



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MESSINA
DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

CORSO DI DOTTORATO DI RICERCA IN “SCIENZE GIURIDICHE” – XXXVI CICLO

Curriculum: *Tutela penale e garanzie della persona nel diritto interno, comparato, europeo ed internazionale:
profili sostanziali e processuali. Nuove tecnologie e diritti della persona*
SSD: IUS/16

*Parità delle armi e indipendenza delle autorità giudiziarie
nella giustizia penale transnazionale in Europa*

Dottoranda
Dott.ssa Antonella Falcone

Tutor
Chiar.mo Prof. Stefano Ruggeri

Coordinatrice del Corso di Dottorato
Chiar.ma Prof.ssa Concetta Parrinello

*Parità delle armi e indipendenza delle autorità giudiziarie
nella giustizia penale transnazionale in Europa*

INDICE

PARTE I

PARITÀ DELLE ARMI E INDIPENDENZA DELLE AUTORITÀ GIUDIZIARIE NELL'ESPERIENZA DEL PROCEDIMENTO PENALE. UNA PROSPETTIVA INTERLIVELLO NELLA TRIANGOLAZIONE FRA CEDU, DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA E SISTEMI NAZIONALI

CAPITOLO I

Giustizia penale transnazionale, parità delle armi e indipendenza delle autorità giudiziarie nel contesto giuridico dell'Unione europea: questioni preliminari

1. Introduzione alla ricerca	9
2. Il contesto giuridico di riferimento e la problematicità dell'argomento	11
3. Il giusto processo penale e la <i>par condicio</i> nei procedimenti penali transnazionali	15
4. L'indipendenza del sistema giudiziario e i suoi riflessi sulla parità delle armi nel panorama della giustizia penale transnazionale	18
5. Oggetto e struttura della ricerca	20
6. Metodologia	25
7. Obiettivi della ricerca e risultati attesi	28

CAPITOLO II

Il principio della parità delle armi quale postulato dell'equo processo nello spazio giuridico europeo

1. Premessa	30
2. Alla ricerca della vera essenza dei principi della <i>par condicio</i> , dell'indipendenza e dell'imparzialità	32
2.1 Dalle leggi ateniesi sulla parità delle armi ai giudizi divini medievali	32
2.2 I Tribunali ecclesiastici della Santa Inquisizione	33
2.3 I (timidi) tentativi di affermare la parità delle armi e l'indipendenza nelle <i>Ordonnance criminelle</i>	34
2.4. Dall'Illuminismo al secondo dopoguerra. Dalla teorizzazione del principio di separazione dei poteri alla tutela universale dei diritti umani	36

3. L'approccio sistematico al principio dell' <i>equality of arms</i> nella giurisprudenza della Corte Edu: tra solenni affermazioni e frequenti temperamenti	38
3.1. Il ruolo della <i>par condicio</i> nel procedimento penale. Inquadramento di carattere generale	38
3.2 Il diritto a «tempo e mezzi adeguati» e il problema della <i>discovery</i> digitale	41
3.3 Il diritto al confronto e il problema dell' <i>untested evidence</i>	43
3.4. La partecipazione personale al processo come presupposto primo della parità delle armi	45
4. La parità delle armi nel quadro giuridico dell'Unione europea: compromessi, lacune e nuove sfide	46
4.1 <i>La par condicio</i> secondo le Direttive del Programma di Stoccolma	48
4.2 Il contributo della vittima alla dialettica processuale e la necessità di fornirle “più armi”	53
5. Il principio della parità nell'assetto costituzionale italiano, tedesco e spagnolo a confronto	55
5.1 Verso un accettabile equilibrio tra difesa e accusa nel procedimento penale italiano	55
5.2 Parità delle armi nei procedimenti penali in Spagna e Germania e il problema delle accuse private	58
6. Conclusioni preliminari	61

CAPITOLO III

L'indipendenza delle autorità giudiziarie nello scenario giuridico europeo

1. Le diverse declinazioni dell'indipendenza giudiziaria e la loro rilevanza rispetto alla <i>par condicio</i>	64
2. Il rapporto inscindibile tra il principio di parità delle armi ed il principio d'indipendenza secondo una visione circolare dei due principi	71
3. La mancata previsione di garanzie di indipendenza del pubblico ministero nelle fonti internazionali e sovranazionali	73
4. Il principio di indipendenza in Italia, Germania e Spagna: modelli organizzativi a confronto	77
4.1 Caratteristiche essenziali della magistratura italiana e condizioni politiche del suo sviluppo nel dopoguerra	77
4.2 La duplice declinazione di indipendenza professionale e personale in Germania. Il problema del pubblico ministero funzionario	83
4.3 L'unità e l'indivisibilità del potere giudiziario spagnolo e la difficoltà ad affrancarsi dalla zavorra politica	87
5. Indipendenza e asimmetrie tra le parti processuali: (preliminari) rilievi conclusivi	90

PARTE II

PARITÀ DELLE ARMI E INDIPENDENZA DELLE AUTORITÀ GIUDIZIARIE NELLA GIUSTIZIA PENALE TRANSNAZIONALE

CAPITOLO I

Giustizia penale transnazionale, giusto processo e parità delle armi nello spazio giuridico europeo

1. Introduzione	94
2. <i>Par condicio</i> ed equità del procedimento nella cooperazione giudiziaria in materia penale secondo la giurisprudenza della Corte Edu	96
2.1. Garanzie partecipative, parità delle armi e giusto processo: verso un tendenziale riequilibrio delle posizioni asimmetriche delle parti nel procedimento penale transnazionale	99
3. <i>Fairness</i> del procedimento, parità delle armi e cooperazione giudiziaria in materia penale nello scenario giuridico dell'Unione Europea	103
3.1 Le Direttive Stoccolma e la tutela (imperfetta) della parità delle armi: rilevi critici dalla prospettiva dell'equo procedimento transnazionale	106
4. Osservazioni generali e riflessioni conclusive	110

CAPITOLO II

Il principio di indipendenza delle autorità giudiziarie e la progressiva affermazione della tutela dei diritti fondamentali nelle procedure del mandato d'arresto europeo

1. Premessa	113
2. Mandato d'arresto europeo, garanzie di indipendenza ed evoluzione delle nozioni di "autorità giudiziaria emittente" e "autorità giudiziaria di esecuzione" nel diritto dell'Unione europea	116
2.1 La nozione di «autorità giudiziarie» nella prima e seconda bozza della Decisione quadro sul mandato d'arresto europeo	116
2.2 L'evoluzione della nozione di "autorità giudiziaria emittente" secondo la Corte di giustizia e le garanzie di indipendenza del pubblico ministero: coordinate ermeneutiche comuni, soluzioni opposte	119
2.2.1 L'assenza "in astratto" di garanzie di indipendenza della <i>Staatsanwaltschaft</i> tedesca e l'indipendenza "in concreto" della <i>Staatsanwaltschaft</i> austriaca	121

2.3 Legittimità del procedimento di emissione del mandato d'arresto europeo da parte del pubblico ministero francese	124
2.4 La nozione di “autorità giudiziaria d'esecuzione” nella giurisprudenza di Lussemburgo	125
3. Mandato d'arresto europeo, indipendenza del pubblico ministero, tutela dei diritti fondamentali e della parità delle armi: alcune considerazioni critiche	126
3.1 Una sentenza “prudente” per un caso “rovente”: la CGUE e il <i>favor</i> per la cooperazione nel caso <i>Puig Gordi</i>	132
3.2 Il ruolo assegnato alla vittima di reato nelle procedure di consegna	135

CAPITOLO III

Libera circolazione delle prove, parità delle armi e indipendenza delle autorità giudiziarie nell'ordine europeo di indagine penale

1. Questioni preliminari	137
2. L'evoluzione delle procedure di raccolta delle prove all'estero: compromessi, lacune e nuove sfide per la <i>par condicio</i> delle armi e l'equità procedimentale. Il silenzio a lungo serbato sull'indipendenza e l'imparzialità delle autorità giudiziarie nella <i>Beweisrechthilfe</i>	139
3. L'ordine europeo di indagine penale e le istanze (tradite) di massimizzazione della tutela dei diritti procedurali	141
3.1 La videoconferenza nel campo della giustizia penale transnazionale secondo la Direttiva OEI e il ricorso ai collegamenti audio-video per potenziare la parità delle armi	149
3.2 Il diritto di difendersi indagando all'estero e i pericoli per la parità delle armi	151
3.3 La scarsa attenzione dedicata alla vittima di reato dalla Direttiva OEI	153
4. La diversa modulazione giurisprudenziale delle garanzie di indipendenza delle autorità giudiziarie di emissione di un ordine d'indagine europeo	154
5. L'Ordine europeo di indagine penale e l'assetto a geometria variabile delle libertà fondamentali: quali <i>vulnera</i> per l'equità del procedimento transnazionale?	156
6. <i>E-evidence</i> e <i>cross-border access to e-evidence</i> : quali problematici nuovi scenari per il <i>transnational due process</i> ?	159

CAPITOLO IV

La Procura Europea al vaglio del principio di indipendenza e di parità delle armi. Nuove sfide e vecchi quesiti per la tutela del procedimento penale equo

1. Riflessioni introduttive	164
2. Lo <i>status</i> di indipendenza della Procura europea e le sue garanzie quale architrave del giusto procedimento penale	166
2.1 Quale indipendenza per l'EPPO? Lo spinoso problema dell'imparzialità e la sorte incerta per la <i>par condicio</i> delle armi	169
3. La Protezione accordata ai diritti di difesa alle garanzie partecipative dell'indagato o dell'imputato nei procedimenti transnazionali ai sensi del RegEPPO	173
3.1 Dall'assenza di adeguata <i>discovery</i> alla mancata partecipazione di indagati ed imputati nelle scelte cruciali dell'EPPO. Significative ricadute sugli assetti costituzionali nazionali della parità delle armi	174
3.2 Il problema del <i>legal remedy</i> : terapie e sanzioni per riaffermare l'equilibrio delle armi	177
4. La nozione di vittima nel RegEPPO e il riconoscimento del suo nelle procedure investigative quale strumento di riequilibrio delle posizioni soggettive	179

CAPITOLO V

Ne bis in idem transnazionale, mutuo riconoscimento e massimizzazione della tutela individuale nel panorama giuridico dell'Unione Europea

1. Brevi considerazioni introduttive	181
2. La protezione accordata al divieto del <i>bis in idem</i> nelle fonti europee e nazionali: il lungo percorso verso il riconoscimento di un diritto soggettivo	186
3. Il principio del <i>ne bis in idem</i> tra solenni affermazioni e continui temperamenti: verso un assetto a geometria variabile del divieto di doppio giudizio	190
4. Rilievi conclusivi	195

CAPITOLO VI

***Par condicio* e indipendenza delle autorità giudiziarie nel prisma dell'equità. Il perseguimento di un ragionevole equilibrio procedimentale: quale futuro per la giustizia penale in Europa?**

1. Considerazioni preliminari	197
2. Sui concetti di uguaglianza, parità e equità: similitudini e differenze. Il perseguimento di un ragionevole equilibrio procedimentale	200
2.1 L'equità procedimentale alla luce della <i>par condicio</i>	200
2.2 <i>Fairness</i> procedimentale, confronto dialettico e contraddittorio nella comparazione tra modelli inquisitori ed accusatori	203
3. Parità delle armi e indipendenza: un binomio inscindibile	204
3.1. Il pubblico ministero quale ago della bilancia che orienta la <i>fairness</i> procedimentale	206
4. La mancanza di una definizione autonoma di <i>transnational equality of arms</i> nel panorama giuridico europeo	207
5. La nomofilachia europea della Corte di giustizia sul concetto di "autorità giudiziaria" e l'assetto a geometria variabile	210
6. Il doppio livello di tutela, le carenze della difesa e le insidie per la parità delle armi nel MAE e nell'OEI	211
7. La Procura europea: tribunali e procedimenti penali plurimi a fronte di un ufficio investigativo unico	213
8. La valorizzazione del principio del <i>ne bis in idem</i> quale mezzo per massimizzare la tutela del <i>transnational due process</i>	214
9. Problemi sistemici e frammentazione della tutela della <i>fairness</i> nella giustizia penale transnazionale	216
10. Gli spazi di discrezionalità delle autorità giudiziarie e il problema della responsabilizzazione	217
11. L'apporto dell'intelligenza artificiale al procedimento penale e la cooperazione giudiziaria 3.0 in Europa. Quali pericoli per l'indipendenza e la parità?	218
12. Riflessioni conclusive	222
BIBLIOGRAFIA	224

PARTE I

**PARITÀ DELLE ARMI E INDIPENDENZA DELLE AUTORITÀ GIUDIZIARIE
NELL'ESPERIENZA DEL PROCEDIMENTO PENALE. UNA PROSPETTIVA
INTERLIVELLO NELLA TRIANGOLAZIONE FRA CEDU, DIRITTO
DELL'UNIONE EUROPEA E SISTEMI NAZIONALI**

CAPITOLO I

Giustizia penale transnazionale, parità delle armi e indipendenza delle autorità giudiziarie nel contesto giuridico dell'Unione europea: questioni preliminari

Sommario: 1. Introduzione alla ricerca. – 2. Il contesto giuridico di riferimento e la problematicità dell'argomento. – 3. Il giusto processo penale e la *par condicio* nei procedimenti penali transnazionali. – 4. L'indipendenza del sistema giudiziario e i suoi riflessi sulla parità delle armi nel panorama della giustizia penale transnazionale. – 5. Oggetto e struttura della ricerca. - 6. Metodologia. - 7. Obiettivi della ricerca e risultati attesi.

1. Introduzione alla ricerca

Nell'ambito del dibattito giuridico europeo poche tematiche hanno rivestito e continuano a rivestire un'importanza maggiore del principio di parità delle armi quale fondamento di ogni modello di procedimento penale autenticamente equo, la cui effettività presuppone, a sua volta, la presenza di un'autorità giudiziaria indipendente e imparziale.

Parità delle armi e indipendenza assumono oggi una significativa rilevanza anche sul piano della giustizia penale transnazionale, contesto nel quale corrono il rischio di subire delle gravi violazioni che si ripercuotono inevitabilmente sull'equità complessiva del procedimento penale transnazionale. Ciò è emerso con tutta evidenza in diversi studi che si sono specificatamente occupati di fotografare lo stato di salute di ambedue i principi nel panorama della giustizia penale transfrontaliera in Europa. Attraverso la valorizzazione dell'art. 6 CEDU, siffatte ricerche hanno rilevato in maniera puntuale la centralità della *par condicio*¹ e

¹ Copiosa è la letteratura in materia. Fra i molti, senza pretesa di esaustività, cfr. S. GLEB, *Transnational Cooperation in Criminal Matters and the Guarantee of a Fair Trial: Approaches to a General Principle*, in *Utrecht Law Rev.*, 9, 4, 2013, pp. 90 ss., la quale precisa che «*Although the two concepts – equality of arms and adversarial hearings – overlap in many aspects, they are not the same*» e prosegue affermando che «*This is most probably because Continental Europe, with its civil law tradition, is not so familiar with the idea of adversarial criminal proceedings. Therefore, the concept of equality of arms is generally given more consideration and has thus gained a prominent position*», p. 91. Sul tema, ancora, S. TRECHSEL, S. SUMMERS, *Human rights in Criminal Proceedings*, 2005, p. 94; R. ESSER, 'Art. 6 EMRK', in V. ERB et al. (eds.), *Löwe-Rosenberg Kommentar StPO*, Berlin, 2012, p. 422; M.C. VAN WIJK, *Cross-border evidence gathering. Equality of arms within the EU?*, 2017; S. RUGGERI, *Audi Alteram Partem in Criminal Proceedings: Towards a Participatory Understanding of Criminal Justice in Europe and Latin America*, Cham, 2017; ID., *Human Rights in European Criminal Law. New Developments in European Legislation and Case Law after the Lisbon Treaty*, Cham, 2015; ID., *Transnational Evidence and Multicultural Inquiries in Europe. Developments in EU Legislation and New Challenges for Human Rights-Oriented Criminal Investigations in Cross-border Cases*, Cham, 2014; ID., *Transnational Inquiries and the Protection of Fundamental Rights in Criminal Proceedings. A Study in Memory of Vittorio Grevi and Giovanni Tranchina*, Heidelberg, 2013; S. GLEB, OHN(E)MACHT - *Abschied von der Fiktion einer Waffengleichheit gegenüber europäischer Strafverfolgung?*, in *Strafverteidiger*, 5, 2013, pp. 317 ss.

dell'indipendenza delle autorità giudiziarie² nel discorso sulla *fairness* procedimentale penale in Europa, vuoi sul piano nazionale vuoi su quello transfrontaliero.

Ebbene, attingendo ampiamente a tali significativi contributi, come pure alle giurisprudenze europee, ci si propone anzitutto di ricostruire i contenuti essenziali di questi principi quali architravi di quello che si può oggi definire *transnational due process* e di valutare il livello di protezione ad essi attualmente assicurato nell'ambito dei procedimenti penali transnazionali entro lo scenario giuridico europeo.

Un'indagine che si limitasse ad esaminare la parità delle armi e l'indipendenza alla stregua di monadi a sé stanti finirebbe tuttavia per percorrere strade in gran parte già battute. Per questo motivo la presente ricerca intende spingersi oltre nel tentativo di approfondire il tema *de quo* per il tramite di un'ulteriore e diversa chiave di lettura essenzialmente fondata su una visione, per così dire, circolare dei due principi che mira a risaltarne le reciproche interrelazioni e interazioni rispetto al fine ultimo della salvaguardia dell'equo processo transnazionale³. In breve, ciò che si intende dimostrare è che non solo l'esistenza di un'autorità giudiziaria indipendente e imparziale è in grado di veicolare un paritario trattamento dei soggetti del procedimento penale transnazionale, ma anche che una simmetrica distribuzione di mezzi e strumenti in capo a questi ultimi per far valere le proprie ragioni giuridiche e probatorie influisce, in ultima istanza, sul mantenimento di un adeguato grado di indipendenza c.d. *soggettiva* delle stesse autorità⁴.

Ora, ci pare di poter affermare che un approccio di tal tipo, sostanzialmente basato su una corrispondenza biunivoca tra i due principi, sia in grado di cogliere al meglio il dinamismo che sottende l'equità procedimentale, la cui autentica cifra consiste nel contemperare, *rectius* equilibrare, costantemente i contrapposti interessi dei soggetti a vario titolo coinvolti nel procedimento penale e, al contempo, assicurare la tutela dei loro diritti fondamentali e

² Cfr., per tutti, F. DONATI, *Un nuovo scontro sullo Stato di diritto e sull'indipendenza della magistratura nell'Unione europea*, in *AISDUE*, 2, 2022, pp. 19 ss.; B. BRAITHWAITE, C. HARBY, G. MILETIĆ, *Independence and Impartiality of the Judiciary. An overview of relevant jurisprudence of the European Court of Human Rights*, AIRE Centre, 2021; M.G. CIVININI, *Indipendenza e imparzialità dei magistrati*, in *Quest. giust.*, 2019, pp. 97 ss.; G. DE AMICIS, *Stato di diritto, garanzie europee di indipendenza della magistratura e cooperazione penale: quadri di un'esposizione in fieri*, in *Sist. pen.*, 2021, pp. 1 ss.; EPRS (European Parliamentary Research Service), *Council of Europe standards on judicial independence*, 2021, pp. 1-12; A. ROSANÒ, *La chimera e il pubblico ministero: considerazioni relative alla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea e della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di indipendenza del pm*, in *Quest. giust.*, 2, 2021, pp. 74-84; K. TRAISBACH, *Judicial authority, legitimacy and the (international) rule of law as essentially contested and interpretive concepts: Introduction to the special issue*, in *Global Constitutionalism*, 10, 1, 2021, pp. 75 ss.; J. RENNICK, *Zur Debatte über die Unabhängigkeit der Staatsanwaltschaften unter besonderer Berücksichtigung des Europäischen Haftbefehls*, in *NK*, 2020, pp. 475 ss.; A.P. GUIMARÃES, D.S. CASTILHOS, M.S. BARATA, *Conceito de "autoridade judiciária de emissão" a partir dos Processos apensos C-508/18 e C-82/19 PPU (Caso Parquet de Lübeck) e eventuais ecos na Decisão Europeia de Investigação em Portugal*, in *Revista Jurídica Portuguesa*, 28, 2020, pp. 1-29; J. BURCHETT, *La Cour de justice de l'Union européenne et l'exigence d'indépendance de la justice*, in *European Papers*, 5, 3, 2020, pp. 1252 ss.; P. CRAIG, S. ADAM, N. DIAZ ABAD, L. SALAZAR, *Rule of law in Europe. Perspectives from practitioners and academics*, 2019; L. BACHMAIER WINTER, *Judicial independence in the Member States of the Council of Europe and the EU: evaluation and action*, in *ERA Forum*, 2019, pp. 113-127; R. SABATO, *I recenti strumenti del consiglio d'Europa in tema di indipendenza e responsabilità dei giudici. Il codice etico dell'Associazione nazionale magistrati: Premessa*, in *Foro it.*, 134, 4, 2011, pp. 116 ss.

³ Di questo orientamento si rinviene traccia in S. RUGGERI, *Equality of arms, impartiality of judiciary and the role of third parties in the pre-trial inquiry*, in *Rev. Bras. de Direito Processual Penal*, 4, 2, 2018, pp. 559 ss. Questa prospettiva di indagine sarà ripresa e più diffusamente esplicitata nel capitolo III della parte II e rappresenterà la premessa concettuale su cui fondare la trattazione di ogni singolo capitolo.

⁴ Sulle diverse declinazioni del principio si rinvia al par. 1 del capitolo III della parte I.

procedimentali⁵. Inoltre, per le ragioni che chiariremo a breve, è indubbio che un terreno fertile in cui coltivare una siffatta impostazione sia rappresentato dalla giustizia penale transnazionale, e in specie dalle procedure di cooperazione giudiziaria nel quadrante giuridico dell'Unione europea, giacché è in questo specifico contesto che di recente sono emersi significativi interrogativi attorno al tema della salvaguardia dell'indipendenza e della *par condicio*⁶. Pertanto, prima di approfondire i termini della nostra analisi, alcune considerazioni preliminari risultano necessarie per inquadrare lo sfondo di questo studio, nonché per sottolineare l'importanza e insieme la problematicità dell'argomento in esame.

2. Il contesto giuridico di riferimento e la problematicità dell'argomento

Un sistema come quello dell'Unione europea, per come è congegnato, costituisce senz'altro uno scenario privilegiato per affrontare la tematica in oggetto. Infatti, in questo singolare quadro giuridico, caratterizzato da una comunanza di valori e da un percorso di integrazione in continuo divenire fra gli ordinamenti, la materia della giustizia penale transnazionale si fa sempre più complessa ed articolata, soprattutto per la coesistenza di regole diverse, alcune delle quali (ad esempio, la Decisione quadro sul mandato d'arresto europeo⁷ o la Direttiva sull'ordine europeo di indagine penale⁸, etc...) improntate al mutuo riconoscimento, "motore del processo di integrazione europea"⁹, ed altre che, ispirate alla cooperazione rafforzata, come nel caso del Regolamento EPPO¹⁰, attribuiscono agli Stati membri che intendano perseguire determinate politiche eurounitarie il potere di procedere anche in assenza di una volontà comune¹¹.

È inoltre difficile negare che la copiosa produzione legislativa europea degli ultimi anni in materia penale si leghi al sempre più accresciuto interesse del legislatore dell'Unione al

⁵ Vale la pena sottolineare che negli ultimi anni abbiamo assistito a importanti sviluppi nel campo della giustizia penale che hanno sollevato diversi interrogativi attorno alle basi strutturali e ideologiche dei sistemi processuali penali continentali, tradizionalmente intesi come contese tra lo Stato e l'imputato. È rispetto a questo contesto duale che la nozione dell'*equality of arms* si è sviluppata. Molti di questi cambiamenti, invece, hanno evidenziato la necessità di riconoscere, a livello nazionale e internazionale, gli interessi di soggetti diversi dagli indagati e dagli imputati, come le vittime e i loro familiari o i testimoni e, in generale, di tutti coloro che sono coinvolti nel procedimento penale. Un ruolo estremamente cruciale in questo senso è stato svolto dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo che di volta in volta ha accordato protezione a coloro che hanno rivendicato la violazione di un diritto sancito dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, in particolare estendendo loro le garanzie previste dall'art. 6, come nel caso delle vittime di reato. Ebbene, sulla scorta di questa premessa ci pare di poter affermare che anche soggetti altri dall'indagato e dall'imputato possano beneficiare degli effetti positivi del principio della *par condicio* con ciò richiedendosi un'analisi adeguata anche su questo argomento che, già di per sé, può rappresentare oggetto di specifiche ricerche.

⁶ Va detto che il presente studio non considera la parità delle armi e l'indipendenza nelle procedure della cooperazione di polizia in Europa, la quale agisce in una fase antecedente all'instaurazione del procedimento penale e attiene, piuttosto, al momento della prevenzione dei reati su scala europea. Tuttavia, anche questo ambito costituisce senz'altro un terreno estremamente interessante per sondare il raggio d'azione dei principi *de quibus* e, come tale, oggetto di possibili futuri scenari di indagine.

⁷ Decisione quadro 2002/584/GAI.

⁸ Direttiva 2014/41/UE.

⁹ V. MITSILEGAS, *European Criminal Law*, Oxford, 2009, p. 6.

¹⁰ Regolamento n. 2017/1939/UE.

¹¹ Cfr. Artt. 82-86 Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE).

perseguimento della criminalità transnazionale¹², in vista e della tutela degli obiettivi finanziari¹³ e della creazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia per tutti i cittadini europei. Ebbene, la realizzazione di un'area sempre più "sicura" ha inciso profondamente sulla fisionomia del diritto penale e processuale penale nazionale ma soprattutto sul rapporto tra potere giudiziario e salvaguardia dei diritti fondamentali¹⁴.

Tutto ciò pone nuove sfide che meritano di essere analizzate a fondo poiché coinvolgono i postulati di un procedimento penale transnazionale che si possa definire autenticamente equo, tra cui, per l'appunto, la *par condicio* e l'indipendenza. Del resto, è facile avvedersi del fatto che la lotta al crimine transfrontaliero in Europa, se da un lato ha rafforzato gli strumenti di cooperazione giudiziaria e di polizia¹⁵, dall'altro ha svelato alcuni aspetti critici inerenti alla tutela delle garanzie dei soggetti coinvolti nelle procedure di assistenza

¹² Per completezza ricordiamo che per reati transnazionali si intendono quelli che, in linea generale, possono produrre effetti in più Stati. Secondo una prima accezione, più specifica, con la locuzione reati transnazionali ci si riferisce a quel particolare fenomeno di cooperazione tra gruppi criminali di diversa nazionalità volta ad una gestione efficiente ed efficace del programma criminoso. Un altro significato, più corretto, va oltre l'ipotesi del reato commesso in più Stati e comprende anche quella di un reato realizzato in un unico Stato i cui effetti però possono estendersi nel territorio di Stati differenti. Al contrario «sono da considerarsi internazionali quei crimini che ledono interessi generali che appartengono alla coscienza civile e sociale dell'intera Comunità internazionale: la locuzione crimine internazionale indica quella eterogenea categoria di reati che per le finalità, per le modalità esecutive, per le qualità dei soggetti passivi ledono o pongono in pericolo beni ed interessi di rilevanza internazionale. È una categoria di origine dottrinale e convenzionale, che comprende al suo interno i crimini di guerra, i crimini contro la pace e i crimini contro l'umanità e che ha trovato la sua più moderna definizione all'articolo 5 dello Statuto penale internazionale». Così A. PECCIOLI, *Unione Europea e criminalità transnazionale. Nuovi sviluppi*, 2005, Torino, pp. 13 ss. Con particolare riguardo agli strumenti di lotta al terrorismo e alla criminalità organizzata in Europa, si leggano rispettivamente V. MORENO CATENA, *Judicial Cooperation and Protection of Fundamental Rights in the Prevention and Prosecution of Terrorism*, in S. RUGGERI (ed.), *Transnational Inquiries and the Protection of Fundamental Rights in Criminal Proceedings. A study in memory of Vittorio Grevi and Giovanni Tranchina*, Cham, 2013, pp. 139 ss. e P. MAGGIO, *The Fight Against Organized Crime. Amid Contrasting Strategies and Respect for Human Rights*, cit., pp. 193 ss.

¹³ Sul tema, tra i molti, L. FOFFANI, *The Protection of EU Interest: The Tip of the Iceberg of the Europeanization of the Criminal System*, in S. RUGGERI (ed.), *Transnational Inquiries and the Protection of Fundamental Rights in Criminal Proceedings*, cit. pp. 207 ss.

¹⁴ Sull'argomento, dalla prospettiva italiana, fra i molti, G. SPANGHER, *L'impatto del diritto europeo sul processo penale*, in Treccani, reperibile al sito https://www.treccani.it/magazine/diritto/approfondimenti/diritto_penale_e_procedura_penale/spangher.htm. Secondo il Prof. Spangher, «il tema dei rapporti tra processo penale e diritto europeo si è sviluppato, per momenti successivi, via via più intensi» due dei quali sono senz'altro da segnalare. Il nuovo processo penale si è dovuto adeguare alle norme delle Convenzioni internazionali ratificate dall'Italia e relative ai diritti della persona ed al processo penale. Un altro "passaggio" importante sia sotto il profilo sostanziale, sia sotto quello processualpenalistico è costituito dalla sentenza *Pupino*, «pronunciata dalla Corte di Lussemburgo, sempre richiamata per le implicazioni che hanno il diritto comunitario e la giurisprudenza comunitaria sulla interpretazione delle leggi interne e quindi come "passaggio" - successivo - sulla disciplina del mandato di arresto europeo che costituisce uno dei pochi profili attinenti alla materia processuale». Sui mutamenti dei paradigmi tipici dei sistemi processuali nazionali determinati dal diritto dell'Unione si veda anche, L. LUPARIA DONATI, *Los veinticinco años del proceso penal italiano y las tendencias de reforma en Europa*, in *Dir. pen. cont.*, 17 novembre 2014, pp. 9 ss.

¹⁵ Le politiche riguardanti la cooperazione giudiziaria in materia penale sono ancora in via di sviluppo, in particolare per quanto concerne quelle che mirano ad una lotta più efficace del crimine nell'area dell'UE. Il Parlamento ha predisposto misure specifiche per combattere il terrorismo, la criminalità transnazionale, la corruzione, la frode e il riciclaggio di denaro e per tutelare i diritti delle vittime, degli indiziati e dei detenuti in tutta l'UE. Inoltre, sono state adottate diverse misure volte a migliorare lo scambio di informazioni tra gli Stati membri. Per un esaustivo elenco, <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/it/sheet/155/cooperazione-giudiziaria-in-materia-penale>.

giudiziaria¹⁶. Basterebbe ricordare che, ancorché il principio del mutuo riconoscimento degli atti giuridici compiuti dalle autorità di ciascuno Stato sia mitigato dall'obbligo generale di rispettare i diritti fondamentali, la portata precisa di tali diritti non viene opportunamente specificata, né sono sempre stabilite sanzioni in caso di violazioni. Le norme europee si limitano a menzionare o, al massimo, a richiamare le disposizioni della Carta di Nizza, della Convenzione europea per i diritti dell'uomo e delle Costituzioni nazionali¹⁷.

Tali considerazioni si innervano in ogni discorso che voglia trattare il problema dell'equità dei procedimenti penali transnazionali i quali, come è noto, si suddividono in varie fasi, la competenza delle quali è ripartita tra le diverse autorità coinvolte nelle procedure di cooperazione, al punto che la dottrina tedesca parla di “*international-arbeitssteilige Verfahren*”¹⁸. Ebbene, quando un caso presenta elementi di transnazionalità accade frequentemente che la difesa, come pure le vittime, siano chiamate a confrontarsi non solo con le autorità di uno Stato membro ma anche con quelle di altri Paesi¹⁹. I fenomeni del “*Process-laundering*” o del “*Forum-shopping*”, ad esempio, danno prova di come i delinquenti, specie le organizzazioni criminali, scelgano di operare in Stati in cui i delitti rimangono impuniti e nei quali gli *standard* di protezione dei diritti umani e procedimentali sono più bassi, se non del tutto inesistenti, e le autorità giudiziarie sono spesso carenti di indipendenza²⁰. È in queste peculiari occasioni che indagati ed imputati, più di tutti, corrono il rischio di subire un grave nocimento poiché è precluso loro l'accesso alle informazioni allocate all'estero utili per sviluppare una strategia difensiva adeguata o perché non sono coinvolti nello scambio di dati tra autorità cooperanti o, persino, esclusi da qualsivoglia cooperazione con le istituzioni deputate al coordinamento sovranazionale (ad esempio *Eurojust*)²¹. Come può un individuo sapere che in un Paese diverso da quello di appartenenza si sta indagando su di lui ed eventualmente di quali mezzi dispone per contestare la validità del materiale probatorio raccolto all'estero in sua assenza?²²

¹⁶ Cfr. M. DANIELE, *La triangolazione delle garanzie processuali fra diritto dell'unione europea, cedu e sistemi nazionali*, in *Dir. pen. cont.*, 9 marzo 2016, pp. 1 ss., il quale precisa che «tradizionalmente configurate come fattispecie rigide nell'ordinamento italiano, le garanzie processuali sono destinate a mutare veste nella misura in cui il loro contenuto viene sempre più modellato anche dal diritto dell'Unione Europea».

