistenza giudiziaria, infatti, attraverso una sorta di “rogatoria partecipata”, innesta un meccanismo che può favorire un proficuo scambio non solo o soltanto di risultati probatori, ma anche «di regole epistemologiche, di riflessioni sul metodo»<sup>24</sup>; un ciclo virtuoso di “armonizzazione indotta” con atti normativi e di “armonizzazione spontanea”, dovuta ad una maggiore conoscenza degli altri ordinamenti e, in particolare, delle regole che governano l’acquisizione della prova orale<sup>25</sup>.

Sembra attingere a questa innovativa – e di certo condivisibile – impostazione, la proposta di direttiva del Parlamento e del Consiglio sui cosiddetti “Ordini investigativi europei” (OIE) del 24 giugno 2010<sup>26</sup>. Si tratta del documento più recente in materia che tende a siglare, *per tabulas*, un importante mutamento di prospettiva nelle politiche comunitarie in materia di cooperazione giudiziaria.

A norma dell’art. 8 della proposta, in relazione a qualunque tipo di attività investigativa richiesta dall’autorità giudiziaria emittente l’OIE e da eseguire sul territorio di uno Stato membro, si prevede la possibilità (preventivamente concordata tra le autorità di emissione e di esecuzione) che sia quella di esecuzione ad attenersi alla prescrizioni imposte dall’autorità di emissione; salvo che tali prescrizioni siano in conflitto con i principi fondamentali dello Stato di esecuzione. Il rispetto di tale *modus operandi* sarebbe garantito anche dalla possibile partecipazione dell’autorità dello stato di emissione all’assunzione dell’atto. Lungo la medesima direttiva di principio si pongono le successive disposizioni di cui agli artt. 21 e 22, riferite espressamente ai contributi a contenuto dichiarativo: da assumere tramite video o tele conferenza, secondo le regole importate dall’ordinamento dello Stato richiedente. Anche qui l’unico limite all’operatività delle regole allogene è connesso all’eventuale contrasto di esse con i principi fondamentali dello Stato di esecuzione.

#### *7. Gli insuperabili limiti del reciproco riconoscimento senza armonizzazione.*

---

<sup>24</sup> Così S. ALLEGREZZA, *Cooperazione giudiziaria, mutuo riconoscimento*, cit., p. 719.

<sup>25</sup> V., ancora S. ALLEGREZZA, *Cooperazione giudiziaria, mutuo riconoscimento*, cit., p. 719, che sul punto cita M. PISANI, *Intervento* nell’ambito del Convegno sul mandato europeo di ricerca della prova tenutosi ad Urbino il 16 aprile 2005.

<sup>26</sup> Il testo originario della proposta, pubblicato in GUUE C 165 del 24 giugno 2010, è stato già modificato in numerosi aspetti durante i negoziati. L’ultima versione pubblica è quella datata 8 giugno 2011.

- Se l'apertura verso il diritto dello Stato richiedente appare la soluzione più adeguata in ordine alla prova dichiarativa costituenda – per di più idonea a favorire una proficua osmosi fra sistemi processuali diversi – il ricorso al principio del mutuo riconoscimento non pare poter sortire analoghi risultati. Anzi: una forzata applicazione dell'obbligo comunitario di riconoscere alla prova dichiarativa raccolta all'estero, sulla base alla disciplina che in quel Paese ne governa gli *itinerari*, pari efficacia a quella acquisita dagli organi nazionali, in assenza di una preventiva opera di armonizzazione, condurrebbe alla creazione di un "ibridismo reciproco" dei sistemi penali.

Non si può di certo negare che «per essere pienamente efficace, il principio del riconoscimento reciproco dipende in gran parte dalla creazione di una cultura giudiziaria comune a livello europeo, basata sulla fiducia reciproca, su principi comuni, sulla cooperazione e su un certo livello di armonizzazione»<sup>27</sup>. Se ciò è vero, «il mantenimento di pratiche divergenti rischia di compromettere la reciproca fiducia che è il fondamento stesso del reciproco riconoscimento»<sup>28</sup>.

