

MEZZI DI PROVA

| 116 IL MUTUO RICONOSCIMENTO E LA CIRCOLAZIONE DELLA PROVA (*)

Sommario: 1. Premessa. - 2. La nozione di mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie. - 3. Natura degli strumenti utilizzabili per l'attuazione del mutuo riconoscimento. - 4. La convenzione sull'assistenza giudiziaria fra gli Stati membri dell'Unione. - 5. Conclusioni.

1. PREMESSA

Sono passati soltanto sette anni da quando, per la prima volta, il principio del mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie trovò chiara ed aperta enunciazione in un documento politico.

Era il giugno del 1998, infatti, quando a Cardiff, un'ingegnosa applicazione del pragmatismo politico tipico della cultura britannica si tradusse in un formale invito del Consiglio europeo a verificare in quale misura potesse realizzarsi l'idea di una cooperazione giudiziaria fondata sul reciproco riconoscimento dei provvedimenti dei tribunali degli Stati membri.

Ebbene, quell'idea ha avuto una straordinaria fortuna.

Negli anni successivi non vi è stato documento politico e normativo che non l'abbia ripresa, dapprima timidamente (come nel caso del Piano d'azione comune del 3 dicembre 1998 del Consiglio e della Commissione, che si limitava a farvi riferimento quale uno degli strumenti possibili per dare la migliore attuazione alle disposizioni del Trattato di Amsterdam sullo spazio di libertà, sicurezza e giustizia), quindi con una sempre maggiore enfasi politica.

E così, in pochi anni, si è passati dall'impegnativa, ma generica enunciazione programmatica del Consiglio di Tampere del 15-16 ottobre 1999, secondo la quale quel principio avrebbe dovuto diventare il fondamento della cooperazione giudiziaria nell'Unione europea (tanto in materia penale quanto in quella civile) alla definizione del più articolato Programma di misure di attuazione del 29 novembre 2000 e, quindi, dalle prime effettive applicazioni normative (le Decisioni quadro sul mandato di arresto europeo del 13 giugno 2002 e sull'esecuzione degli ordini di blocco e sequestro dei beni strumento o prodotto dei reati del 22 luglio 2003) ⁽¹⁾ al fiorire di proposte di ulteriore estensione operativa (innanzitutto, in materia di ricerca della prova e di garanzie procedurali comuni per indagati e imputati, ma anche di applicazione delle sanzioni pecuniarie, considerazione delle sentenze di condanna definitive, etc.) per giungere alla solenne consacrazione del principio in parola quale architrave del sistema di cooperazione immaginato nel Trattato che ha adottato la Costituzione per l'Europa.

In ben pochi casi una costruzione concettuale ha avuto una così rapida e vasta fortuna.

Oggi, ancor più di prima, si impone di, tuttavia, di considerare se la felicità delle prospettive così inaugurate sia certa o se invece essa sia ancora tutta da costruire finanche esposta ai rischi di evaporazione pratica tipici delle soluzioni politico-giuridiche sostenute da un'onda di enfattizzazione tanto astrattamente rassicurante quanto pronta a ritirarsi per lasciare sul terreno le tracce evidenti di problemi la soluzione effettiva è assai più complessa.

di

Giovanni
Melillo

(*) Il presente scritto costituisce il testo rielaborato della relazione svolta al Convegno Jean Monnet, *L'area di libertà, sicurezza e giustizia: alla ricerca di un equilibrio fra priorità repressive ed esigenze di garanzia*, organizzato dalla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Catania (9-11 giugno 2005).

⁽¹⁾ Si tratta di meccanismi d'introduzione dei quali non casualmente ha trovato sperimentazione

intorno a quelli che possiamo considerare i due essenziali obiettivi delle politiche europee fin qui perseguite con relativa coerenza, come tali definiti, con poche e semplici parole, nella conclusione n. 6 del Consiglio europeo di Tampere del 15 e 16 ottobre 1999: garantire che i criminali non possano trovare nascondigli né occultare i proventi dei loro reati all'interno dell'Unione.

La materia della ricerca e della circolazione della prova nei procedimenti penali che si svolgono nel territorio dell'Unione è tuttora affidata alle negoziazioni intergovernative e dunque non è ancora cristallizzata in uno specifico, definitivo testo, ma può offrire, attraverso l'esame del *draft* sin qui predisposto dalle delegazioni impegnate nell'elaborazione del nuovo strumento, un'interessante specula di osservazione di questo orizzonte problematico.