¹⁷ Così si esprime M. DANIELE, cit., p. 2.

¹⁸ W. SCHOMBURG, O. LAGODNY, S. GLEB, T. HACKNER, *Internationale Rechtsbilfe in Strafsachen, Kommentar, Einleitung*, in W. SCHOMBURG, O. LAGODNY, S. GLEB, T. HACKNER (eds.), *Internationale Rechtsbilfe in Strafsachen*, München, 2020, VI ed., pp. 1 ss.

¹⁹ C. SAFFERLING, *International Criminal Procedure*, 2001, pp. 1 ss.; N. BOISTER, *An introduction to Transnational Criminal law*, 2012, pp. 13 ss.

²⁰ Così R. VOGLER, *Transnational Inquiries and the Protection of Human Rights in the Case-Law of the European Court of Human Rights*, in S. RUGGERI (ed.), *Transnational Inquiries and the Protection of Fundamental Rights in Criminal Proceedings*, cit., p. 28. Parimenti, cfr. S. GLEB, *Transnational Cooperation in Criminal Matters and the Guarantee of a Fair Trial*, cit., pp. 91 e 97. Sulla scelta del foro competente in materia di crimini finanziari, si veda M. LUCHTMAN, *Choice of Forum in Cooperation Against EU Financial Crime. Freedom, Security and Justice and the Protection of Specific EU-Interests*, 2013, pp. 167-184.

²¹ I problemi legati alla giustizia penale transnazionale e, in specie, alla cooperazione giudiziaria internazionale non sono certamente nuovi. Ogni procedimento penale che richiede la cooperazione delle autorità di un altro Stato rappresenta una sfida: probabili ritardi, difficoltà a comunicare in un'altra lingua, a spiegare cosa è esattamente necessario per l'indagine penale e, soprattutto, le differenze che esistono tra i diversi sistemi giuridici coinvolti nella cooperazione giudiziaria, sono alcuni tra i più significativi ostacoli. Così, L. BACHMAIER WINTER, *Transnational Criminal Proceedings, Witness Evidence and Confrontation: Lessons from the ECtHR's Case Law*, in *Utrecht Law Rev.*, 9, 4, 2013, pp. 127 ss.

²² La posizione della difesa nel procedimento transnazionale è stata esaminata, sia nella dottrina giuridica che nella pratica che hanno messo in luce aspetti positivi quanto negativi. Alcune misure di cooperazione internazionale possono essere utili sia per la difesa che per le autorità. Ad esempio, la difesa può avere bisogno di determinate informazioni o materiali disponibili in un altro Stato membro dell'UE, per presentarli come

Come può tutelare i propri interessi e la propria posizione chi deve difendersi in almeno due Stati con lingue e codici di procedura diversi? E, ancora, come può assicurarsi la parità delle armi se l'organo giudiziario straniero incaricato di eseguire un segmento di questo procedimento manchi di garanzie di indipendenza e, per giunta, di imparzialità?

Inoltre, entro questo già preoccupante scenario non può oggi tacersi il potenziamento del ruolo del pubblico ministero nel procedimento investigativo transnazionale. E infatti, gli strumenti della cooperazione giudiziaria in materia di *Beweisrechthilfe*, quali ad esempio l'OEI o la stessa Procura europea evidenziano un irrobustimento dei poteri degli organi di pubblica accusa nel panorama giuridico endoeuropeo a cui si aggiunge la possibilità di ricorrere ad un vasto numero di attività d'indagine o istruttorie mediante mezzi e tecniche coercitive o invasive nei riguardi di libertà fondamentali tutelate a livello costituzionale, convenzionale ed eurounitario²³. Ebbene, una simile situazione comporta, a sua volta, l'accentuazione di una logica di parte che ispira, sempre di più, l'azione investigativa del pubblico ministero in Europa con ciò ponendo la necessità di un'attenta considerazione, da un lato, della sua indipendenza ed imparzialità e, dall'altro, dei diritti di difesa.

È indubbio che queste ed altre problematiche circostanze creano delle forti sperequazioni tra organi di accusa e indagati ed accusati, ma anche tra parti private, che non possono essere tollerate. Siffatte disparità non sono in linea con il perseguimento dello scopo precipuo del procedimento penale, il quale non è solo quello di condurre il colpevole davanti al giudice e ottenerne la condanna, ma anche di assolvere la persona innocente del reato di cui è accusata sulla base di un accertamento che sia il più completo possibile e coinvolga in maniera tendenzialmente paritaria tutti i soggetti legittimati a far valere la propria versione dei fatti, a cominciare dall'imputato e dalla vittima di reato²⁴.

prove e utilizzarli come base di "ipotesi alternative" alla tesi dell'accusa. Così, S. RUGGERI, *Horizontal cooperation, obtaining evidence overseas and the respect for fundamental rights in the EU. From the European Commissions' proposals to the proposal for a directive on a European Investigation Order: Towards a single tool of evidence gathering in the EU?*, in S. RUGGERI (ed.), *Transnational Inquiries and the Protection of Fundamental Rights in Criminal Proceedings*, cit., p. 305; S. ALLEGREZZA, *Critical remarks on the Green paper on Obtaining Evidence in Criminal Matters from one Member State to another and Securing its Admissibility*, in *ZIS*, 9, 2010, p. 576. Ciò è particolarmente possibile nei sistemi di giustizia penale in cui alla difesa spetta di raccogliere e produrre prove a discarico e con ciò richiedendosi l'accesso a banche dati per ottenere informazioni, oppure la conduzione un'indagine all'estero allo scopo di ottenere possibili prove a proprio favore. Cfr. C. MURRAY, L. HARRIS, *Mutual Assistance in Criminal Matters*, London, 2000, p. 2.

²³ Cfr. L. SALAZAR, *La funzione requirente nel rapporto EJTN sullo Stato di diritto in Europa*, in *Quest. giust.*, 2, 2021, pp. 85 ss. Il contributo, oltre a fornire una sintetica panoramica delle recenti iniziative intraprese dall'Unione europea a difesa della *Rule of Law*, si sofferma sulla presentazione di un recente studio sulla magistratura e lo Stato di diritto in Europa promosso dalla Rete europea di formazione giudiziaria (EJTN) e sull'avvio delle attività della Procura europea («EPP»). L'Autore sottolinea che «un'ulteriore prova dell'importanza dei collegamenti tra indipendenza del pubblico ministero e delle sue indagini ci viene offerta dalla disposizione contenuta nell'art. 5 della Convenzione Ocse contro la corruzione internazionale del 1999». Cfr. *Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions* che all'art. 5 statuisce: «*Enforcement - Investigation and prosecution of the bribery of a foreign public official shall be subject to the applicable rules and principles of each Party. They shall not be influenced by considerations of national economic interest, the potential effect upon relations with another State or the identity of the natural or legal persons involved.*».

²⁴ Alla luce di tutto ciò, non possono certo negarsi gli sforzi del legislatore europeo nella creazione di un'area giuridica di diritti e garanzie per il tramite delle "Direttive di Stoccolma", ma non possono neppure tacersi le non poche debolezze e i rischi che tali strumenti comportano sull'abbassamento dello *standard* di tutela delle garanzie degli accusati e indagati, rispetto a quello fissato dalle previsioni nazionali o dalla grande Europa. Senza considerare le lacune che questi presentano rispetto alla materia propriamente transnazionale. Sul punto si tornerà più diffusamente al capitolo II di questa parte I e al capitolo I della parte II.

3. Il giusto processo penale e la *par condicio* nei procedimenti penali transnazionali

La principale categoria valoriale che il pensiero giuridico europeo ha sviluppato già a livello domestico per permettere al procedimento penale di assolvere al su menzionato compito è il *due process*. In questa cornice la *par condicio* certo permea l'intero procedimento penale. Al contrario, già di primo acchito, gli strumenti giuridici promossi in seno all'Unione europea non sembra riescano a garantire sempre la parità delle armi allorché operino più giurisdizioni o, quantomeno, non tengono in debita considerazione gli interessi di tutte le parti coinvolte²⁵ sicché lo stesso principio ne esce, per così dire, frantumato. Alla stessa stregua, il diritto nazionale fornisce poche risposte ai problemi legati alla tutela della *par condicio* transnazionale, così come sembra non offrire molte soluzioni a riguardo il diritto internazionale²⁶. Contrariamente a quanto ci si potrebbe aspettare da una convenzione europea, ad esempio, né la CEDU né la Carta dei diritti e delle libertà fondamentali dell'Unione europea prevedono disposizioni *ad hoc* sul giusto processo o sul principio di parità delle armi nei procedimenti transnazionali²⁷. Dal canto suo, la stessa Corte Edu, incoraggiando prassi ispirate al *principle of non-inquiry*, ancorché mitigate²⁸, ha sostenuto gli obiettivi della cooperazione transnazionale appellandosi alla prevalenza di un imperativo interesse di politica generale sulle preoccupazioni relative alle violazioni dei diritti umani

²⁵ Questa affermazione trova in particolar modo riscontro rispetto alla posizione delle vittime negli strumenti tipici della cooperazione, tra cui il MAE e l'OEI, come pure nell'EPPO. L'argomento sarà oggetto di un'approfondita analisi nella parte II della ricerca rispettivamente ai capitoli II, III e IV.

²⁶ Non va dimenticato, tuttavia, che nella parità delle armi è generalmente riconosciuto un principio del diritto internazionale procedimentale che, assurgendo a fonte di norma consuetudinaria, è suscettibile di trovare applicazione anche in assenza di un'espressa previsione in tal senso. Inoltre, mentre il diritto internazionale dei diritti umani e il diritto costituzionale di diversi Paesi europei riconoscono generalmente il diritto di essere giudicati davanti a un tribunale indipendente e imparziale in materia penale, il principio della parità delle armi non è ampiamente riconosciuto con specifico riguardo ai procedimenti penali. Il Patto di San José è l'unico tra le carte internazionali dei diritti umani, in quanto garantisce espressamente alla persona accusata di un reato penale una serie di garanzie minime del giusto processo "*with fully equality*". S. RUGGERI, *Equality of arms, impartiality of judiciary and the role of third parties in the pre-trial inquiry*, in *Rev. Bras. de Direito Processual Penal*, 4, 2, 2018, p. 564.

²⁷ S. GLEB, *Transnational Cooperation in Criminal Matters and the Guarantee of a Fair Trial*, cit. p. 91. Quanto affermato sarà più ampiamente spiegato nel capitolo I della parte II.

²⁸ Anche questo profilo sarà più diffusamente trattato nel capitolo I della parte II al par. 2 ss. Va qui ricordato che l'approccio del *non-inquiry* presuppone che le formalità e le norme procedurali relative alla raccolta delle prove in un altro Stato non siano oggetto di discussione o conferma da parte delle autorità nazionali che conducono il procedimento. Alla stessa stregua, in materia di estradizione, seguendo tale regola la consegna di un cittadino non presuppone un'indagine sulle procedure o sul trattamento che attendono l'estradato nel Paese richiedente. Le autorità giudiziaria si limitano, invece, a stabilire se esistano prove sufficienti per la consegna e se i termini del Trattato sull'estradizione siano stati rispettati. Tale principio, almeno fino alla sentenza *Soering* (Corte Edu, 7 luglio 1989, *Soering c. Regno Unito*, ric. 14038/88), che ne ha attenuato la portata, ha impedito per lungo tempo ai tribunali di negare l'estradizione anche quando era chiaro che l'estradato sarebbe stato vittima di tortura o di trattamenti crudeli e disumani nel Paese di consegna. Sull'argomento, cfr. A. VAN HOEK, M. LUCHTMAN, *Transnational cooperation in criminal matters and the safeguarding of human rights*, cit., p. 15; J.T. PARRY, *International extradition, the rule of non-inquiry, and the problem of sovereignty*, in *Boston University Law Review*, 90, 2010, pp. 1973 ss.; S. RUGGERI, *Introduction to the Proposal of a European Investigation Order: Due Process Concerns and Open Issues*, in S. RUGGERI (ed.), *Transnational Evidence and Multicultural Inquiries in Europe*, cit., p. 15; S. RUGGERI, *O contributo do direito internacional de direitos humanos à definição das garantias do devido processo em matéria de justiça penal transnacional. Uma comparação entre as jurisprudências do Tribunal europeu de direitos do homem e da Corte interamericana de direitos humanos*, in M.M.G. VALENTE, A. WUNDERLICH (eds.), *Direito e Liberdade. Estudos em homenagem ao professor doutor Nereu José Giacomelli*, Almedina, 2021, pp. 803 ss.

commesse all'estero, purché chiaramente non ci si trovi dinanzi a gravi e flagranti trasgressioni della CEDU²⁹.

Queste significative lacune giustificano, pertanto, la necessità di avviare una siffatta ricerca che risponda ad alcuni interrogativi di fondo. In che termini, anzitutto, deve essere intesa e secondo quali criteri deve essere valutata la parità delle armi in un procedimento penale transnazionale? È possibile ricostruire una nozione autonoma di tale concetto che meglio si adatti al contesto delle procedure della cooperazione giudiziaria? Ed è poi sufficiente che anche solo una porzione del procedimento garantisca la parità così aprendo le porte ad una considerazione della *overall fairness* e dell'esistenza di eventuali *counterbalancing factors* che si snodano lungo tutto l'*iter* procedimentale? Infine, chi sono le "parti" su cui questo principio è destinato a spiegare il proprio raggio d'azione? A ben vedere, infatti, il procedimento penale transnazionale è spesso caratterizzato da forti squilibri non solo tra l'imputato e il pubblico ministero, ma anche tra questi soggetti e le parti private³⁰. La necessità di un efficace

²⁹ In questo senso, si richiama un risalente, ancorché significativo, caso della Corte Edu, 20 giugno 2000, *Echeverri Rodriguez c. Olanda*, ric. n. 43286/98, in cui il ricorrente, un colombiano condannato per contrabbando di droga in Olanda, aveva denunciato alla Corte Edu che le autorità statunitensi avevano messo sotto controllo il suo telefono negli Stati Uniti in violazione dei diritti sanciti dalla Convenzione e avevano fornito alla polizia olandese una trascrizione delle conversazioni che era stata utilizzata dai giudici in Olanda per condannarlo. Nel ritenere il ricorso manifestamente infondato, la Corte aveva osservato che la Convenzione non impedisce l'utilizzo processuale di prove provenienti da fonti straniere, comunque ottenute, nella fase istruttoria. Al contempo, aveva pure sottolineato che l'uso successivo di tali informazioni può sollevare problemi ai sensi della Convenzione, qualora vi siano ragioni per ritenere che durante le indagini compiute all'estero siano stati violati i diritti della difesa garantiti dalla CEDU.

³⁰ Ai fini della presente ricerca va precisato che i termini "soggetti" e "parti" saranno spesso utilizzati sinonimicamente per indicare gli individui coinvolti lungo tutto l'arco procedimentale, comprensivo e della fase processuale e di quella investigativa, a meno che non sia diversamente specificato o quando ciò risulti necessario per trarre delle conclusioni. Una siffatta scelta, per così dire, neutrale tiene conto della difficoltà di coordinamento concettuale che la terminologia impiegata in un ordinamento estero può comportare anche, e soprattutto, rispetto alla disciplina processuale italiana. Già solo la differenza tra parte in senso formale (che indica il soggetto che compie gli atti del processo), parte in senso processuale (che si riferisce al soggetto destinatario degli effetti degli atti processuali, come le sentenze di rito) e parte in senso sostanziale (che indica, invece, colui che, essendo il titolare del rapporto giuridico sostanziale dedotto in giudizio, subisce gli effetti sostanziali, ovvero di accertamento, del provvedimento giurisdizionale di merito) non può essere estesa agevolmente ad altri ordinamenti se non al prezzo di modifiche ed adattamenti. Sulle definizioni di parti, si leggano, per tutti, F. CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, 1 ed., Padova, 1936; G. FOSCHINI, *La visione processuale del diritto*, in *Foro it.*, 88, 11, 965, pp. 1 ss.; O. DOMINIONI, *Le parti nel processo penale. Profili sistematici e problemi*, 1985, pp. 3 ss.

La posizione della vittima è a tal proposito emblematica poiché alcuni Paesi, come l'Italia, non consentono alla stessa di assumere il ruolo di parte formale del procedimento penale, a meno che non chieda un risarcimento civile. Per una panoramica sulla posizione della persona offesa nel procedimento italiano, senza pretesa di esaustività, cfr. V. VIRGA, *Brevi considerazioni sulla necessità di emancipare la vittima del reato dallo «status» di offeso*, in *Foro it.*, 4, 2022, pp. 1230 ss.; E. MALINO, *Tutela della vittima e completezza delle indagini preliminari tra giurisprudenza edu e prospettive di riforma della giustizia penale italiana*, in www.lalegislazionepenale.it, 25 luglio 2022, pp. 1 ss.; G. TRANCHINA, *La vittima del reato nel processo penale*, in *Cass. pen.*, 2010, pp. 4053 ss.; G. DI CHIARA, *Voce Parte civile*, in *DigDPen*, IX, Torino 1995, pp. 238 ss. Parimenti, in Spagna, la vittima può essere considerata parte in causa se decide di avanzare una querela e di sostenere l'accusa in giudizio, ma rimarrà una "terza" parte se non si decide in tal senso. Per un'analisi della posizione di questa figura nell'ordinamento della penisola iberica, cfr. M.D. FERNÁNDEZ FUSTES, *Protección de los derechos de la víctima en el proceso penal*, in *Estudios penales y criminológicos*, 39, 2019, pp. 755 ss.; Á.M. SANZ HERMIDA, *El derecho del niño a ser oído. A propósito de las recientes reformas en el sistema legislativo español y su incidencia en la declaración del menor como víctima del delito*, in *Anuario de justicia de menores*, 16, 2016, pp. 13 ss.; ID., *Protección de los derechos fundamentales de las víctimas: el nuevo estatuto jurídico*, in N. GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, E. DEMETRIO CRESPO (eds.), *Legalidad y defensa. Garantías constitucionales del derecho y justicia penal*, Madrid, 2015, pp. 219 ss. Venendo infine alla Germania, in questo sistema giuridico la vittima è

bilanciamento aumenta nel campo della giustizia penale transnazionale, in cui, da un lato, devono essere presi in considerazione gli interessi di due o più Paesi e, dall'altro, le persone

considerata alla stregua di un testimone e quindi di un mero *Verfahrensbeteiligte*, a meno che non assuma la qualità di *Nebenkläger* o *Privatkläger* divenendo così un *Prozesssubjekt*. Per alcuni reati gravi [§395(1) StPO], infatti, per i quali il pubblico ministero abbia già avviato il procedimento penale, la vittima può intervenire indirettamente come parte lesa (*Verletzter*) affiancando lo *Staatsanwalt*. In queste situazioni essa vanta diversi diritti procedurali ovvero il diritto di essere presente all'udienza, di presentare prove, di muovere obiezioni al giudice, di interrogare i testimoni, i periti e l'imputato. Si veda S. BARTON, *Nebenklagevertretung im Strafverfahren: empirische Fakten und praktische Konsequenzen*, in *Strafverteidiger Forum*, 5, 2011, pp. 161 ss. Accanto a questa figura esiste poi il *Privatkläger* (§§374 ss. StPO) che, diversamente dall'ipotesi precedente, può esercitare l'azione penale in assenza di un previo intervento dello *Staatsanwalt* nel caso di reati minori. Al contempo, è interessante notare che, sebbene la Direttiva 2012/29/UE imponga una definizione giuridica di "vittima" in senso indiretto e diretto, la disciplina tedesca di attuazione ha deciso di non definire questo soggetto né in termini di "parte offesa" né in termini di "vittima". Su questa scelta neutrale, o forse di convenienza, ha influito la c.d. "*Justizpraxis gängigen Orientierung am jeweiligen Funktionszusammenhang*" la quale, a sua volta, ha fatto leva sulle difficoltà insite nel contemperare la presunzione di innocenza dell'imputato con l'individuazione di una vittima fin dalle prime fasi preliminari del procedimento. Criticano questa posizione R. HAVERKAMP, *Im Labyrinth des Opferschutzes – Zum Entwurf eines Dritten Opferrechtsreformgesetzes*, in *ZRP*, 2, 2015, p. 53; S. MÜLLER, *Überlegungen zu den Auswirkungen opferzentrierter Gesetzgebung auf Theorie und Praxis des Strafprozesses*, in *Betrifft JUSTIZ*, 128, 2016, p. 175. Per converso, secondo l'art. 2(1)(a) della Direttiva 2012/29 (letto in combinato disposto con il considerando 19), una persona che è stata danneggiata da un reato deve essere considerata vittima, anche a prescindere dal fatto che l'autore dell'illecito penale sia stato perseguito o condannato. Sulla scorta di tale definizione, l'ordinamento giuridico spagnolo, che conosceva la differenza tra "*victima*", "*ofendido*" e "*perjudicado*", ha interpolato le sezioni della LECrim al fine di consentire a questi soggetti di beneficiare dei diritti e delle misure di protezione stabiliti nello "Statuto della vittima" e di esercitare l'azione penale privata (art. 109-*bis* LECrim). Sul tema Á.M. SANZ HERMIDA, *Protección de los derechos fundamentales de las víctimas*, in N. GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, E. DEMETRIO CRESPO (eds.), *Legalidad y defensa*, cit., pp. 232 ss. Come si è visto, invece, il codice di rito italiano distingue tra offeso e danneggiato, a seconda della natura – criminale o civile – del danno subito; talora si riferisce autonomamente al querelante [cfr. art. 178(1)(c) c.p.p.], in materia di nullità di ordine generale; altrove richiama gli enti rappresentativi di interessi lesi dal reato (artt. 91 ss. c.p.p.; art. 505 c.p.p.). Altrettante difficoltà definitorie emergono quando si tratta di tradurre alcune nozioni nel passaggio da un sistema ad un altro. Si consideri, ad esempio, la traduzione letterale del termine *Beschuldigte* ovvero "incolpato" che non trova un riconoscimento espresso nel codice di rito italiano ma che potrebbe avvicinarsi ai termini indiziato o indagato. Peraltro, il diritto processuale penale tedesco distingue il concetto di imputato in senso stretto (*Angeschuldigte*) – qualifica che scatta con la formulazione dell'accusa da parte del pubblico ministero – da quello di accusato (*Angeklagte*) – che discende dal rinvio a giudizio – e risultano espressamente definiti dalla legge (§157 StPO). Cfr. T. KLEINKNECHT, K. MEYER, *Strafprozeßordnung, Einleitung*, 39^a ed., München, 1989, nn. 76 ss. Non meno problematica si presenta la situazione terminologica in Spagna. Con la *Ley Organica* 13/2015 del 5 ottobre 2015, che ha modificato la LECrim, si è attuata un'articolata sostituzione dei termini in un catalogo dettagliato di articoli del codice di rito spagnolo. Così, negli artt. 120, 309-*bis*, 760, 771, 775, 779, 797, 798, della LECrim; negli artt. 325, 502, 503, 504, 505, 506, 507, 508, 511, 529, 530, 539, 544-*ter*, 764, 765, 766, 773 il termine "*imputado*" è stato sostituito da "*investigado*" o "*encausado*"; nell'articolo 141 l'espressione "*imputados* o *procesados*" con "*procesados*" o "*procesados*"; negli artt. 762, 780 e 784, "*imputado*" da "*acusado*"; e, infine, negli artt. 503 e 797, il termine "*acusado*" è stato riferito all'"indagato". Su tale capillare intervento ha inciso la rinnovata consapevolezza dell'importanza del diritto di difesa (art. 24 della Costituzione spagnola). È stato osservato che il cambio di denominazione ha voluto evitare che il coinvolgimento nel processo e il libero esercizio della difesa equivalga a una condanna sociale e di escludere così la funzione intimidatoria e stigmatizzante del processo che il Prof. Ferrajoli considerava alla stregua di una moderna strategia di controllo penale della società. Così, M. MARCHENA GÓMEZ, GONZÁLEZ-CUELLAR, *La reforma de la ley de enjuiciamiento criminal en 2015*, 2015. Sul tema, cfr. I.M. GÓMEZ PADILLA, *Diferencias conceptuales entre imputado, investigado, procesado y encausado. Derecho de defensa*, reperibile al sito <https://fcp.es/wp-content/uploads/2017/06/Gómez-Padilla.-Comunicación.pdf>. Ancora, N. GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, *El derecho de defensa e la marca de Caín*, in N. GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, E. DEMETRIO CRESPO (eds.), *Legalidad y defensa*, cit., pp. 40 ss.

coinvolte devono spesso affrontare enormi difficoltà per essere ascoltate o per partecipare ad attività investigative in giurisdizioni straniere³¹.

Dalle osservazioni condotte fin qui emerge con chiarezza che qualsiasi risposta agli interrogativi formulati racchiude in sé aspetti tanto positivi quanto negativi degni di attenzione che orientano, per così dire, il discorso ora sull'efficienza ed efficacia della cooperazione transnazionale ora sulla tutela di una garanzia così fondamentale.

La partita si gioca più a monte sulla necessità di mantenere o meno l'operatività del principio del *limited inquiry* in uno scenario come quello dell'Unione europea fondato sulla fiducia reciproca e che oggi pone inedite sfide, la problematicità delle quali è acuita dall'uso di mezzi informatici (che oggi ha ampliato la gamma dei bersagli delle misure investigative, come nel caso dell'intercettazione delle comunicazioni) o è conseguenza di un uso massiccio di inediti strumenti investigativi (ad esempio, droni, perquisizioni digitali, ecc.) i quali mettono indistintamente a repentaglio le libertà fondamentali di tutti gli individui su larga scala.

4. L'indipendenza del sistema giudiziario e i suoi riflessi sulla parità delle armi nel panorama della giustizia penale transnazionale

In questo quadro valoriale si iscrive l'indipendenza del sistema giudiziario, la quale si intreccia inevitabilmente al concetto di giusto processo, finendo dunque per condividere con quest'ultimo la salvaguardia del suaccennato fine ultimo del procedimento penale. D'altronde sembra davvero difficile pensare ad un processo equo, nonché allo Stato di diritto e alla democrazia, senza garanzie di indipendenza minime in capo all'autorità giudiziaria. Tutto ciò potrebbe fare dell'indipendenza un "metavalore" non bilanciabile con altri principi. Resta dunque da capire l'importanza che esso, in quanto connesso alla parità delle armi, riveste nello specifico contesto della nostra analisi e se, anche rispetto a questo principio, sia ravvisabile una nozione autonoma sul versante transnazionale.

Si può anzitutto postulare che se l'indipendenza e la parità delle armi sono strettamente legate già sul piano delle vicende meramente domestiche, al punto che la realizzazione della prima favorisce anche quella dell'altra, questo assunto non può che essere valido anche sul piano transnazionale. Non si riscontra ragione alcuna che militi a favore di una diversa

³¹ Queste riflessioni discendono dalla constatazione che, negli ultimi anni, la tutela delle vittime di reato e dei loro prossimi congiunti ha assunto una rilevanza sempre maggiore e a livello nazionale e a livello internazionale, addirittura incidendo sullo stesso volto del processo penale sempre più proteso verso la costruzione di un modello processuale "triadico" (accusa, accusato, vittima). Cfr. *Report on Eurojust's casework on victims' rights. A contribution to the European Commission Coordinator for Victims' Rights mapping exercise*, febbraio 2022, reperibile al sito <https://www.eurojust.europa.eu/publication/eurojust-casework-report-victims-rights>. Come ha sottolineato da J. DOAK, *Victims' Rights in Criminal Trials: Prospects for Participation*, in *J. Law and Society*, 2005, 32, 2, p. 300, in molti sistemi internazionali di giustizia penale e nelle principali sedi dei diritti umani, i "diritti delle vittime" vengono sempre più spesso interpretati sotto forma di diritti umani, pertanto meritevole di tutela giuridica all'interno dei sistemi nazionali. Per molto tempo, invece, gli ordinamenti giuridici interni hanno considerato le persone danneggiate da una prospettiva criminologica, cioè come qualcuno che ha subito un danno derivante da un reato e che per questo motivo richiede sostegno e aiuto. Così M. MONTAGNA, *I diritti minimi della vittima*, in A. GAITO (ed.), *I principi europei del processo penale*, Roma, 2016, p. 300. Più specificatamente, M. CHIAVARIO, *Il "diritto al processo" delle vittime dei reati e la Corte Europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 939 ha affrontato il tema dal punto di vista della CEDU, mettendo in luce che la Convenzione si è concentrata a lungo su colui che è accusato di essere l'autore di un reato. Sul tema *de quo* si ritornerà più volte nel prosieguo dell'indagine, in specie ai capitoli II, III, IV, V e VI della parte II.

interpretazione: non fosse altro perché, diversamente ragionando, si scadrebbe in una grave violazione, ancor prima che della parità, dell'uguaglianza dei cittadini europei, trattati diversamente a seconda che il procedimento penale che li vede coinvolti sia rispettivamente domestico o transfrontaliero. Senza considerare poi che l'indipendenza della magistratura è uno dei presupposti indefettibili per la protezione dello Stato di diritto in Europa e in questa accezione non tollera differenti declinazioni.

Per contro, va segnalato che i profili attinenti al modo, ai criteri e alla prospettiva ordinamentale in base ai quali misurare l'indipendenza di un sistema giudiziario rappresentano temi estremamente delicati che, toccando lo stesso concetto di sovranità statale, pongono non pochi problemi alla stessa cooperazione giudiziaria, e sui quali solo nell'ultimo decennio si sta cercando di fare luce³².

A ben vedere, l'attuale attenzione verso questo principio sul fronte transnazionale – ed invero il discorso potrebbe estendersi anche al trattamento paritario delle parti – si spiega col fatto che l'indipendenza degli organi giudicanti e requirenti è estranea al discorso sulla cooperazione internazionale penale più risalente, di cui l'extradizione è certamente lo strumento più tipico. Storicamente, infatti, le procedure di consegna hanno rappresentato uno scambio di cortesie tra sovrani, prima di tramutare in un congegno dal carattere amministrativo tra i poteri esecutivi degli Stati³³. E anche con l'evoluzione dei meccanismi di assistenza giudiziaria, per lungo tempo scarsamente o per nulla considerato è stato il profilo attinente alla titolarità in capo ai soggetti coinvolti di una serie di diritti e facoltà che integrano i requisiti dell'equo processo, tra cui, per esempio, il diritto a che le decisioni sulla propria libertà, destinate a circolare oltre i confini dello Stato sovrano, siano emesse da un organo indipendente³⁴.

Al contrario, oggi può in generale segnalarsi l'interesse della comunità internazionale allo sviluppo di istituzioni solide e affidabili in ogni Stato, sì da garantire la stabilità e la tenuta dell'ordine pubblico internazionale. Ciò implica che l'esistenza di un sistema giudiziario nazionale più o meno indipendente tende a riflettersi sempre di più sul buon esito delle stesse. Nell'area dell'Unione europea un dato oggi indiscutibile è l'attitudine delle autorità giudiziarie di uno Stato membro a “mettere alla prova” il grado di indipendenza degli apparati stranieri in occasione di attività di cooperazione infrastatali, ad esempio quando una decisione viene emessa da un tribunale o da un pubblico ministero di un Paese ma deve essere riconosciuta ed eseguita nel proprio.

Nella cornice eurounitaria, tale epocale mutamento è stato certamente favorito, oltre che da una precisa volontà politica del legislatore europeo che ha forgiato strumenti normativi *ad*

³² In questo senso, *ex multis*, O.E. GARCIA BOLIVA, *Lack of judicial independence and its impact on transnational and international litigation*, in *Law and Business Review of the Americas*, 18, 1, 2012, pp. 1 ss. Ed ancora si leggano le puntuali riflessioni di L. BACHMAIER WINTER, *Judicial independence in the Member States of the Council of Europe and the EU*, cit.