Queste affermazioni rendono evidente come la fiducia, che deve fare da implicito presupposto al riconoscimento dell'atto esogeno, s'implementa riducendo le differenze fra i sistemi normativi degli Stati. Non è possibile ritenere che nell'ambito del processo penale – e delle regole che governano l'approvvigionamento probatorio, in particolare – la reciproca fiducia sia un dato acquisito: com'è stato efficacemente sottolineato, «la fiducia reciproca non è un dogma assoluto, ma andrebbe coltivata sulla base di un'integrazione normativa almeno minimale (...) il suo rafforzamento è più un obiettivo da raggiungere con fatica che un presupposto stabile da cui partire»<sup>29</sup>. Se da un canto è vero che mutuo riconoscimento e libera circolazione degli atti processuali penali costituiscono l'asse portante dell'edificio comunitario, è peraltro vero che entrambi devono attingere la propria linfa vitale dalla reciproca fiducia fra gli Stati, per essere principi effettivi della cooperazione giudiziaria; e tale fiducia non può che basarsi su di un consistente grado di armonizzazione dei vari sistemi nazionali. «In un'Unione allargata la fiducia reciproca deve trovare fondamento nella certezza che tutti i cittadini europei hanno accesso

<sup>27</sup> Così si legge nella Proposta di raccomandazione del Parlamento europeo al Consiglio "Sullo sviluppo di uno spazio di giustizia penale dell'UE" (2009/2012(INI)) dell'8 aprile 2009.

<sup>28</sup> Cfr. *Libro verde presentato dalla Commissione sulle garanzie procedurali a favore di indagati e imputati in procedimenti penali nel territorio dell'Unione europea*, 19 febbraio 2003 (COM/2003/0075 def.), 1.7, p. 7.

<sup>29</sup> Le parole sono di S. ALLEGREZZA, *Cooperazione giudiziaria, mutuo riconoscimento*, cit., p. 694.

ad un sistema giudiziario rispondente a livelli di qualità elevati»<sup>30</sup>. In tal senso “reciproco riconoscimento” e “armonizzazione” dovrebbero rappresentare le due facce della medesima medaglia; gli strumenti sinergici per la costruzione di uno spazio giuridico comune europeo: «tra fiducia e armonizzazione ci deve essere interazione, non contrapposizione o sovrapposizione dell’una sull’altra»<sup>31</sup>.

Invero, fino ad oggi, l’esistenza di tale “presunta” fiducia ha operato da schermo per mascherare le indubbie differenze fra i diversi ordinamenti giuridici e da collante per il reciproco riconoscimento. Ha smorzato le intenzioni iniziali che vedevano il reciproco riconoscimento fungere da apripista o, comunque, procedere di pari passo con un certo grado di armonizzazione delle legislazioni nazionali (sia sotto il profilo sostanziale, sia processuale). D’altro canto l’insperata efficacia del mutuo riconoscimento ha agito da freno nei confronti di ogni tentativo d’integrazione almeno minimale; ha fatto del principio, coniato in occasione del consiglio europeo di Tampere, il succedaneo dell’armonizzazione, così da sterilizzare – per lungo tempo – il problema delle oggettive diversità esistenti fra i singoli ordinamenti degli Stati membri sul piano delle garanzie processuali<sup>32</sup>.

<sup>30</sup> Così nel Programma dell’Aja del 2004. Sul punto M. CARTABIA, “Unità nella diversità”: il rapporto tra la Costituzione europea e le Costituzioni nazionali, in *Diritto dell’Unione europea*, 2005, p. 582 s.

<sup>31</sup> Le parole sono di M. CHIAVARIO, *Giustizia europea e processo penale: nuovi scenari e nuovi problemi*, in *Legisl. pen.*, 2008, p. 468. Sull’indissolubile relazione fra armonizzazione e reciproco riconoscimento v. D. SPINELLIS, *Mutual recognition and harmonisation of national criminal legislations. The example of the european warrant of arrest*, in G. GRASSO-R. SICURELLA (a cura di), *Per un rilancio del progetto europeo. Esigenze di tutela degli interessi comunitari e nuove strategie di integrazione penale*, Giuffrè, 2008, p. 458 s.

<sup>32</sup> È bene puntualizzare che l’armonizzazione in ambito processuale è stata più proficuamente coltivata nella prospettiva vittimologica: prospettiva da sempre più coeva a finalità repressive e di difesa sociale, e notoriamente contrapposta alle garanzie dell’imputato. È, infatti, già del 2001 la decisione quadro relativa alla *Posizione della vittima nel procedimento penale* (2001/220/GAI). Più lento, e assai più articolato, l’iter con riferimento alla sfera delle garanzie dell’accusato. A fronte di una consistente produzione normativa fondata sul principio del mutuo riconoscimento, la decisione quadro sul rispetto dei diritti processuali dell’imputato, volta a introdurre regole di garanzia comuni, si è subito arenata allo stadio della proposta. Si ricorderà come di tale esigenza si fece portavoce, innanzitutto, un *Libro verde* presentato dalla Commissione il 19 febbraio 2003 (COM/2003/0075 def.). Di qui la *Proposta di raccomandazione del Parlamento Europeo al Consiglio su norme minime in materia di garanzie procedurali a favore di indagati ed imputati in procedimenti penali*, approvata il 6 novembre 2003, e la successiva *Proposta di decisione quadro del Consiglio in materia di determinati diritti processuali in procedimenti penali nel territorio dell’Unione europea* (COM/2004/328 def.). Questo itinerario, arrestatosi per lungo tempo, è stato riavviato in prossimità dell’entrata in vigore del Trattato di Lisbona (avvenuta il 1° dicembre 2009). È, infatti, del 30 novembre 2009 la *Risoluzione* del Consiglio relativa alla fissazione di una *Tabella di marcia per il rafforzamento dei diritti procedurali di indagati o imputati in procedimenti*

