

ANNO LXIV (Seconda Serie) - N. 2

Marzo-Aprile 2009

RIVISTA
DI
DIRITTO PROCESSUALE

FONDATA NEL 1924 DA

G. CHIOVENDA, F. CARNELUTTI e P. CALAMANDREI

GIÀ DIRETTA DA

E. T. LIEBMAN e G. TARZIA

DIRETTORI

C. PUNZI e E.F. RICCI

COMITATO DI DIREZIONE

**M. ACONE - G. BONGIORNO - B. CAVALLONE
F. CIPRIANI - V. COLESANTI - L.P. COMOGLIO
C. CONSOLO - G. COSTANTINO - C. FERRI
R.E. KOSTORIS - S. LA CHINA - G. MONTELEONE
R. ORIANI - N. PICARDI - A. SALETTI
B. SASSANI - N. TROCKER - R. VACCARELLA**



CASA EDITRICE DOTT. ANTONIO MILANI
2009

DIBATTITI

IL PRINCIPIO DEL MUTUO RICONOSCIMENTO NELLA GIUSTIZIA PENALE, LA MANCATA ARMONIZZAZIONE E IL MITO TAUMATURGICO DELLA GIURISPRUDENZA EUROPEA (*)

SOMMARIO: 1. Una questione di metodo: la forza espansiva del mutuo riconoscimento. – 2. I limiti del reciproco riconoscimento senza armonizzazione. – 3. La libera circolazione della prova e l'insufficienza dell'armonizzazione per via giurisprudenziale. – 4. Il MER come scelta di retroguardia.

1. – Di fronte alle iniziative normative assunte negli ultimi anni dall'Unione europea e dal Consiglio d'Europa nel settore della cooperazione di polizia e giudiziaria non è difficile provare un vago senso di vertigine. Notevoli, per non dire insormontabili, sono le difficoltà che l'interprete incontra già nell'affrontare il primo gradino della sua opera, ossia nel reperire i materiali normativi e nel comprenderne l'effettiva valenza. Interventi scoordinati, discipline sovrapposte o, peggio ancora, confliggenti, fonti eterogenee, regolamentazioni settoriali di carattere eccezionale, insomma tutto quello che abbiamo sempre ritenuto fosse una prerogativa del legislatore italico trova pieno riscontro nei (mal)costumi europei.

Il più recente esempio di questo stato di cose mi sembra sia rappresentato dall'iniziativa assunta per l'approvazione definitiva del Mandato europeo di ricerca delle prove (indicato con il non particolarmente eufonico acronimo «MER») quasi contestualmente all'entrata in vigore internazionale della «nuova» Convenzione sull'assistenza giudiziaria fra gli Stati membri dell'Unione, adottata a Bruxelles il 29 maggio 2000. I due strumenti si sovrappon-

(*) Testo dell'intervento svolto al XX Convegno nazionale dell'Associazione fra gli studiosi del Processo penale «Gian Domenico Pisapia», tenutosi a Torino, 26-27 settembre 2008, sul tema «Processo penale e giustizia europea. Omaggio a Giovanni Conso».

gono e rispondono a logiche di cooperazione in larga misura inconciliabili, con il risultato che l'ambito di applicabilità della Convenzione è inevitabilmente destinato ad essere eroso dal Mandato europeo di ricerca delle prove, come del resto stabilisce l'art. 21 dello stesso MER. E vedremo in seguito che tale risultato potrebbe anche non essere propriamente auspicabile.

Dovendosi muovere in queste condizioni di obiettiva difficoltà, ritengo sia opportuno soffermarsi, anzitutto, su una questione di metodo. L'Europa dei 27 ha dimostrato in più occasioni di non essere politicamente in grado di imporre ai singoli Stati una legislazione processuale penale comune che favorisca e semplifichi la cooperazione giudiziaria. Preso atto di questa situazione, nella tradizione della *realpolitik* e con buona dose di pragmatismo, il Consiglio europeo di Cardiff del 1998 ha escogitato una soluzione tanto ingegnosa quanto fortunata nei suoi successivi sviluppi: fondare la cooperazione giudiziaria sul principio del mutuo riconoscimento.