2. LA NOZIONE DI MUTUO RICONOSCIMENTO DELLE DECISIONI GIUDIZIARIE

Ma, per pregiudiziali ~~fini~~ di chiarezza espositiva, occorre innanzitutto richiamare il nucleo essenziale della nozione di mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie.

L'idea originaria apparve, come si accennava, immediatamente lungimirante e feconda.

Di fronte ai ritardi e alle difficoltà di uno sforzo progettuale rivolto unicamente verso l'obiettivo di una mera semplificazione dei tradizionali strumenti di collaborazione giudiziaria posto a fondamento dell'idea di una sorta di cooperazione rafforzata tra gli Stati membri, si stagliava la luce dell'idea di affidare le sorti della cooperazione a fini di giustizia penale al principio secondo il quale allorché uno Stato non possa trattare una specifica questione in maniera eguale o almeno simile a quella di un altro Stato, la decisione giudiziaria adottata «sarà tale da essere accettata equivalente alla decisione che avrebbe adottato lo Stato interessato»⁽²⁾, sì che, in forza di una condivisa idea di fiducia reciproca e di equivalenza delle conclusioni giudiziarie, a queste ultime è possibile riconoscere effetti nella sfera di influenza dell'ordinamento di un altro Stato e, dunque, attraverso tale meccanismo, attribuire alla decisione effetti giuridici al di fuori del territorio dello Stato al quale appartiene l'autorità che l'ha adottata.

Trattandosi di decisioni definitive, l'attuazione coerente del principio comporta in astratto la presa d'atto che la decisione adottata in un altro Stato membro conclude l'*iter* giudiziario relativo a un determinato reato, rendendo inutile un'ulteriore decisione, secondo un criterio condiviso di esaurimento dei procedimenti possibili in ordine a quel medesimo reato.

Trattandosi di decisioni non definitive, come quelle finalizzate al blocco di un bene collegato da nessi di strumentalità o derivazione dal reato per il quale si procede ovvero all'assunzione della prova, l'attuazione del principio lascia in astratto intatto il problema del possibile concorso delle giurisdizioni e dunque del migliore raccordo fra le medesime, in *ogni* caso realizzandosi l'effetto di dare attuazione nella sfera di influenza giuridica di uno Stato agli effetti di una decisione originatasi in un altro sistema.

In generale, il Principio del mutuo riconoscimento postula un certo grado di armonizzazione delle legislazioni sostanziali e processuali, **ma**, nel contempo, si presta ad essere utilizzato anche in mancanza di tale condizione e può persino rendere inutile un'armonizzazione degli ordinamenti nazionali. **Una** sorta di coperta di Linus in grado di placare l'ansia derivante dalle difficoltà irrisolte.

Si tratta, in definitiva, di un contenitore concettuale la composizione effettiva del quale in larga misura dipende dall'incidenza dei criteri di volta in volta prescelti per misurarne la concreta efficacia.

In questa sua pragmatica plasticità risiede, del resto, la base della fortuna del principio, **ma**, al tempo stesso, l'ampiezza della banda di possibile oscillazione del suo significato reale ne rende strutturalmente instabili le prospettive applicative.

In sé, infatti, il principio è compatibile con visioni anche molto distanti fra loro, in dipendenza delle diverse opzioni astrattamente possibili sulla portata applicativa delle misure (globale o limitata ai reati più gravi?), sulla sorte del requisito della doppia incriminazione, sui limiti e le modalità del controllo affidato allo Stato di esecuzione.

Nel clima politico seguito agli eventi dell'11 settembre è prevalsa una linea politica

⁽²⁾ Così, testualmente, si esprime la Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo sul riconoscimento reciproco delle decisioni definitive in materia penale.

ambiziosa, ma alla consapevolezza degli scenari evolutivi aperti da una così rapida e persino tumultuosa affermazione dell'idea del riconoscimento reciproco deve realisticamente corrispondere una ponderata valutazione di un quadro di riferimenti assai più complesso ed articolato.