A lungo andare, però, la mancanza di un'armonizzazione "preventiva" – limitatamente ad alcuni settori che assumono nevralgica rilevanza per un'efficiente cooperazione giudiziaria – e l'ostinazione a non volerne intraprendere il relativo percorso, rischia di ingenerare «una crisi di rigetto da parte degli Stati membri»<sup>33</sup>. Il mutuo riconoscimento, più che approdo fisiologico in un sistema fondato sulla fiducia reciproca, finirebbe con l'apparire uno strumento di odiosa coartazione. Una formula edulcorata, volta a costringere il sistema nazionale "ricevente" a dare applicazione ad un atto estero che sente estraneo: non tanto per la provenienza, quanto per le regole che lo hanno prodotto<sup>34</sup>. Né può auspicarsi, in una prospettiva di rafforzamento dei principi fondanti la cooperazione giudiziaria, che sulla spinta data dall'obbligo di accogliere il prodotto allogeno, privo delle medesime garanzie ritenute imprescindibili dall'ordinamento nazionale per un atto analogo, si possa accedere ad un affievolimento progressivo delle stesse. In questo modo, infatti, l'attuazione doverosa della normativa comunitaria finirebbe paradossalmente per condurre ad un livellamento *in peius* del tasso di garantismo dell'ordinamento nazionale: secondo un modello patologico di armonizzazione verso il basso<sup>35</sup>.

8. *Il Trattato di Lisbona: una svolta in chiave di armonizzazione preventiva?*<sup>2</sup> – Il Trattato di Lisbona segna una svolta epocale. Pone le premesse per una nuova era della cooperazione giudiziaria; mossa dalla raggiunta consapevolezza dell'impossibilità per il mutuo riconoscimento – senza una preventiva opera di armonizzazione in alcuni settori "sensibili" – di reggere da solo il peso dell'Europa allargata e sempre più eterogenea (anche sotto il profilo delle regole probatorie).

L'art. 82 para. 2 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) apre le porte alla possibilità di adottare, secondo la procedura legislativa ordinaria, direttive che contengano norme minime anche in tema di ammissibilità

---

*penali* (2009/C – 295/01), i cui contenuti sono stati trasfusi nel *Programma di Stoccolma* del dicembre del 2009 (2010/C–115/01). Muovendo dalla *road map* fissata dal Consiglio, in rapida successione hanno visto la luce la *Direttiva sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali*, del 20 ottobre 2010 (2010/64/UE); la *Proposta di direttiva sul diritto all'informazione nei procedimenti penali*, del 20 luglio 2010 (COM/2010/392 def.); la *Proposta di direttiva relativa al diritto di accesso a un difensore nel procedimento penale e al diritto di comunicare al momento dell'arresto*, dell'8 giugno 2011 (COM/2011/326 def.).

<sup>33</sup> Le parole sono di S. ALLEGREZZA, *Cooperazione giudiziaria, mutuo riconoscimento*, cit., p. 712.

<sup>34</sup> In questi termini A. BERNARDI, *Strategie per l'armonizzazione dei sistemi penali europei*, in S. CANESTRARI-L. FOFFANI (a cura di), *Il diritto penale nella prospettiva europea*, Giuffrè, 2005, p. 379 s.

<sup>35</sup> Così, ancora, S. ALLEGREZZA, *Cooperazione giudiziaria, mutuo riconoscimento*, cit., p. 712.

reciproca delle prove fra gli Stati membri<sup>36</sup>. Per meglio dire: regole che riguardano la tecnica di raccolta sì da renderne ammissibile il risultato; come autorevolmente sostenuto, «regole intermedie fra i grandi principi e le regole procedurali di maggior dettaglio, giustamente da lasciare al legislatore nazionale»<sup>37</sup>.