Questo principio è diventato nel tempo l'architrave dell'intero sistema europeo di cooperazione giudiziaria e la sua straordinaria forza risiede nella capacità di ottimizzare i risultati con il minimo sforzo: volendo usare uno slogan, si potrebbe dire che vincola, ma non impegna a mutare la legislazione interna. Gli Stati aderenti all'Unione hanno sistemi giudiziari eterogenei che non sono perciò in grado di trattare singole questioni in modo uguale e a volte nemmeno simile. Per far sì che le decisioni assunte in uno Stato possano essere accettate da altri Stati membri come equivalenti a quelle interne, si ricorre all'idea della fiducia reciproca. L'esistenza di un rapporto fiduciario fra gli Stati membri funge da schermo per occultare le indubbie diversità e da collante per indurre il reciproco riconoscimento che, secondo il programma dell'Aja del 2004, investe, o meglio dovrà investire, le «decisioni giudiziarie prese in tutte le fasi dei procedimenti penali o ad essi altrimenti pertinenti, quali la raccolta e l'ammissibilità dei mezzi di prova, i conflitti di giurisdizione, il principio del *ne bis in idem* e l'esecuzione delle sentenze definitive di detenzione o altre sanzioni (alternative)».

Il principio del mutuo riconoscimento produce due fondamentali risultati a costo zero dal punto di vista dell'impegno nell'edificazione di un diritto processuale comune. Il primo è costringere tutti gli Stati a cooperare fra loro senza possibilità di obiettare alcunché in ordine alle modalità con cui vengono trattate le singole questioni dal proprio partner fiduciario; il secondo, ma non meno rilevante, riguarda lo spostamento dell'asse della cooperazione dai tradizionali rapporti politico-diplomatici a un livello semplicemente giudiziario. Del resto, se ci si fida l'uno dell'altro non ha senso un filtro politico ed è opportuno lasciare dialogare direttamente le autorità procedenti.

A dire il vero, nelle intenzioni iniziali il principio del reciproco riconoscimento avrebbe dovuto procedere di pari passo con un certo grado di armonizzazione delle legislazioni nazionali sia sostanziali sia processuali. La fiducia reciproca non è infatti un dogma assoluto, ma andrebbe coltivata sulla base di un'integrazione normativa almeno minimale.

Nella realtà, l'insperata efficacia del mutuo riconoscimento ha finito per travolgere ogni tentativo di ravvicinamento degli ordinamenti interni. Testimonianza eloquente di questo *trend* è l'ordine di priorità dato alla produzione normativa in materia: si è deciso di adottare le decisioni quadro sul mandato di arresto europeo, sull'esecuzione degli ordini di blocco e sequestro dei beni strumento o prodotto dei reati, fondate appunto sul mutuo riconoscimento, mentre la decisione quadro sul rispetto dei diritti processuali dell'imputato, volta a introdurre regole di garanzia comuni, è rimasta allo stadio della proposta.

In altri termini, ci si è resi conto che se a livello teorico il reciproco riconoscimento postula l'armonizzazione, in pratica tale principio si presta ad essere impiegato in modo altrettanto efficace come succedaneo dell'armonizzazione stessa, sterilizzando il problema delle diversità esistenti fra i singoli ordinamenti degli Stati membri.

Sono perfettamente consapevole che la critica al metodo del mutuo riconoscimento non brilla certo per originalità, tanti altri prima e meglio di me hanno saputo mettere in luce i rischi connessi a questo tipo di «tecnica legislativa». Penso alla relazione di ieri del prof. Chiavario o alle intelligenti riflessioni di una giovane studiosa come Silvia Allegrezza. Nondimeno, credo che in questa sede alcune considerazioni vadano ribadite.

L'idea di giustizia penale che ci fornisce l'Europa comunitaria è francamente poco rassicurante. La presa d'atto del sostanziale fallimento delle politiche volte alla costruzione di diritti e garanzie comuni ha indotto ad accantonare la questione dell'armonizzazione, dando la precedenza a strumenti connotati da evidenti finalità preventive e repressive.