I meccanismi della cooperazione costruiti attorno ad un'interpretazione alta del principio del mutuo riconoscimento si caratterizzano, infatti, per la tendenziale eliminazione di ogni filtro politico, la completa giurisdizionalizzazione delle procedure, l'adozione di principi di semplicità, rapidità, immediatezza e massima fluidità degli scambi informativi delle procedure di trasferimento all'estero delle fasi esecutive dei provvedimenti giudiziari e, soprattutto, per l'abbandono tendenziale del principio della *lex fori* quale criterio di imputazione giuridico formale ed insieme di regolazione degli effetti degli atti di esercizio della giurisdizione che di volta in volta trova attuazione in sede di collaborazione fra Stati regolazione.

Ma sono possibili anche interpretazioni diverse.

Nel campo specifico dell'assistenza giudiziaria, possiamo allora riconoscere che il grado di semplificazione dei meccanismi di riconoscimento reciproco si rivela direttamente proporzionale alla reale distanza del funzionamento pratico del principio del mutuo riconoscimento dal tradizionale sistema della «rogatoria» che uno Stato sovrano presenta ad un altro ed alla quale questo decide di volta in volta se dare o meno seguito adottando un'autonoma decisione alla quale soltanto ricondurre la produzione di effetti giuridici, potendo, altrimenti, i due sistemi risultare assai simili in concreto.

Nei fatti quella distanza può essere, infatti, assai ridotta da procedure così complesse da consentire il riemergere della tradizionale diffidenza verso le manifestazioni delle altre giurisdizioni nazionali.

Nella concreta definizione delle procedure di ricognizione ed esecuzione si gioca dunque l'effettiva dimensione di innovatività del nuovo meccanismo.

Si tratta di una partita delicata e complessa, per di più articolata su due livelli di negoziazione politica: quello finalizzato all'adozione dello strumento dell'Unione che di volta in volta dà corpo normativo all'idea del riconoscimento reciproco e quello interno sotteso all'esigenza di successivo adattamento degli ordinamenti nazionali.

3. NATURA DEGLI STRUMENTI COMUNITARI UTILIZZABILI PER L'ATTUAZIONE DEL MUTUO RICONOSCIMENTO

Sull'uno e sull'altro piano riveste valore pregnante la natura degli strumenti utilizzabili per dare progressiva attuazione al principio del mutuo riconoscimento.

Gli strumenti applicabili alle materie dell'attuale terzo pilastro sono oggi insopportabilmente condizionati dalla necessità di autonoma traduzione normativa interna da parte degli Stati membri, ma la radicata forza di resistenza che spinge a considerare le differenze normative e di tradizione giuridica dei vari sistemi nazionali come fattore di diffidenza reciproca è probabilmente destinata a giocare un molo forte anche in quel sistema delle fonti immaginato dalla Costituzione europea e che oggi sappiamo essere ancora lontano.

E ciò non solo e non tanto perché il metodo intergovernativo è destinato a conservare rievanzanza anche nella cornice delle procedure di co-decisione alla base dei futuri strumenti delle leggi e delle leggi-quadro dell'Unione, quanto perché la possibilità, e in taluni casi (come per la fissazione di norme minime comuni in materia di ammissibilità reciproca delle prove e di tutela dei diritti della persona nella procedura penale) la necessità di ricorso alla legge-quadro per legiferare nello spazio comune rischia, come è stato già sottolineato⁽³⁾, di riprodurre nel rinnovato contesto costituzionale le attuali difficoltà di un pieno ed effettivo adeguamento degli ordinamenti nazionali.

Un atteggiamento programmatico di preventiva rinuncia ad istituire rigidi automatismi fra affermazione progressiva del principio del mutuo riconoscimento e innal-

⁽³⁾ Per tutti, sul punto, DE AMICIS-IUZZOLINO, *Lo spazio comune di libertà, sicurezza e giustizia nelle disposizioni penali del Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa*, in questa rivista, 2004, p. 3072.

zamento dei livelli di semplicità ed efficacia della cooperazione giudiziaria appare dunque assai più prudente e salutare, poiché consente anche di misurare la natura e la misura effettive dei rischi di anetramento della funzionalità dei meccanismi dell'assistenza giudiziaria insiti nelle difficoltà delle negoziazioni che si incontrano, nei lavori delle delegazioni di una comunità di 25 Stati che per di più tende ad allargarsi ulteriormente, allorquando si affrontano i nodi problematici connessi alle notevoli diversità degli ordinamenti processuali nazionali e ci si allontana dall'area di cooperazione definita dalle materie — come l'estradizione e il sequestro — più politicamente sensibili, perché sostenute anche da evidenti preoccupazioni di rafforzamento della capacità degli Stati di svolgere un'azione di assicurazione sociale di fronte a gravissime minacce.