Il solco tracciato dall'art. 82 para. 2 del TFUE è ben chiaro: il mutuo riconoscimento postula (limitatamente ad alcuni settori) una concezione della cooperazione che non può realizzarsi senza un'integrazione normativa minimale. Tale politica di armonizzazione è, infatti, adottata sempre nell'ottica prioritaria di conferire funzionalità al principio cardine che resta, comunque, quello del reciproco riconoscimento. Benché quella introdotta dal TFUE sia un'operazione ascrivibile senz'altro alle tecniche di armonizzazione<sup>38</sup>, essa è pur sempre finalizzata a «facilitare il riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie». Il Trattato di Lisbona non intende, infatti, l'armonizzazione come strumento volto ad individuare identiche regole che governino, in tutti gli Stati dell'Unione, l'acquisizione delle prove. La versione offertane dal Trattato è in chiave funzionalistica rispetto alla realizzazione del mutuo riconoscimento. L'armonizzazione è possibile, cioè, anche con regole differenti se almeno esse risultino collegate fra di loro da un dispositivo che ne permetta una certa omologazione, funzionale a rendere ammissibile la prova anche fuori dai confini nazionali<sup>39</sup>.

---

<sup>36</sup> È bene sottolineare come l'innovazione, connessa all'adozione delle regole minime attraverso il modello normativo della direttiva, finisca con l'aggravare l'ostacolo frapposto dall'evidente *deficit* democratico che caratterizzava le procedure legislative nell'ambito del Terzo Pilastro. L'idea di intervenire in termini di creazione di un *minimum standard*, specie in relazione alle garanzie processuali, non incontra il favore di tutti. Perplesità in tal senso, con riferimento al tema del mandato di arresto, avevano espresso già E. MARZADURI, *Tutela dei diritti individuali e disciplina del mandato di arresto europeo: spunti problematici sui contenuti delle disposizioni introduttive della legge n. 69 del 2005*, in *Ind. pen.*, 2005, p. 889 s.; S. MANACORDA, *Il mandato di arresto europeo nella prospettiva sostanzialpenalistica: implicazioni teoriche e ricadute politico-criminali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 889 s.

<sup>37</sup> Così M. CHIAVARO, *Giustizia europea e processo penale*, cit., p. 468.

<sup>38</sup> In questi termini S. ALLEGREZZA, *L'armonizzazione della prova europea alla luce del Trattato di Lisbona*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 3886.

<sup>39</sup> F.M. TADIC, *How harmonious can harmonisation be? A theoretical approach towards harmonisation of (criminal) law*, in A. KLIP-H. VAN DER WILT (a cura di), *Harmonisation and harmonising measures in criminal law*, Royal Netherland Academy of Arts and Sciences, 2002, p. 4, sottolinea, in termini generali, come armonia non sia sinonimo di uniformità: «l'uniformità è stata associata all'idea di fare ogni cosa allo stesso modo a di non lasciare alcuno spazio per la differenza e la peculiarità. (...) L'armonizzazione (invece) è un meccanismo attraverso il quale le cose possono funzionare in modo efficiente e senza conflitti, lasciando intatte le differenze e le scelte individuali». Ci ricorda, d'altronde, E. AMODIO, *Diritto di difesa*, cit., p. 553, che esiste un «valore che va salvaguardato: quello della *beauty*



Il testo dell'art. 82 para. 2 del TFUE non spinge, così, verso un'armonizzazione "globale" delle regole che consentano la libera circolazione del risultato probatorio in Europa. Il richiamo, in esso contenuto, alla necessità di tenere conto delle «differenze fra le tradizioni giuridiche e gli ordinamenti giuridici degli Stati membri» cristallizza tale assunto. Tra l'altro nulla impedisce agli Stati membri di «mantenere o introdurre un livello più elevato di tutela delle persone»<sup>40</sup>. Chi possiede, pertanto, *standard* d'ammissibilità più rigidi (si pensi alla nostra realtà normativa e all'ossequio prestato al principio del contraddittorio nella duplice veste oggettiva e soggettiva) è invitato a mantenerli. Se è vero che l'armonizzazione deve muoversi verso una *law of evidence* comune a tutti i sistemi, al contempo non è possibile che tale percorso possa trasformarsi in una sorta di forzata omologazione verso *standard* più arretrati di garanzie. Di guisa che, nell'accogliere il prodotto probatorio formato oltre confine, gli ordinamenti che adottano regole più "s sofisticate" incontrerebbero non poche difficoltà ad adattarsi a modelli allogeni che, pur se in linea con i requisiti minimi, non lo siano rispetto a quelli perentoriamente imposti dal legislatore dello Stato ricevente.