Come ha sottolineato il dott. Perduca nella sua relazione, lo spazio comune di giustizia è stato finora costruito con l'attenzione rivolta soprattutto alle istanze di difesa sociale rispetto a gravi forme di criminalità organizzata e transnazionale. Possiamo accettare che il processo penale su scala europea, sotto forma di cooperazione giudiziaria, sia considerato prevalentemente alla stregua di uno strumento di difesa sociale?

Sembra una domanda retorica a cui è scontato rispondere negativamente. A ben vedere, però, si tratta di un quesito che in Europa non ci si pone nemmeno. È infatti convinzione diffusa che non sia necessario intervenire sul vestante dell'armonizzazione, e del conseguente riconoscimento di diritti e garanzie processuali comuni, perché l'armonizzazione, l'Europa dei diritti dell'imputato, sarebbe già un dato acquisito per effetto della vigenza in tutti gli Stati membri della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. La cinquantennale giurisprudenza della Corte europea di Strasburgo avrebbe poi assicurato l'effettività di tali diritti.

L'assunto, tuttavia, non convince.

Anzitutto, sembra banale dirlo, soprattutto dinanzi a un uditorio così qualificato, la Corte europea è per sua vocazione naturale il giudice del caso singolo e non il giudice delle leggi. Ma anche quando il sindacato eccezio-

nalmente sfocia nella rilevazione di un difetto strutturale della legislazione nazionale, e ciò accade a fronte di violazioni «seriali» dei precetti convenzionali, nulla garantisce che il singolo Stato si adegui ai dettami del giudice europeo. Basti pensare al nostro Paese e alle difficoltà che ancora incontriamo nel garantire un processo contumaciale conforme all'ortodossia europea, nonostante lo sforzo di riforma del 2005 (d.l. 21 febbraio 2005 n. 17 conv. in l. 22 aprile 2005 n. 60), come ha efficacemente denunciato il prof. Ubertis nel suo intervento.

Il punto di osservazione della Corte europea è poi necessariamente diverso da quello del legislatore e dei giudici nazionali. I processi a Strasburgo vengono esaminati nel loro insieme, una volta terminati, e ciò incide non poco sulla tipologia della decisione che viene assunta. Ad esempio, singole violazioni di diritti fondamentali potrebbero non essere determinanti nella valutazione complessiva dell'equità del processo. Quelle singole violazioni sfuggite al vaglio a maglie larghe della Corte europea, pur non contaminando il processo nella sua interezza, potrebbero però investire uno specifico atto destinato ad entrare nel circuito del mutuo riconoscimento, con intuibili conseguenze, come vedremo tra poco, parlando specificamente della circolazione della prova.

Occorre inoltre ricordare che, a fronte della minaccia terroristica, la Corte europea, per sua stessa ammissione, non è un giudice insensibile alle istanze preventive e repressive, ancorché calate nel contesto processuale. È infatti giurisprudenza consolidata che indagini o processi per reati di terrorismo giustificano un'attenuazione delle garanzie riconosciute agli imputati (cfr., ad esempio, C. eur. dir. uomo, 29 novembre 1988, Brogan e altri c. Regno Unito; C. eur. dir. uomo, 6 settembre 1978, Klass e altri c. Germania), a evidente detrimento della presunzione d'innocenza pur sancita dall'art. 6 comma 2 Cedu. E con questa considerazione il cerchio potrebbe dirsi chiuso, nel senso che la vocazione comunitaria alla difesa sociale trova un preciso avallo anche nella giurisprudenza della Corte europea, quantomeno di fronte alla sfida del terrorismo.

2. – Al di là delle considerazioni appena svolte, la giustificazione offerta al mutuo riconoscimento dalla constatazione che tutti gli Stati membri si sono già da tempo obbligati all'osservanza della Convenzione europea dei diritti dell'uomo svela la sua intrinseca debolezza non appena si passi dal livello teorico a quello pratico-esemplificativo, riferito a casi in cui il giudice di Strasburgo non ha ritenuto violati i principi della Convenzione. Lo dico a malincuore, con il sentimento di chi tradisce un amore giovanile, ma occorre smitizzare la giurisprudenza della Corte europea.