L'esame della bozza di proposta di decisione quadro sul mandato probatorio europeo ⁽⁴⁾ costituisce un'utile banco di verifica della concretezza dei rischi in parola.

Una volta trasferito sul complesso terreno dell'assunzione e della successiva circolazione della prova, l'introduzione del principio del mutuo riconoscimento paga le difficoltà e i ritardi delle politiche di armonizzazione degli ordinamenti processuali.

Il nuovo strumento, dovuto all'iniziativa della presidenza olandese, è programmaticamente rivolto alla fissazione delle regole per dare esecuzione nel territorio di uno Stato membro dell'Unione europea al provvedimento dato dalla competente autorità giudiziaria di un altro Stato membro al fine dell'acquisizione di cose, documenti e dati rilevanti ai fini propri di una procedura penale.

Il rilievo dell'iniziativa appare immediatamente solo ove si consideri che le previsioni della proposta decisione quadro sono destinate a sostituire nei rapporti fra gli Stati membri le corrispondenti disposizioni contenute nei tradizionali strumenti convenzionali in materia di assistenza giudiziaria (la Convenzione del Consiglio d'Europa del 1959, come risultante dalle integrazioni apportate con i successivi protocolli addizionali del 1978 e del 2001 e la Convenzione di Strasburgo sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi del reato), destinate a conservare valore soltanto nei rapporti fra Stati membri e Paesi terzi.

Va, peraltro, detto che l'iniziativa dichiaratamente esclude dal campo di applicazione del principio del riconoscimento reciproco l'acquisizione:

— delle dichiarazioni di persone sospette, testimoni, esperti e di ogni altro genere (salvo quelle concernenti l'identità delle persone coinvolte nell'esecuzione del mandato probatorio e le dichiarazioni dalle medesime spontaneamente rese durante la fase esecutiva del mandato);

— di materiale biologico direttamente proveniente dal corpo di qualsivoglia persona;

— la captazione di comunicazioni, le operazioni di sorveglianza coperta e le ricerche di informazioni bancarie.

La finalità di acquisizione di oggetti, documenti e dati ne risulta così notevolmente circoscritta.

Di fatto, sembra plausibile ritenere che, essendo il sequestro probatorio regolato da un diverso strumento, il preponderante campo di applicazione della decisione quadro così proposta sarà essenzialmente definito dalla ricerca di documenti e dati informativi (che possono ritrovarsi anche fra quelli oggetto di raccolta e conservazione per ragioni preesistenti all'adozione del mandato e per finalità diverse da quelle della repressione di reati).

Ma pur nei rilevanti limiti oggettivi appena definiti, si tratta, comunque, di un passaggio normativo fondamentale, in grado di orientare profondamente il futuro assetto dell'assistenza giudiziaria in ambito europeo, ciò che risulta praticamente ancor più evidente ove si consideri che alla sua adozione dovrebbero seguire, secondo le linee programmatiche annunciate dal Consiglio Europeo nella Comunicazione al Parlamento europeo del 19 maggio 2005, analoghi strumenti al fine dell'acquisizione

⁽⁴⁾ Il documento intergovernativo considerato è quello n. 6673 del 24 febbraio 2005.

delle dichiarazioni di sospetti, testimoni ed esperti, del controllo delle movimentazioni finanziarie e dell'intercettazione delle comunicazioni telefoniche, vale a dire in relazione alle esigenze di assunzione informativa che *oggi* trovano regolamentazione nella Convenzione sull'assistenza giudiziaria fra gli Stati membri dell'Unione adottata a Bruxelles il 29 maggio 2000, la sorte della quale non potrebbe che vacillare per effetto dell'erosione delle sue basi applicative.

4. LA CONVENZIONE SULL'ASSISTENZA GIUDIZIARIA FRA GLI STATI MEMBRI DELL'UNIONE

Conviene allora esaminare i contenuti essenziali del documento.

L'adozione del mandato risulta subordinata (secondo il testo dell'art. 6 del *draft*) al concorso di una pluralità di condizioni.