9. *Alla ricerca di un modello "minimale" condiviso.* – Il Trattato di Lisbona ha posto le basi di un coordinamento virtuoso: un'armonizzazione minimale quale necessaria premessa per un efficiente riconoscimento reciproco della prova formata *ultra fines*. L'armonizzazione si avvia, così, a riacquistare la sua dimensione di tecnica normativa: non più effetto indotto del mutuo riconoscimento delle sentenze e delle decisioni giudiziarie, ma attività preventiva necessaria per preparare il terreno alla circolazione degli atti giudiziari in generale e, per qual che ci riguarda, della prova (anche quella dichiarativa) in particolare. Viene a cristallizzarsi una sequenza nella quale l'armonizzazione favorisce il mutuo riconoscimento che, in tal modo, può operare quale solido veicolo a bordo del quale possono liberamente circolare gli atti processuali fra i diversi ordinamenti europei<sup>41</sup>.

Ferma l'ottica del mutuo riconoscimento, il tema delle regole probatorie di

---

*of diversity*. La bellezza della diversità ci insegna che è sbagliato puntare su un processo penale europeo destinato ad operare in tutti gli stati allo stesso modo».

<sup>40</sup> Secondo il tradizionale modello della "clausola di non regressione" idonea a garantire il rispetto di un livello di "protezione" più elevato qualora questo fosse già riconosciuto nella legislazione nazionale. La clausola di "non regresso" si porrebbe come garanzia rispetto al rischio di un arretramento imposto di alcune garanzie riconosciute in determinati Stati membri.

<sup>41</sup> Questa sequenza virtuosa è descritta da S. ALLEGREZZA, *Cooperazione giudiziaria, mutuo riconoscimento*, cit., p. 704.

ammissibilità – da affrontare secondo un approccio minimalista – non può che polarizzarsi sull'individuazione degli ostacoli alla libera circolazione per rimuoverli. In simile prospettiva, si è correttamente osservato, l'interesse primario non è quello di individuare l'orientamento prevalente, ovvero lavorare ad una strategia comune che promuova quelle regole processuali più idonee a bilanciare esigenze di giustizia e tutela dell'individuo, bensì quello di ottenere un risultato – il riconoscimento di una prova formata in uno Stato estero – rispetto all'elaborazione di un'ideologia condivisa<sup>42</sup>.

Muovendo da tale base concettuale, qual è l'armonizzazione possibile in relazione alla prova dichiarativa? La risposta al quesito non è certo agevole e le soluzioni ipotizzabili non paiono del tutto soddisfacenti.

Spesso si è sostenuto, nel negare l'esigenza di un intervento sul versante più generale dell'armonizzazione dei modelli di tutela dei diritti e delle garanzie processuali, che essa costituisse un dato già acquisito per effetto della vigenza, in tutti gli Stati membri, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU); la ormai cinquantennale giurisprudenza della Corte di Strasburgo avrebbe, oltretutto, più volte chiarito e assicurato l'effettività di questi diritti; per ciò solo, ormai, patrimonio comune di tutti gli ordinamenti europei<sup>43</sup>. Un'affermazione, quest'ultima, oggi rafforzata dalla sostanziale inclusione della CEDU, attraverso la Carta dei diritti fondamentali, nel Trattato di Lisbona. Non si può, di certo, negare che il testo della Convenzione e la ricchissima giurisprudenza della Corte europea abbiano contribuito a delineare e cementare un paradigma condiviso di principi e di garanzie; ma considerare tali pronunce la base da cui estrapolare le regole idonee a divenire l'ossatura del futuro processo penale europeo, significa dimenticare la peculiarità del contesto in cui sono state elaborate. Vi sono, pertanto, settori del diritto processuale penale in cui la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo appare del tutto inadeguata a fungere da «prodromo all'operare del principio del mutuo riconoscimento»<sup>44</sup>. La materia probatoria, specie quella di tipo ora-

---

<sup>42</sup> Così S. ALLEGREZZA, *L'armonizzazione della prova*, cit., p. 3887.

<sup>43</sup> Di questa opinione è A. BALSAMO, *Principio del contraddittorio, utilizzabilità delle dichiarazioni pre-dibattimentali e nozione di testimone tra giurisprudenza europea e criticità del sistema italiano*, in A. BALSAMO-R.E. KOSTORIS (a cura di), *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, Giappichelli, 2008, p. 338 s.

<sup>44</sup> Così S. ALLEGREZZA, *Cooperazione giudiziaria, mutuo riconoscimento*, cit., p. 704.

le rappresentativo, svela meglio di altre tale inadeguatezza<sup>45</sup>.

È bene ricordare che i Giudici europei non sindacano la correttezza del procedimento probatorio sotto il profilo dell'ammissione, assunzione o valutazione che rimane un compito di esclusiva pertinenza dell'autorità giudiziaria nazionale<sup>46</sup>. Quel che conta, per la Corte di Strasburgo, è stabilire se il procedimento penale, svolto nel singolo Stato, possa definirsi in concreto equo e rispettoso dei diritti della difesa nel suo complesso<sup>47</sup>. Il rispetto delle regole probatorie rappresenta, pertanto, solo un profilo di una valutazione più ampia che attiene all'equità dell'intero procedimento.