Pensiamo, ad esempio, alla possibilità di processare bambini di dieci anni dinanzi alle Corti inglesi. Il giudice europeo non ha stigmatizzato l'assenza di ragionevoli soglie di imputabilità, ma solo i modi di conduzione del processo, peraltro pubblico (C. eur. dir. uomo, grande camera, 16 dicembre

1999, T. c. Regno Unito; C. eur. dir. uomo, grande camera, 16 dicembre 1999, V. c. Regno Unito). Saremmo disposti ad accettare, sulla fiducia, che nel circuito del reciproco riconoscimento entrino i prodotti (deteriori) di simili accertamenti giudiziari? E che dire delle testimonianze anonime ammesse dall'ordinamento processuale olandese, in sé non contestate dal giudice europeo (C. eur. dir. uomo, 23 aprile 1997, Van Mechelen e altri c. Paesi Bassi), salva la regola di valutazione quali prove non determinanti? Potremmo accettare che un provvedimento cautelare o una sentenza di condanna si fondino, anche solo in parte, su tali elementi conoscitivi?

La relazione del dott. Perduca, con approccio opportunamente prudente, si chiede se il principio del mutuo riconoscimento, beninteso non preceduto da una consistente opera di armonizzazione, rappresenti una parziale finzione. Per quanto mi riguarda, non vi è dubbio che si tratti di una vera e propria finzione che dal punto di vista interno svela una buona dose di ipocrisia e incoerenza, non solo da parte del legislatore, ma anche degli studiosi del diritto. Noi stessi, come potremmo giustificare l'importazione di decisioni o atti giudiziari provenienti da ordinamenti dove le indagini sono condotte dalla polizia, dove il pubblico ministero è sottoposto al potere esecutivo e non vige il principio dell'obbligatorietà dell'azione penale o dove i presupposti delle intercettazioni non sono particolarmente rigorosi, e al tempo stesso condurre sul fronte domestico battaglie politico-culturali in difesa degli opposti principi? Se ci fidiamo della polizia inglese che governa autonomamente la fase investigativa, delle valutazioni di opportunità nell'esercizio dell'azione penale da parte del pubblico ministero francese o britannico, delle intercettazioni operate nel Regno Unito, perché dovremmo diffidare di riforme volte a riprodurre nel diritto interno situazioni analoghe?

3. – Il principio del mutuo riconoscimento opera su due livelli distinti di cooperazione. In presenza di una decisione definitiva, l'accertamento compiuto da uno Stato membro comporta per tutti gli altri la presa d'atto che l'iter giudiziario per quel determinato reato si è ormai concluso e che tale decisione non può più essere rimessa in discussione.

Quando, invece, si tratta di decisioni non definitive, come quelle in tema di blocco dei beni o di assunzione della prova, l'osservanza del principio non esclude il potenziale concorso di giurisdizioni ed anzi postula un collegamento fra le medesime, con la conseguenza che l'atto processuale compiuto da uno Stato membro finirà per influenzare lo svolgimento procedimentale in corso presso un altro Stato. È intuibile che i maggiori problemi nascano proprio in questa seconda eventualità, ulteriormente aggravati quando oggetto della cooperazione giudiziaria è la materia probatoria.

Mutuando la terminologia mercantile del primo pilastro, si auspica la libera circolazione della prova. Il parallelo è davvero suggestivo e ci permette di andare subito al cuore della questione: la libera circolazione delle merci è stata preceduta e accompagnata nel tempo dall'imposizione agli Stati membri

di rigidi standard di qualità produttiva a tutela dei consumatori europei. Non altrettanto è avvenuto per le prove. Non solo non si è pensato di introdurre elevati requisiti di qualità, ma non sono stati nemmeno previsti livelli minimi di garanzia rispetto ai quali omologare la merce probatoria, con la conseguenza che oggi si profila la libera circolazione di prodotti potenzialmente nocivi per i consumatori, siano essi le autorità giudiziarie, gli imputati o le vittime del reato.