Gli oggetti, i documenti e i dati ricercati

– devono essere necessari e proporzionati alle finalità della procedura dello Stato adottante;

– devono poter essere ottenuti, ancorché attraverso diverse misure, secondo la legge del Paese l'autorità del quale emette il mandato in un «*comparable case*» ove i medesimi si trovassero nel relativo territorio;

– devono formare oggetto di una preventiva valutazione di ammissibilità nel procedimento dell'autorità emittente;

– devono, come ovvio, poiché la cooperazione comporta costi non razionalmente giustificati ove si proceda ad una sorta di ricerca alla cieca, sussistere ragionevoli motivi per ritenere che si trovino nella disponibilità dello Stato di esecuzione (naturalmente, regole diverse sono destinate a valere per le ricerche in ambito bancario e finanziario secondo l'evoluzione del diritto convenzionale riferito ai rapporti fra Stati dell'Unione seguite alla presa d'atto della riluttanza di non pochi Paesi di riconoscere l'ammissibilità delle c.d. *fishing expeditions*).

Si tratta di condizioni ispirate da un'opportuna esigenza di responsabilizzazione delle autorità giudiziarie a fare uso ponderato dello strumento del mandato, ma anche di condizioni che valgono in qualche modo ad individuare una sorta di necessario minimo comune denominatore delle decisioni da eseguirsi nel territorio di un altro Stato membro e, per tale via, di una sorta di nucleo fondamentale di quelle norme minime che il § 2 dell'art. III-272 del Trattato costituzionale indica come necessarie per facilitare il riconoscimento reciproco delle decisioni, alla formazione del quale inerte anche un indiretto, ma palese valore di garanzia.

L'esecuzione del mandato di ricerca della prova è connotata dal superamento del principio della doppia incriminabilità, allorché, anche alternativamente, ricorra (art. 16) una delle seguenti condizioni

– ai fini dell'esecuzione del mandato, non sia necessaria una ricerca estesa a private premises;

– si proceda in ordine ad una delle offese ricomprese in un'apposita lista, coincidente con quella già accolta nel progetto di decisione quadro relativo alle sanzioni pecuniarie, ma ancora oggetto di rilevanti tensioni nei negoziati.

L'abbandono della clausola di *double criminality* è ovviamente coesistente ad un'idea alta del riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie, ma è bene considerare che in questo progetto si affaccia il tentativo di superare i confini delle liste, prefigurandosi una c.d. clausola di temporaneità, ancora molto contestata, che implica la rinuncia degli Stati ad *ogni* verifica di doppia incriminabilità una volta decorsi cinque anni dall'entrata in vigore dello strumento.

Non è facile prevedere il destino di questa clausola, affidato alla tenacia della delegazione francese, ma tale risultato, in materia di raccolta delle prove, era già in fatto maturato nelle prassi dell'assistenza giudiziaria.

È bastevole ricordare a tale riguardo le conclusioni rese dal Gruppo Pluridisciplinare nel Rapporto alla Commissione del 26 marzo 2001, redatto a conclusione del primo ciclo di valutazioni dell'adeguatezza dei sistemi nazionali ai fini dell'assistenza giudiziaria, per avere conferma del dato sostanziale secondo il quale quel limite, in

linea di fatto, aveva già un peso assai limitato nei rapporti fra Stati membri dell'UE, i quali, infatti, da tempo tendono a non farne applicazione alle domande di assistenza giudiziaria, anche se aventi ad oggetto perquisizioni e sequestri, formulate in procedure penali di altri Stati membri in materia di criminalità organizzata, sul presupposto non dichiarato, ma obiettivamente riconoscibile che ciò sia essenziale nel contrasto della criminalità organizzata e delle altre più gravi forme di criminalità.

Naturalmente, la codificazione di un principio di tendenziale irrilevanza della condizione di doppia punibilità ha in sé grande valore e riflette l'idea di una significativa evoluzione delle forme della cooperazione giudiziaria a fini di ricerca della prova che le resistenze nazionali sempre possibili in fase di adattamento interno non possono valere ad annullare.