³³ Ed infatti, solo successivamente si sarebbe realizzato un coinvolgimento delle autorità giudiziarie nelle scelte operate dal Governo sulle consegne internazionali; coinvolgimento che, comunque, non avrebbe protetto dalle derive arbitrarie della politica poiché conta anche come l'intervento di tali autorità si espliciti in questo specifico terreno procedurale. Così, volendo, A. FALCONE, *Indipendenza del pubblico ministero e cooperazione internazionale in materia penale nello scenario giuridico europeo*, in *Eurojus*, 3, 2021, pp. 66 ss.

³⁴ A.H. KLIP, *European Criminal Law: An Integrative Approach*, 3^a ed., 2016, p. 467 il quale sottolinea che, del resto, le persone fisiche, come l'indagato o l'imputato, non sono parte di accordi di cooperazione internazionale e come tale non possono prendere parte alle procedure cooperative. Per un approfondimento sul tema si vedano K. PARLETT, *The Individual in the International legal System*, 2011, pp. 365 ss.; A. PETERS, *Membership in the Global Constitutional Community*, in J. KLABBERS et al. (eds.), *The Constitutionalization of International law*, 2012, pp. 153 ss.

hoc, dalla peculiarità dell'ordinamento giuridico europeo in sé: dal momento che l'Unione e i suoi Stati membri, ma anche questi ultimi tra di loro, sono legati da un rapporto sempre più stretto che innesca, a sua volta, un dialogo tra le autorità che ad essi fanno capo estremamente vitale per sostenere lo Stato di diritto all'interno di un'area votata alla incessante integrazione interordinamentale. A riprova di questo cambio di rotta, basterebbe qui richiamare i rinvii pregiudiziali alla Corte di giustizia attraverso i quali si è chiesto al giudice europeo di chiarire il significato autentico da attribuire all'espressione «autorità giudiziaria» e, in tale prospettiva, se alcuni pubblici ministeri europei offrano garanzie di indipendenza dal potere esecutivo sufficienti per poter emettere o eseguire un mandato d'arresto europeo o un ordine europeo di indagine penale³⁵.

Senza dubbio, gli approdi a cui sono pervenuti i giudici di Lussemburgo, come avremo modo di constatare nel prosieguo di questa ricerca, hanno affermato solennemente la portata del principio in parola, ma hanno pure plasmato inediti concetti di “decisione” e “autorità giudiziaria” capaci di scardinare i paradigmi definitivi forniti dai sistemi di giustizia nazionali, evidenziando al contempo un delicato problema sul quale si intende qui fare luce³⁶. La presente indagine fornisce infatti un punto di vista privilegiato per esaminare l'influsso del diritto europeo sulla fisionomia del diritto processuale penale domestico e, in specie, sul ripensamento, se non addirittura sulla (ri)configurazione alla luce delle istanze sovranazionali, di nozioni interne che nell'impatto con il procedimento penale transnazionale sono soggette, per così dire, ad una profonda mutazione genetica. Rimane da chiedersi ancora fino a che punto il fenomeno descritto, in una visione circolare dei principi oggetto del nostro studio e secondo logiche ad effetto domino, possa manifestare ricadute sull'effettivo trattamento paritario delle parti coinvolte nel procedimento penale transnazionale.

5. Oggetto e struttura della ricerca

Dal complessivo contesto qui preliminarmente trattato emerge un quadro estremamente complesso nel quale si inseriscono una serie di questioni attorno al tema dell'effettiva parità delle armi e dell'indipendenza quali presupposti indefettibili che reggono il procedimento penale equo che, come anticipato, siamo chiamati ad affrontare dall'angolo visuale di alcuni degli strumenti offerti dalla cooperazione giudiziaria in materia penale nello spazio giuridico europeo. È, infatti, in questo specifico ambito ispirato a logiche fondate sul mutuo riconoscimento che emergono le principali problematicità per l'effettiva tutela di questi principi sul fronte transfrontaliero³⁷.

Alla luce di tutto ciò non possiamo però esimerci dal ricostruire dapprima la fisionomia dei “postulati” di questa indagine, nel tentativo di rintracciare un loro primo “autentico” significato sul piano nazionale e poi transnazionale e comprenderne la portata applicativa *ratione subiecti*. A tal fine, l'analisi verrà condotta secondo un approccio sistematico che, a sua volta, farà perno su una prospettiva interlivello basata sulla triangolazione fra CEDU, diritto dell'Unione europea e sistemi nazionali di questi principi-cardine della *fairness* procedimentale. Fissate, dunque, le connotazioni essenziali della parità delle armi e

³⁵ Su questi aspetti, si vedano i capitoli II e III della parte II.

³⁶ Lo stesso fenomeno può invero osservarsi in materia di *ne bis in idem* transnazionale a cui pure dedicheremo attenzione nel capitolo V della parte II.

³⁷ Si veda in particolare tutta la parte II della ricerca.

dell'indipendenza, ci concentreremo sulla dimensione più propriamente transnazionale della cooperazione giudiziaria in materia penale nell'Unione europea (UE).

Così anzitutto ci occuperemo del meccanismo del mandato d'arresto europeo (MAE) definito dalla Decisione quadro 2002/584/GAI, rispetto al quale la Corte di giustizia è intervenuta nello specifico per vagliare se alcune Procure europee offrano garanzie di indipendenza dal potere esecutivo sufficienti per poter emettere o eseguire un mandato d'arresto. Le tensioni interpretative sulle spinose nozioni di «autorità giudiziaria dell'emissione» e «autorità giudiziaria dell'esecuzione» contenuti nella Decisione quadro hanno innescato una serie di questioni cruciali legate al ruolo che l'indipendenza delle autorità giudiziarie può e deve svolgere nell'ambito della cooperazione giudiziaria in materia penale per assicurare un procedimento penale transnazionale complessivamente equo. A questo riguardo, è interessante notare fin da subito che dal punto di vista della tutela dei diritti e delle libertà fondamentali nell'ambito delle procedure di cooperazione internazionale nel quadrante regionale europeo, il fatto che solo un organo indipendente possa emettere o eseguire un mandato e valutare la proporzionalità induce a ritenere in prima battuta soddisfacenti le soluzioni a cui sono pervenuti i giudici di Lussemburgo. Come avremo modo di appurare, anche il richiamo operato dalla Corte di giustizia al doppio livello di protezione, costante di quasi tutte le decisioni in materia, sembra assicurare una certa tutela ai soggetti destinatari di un mandato d'arresto europeo³⁸. Eppure, questi approdi, almeno apparentemente incoraggianti, necessitano di un'analisi approfondita per verificare, ad esempio, se per salvaguardare la parità delle armi sia sufficiente esigere dalle autorità giudiziarie cooperanti una indipendenza in astratto o se, piuttosto, si renda necessaria un'indagine sulla concretezza della stessa.

Sul piano della *Beweisrechthilfe* guarderemo poi all'ordine europeo di indagine penale (OEI)³⁹: quest'ultimo, come è noto, costituisce «un sistema globale di acquisizione delle prove nelle fattispecie aventi dimensione transfrontaliera», tale da sostituire «tutti gli strumenti esistenti nel settore e da potersi utilizzare per tutti i tipi di prove con precise e rapide modalità di esecuzione e con circoscritti motivi di rifiuto»⁴⁰. L'euro-ordine, tuttavia, è stato sostanzialmente concepito come uno strumento nelle mani delle autorità giudiziarie, le quali possono tutt'al più essere sollecitate dalla difesa all'emanazione dello stesso, senza peraltro che indagati o imputati o le stesse vittime possano sindacare l'illegittimità di un eventuale rifiuto, salvo che gli Stati membri, nel dare attuazione alla Direttiva OEI, non introducano appositi rimedi. La stessa Corte di giustizia si è interessata al tema dell'indipendenza delle autorità di emissione dell'ordine europeo, sebbene le conclusioni a cui è pervenuta, e a cui dedicheremo una trattazione *ad hoc*, siano diametralmente opposte rispetto a quelle enunciate in materia di MAE, con ciò inaugurando una diversa modulazione giurisprudenziale delle garanzie di indipendenza delle autorità giudiziarie a seconda che ci si ponga dalla prospettiva del MAE o dell'OEI.

A ben vedere, la Direttiva OEI offre, più degli altri strumenti già menzionati, un'angolazione estremamente utile per osservare l'operatività del principio di parità delle armi, soprattutto nella fase investigativa, in cui condizioni paritarie tra organo d'accusa ed indagato sono difficili da realizzare, innanzitutto per ragioni di efficacia di dette indagini in quanto destinate a consentire la scoperta dell'eventuale reato e del suo autore. Come è noto, infatti, il pubblico ministero presenta un *gap* di conoscenze rispetto al presunto autore del

³⁸ Cfr. capitolo II della parte II.

³⁹ L'argomento sarà trattato al capitolo III della parte II.

⁴⁰ Considerando n. 6 Direttiva 2014/41/UE.

reato, sicché vi è tra i due soggetti una “disparità di partenza” a scapito del primo, che verosimilmente è destinata ad acuirsi nel contesto di indagini per crimini transnazionali. E infatti, a fronte di un fatto storico astrattamente riconducibile ad una norma penale, l'organo pubblico si ritiene che debba essere munito di poteri idonei a ricostruire le vicende intercorse se non in modo vero quantomeno in maniera autentica, senza limitazioni territoriali di sorta. Per fare ciò, l'autorità rappresentante l'accusa deve superare il divario conoscitivo attraverso l'esercizio di poteri di indagine che, inevitabilmente, finiscono per porlo su un piano superiore rispetto a quello dell'indagato⁴¹. Eppure, se una siffatta asimmetria è ineliminabile, occorre chiedersi fino a che punto essa possa essere accettata, soprattutto alla luce di attività investigative sempre più limitative della sfera di libertà personali. In questo ordine di idee, ci si potrà interrogare sulle preoccupazioni emerse in relazione alle regole decisorie domestiche orientate alla valutazione dell'azione o inazione sul modello di quelle recentemente introdotte nel nostro ordinamento agli artt. 408 e 416 c.p.p.⁴². Quest'ultime, infatti, mirando a individuare elementi per formulare una ragionevole previsione di condanna in giudizio, potrebbero influenzare negativamente l'imparzialità dell'organo di pubblica accusa e il paritario trattamento dei soggetti destinatari o coinvolti nelle indagini transnazionali.

Sempre a livello probatorio merita considerazione il Regolamento licenziato dal Parlamento europeo lo scorso giugno 2023 e che entrerà in vigore dal 2026 al fine di migliorare l'accesso transnazionale alle prove elettroniche nel quadro di un'acclarata inefficacia degli strumenti finora sperimentati rispetto alla materia delle prove elettroniche⁴³. Stante la novità della recente normativa, si tratterà dunque di fornire una prima interpretazione del Regolamento con l'idea di individuare eventuali *deficit* di tutela sul versante della *par condicio* e dell'indipendenza e analizzare quanto questi potranno pesare su uno strumento investigativo dalla portata particolarmente ampia.

Accantonato il tema della circolazione probatoria concentreremo la nostra attenzione sulla neoistituita Procura europea⁴⁴, che a partire da giugno 2021 è finalmente entrata nel vivo delle sue attività come frutto di una cooperazione rafforzata tra alcuni soltanto degli Stati membri. L'EPPO va ad inserirsi in un contesto istituzionale volto alla protezione del bilancio dell'Unione già attivo, con il compito di potenziare la risposta dell'Unione stessa rispetto alle aggressioni ai suoi interessi finanziari laddove queste assumano rilievo penale⁴⁵. Questa istituzione si pone geneticamente al di fuori della cooperazione giudiziaria, ma la sua attività interstatale implica dei risvolti apprezzabili sul piano della giustizia penale transfrontaliera che non possiamo tralasciare di considerare.

⁴¹ Si è affermato che «nemmeno il legislatore più garantista intende alla lettera la parità delle parti quando non esista ancora un processo, perché molte imputazioni non nascerebbero mai se l'indagine giocasse a carte scoperte». M. CHIAVARIO, *Processo e garanzie della persona. II – Le garanzie fondamentali*, Milano 1984, p. 27.

⁴² Per tutti, cfr. E. MARZADURI, *Il declino del paradigma accusatorio ed il ritorno all'istruzione sommaria*, in *www.lalegislazionepenale.it*, 2022, pp. 1 ss.

⁴³ Regolamento 2023/1543/UE del Parlamento europeo e del consiglio del 12 luglio 2023 relativo agli ordini europei di produzione e agli ordini europei di conservazione di prove elettroniche nei procedimenti penali e per l'esecuzione di pene detentive a seguito di procedimenti penali.

⁴⁴ Cfr. capitolo IV della parte II.

⁴⁵ *Eurojust*, *Europol* e Ufficio europeo per la lotta antifrode (OLAF). In particolare, quest'ultimo, sino ad oggi unico organo europeo con poteri di indagine (amministrativa) su fatti, penali e no, che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, è chiamato a cooperare con l'EPPO secondo modalità che assicurino la complementarità dei rispettivi mezzi ed evitino duplicazioni. *Eurojust* assiste l'EPPO, in modo particolare, nei rapporti con le autorità giudiziarie negli Stati membri non partecipanti alla cooperazione rafforzata. *Europol*, infine, può fornire un supporto informativo e analitico.

Una volta tratteggiati gli elementi essenziali della struttura delineata dal Regolamento n. 2017/1939, sia a livello centrale che decentrato, sarà il caso di soffermarci sull'autonomia e sull'indipendenza dell'Ufficio del pubblico ministero europeo (EPPO). Quanto all'indipendenza della Procura europea, sia come ufficio globalmente inteso, sia dei suoi organi, essa è proclamata in modo solenne dall'art. 6 RegEPPO; eppure, le sue modalità operative e dei diversi organi che la costituiscono impongono delle riflessioni sulla sua indipendenza, tanto esterna quanto interna. Occorrerà osservare, ad esempio, che il Regolamento del 2017 prevede espressamente la sottoposizione dei Procuratori delegati europei (PDE) a un potere di istruzione interno, principalmente a opera delle Camere permanenti che, ai sensi dell'art. 10 RegEPPO, ne approvano o rigettano le decisioni relative agli snodi dell'indagine penale quali avvio, archiviazione, esercizio dell'azione penale, procedimenti alternativi, e così via e possono adottare istruzioni vincolanti relative alla condotta delle singole indagini⁴⁶. La presente ricerca si propone infine di esaminare i procedimenti di competenza della Procura europea dalla prospettiva delle ripercussioni delle indagini e delle determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale sulla parità delle armi. Proprio il tema dell'archiviazione ci porterà a considerare come il modello approntato dai redattori del RegEPPO prevede un meccanismo che non affida la decisione archiviativa a un organo terzo e imparziale rispetto all'EPPO stesso, ma a un organo che appartiene alla Procura europea, per quanto non svolga le indagini. Non si potrà inoltre deviare da un altro quesito di capitale importanza alla luce del diritto al *fair hearing*. Se assumiamo il diritto di "farsi sentire" come il diritto ad avere una possibilità di esporre le proprie ragioni (argomentative, probatorie, giuridiche) e di controbattere a quelle avversarie, allora viene da chiedersi quale ruolo giochi la difesa rispetto alla decisione sull'archiviazione. Il discorso vale ancor di più per la persona offesa dal reato⁴⁷. Emerge, così, l'esigenza di apprezzare *funditus* quale spazio, quali mezzi e *chances* vengano accordate nella prassi operativa della Procura europea a questi soggetti, in quanto capaci di contribuire ad una ricostruzione dialettica dei fatti e, di conseguenza, portatori di un interesse alla difesa delle proprie prerogative.

Infine, un ulteriore ambito che consente di apprezzare, più di ogni altro, le interazioni tra giusto processo, indipendenza delle autorità giudiziarie e *par condicio* concerne i profili inerenti al *ne bis in idem* internazionale, che invero non è da ascrivere alla sola cooperazione giudiziaria ma offre orizzonti di analisi ben più ampi per ripensare la giustizia penale transnazionale⁴⁸. Questo principio, tanto nella sua accezione processuale che sostanziale, viene solennemente proclamato dalle due Carte dei diritti fondamentali. Mentre l'art. 50 del Capo VI della Carta dei diritti fondamentali dell'UE dedicato alla "giustizia" dispone che «nessuno può essere processato e punito nuovamente per il medesimo fatto ove sia intervenuta una sentenza penale definitiva di condanna o di assoluzione adottata da giudici che operino nell'Unione», l'art. 4 Prot. 7 CEDU adottato nel 1984 ed entrato in vigore nel 1988 stabilisce che «nessuno può essere condannato o perseguito penalmente dalla giurisdizione dello stesso Stato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato a seguito di una sentenza definitiva conformemente alla legge e alla procedura penale di tale Stato». Sempre all'interno dell'Unione europea, il *ne bis in idem* è sancito dall'art. 54 della Convenzione di Applicazione dell'Accordo di Schengen del 14 giugno 1985 (CAAS) il quale prevede che «una persona che

⁴⁶ Art. 10(5), Reg. EPPO.

⁴⁷ Il considerando n. 87 del RegEPPO con il termine "terzo" intende una categoria che comprende oltre all'indagato e alla vittima anche altri interessati i cui diritti potrebbero essere pregiudicati dagli atti emessi dall'EPPO.

⁴⁸ Si rinvia al capitolo V della parte II.

sia stata giudicata con sentenza definitiva in una Parte contraente non può essere sottoposta ad un procedimento penale per i medesimi fatti in un'altra Parte contraente a condizione che, in caso di condanna, la pena sia stata eseguita o sia effettivamente in corso di esecuzione attualmente o, secondo la legge dello Stato contraente, non possa più essere eseguita»⁴⁹.

La salvaguardia dal rischio di una duplicazione del processo *in idem* nella dimensione transnazionale⁵⁰ assume una peculiare ragion d'essere proprio nel contesto dei rapporti giurisdizionali tra Stati e, soprattutto, alla luce della disciplina della cooperazione giudiziaria interstatale ispirata alla logica del mutuo riconoscimento⁵¹. Le antinomie da risolvere sono state e sono tuttora diverse. Esse attengono principalmente agli elementi costitutivi del principio in esame, al suo ambito applicativo e alla risoluzione dei contrasti tra le fonti che lo regolano. Del resto, già all'interno di uno stesso sistema giuridico, e per giunta all'interno della stessa giurisdizione penale, non è affatto agevole stabilire quali decisioni siano provviste della c.d. *efficacia preclusiva*.

Un aspetto che merita senz'altro di essere analizzato nella prospettiva della presente tesi attiene alla possibilità che pronunce definitive siano assunte da un organo diverso da un giudice, come per il caso di un provvedimento adottato dal pubblico ministero. Ci si chiede infatti se esso costituisca o meno una "sentenza definitiva" ai fini dell'applicazione del *ne bis in idem*⁵², posto che, peraltro, l'organo d'accusa potrebbe difettare di garanzie di indipendenza sì da compromettere anche la parità procedimentale. In altre parole, «individuare quali decisioni presentino i requisiti qualitativi necessari per poter dispiegare forza di giudicato nei confronti di altri Paesi significa palesemente ragionare a un tempo su quali autorità possano avere il potere di *ius dicere* in materia penale»⁵³. Alla luce di queste riflessioni, il principio del *ne bis in idem* può, dunque, essere osservato secondo una chiave di lettura alternativa che fa perno sulla possibilità, al contrario, di celebrare un secondo processo in un altro Stato allorché il primo procedimento sia stato condotto violando i canoni che informano l'equo processo, ivi inclusi, dunque, la parità delle armi e l'indipendenza.

Il lavoro terminerà con la presentazione delle conclusioni raggiunte dopo aver condotto l'indagine assieme a proposte che consentano di soddisfare le esigenze della tutela dei principi oggetto di disamina con la necessità di costruire uno spazio di giustizia improntato sulla fiducia reciproca. A tal proposito, una considerazione degli strumenti oggi forniti dalle più avanzate forme della tecnologia può risultare utile per verificare se nuovi mezzi possano apportare un contributo significativo e sul piano della risoluzione di problemi eminentemente tecnici che rallentano la cooperazione nell'Unione europea e su quello del rafforzamento delle tutele delle parti e delle garanzie di indipendenza delle autorità giudiziarie coinvolte nel

⁴⁹ Disposizione, quest'ultima, che pur avendo vincolato inizialmente soltanto gli Stati firmatari dell'Accordo, ovvero Belgio, Francia, Germania, Lussemburgo e Paesi Bassi, è stata successivamente "incorporata" nel diritto dell'Unione europea attraverso il Protocollo n. 2 allegato al Trattato sull'Unione europea e al Trattato che istituisce la Comunità europea.

⁵⁰ Nella relazione di orientamento n. 26/17 dell'Ufficio del Massimario Penale del 21 marzo 2017 si è sottolineato che il principio opera ormai non soltanto all'interno dei singoli ordinamenti giuridici ma anche nel rapporto multilivello tra ordinamenti dei singoli Stati ed ordinamento giuridico europeo.

⁵¹ «Quanto più sofisticati diventano gli strumenti della cooperazione internazionale, tanto più è necessario - per il corretto funzionamento del sistema - riconoscere l'effetto preclusivo della sentenza straniera che abbia già giudicato la medesima persona per lo stesso fatto». Così, E. ZANETTI, *Efficacia extraterritoriale del giudicato (dir. proc. pen.)*, Annali II-1, 2008.

⁵² Cfr., Corte di giust., *Göçitok and Brügge e Van Esbroeck*, causa C-436/04, ECLI:EU:C:2006:381.

⁵³ S. RUGGERI, *Norma, giudizio, giudicato. Una riflessione sulla tutela penale alla luce del ne bis in idem nell'era dell'interlegalità*, in *OIDU*, 3, 2023, pp. 1 ss.

procedimento penale rispetto al fine ultimo del mantenimento di un elevato grado di equità procedimentale.

6. Metodologia

L'analisi delle problematiche che sono emerse fin qui richiede un approccio metodologico che si adatti ad un panorama normativo tutt'altro che immediato poiché contraddistinto dalla c.d. *inter-legalità*⁵⁴, termine con cui si è soliti designare la simultanea vigenza di fonti provenienti da culture, livelli e apparati giuridici diversi (locali, regionali, nazionali, sovranazionali, internazionali) e da norme difformi per origine e grado di precettività. Entro questo peculiare contesto il diritto dell'Unione europea plasma le garanzie procedurali, sebbene esso non conduca «ad una vera e propria unificazione del diritto processuale penale in chiave federale, costruendo un sistema completo di “regole” europee, ma perlopiù assume la conformazione dei “principi”»⁵⁵. Ebbene, l'approccio alla ricerca che qui problematicamente si propone tiene conto di tutto ciò.

Come anticipato, lo studio delle implicazioni che la parità delle armi e l'indipendenza delle autorità giudiziarie riversano sull'equità del procedimento penale transnazionale presuppone una preliminare ricostruzione dei loro principali connotati e delle loro reciproche influenze e sul versante nazionale e nella dimensione transnazionale. Un ruolo primario nella metodologia di questa ricerca non può dunque che essere assunto dalla comparazione, che a sua volta si snoderà su più livelli.

Un primo livello, partendo dal quadro normativo europeo di riferimento vigente in seno al Consiglio d'Europa e all'Unione europea, procederà anzitutto con un'analisi dinamica della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (CEDU) e della Corte di giustizia dell'UE (CGUE) attorno alle nozioni di *equality of arms* e indipendenza delle autorità giudiziarie e alle interrelazioni che li caratterizzano.

Il secondo livello della ricerca, pur guardando ai moniti internazionali e sovranazionali, riconoscerà dignità alle identità giuridiche nazionali al fine di indagare il grado di tutela raggiunto nel settore dell'indipendenza e della *par condicio* nella dimensione giuridica prettamente interna. Senza dubbio, la maniera in cui l'imputato può difendersi o lo spazio accordato alla vittima del reato nella ricostruzione del fatto storico e, più in generale il modo in cui viene applicato il concetto di parità di armi, nonché il livello di tutela apprestato alle garanzie della giurisdizione, ci sembrano tutti argomenti che meritano di essere analizzati da una prospettiva domestica giacché costituiscono tutti profili facilmente influenzabili dal modo in cui un determinato sistema di giustizia penale è conformato. In questo ordine di idee è lecito chiedersi come i postulati dell'equo procedimento di matrice internazionale e sovranazionale di cui ci occupiamo principalmente in questa ricerca si adattino ai tradizionali modelli processuali che vanno sotto la denominazione di “accusatorio” e “inquisitorio”.

⁵⁴ Sconfinata la letteratura in proposito. Cfr., per tutti, J. KLABBERS, G. PALOMBELLA (eds.), *The Challenge of Inter-Legality*, Cambridge, 2019.

⁵⁵ M. DANIELE, *La triangolazione delle garanzie processuali fra diritto dell'unione europea, cedu e sistemi nazionali*, cit., pp. 1 s. Sul tema, fra i molti, cfr. M. CAIANIELLO, *Dal terzo pilastro ai nuovi strumenti: diritti fondamentali, “road map” e l'impatto delle nuove direttive*, in *Dir. pen. cont.*, 4 febbraio 2015, pp. 1 ss.; A. GAITO, *L'adattamento del diritto interno alle fonti europee*, in O. DOMINIONI, P. CORSO, A. GAITO, G. SPANGHER, G. DEAN, G. GARUTI, O. MAZZA, *Procedura penale*, 4^a ed., Torino, 2015, p. 30.

Ebbene questo secondo livello di analisi guarderà in particolar modo ai sistemi italiano, tedesco e spagnolo. A questo proposito va precisato che la scelta di comparare tali ordinamenti tiene conto di una considerazione di fondo secondo la quale questi ultimi, per quanto afferenti alla macrocategoria dei sistemi di *civil law*, presentano tuttavia caratteristiche differenti, anche se non sempre rilevanti, nel disciplinare gli equilibri tra il potere dell'accusa e i diritti degli indagati, degli imputati e delle vittime, come pure nell'attribuire la competenza investigativa alle autorità giudiziarie e nella gestione del controllo giurisdizionale su atti e attività delle parti. Si tratta, a ben considerare, di elementi che non solo pesano sulla parità delle armi ma che si mescolano con le peculiarità organizzative preposte al mantenimento dell'indipendenza delle magistrature nazionali. Così, mentre in Italia il modello di processo penale costruito dal codice di rito a seguito della riforma del 1988 si definisce, secondo un'etichetta di ormai poca valenza pratica, accusatorio misto⁵⁶, quello in vigore in Germania è di stampo inquisitorio per l'attenzione posta alla ricerca della verità materiale. Tanto in Italia quanto in Germania la fase delle indagini preliminari (*Ermittlungsverfahren*) è poi formalmente nelle mani della pubblica accusa, anche se in pratica è la polizia a svolgere le indagini, per la maggior parte agendo sotto l'autorità del pubblico ministero e il giudice delle indagini preliminari (*Ermittlungsrichter*) svolge essenzialmente funzione di garanzia intervenendo per autorizzare e controllare la legalità e la proporzionalità di specifici atti. In Spagna, la *Ley de Encuciamento Criminal* (LECrim) del 1882 rivela, nonostante i suoi numerosi emendamenti (da ultimo, un'ampia riforma del 2015) un procedimento penale di tipo "misto" o "accusatorio formale". Le indagini preliminari coinvolgono la magistratura e, più esattamente, il *juzgado de instrucción* (giudice istruttore a livello locale), il *juzgado central de instrucción* (giudice istruttore nazionale) e l'*Audiencia Nacional* (tribunale supremo). In via eccezionale, il pubblico ministero, "ausiliario" del potere esecutivo, può avviare un'indagine, ma nel caso in cui siano richieste misure coercitive, egli deve comunque sottoporre il caso all'attenzione del giudice dell'istruzione per le relative autorizzazioni.

Sempre ai fini della nostra ricerca, va segnalato che tanto in Spagna quanto in Germania, l'esercizio dell'azione penale, diversamente che in Italia, è demandato anche a soggetti privati, tra cui le vittime di reato, che all'occorrenza assumano il ruolo di parte processuale attivando il procedimento penale o sostenendo un'accusa pubblica già pendente. Nell'ordinamento giuridico spagnolo, infatti, accanto alla *Fiscalía*, nei procedimenti inerenti a delitti o contravvenzioni procedibili d'ufficio (cd. *ilícitos públicos*), qualunque cittadino spagnolo, pur non leso dal reato, è legittimato a promuovere l'azione penale, costituendosi come *acusador popular*⁵⁷. La speciale relazione con il delitto, e quindi con il pregiudizio subito in conseguenza dello stesso, costituisce invece il tratto distintivo dell'*acusador particular*⁵⁸ rispetto all'*acusador popular*, trattandosi, nel caso del primo, della persona offesa titolata ad esercitare l'azione penale sia per i reati procedibili d'ufficio che a querela (*ilícitos semipúblicos*). Infine, va annoverato pure l'*acusador privado*, soggetto cioè offeso da un *ilícito privado*, categoria questa che ricomprende i reati di calunnia e ingiuria commessi in danno di privati cittadini⁵⁹ in relazione ai quali può esercitare in proprio l'azione penale, sostenendola da solo durante tutto l'arco del processo. Un simile approccio si rinviene nello StPO che distingue, rispettivamente,

⁵⁶ Per una recente analisi sul modello processuale italiano, cfr. E. MARZADURI, *Il declino del paradigma accusatorio ed il ritorno all'istruzione sommaria*, in www.laegislazionepenale.it, 3 agosto 2023, pp. 1 ss.

⁵⁷ Art. 101 LECrim.

⁵⁸ Artt. 101-103, 270, 280 e 281 LECrim.

⁵⁹ Art. 104 LECrim.

gli istituti del *Nebenklage*⁶⁰ e del *Privatklage*⁶¹. Manca tuttavia in Germania, come del resto in Italia, la figura di una c.d. *accusa popolare*.

Ancora più interessanti per questo studio sono i profili comparatistici concernenti l'indipendenza delle autorità giudiziarie in questi tre Paesi: in Italia, come è noto, indipendenza e imparzialità sono, per espressa previsione costituzionale, garanzie attribuite tanto ai giudici quanto ai pubblici ministeri, appartenendo entrambi ad un organo costituzionale, il Consiglio Superiore della Magistratura (CSM), che presiede al mantenimento di queste garanzie. Per contro, in Germania, vige una netta separazione fra giudici e pubblici ministeri, che trova un fondamento costituzionale all'art. 92 GG secondo cui l'esercizio del terzo potere è attribuito ai giudici, e questi sono indipendenti e soggetti soltanto alla legge. Infine, in Spagna, la Costituzione garantisce l'indipendenza della magistratura, la quale rappresenta un potere unico e indivisibile secondo la stessa Carta fondamentale [art. 117(5)] e che, come accade in Italia, fa capo ad un *Consejo General del Poder Judicial*. Di difficile inquadramento appare invece il pubblico ministero considerato come organo costituzionale secondo il dettato dell'art. 124 della Costituzione spagnola, disposizione che fissa alcuni principi cardine dell'operare della *Fiscalia* tra cui legalità, imparzialità, indipendenza gerarchica e unità di azione. Nonostante queste solenni affermazioni, siamo in presenza di un organismo che è comunque soggetto alle direttive del Ministro della giustizia e che per questo motivo vede la propria autonomia funzionale in pericolo⁶².

Dalla prospettiva della giustizia penale transnazionale, va ancora considerato che siamo al cospetto di tre sistemi processuali che storicamente hanno manifestato un diverso atteggiamento nei confronti dei meccanismi di assistenza giudiziaria. In Spagna, ad esempio, nonostante le numerose riforme succedutesi nel tempo, la *Ley de Enjuiciamiento Criminal* non ha regolamentato adeguatamente l'assistenza giudiziaria in materia penale se non a partire dagli anni '90, allorquando cioè si pose il problema di perseguire penalmente il traffico internazionale di droga e la lotta contro l'organizzazione terroristica basca, l'ETA. La Germania, invece, vanta una lunga tradizione di cooperazione internazionale in materia penale storicamente inscritta entro la *Mutual Legal Assistance (MLA)*, sia nell'area europea che fuori dal panorama continentale; fa parte, infatti, di diversi trattati multilaterali e bilaterali, questi ultimi stipulati in gran parte con i nove Stati che ne condividono i confini. Quanto all'Italia, invece, va rimarcata l'importanza accordata alla materia *de qua* nell'assetto codicistico del libro XI, quasi completamente modificato dalla legge delega n. 149/2016 e dal relativo decreto attuativo del 2017, che delinea i tratti salienti della materia rappresentata dai «rapporti giurisdizionali con le autorità straniere».