Ma vi è di più. Il reciproco riconoscimento potrebbe imporre ai singoli Stati di accogliere l'atto compiuto all'estero anche quando fosse privo delle garanzie richieste dall'ordinamento nazionale per un atto analogo. La libera circolazione delle prove, se perseguita con il metodo finora praticato, porterebbe con sé una duplice conseguenza negativa: non garantire la qualità del prodotto su scala europea e, al tempo stesso, abbassare o intaccare gli standard qualitativi che il singolo Stato importatore si fosse dato.

Come si è già accennato, la materia probatoria svela meglio di ogni altra l'inconsistenza dell'argomento che di solito si oppone ai critici della mancata armonizzazione «preventiva», ossia che comunque in Europa un modello di garanzia c'è già ed è costituito dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo letta alla luce della giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

Al riguardo, è la stessa Corte europea, in ogni decisione riguardante il rispetto dell'art. 6 Cedu, a premettere che tale disposizione non regola specificamente il procedimento di acquisizione della prova che rimane di esclusiva competenza dei singoli ordinamenti nazionali. Il giudice europeo non può quindi impegnarsi a sindacare se una prova sia stata correttamente ammessa, assunta o valutata dall'autorità procedente nazionale, dato che ogni paese gode di un ineliminabile margine di apprezzamento autonomo. Quello che conta per la Corte di Strasburgo è stabilire se il procedimento penale svolto nel singolo Stato, considerato nel suo complesso, possa dirsi equo e rispettoso dei diritti della difesa, come ci ha brillantemente ricordato il giudice Zagrebelsky con la sua relazione. Il rispetto delle regole probatorie è dunque solo uno degli aspetti oggetto di un apprezzamento complessivo in termini di equità. Questa impostazione si traduce spesso nella considerazione che la prova affetta, ad esempio, da un difetto di contraddittorio, e dunque lesiva dei diritti della difesa, non pregiudica comunque l'equità processuale nella misura in cui non sia risultata determinante per la decisione assunta dal giudice nazionale. La valutazione circa il carattere determinante o meno della prova lascia ampi spazi di discrezionalità non imbrigliabili nei parametri oggettivi che sembrerebbe evocare la logica controfattuale.

Da un approccio così spiccatamente pragmatico è pressoché impossibile estrapolare regole probatorie generali destinate ad assurgere al rango di standard minimi dell'armonizzazione europea. Sarebbe una notevole forzatura interpretativa ritenere, ad esempio, che la giurisprudenza europea imponga sempre e comunque il rispetto del contraddittorio almeno differito sulla fonte di prova. Per la Corte europea, infatti, anche elementi spuri, assunti in viola-

zione dei diritti della difesa, possono concorrere alla formazione del convincimento del giudice purché non in misura determinante.

Peraltro, nell'attuale situazione non si cercano nelle pieghe della giurisprudenza di Strasburgo principi da codificare in atti normativi comunitari destinati all'armonizzazione. Al contrario, si parte dall'assunto che è sostanzialmente inutile una regolamentazione *ad hoc* poiché già ora l'opera del giudice europeo imporrebbe standard di qualità probatori sufficienti per fondare il mutuo riconoscimento e la libera circolazione.

Se certamente è auspicabile lo sforzo comunitario di delineare la sagoma di una prova di qualità europea che tragga spunto da alcuni principi giurisprudenziali, non è invece accettabile l'idea di sentirsi già oggi al riparo sotto l'ombrello della Corte europea.