Se non vi fosse da temere un rischio di stravolgimento dei principi e degli obiettivi dello strumento in sede di attuazione interna, (come dimostra la vicenda dell'adattamento normativo italiano alla decisione quadro sul mandato di arresto europeo), potrebbe dirsi altrettanto dell'ulteriore corollario secondo il quale le ragioni per contestare la sussistenza dei presupposti per l'adozione di un mandato probatorio possono essere giudizialmente dedotte soltanto dinanzi ad un giudice dello Stato di emissione, poiché ciò realizza un effetto di rotazione del sistema delle garanzie intorno all'asse fondamentale della legislazione dello Stato di emissione del mandato assolutamente coerente all'idea del riconoscimento reciproco e alla natura del procedimento di ricognizione ed esecuzione del mandato emesso sul fondamento della comune accettazione di quel principio.

Nel documento in esame assai interessanti sono le clausole con le quali si delineano le condizioni per l'esecuzione di un mandato probatorio europeo.

In particolare, meritano attenzione gli aspetti del prefigurato assetto di disciplina ai quali inerisce un rischio di recessione sul terreno della funzionalità della cooperazione a fini repressivi del tutto svincolato da obiettivi di correlativo innalzamento dei livelli di tutela dei diritti individuali.

Allorquando, infatti, si passa ad esaminare le condizioni e le modalità del procedimento di ricognizione ed esecuzione del mandato di ricerca della prova, ci si trova, infatti, di fronte ad elementi di novità che sembrano contraddire la stessa ragione dell'escogitazione del principio del riconoscimento reciproco, vale a dire l'esigenza di superare le fin troppo note, ma comunque perigliose secche del tradizionale sistema della rogatoria.

Nella bozza della decisione quadro si affacciano, infatti, condizioni e limiti dell'assistenza giudiziaria sconosciuti o dal rilievo grandemente più ridotto nella cornice delle relazioni di cooperazione possibili nell'abituale quadro di regole di diritto internazionale convenzionale.

Ad esempio, quando nella lett. a) paragrafo 1 dell'art. 12 della bozza si fissa il principio secondo il quale l'autorità richiesta di dare esecuzione al mandato «userà le misure le meno intrusive possibili per ottenere le cose, i documenti e i dati richiesti») non si richiama semplicemente un ovvio principio di proporzionalità fra istanza probatoria e strumento di ricerca della prova, come tale riconosciuto in ogni ordinamento e comunque già opportunamente ribadito in sede di disciplina delle condizioni di emissione del mandato.

Con la formula appena ricordata, invece, si introduce una clausola palesemente rivolta ad attribuire allo Stato di esecuzione del mandato un potere di sindacato sull'adeguatezza del mezzo di prova prescelto dall'autorità che quel mandato emette e, quale possibile espressione di tale controllo, una facoltà discrezionale di unilaterale individuazione del mezzo più idoneo di ricerca della prova.

Sarà così possibile all'autorità rogata di proporre, ad esempio, una richiesta di esibizione quale mezzo equipollente di esecuzione di una domanda finalizzata ad ottenere una perquisizione.

Ancora, quando si prevede (art. 12, paragrafo 1, lett. b) che una persona non possa essere richiesta di produrre cose, documenti o dati che possano comportare la sua incriminazione, si eleva a regola generale ed assoluta un canone di limitazione della

ricerca della prova come tale estraneo (trattandosi, giova ricordarlo dell'assunzione di prove non dichiarative) all'esperienza di gran parte degli ordinamenti europei, di fatto, sì da diffondersi limiti all'assistenza giudiziaria oggi sconosciuti almeno nei rapporti fra Stati dell'Europa continentale.

Senza considerare che la valutazione del potenziale rilievo di *self-incrimination* non è chiaro secondo quali parametri e orizzonti di riferimento procedurale possa e debba svolgersi, in astratto potendo variare grandemente i possibili criteri di quel giudizio probabilistico ovvero quel pericolo dipendere non già dalla produzione del documento ricercato, **ma** dall'incrocio con prove altrimenti acquisite e non facilmente conoscibili nella procedura di esecuzione ovvero porsi con riferimento non **già** al procedimento nell'ambito del quale il mandato è emesso, ma a fatti diversi da quelli per i quali si procede e che possono astrattamente richiamare l'interesse anche della giurisdizione di uno Stato terzo.