Per concludere, va detto che si rende opportuno condurre alcuni passaggi storicamente orientati. Un'analisi che si muove in questa direzione ci fornisce senz'altro gli strumenti utili per individuare il significato originario dei due principi in esame al fine di confrontarlo con le più moderne concezioni degli stessi e, soprattutto, rintracciare l'esistenza di un nocciolo duro di garanzie e diritti che nel tempo ha gravitato attorno alla nozione di equità procedimentale e che è rimasto indenne.

⁶⁰ §395(1) StPO.

⁶¹ §§374 ss. StPO.

⁶² Su questi aspetti si ritornerà più diffusamente nel capitolo III della parte II, a partire dai parr. 4 ss.

7. Obiettivi della ricerca e risultati attesi

Il presente studio intende operare una ricostruzione dei valori di fondo che dovranno ispirare nel prossimo futuro una cooperazione internazionale non solo efficiente ma anche efficace giacché pienamente rispettosa delle garanzie delle persone a vario titolo coinvolte nel procedimento penale, in specie dall'angolo visuale della tutela della *fairness* procedimentale transnazionale che certo passa attraverso una piena realizzazione della *par condicio* e dell'indipendenza delle autorità giudiziarie. A tal proposito si è detto quanto sia essenziale mettere a confronto questi principi, così come configurati nei sistemi nazionali di giustizia penale e sanciti dalle Costituzioni degli Stati membri, con le soluzioni elaborate dalle giurisprudenze europee. Da questo raffronto ci si aspetta pertanto multiformi e inedite manifestazioni di diritti e garanzie fondamentali che gravitano attorno alla *fairness* processuale, sicché un obiettivo che certamente questo elaborato si prefigge è quello di procedere preliminarmente con una ricognizione e/o catalogazione degli elementi essenziali che oggi informano i principi della *par condicio* e dell'indipendenza in Europa e che favoriscono le reciproche relazioni. Ciò che verosimilmente può attendersi dai risultati di tale elaborato è, se non uno stravolgimento, quantomeno un mutamento, per via dell'effetto degli *inputs* del diritto europeo, di categorie tipiche del processo che ruotano attorno ai concetti di "autorità" e "decisione" giudiziaria con ciò innescando un ripensamento della nozione di giudizio e, più in generale, un rinnovamento dell'accertamento penale così come tradizionalmente inteso.

L'opera di profilazione condotta secondo l'approccio sistemico multilivello risulta senza dubbio fruttuosa per proiettare i risultati così ottenuti sul terreno della giustizia penale transnazionale nell'Europa del mutuo riconoscimento e fondare così una giustizia penale transnazionale *fair*. E infatti, nel contesto della lotta contro vecchie e nuove forme delinquenziali campeggia, talvolta, l'idea di un'Europa a più velocità, per la quale gli Stati dovrebbero integrarsi a differenti livelli a seconda della situazione politica interna e dello "stato di salute" delle proprie democrazie. Un tale assunto non può ammettersi all'infinito o, se si preferisce, integralmente. La via da percorrere è piuttosto quella della realizzazione di un effettivo spazio di giustizia comune entro il quale un provvedimento giudiziario emesso dagli altri Stati richiede di essere «trattato come quello corrispondente emesso nel proprio ordinamento», in assenza di mediazioni governative «senza particolari filtri e verifiche di legittimità»⁶³. Un siffatto risultato, come si sa, non è automatico e richiede uniformità di pensiero, o meglio, una comune cultura giuridica sugli elementi essenziali che informano una giustizia penale transnazionale rispettosa dei diritti e principi fondamentali, tra cui spiccano per l'appunto la parità e l'indipendenza. D'altro canto, è stato già osservato che la cooperazione giudiziaria tra gli Stati membri richiede una "denazionalizzazione" delle garanzie affinché queste ultime non riflettano più la sovranità dei singoli Paesi, ma piuttosto assurgano a diritti universalmente riconosciuti in grado di realizzarsi pienamente in "contenitori procedurali" notevolmente diversi tra loro⁶⁴.

Questi obiettivi fanno leva sull'individuazione di criteri generali in vista di una proficua cooperazione. Tuttavia, occorre inoltre chiedersi se una simile impostazione possa finire, in

⁶³ Così G. LATTANZI, *La nuova dimensione della cooperazione giudiziaria*, in *Documenti giustizia*, 2000, p. 1041.

⁶⁴ P. MAGGIO, *The Fight Against Organized Crime. Amid Contrasting Strategies and Respect for Human Rights*, in S. RUGGERI (ed.), *Transnational Inquiries and the Protection of Fundamental Rights in Criminal Proceedings*, cit., p. 200, che a sua volta richiama L. PULITO, *La destatalizzazione delle garanzie lo spazio giuridico europeo*, in *Dir. pen. processo*, 2010, p. 891; B. PIATTOLI, *Mandato d'arresto UE: istanze di armonizzazione processuale, distonie applicative e tutela multilivello dei diritti fondamentali*, in *Dir. pen. processo*, 2007, p. 1105.

realtà, per alimentare la pratica del “*race to the bottom*” rispetto a livelli di garanzia più elevati assicurati nelle Costituzioni per casi domestici. Le dialettiche interpretative innescate dal caso *Melloni* ci ricordano, infatti, che a prescindere dalle vicende che hanno interessato l’evoluzione giurisprudenziale, il rapporto tra la normativa europea ed i principi fondamentali di uno Stato non è sempre pacifico e coinvolge situazioni di rimarchevole importanza negli assetti costituzionali interni, proprio quelli suscettibili di attivare nella cornice del mutuo riconoscimento l’*Identitätskontrolle* da parte delle autorità coinvolte nella cooperazione⁶⁵.

⁶⁵ Corte giust., 26 febbraio 2013, *Melloni*, causa C-399/11, ECLI:EU:C:2013:107. I giudici di Lussemburgo avevano sostenuto che nella misura in cui il diritto europeo rispetta i diritti fondamentali tutelati dalla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, lo Stato membro non può rifiutare di adempiere gli obblighi che ne derivano, nemmeno nell’ipotesi in cui tali obblighi risultino in contrasto con i diritti fondamentali garantiti dal proprio ordinamento costituzionale. In questo senso anche Corte giust., 26 febbraio 2013, *Akerberg Fransson*, causa C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105, secondo la quale «l’applicabilità del diritto dell’Unione implica quella dei diritti fondamentali garantiti dalla Carta».

CAPITOLO II

Il principio della parità delle armi quale postulato dell'equo processo nello spazio giuridico europeo

Sommario: 1. Premessa. - 2. Alla ricerca della vera essenza dei principi della *par condicio*, dell'indipendenza e dell'imparzialità. - 2.1 Dalle leggi ateniesi sulla parità delle armi ai giudizi divini medievali. - 2.2 I Tribunali ecclesiastici della Santa Inquisizione. - 2.3 I (timidi) tentativi di affermare la parità delle armi e l'indipendenza nelle *Ordonnance criminelle*. - 2.4. Dall'Illuminismo al secondo dopoguerra. Dalla teorizzazione del principio di separazione dei poteri alla tutela universale dei diritti umani. - 3. L'approccio sistematico al principio dell'*equality of arms* nella giurisprudenza della Corte Edu: tra solenni affermazioni e frequenti temperamenti. - 3.1. Il ruolo della *par condicio* nel procedimento penale. Inquadramento di carattere generale. - 3.2 Il diritto a «tempo e mezzi adeguati» e il problema della *discovery* digitale. - 3.3 Il diritto al confronto e il problema dell'*untested evidence*. - 3.4. La partecipazione personale al processo come presupposto primo della parità delle armi. - 4. La parità delle armi nel quadro giuridico dell'Unione europea: compromessi, lacune e nuove sfide. - 4.1 La *par condicio* secondo le Direttive del Programma di Stoccolma. - 4.2 Il contributo della vittima alla dialettica processuale e la necessità di fornirle “più armi”. - 5. Il principio della parità nell'assetto costituzionale italiano, tedesco e spagnolo a confronto. - 5.1 Verso un accettabile equilibrio tra difesa e accusa nel procedimento penale italiano. - 5.2 Parità delle armi nei procedimenti penali in Spagna e Germania e il problema delle accuse private. - 6. Conclusioni preliminari.

1. Premessa

Alla luce delle considerazioni introduttive svolte nel capitolo I, le difficoltà insite nel contemperare le esigenze imposte dalla lotta alla criminalità insieme con la non meno essenziale tutela di principi, garanzie, diritti e libertà fondamentali si sono fatte oggi giorno più complesse.

L'accresciuta dimensione del crimine sul fronte internazionale e transnazionale, assieme alla possibilità di ricorrere, a più livelli, a mezzi di indagine via via sempre più intrusivi sugli individui, hanno esacerbato le irrisolte contraddizioni che da sempre contrassegnano il procedimento penale sul piano nazionale, innescando una partita che sembra destinata a non avere fine e che vede contrapporsi il mantenimento dell'ordine pubblico¹, oggi di respiro

¹ Sul tema, cfr. S. RUGGERI, *Human Rights in European Criminal Law*, Cham, 2015; H. AHLBRECHT, *Strukturelle Defizite Europäischer Verteidigung – Gründe und Möglichkeiten ihrer Überwindung*, in *Strafverteidiger*, 8, 2012, pp. 491 ss. Mancando una definizione normativa univoca di “ordine pubblico”, la sua ricostruzione è stata affidata alla perizia di dottrina e giurisprudenza che, nel tempo, ne hanno teorizzato i confini e applicato i contenuti, cercando di individuarne modalità e termini di utilizzo senza peraltro mai raggiungere una definizione condivisa, talvolta addirittura volontariamente. Cfr. C. LAVAGNA, *Il concetto di ordine pubblico alla luce delle norme costituzionali*, in *Dem. dir.*, 1967, p. 360. Cfr. anche O. RANELLETTI, *La polizia di sicurezza*, in V.E. ORLANDO (ed.), *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, vol. 4, I, Milano, 1994, p. 421, in cui l'Autore descrive la nozione di ordine

anche europeo², e della difesa sociale³, da un lato, e la salvaguardia delle garanzie dell'individuo in uno scenario di inter-legalità, dall'altro⁴.

Alla luce di tutto ciò, in prima battuta, occorre anzitutto comprendere il contenuto primigenio della parità delle armi nel suo intimo rapporto con l'indipendenza delle autorità giudiziarie sul piano degli ordinamenti giuridici nazionali. Una simile ricerca, attingendo ampiamente alle fonti interne, internazionali e sovranazionali attualmente vigenti in Europa, è finalizzata a testare la capacità di questi principi, per come concepiti dal diritto scritto ed interpretati dalle giurisprudenze domestiche ed europee, di assicurare l'equità del procedimento penale nello spazio giuridico endoeuropeo. In seconda battuta, dovremo saggiare la rilevanza ad essi accordata sul piano transnazionale, con lo scopo di verificare se entro questo peculiare scenario essi assumano o meno una connotazione altra rispetto a quella ricostruita sul versante interno. Uno studio imperniato su una simile impostazione risulta fruttuoso per constatare fino a che punto *par condicio* e indipendenza possano fondare una nozione di *transnational due process*⁵. Per condurre proficuamente una siffatta analisi ci si propone di passare in rassegna le manifestazioni più rilevanti dei principi in oggetto, proprio quelle suscettibili di essere intaccate in maniera significativa sul versante transfrontaliero o perché, più in generale, idonee di volta in volta a svelare interessanti scenari e direttrici di analisi.

Infine, va detto che questa ricerca non può prescindere da una preliminare ricostruzione in chiave storica del portato di questi apicali principi, sebbene non sia certamente obiettivo di codesta indagine tracciare nel dettaglio e con pretesa di esaustività le evoluzioni e le involuzioni che nel tempo hanno interessato la parità delle armi e l'indipendenza. E infatti, i brevi richiami alle esperienze passate contenuti nelle pagine seguenti servono come base per affrontare il discorso sui principi in esame intesi in un senso più moderno e, quindi, per rintracciare, se esistente, un originario significato che, a prescindere dalla localizzazione geografica e pur attraversando secoli di storia, si sia mantenuto nel tempo intatto.

Ebbene, è proprio da tali premesse storiche che prende le mosse la presente ricerca.

pubblico come «oscura ed incerta». Per l'art. 159 d. lgs. 112/1998 l'ordine pubblico è ad esempio «il complesso dei beni giuridici fondamentali e degli interessi pubblici primari sui quali si regge l'ordinata e civile convivenza nella comunità nazionale». Sul tema, ancora, G. DE VERO, *Tutela penale dell'ordine pubblico. Itinerari ed esiti di una verifica dogmatica e politico-criminale*, Milano, 1988.

² All'interno del vasto processo di integrazione europea, sia a livello economico che politico, emergono due principali traiettorie di sviluppo. Per un verso, vi è una dimensione organizzativa, incentrata principalmente sulla tutela dei mercati e della concorrenza. Per un altro, si riconosce la portata dei diritti, con l'obiettivo di attribuire valore ad un insieme di principi e culture condivise tra gli Stati membri. Questo insieme è formato dalle Costituzioni e dai diritti nazionali, dall'*acquis* comunitario e, in particolare, dalla congerie di principi espressi dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU) e dalla Carta di Nizza. Ebbene, l'ordine pubblico europeo si sviluppa seguendo questa seconda direzione. Sull'argomento cfr. D. RINOLDI, *L'ordine pubblico europeo*, Napoli, 2005. Ad esempio, il MAE potrebbe essere senz'altro visto come uno strumento funzionale al mantenimento dell'ordine europeo.

³ «Molta della recente letteratura criminologica e sociologica si è impegnata nell'analisi e nella spiegazione delle politiche criminali dei Paesi occidentali, mettendo in luce la connessione tra la crescita dell'insicurezza sociale, aggravata dalla erosione dei tradizionali limiti territoriali, e del suo particolare sottoprodotto, la *fear of crime*, dinanzi alla quale si manifesta un'incapacità dei *policy makers* di fornire risposte adeguate». Riflessioni a cura di F. VIANELLO, D. PADOVAN rinvenibili sul sito http://www.ristretti.it/areestudio/giuridici/studi/vianello_padovan.pdf

⁴ Sul tema L. BACHMAIER WINTER, S. RUGGERI (eds.), *Investigating and Preventing Crime in the Digital Era. New Safeguards, New Rights*, Cham, 2022, dedicato all'interazione tra le misure investigative digitali e la protezione dei diritti fondamentali nella prevenzione e nelle indagini penali in una realtà sempre più altamente digitalizzata.

⁵ Cfr. parte II, capitolo I.

2. Alla ricerca della vera essenza dei principi della *par condicio*, dell'indipendenza e dell'imparzialità

2.1 Dalle leggi ateniesi sulla parità delle armi ai giudizi divini medievali

Il principio della parità delle armi implica oggi una serie di diritti procedurali già conosciuti nell'antica Grecia e racchiusi nella massima *audi alteram partem* considerata all'epoca quale mezzo per il corretto esercizio della giustizia⁶. A tal proposito, già al tempo di Demostene si esigeva l'ascolto in egual misura e dell'accusa e dell'imputato prima che una decisione venisse assunta⁷. Allo stesso modo, in materia di prove, la legge ateniese stabiliva alcune garanzie per l'accusato, a cominciare dalla possibilità di estrarre materiale probatorio dagli interrogatori. Un assetto così pensato era suscettibile di veicolare un certo livello di indipendenza e imparzialità. Del resto, «attingendo a fonti antiche, principalmente storiche e poetiche, il dibattito attorno a questi principi che informano l'operare dei giudici si è inizialmente sviluppato a partire dal significato contestuale di *themis, dike, nomos*, dove *nomos* (la legge) assurge a fondamento della democrazia⁸. Paradossale, però, era il non ammettere a giudizio dichiarazioni che definiremmo “per sentito dire”, ma allo stesso tempo legittimare l'uso della tortura quale strumento per pervenire alla verità, con ciò finendo per escludere ogni imparzialità del giudicante⁹.

Più tardi, a Roma, si continuò ad operare nel solco tracciato dalle leggi di Atene e il Digesto di Giustiniano vietò ad ogni padre di uccidere il proprio figlio senza prima aver concesso lui la possibilità di essere sentito¹⁰. Allo stesso modo, Tacito sottolineava che, ancorché un fatto di reato fosse da considerare tra i più deplorabili, ciò non avrebbe esentato le autorità dall'udire il suo autore prima dell'emanazione di una sentenza che si pronunciasse sulla sua responsabilità¹¹. Un ruolo significativo nel circuito del trattamento paritario delle armi veniva accordato all'imparzialità del giudice, così come si evince dalla legge delle XII Tavole la quale stabiliva la pena capitale per ogni giudice che avesse accettato tangenti in

⁶ M. FEDEROVA, *The Principle of Equality of Arms in International Criminal Proceedings*, London, 2012.

⁷ O. SIDHU, *The concept of equality of arms in criminal proceedings under article 6 of the European Convention of Human Rights*, Cambridge, 2011, p. 13.

⁸ G. AVARANTINOU LEONIDI, *Peculiarità del sistema giudiziario greco nella tradizione dell'Europa meridionale: il peso del contesto costituzionale, politico ed economico sugli organi di autogoverno della magistratura*, in *Dir. pen. cont.*, 3, 2020, p. 4923. Cfr. P. BROWNLEE, *The administration of justice in ancient Athens and in Plato's Laws-Some comparisons in Politics*, 12^a ed., vol. 1, 1977, pp. 116 ss. Ad Atene erano i privati cittadini che intentavano i processi, dato che non esisteva la figura del pubblico ministero. I giudici erano scelti per sorteggio tra i cittadini di qualunque classe sociale. La figura del giudice, invece, è chiaramente delineata da almeno due millenni. La prima cronaca di un processo svolto in pubblico ci viene proposta nella descrizione dello Scudo di Achille: «E v'era del popolo nella piazza raccolto: e qui una lite sorgeva: due uomini leticavano per il compenso d'un morto; uno gridava di aver tutto dato, dichiarando in pubblico, l'altro negava d'aver niente avuto; entrambi ricorrevano al giudice, per avere la sentenza, il popolo acclamava ad entrambi, di qua e di là difendendoli; gli araldi trattenevano il popolo; i vecchi sedevano su pietre lisce in sacro cerchio, avevano tra mano i bastoni degli araldi voci sonore, con questi si alzavano e sentenziavano ognuno a sua volta; nel mezzo erano posti due talenti d'oro, da dare a chi di loro dicesse più dritta giustizia». *Iliade*, 18, pp. 497 ss. Si rinvia a E. CANTARELLA, *Norma e sanzione in Omero. Contributo alla protostoria del diritto greco*, Milano, 1979, p. 251.

⁹ O. SIDHU, *The concept of equality of arms in criminal proceedings under article 6 of the European Convention of Human Rights*, p. 15.

¹⁰ A. WATSON (ed.) (tr.), *The Digest of Justinian*, vol. 4, Pennsylvania, 1998, p. 333.

¹¹ O. SIDHU, *The concept of equality of arms in criminal proceedings under article 6 of the European Convention of Human Rights*, p. 15.

cambio di una decisione favorevole per una delle parti in causa¹². Ispirandosi alla stessa logica, il *Codex Iustinianus* escludeva la condanna in contumacia e, nei casi dubbi, postulava una sorta di *favor rei* per l'accusato¹³.

Del concetto di parità delle armi si hanno anche significative testimonianze risalenti al tempo dei processi attuati per il tramite di giuramenti, ordalie e combattimenti, noti alla storia per l'invocazione del giudizio divino¹⁴. Fino al XIII secolo, i giudizi penali in Europa permettevano alla persona lesa e ai suoi familiari di avviare un procedimento penale mediante la formulazione di un'accusa. Nei secoli in cui vigevano giuramenti, ordalie e combattimenti non potevano certo dirsi assicurate le garanzie procedurali, almeno se guardiamo a queste ultime con gli occhi dei moderni. Volendo fornire un esempio, l'accusato veniva giudicato colpevole sulla base della buona reputazione e della correttezza del giuramento prestato, connotazioni personali, queste, che finivano per avere una forte influenza sull'operato degli organi deliberanti installando nella mente di questi ultimi inutili pregiudizi e precomprensioni. Ebbene, se entrambe le condizioni fossero state soddisfatte positivamente l'imputato sarebbe stato assolto, altrimenti sarebbe stato condannato al processo per ordalia, la cui cifra più autentica era rappresentata dall'appello a Dio: e ciò perché secondo la concezione dell'epoca, che postulava una stretta identificazione tra il potere giudiziario e il potere temporale, espressione a sua volta del potere divino, la violazione di una legge contravveniva contemporaneamente l'ordine divino e politico. Sebbene per le autorità l'ordalia rappresentasse un mezzo a cui ricorrere in estrema *ratio*, tuttavia, in casi eccezionali, anche se statisticamente frequenti, chi degli antagonisti fosse risultato vittorioso in un duello giudiziario avrebbe avuto la meglio¹⁵. Questo combattimento però era da considerarsi come una prova a tutti gli effetti ed era, quindi, parte integrante di quel processo di assunzione probatoria rispetto al quale venivano poste delle regole atte a salvaguardare la *par condicio*. Ad esempio, in alcuni testi si legge che entrambe le parti dovevano tenere in una mano una spada e nell'altra uno scudo rotondo, costituito di solo legno e cuoio, tranne la gobba, che poteva certamente essere di ferro. L'inosservanza di queste regole formali era associata a gravi conseguenze, come dimostra un duello della fine dell'XI secolo, in cui colui che aveva querelato per alto tradimento, nel corso del combattimento, perde un occhio e, preannunciandosi per lui una sconfitta certa, estrae un coltello dalla scarpa per ferire l'antagonista, gesto questo che gli vale una punizione esemplare immediata¹⁶.

2.2 I Tribunali ecclesiastici della Santa Inquisizione

Ora, la fiducia nella "divina onniscienza" se, da un lato, ha conferito alla rappresentazione della giustizia le sue connotazioni più autorevoli, dall'altro ha posto le basi per l'emergere dell'Inquisizione. Nel XV secolo i modelli processuali fino ad allora invalsi divennero infatti

¹² F.C. BOURNE, P.R. COLEMAN-NORTON, *Ancient Roman Statutes: a translation with introduction, commentary, glossary, and index*, Texas, 1961, p. 12.

¹³ A. WATSON, *The Digest of Justinian*, cit., pp. 474, 480 e 482. Vale la pena notare che questo corpo normativo accordava all'imputato la possibilità di essere rappresentato da avvocati, che all'epoca avevano già acquisito uno *status* professionale.

¹⁴ F. PATETTA, *Le ordalie. Studio di storia del diritto e scienze del diritto comparato*, Torino, 1890.

¹⁵ R. BARTLETT, *Trial by fire and water: The medieval judicial ordeal*, Oxford, 1986, pp. 116-118, 120, 122, 123.

¹⁶ Su questo argomento, cfr. L. GARLAND, *Waffengleichheit im Vorverfahren. Eine kritische Auseinandersetzung mit der konzeptionellen Ausgestaltung des Strafverfahrens in der Schweiz*, Bern, 2019, pp. 77 ss.

quasi del tutto obsoleti e trovarono spazio quelli inquisitoriali promossi dai tribunali ecclesiastici della Santa Inquisizione istituita da papa Innocenzo III¹⁷. Entro questo contesto nessuna garanzia era accordata ai prevenuti, come il diritto di essere avvisati e di avere tempo sufficiente per esaminare le accuse, l'assistenza legale, la convocazione e la richiesta di un nuovo esame dei testimoni, volendo fornire alcuni significativi esempi¹⁸. La tortura giocava un ruolo centrale, soprattutto nelle *Inquisitiones* per eresia, dove le opportunità di difesa erano molto limitate dal momento che gli imputati non erano ammessi a confrontarsi con i testimoni a carico né a conoscere l'identità degli stessi¹⁹. Nell'Età moderna (1561), l'Inquisizione spagnola e romana riconoscerà l'esistenza di un diritto divino di difesa e legalizzerà la figura dell'Avvocato del Santo Ufficio, uomo di nobile lignaggio e di discendenza cristiana, relegandolo però al ruolo di mero cerimoniere del processo e collaborazionista (*cerimonial y colaboracionista*) al fine di estorcere la confessione del reo²⁰. In quei rarissimi casi di assoluzione, in ogni caso, mai si sarebbe potuta dichiarare l'innocenza con efficacia di giudicato, così potendo riaprire il processo sulla sola scorta di nuovi indizi. Un sospetto grave sarebbe stato sufficiente per una condanna, senza la possibilità di provare il contrario, finendo pertanto per sovvertire l'operatività del principio dell'*in dubio pro reo* tanto caro al diritto romano. Anzi il termine "sospetto" venne camuffato dai canonisti e dai glossatori con *presumptio*. Nelle parole del Prof. Cordero «l'inquirente, concepita una ipotesi, vi edifica cabale induttive; l'assenza del contraddittorio apre un vuoto logico aperto al pensiero paranoide; trame lambiccate eclissano i fatti. Padrone del gioco, li dispone a scacchiera a suo piacimento: l'inquisizione è un mondo verbale simile all'onirico; tempi, luoghi, cose, persone, eventi, fluttuano in quadri manipolabili»²¹. Sempre il Prof. Cordero, nel racconto della *Gebenna* tratta da *Riti e sapienza del diritto*²², ci fornisce una chiara e lucida immagine di quanto detto riportando alla luce un singolare processo milanese contro due presunti untori di peste bubbonica che, in spregio della parità delle armi e di qualsivoglia forma di indipendenza, ne decretò la condanna in seguito ad una infondata accusa promanante da una donna del popolo e basata su atti corruttivi di un auditore²³.

2.3 I (timidi) tentativi di affermare la parità delle armi e l'indipendenza nelle *Ordonnance criminelle* e nel Codice di rito francese del 1808

¹⁷ N. GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, *Protección de los derechos fundamentales de las víctimas: el nuevo estatuto jurídico*, in N. GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, E. DEMETRIO CRESPO (eds.), *Legalidad y defensa. Garantías constitucionales del derecho y justicia penal*, Madrid, 2015, pp. 219 ss.

¹⁸ A. ESMEIN, *A history of continental criminal procedure*, New Jersey, 2000, pp. 90 ss.

¹⁹ Ciò in quanto si voleva proteggere la vita degli informatori. Degna di nota è la possibilità per gli imputati di denunciare i dichiaranti come nemici mortali al fine di espungere dal compendio probatorio le loro dichiarazioni.

²⁰ N. GONZALES-CUELLAR SERRANO, E. DEMETRIO CRESPO, *Legalidad y Defensa*, cit., p. 30.

²¹ *Ibid.*

²² F. CORDERO, *Riti e Sapienza del diritto*, Bari, 1981, pp. 392 ss. *Gebenna* è l'antico nome francese della tortura: discende da *jehir* che, a sua volta, deriva da un ceppo germanico e significa confessare; l'uso popolare lega questo verbo all'inferno biblico; l'ascendente autentico e l'etimologicamente falso descrivono benissimo i tormenti «*ad eruendam veritatem*».

²³ Lo scenario è quello della peste del 1630 che fa da sfondo al romanzo dei Promessi Sposi di Alessandro Manzoni, anzi lo stesso episodio costituisce una appendice dello stesso Romanzo.

Dopo aver mietuto diverse vittime innocenti in tutta l'Europa continentale, intorno al XVI secolo il sistema della Santa Inquisizione iniziò a perdere colpi, ma ebbe un forte influsso sull'*Ordonnance criminelle* francese del 1670 con la quale si introdusse in Francia il processo inquisitorio, caratterizzato da una fase investigativa preprocessuale volta a stabilire vuoi se il reato fosse stato commesso vuoi per raccogliere materiale probatorio a tal fine²⁴. Rispetto a questa particolare porzione procedimentale è difficile parlare di parità tra le parti: gli indagati avevano sì accesso a un interprete e a un avvocato ma solo dopo l'espletamento dell'interrogatorio: ed è nelle more del processo che l'imputato prende coscienza della natura delle accuse a suo carico e in questo momento può confrontarsi ufficialmente con le dichiarazioni delle teste a carico²⁵.

Furono poi i processi con giuria inglesi ad ispirare la riforma della procedura penale in Francia²⁶ che si tradusse nel nuovo Codice di rito del 1808. Tra gli aspetti negativi apportati nel campo delle garanzie procedimentali poteva annoverarsi il fatto che il magistrato potesse chiamare i testimoni in segreto e ascoltarli all'insaputa dell'imputato, il quale veniva interrogato anch'egli segretamente e non aveva il diritto di essere informato delle accuse o di udire le deposizioni dei testimoni o accedere a qualsiasi altra prova (a meno che il giudice non avesse disposto diversamente). Né poteva invocare i testimoni o contestare le risultanze peritali. Per contro, alcuni elementi positivi che, però, facevano fatica a riequilibrare le asimmetrie e a mettere il giudice nelle condizioni di decidere in maniera imparziale, erano rappresentati dalla possibilità per l'imputato di avere accesso a un avvocato e di comunicare liberamente con lui²⁷. Quanto all'informazione sull'accusa, una volta stabilita la necessità di avviare un processo, l'imputato avrebbe avuto piena conoscenza delle accuse mosse a suo carico con possibilità, entro le ventiquattro ore, di contestare il rinvio a giudizio davanti alla Corte di Cassazione. Si procedeva in seguito all'acquisizione delle prove e all'accesso a tutti i documenti, ai rapporti ufficiali e alle dichiarazioni rese in precedenza, nonché alla notifica dell'elenco dei testimoni che dovevano comparire²⁸.

Ora, sebbene di parità delle armi non possa parlarsi nel senso più moderno del termine, quello che per l'appunto ricostruiremo da qui a breve, vale la pena sottolineare la progressiva emersione nei secoli dell'importanza di garantire un certo assetto di garanzie procedimentali, in specie ad imputati e indagati. In questo senso, un contributo significativo sarà apportato senz'altro dai progressi compiuti dall'ordinamento costituzionale che nel tempo affermerà il principio della *Rule of Law* e avvertirà sempre più forte l'esigenza di individuare un assetto costituzionale dei diritti fondamentali. Già la *Magna Charta* inglese del 1215, concepita come legge fondamentale e gerarchicamente sovraordinata alla *Statutory Law*, si era mossa in questa

²⁴ A. ESMEIN, *A history of continental criminal procedure*, cit., p. 227.

²⁵ S. MORATTO, *El principio de igualdad de armas: un análisis conceptual*, in *Rev. Der. Pen. Crim.*, 41, 110, 2020, pp. 180 ss.

²⁶ Tipiche del sistema procedurale inglese sono le giurie, l'istituzione delle quali risale al XIII secolo. Esse si dividevano in *grand jury* e *petit jury*. La prima, in particolare, era deputata a stabilire se vi fossero sufficienti indizi di reità nei confronti di una determinata persona sulla base delle informazioni raccolte personalmente o pervenute da altri. Tale attività preliminare, nel XIX secolo finirà poi per essere attribuita alla polizia la quale assumerà vere e proprie funzioni investigative, sostituendo i giudici di pace, che nel frattempo avevano esplicato questo compito in sostituzione delle giurie. Ciò permetterà ai giudici di adempiere ad una funzione eminentemente giudiziaria volta a stabilire se un soggetto sia meritevole di essere processato o meno. Per un'analisi dettagliata sul tema, si rimanda a O. SIDHU, *The concept of equality of arms in criminal proceedings under article 6 of the European Convention of Human Rights*, cit., pp. 31 ss.

²⁷ A. ESMEIN, *A history of continental criminal procedure*, cit., p. 506 ss.

²⁸ S. MORATTO, *El principio de igualdad de armas: un análisis conceptual*, cit., p. 182.

direzione riconoscendo il volto costituzionale di alcuni diritti e libertà. Proprio il capitolo 29 della Carta è considerato espressione germinale del giusto processo regolato dalla legge²⁹. Molti secoli dopo, in linea con gli intenti garantisti valorizzati nella *Magna Charta*, fece la sua apparizione il *Bill of Rights* del 1791, strumento normativo della teorizzazione costituzionale del *fair trial*, del divieto di doppio giudizio e di autoincriminazione, del diritto al giudice imparziale, a essere informati della natura e dei motivi delle accuse, alla prova contraria e a far esaminare i testimoni a favore e ad avere un avvocato che rappresenti legalmente i propri interessi. Tali atti ispireranno poi documenti universali sui diritti, come la Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 (che all'art. 7 prescrive la clausola del giusto processo e all'art. 9 fissa la presunzione di innocenza) nella maggior parte delle Costituzioni di altri Stati europei nel XIX secolo, oltre a costituire un importante precursore di quella che sarebbe stata la Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Eppure, se già a partire dal secolo XIII spiragli verso una maggiore considerazione delle garanzie che informavano l'allora nozione di equo processo potevano ravvisarsi nel mondo del *Common Law*, la situazione era diametralmente opposta sul fronte dell'Europa Continentale, in cui parità e indipendenza rimasero per secoli alla mercé di un potere politico che si intrecciava con quello religioso. Quest'ultimo, infatti, permeando l'assetto culturale e giuridico delle coeve società, attraversò indenne secoli di storia. Del resto, come afferma Carl Schmidt nella sua *Teologia Politica*, tutti i concetti politici e giuridici rilevanti sono concetti teologici secolarizzati.³⁰ Sulla stessa scia si esprime il Prof. Paul Kahn, il quale vuole offrire un'interpretazione contemporanea della teologia politica e mostrarne l'attualità per far comprendere che «*our political practices remain embedded in forms of belief and practice that touch upon the sacred*»³¹.