La prova, in altre parole, può anche essere affetta da qualche difetto strutturale (ad esempio, del contraddittorio e, pertanto, idonea a generare un *vulnus* al diritto di difesa) ma ciò non significa che sia di certo lesiva dell'equità processuale; specie quando il risultato così ottenuto non ha assunto carattere determinante per la decisione adottata dal giudice nazionale<sup>48</sup>. La stessa lesione del *right of confrontation*<sup>49</sup> può magari degradare il risultato informativo ottenuto (non da solo sufficiente a fondare l'affermazione di responsabilità), ma non vale ad escluderne perentoriamente l'utilizzo: possibile se corroborato da altre prove idonee<sup>50</sup>.

---

<sup>45</sup> È di questa opinione, fra gli altri, O. MAZZA, *Il principio del mutuo riconoscimento nella giustizia penale, la mancata armonizzazione e il mito taumaturgico della giurisprudenza europea*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 398 s.

<sup>46</sup> In tal senso v. Corte Eur. Dir. U., Lucà c. Italia, 27 febbraio 2001; Id., Kahn c. Regno Unito, 12 maggio 2001; Id., Melich e Beck c. Repubblica Ceca, 24 luglio 2008; Id., Taxquet c. Belgio, 13 gennaio 2009.

<sup>47</sup> Così Corte Eur. Dir. U., Van Mechelen c. Paesi Bassi, 23 aprile 1997; Id., De Lorenzo c. Italia, 12 febbraio 2004; Id., Gafgen c. Germania, 30 giugno 2008; Id., Taxquet c. Belgio, cit.; Id., Sohyan c. Turchia, 6 ottobre 2009.

<sup>48</sup> È un orientamento ormai cristallizzato nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo sin dal caso Kostowski c. Paesi Bassi, 20 novembre 1989. Il principio è stato di recente ribadito da Corte Eur. Dir. U., V.D. c. Romania, 16 febbraio 2010. Nel nostro sistema processuale, invece, la prova dichiarativa è normalmente (salvo, cioè, le ipotesi espressamente contemplate) inutilizzabile se non assunta nel contraddittorio, indipendentemente dalla circostanza se essa sia l'unica o sia accompagnata da altri elementi probatori: prescindendo, cioè, dall'incidenza della stessa sull'affermazione di responsabilità. Di recente Cass., sez. un., 25 novembre 2010, n. 27918, Stralcio, in *Guida dir.*, 2011, n. 43, p. 71, ha affermato – mutuando l'orientamento espresso dalla Corte EDU – che le dichiarazioni accusatorie rese fuori del contraddittorio, pur legittimamente acquisite, non possono da sole fondare l'affermazione di colpevolezza.

<sup>49</sup> Inteso come diritto, assicurato all'imputato, ad avere “un'occasione adeguata e sufficiente” per contestare le dichiarazioni raccolte segretamente e unilateralmente dagli organi inquirenti durante la fase investigativa (così Corte Eur. Dir. U., Delta c. Francia, 19 dicembre 1990): il cosiddetto “contraddittorio debole” o “sull'elemento di prova” (v. *infra*).

<sup>50</sup> Sul punto v. Corte Eur. Dir. U., Raniolo c. Italia, 21 marzo 2002; Id., Jerinò c. Italia, 7 giugno 2005; Id., Cipriani c. Italia, 9 febbraio 2006.

Nell'operare tale tipo di valutazione, inoltre, la Corte europea – per sua stessa ammissione – non resta insensibile ad «istanze preventive e repressive, ancorché calate nel contesto processuale»<sup>51</sup>: le medesime, tra l'altro, che animano l'affermazione del principio del mutuo riconoscimento. Proprio l'adesione a simili istanze non le hanno impedito, in diverse occasioni, di giustificare evidenti compressioni o attenuazioni di prerogative riconosciute agli imputati ai sensi dell'art. 6 comma 2 CEDU in relazione a indagini e processi in materia di criminalità organizzata o terrorismo<sup>52</sup>.

Quest'approccio della Corte di Strasburgo, guidato da un deciso pragmatismo<sup>53</sup>, renderebbe poco agevole l'opera d'estrapolazione, dalla sua giurisprudenza, di «regole probatorie generali destinate ad assurgere a rango di *standard* minimi dell'armonizzazione europea»<sup>54</sup>; o, perlomeno, avvierebbe verso un'operazione ad alto tasso di difficoltà e dagli indecifrabili approdi.