È evidente lo sforzo di individuare una base comune di garanzie della persona *mise en cause* in una procedura penale, ma anche a voler valorizzare unicamente questo profilo, l'apparente concretezza della tutela in tal modo apprestata convivenza non soltanto con l'irrisolto nodo di una previsione di una sanzione generale di inutilizzabilità della prova illecita, e in particolare di quella raccolta mediante il ricorso a trattamenti inumani e degradanti, ma anche con l'assenza di qualsivoglia clausola in tema di protezione dei dati personali.

Ma sul fronte dei rischi per la funzionalità della dimensione puramente repressiva della cooperazione vi è di più.

L'art. 15 della bozza di decisione quadro prevede l'ingresso fra i motivi di non ricognizione ed esecuzione del mandato probatorio l'infrazione del principio del *ne bis in idem* che, tradizionalmente permeante di sé il sistema dell'estradizione, non ha invece mai frenato il concreto sviluppo del sistema europeo dell'assistenza giudiziaria, salvo in casi, marcatamente connotati da grande delicatezza politica, nei quali la sua invocazione è valsa a dare parvenza di giustificazione giuridica ad un diniego politico di collaborazione.

Non essendo ancora concluso il complesso negoziato finalizzato all'adozione della decisione quadro destinata a definire la portata reale di quel principio di territorialità, non è ancora possibile prefigurare con certezza le ricadute dell'ingresso del principio del *ne bis in idem*.

Sotto due profili.

Il primo attiene all'estensione geografica della clausola di territorialità, poiché il testo oggi conosciuto prevede la sua opponibilità anche nell'ipotesi di infrazione del principio del *ne bis in idem* riferito alla giurisdizione di uno Stato membro terzo, senza che nulla sia detto in ordine alle modalità e alle condizioni di verifica di un limite derivante da una sfera di giurisdizione non interessata dalla procedura esecutiva.

Il secondo attiene alla portata generale della clausola di territorialità, poiché è evidente il rischio di dilatazione della sua applicazione connesso all'eventuale approvazione delle proposte **già** in campo che la definiscono in relazione al reato che, anche solo in parte sia considerato dallo Stato di esecuzione come commesso nel suo territorio.

In *ogni* caso, essendo ormai la dimensione marcatamente transnazionale delle strutture e delle attività criminali tale da determinare sempre più frequentemente procedimenti fra loro collegati in una pluralità di giurisdizioni, a maggior ragione assumerà rilievo decisivo il tema del coordinamento investigativo e l'effettività delle soluzioni possibili soltanto su quel presupposto per l'avvio e lo svolgimento delle indagini e delle azioni giudiziarie.

Già oggi è questo il terreno cruciale per valutare l'effettività dei meccanismi di cooperazione funzionali alla circolazione della prova nelle relazioni fra procedimenti di competenza delle autorità giudiziarie di Stati diversi.

Di fatto, il rilievo del tradizionale strumento rogatorio è, in misura non secondaria, correntemente modellato sulle relazioni di coordinamento delle procedure collegate, esercitandosi da parte degli uffici giudiziari una forte spinta a considerare la

rogatoria uno strumento residuale, da utilizzare prevalentemente, come canale di acquisizione di prove già raccolte in altra giurisdizione per i fini propri di questa, all'esito di contatti, sollecitazioni ed intese che consentono di ripartire convenientemente i campi di indagine per poi confrontare e scambiare gli esiti di prova raggiunti intorno a temi e programmi istruttori condivisi, ancorché formalmente distinti.

Si tratta di un dato di realtà dal rilievo enormemente crescente e dall'utilità visibile soprattutto nei rapporti con sistemi di disciplina delle rogatorie come quello italiano, connotati, sul piano passivo, da procedure pesanti, lente e farraginose e, sul piano attivo, dalla previsione di draconiane sanzioni di inutilizzabilità che, per giurisprudenza costante, non trovano applicazione al caso dell'acquisizione di atti già formati in procedimenti stranieri.

Ma, la consapevolezza che l'equilibrio del sistema dell'assistenza giudiziaria dipende da una serie di elementi e condizioni più complessa di quella definita negli strumenti specificamente destinati a regolare le condizioni di assunzione di una prova all'estero, nulla toglie alla percezione del rischio che la traduzione normativa del principio del mutuo riconoscimento a fini probatori possa comportare effetti di livellamento sugli standards più bassi dell'attuale assetto dei flussi di cooperazione nella ricerca della prova.