2.4 Dall'Illuminismo al secondo dopoguerra. Dalla teorizzazione del principio di separazione dei poteri alla tutela universale dei diritti umani

Ora, può notarsi che, dopo secoli di silenzio, è con l'irrompere dell'Illuminismo, e in specie della teorizzazione politica della separazione dei poteri³², che per il giudice emerge in tutta la sua evidenza la prerogativa dell'indipendenza rispetto agli altri poteri come fondamento del ruolo di decisore terzo e imparziale di una controversia. Questo percorso verso l'affermazione di garanzie, per la verità, non fu mai concluso per le ricorrenti tentazioni della politica di mantenere forme di controllo sui giudici. Basti pensare all'assolutismo e al totalitarismo che hanno impresso un segno indelebile al modo di amministrare la giustizia penale in quanto terreno privilegiato sul quale poter fare meglio attecchire derive illiberali.

²⁹ *Ibid.*

³⁰ C. SCHMIDT, *Teologia politica. Cuatro capítulos sobre la doctrina de la soberanía*, Madrid, 2009.

³¹ P. KAHN, *Political Theology: Four New Chapters on the Concept of Sovereignty*, New York, Chichester West Sussex, 2011.

³² Locke, Montesquieu e poi Kant, a cui se ne deve la più compiuta elaborazione, hanno messo appunto nei secoli un sistema per debellare il dispotismo e garantire il più possibile le libertà individuali. J. LOCKE, *Two Treatises of Government*, London, 1821; C. DE SECONDAT MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, in *Oeuvres complètes de Montesquieu*, Paris, 1859; E. KANT, *Principes Métaphysiques du Droit*, in ID., *Principes Métaphysiques du Droit au quels ont été ajoutés le projet de paix perpétuelle et l'analyse très détaillée de ceux deux ouvrages par Mellin*, trad. francese di J. TISSOT, Paris, 1837.

Infine, furono le atroci esperienze della Seconda guerra mondiale a scuotere la coscienza dei più verso una più effettiva protezione dei diritti umani su larga scala. E così, la voglia di riscattare la dignità umana da anni di annichilimento, indusse il Tribunale militare internazionale di Norimberga, che operò tra il 1946 e il 1949, a prevedere una serie di garanzie tipiche della tradizione anglo-americana del contraddittorio, tra cui il diritto di rimanere in silenzio durante l'interrogatorio. In tale cornice, almeno trenta giorni prima del processo l'imputato aveva diritto a una copia dell'atto d'accusa in una lingua a lui comprensibile; il processo era pubblico e si svolgeva in una lingua a lui chiara; l'accusato poteva presenziare al processo ed essere presunto innocente, ma anche difendersi da solo o tramite un avvocato da lui stesso nominato o assegnatogli d'ufficio. Inoltre, aveva il diritto di interrogare i testimoni dell'accusa e di chiedere al giudice di ricercare testimoni a sua difesa; nonché la possibilità di effettuare una dichiarazione finale prima della sentenza definitiva che, ancorché non impugnabile, necessitava di una motivazione.

Dopo il processo di Norimberga, pur criticato per alcuni profili afferenti alla sfera del principio di legalità³³, l'obiettivo di una giustizia penale via via più sensibile alla tutela delle garanzie fondamentali è stato perseguito anche attraverso la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e il Patto internazionale sui diritti civili e politici, strumenti che hanno cercato di assicurare il cammino verso un ordine politico internazionale e di promuovere la protezione dei diritti umani. Ebbene, la prima, agli artt. 10 e 11, proclama il diritto a un processo equo e stabilisce i diritti dell'imputato alla presunzione di innocenza, all'uguaglianza nel processo, all'udienza pubblica davanti a un tribunale indipendente e imparziale e a tutte le garanzie necessarie per la difesa. Più specifico è il secondo documento, il cui art. 14 riconosce il diritto dell'accusato all'uguaglianza davanti ai tribunali, a un processo equo e pubblico, a un tribunale indipendente e imparziale, a un processo senza indebiti ritardi, a essere presunto innocente, a essere informato delle accuse, a un tempo e a strutture adeguati per la preparazione della difesa, a presenziare al processo, difendersi da solo o per il tramite un avvocato, di esaminare e chiamare in giudizio i testimoni, di avere un interprete, di rimanere in silenzio, di non incriminarsi e afferma anche il diritto al risarcimento in caso di condanna ingiusta.

Senza addentrarci in un *excursus* dettagliato delle ulteriori vicende che hanno interessato la *par condicio* negli anni successivi, dalla Seconda guerra mondiale fino ad oggi, è sufficiente qui rammentare che la moderna concezione della parità delle armi affonda le proprie radici negli sforzi di riformare quei modelli di processo penale del XIX e XX secolo improntati a schemi inquisitori attraverso l'introduzione di nuove strutture procedurali ispirate, invece, ad un sistema accusatorio. Questi obiettivi, del resto, si sono accompagnati al sempre più crescente potenziamento del principio di indipendenza delle autorità giudiziarie, fattore essenziale dello Stato di diritto e centro gravitazionale dell'equo processo.

³³ Sul punto, fra i molti, M. RUSCONI, *Vendetta alleata o giusta punizione? La percezione dei processi di Norimberga negli scritti dei protagonisti*, in *Studi Storici*, 38, 4, 1997, pp. 993-1030.

3. Approccio sistematico al principio dell'*equality of arms* nella giurisprudenza della Corte Edu: tra solenni affermazioni e frequenti temperamenti

3.1 Il ruolo della *par condicio* nel procedimento penale. Inquadramento di carattere generale

Ora, l'opera riformatrice appena menzionata in Europa si deve senz'altro al significativo contributo della giurisprudenza della Corte Edu. Basterebbe qui ricordare per sommi capi quella corposa giurisprudenza coniata dai giudici di Strasburgo e per lo più modellata su casi domestici con riguardo alla violazione dell'art. 6 CEDU, la quale esige che la persona coinvolta in un procedimento penale abbia l'opportunità di presentare e difendere le proprie ragioni dinanzi ad un giudice terzo ed imparziale in condizioni che non la mettano in una posizione di sostanziale svantaggio rispetto alle altre parti³⁴, così assicurando al contempo il principio del contraddittorio³⁵, i diritti di difesa e le garanzie partecipative. E così, dalla parità delle armi e dal contraddittorio la giurisprudenza Edu ha desunto un generale «diritto a difendersi provando»³⁶; dall'equità, il diritto ad una “resistenza difensiva” comprensiva del *nemo tenetur se detegere* (che include il *privilege against self-incrimination*³⁷) e dello *ius tacendi*; la stessa ha posto inoltre l'attenzione sul diritto all'informazione sull'accusa quale condizione per l'efficace svolgimento dell'attività difensiva e ha riconosciuto la possibilità di interloquire con il proprio difensore, in segreto e senza il rischio di essere ascoltati da terzi³⁸. I giudici di

³⁴ Corte Edu, 27 ottobre 1993, *Dombo Bebeer BV c. Paesi Bassi*, ric. n. 14448/88.

³⁵ Corte Edu, 30 ottobre 1991, *Borgers c. Belgio*, ric. n. 12005/86; Corte Edu, 19 ottobre 2014, *Makhlfi c. Francia*, ric. n. 59335/00; Corte Edu, 21 ottobre 2010, *Khubz c. Ucraina*, ric. n. 45783/05; Corte Edu, 31 maggio 2012, *Diriöz c. Turchia*, ric. n. 38560/04. Il diritto a un processo in contraddittorio è strettamente legato al principio della parità delle armi e, del resto, la Corte ha talvolta concluso che vi è stata violazione dell'art. 6(1) esaminandoli congiuntamente. Va osservato però che il contraddittorio, ancorché implichi una posizione di parità tra gli antagonisti della vicenda processuale, non garantisce automaticamente la dialettica tra le stesse, poiché potrebbe essere negata sia all'accusa sia alla difesa la possibilità di interloquire davanti al giudice. In questo caso, si avrebbe una parità senza contraddittorio. In ogni caso, anche se l'accusa e la difesa fossero entrambe assenti in determinati momenti del procedimento, quest'ultimo non sarebbe comunque equo se la persona nei cui confronti venisse celebrato fosse messa in una posizione di sostanziale svantaggio. In questo senso si esprime G. UBERTIS, *Principi di procedura penale europea. Le regole del giusto processo*, Milano, 2000, pp. 37 ss., il quale richiama la sentenza Corte Edu, 17 gennaio 1970, *Delcourt c. Belgio*, serie A n. 11.

³⁶ E ciò pur specificando che «la difesa non deve necessariamente godere degli stessi diritti dell'accusa nella ricerca e assunzione dei mezzi di prova, essendo sufficiente la possibilità di produrre prove in condizioni analoghe alla seconda». Cfr., Corte Edu, 27 marzo 2008, *Perić c. Croazia*, ric. n. 34499/06. In *Camacho Camacho c. Spagna*, si legge che per garantire l'equità del processo il giudice non decide alcuna questione «senza che vi sia una valutazione diretta dei mezzi di prova presentati dall'imputato». Corte Edu, 24 settembre 2019, *Camacho Camacho c. Spagna*, ric. n. 32914/16.

³⁷ Si tratta di diritti impliciti rientranti nella categoria che Giulio Illuminati chiama «difesa passiva»: si veda G. ILLUMINATI, *La presunzione di innocenza dell'imputato*, Zanichelli, Bologna, 1979, p. 191. Nella versione fornita dalla CEDU il diritto a non autoincriminarsi implica quello a decidere sull'*an* e il *quomodo* di fornire prove durante le indagini, soprattutto se gli elementi addotti possono aggravare la propria posizione. Il diritto al silenzio è intimamente connesso alla presunzione di innocenza e, pertanto, ne consegue l'inesigibilità di un apporto conoscitivo e probatorio da parte di chi deve ritenersi, fino ad una sentenza, non necessariamente passata in giudicato, estraneo al fatto incriminato. Cfr., P.P. PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, 2° ed., Torino, 2009, p. 75.

³⁸ Corte Edu, 2 novembre 2010, *Sakbunovskij c. Russia*, ric. n. 21272/03.

Strasburgo hanno pure rilevato che l'assistenza di un interprete e traduttore professionale deve permettere la piena comprensione del processo³⁹.

Insomma, sembra di poter affermare che nella mente dei giudici di Strasburgo la parità delle armi è un concetto che va interpretato, oltre che come principio generale (o addirittura un meta-principio) come un obiettivo della giustizia penale, ovvero quale elemento del giusto processo che attraversa l'intero procedimento penale.

C'è, tuttavia, un aspetto strutturale, che incide sulla definizione della posizione e sui diritti di intervento di coloro che sono coinvolti nel procedimento che può senz'altro desumersi dalla giurisprudenza della CEDU e che è pertanto necessario ripercorrere. Non meno importante è poi la lettura del principio in chiave dinamica legata, cioè, al modo in cui il processo si svolge e a come i soggetti interessati dalla vicenda procedimentale hanno la possibilità di influenzare le decisioni dei tribunali sul merito del caso, influenzando così sulla loro stessa imparzialità.

Il principio della parità delle armi non è stato esplicitamente fissato nel testo della CEDU ma abbiamo affermato che esso rinviene il proprio fondamento nel requisito dell'equità del processo sancito dall'art. 6(1)⁴⁰.

Storicamente, il primo riconoscimento della centralità della *par condicio* nel discorso sulla equità procedimentale in seno al Consiglio d'Europa, si rinviene, seppur non in ambito penale, in una decisione della Commissione europea del 1959⁴¹ a cui fece da eco un'altra nel 1962⁴². In successive pronunce i giudici di Strasburgo, riferendosi in particolare all'accusa, ebbero modo di precisare che nessuna delle parti è chiamata a ricoprire una posizione privilegiata durante il processo, ma, al contempo, gli stessi escludono una rigida e piena applicazione dell'*aequitas*, ritenendo, per contro, sufficiente che fosse assicurata una posizione

³⁹ Corte Edu, 24 gennaio 2019, *Knox c. Italia*, ric. n. 76577/13. Al di là del tenore mediatico della vicenda sottostante, assai interessante appare la sentenza di condanna dell'Italia da parte della Corte di Strasburgo nel caso *Knox*, in cui la ricorrente, per un verso, lamentava di non essere stata assistita da un interprete professionista e indipendente durante gli interrogatori, oltre che da un difensore; per l'altro, criticava il fatto che l'ufficiale di polizia presente all'audizione avesse svolto un ruolo di "mediatore", suggerendo dei possibili sviluppi nel corso degli eventi. Mentre, prima, si è considerato del tutto ammissibile un'assistenza linguistica svolta da un ufficiale penitenziario o da un detenuto, da un agente di polizia doganale o di frontiera, da un cancelliere, da un pubblico ministero o addirittura dal coimputato, con la decisione menzionata si è imposta la figura di un interprete che deve mantenersi equidistante rispetto alle parti e attenersi a quello che è stato definito «*professional detachment*». Questo innalzamento di tutela deve sicuramente molto alle istanze avanzate in seno all'Unione e sfociate nella disciplina della Direttiva 2010/64/UE sul diritto all'interpretazione nei procedimenti penali.

⁴⁰ A ben vedere, questa conclusione non è in contraddizione con lo spirito della Convenzione che, pur non consentendo ai pubblici ministeri di far valere interessi statali davanti alle istituzioni di Strasburgo, non garantisce agli imputati il diritto a essere ascoltati sempre in modo equo, ma a un processo complessivamente equo.

⁴¹ Commissione europea, 30 giugno 1959, *Szwabowicz c. Sweden*, ric. nn. 172/56, 434/58 e 911/60. Nel caso *Szwabowicz*, il ricorrente non era in grado di partecipare alle udienze della causa che riguardava il diritto di visita al figlio, instaurata in seguito al rifiutato del permesso di ingresso in Svezia. La Corte europea dei diritti dell'uomo ha affermato che l'art. 6(1) della Convenzione «sembra contemplare che chiunque sia parte in un procedimento civile debba avere una ragionevole possibilità di presentare la propria causa alla Corte in condizioni che non lo pongano in una situazione di sostanziale svantaggio rispetto alla controparte».

⁴² Commissione europea, 23 novembre 1962, *Ofner e Hopfinger c. Austria*, ric. nn. 524/59 e 617/59; Corte Edu, 28 marzo 1963, *Pataki e Dunshirn c. Austria*, ric. nn. 596/59 e 789/60. In questi due casi ai ricorrenti e ai loro difensori non era stata concessa l'opportunità di essere ascoltati e la Corte ha dovuto stabilire se vi fosse stata una violazione della parità procedurale tra l'imputato e il pubblico ministero. In questa occasione i giudici non hanno interpretato la parità delle armi nel senso di un equilibrio perfetto o un'uguaglianza assoluta tra le parti; al contrario, ne hanno inteso il significato come concessione alle parti di opportunità procedurali.

ragionevolmente uguale ai principali attori del processo, ovvero accusatore e accusato⁴³. Al di là dei dubbi che possono nutrirsi rispetto a principi e valori generali come quelli, per l'appunto, che ruotano attorno al concetto di ragionevolezza, una parità complessiva delle armi, chiosano ancora i giudici, deve essere comunque salvaguardata tanto in seno al processo quanto rispetto ad attività compiute prima dell'intervento giurisdizionale. La garanzia in esame si applica dunque all'acquisizione probatoria, comprensiva di ammissione e assunzione, all'esposizione degli argomenti per persuadere il giudice e alla fase della deliberazione⁴⁴ e, più in generale, lungo tutto l'arco del procedimento, comprese le fasi incidentali come quelle relative alle decisioni sulla libertà personale⁴⁵. Essa riguarda pure le impugnazioni sia di merito⁴⁶ che di legittimità⁴⁷.

Inoltre, per quanto riguarda i destinatari del principio, sebbene la giurisprudenza sul punto sia esigua e nel silenzio della Convenzione, è pacifico che la *par condicio* non solo attiene al rapporto tra le parti principali, ma può anche trovare applicazione nelle relazioni tra esse e le parti eventuali del processo, nonché nei rapporti tra le stesse parti eventuali⁴⁸.

⁴³ Corte Edu, 27 giugno 1968, *Neumeister c. Austria*, ric. n. 1936/63; Corte Edu, 22 settembre 1994, *Hentrich c. France*, ric. n. 13616/88. Fu con questa sentenza che per la prima volta la Corte europea dei diritti dell'uomo si occupò del concetto di parità delle armi definendolo principio del diritto a un processo equo di cui all'art. 6(1).

⁴⁴ Per un esaustivo richiamo alla giurisprudenza CEDU, ancora una volta, G. UBERTIS, *Principi di procedura penale europea*, cit., p. 38.

⁴⁵ *Ex multis*, Corte Edu, 13 luglio 1995, *Kampanis c. Grecia*, serie A n. 318-B; Corte Edu, 12 dicembre 1991, *Tocht c. Austria*, serie A n. 224.

⁴⁶ Corte Edu, 25 marzo 1998, *Belzjuk c. Polonia*, Corte Edu, 24 novembre 1997, *Werner c. Austria*.

⁴⁷ Corte Edu, 25 gennaio 2000, *Slimane-Kaïd c. Francia*, ric. nn. 22921/93 e 23043/93; Corte Edu, 22 febbraio 1996, *Bulut c. Austria*, ric. n. 17358/90; Corte Edu, 30 ottobre 1991, *Borgers c. Belgio*, Serie A n. 214-B. In tempi ancora più recenti, la Corte ha riscontrato una violazione del principio della parità delle armi dinanzi a una Corte suprema che giudicava in materia penale: il ricorrente, condannato in appello, aveva chiesto di essere presente ma era stato escluso da un'udienza preliminare tenuta a porte chiuse. Corte Edu, 21 ottobre 2010, *Zbuk c. Ucraina*, ric. n. 45783/05. Sebbene l'ambito del diritto penale internazionale non ricada tra gli argomenti da trattare in questa tesi, si ritiene utile accennare brevemente alle differenze esistenti tra l'interpretazione e l'attuazione della parità delle armi della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e dei tribunali penali internazionali (ICTY, ICTR e CPI). E, infatti, mentre le decisioni della Corte Edu vedono nella parità delle armi una ragionevole opportunità per la difesa di presentare il proprio caso senza incorrere in posizioni svantaggiose rispetto al pubblico ministero, a causa di una pacifica intrinseca iniquità tra le parti, quando si analizzano i procedimenti davanti ai Tribunali internazionali, si coglie una concezione per così dire più liberale di questo principio, che ha permesso anche al Procuratore di invocare a suo favore la parità delle armi. La Camera del Tribunale penale internazionale per l'ex Jugoslavia, nel caso *Aleksovski*, ha fatto leva sull'applicazione del concetto di processo equo a favore di entrambe le parti sul presupposto che l'accusa agisce per conto e nell'interesse della comunità internazionale, compresi gli interessi delle vittime del reato, e ha al contempo affermato che è difficile considerare equo un processo in cui l'imputato è "favorito" rispetto all'accusa. Questa interpretazione avallata dalla Camera del Tribunale penale si è giustificata facendo leva sulla dipendenza dei Tribunali internazionali dalla cooperazione degli Stati e dal fatto che i tribunali penali internazionali non hanno a disposizione agenzie esecutive autonome. Lo Statuto della Corte penale internazionale considera, però, la parità delle armi come un diritto esclusivo della difesa o del Procuratore quando questi agisca per conto dell'imputato. Sull'argomento, cfr. M. FEDOROVA, *The Principle of Equality of Arms in International Criminal Proceedings*, 27 aprile 2017, reperibile al sito <https://www.cambridge.org/core/books/abs/defense-perspectives-on-international-criminal-justice/principle-of-equality-of-arms-in-international-criminal-proceedings/197DF0897AB660510ED3A8DC5C506CF1>; C.C. JALLOH, A. DI BELLA, *Equality of Arms in International Criminal Law: Continuing Challenges*, in A. WILLIAM, A. SCHABAS et al. (eds.), *The ashgate research companion to international criminal law: critical perspectives*, Farnham, 2013, pp. 251 ss.

⁴⁸ Nella sentenza Corte Edu, 24 settembre 2013, *Sardón Ahvira c. Spagna* i giudici di Strasburgo hanno escluso l'applicabilità al responsabile civile delle specifiche forme di tutela contemplate dal co. 3 dell'art. 6 CEDU precipuamente dettate per la disciplina del processo penale, perché il responsabile civile rimane, anche all'interno di quello penale, titolare di un'obbligazione civile. Sono, in ogni caso, applicabili anche al responsabile

Una volta inquadrata sinteticamente le caratteristiche generali del principio, non ci si può esimere dall'esaminare specifici aspetti della *par condicio* attraverso un'analisi che, facendo perno sull'esercizio dei poteri e delle facoltà riconosciute dalla CEDU alle parti processuali, opera per *check and balance*, soppesa le poste in gioco e dosa gli itinerari concreti.

Alla luce di queste premesse, i risultati giurisprudenziali emersi in materia di diritto a tempo e mezzi adeguati e alla *discovery* digitale, di diritto al confronto, nonché di diritto ad essere presenti ci forniscono uno prezioso terreno per vigilare se, questi addentellati della parità, per come interpretati a Strasburgo, garantiscano adeguatamente l'equo processo.

3.2 Il diritto a «tempo e mezzi adeguati» e il problema della *discovery* digitale

Ai momenti procedimentali richiamati sopra, in cui come si è detto la parità delle armi non può mancare, si allacciano un insieme di diritti, tra cui il riconoscimento di un'opportunità ad un'adeguata preparazione della difesa per poter efficacemente interagire con l'accusa. La realizzazione di siffatta possibilità richiede, *ex art.* 6(3)(b) CEDU, che all'imputato siano concessi tempo e mezzi necessari per preparare la propria difesa. Avvalorando il concetto di "adeguatezza" si può dedurre che il tempo e i mezzi ragionevolmente necessari varino a seconda del contesto ovvero in relazione alla gravità del reato, alla sua complessità e difficoltà. Alla luce di ciò, l'art. 6(3)(b) si conferma essere la disposizione più ampia e flessibile del catalogo predisposto dall'art. 6(3), l'inosservanza della quale può mettere l'accusato in una posizione di svantaggio rispetto all'accusa, che normalmente ha accesso a notevoli risorse statali per la preparazione del caso⁴⁹.

Ad esempio, uno dei più vistosi aspetti connessi al diritto di godere del «tempo e delle facilitazioni necessarie a preparare la [propria] difesa» e che sollevano forti criticità pure sul piano dei procedimenti penali transnazionali, riguarda la *discovery*: senza un'adeguata conoscenza dei fatti di causa ricostruiti (unilateralmente) dalla parte accusatrice l'indagato e l'imputato non potrebbero mettere concretamente a punto le proprie opzioni difensive e neppure una strategia processuale informata e del contraddittorio, come diritto e come metodo, resterebbe soltanto l'apparenza⁵⁰. La parte più prossima a quei documenti "sensibili" per la difesa, come pure per la vittima, deve pertanto identificare quelli rilevanti per il caso e assicurarsi di dividerli con i soggetti "avversari", salvo ragioni di segretezza investigativa. Ciò implica un esame attento del materiale al fine di individuare sezioni di questo che ricoprono una rilevanza diretta per il caso, mentre dovrebbe escludersi la condivisione di quelle irrilevanti onde evitare che un sovraccarico di documenti non pertinenti possa confondere o rallentare le posizioni difensive⁵¹. Una siffatta attività, per così dire, "sartoriale"

civile le generali garanzie di equità processuale di cui al co. 1 della stessa disposizione, indifferentemente destinate sia al processo penale sia al processo civile. Nella causa Corte Edu, 25 marzo 2014, *Ofet c. Romania*, ric. n. 14317/04, il giudice europeo ha ravvisato una violazione dell'art. 6(1) CEDU, avendo i giudici interni dedotto solo implicitamente la volontà dell'imputato di non opporsi alla costituzione tardiva della parte civile, anziché richiedere una sua rinuncia inequivoca all'esercizio del proprio diritto.

⁴⁹ Così, Corte Edu, 12 luglio 1984, *Can c. Austria*, ric. n. 9300/81. Si veda anche Corte Edu, 9 ottobre 2008, *Moiseyev c. Russia*, ric. n. 62936/00.

⁵⁰ Corte Edu, 16 dicembre 1992, *Hadjianastassiou c. Grecia*, ric. n. 12945/87.

⁵¹ È altresì importante che gli elementi ottenuti dall'indagine possano essere presentati in vari formati, come copie cartacee, digitali o su supporti fisici (ad esempio, DVD o chiavette USB), purché siano facilmente consultabili e utilizzabili dalla difesa.

se, da un lato, suscita perplessità per l'eccessiva discrezionalità accordata agli organi investigativi, dall'altro potrebbe tradursi in una logica alquanto paternalistica.

Ancor più problematico è il profilo del trattamento egualitario rispetto alla *disclosure* della prova penale digitale: e ciò perché, come chiosa Laura Bartoli, «se in un'indagine tradizionale si cerca per sequestrare, nell'indagine digitale si sequestra per cercare, e l'inversione fa sì che coesistano, nell'ambito di un solo procedimento [e in due fasi diverse dello stesso], differenti collezioni di dati: quella più vasta conterrà le informazioni "grezze", così come sono state raccolte; quella più ristretta includerà solo quelle rilevanti, che l'accusa ha intenzione di utilizzare nel corso del processo»⁵². Senonché il fatto che la parte pubblica possa detenere il monopolio sulla raccolta "integrale" e sbarrare l'accesso a tutto il compendio dei dati reperiti potrebbe risolversi in una evidente e ingiustificata violazione del principio della parità, a sua volta connessa al diritto dell'imputato a difendersi provando. Così, in un caso concernente un'indagine digitale complessa, la Corte, sul presupposto che la massa "grezza" di dati raccolti contenga elementi che nulla hanno a che vedere con il *casus belli*, ha valutato accettabile che l'autorità inquirente scarti ciò che non serve, riducendo il fascicolo a dimensioni almeno gestibili⁵³. Nella stessa occasione la Corte ha sostenuto l'opportunità, almeno in linea di massima, di coinvolgere in questa attività anche la difesa, in modo che i criteri di selezione dei dati siano condivisi. Tuttavia, non ha mancato di temperare il principio esigendo dall'indagato di motivare la propria richiesta e dalle corti nazionali un vaglio delle ragioni addotte a supporto⁵⁴.

In ogni caso, è opportuno segnalare che la Corte europea dei diritti dell'uomo non ha mai interpretato l'art. 6(3)(b) CEDU nel senso di riconoscere alle parti diverse dall'accusa il diritto di condurre indagini. Ha invece spiegato che tra i mezzi di facilitazione può farsi rientrare il diritto alla difesa tecnica. In questo caso il diritto a strumenti adeguati si sovrappone al diritto di accesso a un avvocato sancito dall'art. 6(3)(c) della CEDU al quale i giudici si sono appigliati per esprimersi in materia di indagini difensive⁵⁵. Alla luce del principio della parità delle armi, il diritto di accesso all'assistenza legale è di grande importanza per la preparazione della difesa giacché l'indagato o l'imputato versano in una condizione di debolezza giuridica mancando del tutto, o quasi, di opportune e specifiche conoscenze⁵⁶.

⁵² L. BARTOLI, *Parità delle armi e discovery digitale*, in www.lalegislazionepenale.it, 13 gennaio 2021, p. 3. È pur vero che questo schema non è indefettibile posto che la raccolta di dati può essere sempre ridefinita nel corso delle indagini in funzione dei cambiamenti del tema investigativo e poi dell'accusa.

⁵³ Così Corte Edu, 4 giugno 2019, *Sigurður Einarsson c. Islanda*, ric. n. 39757/15. Il caso riguardava un'indagine ampia e articolata, che mirava ad accertare eventuali responsabilità penali nel fallimento del sistema bancario islandese a seguito della crisi finanziaria del 2008. Il procuratore a capo del procedimento aveva disposto il sequestro dei dati di tre istituti di credito, oltre a diversi dischi rigidi esterni di proprietà dei dipendenti. Anziché ricorrere ad una squadra di agenti che esaminasse ciascun documento alla ricerca di elementi utili, per risparmiare tempo e risorse, ha proceduto facendo analizzare la raccolta c.d. "grezza" del materiale tramite un *software* in grado di eseguire indagini per parole chiave. Sul tema delle perquisizioni e dei sequestri *online*, si legga l'analisi di V. DI NUZZO, *Search and Seizure of Digital Evidence: Human Rights Concerns and New Safeguards*, in L. BACHMAIER WINTER, S. RUGGERI (eds.), *Investigating and Preventing Crime in the Digital Era*, cit., p. 119 ss.

⁵⁴ Inoltre, a detta dei giudici, una risposta negativa non comprometterebbe automaticamente la parità delle armi. Nel caso concreto, il pubblico ministero non aveva perfetta cognizione di tutto il materiale; gli era noto il contenuto degli stessi documenti sottoposti alla difesa e, quindi, di fatto, non si trovava in una posizione di vantaggio. I dati non prodotti, secondo la motivazione, erano più affini a oggetti mai sequestrati che non a elementi sottratti alla *discovery* in senso tradizionale.

⁵⁵ Così, Corte Edu, 28 giugno 1984, *Campbell e Fell c. Regno Unito*, ric. nn. 7819/77 e 7878/77 e Corte Edu, 9 aprile 1984, *Goddi c. Italia*, ric. n. 8966/80.

⁵⁶ Corte Edu, 27 novembre 2008, *Salduz c. Turchia*, ric. n. 36391/02. L'equità del procedimento richiede che l'imputato possa beneficiare di un'intera gamma di servizi specificamente associati all'assistenza legale. A questo

3.3 Il diritto al confronto e il problema dell'*untested evidence*

Il richiamo alle eccezioni alla *disclosure* della prova digitale ci fornisce la base per poter segnalare una costante di quasi tutti i giudizi di Strasburgo e cioè l'individuazione di "riserve" ai diritti di cui all'art. 6 della CEDU. In particolare, a fronte di puntualizzazioni rispetto alla raccolta e all'ammissione delle prove, che dovrebbero rimanere questioni interne agli Stati⁵⁷, non poche pronunce sono entrate nel merito delle regole sulle prove. Quali "guardiani" dell'equità processuale *ex art. 6(1)* i giudici della Corte Edu si sono soffermati sul modo in cui il materiale probatorio è stato ottenuto e sul ruolo da esso giocato alla luce di una considerazione globale volta a rinvenire o meno la *fairness* di tutto il procedimento e alla ricerca dell'equilibrio tra gli opposti interessi, autentico *fil rouge* dell'elaborazione giurisprudenziale di Strasburgo⁵⁸.

In linea con queste osservazioni, un profilo controverso, dal quale possiamo ricavare elementi di estrema rilevanza per una corretta definizione della portata del principio della parità delle armi, concerne la salvaguardia del diritto al confronto e la specifica ipotesi in cui si sia reso difficile contestare una prova testimoniale a carico. A tal fine, l'art. 6(3)(d) concede all'imputato in un procedimento penale il diritto di «esaminare o far esaminare i testimoni a carico e di ottenere la presenza e l'esame di testimoni a suo favore alle stesse condizioni dei testimoni a carico». Come venne chiarito dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nella nota sentenza *Barberà, Messegue e Jabardo*, questa previsione mira a realizzare una parità di trattamento tra accusa e difesa nel delicatissimo contesto dell'esame dei testimoni⁵⁹. Eppure, l'art. 6, così come interpretato dalla giurisprudenza di Strasburgo, non riconosce all'accusato un diritto assoluto di ottenere la comparizione di testimoni dinanzi a un tribunale poiché, in linea di principio, spetta al giudice nazionale decidere sulla necessità o l'opportunità di citarli⁶⁰. Così, in tutti i casi in cui l'audizione di un teste sia stata esclusa, la Corte europea, se

proposito, l'avvocato deve essere in grado di assicurare gli aspetti fondamentali della difesa dell'imputato: discussione del caso, organizzazione della strategia difensiva, raccolta di prove favorevoli all'imputato, preparazione all'interrogatorio, sostegno all'imputato in difficoltà e controllo delle condizioni di detenzione. Così Corte Edu, 13 ottobre 2009, *Dayanan c. Turchia*, ric. n. 7377/03.