Proviamo per un momento a pensare a un'ipotesi drammaticamente realistica. Di recente, il giudice di Strasburgo ha escluso la violazione dell'equità processuale, sotto il profilo del *nemo tenetur se detegere*, in un caso in cui l'imputato era stato interrogato dalla polizia che gli aveva estorto dichiarazioni confessorie sotto la minaccia di tortura. Il verbale di interrogatorio non è stato poi acquisito agli atti del dibattimento, ma sulla base della confessione viziata gli inquirenti hanno trovato riscontri oggettivi che, portati a conoscenza del giudice, hanno indotto l'imputato a rendere una nuova confessione dibattimentale. È chiara la concatenazione tra la confessione estorta, i riscontri oggettivi frutto dell'albero avvelenato e la successiva confessione dibattimentale volontaria. Nondimeno, secondo la Corte europea, la confessione estorta e gli accertamenti consequenziali non sono risultati prove determinanti per la condanna che, al contrario, si è fondata principalmente sulla confessione dibattimentale, con il risultato di escludere la violazione dell'art. 6 commi 1 e 3 Cedu (cfr. C. eur. dir. uomo, sez. V, sent. 30 giugno 2008, Gäfgen c. Germania). Gli elementi raccolti grazie alla confessione estorta, tra cui va annoverata anche la confessione dibattimentale solo apparentemente volontaria, ma in realtà indotta dal peso dei riscontri oggettivi della prima confessione inutilizzabile, sono passati indenni al vaglio della Corte europea e sarebbero perciò potenzialmente spendibili nel circuito della cooperazione giudiziaria europea.

Forse non ci rendiamo conto, ma con pronunce di questo genere siamo scivolati perfino al di sotto della già contestabile (e contestata) giurisprudenza della Corte suprema degli Stati Uniti d'America. Nel caso *Chavez v. Martinez* deciso il 27 maggio 2003, il giudice supremo d'oltreoceano ha escluso la violazione del V emendamento della Costituzione statunitense perché la confessione ottenuta nel corso di un interrogatorio non preceduto dagli avvertimenti di rito (*Miranda warnings*), e condotto dalla polizia con metodi non proprio ortodossi, non era stata utilizzata processualmente nei confronti dell'imputato stesso. Negli Stati Uniti d'America il limite minimo della «decenza» è rappresentato dalla inutilizzabilità *contra se* della confessione estorta, in Europa dall'utilizzazione probatoria non determinante.

Credo non ci sia bisogno di aggiungere altro per dimostrare l'impraticabilità e la pericolosità dell'idea che il mutuo riconoscimento e la libera circolazione delle prove siano affidati all'opera armonizzatrice della Corte europea.

4. – A onor del vero, anche il legislatore continentale, pur non ammettendolo espressamente, appare preoccupato per le difficoltà e i rischi di una piena interscambiabilità probatoria. Lo dimostra la timidezza con cui viene affrontato il tema dalla proposta di decisione quadro sul Mandato europeo di ricerca delle prove.

Ci si poteva aspettare che, come il mandato d'arresto europeo ha superato (o cerca di superare) il sistema dell'extradizione, così il mandato probatorio avrebbe dovuto surrogare le rogatorie. In realtà, la più recente decisione quadro delude le aspettative e si presenta di basso profilo, limitata com'è all'acquisizione di oggetti, documenti e dati. Sono espressamente escluse dal suo ambito di operatività le prove orali, quelle scientifiche, le intercettazioni.

Se da un lato viene circoscritto il perimetro delle attività probatorie interessate, dall'altro il Mandato europeo di ricerca delle prove porta alle estreme conseguenze il principio della fiducia reciproca, giungendo ad eliminare la clausola della doppia incriminazione, a meno che non si tratti di perquisizioni e sequestri.

Sarà forse un atteggiamento poco «moderno», ma credo che sia ancora molto difficile accettare l'idea che un'indagine giudiziaria penale venga condotta sul nostro territorio per fatti che la legislazione interna non considera reato.

Le sorprese del Mandato europeo di ricerca delle prove non finiscono qui. Mostrando i sintomi di una non trascurabile «schizofrenia legislativa», peraltro ben nota in Italia, il nuovo strumento di cooperazione sembra contraddire le ragioni del reciproco riconoscimento, risolvendo condizioni tipiche del sistema delle rogatorie. Mi riferisco, ad esempio, alla clausola che attribuisce all'autorità di esecuzione la competenza per «scegliere le misure che conformemente alla legislazione nazionale assicurano la messa a disposizione degli oggetti, documenti o dati richiesti dal MER e per decidere se è necessario ricorrere a misure coercitive per fornire tale assistenza. Ogni provvedimento reso necessario dal MER è adottato secondo le norme procedurali dello Stato di esecuzione» (art. 11 comma 2). L'autorità che riceve il mandato ha quindi il potere di scegliere le modalità d'esecuzione che ritiene più opportune: volendo esemplificare, un mandato finalizzato alla perquisizione potrà essere discrezionalmente trasformato in un'istanza di esibizione. Soprattutto, l'attività probatoria verrà compiuta dall'autorità destinataria del mandato nel rispetto della legislazione interna. La sovranità nazionale ne esce così rafforzata a dispetto del principio del mutuo riconoscimento.