Si tratta di un rischio assai serio che impone di riflettere sulle prospettive complessive di un principio che la nuova Costituzione individua come l'architrave della cooperazione giudiziaria europea, ma anche come il cardine delle connesse, necessarie prospettive di armonizzazione delle normative sostanziali e processuali.

Entrambe le prospettive sono, infatti, essenziali.

Se è vero, infatti, che un percorso di integrazione normativa non può andare realisticamente oltre un certo punto, per l'insonnontabile ostacolo rappresentato dalla diversità delle tradizioni e delle esperienze nazionali, è altresì vero che, altrettanto realisticamente, l'attuazione del principio del mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie non può svilupparsi soltanto sul binario della definizione delle norme procedurali necessarie ad assicurare l'esecuzione nel territorio di uno Stato membro delle decisioni giudiziarie assunte da autorità di un altro Stato membro.

Una pur limitata prospettiva di integrazione normativa è essenziale al funzionamento di un sistema di cooperazione fondato sul principio del mutuo riconoscimento, poiché soltanto l'espansione del nucleo di regole di diritto sostanziale e processuale condivise consente di praticare effettivamente la fiducia verso gli altri sistemi giuridici che è alla base del principio del mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie.

Il nesso di strumentalità fra riavvicinamento delle normative nazionali e il riconoscimento reciproco delle decisioni è espressamente riconosciuto nel Trattato costituzionale (artt. 1-42 e III-270) e dall'armonico procedere degli strumenti e delle iniziative rilevanti sull'uno e sull'altro piano dipenderà la reale carica di positiva innovatività delle prospettive di cooperazione fondate sulla condivisione di quelle regole di equipollenza delle funzioni giudiziarie e di fiducia nel loro equilibrato esercizio che riconosciamo essere la sostanza profonda del mutuo riconoscimento, ma, più in generale, di uno dei più significativi profili del processo costituzionale di integrazione europea.

5. CONCLUSIONI

Nonostante le ferite aperte dagli esiti delle consultazioni popolari nazionali richieste ai fini della ratifica della Costituzione, sembra antistorico vagheggiare il ritirarsi di un'idea stessa di una Costituzione europea come fondamento di una comune sfera di azione pubblica attorno alla quale organizzare l'intreccio di funzioni comunitarie e delle residue potestà statuali necessario per dare risposta a problemi condivisi, ai quali, ormai da tempo, non è più possibile dare risposte isolate da parte dei singoli Stati.

I fatti dimostrano che la stessa idea di una cooperazione orizzontale fra Stati è largamente insufficiente rispetto alla gravità e all'urgenza delle sfide poste dalla dimensione transnazionale delle minacce alla sicurezza e alla libertà dei cittadini.

Se è ormai visibile la consunzione degli strumenti di cooperazione tradizionali (rogatorie, estradizione), persino le forme più nuove e moderne di collaborazione imperniate sul principio del mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie si riveleranno presto insufficienti.

Diverrà presto evidente la necessità di passare a coraggiose forme di cooperazione verticale che comporteranno l'abbandono di veri e propri architravi dei singoli sistemi nazionali.

Nonostante le ambiguità e le incertezze che ne hanno segnato la nascita, lo Statuto di *Eurojust* ha accolto con nitidezza l'idea che la cooperazione giudiziaria europea dovrà crescere attorno all'obiettivo del coordinamento delle indagini e delle azioni penali, dunque attraverso una variamente modulabile, **ma** certa e progressivamente sempre più forte centralizzazione in capo ad un organismo giudiziario di natura sovranazionale dei poteri e funzioni essenziali al raggiungimento dell'obiettivo di un felice raccordo delle giurisdizioni nazionali.

La stessa, pur cauta, previsione contenuta nel progetto di Costituzione europea della istituzione di un ufficio europeo del pubblico ministero vale ad indicare chiaramente che, da un certo punto in poi del processo di costruzione europea, non sarà più soltanto la faticosa armonizzazione delle leggi nazionali a guidare la realizzazione dell'idea di spazio giudiziario europeo, ma sarà l'integrazione delle strutture e degli apparati ad imporre regole giuridiche tendenzialmente uniformi, anche di rango o di incidenza costituzionale, nei singoli sistemi (come del resto è avvenuto nei settori da sempre comunitarizzati).