⁵⁷ Cfr. Corte Edu, 17 dicembre 1996, *Saunders c. Regno Unito*, ric. n. 19187/91, in cui i giudici hanno stabilito la violazione del principio del *nemo tenetur* senza entrare nel merito della utilizzabilità della prova nel processo nazionale. In questo senso, si vedano Corte Edu, 12 ottobre 2005, *Shannon c. Regno Unito*, ric. n. 6563/03; Corte Edu, 31 luglio 2014, *Jannatov c. Azerbaijan*, ric. n. 32132/07, § 68. In base alla cosiddetta dottrina che individua nei ricorsi alla Corte Edu la possibilità di invocare una quarta istanza, va precisato che la Corte europea dei diritti dell'uomo non si occupa di errori di fatto o di diritto che si presume siano stati commessi da un giudice nazionale, a meno che e nella misura in cui essi possano aver violato diritti e libertà protetti dalla Convenzione. Così Corte Edu, 21 gennaio 1999, *Garvia Ruiz c. Spain*, ric. n. 30544/96.

⁵⁸ Storicamente uno dei primi limiti probatori di creazione giurisprudenziale si è registrato proprio in materia di diritto all'assistenza tecnica. Nel caso *Salduz c. Turchia* (§ 54) si pose la regola per la quale l'equità del processo sarebbe stata violata qualora le dichiarazioni rese dall'indagato privo del difensore in fase investigativa fossero state utilizzate per condannarlo o dalle stesse si fosse potuto trarre qualche elemento sfavorevole. Indipendentemente da eventuali *compelling reasons*. Chiamata successivamente in causa nel giudizio *Ibrahim c. Regno Unito*, la giurisprudenza di Strasburgo superò nella sostanza la "regola *Salduz*" ammettendo l'impiego di dichiarazioni rese senza difensore, purché dall'esame complessivo dell'equità procedimentale fossero risultati, *inter alia*, l'affidabilità della prova e la legittimità della sua acquisizione, il peso della stessa ai fini della condanna e ulteriori elementi probatori corroboranti. Corte Edu, 13 settembre 2016, *Ibrahim e altri c. Regno Unito*, ric. nn. 50541/08, 50571/08, 50573/08 e 40351/09, §§ 251-252.

⁵⁹ Corte Edu, 6 dicembre 1988, *Barberà, Messegue e Jabardo*, par. 77, Serie A, n. 14.

⁶⁰ Si veda, ad esempio, Corte Edu, 2 luglio 2002, *S.N. c. Svezia*, ric. n. 34209/96; Corte Edu, 20 gennaio 2005, *Accardi e altri c. Italia*, ric. n. 30598/02.

interpellata, dovrà pronunciarsi sull'equità del processo applicando quanto definito in sentenze quali la *Murtazaliyeva*⁶¹, ovvero i criteri volti a stabilire (i) se la richiesta di audizione di un testimone sia sufficientemente motivata e pertinente rispetto all'oggetto dell'accusa; (ii) se i giudici nazionali abbiano esaminato la pertinenza di tale audizione e giustificato con motivi sufficienti la loro decisione di non accordarla; (iii) se il rifiuto dei giudici nazionali di ascoltare un testimone abbia influito negativamente sull'equità del processo nel suo complesso⁶².

Ai fini della nostra ricerca, degna di attenzione è poi l'evoluzione della giurisprudenza di Strasburgo in tema di testimoni assenti e *de relato* la quale ha segnato una progressiva compressione del diritto dell'imputato a confrontarsi con il proprio accusatore⁶³. Come si evince chiaramente, anche l'analisi di questi profili rappresenta un proficuo banco di prova per testare il concreto funzionamento dei principi fondamentali di un processo equo, tra cui spicca la parità delle armi tra accusa e difesa, essenziale affinché si realizzi il contraddittorio nella formazione della prova e sia possibile esercitare il diritto al confronto sulle dichiarazioni rese *contra reum*.

In effetti, sebbene al par. 3 dell'art. 6 CEDU nessuna deroga sia stata espressamente prevista dalla Convenzione, ciò non deve generare l'errore di considerare quello in esame un diritto illimitato. Una tesi "assolutistica" finirebbe per avallare sempre e comunque l'inutilizzabilità di ogni dichiarazione accusatoria resa da chi, per qualsiasi ragione, sia sfuggito al confronto.

Ora, è chiaro che quando le dichiarazioni del testimone vengono rese pubblicamente, sotto giuramento, da un soggetto la cui identità è resa nota all'accusato, in presenza di questi e del suo difensore, oltre che dell'organo giudicante, e, infine, sono sottoposte al confronto dialettico con la difesa, il diritto *ex art. 6(3)(d)* raggiunge la sua massima espansione⁶⁴. Questo schema processuale ideale di formazione della prova dichiarativa non è indefettibile e può succedere che sia impossibile assumere la testimonianza in sede dibattimentale. Si ammette allora il recupero di deposizioni risalenti alle fasi preliminari del procedimento, a condizione che sia concessa «un'occasione sufficiente ed adeguata»⁶⁵ per contestare le accuse a carico, al momento in cui vengono mosse o successivamente (c.d. *contraddittorio attenuato*)⁶⁶.

Qualora, invece, l'imputato non abbia avuto possibilità alcuna di interrogare il dichiarante o, pur avendola, si sia tradotta in una eccessiva compressione del diritto al confronto, in nessuna fase del procedimento, emerge il problema dell'impiego probatorio *contra reum* delle

⁶¹ Corte Edu, 18 dicembre 2018, *Murtazaliyeva c. Russia*, ric. n. 36658/05.

⁶² Corte Edu, 7 giugno 2019, *Abdullayev c. Azerbaijan*, ric. n. 6005/08. Più di recente, cfr. Corte Edu, 29 giugno 2023, *Khanshabova c. Georgia*, ric. n. 26134/19, in cui i diritti di difesa della ricorrente sono stati significativamente compromessi dalla nomina di un avvocato con patrocinio a spese dello Stato e dalla sua partecipazione alle udienze testimoniali a sua insaputa.

⁶³ Sull'argomento, tra i molti, si segnala C. ORLANDO, *Testimonianza de relato e diritto al confronto tra ordinamento interno e giurisprudenza europea*, in *www.laegislazionepenale.it*, 2 aprile 2021, pp. 1 ss., in cui l'autore fornisce una puntuale ricognizione del percorso giurisprudenziale europeo, col precipuo fine di vagliare la compatibilità delle dichiarazioni *de relato* non riscontrate dall'esame del teste fonte con i canoni convenzionali stabiliti da ultimo dalla Grande Camera. Sul tema, ancora, C. ORLANDO, *Presenza dell'accusato, diritto al confronto e giudizio di equità processuale nella giurisprudenza di Strasburgo*, in *OIDU*, 2022, pp. 224 ss.

⁶⁴ Per dirla con le parole della Suprema Corte americana, il contenuto primigenio del diritto al confronto che si traduce nell'espressione "*look me in the eyes and say that*" è pienamente garantito *COY c. IOWA*, 487 U.S. 1012 (1988).

⁶⁵ Corte Edu, 8 febbraio 1996, *John Murray c. Regno Unito*, ric. n. 18731/91.

⁶⁶ Sul tema, si vedano S. LONATI, *Il diritto dell'accusato a "interrogare o fare interrogare" le fonti di prova a carico*, Torino, 2008, p. 195; J.R. SPENCER, *Hearsay evidence in criminal proceedings*, Oxford, 2008, p. 43.

deposizioni prive in assoluto di confronto dialettico e viene in gioco una diversa tecnica di compensazione fondata sul grado di determinatezza della prova.

Non è il caso di ripercorrere l'articolato *iter* giurisprudenziale sul punto. Ai fini del nostro studio è sufficiente piuttosto richiamare la pronuncia *Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito* con la quale la Grande Camera ha in parte riformato la condanna contro il Regno Unito, pronunciata il 20 gennaio 2009 dalla sezione IV della Corte stessa e ha introdotto un ridimensionamento della c.d. “*sole or decisive rule*”⁶⁷, sicché l'utilizzo della dichiarazione decisiva, mai sottoposta al confronto, non determina automaticamente una violazione della Convenzione; semplicemente la Corte dovrà compiere un esame più scrupoloso per valutare se siano state attivate adeguate misure di bilanciamento («*strong procedural safeguards*») per la difesa. Infine, stando all'ultimo “capitolo” interpretativo inaugurato dalla sentenza *Schatschaschwili c. Germania*, tre sono in estrema sintesi gli *steps* che la Corte deve seguire al fine di valutare la violazione dell'art. 6(3)(d): 1) vagliare l'esistenza di una “*good reason*” per l'assenza dell'“accusatore”; 2) procedere con la misurazione del grado di decisività della *untested evidence* nel quadro probatorio complessivo; 3) valutare l'esistenza di garanzie procedurali alternative, se le prove sono risultate decisive per la condanna⁶⁸.

3.4 La partecipazione personale al processo come presupposto primo della parità delle armi

Solo apparentemente slegato dalla *par condicio*, il diritto di partecipare personalmente al processo è la premessa ad ogni discorso sulla possibilità di prendere parte alla dialettica processuale paritariamente. Se vogliamo, la partecipazione al procedimento, che sia fisica o a distanza (per il tramite, ad esempio, di collegamenti da remoto⁶⁹) è la prima arma a disposizione di chi voglia difendersi o far valere le proprie ragioni senza incorrere in svantaggi di sorta così potendosi inserire nel circuito del contraddittorio e concorrendo insieme all'accusa a influire sul convincimento del giudice, persuadendolo della bontà delle proprie argomentazioni. E infatti, ampiamente riconosciuto dagli *standard* internazionali e sovranazionali come garanzia fondamentale dell'equo processo, il diritto *de quo* è connesso al diritto a un'udienza pubblica, a difendersi, al contraddittorio e a farsi assistere da un interprete se la lingua utilizzata in udienza non è compresa. Tutti questi diritti, infatti, difficilmente potrebbero essere attuati senza prima riconoscere all'imputato l'opportunità di essere (fisicamente) presente in udienza⁷⁰. A livello internazionale, mentre il Patto internazionale sui

⁶⁷ «Where a conviction is based solely or to a decisive degree on depositions that have been made by a person whom the accused has had no opportunity to examine or to have examined, whether during the investigation or at the trial, the rights of the defence are restricted to an extent that is incompatible with the guarantees provided by Article 6». Corte Edu, 27 febbraio 2001, *Lucà c. Italia*, ric. n. 33354/96, § 40. Si riconferma la c.d. “*sole or decisive rule*” (introdotta per la prima volta nella sentenza *Unterpertinger c. Austria*) che agisce in sede di valutazione della prova ed impone al giudice un utilizzo “limitato” delle dichiarazioni accusatorie formulate in assenza di contraddittorio. Corte Edu, 24 novembre 1986, *Unterpertinger c. Austria*, ric. n. 9120/80.

⁶⁸ Corte Edu, 15 dicembre 2015, *Schatschaschwili c. Germania*, ric. n. 9154/10.

⁶⁹ Anche se, come evoca la suggestiva immagine di Daniele Negri, «chi rischia di perdere la libertà, se trovato responsabile dell'illecito penale addebitatogli, ha anzitutto il diritto di stare nello stesso luogo di esercizio del più temibile tra i poteri dell'autorità, quello dotato del maggiore divario rispetto alla posizione dell'individuo». Così D. NEGRI, *La gigantesca espansione della videoconferenza come alternativa alla presenza fisica dell'imputato in giudizio*, in *Arch. pen.*, 21 maggio 2018, p. 567.

⁷⁰ S. RUGGERI, In *Absentia Trials and Inaudito Reo Procedures. Solution Models and Deficiencies in ECtHR Case-Law*, in S. QUATTROCOLO, S. RUGGERI (eds.) *Personal Participation in Criminal Proceedings*, 2019, Cham, p. 581.

diritti civili e politici e la Carta araba dei diritti umani sanciscono espressamente «il diritto di una persona a essere processata in sua presenza» [art. 14(3)(d) e [art. 16(3)], la CEDU dichiara semplicemente il diritto «di difendersi di persona o tramite l'assistenza legale di fiducia» [art. 6(3)(c)], ancorché il riconoscimento della difesa legale non escluda chiaramente il diritto dell'imputato di partecipare al proprio processo e di difendersi personalmente⁷¹. Non si deve cioè correre il rischio di interpretare la garanzia in parola come alternativa o escludente rispetto al diritto alla difesa tecnica operata da un legale: e ciò per due ordini di ragioni. Da un lato, chi sceglie di ricorrere ad un avvocato può ugualmente partecipare al processo e già a monte, a ben vedere, questa scelta è sinonimo di partecipazione; dall'altro lato, in un'ipotesi tutt'altro che remota, è lo Stato ad assegnare d'ufficio un legale a chi ne è sprovvisto o, addirittura, a chi opta per una *self-defence*⁷².

Sulla scorta di tali precisazioni e nonostante la centralità, diversamente declinata, del diritto in esame nelle fonti pocanzi richiamate, la Corte Edu, ha escluso che il diritto di essere presenti in tribunale implichi sempre il diritto alla presenza fisica, cosicché, ad esempio, casi particolari come quello rappresentato dalla partecipazione da remoto non costituiscono necessariamente una violazione del diritto al *fair trial*⁷³.

I giudici di Strasburgo hanno, peraltro, chiarito come non si possano escludere *in nuce* procedure penali *in absentia*. Il rimedio operabile in caso di assenza consiste nel riesaminare il merito delle accuse in presenza dell'interessato una volta che si abbia avuto conoscenza delle stesse, a meno che egli non abbia inequivocabilmente rinunciato a difendersi o abbia voluto sottrarsi alla giustizia⁷⁴.

4. La parità delle armi nel quadro giuridico dell'Unione europea: compromessi, lacune e nuove sfide

Nell'occuparci adesso della *par condicio* entro il quadrante dell'Unione europea, dobbiamo preliminarmente segnalare che l'art. 47 della Carta dei diritti e delle libertà fondamentali (Carta di Nizza) sancisce che «ogni individuo ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un giudice indipendente e imparziale, precostituito per legge. Ogni individuo ha la facoltà di farsi consigliare, difendere e rappresentare». L'art. 47 della Carta stabilisce dunque il diritto a un processo equo, mentre la presunzione di innocenza e il diritto alla difesa non vi sono inclusi, essendo richiamati dall'art. 48. Come si evince chiaramente, nessuna menzione è fatta alla parità delle armi; ciò non si traduce tuttavia in una esclusione di tale principio dallo scenario giuridico dell'Unione.

Anzitutto, l'art. 6(3) del Trattato di Lisbona, il quale afferma solennemente che «i diritti fondamentali, come garantiti dalla Convenzione europea per la protezione dei diritti umani e delle libertà fondamentali e derivanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, costituiscono principi generali dell'Unione», ha permesso ai giudici di Lussemburgo

⁷¹ La Convenzione americana per i diritti umani riconosce il diritto alla presenza come diritto ad esaminare il testimone in presenza (art. 18 Cadu). Parimenti, l'art. 8 riconosce il diritto dell'accusato di «difendersi personalmente o di essere assistito da un consulente legale di sua scelta». Sull'argomento, si veda S. QUATTROCOLO, *Partecipazione al processo e contraddittorio*, in www.laegislazionepenale.it, 19 ottobre 2020, pp. 107 ss.

⁷² S. RUGGERI, *Audi Alteram Partem in Criminal Proceedings*, cit., p. 298.

⁷³ Corte Edu, 2. novembre 2020, *Sakbunovskiy c. Russia*, ric. n. 21272/03; Corte Edu, 16 giugno 2006, *Yevdokimov e altri c. Russia*, ric. nn. 27236/05 e 10 altri.

⁷⁴ Per un'accurata ricostruzione, cfr. S. RUGGERI, *Audi et Alteram Partem in Criminal Proceedings*, cit., pp. 298 ss.

di riconoscere la parità delle armi i diritti minimi di difesa quali declinazioni dell'equità procedimentale⁷⁵.

Già nel 1969, nella causa *Stauder*, la Corte di giustizia (CG) aveva affermato per la prima volta che esistono principi generali del diritto dell'UE che mirano a proteggere i diritti fondamentali, stabilendo al contempo che la Commissione europea non può «[pregiudicare] i diritti fondamentali»⁷⁶. Ed ancora, sempre per quanto riguarda il diritto a un processo equo, la Grande Camera nella causa *Ordre des barreaux francophones e germanophones* ha precisato che si tratta di un diritto fondamentale «che l'Unione europea rispetta come principio generale ai sensi dell'art. 6(2) del TUE»⁷⁷.

Secondo la giurisprudenza della stessa Corte, il principio della parità delle armi è un corollario del diritto a un processo equo sancito dall'art. 47 della Carta di Nizza⁷⁸. La definizione riservata alla parità recupera poi quella della Corte Edu: «il principio della parità delle armi [...] esige che a ciascuna parte sia data una ragionevole possibilità di presentare la propria causa in condizioni che non la pongano in una situazione di sostanziale svantaggio nei confronti dell'avversario»⁷⁹.

Più esattamente, la Corte di giustizia ha individuato nell'equilibrio tra le parti nel procedimento lo scopo precipuo della parità delle armi. Tuttavia, se la Corte europea dei diritti dell'uomo riscontra una violazione del principio sulla base di una semplice apparenza di squilibrio tra le parti, la Corte di Lussemburgo puntualizza che, di norma, per stabilire se la condizione paritaria sia stata violata è necessaria la prova di un effettivo sbilanciamento sofferto dalla parte interessata nel caso concreto o soggetto a scrutinio.

Ad ogni modo, va precisato che la parità delle armi richiamata in queste pronunce non è stata applicata dalla Corte di giustizia in casi riguardanti procedimenti penali, avendo invece interessato solamente la materia civile e della concorrenza dei mercati. Nondimeno, se i diritti

⁷⁵ In questo senso, cfr. conclusioni dell'Avvocato generale General Ruiz-Jarabo Colomer del 12 ottobre 2009, causa C-476/93: «the maintenance of defence rights represents in all processes that lead to sanctions especially fines or compulsory penalty payments – a fundamental principle of Community law, which must also be observed in an administrative procedure».

⁷⁶ Corte giust., 12 novembre 1969, *Stauder*, causa 29/69. Ciò è stato ulteriormente sviluppato dalla Corte in una decisione del 17 dicembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, causa 11/70, ECLI:EU:C:1970:114 in cui si è affermato che il «rispetto dei diritti fondamentali costituisce parte integrante dei principi generali del diritto tutelati dalla Corte di giustizia». Più tardi, nella decisione *Nold*, 14 maggio 1974, causa 4/73, ECLI:EU:C:1974:51, la CGUE ha anche spiegato che la stessa è «tenuta a ispirarsi alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri» per quanto riguarda la tutela dei diritti fondamentali. Ha inoltre affermato di poter utilizzare anche i trattati internazionali sui diritti umani di cui gli Stati membri dell'Unione sono parti. In questo contesto, un trattato internazionale sui diritti umani, la CEDU, è diventato particolarmente importante per la CGUE.

⁷⁷ CGUE, 26 giugno 2007, *Ordre des barreaux francophones and germanophone and others*, causa C-305/05, ECLI:EU:C:2007:383.

⁷⁸ CGUE, 21 settembre 2010, *Svezia e altri c. API e Commissione*, cause congiunte C-514/07P, C-528/07P e C-532/07P, ECLI:EU:C:2010:541. CGUE, 6 novembre 2012, *Otis and others*, causa C-199/11, ECLI:EU:C:2012:684. Nella decisione sul caso *Otis* il principio della parità delle armi è stato analizzato in relazione ad un'azione di risarcimento danni, che era stata intentata dalla Commissione dinanzi a un tribunale nazionale dopo aver accertato che quattro dei principali produttori europei di ascensori e scale mobili - *Otis* e altre società - avevano formato un cartello. Il tribunale nazionale ha chiesto alla CGUE di esaminare e spiegare se vi fosse uno squilibrio tra le parti e quindi una violazione del principio della parità delle armi, in quanto la Commissione non solo aveva presentato la richiesta di risarcimento danni, ma era anche il principale investigatore della violazione dell'art. 101 del TFUE. I quattro produttori avevano sostenuto che per questo motivo si trovavano in una posizione meno favorevole rispetto alla Commissione, anche perché quest'ultima aveva persino accesso alle informazioni riservate dell'indagine.

⁷⁹ *Ibid.*

fondamentali della Carta di Nizza trovano corrispondenza nella CEDU, essi devono essere interpretati in conformità con la pertinente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo che estende il principio ai procedimenti penali. A questo proposito va anche sottolineato che, sebbene la CGUE non abbia mai affermato che il diritto della concorrenza sia assimilabile al diritto penale, in pratica finisce per applicare i principi sanciti per il primo ai casi che riguardano la procedura penale, sul presupposto che la natura punitiva del diritto concorrenziale presenti delle somiglianze e affinità con la giustizia penale⁸⁰.

4.1 La *par condicio* nel contesto delle Direttive del Programma di Stoccolma

Vi è poi da considerare che, in linea con quanto fin qui osservato, il legislatore europeo ha messo a punto delle garanzie, per specifiche tipologie di diritti, modellandole su quelle assicurate dalla CEDU⁸¹, che nel complesso mirano a perseguire la massima espansione della parità, essendo questa implicata a sua volta in diversi diritti preordinati al mantenimento dell'equità procedimentale.

E così, per impulso dell'art. 82(2) del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE)⁸², non può tacersi l'apporto armonizzante, a tratti incisivo a tratti modesto, della Tabella di marcia per il rafforzamento dei diritti per il rafforzamento dei diritti procedurali di indagati o imputati in procedimenti penali (anche coinvolti in *cross-border cases*)⁸³. Preceduta da una prima proposta quadro del 2004, alla c.d. *Roadmap* sono seguite due integrazioni nel 2010: il c.d. "Programma di Stoccolma"⁸⁴ ed il "Piano d'azione per l'attuazione del Programma di Stoccolma". È significativo che proprio tale Programma precisava al par. 3.1.1 che gli

⁸⁰ A. KLIP, *European Criminal Law. An integrative Approach*, 4^a ed., Oxford, 2022, p. 3.

⁸¹ Per la verità, questi diritti avrebbero dovuto essere già garantiti dall'adesione dei Paesi parte alla Convenzione, senza che necessitassero ulteriori interventi normativi da parte dell'Unione europea. Sennonché, come si precisa nel considerando 6 della Direttiva sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali del 2010, si è preso atto che il livello di rispetto raggiunto negli Stati membri, alla luce delle innumerevoli condanne rivolte agli stessi, non fosse di per sé tale da garantire una sufficiente affidabilità *pro futuro*. A supporto di questa evidenza sono state condotte delle ricerche empiriche e sostenuti diversi progetti, la gran parte dei quali si è concentrata sulla fase interrogatoria e detentiva-cautelare. Cfr. J. BLACKSTONE et al., *Inside Police Custody: An Empirical Account of Suspects' Rights in Four Jurisdictions*, Cambridge, 2014, pp. 274 ss. in cui si è osservato il comportamento di sospettati e autorità inquirenti in un periodo di 78 settimane e si è analizzato il ruolo della difesa in questo arco temporale. Nella stessa direzione, E. CAPE, Z. NAMORADZE, *Effective Criminal Defense in Eastern Europe*, Moldova, 2012, pp. 445 ss.

⁸² «Laddove necessario per facilitare il riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie e la cooperazione di polizia e giudiziaria nelle materie penali aventi dimensione transnazionale, il Parlamento europeo e il Consiglio possono stabilire norme minime deliberando mediante direttive secondo la procedura legislativa ordinaria. Queste tengono conto delle differenze tra le tradizioni giuridiche e gli ordinamenti giuridici degli Stati membri. Esse riguardano: a) l'ammissibilità reciproca delle prove tra gli Stati membri; b) i diritti della persona nella procedura penale; c) i diritti delle vittime della criminalità; d) altri elementi specifici della procedura penale, individuati dal Consiglio in via preliminare mediante una decisione; per adottare tale decisione il Consiglio delibera all'unanimità previa approvazione del Parlamento europeo».

⁸³ Alcuni tentativi precedenti di tutela degli indagati e imputati a livello europeo erano rimasti lettera morta. Si ricordano: le formulazioni contenute nel Consiglio europeo di Tampere del 1999, che sviluppò per la prima volta il concetto di mutuo riconoscimento desumendolo dalla libera circolazione dei beni, nel programma del 2000 e nel Libro Verde del 2003.

⁸⁴ Le priorità contenute in questa tabella erano sei: il diritto all'interpretazione e alla traduzione, all'informazione, alla consulenza legale diritto e al gratuito patrocinio, a comunicare con i familiari, datori di lavoro e autorità consolari, alle garanzie speciali per indagati e imputati vulnerabili, l'adozione di un Libro Verde sulla detenzione preventiva. Cfr. <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:115:0001:0038:IT:PDF>

strumenti da adottare avrebbero dovuti essere «di più facile impiego e concentrarsi sui problemi persistenti della cooperazione transfrontaliera, quali i problemi relativi ai termini e al regime linguistico o al principio di proporzionalità (...)».

I risultati legislativi perseguiti hanno visto l'approvazione di cinque Direttive⁸⁵, a cui se ne aggiunge una sesta, la 2012/29/UE che, come è risaputo, istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la Decisione quadro 2001/220/GAI⁸⁶, a cui dedicheremo il par. 4.2.

Senza soffermarci oltremodo sugli aspetti più tecnici e assieme controversi di questi strumenti, è necessario evidenziare il ruolo giocato dall'equità procedimentale in queste Direttive: essa si attesta quale valore di fondo irriducibile per il procedimento penale e, oltre ad essere una clausola che informa l'attività delle autorità giudiziarie nazionale, tocca l'ambito legislativo affermandosi come canone normativo da tenere in debito conto nel momento del reperimento interno⁸⁷.

In quest'ordine di idee, ad esempio, il diritto all'interpretazione, oggetto del primo intervento del legislatore europeo, assume senz'altro la fisionomia di un "meta-diritto", ossia di un diritto funzionalmente prioritario, sia in termini concettuali che temporali, rispetto a ogni altra garanzia, così agevolando la parità ed incidendo positivamente su una fisiologica sperequazione di mezzi in partenza legata al *gap* linguistico⁸⁸.

⁸⁵ Direttiva 2010/64/UE sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali; Direttiva 2012/13/UE sul diritto all'informazione nei procedimenti penali; Direttiva 2013/48/UE sul diritto al difensore e il diritto di comunicare con terze persone dopo l'arresto; Direttiva 2016/343/UE sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza per i minori indagati e imputati; la Direttiva 2016/1919/UE sull'ammissione al patrocinio a spese dello Stato per indagati e imputati nell'ambito del procedimento penale e per le persone ricercate nell'ambito di procedimenti di esecuzione del mandato d'arresto europeo.

⁸⁶ Secondo il Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), i diritti delle vittime di reato rientrano tra le aree in cui il Parlamento europeo e il Consiglio possono stabilire norme minime tramite Direttive. In particolare, la Direttiva 2012/29/UE ha prestato particolare attenzione alle questioni relative alla protezione delle vittime e dei parenti più prossimi e ha individuato sia tipologie di reati, la maggior parte dei quali, per la verità, sono suscettibili di assumere rilevanza nel contesto transnazionale (come i reati di violenza, di terrorismo, di tratta di esseri umani) sia categorie di vittime (minori o soggetti considerati vulnerabili a seguito di una valutazione individuale) che implicano l'adozione di specifiche misure di tutela nei confronti di tali individui da parte degli Stati membri. Cfr. *Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the implementation of Directive 2012/29/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2012 establishing minimum standards on the rights, support and protection of victims of crime, and replacing Council Framework Decision 2001/220/JHA*, 11 May 2020, disponibile al sito <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0188&from=EN>, p. 7. Per una disamina dell'argomento, si legga E. MALINO, V. DI NUZZO, *The victim's role in cross-border situations in European and international law: a multilevel perspective*, in *Galileo*, 2023, in corso di pubblicazione. Invero, già nel 2011 era stata emanata la Direttiva 2011/99/UE che introdusse un'importante misura, l'Ordine di protezione europeo (Direttiva EPO), volta ad ampliare la tutela delle vittime in tutti gli Stati membri e a garantire loro il diritto alla libertà e alla libera circolazione in tutta l'Unione. In pratica, tali misure di protezione nazionali prescrivono il divieto di accesso in determinati luoghi o aree definite o una limitazione dei contatti o, ancora, il divieto/limitazione di avvicinarsi alla persona protetta entro una determinata distanza. Sebbene abbia prodotto utili risultati, questa Direttiva è stata finora poco considerata a causa della mancanza di informazioni sui meccanismi di cooperazione esistenti tra gli Stati membri, nonché per l'assenza di un coordinamento e di una cooperazione efficienti tra essi e per carenza di risorse finanziarie e/o dei mezzi necessari per garantire un efficace procedimento penale transfrontaliero.

⁸⁷ Per un'attenta analisi, cfr. A. KLIP, *European Criminal Law*, cit. pp. 250 ss.

⁸⁸ Si leggano M. CHIAVARIO, *La parte dei privati: alla radice (e al di là) di un sistema di garanzie*, in *Procedure penali d'Europa*, in M. DELMAS MARTY, 2^a ed. italiana coordinata da M. CHIAVARIO, Padova, 2001, p. 517, che rileva la centralità dell'interprete «in vista dell'effettiva "concretizzazione" dei diritti difensivi»; D. CURTOTTI NAPPI, *Il problema delle lingue nel processo penale*, Milano, 2002, p. 306.

La seconda misura prevista dalla Tabella di marcia ha interessato il diritto all'informazione nei procedimenti penali, con il chiaro intento di rafforzare il diritto al contraddittorio e le prerogative della difesa. La Direttiva 2012/13/UE ha inciso su tre versanti, tutti tra di loro interconnessi: quello dell'informazione sui diritti processuali e sull'accusa e quello sull'accesso alla documentazione delle indagini. In generale, l'equità del procedimento, i diritti di difesa e il principio della parità sono assicurati da un primo obbligo di informare tempestivamente le persone indagate o imputate del reato che le stesse sono sospettate o accusate di aver commesso, nonché sui motivi del loro arresto o della loro detenzione [art. 6(1)], e da un'informazione dettagliata (al più tardi al momento della formulazione dell'imputazione), sull'accusa, la natura e la qualificazione giuridica del reato, la natura della partecipazione allo stesso dell'accusato [art. 6(3)]⁸⁹.

Sotto il profilo del diritto di accesso alla documentazione relativa agli atti dell'indagine, *ex art. 7(1)* della Direttiva *de qua* gli Stati devono impegnarsi a mettere a disposizione del difensore parte del materiale probatorio (il riferimento potrebbe essere a documenti, video, registrazioni, fotografie, audio) se l'indagato e l'imputato siano sotto stato di arresto o detenzione. Fuori da queste ipotesi, l'accesso è, invece, più ampio e verte su ogni elemento a carico e a discarico per consentire l'esercizio effettivo dei diritti della difesa e l'equità del procedimento. Esso dovrebbe essere garantito in un tempo ragionevolmente utile o al più tardi nel momento in cui il merito dell'accusa è sottoposto all'esame di un'autorità giudiziaria (il che fa propendere per il momento del rinvio a giudizio). Ci sembra di poter affermare che il legislatore europeo abbia segnato un passo significativo nel prevedere l'accesso agli atti contenuti nel *dossier* processuale in una Direttiva che affronta il tema dell'informazione sull'accusa laddove la Corte Edu lo aveva annoverato tra le facoltà connesse alla facilitazione e ai tempi della difesa⁹⁰.

Testualmente intitolata al «rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali», la Direttiva 2016/343/UE sotto la spinta di uno *slogan* eroico, «*justice must not only be done, but be seen to be done*»⁹¹, ha poi voluto richiamare argomenti di notevole impatto per gli ordinamenti penali interni, quali l'onere della prova, il diritto al silenzio ed alla non autoincriminazione, il divieto di presentare in pubblico l'imputato come colpevole, il diritto a presenziare al processo – su cui ritorneremo a breve – e la parità delle armi, tutti innegabilmente declinazioni della presunzione di innocenza, pietra angolare del giusto processo.