Il Giudice europeo dei diritti dell'uomo *de-struttura* e *de-localizza* la prova dichiarativa<sup>55</sup>: non individua in modo perentorio un unico contesto spazio temporale di acquisizione (il dibattimento e alla presenza dell'imputato<sup>56</sup>) ma impone solamente che ciascun contributo dichiarativo (anche se raccolto segretamente dagli organi inquirenti durante le indagini) sia, prima della decisione, «catarticamente “riscattato”»<sup>57</sup> dalla possibilità offerta all'imputato di interrogare quel dichiarante avanti ad un giudice terzo<sup>58</sup>; giudice che non si identifica necessariamente con quello chiamato ad emettere la decisione. Pur prediligendo, in via di principio, un'accezione “forte” del contraddittorio (*per* l'elemento di prova), la Corte europea non esclude, pertanto, la possibilità di un ricorso ad una versione più “debole” (*sull'*elemento di prova)<sup>59</sup>. Secondo

<sup>51</sup> L'amara osservazione è di O. MAZZA, *Investigazione prove e cooperazione giudiziaria su scala europea*, cit., p. 153.

<sup>52</sup> Cfr., ad esempio, Corte Eur. Dir. U., Brogan e altri c. Regno Unito, 29 novembre 1988.

<sup>53</sup> Il medesimo, come detto, che anima i fautori del principio del mutuo riconoscimento.

<sup>54</sup> Così O. MAZZA, *Il principio del mutuo riconoscimento*, cit., p. 398.

<sup>55</sup> L'espressione è di P. GAETA, *In tema di prova dichiarativa: appunti sulla giurisprudenza della Corte di Strasburgo e suoi riflessi sul sistema italiano*, versione dattiloscritta inedita, p. 5.

<sup>56</sup> Nonostante sia componente essenziale dell'equo processo, ex art. 6 CEDU, che il dibattimento pubblico sia il luogo dove, di regola, debba formarsi la prova: così F. CASSIBBA, *Il contraddittorio nella formazione della prova tra Costituzione e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 126.

<sup>57</sup> Così ancora P. GAETA, *In tema di prova dichiarativa*, cit., p. 6.

<sup>58</sup> In questi termini Corte Eur. Dir. U., Saïdi c. Francia, 20 settembre 1993; Id., Lucà c. Italia, cit.

<sup>59</sup> Per questa distinzione, con riferimento alla giurisprudenza della Corte europea in materia di contraddittorio nella formazione della prova, v. O. MAZZA, *La procedura penale*, in *Europa e giustizia penale. Gli speciali di Dir. pen. proc.*, 2011, p. 40.

tale impostazione giurisprudenziale, il contraddittorio “contestuale” alla formazione del contributo dichiarativo costituisce solamente il metodo preferibile, ma non quello esclusivo.

È dalla consapevolezza di questa logica *floue*<sup>60</sup>, che anima le decisioni dei Giudici di Strasburgo, che occorre muovere. Se volessimo, cioè, saggiare le indicazioni provenienti dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo quale base di partenza su cui edificare le “regole minime”, dovremmo accettare in alcuni casi una riduzione del quoziente di garanzia rispetto anche al nostro modello nazionale. Ci dovremmo accontentare – nell’impegno comunitario a metabolizzare il prodotto probatorio formato *a-liunde* – della più riduttiva adesione al diritto al confronto, quale succedaneo meno garantito del diritto al contraddittorio.

Il principio del diritto al confronto, da realizzare anche in un momento successivo rispetto a quello dell’assunzione della dichiarazione, impone una divaricazione strutturale attualmente insostenibile rispetto al sistema processuale penale italiano. Da noi, infatti, l’efficacia probatoria della dichiarazione testimoniale è inscindibilmente legata al contraddittorio “contestuale”: alla presenza, cioè, dell’imputato o del difensore nel momento in cui la prova si forma. La Corte di Strasburgo, invece, non disdegna di adottare soluzioni che si pongono a metà strada tra il contraddittorio *sulla prova* e quello *per la prova*: una scelta certamente in linea rispetto ad una visione del contraddittorio nella prospettiva di garanzia soggettiva evocata dall’art. 6 CEDU; poco accattivante e affatto coerente, per quanto riguarda il nostro sistema probatorio, da un punto di vista epistemologico.

10. *Inconvenienti e rischi di un’armonizzazione in chiave minimalista.* – Pur con le riserve sopra evidenziate e con l’auspicio di una sempre maggiore apertura verso l’innesto di forme di cooperazione “partecipata”, così come suggerite dalla Convenzione di assistenza del 2000<sup>61</sup>, l’impegno teso alla costruzione di un impianto di regole minime non consente di andare oltre un coacervo di inalienabili garanzie. Un approccio “minimalista” condurrebbe, al più, ver-

<sup>60</sup> L’espressione è di M. VOGLIOTTI, *La logica floue della Corte europea dei diritti dell’uomo fra tutela del testimone e salvaguardia del contraddittorio: il caso delle “testimonianze anonime”*, in *Giur. it.*, 1998, 851 s.