Questo ritorno agli schemi classici delle rogatorie, sia pure sotto le mentite spoglie del Mandato europeo di ricerca della prova, è in stridente contra-

sto con la via intrapresa dalla nuova Convenzione europea di assistenza giudiziaria il cui art. 4 stabilisce che, «nei casi in cui l'assistenza è concessa, lo Stato membro richiesto osserva le formalità e le procedure espressamente indicate dallo Stato membro richiedente».

Siamo giunti al paradosso che uno strumento tradizionale di assistenza giudiziaria, come la Convenzione di Bruxelles del 2000, contiene importanti novità, apre al diritto esterno e si pone come tassello fondamentale per uno spazio giudiziario comune dove le autorità procedenti possono operare come se fossero all'interno del loro Stato di appartenenza, mentre uno strumento di ultima generazione, qual è il Mandato europeo di ricerca della prova, ripropone vecchie condizioni, come l'applicazione del diritto dello Stato richiesto, che erano i connotati tipici della Convenzione del 1959.

Mi avvio alla conclusione consapevole che nella mia interlocuzione ha trovato spazio solo la *pars destruens*. D'altronde è difficile sforzarsi di essere costruttivi quando il migliore auspicio che si può formulare è che il MER non entri mai in vigore per lasciare spazio operativo alle nuove forme di rogatoria introdotte dalla Convenzione di Bruxelles del 2000, che peraltro l'Italia deve ancora recepire.

Ad ogni modo, la prospettiva dovrebbe essere quella di rimeditare i principi stessi della cooperazione giudiziaria. Il mutuo riconoscimento non può più reggere il peso di un'Europa allargata e giocoforza sempre più eterogenea. La situazione potrebbe aggravarsi ulteriormente con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona che rivoluziona l'intera materia della cooperazione giudiziaria. Agli atti del terzo pilastro sarà infatti esteso il metodo comunitario con il rafforzamento del ruolo del Parlamento europeo e l'adozione della maggioranza qualificata come regime ordinario di votazione. Le decisioni quadro lasceranno spazio alle direttive e ai regolamenti, con evidenti ricadute sul sistema delle fonti interne. La Corte di giustizia dell'Unione europea – si chiamerà così – assumerà competenze più estese, potendo giudicare anche norme di procedura penale finora escluse dal suo sindacato.

Sebbene lo stesso Trattato di Lisbona preveda che il principio guida in materia rimanga il reciproco riconoscimento, seguito, in via sussidiaria, da quello del ravvicinamento delle legislazioni penali, non sembra azzardato pronosticare un cortocircuito fra il rafforzamento della normativa europea e il permanere di profonde disarmonie negli ordinamenti nazionali.

Per evitare ciò sarebbe auspicabile almeno un'inversione dell'ordine delle priorità, dando per una volta la precedenza all'armonizzazione, magari incominciando proprio dal recupero del progetto di decisione quadro volta a garantire i diritti processuali dell'accusato.

Ma la vera soluzione non può che essere l'utopia di un processo penale europeo, riprendendo lo spirito più che le idee del *corpus juris*. Parlare di un progetto così ambizioso sembra una comoda fuga dalla realtà. Non bisogna

però dimenticare che anche l'Europa più di cinquant'anni fa appariva un'utopia che, tuttavia, si è realizzata grazie alla pervicacia di chi non si è arreso di fronte alle difficoltà.

OLIVIERO MAZZA
*Professore straordinario
nell'Università di Milano-Bicocca*