Il percorso verso il rafforzamento dei diritti procedurali ha visto la sua ultima tappa nella Direttiva n. 2016/1919/UE sul patrocinio a spese dello Stato per indagati e imputati nell'ambito di procedimenti penali e per le persone ricercate nell'ambito di procedimenti di esecuzione del mandato d'arresto europeo, connessa a quelle precedenti, ed in particolar

⁸⁹ Questo approccio graduale verso una comunicazione via via sempre più capillare nel passaggio dalle fasi preliminari a quelle processuali va incontro alle tempistiche di ogni fase del procedimento. Lo strumento legislativo in parola non si è dimenticato delle ipotesi in cui ci sia una modifica alle informazioni fornite precedentemente e obbliga gli Stati a provvedere alla nuova informazione ove ciò, si tiene a precisare, non pregiudichi l'equità del procedimento [art. 6(4)].

⁹⁰ Una interpretazione più risalente ha chiarito che nel concetto di natura e motivi dell'accusa non vanno ricomprese necessariamente «*the evidence on which the charge is based*»; pertanto, la Corte ha preferito appellarsi alla lett. b (sui tempi e facilitazioni della difesa) per approntare una qualche tutela. Commissione, 9 maggio 1977, *X c. Belgio*; Commissione, 10 luglio 1991, *Gilot c. Belgio*.

⁹¹ Così, nel Libro Verde sulla presunzione d'innocenza del 4 aprile 2006 reperibile al sito <https://eur-lex.europa.eu/IT/legal-content/summary/green-paper-on-the-presumption-of-innocence.html>.

modo a quella sulla difesa tecnica⁹² alla quale è legata da un doppio filo. Alla base della necessità di prevedere un sistema di *legal aid* all'interno dei sistemi nazionali vi è un tratto fondamentale del processo quale è quello, per l'appunto, della parità delle armi.

Dal particolare punto di vista della partecipazione personale dell'accusato al processo, l'Unione europea non disponeva sino al 2016 di una disciplina armonizzante concernente espressamente questo diritto⁹³. Eppure, da una prima lettura ci si avvede facilmente che dietro enunciazioni importanti si nascondono diversi pericoli per la difesa, così tradendo le ambiziose intenzioni ispiratrici di fondo.

Con riferimento all'ambito di applicazione della disciplina *de qua* l'art. 8(1), nella versione italiana dichiaratamente afferma che gli Stati membri garantiscono agli indagati e imputati il diritto di presenziare al proprio processo. La formulazione non è priva di inconvenienti pratici se solo la si confronta, in ottica comparatistica, con le altre versioni linguistiche. A fronte di una traduzione spagnola più ampia che si riferisce al *juicio*, la versione inglese parla di *trial* e quella tedesca di *Verhandlung*⁹⁴, dimostrando un ambito applicativo più limitato alla sola fase dibattimentale.

Nel quadro giuridico europeo, la Direttiva 2016/343/UE sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali, stabilisce che il diritto dell'imputato a prendere parte personalmente al processo si regge sul diritto a un equo processo in quanto principio fondamentale di una società che voglia definirsi autenticamente democratica; tale diritto deve essere pertanto garantito in tutta l'Unione e deve essere letto come un vero e proprio "diritto alla presenza al processo" (art. 8)⁹⁵.

La disciplina prevista per i processi *in absentia* suscita però non poche preoccupazioni. Mentre il par. 1 dell'art. 8 consacra solennemente il diritto di presenziare al processo, il par. 2 fissa delle eccezioni da leggere congiuntamente con i *recitals* della sezione non operativa della Direttiva⁹⁶ e che legittimano la celebrazione di un processo contumaciale. Al considerando n. 36 si prevede infatti che in determinate circostanze si proceda pronunciando una decisione di condanna o di proscioglimento anche se l'interessato non è presente al processo, purché egli sia stato informato in "tempo utile" del processo e delle conseguenze di una mancata comparizione, nel senso che l'interessato è reso edotto che potrebbe essere

⁹² Come affermato anche nella Relazione di accompagnamento all'atto legislativo, la Direttiva completa la mappatura delle garanzie procedurali sottese alla volontà di creare un giusto processo europeo.

⁹³ Nell'ordinamento europeo, si rinveniva, però, nella materia delle procedure contumaciali, la decisione quadro 2009/299/GAI del 26 febbraio del 2009, *ratione materiae* finalizzata a promuovere il riconoscimento reciproco e l'esecuzione all'estero delle decisioni pronunciate in assenza dell'interessato in un Paese membro e delimitando, al contempo, l'ambito di operatività del rifiuto di esecuzione in relazione al MAE, alle sanzioni pecuniarie, alle decisioni di confisca, alle sentenze penali irroganti pene detentive e privative della libertà personale, alle decisioni di sospensione condizionale della pena.

⁹⁴ *Verhandlung* si riferisce all'*Hauptverhandlung* o *Hauptverfahren*, appunto il dibattimento.

⁹⁵ Cfr. S. RUGGERI, *Procedimento penale, diritto di difesa e garanzie partecipative nel diritto dell'Unione Europea*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, p. 135, il quale rammenta che la Direttiva ha riconosciuto il diritto dell'imputato a partecipare personalmente al proprio processo in modo eccessivamente flessibile e che ha peraltro escluso il diritto all'assistenza tecnica nelle decisioni intermedie o accessorie, dove le libertà fondamentali delle persone rischiano di essere pesantemente compromesse.

⁹⁶ Art. 8(2) Direttiva 2016/343: «Gli Stati membri possono prevedere che un processo che può concludersi con una decisione di colpevolezza o innocenza dell'indagato o imputato possa svolgersi in assenza di quest'ultimo, a condizione che: a) l'indagato o imputato sia stato informato in un tempo adeguato del processo e delle conseguenze della mancata comparizione; oppure b) l'indagato o imputato, informato del processo, sia rappresentato da un difensore incaricato, nominato dall'indagato o imputato oppure dallo Stato».

comunque pronunciata la decisione nel caso in cui non compaia in giudizio e ciononostante non si presenti. L'espressione "tempo utile" è sicuramente foriera di incertezze e ambiguità, acuite oltremodo dall'aggiunta, sempre nel *recital* in esame, da quella precisazione sull'informazione nel senso che l'interessato debba essere citato personalmente o informato ufficialmente con altri mezzi della data e del luogo fissati per il processo in modo tale da consentirgli di venire a conoscenza dello stesso. Più nel dettaglio, gli "altri mezzi", segnalano una vastità di alternative con l'effetto di moltiplicare le disarmonie fra i vari sistemi penali.

Non meno temibile è la seconda deroga legittimante il processo in assenza, costituita dalla circostanza che l'imputato sia rappresentato in giudizio da un legale a tale scopo incaricato. E infatti, la circostanza che il difensore rappresenti in giudizio l'imputato e persino che egli sia munito di mandato fiduciario non attesta in automatico che l'accusato abbia avuto la «possibilità di rinunciare al processo», «esplicitamente o tacitamente, purché in modo inequivocabile», secondo quanto dispone il considerando n. 35. Per la Corte di Giustizia non c'è compressione del diritto a presenziare se la rinuncia di non comparire a una delle udienze è inequivocabile o comunque l'imputato non sia comparso per un motivo a lui non imputabile ove, in seguito a tale udienza, sia stato informato delle attività svolte in sua assenza e, consapevolmente, abbia deciso e dichiarato di non contestare la legittimità di tali attività invocando la sua mancata comparizione o di voler partecipare a tali attività⁹⁷. Soluzione, questa, rischiosa la cui tenuta si gioca tutta sull'effettività di tale informazione e sulla capacità dell'imputato di assumere decisioni autonome.

Non è, quindi, escluso che gli Stati membri acconsentano allo svolgimento di processi in assenza se si sono adoperati per soddisfare le condizioni di cui al par. 2 del presente articolo oppure l'indagato o imputato non possano essere rintracciati nonostante i ragionevoli sforzi profusi. Si potrebbe, pertanto, emettere ed eseguire una decisione, salvo garantire agli indagati o imputati il diritto all'informazione sia della intervenuta pronuncia, in particolare quando questa sia limitativa della libertà sia della possibilità di impugnare la decisione e del diritto a un nuovo processo o a un altro mezzo di ricorso giurisdizionale, in conformità all'art. 9⁹⁸. In assenza, comunque, di una dettagliata informazione non è escluso che la intervenuta partecipazione al *retrial* sia sufficiente a sanare una condannata resa *in absentia*⁹⁹. Inoltre, ispirandosi alla giurisprudenza di Strasburgo, la quale pone come alternative fungibili il contraddittorio previo e successivo, l'art. 9 consenta di riesaminare il merito della causa, incluso l'esame di nuove prove, e di condurre alla riforma della decisione originaria. Pertanto, gli Stati membri assicurano ad indagati ed imputati il diritto di presenziare, di partecipare in modo efficace, secondo le procedure previste dal diritto nazionale, e di esercitare i diritti della difesa. L'aderenza al diritto interno potrebbe creare non pochi problemi, laddove l'onere probatorio per ottenere la riassunzione delle prove in secondo grado risulti particolarmente difficile o, addirittura, manchi il secondo grado per i riti alternativi.

Anche con riferimento a questo strumento eurounitario, ci sembra che nel complesso la parità delle armi e, con essa, l'equità del procedimento presenti ancora qualche nervo scoperto.

Ebbene, chiusa questa parentesi ricostruttiva, si può concludere che l'incessante opera interpretativa della Corte di Lussemburgo ha intessuto le trame di un costante dialogo con la Corte Edu, sì da rendere effettiva ed uguale la tutela degli *standard* minimi predisposti dalla Carta di Nizza e dalla *Roadmap* di Stoccolma. I giudici hanno pure fatto uso di un'esegesi

⁹⁷ Così Corte di giust., 13 febbraio 2020, causa C-688/18, *Spetsializirana prokuratura*.

⁹⁸ Così art. 8 Direttiva 2010/343/UE.

⁹⁹ S. RUGGERI, *Procedimento penale, diritto di difesa e garanzie partecipative nel diritto dell'Unione europea*, cit., pp. 133 ss.

teleologicamente orientata alla integrazione europea che, superando gli steccati rappresentati dalle versioni idiomatiche delle Direttive e abbracciando al massimo la portata di ogni singola disposizione, ha bilanciato gli interessi in gioco sulla base dei principi di proporzionalità e parità.

4.2 Il contributo della vittima alla dialettica processuale e la necessità di fornirle “più armi”

Abbiamo già appurato che il tema della tutela della vittima riveste un ruolo significativo nel dibattito giuridico qualsiasi sia il livello giuridico considerato, vista l'accresciuta attenzione dedicata alla persona offesa dal reato nei procedimenti penali nazionali¹⁰⁰. Sulla scorta dello

¹⁰⁰ Quanto all'Italia, il decreto legislativo n. 212/2015, nell'attuare la Direttiva, ha modificato otto articoli del codice di rito penale (artt. 90, 134, 190-bis, 351, 362, 392, 398 e 498 c.p.p.), ne ha coniato quattro nuovi (artt. 90-bis, 90-ter, 90-quater, 143-bis c.p.p.) e ha pure introdotto due norme di attuazione (artt. 107-ter e 108-ter disp. att. c.p.p.). Stando a quanto indicato dal Governo nella relazione illustrativa del testo di legge, «da natura “snella” del decreto» trovava «spiegazione nel fatto che molte delle disposizioni della Direttiva sarebbero già [state] presenti nell'ordinamento italiano, il quale, dunque, sembrerebbe “sostanzialmente conforme” a quanto prescritto dall'Unione Europea». Così M. CAGOSI, *Nuove prospettive per le vittime di reato nel procedimento penale italiano*, in *Dir. pen. cont.*, 19 gennaio 2016, pp. 1 ss. Senza dilungarci oltremodo, è sufficiente qui rammentare che il decreto di attuazione della normativa europea ha innovato la pregressa disciplina prevedendo il diritto della vittima di essere informata in merito al procedimento che la riguarda «fin dal primo contatto con l'autorità procedente», in una lingua comprensibile e su tutta una serie di informazioni (cfr. artt. 90-bis, 107, 143-bis c.p.p.). Sono state poi apportate diverse modifiche atte a rafforzare la tutela della vittima particolarmente vulnerabile durante la sua audizione, sia essa svolta durante le indagini, in incidente probatorio o in seno al dibattimento. In argomento cfr. L. LUPÁRIA DONATI, *L'Europa e una certa idea di vittima (ovvero come una direttiva può mettere in discussione il nostro modello processuale)*, in R. MASTROIANNI, D. SAVY (eds.), *L'integrazione europea attraverso il diritto processuale penale*, Napoli, 2013, pp. 91 ss.; D. SAVY, *La vittima dei reati nell'Unione europea - le esigenze di tutela dei diritti fondamentali e la complementarietà della disciplina penale e civile*, Milano, 2013; C. AMALFITANO, *L'azione dell'Unione europea per la tutela delle vittime di reato*, in *Dir. Un. eur.*, 2011, pp. 643 s.

Venendo alla Germania, la Decisione quadro del 2001 e la Direttiva sulla protezione delle vittime 2012/29/UE hanno costretto anche il legislatore tedesco ad intervenire sui diritti delle vittime con delle riforme *ad hoc*, esattamente tre, l'ultima della quale ha interessato la materia di reati sessuali entrata in vigore il 1° gennaio 2017 (*Gesetz zu dem Übereinkommen des Europarats vom 11.5.2011 zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt* del 17 luglio 2017, BGBl. 2017 II, p. 1026, 1027). Nel complesso alla vittima è garantita l'effettiva possibilità di contestare la decisione di non esercitare l'azione penale. Inoltre, le sono assicurate sufficienti opportunità di acquisire informazioni sulla scelta della pubblica accusa di non procedere, in modo da potersi opporre. Ai sensi del §406h(1) StPO, la parte lesa deve essere informata dei suoi diritti il prima possibile, di norma per iscritto e, per quanto possibile, in una lingua a lei comprensibile, sin dal primo contatto con le autorità di procedura penale prima dell'inizio del procedimento penale. Parimenti il §171 StPO stabilisce che la Procura deve informare la vittima del reato della possibilità di impugnare la decisione di non esercitare l'azione penale. Tra le principali novità dell'ultima interpolazione si possono segnalare le revisioni apportate nel tempo al §406e (*Akten Einsicht*). Nonostante il rafforzamento dei diritti delle vittime e l'istituzione della c.d. *Nebenklage* ad opera di numerosi emendamenti al Codice di procedura penale che avevano rinvigorito l'idea di una vittima soggetto del processo penale, continuavano a permanere delle lacune quanto alla protezione da apprestare alle persone offese. In alcune ipotesi di reato (ad es. violenza sessuale) la giurisprudenza tedesca tendeva a negare alla *Nebenklage* il diritto di visionare il fascicolo d'indagine prima di essere sottoposto all'esame. BGH, 5 aprile 2016, 5 StR 40/16. Numerose Procure, infatti, non riconoscevano la *disclosure* argomentando che, per stabilire la verità, quintessenza del processo inquisitorio tedesco, la deposizione del testimone non doveva essere offuscata dalla conoscenza dei risultati investigativi. Così, ad esempio, OLG Hamburg, 24 ottobre 2014, *Aktenzeichen*, 1 Ws 110/14. L'assenza di *discovery* però rendeva evidentemente impossibile l'esercizio di gran parte dei diritti della persona lesa e comportava un mal funzionamento della stessa difesa legale giacché l'avvocato non aveva la possibilità di valutare la dichiarazione precedentemente rese alla polizia del proprio

“Statuto europeo della vittima”, infatti, quest’ultima è oggi titolare di un vero e proprio diritto al processo in quanto soggetto idoneo a contribuire ad una ricostruzione dialettica dei fatti e, pertanto, portatore di un interesse alla difesa delle proprie prerogative¹⁰¹. Una siffatta

assistito né quelli di altri soggetti; l’esame non poteva essere inoltre “preparato” adeguatamente e le richieste di prove finivano per essere presentate al buio. Una siffatta impostazione, in ultima istanza, influiva negativamente sul diritto al risarcimento della vittima in violazione e della Convenzione di Istanbul (art. 30) e della Direttiva 2012/29 (art. 16). Sul punto cfr. H. RABE, B. LEISERING, *Analyse. Die Istanbul-Konvention. Neue Impulse für die Bekämpfung von geschlechtsspezifischer Gewalt*, 2018, pp. 50 ss. In argomento, A. NOVOKMET, *The Right of a Victim to a Review of a Decision not to Prosecute as Set out in Article 11 of Directive 2012/29/EU and an Assessment of its Transposition in Germany, Italy, France and Croatia*, in *Utrecht law review*, 12, 1, 2016, pp. 86 ss.; M. PETER, *Measures to Protect Victims in German Criminal Proceedings, A Summary with Special Focus on the Key Points of the Second Victims’ Rights Reform Act, The 144th International Senior Seminar*, pp. 125-136, <http://www.unafei.or.jp/english/pdf/RS_No81/No81_13VE_Peter.pdf>. Infine, quanto alla Spagna, la legge 4/2015 del 27 aprile 2015, sullo “Statuto della vittima di reato” ha impresso un grande passo in avanti nel riconoscimento e nella tutela dei diritti della vittima di reato, sia nella fase antecedente all’inizio del procedimento penale, garantendole il diritto all’informazione e alla denuncia, sia durante la trattazione del caso, attraverso l’adozione di misure di protezione che possono essere concordate sia nella fase investigativa che in quella processuale, e che sono particolarmente importanti quando la vittima testimonia. Sull’argomento, *ex multis*, M.D. FERNÁNDEZ FUSTES, *Protección de los derechos de la víctima en el proceso penal*, in *Estudios penales y criminológicos*, 39, 2019, pp. 755 ss.; J. BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, *La tabla de garantías de la víctima en el proyecto de reforma del proceso penal español*, in *Diario La Ley*, 8518, 14 aprile 2015; S. PEREIRA PUIGVERT, *La víctima especialmente vulnerable en el proceso penal: Su condición de especialidad y protección*, in AA.VV. *Derecho y proceso. Liber Amicorum del Profesor Francisco Ramos Méndez*, Atelier, 3, 2018, pp. 1933 ss.; A. PLANCHADELL GARGALLO, *La víctima en el nuevo Código procesal penal desde la perspectiva de las exigencias europeas*, in *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*, Valencia, 2015.

¹⁰¹ Nella maggior parte delle giurisdizioni nazionali la partecipazione delle vittime ai procedimenti penali ha riconosciuto per lungo tempo solo il semplice risarcimento economico per la persona lesa. A questo proposito il diritto europeo ha sostenuto *apertis verbis* l’importanza di assicurare alle vittime il diritto al risarcimento, consentendo una forma specifica di riparazione alla persona danneggiata quando non è possibile il risarcimento. In particolare, l’art. 16 della Direttiva europea del 2012 sancisce il diritto di ottenere una decisione sul risarcimento entro un termine ragionevole nelle more del procedimento penale. Inoltre, richiede agli Stati membri di promuovere misure che incoraggino gli autori del reato a fornire un risarcimento adeguato alle persone danneggiate. Va pure rammentato che la Direttiva 2012/29 invita i Paesi membri a promuovere nei loro ordinamenti forme di giustizia riparativa (artt. 1, 2, 12). Sulla falsariga della Direttiva si attestano anche la Raccomandazione del Consiglio d’Europa CM/Rec (2018)8 adottata dal Comitato dei Ministri il 3 ottobre 2018 (che sviluppa ulteriormente la precedente Raccomandazione n. R (99)19 in materia di mediazione penale) e, a livello internazionale, i principi base sull’uso dei programmi di giustizia riparativa in ambito penale, elaborati dalle Nazioni Unite nel 2002 (ECOSOC Res. 12/2002), le *Guidelines for a better implementation of the existing recommendation concerning mediation in penal matters* (2007) e, da ultima, la Dichiarazione di Venezia adottata dalla Conferenza dei Ministri della Giustizia del Consiglio d’Europa il 13 dicembre 2021. Per un primo commento della disciplina di recente introdotta in Italia sotto l’egida della riforma Cartabia, cfr. P. MAGGIO, *Giustizia riparativa e sistema penale nel decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150. parte ii. «disciplina organica» e aspetti di diritto processuale*, in *Sist. pen.*, pp. 1 s. Sull’argomento si legga G. MANNOZZI, G.A. LODIGIANI, *La giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, Torino, 2017. La Spagna ha adottato le sue prime disposizioni in materia con la legge 1992 n. 4 riservata alle competenze e al procedimento davanti all’autorità giudiziaria minorile: con la *Ley Orgánica 1/2015 del 30 marzo 2015* ha introdotto per la prima volta un riferimento alla mediazione nel Codice penale spagnolo. Così, ai sensi dell’art. 84(1) c.p., nella nuova formulazione, “*El juez o tribunal también podrá condicionar la suspensión de la ejecución de la pena al cumplimiento de alguna o algunas de las siguientes prestaciones o medidas: 1. El cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes en virtud de mediación...*”. Si veda P. FARALDO CABANA, *Vi è spazio per la mediazione dopo la condanna? Il dibattito in Spagna*, in *Arch. pen.*, 3, 2017, pp. 1 ss. In Germania il *Täter-opfer-ausgleich* è stato introdotto nella giustizia minorile sia come “misura” sia come condizione per una *diversion* del procedimento penale fin dal 1990. Attualmente esistono forme di mediazione penale anche a favore degli adulti, cfr. §46a StGB e §§ 153a(1) Satz 2(5), 155a StPO. Alla stessa stregua, la Direttiva *de qua* sottolinea quanto sia importante assicurare la massima protezione di queste parti deboli sì da consentire loro di partecipare al procedimento penale senza ulteriori pregiudizi e svantaggi. Tra le misure di protezione elencate a titolo esemplificativo dalla normativa europea, la videoregistrazione dei colloqui e i locali separati sono valide

constatazione, del resto, pone le premesse per considerare la necessità di un bilanciamento tra la tutela delle vittime e i diritti dell'imputato, contribuendo così a fondare un'interpretazione estensiva dei diritti sanciti dall'art. 6 della CEDU e dell'art. 47 della Carta di Nizza, promuovendo al contempo l'equità complessiva e, soprattutto, inclusiva di tutti gli individui coinvolti nel procedimento penale. Poiché le vittime hanno sempre più richiesto di far sentire la propria voce nei procedimenti penali, il legislatore dell'UE ha a tal fine riconosciuto loro il diritto all'informazione sui procedimenti penali che le riguardano, al sostegno e all'assistenza difensiva e, soprattutto, il diritto di essere ascoltate (art. 10 Direttiva 2012/29/UE). Ne deriva che la prima garanzia che le autorità nazionali sono tenute ad assicurare alle persone danneggiate dal reato è la possibilità di comprendere il contenuto della comunicazione ricevuta. La Direttiva sui diritti delle vittime, infatti, non solo consente alla parte lesa di utilizzare la propria lingua madre, ma anche di richiedere la traduzione dei documenti considerati fondamentali, cioè di quelli che le consentono di partecipare attivamente al procedimento penale (art. 3 Direttiva 2012/29/UE). Inoltre, garantire la partecipazione delle vittime al procedimento penale significa anche porre un rimedio al problema della insufficienza di conoscenze giuridiche e delle stesse persone offese e dei propri familiari [artt. 1(1), 5, 10 Direttiva 2012/29/UE]¹⁰².

5. Il principio della parità delle armi nell'assetto costituzionale: la prospettiva italiana, tedesca e spagnola a confronto

In linea con le premesse esplicitate nell'*incipit* di questo capitolo e nel capitolo I, proseguiamo adesso la nostra disamina provando a ricostruire il principio della parità delle armi a livello nazionale in relazione agli ordinamenti selezionati ai fini di questa ricerca.

5.1 Verso un accettabile equilibrio tra difesa e accusa nel procedimento penale italiano

Per quanto attiene all'ordinamento giuridico italiano, è noto che l'art. 111 Cost., trasponendo la regola del "giusto processo" sancita dall'art. 6 CEDU, ha condensato una serie di garanzie quali la parità delle parti mediante un confronto dialettico, la terzietà e l'imparzialità del giudice, che permettono il regolare svolgimento del processo penale¹⁰³.

Eppure, già prima della Riforma costituzionale n. 2/1999, che ha interpolato l'art. 111 Cost., come chiariva il Prof. Marzaduri «il principio di parità delle armi ha costituito per decenni un riferimento fondamentale nella ricerca di un accettabile equilibrio tra difesa ed accusa, a fronte di una disciplina del processo penale, quale quella espressa nel codice Rocco, nella quale venivano attribuiti al pubblico ministero poteri di formazione della prova e di

alternative alla partecipazione fisica al processo penale che, se non può essere evitata, deve almeno svolgersi dislocando le vittime dalle altre parti processuali o, comunque, evitando che queste e i propri familiari entrino in contatto con il presunto autore del reato (considerando 53). Cfr. *The Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the implementation of Directive 2012/29/EU*, p. 8.

¹⁰² Può accadere che le parti lese, anche se adeguatamente informate dalle autorità nazionali, non siano in grado di esercitare efficacemente i propri diritti procedurali da sole e che non abbiano le risorse finanziarie per affrontare tutte le spese legali.

¹⁰³ G. UBERTIS, voce *Giusto processo (diritto processuale penale)*, in *ED, Annali II-I*, Milano, 2008, p. 433.

limitazione della libertà personale che lo “avvicinavano pericolosamente alla figura della ‘parte-giudice’”¹⁰⁴.

Se l’obiettivo principale della riforma del 1988 era quello di garantire che sia l’accusa che la difesa avessero la possibilità di partecipare al procedimento giudiziario in modo equo e su un piano di parità, tale istanza ispiratrice non ha esaurito nel tempo la propria missione e ha, piuttosto, indotto a interventi sia da parte della Corte costituzionale, come evidenziato nella sentenza n. 81/1991 relativa ai rapporti tra l’instaurazione del giudizio abbreviato e il dissenso immotivato del pubblico ministero, sia del legislatore, come ad esempio è accaduto con la legge 397/2000 riguardante le investigazioni difensive. In sostanza, simili interventi hanno cercato di garantire una maggiore tutela delle facoltà difensive, ampliando le loro possibilità di azione, mentre al tempo stesso hanno ridotto i poteri della parte pubblica. Questo approccio ha mirato a raggiungere un equilibrio tra le parti coinvolte nel procedimento legale, assicurando una giustizia più equa e imparziale.

A guardare le cose con attenzione, già diverse pronunce dei giudici della Consulta innescate da censure di legittimità costituzionale avevano affrontato la pretesa violazione del predetto principio, sebbene le stesse si fossero mosse verso un potenziamento dei poteri del pubblico ministero, a cui, per l’appunto, era stata negata la possibilità dell’appello nei confronti delle sentenze di condanna emesse a seguito di giudizio abbreviato¹⁰⁵, salvo che si trattasse di sentenza modificativa del titolo del reato e ciò anche dopo che l’adozione del rito speciale era ormai divenuta riferibile esclusivamente alla scelta dell’imputato¹⁰⁶.

La Corte, in verità, aveva sempre respinto le eccezioni così sollevate, escludendo una necessaria identità tra i poteri processuali del pubblico ministero e quelli dell’imputato e del suo difensore, e piuttosto aveva ravvisato che una diversità di trattamento rispetto a tali poteri potesse «risultare giustificata, nei limiti della ragionevolezza, sia dalla peculiare posizione istituzionale del pubblico ministero, sia dalla funzione ad esso affidata, sia da esigenze connesse alla corretta amministrazione della giustizia»¹⁰⁷.

Senonché con la pronuncia n. 26/2007 la Corte costituzionale, nel dichiarare l’illegittimità dell’art. 593 c.p.p. nella parte in cui escludeva l’appello del pubblico ministero avverso le sentenze di proscioglimento, ha negato che la Riforma costituzionale n. 2/1999 avesse introdotto una qualche novità al concetto della parità delle armi, pacificamente già insito nel pregresso sistema dei valori costituzionali¹⁰⁸.

¹⁰⁴ E. MARZADURI, *La parità delle armi nel processo penale*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2007, p. 378 il quale richiama M. CHIAVARIO, *Processo e garanzie della persona*, 3ª ed., II, *Le garanzie fondamentali*, Milano, 1984, pp. 28 ss.

¹⁰⁵ Corte cost., n. 363/1991 e n. 98/1994.

¹⁰⁶ Cfr. ordd. nn. 46/2004, 165/2003, 347/2002 e 421/2001.

¹⁰⁷ Cfr., oltre le decisioni appena richiamate le decisioni della Corte cost., 16 dicembre 1970, n. 190; Corte Cost., ordinanze 155/974 e 110/1980. Sul tema, P. FERRUA, *Il «giusto processo»*, Bologna, 2005, pp. 49 s. Più recentemente, F. RUGGIERI, *Il volto costituzionale del processo penale. Indagine giurisprudenziale alla ricerca di valori condivisi*, Pisa, 2021, pp. 184 ss. Richiamando le parole dei giudici della Consulta, ricorda ancora il Prof. Marzaduri, *La parità delle armi nel processo penale*, cit., pp. 378 s. che «le ragioni della dissimmetria riscontrabile in ordine all’appellabilità delle sentenze di condanna emesse nel giudizio abbreviato, potevano ben essere rinvenute nell’«obiettivo primario di una rapida e completa definizione dei processi svoltisi in primo grado secondo il rito alternativo», che, del resto, “implica una decisione fondata, *in primis*, sul materiale probatorio raccolto dalla parte che subisce la limitazione censurata, fuori dalle garanzie del contraddittorio”».

¹⁰⁸ A tal riguardo, così si esprimono i giudici costituzionali nella citata sentenza: «de fisiologiche differenze che connotano le posizioni delle due parti, correlate alle diverse condizioni di operatività e ai differenti interessi di cui sono portatrici, rendono compatibili con il suddetto principio alterazioni della simmetria dei rispettivi poteri e facoltà, purché tali alterazioni trovino un’adeguata *ratio* giustificatrice nel ruolo istituzionale del pubblico ministero, ovvero in esigenze di corretta esplicazione della giustizia, e risultino contenute entro i limiti della

Ora, a fronte dell'interrogativo se la parità delle parti prevista in Costituzione debba valere anche nelle indagini preliminari, una risposta negativa al quesito potrebbe fondarsi sulla considerazione che l'art. 111(2) Cost., si riferisce al "processo", implicando quindi che la fase delle indagini preliminari, essendo parte del "procedimento" ma non ancora processo, potrebbe essere esclusa da tale ambito di applicazione. Tuttavia, è possibile replicare facilmente che il riferimento al processo appare anche nel successivo terzo comma dell'art. 111, che include atti tipici delle indagini preliminari, come l'informazione riservata ed immediata all'accusato della natura e dei motivi dell'accusa elevata a suo carico. Pertanto, l'uso del termine "processo" nella disposizione costituzionale non costituisce un argomento valido¹⁰⁹. Al contrario, per la dottrina sarebbero ragioni di ordine sostanziale ad escludere questa parità durante le indagini preliminari. Già il Prof. Chiavario, scrivendo al tempo del codice Rocco, aveva rilevato «l'imperfetta simmetria nei rapporti tra le parti, che è in certa misura ineliminabile dalla struttura del processo penale»¹¹⁰.

In linea con queste osservazioni, durante le indagini preliminari, l'impossibilità di garantire una condizione di parità tra il pubblico ministero e l'indagato solleva, dunque, la necessità di ridurre al minimo, nel rispetto degli scopi investigativi, lo squilibrio tra le due parti. Questo obiettivo mira anche a rendere "ragionevole" la posizione di vantaggio del pubblico ministero ed è stato perseguito dal legislatore nel tempo agendo essenzialmente su tre versanti: (i) il dovere di svolgere accertamenti su fatti e circostanze a favore dell'indagato (art. 358 c.p.p.); (ii) la durata limitata delle indagini preliminari; (iii) la funzioni del giudice delle indagini preliminari.

Peraltro, su questi profili è intervenuta più di recente la Riforma Cartabia con il d.lgs. n. 150/22. In particolare, le modifiche introdotte alle determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale possono essere apprezzate anche dal punto di vista delle implicazioni che esse comportano tanto sulla parità quanto sull'indipendenza del pubblico ministero, intesa quale imparzialità dell'autorità requirente e, in ultima istanza, come imparzialità dell'azione. In altre parole, occorre chiedersi se la regola decisoria prevista dal recente intervento riformatore, esigendo una ragionevole previsione di condanna rispetto all'esercizio dell'azione penale, possa inficiare l'imparzialità dell'organo di pubblica accusa che nella conduzione del procedimento investigativo è chiamato a verificare l'ipotesi criminosa senza pregiudizio alcuno con ripercussioni sulla parità delle armi¹¹¹.