<sup>61</sup> Circa opportunità di coltivare la prospettiva offerta dalla Convenzione di assistenza giudiziaria del 2000 – specie con riferimento all’impiego di ritrovati della tecnica quali la videoconferenza e la conferenza telefonica, al fine di favorire l’immediata partecipazione di entrambi i contraddittori al momento genetico della prova – v. M. MENNA, *Mandato di ricerca della prova*, cit., p. 377.

so un accordo politico siglato intorno ad un «nocciolo duro»<sup>62</sup>, al di sotto del quale sarebbe altrimenti improponibile alcun discorso in termini di reciproco riconoscimento della prova dichiarativa formata (o da formare) *ultra fines*.

Per rendere circolabile l'audizione dell'imputato occorrerebbe, innanzitutto, garantirgli il riconoscimento del diritto al silenzio; la previa imposizione, pertanto, del relativo avvertimento; l'assistenza del difensore in sede di dichiarazioni predibattimentali. Riguardo al contributo dichiarativo del testimone (o del coimputato dichiarante sul fatto altrui) sarebbe sufficiente la garanzia del contraddittorio avanti al giudice (anche senza immediatezza, sul modello cioè dell'incidente probatorio): intesa come possibilità dell'imputato di avere un'occasione adeguata e sufficiente, durante o dopo l'esame, per confutare le dichiarazioni a suo carico.

Chiari gli inconvenienti e i limiti di tale percorso. Questo approccio di tipo funzionalistico (secondo un modello minimale che potremmo definire di impronta inquisitoria-garantita) non può che favorire, nel lungo periodo, quei sistemi processuali più flessibili<sup>63</sup>; meno formali nel disciplinare le cadenze del procedimento probatorio; con buona pace di quei sistemi che, invece, anche a scapito di una perdita di effettività della giustizia, hanno imboccato altre vie. La sussistenza della "clausola di non regressione" – contemplata, come visto, dallo stesso art. 82 del TFUE – consente, in ogni caso, agli ordinamenti dei singoli Stati membri di mantenere *standard* più elevati di garanzia rispetto a quelli adottati con direttiva. La conservazione dei più rigidi criteri di ammissibilità previsti dalla normativa nazionale (si pensi all'art. 78 disp. att. c.p.p. e al richiamo, ivi contenuto, all'art. 238 c.p.p.) continuerebbe, pertanto, ad ostacolare la libera circolazione della prova e finirebbe con il neutralizzare la capacità "funzionale" delle regole minime.

Ma è un altro il rischio più consistente che si annida tra le pieghe di questo processo volto alla costruzione di un apparato di "regole minime".

Come spesso è avvenuto in ambito europeo, un accordo politico potrebbe più facilmente trovarsi in relazione ad alcuni più circoscritti settori; ad esempio, in prima battuta, limitandone l'ambito di operatività ai processi che riguardano reati di criminalità grave con dimensione sovranazionale. Qui, però, la convergenza, spinta dall'interesse a trovare soluzioni più adeguate in chiave repressiva, potrebbe assestarsi su di uno *standard* di garanzie assolutamente

<sup>62</sup> Così M. BARGIS, *Costituzione per l'Europa e cooperazione giudiziaria in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 160.

<sup>63</sup> L'osservazione è di S. ALLEGREZZA, *L'armonizzazione della prova*, cit., p. 3888.

insufficiente in termini generali; lungo «binari speciali» meno garantiti perché dedicati, in via esclusiva, a fenomeni di particolare allarme sociale<sup>64</sup>. Il pericolo, sull'abbrivio dato da scelte caratterizzate da un migliore impatto in quanto ad efficienza, è che queste "regole minime" meno garantite finiscano, però, con acquisire una forte carica espansiva, tracimando al di là dei limiti originariamente imposti. Se ciò avvenisse, i «binari speciali» finirebbero con l'elevarsi a livello di regole comuni europee, con un evidente grave *vulnus* di garanzie: sia individuali, sia epistemiche. Un'evenienza, questa, intollerabile e che neanche la qualifica "europea", affidabile alla prova così formata, varrebbe a rendere meno odiosa.

---

<sup>64</sup> S. ALLEGREZZA, *L'armonizzazione della prova*, cit., p. 3891, segnala il rischio di questo effetto trascinamento in relazione all'eventuale ampliamento delle competenze del "futuribile" procuratore europeo, così come prospettato dall'art. 86 para. 4 del TFUE.