Un altro versante sul quale si è intervenuti in passato riguarda le indagini difensive. Come è ben noto, la legge 7 dicembre 2000, n. 397 ha introdotto nel nostro ordinamento il titolo VI *bis* del libro quinto del codice di procedura penale che ha finalmente fornito una disciplina organica in tema di investigazioni difensive, determinando così una svolta culturale, prima ancora che giuridica. Ed anzi, «si ritiene che il principio "parità delle armi" sia tanto più

ragionevolezza. Tale vaglio di ragionevolezza va evidentemente condotto sulla base della comparazione tra la *ratio* che ispira, nel singolo caso, la norma generatrice della disparità e l'ampiezza dello "scalino" da essa creato tra le posizioni delle parti». Per F. RUGGIERI, *Il volto costituzionale del processo penale*, cit., p. 184 si tratta di una decisione che confonde uguaglianza con parità delle armi. E, ancora, per il Prof. Marzaduri, *La parità delle armi nel processo penale*, cit., p. 379 «la Corte arriva a ritenere dimostrata una «sperequazione» tra difesa ed accusa su premesse decisamente opinabili: non appare individuata la logica costituzionalmente vincolante che avrebbe dovuto condurre il legislatore ad assicurare una differenza di trattamento tra imputato e pubblico ministero sul piano della appellabilità delle sentenze di proscioglimento».

¹⁰⁹ Così E. LUPO, *Le garanzie di contesto: la parità tra le parti*, in www.laegislazionepenale.it, 19 ottobre 2020, p. 21.

¹¹⁰ M. CHIAVARIO, *Processo e garanzie della persona*, cit., p. 27.

¹¹¹ Su questo aspetto si ritornerà al capitolo III della parte I, par. 4.1.

effettivo quanto più ampi sono i poteri di indagine preliminare riconosciuti dal difensore»¹¹². Eppure, questa riforma non è stata applaudita da tutti. Il Prof. Nobili, in particolare, all'epoca della sua promulgazione affermò che la normativa introdotta, nel voler attribuire poteri investigativi alla difesa, inflisse un duro colpo al contraddittorio, depauperato per il mezzo di canali alternativi di accertamento¹¹³.

5.2 Parità delle armi nei procedimenti penali in Spagna e Germania e il problema dell'accusa privata

Quanto alla Germania, la *Waffengleichheit* non trova esplicito riconoscimento nella *Grundgesetz* (GG). La dottrina, peraltro, l'ha inquadrata all'interno del generale principio di uguaglianza di tutti i cittadini di fronte alla legge¹¹⁴, ma anche come elemento integrante il *fair trial*¹¹⁵. La giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht*, dal canto suo, ha inserito la parità delle armi «von Strafverfolgungsbehörden und Beschuldgtem im Strafprozess» nell'alveo del principio di equità del procedimento (*Fairnessgrundsatz*)¹¹⁶, sebbene anche gli stessi giudici costituzionali tedeschi non abbiano mancato di precisare che non tutte le «*verfahrensspezifische Unterschiede in der Rollenverteilung*» richiedono una compensazione che favorisca una perfetta simmetria tra parte pubblica e privata¹¹⁷. Una dimostrazione di ciò è fornita dal §168d (1)(2) StPO secondo cui il giudice delle indagini preliminari (*Ermittlungsrichter*) può escludere la presenza di un indagato all'interrogatorio del testimone se la sua presenza rischia di compromettere lo scopo dell'indagine, il che si verifica quando si teme che il dichiarante menta in presenza dell'imputato. Ad ogni modo, la posizione dell'accusato è tutto sommato salvaguardata fin dalle prime attività di indagine, salve quale eccezione¹¹⁸. Ad esempio, all'interrogatorio di un testimone o di un esperto, se condotto da un giudice, l'indagato e il suo avvocato difensore hanno il diritto di partecipare e sono autorizzati a porre domande e a commentare le dichiarazioni §168c(2) StPO. Questo non accade però se l'interrogatorio è gestito dalla pubblica accusa o dalla polizia §168c(4)(5) StPO. Sorprendentemente questo diritto non è concesso nemmeno all'indagato e al suo legale quando il testimone viene interrogato su richiesta dell'avvocato difensore¹¹⁹. La mancanza di tale diritto è stata oggetto di valide

¹¹² V.G. GENNARO, *Presentazione*, in R. BRICCHETTI, E. RANDAZZO, *Le indagini della difesa dopo la legge 7 dicembre 2000 n. 397*, Milano, 2001.

¹¹³ M. NOBILI, *Giusto processo e indagini difensive*, in *Dir. pen. processo*, 2001, pp. 1 ss.

¹¹⁴ *Ibid.*

¹¹⁵ C. ROXIN, *Derecho Procesal Penal*, 25° ed., Buenos Aires, 2000, pp. 79-81.

¹¹⁶ BVerGE 38, 105, 111; 63, 45, 61; 110, 226, 253.

¹¹⁷ BVerGE 63, 45, 67. Sull'argomento H.H. KÜHNE, in E. LÖWE, W. ROSENBERG (ed.), *Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz Großkommentar*, Berlin, pp. 117 ss.

¹¹⁸ Su questo assetto garantista ha influito un cambio di rotta già nel diciannovesimo secolo, quando sotto l'influsso delle riforme liberali e dopo il superamento delle forme rigide del processo inquisitorio, improntate, cioè, alla ricerca della verità materiale, ha progressivamente ampliato il ruolo dell'imputato quale persona coinvolta nel processo, titolare di autonomi diritti e che assume una posizione essenziale, con ciò divenendo un soggetto processuale attivo degno di essere considerato tale e non come un mero oggetto (c.d. *Justizfähigkeit*). Cfr. E. RIEHLE, *Funktionstüchtige Strafrechtspflege contra strafprozessuale Garantien*, in *Kritische Justiz*, 13, 1980, pp. 316 ss.

¹¹⁹ T. WEIGEND, *Germany*, in K. LIGETI (ed.) *Toward a Prosecutor of the European Union*, vol. 1: *A Comparative Analysis*, 2013, London, p. 301.

critiche, in quanto comporta il rischio che il pubblico ministero prenda la decisione finale sull'esito dell'indagine penale basandosi solo su una versione degli eventi¹²⁰.

L'indagato ha inoltre la possibilità di cercare prove, di interrogare testimoni, di ottenere prove peritali e di assumere un avvocato¹²¹. La legge prevede pure che l'indagato possa chiedere che il pubblico ministero intraprenda misure investigative nel suo interesse (*Beweisantragsrecht*) e di questa possibilità viene informato già al momento del primo interrogatorio [§136(1) StPO]. Tuttavia, l'accoglimento della richiesta non è mai automatico, bensì soggetto alla discrezionalità del pubblico ministero: spetta a quest'ultimo decidere se le prove invocate siano sufficientemente rilevanti per essere eseguite, con ciò spiegandosi perché queste istanze sono poco frequenti nella pratica. Si consideri, inoltre, la circostanza che la decisione del pubblico ministero non è soggetta a revisione giudiziaria, l'esperienza della quale, al contrario, potrebbe influire sulle scelte operate da questo pubblico funzionario in merito all'accoglimento del *Beweisantrag*.

Anche in Spagna manca un riferimento esplicito alla parità delle armi nella Costituzione. La sua tutela è comunque costituzionalmente assicurata. Il *Tribunal* costituzionale è stato però piuttosto oscillante nel tempo quanto al suo inquadramento: e così in alcune sue decisioni ha affermato che la *igualdad de las armas* è un requisito integrante il principio del contraddittorio¹²²; in altre ha precisato che essa è parte del diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva¹²³; in altre ancora ne ha riconosciuto un requisito del diritto a un processo equo (art. 18 Cost.)¹²⁴ oppure lo ha considerato come conseguenza diretta del diritto di difesa (art. 24 Cost.)¹²⁵. Allo stesso modo, la dottrina ne ha intravisto la proiezione del più generico principio di uguaglianza (art. 16 Costituzione spagnola), individuandone la violazione quando il legislatore introduce privilegi di natura procedimentale senza che ciò riposi su una giustificazione oggettiva e ragionevole, a cominciare dall'esigenza di proteggere beni riconosciuti in Costituzione o quando il giudice crea o accorda *chances* procedurali che sono negate alla parte avversa¹²⁶. Altra parte della dottrina fa derivare il principio della parità delle armi dal contraddittorio, sottolineando che il corretto sviluppo di quest'ultimo presuppone necessariamente l'esistenza della parità delle armi e rintraccia nel suo scopo un rimedio al reale squilibrio che l'azione penale comporta per l'accusato. Per essere effettiva, la parità richiede non solo di predisporre una congerie di risorse per aumentare la capacità di difesa, ma anche di evitare di concedere poteri all'accusa con ciò producendo uno squilibrio sfavorevole per l'imputato¹²⁷. Sulla stessa linea si colloca il pensiero del Prof. Bujosa Vadell il quale sottolinea che il principio del contraddittorio è connaturato alla presenza di due parti processuali contrapposte e la sua effettività dipende dal fatto che accusa e difesa nel

¹²⁰ J. VOGEL, *Report on Germany*, in S. QUATTROCOLO, S. RUGGERI (eds.) *Personal Participation in Criminal Proceedings*, cit., p. 130.

¹²¹ D. BRODOWSKI, C. BURCHARD, N. KOTZUREK, J. RAUBER, J. VOGEL, *Germany*, in E. CAPE, Z. NAMORADZE, R. SMITH, T. SPRONKEN (eds.), *Effective Criminal Defence in Europe*, Antwerp, p. 294.

¹²² ATC 655/1984.

¹²³ SSTC, 76/1982; 161/1985; 47/1987; 180/91; 162/1993; 51/1996; 77/1997; 268/2000; 221/2003; 19/2004.

¹²⁴ SSTC, 27/1985 e 14/1992.

¹²⁵ AATC 783/1985.

¹²⁶ V. GIMENO SENDRA, *Derecho Procesal Penal*, 2° ed., Cizur Menor, 2015, p. 119.

¹²⁷ L. TREJO, *Problemas prácticos del proceso penal a la luz del principio de igualdad de armas como garantía constitucional del imputado*, in *Rev. Aequitas*, 9, 9, Buenos Aires, 2015, pp. 287 ss., disponibile al sito <https://p3.usal.edu.ar/index.php/aequitas/article/download/3942/4880>.

procedimento abbiano le stesse possibilità di «*ataque y defensa*»¹²⁸. Eppure, vanno notate anche nel diritto processuale penale spagnolo una serie di divergenze rispetto a questo fine. La prima constatazione che si può esprimere riguarda l'esistenza di elementi strutturali o organizzativi che pongono già la difesa tecnica dell'imputato in una situazione di inferiorità funzionale. La presenza di un giudice istruttore, contraddistinto da un duplice e contraddittorio ruolo di organo giudicante e accusatore, a volte rafforzato dalla sua inclinazione verso l'esercizio di una funzione inquisitoria e investigativa, costituisce il primo elemento di squilibrio a scapito dei diritti della difesa. È evidente poi la situazione di inferiorità della difesa quando le indagini sono condotte prorogando di mese in mese il segreto d'ufficio, in alcune occasioni con evidenti abusi del diritto o persino eclatanti illegalità, con ciò impedendo a coloro che sono già accusati di conoscere il loro *status* di indagato, stato dal quale deriva l'esercizio dei diritti di difesa¹²⁹.

Ora, l'assetto giuridico spagnolo sembra accordare nell'economia complessiva del procedimento particolare importanza alla vittima del reato alla quale viene assicurata la possibilità di far sentire la propria voce nel processo penale¹³⁰. Nondimeno, un problema che si pone nell'ordinamento giuridico spagnolo, ed invero potrebbe porsi anche in quello tedesco in cui si distinguono *Nebenklage* e *Privatklage*, attiene al rischio che il principio della parità delle armi subisca un affievolimento quando l'accusato si trovi di fronte a più di un accusatore, essendo contemplate dal codice di rito spagnolo le figure dell'*acusador particular* e *popular* accanto al *Ministerio Fiscal*. Volendo ricorrere ad una metafora sportiva, un tale assetto mette l'imputato nella stessa posizione di un tennista che deve fronteggiare da solo due giocatori rivali. E infatti, se l'imputato deve affrontare più di un'accusa, non solo dovrà confutare contemporaneamente diverse narrazioni dei fatti addebitati, ma avrà anche più di un avversario che cercherà di contestare, a sua volta, la sua difesa e le prove addotte¹³¹. Si comprende, inoltre, che in questa cornice plurisoggettiva l'esistenza di un giudice indipendente, oltre che imparziale, diventa allora essenziale per bilanciare il peso degli interessi in gioco e per riequilibrare le posizioni delle parti.

¹²⁸ Così, L. BUJOSA VADELL, I. HUERTAS MARTÍN, M. DEL POZO PÉREZ, C. VICENTE JIMÉNEZ, *Derecho Procesal Penal*, 2ª ed., Salamanca, 2007, p. 95.

¹²⁹ Sull'argomento, cfr. L. RODRÍGUEZ RAMOS, *Inferioridad de armas de la defensa en el proceso penal? (Especial referencia al derecho a la prueba)*, in *Teorder*, 2010, pp. 52 ss.

¹³⁰ E infatti, nei procedimenti penali spagnoli, oltre a quella penale, può essere perseguita, e di solito lo è, anche l'azione civile derivante dal reato. Questo sistema operante dal 1882 si basa su ragioni di economia processuale giacché intende risolvere in un unico procedimento tutte le controversie che possono scaturire dalla commissione del reato. L'azione civile *ex delicto* è prevista dall'art. 110 del Codice penale spagnolo e comprende la restituzione, la riparazione del danno e il risarcimento dei danni materiali e morali. Nel sistema giuridico spagnolo, la vittima, in qualsiasi momento del procedimento, può generalmente rinunciare all'azione civile *ex delicto*. Questa rinuncia non pregiudica l'azione penale - tranne che per alcuni reati contro l'onore - ma di solito estingue l'azione civile sia per la vittima stessa che per gli Uffici del pubblico ministero (art. 112 LECrim). La persona offesa può anche procedere con una conservazione dell'azione civile per un successivo procedimento civile. Poiché in Spagna vige il principio «*le criminel tient le civil en état*» (art. 114 LECrim), tale azione civile può essere esercitata solo dopo che il procedimento penale è stato definitivamente chiuso (art. 112 LECrim). Il pubblico ministero ha anche la facoltà - o il dovere, a seconda dei casi - di intraprendere l'azione civile per conto della vittima, anche se questa si è costituita parte civile nel procedimento (art. 108 LECrim).

¹³¹ D. PASTOR, *Una ponencia garantista acerca de la acusación particular en los delitos de acción pública*, in *XXV Congreso Nacional de Derecho Procesal. Hacia el bicentenario. Por una justicia transparente en el sistema republicano (Libro de ponencias)*, Buenos Aires, 2009, p. 964. L'Autore mette in evidenza che in nei sistemi che ammettono un doppio accusatore disparità potrebbe aversi oltre che nel caso di più accuse simultaneamente anche quando successivamente al ritiro della *Fiscalia* della propria accusa segue quella dell'*acusador particular*.

6. Conclusioni preliminari

Questa prima, ancorché non esaustiva, disamina ci fornisce senz'altro il materiale necessario per delineare il concetto di parità delle armi nella cornice giuridica europea.

Dalla ricerca condotta in chiave prettamente storica emerge, anzitutto, che il principio esaminato ha degli antecedenti che possono essere fatti risalire all'antica Grecia e alla massima *audi alteram partem*. Nei giudizi divini di matrice medioevale può ravvisarsi, invece, il germe di quella moderna concezione dell'uguaglianza processuale che attraverserà indenni secoli di storia e che può riassumersi nell'obiettivo di evitare che una parte possa soffrire una sostanziale posizione di svantaggio rispetto all'altra. Ciò si ricollega al significato da attribuire al concetto di "armi" che va inteso, allora come ora, quale insieme di meccanismi di "attacco" e "difesa" a disposizione di una parte del procedimento e che, in altre parole, costituiscono le condizioni, i poteri e le opportunità per far valere le proprie ragioni giuridiche e probatorie.

Da quanto detto si evince inoltre che oggi, sebbene possa riconoscersi un generale accordo sull'importanza rivestita dal principio in esame nei procedimenti penali nazionali, non può negarsi però una grande confusione circa la sua definizione, il suo contenuto e la sua portata, situazione questa che certo non giova alla costruzione di una nozione di parità delle armi in chiave transnazionale. E infatti, come si è visto, a parte chi la inquadra nel diritto a un'effettiva tutela giurisdizionale, altri ne sottolineano la stretta connessione con il diritto di difesa o la assimilano a questo; alcuni poi ne individuano il fondamento nel giusto processo, altri ancora nell'uguaglianza.

Il raffronto dei modelli costituzionali italiano, spagnolo e tedesco, per fornire un esempio, ha messo in luce l'esistenza di un modo condiviso di intendere la parità ovvero quale requisito del concetto di processo equo e del contraddittorio. Al contempo, si è vista la diversa attenzione di questi sistemi giuridici ad aspetti della *par condicio* ritenuti più sensibili, diversità che si deve, almeno in buona parte, ai modelli procedimentali di riferimento e ai criteri di ripartizione dei poteri tra le parti del procedimento previsti.

Per quanto attiene alla "grande Europa", per la Corte Edu l'uguaglianza delle parti e il diritto a un processo equo implicano in prima battuta che sia all'accusa che alla difesa sia concessa la possibilità di accedere e confutare le osservazioni e gli elementi di prova presentati dalla controparte in condizioni che non la mettano in sostanziale svantaggio. Su posizioni simili si attesta la giurisprudenza della Corte di giustizia nella "piccola Europa", sebbene in materia di concorrenza, dal momento che i giudici di Lussemburgo hanno raggiunto approdi non dissimili da quelli a cui sono pervenuti i colleghi di Strasburgo, con un'unica evidente eccezione costituita dalla necessità che la parte lesa fornisca evidenze volte a dimostrare un'effettiva e concreta violazione della parità, non essendo sufficiente una mera apparenza di imparità come richiesto, invece, dalla Corte Edu.

Sempre secondo l'interpretazione fornita dai giudici a Strasburgo, l'onere di comunicare alla difesa tutti gli elementi importanti, a carico o a favore dell'imputato, ricade in linea di principio sulle autorità incaricate delle indagini. Tuttavia, essa sottolinea che in un procedimento penale possono emergere interessi concorrenti, come la sicurezza nazionale o la necessità di proteggere testimoni da possibili rappresaglie o di preservare metodi investigativi. Questi interessi devono essere bilanciati con i diritti dell'accusato, ma in certi casi potrebbe essere necessario mantenere segrete alcune prove per tutelare i diritti fondamentali di un altro individuo o preservare un interesse pubblico importante. È indispensabile che, in ogni caso, i limiti ai diritti della difesa siano strettamente necessari e che tutte le difficoltà causate da tali restrizioni ricevano un'adeguata compensazione davanti

all'autorità giudiziaria al fine di garantire un processo equo per l'imputato, conformemente all'art. 6(1) CEDU.

Insomma, sembra che il trattamento paritario a cui si è fatto riferimento sia da intendere quale uguaglianza materiale e non matematica. Si deve, cioè, tenere conto della fisiologica disparità dei "contendenti" e delle caratteristiche particolari di ciascuno di essi. Ci sono atti e attività del procedimento, infatti, che da soli sono in grado di generare uno squilibrio irragionevole tra le parti e che possono incidere profondamente sul risultato del processo; ma ce ne sono anche altri che, a prima vista o singolarmente considerati, non generano alcuna disparità, anche se sommati riflettono una certa disuguaglianza che si ripercuote sull'equità del processo considerata nel suo complesso.

In linea con queste osservazioni, può dirsi ancora che la *par condicio* presenta una natura dalla duplice essenza, e cioè, da un lato, essa opera garantendo i diritti in modo autonomo e, dall'altro, prescrive il modo in cui determinate attività devono essere adempiute. Così, ad esempio, se l'accusa non è nota il principio di uguaglianza delle parti è palesemente violato, in quanto l'indagato viene privato di una delle sue armi. Al contempo, non è sufficiente che vi sia una conoscenza preventiva dell'accusa ma questa deve essere fornita in condizioni tali da non porre la difesa in una posizione di inferiorità rispetto all'accusatore, pubblico o privato che sia, motivo per il quale tale informazione deve essere comunicata con sufficiente anticipo, in maniera dettagliata e completa e in un linguaggio comprensibile.

Ora, così come fin qui costruita, la parità mostra una chiara derivazione dal modello accusatorio¹³². Al contempo, essa emerge principalmente come garanzia posta a presidio della posizione dell'imputato e/o dell'indagato. Tale preferenza si spiega col fatto che la natura del principio in oggetto è intrinsecamente relazionale e la violazione dello stesso può essere determinata solo confrontando una situazione con un'altra. Gli estremi di questa relazione di uguaglianza, indicati come "parti", sono tradizionalmente l'organo di pubblica accusa e l'indagato/imputato, in quanto capaci di invocare una decisione giudiziaria con effetti sulla parte opposta o nei confronti dei quali viene emessa una siffatta decisione. Questa definizione non esclude, a ben vedere, che anche altre parti eventuali possano pretendere un trattamento egualitario. E, infatti, conscia di ciò, la giurisprudenza CEDU ne ha esteso la portata alle relazioni processuali intercorrenti tra parti principali ed eventuali, nonché nei rapporti tra queste stesse parti eventuali.

Ancorché non (sempre) considerata alla stregua di una parte in senso formale, anche la vittima, poiché titolare di un vero e proprio diritto al processo, nonché soggetto idoneo a contribuire ad una ricostruzione dialettica dei fatti e, pertanto, portatore di un interesse alla difesa delle proprie prerogative, dovrebbe avere accesso al trattamento egualitario¹³³. A questo punto v'è da chiedersi rispetto a chi possa farsi valere questa parità e, cioè, se solo

¹³² A volte però una scorretta concezione della struttura dialettica del modello accusatorio può infliggere colpi ulteriori alla *par condicio*, come avviene per l'art. 568(4-*bis*) c.p.p. secondo cui «il pubblico ministero propone impugnazione diretta a conseguire effetti favorevoli all'imputato solo con ricorso per cassazione». in nome di una visione esasperatamente antagonista del pubblico ministero.

¹³³ A livello dell'UE, diverse disposizioni della Carta di Nizza forniscono le basi per un riconoscimento dei diritti delle vittime. Tra queste, ricordiamo i diritti sanciti nel Capitolo I sulla dignità della persona umana, nonché gli artt. 6, 7 e 8 riguardanti, rispettivamente, il diritto alla libertà e alla sicurezza, il rispetto della vita privata e familiare e la protezione dei dati personali e l'art. 24 relativo alla protezione del minore. Anche i diritti più strettamente procedurali sanciti dall'art. 47 della Carta sono rilevanti, in quanto riconoscono a tutti, comprese le vittime di reati, il "diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale", garantendo loro l'accesso alla giurisdizione, a un processo equo in tempi ragionevoli e all'assistenza legale.

rispetto all'imputato o anche in relazione alla pubblica accusa, soprattutto quando i soggetti danneggiati dal reato assumano funzioni di accusatore particolare.

L'asse del discorso si sposta dunque sulla considerazione degli interessi contrapposti, pubblici e privati, di cui ogni soggetto è portatore e che si affacciano in un contesto processuale sempre più soggettivamente ampio.

A riguardo, il filosofo Carlos Nino, nel rintracciare un'importante ragione filosofica che spieghi la rilevanza del principio in parola, sostiene che è insito nella democrazia liberale che gli interessi della comunità non scalzino gli interessi antagonisti che fanno capo ai singoli individui, ma che questi, quando sono tutelati da diritti, abbiano un peso proprio che può azzerare il calcolo del beneficio complessivo della società. Ciò è rappresentato in maniera esemplare nel processo penale dalla parità di condizioni nel dialogo tra l'individuo che vi prende parte e gli organi che esprimono gli interessi della società nel suo complesso - *in primis* pubblici ministeri - con il giudice che, invece, si mantiene equidistante¹³⁴. Questa posizione filosofica, tuttavia, si pone in contrasto con le logiche delle giurisprudenze europee in cui, come s'è detto, le ragioni dettate da interessi ritenuti di rango superiore, tra cui la cooperazione, potrebbero prevalere su quelli dei singoli coinvolti.

¹³⁴ C. NINO, *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Buenos Aires, 2002, p. 450.

CAPITOLO III

L'indipendenza delle autorità giudiziarie nello scenario giuridico europeo

Sommario: 1. Le diverse declinazioni dell'indipendenza giudiziaria e la loro rilevanza rispetto alla *par condicio*. - 2. Il rapporto inscindibile tra il principio di parità delle armi ed il principio d'indipendenza secondo una visione circolare dei due principi. - 3. La mancata previsione di garanzie di indipendenza del pubblico ministero nelle fonti internazionali e sovranazionali. - 4. Il principio di indipendenza in Italia, Germania e Spagna: modelli organizzativi a confronto. - 4.1 Caratteristiche essenziali della magistratura italiana e condizioni politiche del suo sviluppo nel dopoguerra. - 4.2 La duplice declinazione di indipendenza professionale e personale in Germania. Il problema del pubblico ministero pubblico funzionario. - 4.3 L'unità e l'indivisibilità del potere giudiziario spagnolo e la difficoltà ad affrancarsi dalla zavorra politica. - 5. Indipendenza e asimmetrie tra le parti processuali: (preliminari) rilievi conclusivi.

1. Le diverse declinazioni dell'indipendenza giudiziaria e la loro rilevanza rispetto alla *par condicio*

Giunti a questo punto della ricerca, va rimarcata la rilevanza che il principio d'indipendenza riveste rispetto alla parità delle armi e, più in generale, al processo equo¹. Per far ciò non possiamo prima esimerci dal ricostruire, sebbene senza pretesa alcuna di esaustività, le caratteristiche principali di quello che nel contesto europeo è assurto ad un vero e proprio “metavalore”. Ed infatti, va ricordato che nell'attuale panorama giuridico europeo il principio di indipendenza riveste sempre più importanza per la sua capacità di attrarre interessi suscettibili di essere declinati diversamente a seconda dei destinatari a cui esso si rivolge e delle funzioni a cui esso assolve, nonché delle prospettive di analisi assunte, degli scenari e dei livelli giuridici considerati². A riprova di ciò, basterebbe qui rammentare che l'indipendenza delle autorità giudiziaria, come pure lo Stato di diritto³, sono stati eletti

¹ Fra i molti contributi, si segnala per tutti, M.G. CIVININI, *Indipendenza e imparzialità dei magistrati*, in *Quest. giust.*, 2019, pp. 97 ss., in cui l'Autrice richiama i principi elaborati dalla Corte Edu su indipendenza e imparzialità del tribunale e la casistica sottostante, tra cui è particolarmente significativa per la comprensione dell'approccio della Corte al tema la sentenza *Agrokompleks c. Ucraina*, 6 ottobre 2011, ric. n. 23465/03 relativa ad un caso in cui vi era la prova documentale delle pressioni esercitate dal Governo e dalla controparte sui giudici.

² S. RUGGERI, A. FALCONE, *Stato di diritto, indipendenza dell'autorità giudiziaria ed equità del procedimento penale*, in F. FALATO, *Le Situazioni della magistratura che garantiscono lo Stato di diritto nell'Unione Europea*, *Atti del Seminario di studi IV cattedra di Diritto Processuale penale università degli studi Federico II* 7 luglio 2022, Napoli, 2023, p. 51.

³ In argomento, per tutti, A. RUGGERI, *La crisi dello Stato di diritto in Europa e i suoi possibili, temibili sviluppi*, in *www.eublog.eu*, 21 luglio 2021, pp. 1 ss.; V. ZAGREBELSKY, *L'Unione Europea e lo Stato di diritto. Fondamento, problemi, crisi*, in *www.giustiziasieme.it*, 28 maggio 2021, pp. 1 ss.; R. MASTROIANNI, *Stato di diritto o ragion di Stato? La difficile rotta verso un controllo europeo del rispetto dei valori dell'Unione negli Stati membri*, in E. TRIGGIANI, E. CHERUBINI, F. INGRAVALLO, E. NALIN, R. VIRZO, (eds.), *Dialoghi con Ugo Villani*, Bari, 2017, pp. 605 ss.

criteri politici, economici e giuridici nelle procedure di allargamento dell'Unione verso i Paesi dei Balcani e, in tempi più recenti, dell'Ucraina, della Moldavia e della Georgia⁴.

Quanto alla giustizia penale, essa rappresenta senz'altro il settore di studio più significativo per chi si voglia accostare al tema dell'indipendenza e della *Rule of Law*. A riprova di questa affermazione si pensi che l'interazione dinamica tra le autorità giudiziarie e gli organi di indirizzo politico rappresenta un punto nevralgico nel garantire l'effettività del principio di separazione dei poteri in ogni Stato che voglia definirsi autenticamente democratico⁵.

Tuttavia, oltre ad assicurare l'equilibrio statutale, l'indipendenza⁶, come pure l'imparzialità che la presuppone⁷, assolve ad altre funzioni le principali, fra le quali, si legano alla

⁴ Conclusioni del Consiglio europeo sull'Ucraina, sulle domande di adesione dell'Ucraina, della Repubblica di Moldova e della Georgia, sui Balcani occidentali e sulle relazioni esterne, 23 giugno 2022, www.consilium.europa.eu.

⁵ È evidente che la più recente considerazione di cui gode il principio di indipendenza in Europa è riconducibile agli episodi di attacchi alla magistratura operati in alcuni Paesi del Continente, fenomeni che, se non opportunamente arginati, rischiano di minare la funzione di “guardiano dello Stato di diritto” del potere giudiziario e di sfociare in episodi irreversibili di autoritarismo. È quanto accaduto, e continua ad accadere, in Polonia. Corte giust., 19 novembre 2019, *A.K* (Indipendenza della Sezione disciplinare della Corte suprema), cause riunite C-585/18, C-624/18 e C-625/18, ECLI:EU:C:2019:982; Corte giust., 8 aprile 2020, *Commissione/Polonia* (Regime disciplinare dei giudici), causa C-791/19, ECLI:EU:C:2020:277. Si legga in proposito il Rapporto sullo Stato di diritto in Europa per il 2020, consultabile su https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/upholding-rule-law/rule-law/rule-law-mechanism/2020-rule-law-report_it.

⁶ Quanto, invece, all'apparenza dell'indipendenza cfr. Corte Edu, 22 ottobre 1984, *Sramek c. Austria*, ric. n. 8790/79. L'indipendenza giudiziaria implica che si tenga conto del ruolo speciale della magistratura nella società. Basti pensare in Italia alla stagione di “Mani pulite”, in cui le Procure «si sono atteggiare a rappresentanti delle opinioni e dei valori dominanti nella società, capaci di instaurare un rapporto diretto con l'opinione pubblica, e pertanto legittimate ad incidere sullo stesso processo di formazione dell'indirizzo politico». Così, G. PIRRUZZELLA, *Forme di governo e trasformazioni della politica*, Roma-Bari, 1996, pp. 77 ss. Ora, in quanto garante della giustizia e dello Stato di diritto, la magistratura deve godere della fiducia dell'opinione pubblica per poter svolgere con efficacia le proprie funzioni. Può quindi rivelarsi necessario proteggere tale fiducia da attacchi gravemente dannosi contro gli organi giudicanti, ad esempio da parte dei *media*, se infondati. Del resto, i giudici soggetti alle critiche devono serbare una certa discrezionalità e non possono rispondere pubblicamente alle “accuse” loro mosse. Questa constatazione si riallaccia al problema dell'imparzialità di carattere personale secondo cui la condotta parziale di un giudice, a cominciare dalle dichiarazioni rilasciate nell'ambito di un procedimento o ai *mass media* (tra cui si annoverano anche i *social networks*) oppure l'esistenza di un legame che l'organo giudiziario possa avere con l'oggetto o le parti in causa, va contestualizzata e considerata di volta in volta. A riguardo, vedi nota successiva.

⁷ L'interrelazione tra i due profili è ben espressa nelle opinioni del Consiglio consultivo dei giudici europei (CCJE), organo del Consiglio d'Europa: «L'indipendenza della magistratura è una condizione preliminare dello Stato di diritto e una garanzia fondamentale di un processo equo. I giudici sono incaricati della decisione finale sulla vita, le libertà, i diritti, i doveri e le proprietà dei cittadini (...). La loro indipendenza non è una prerogativa o un privilegio nell'interesse proprio, ma nell'interesse dello Stato di diritto e di coloro che cercano e si aspettano giustizia», si legge nel Parere n. 1 (2001) sull'indipendenza della magistratura. La Corte europea dei diritti dell'uomo, a proposito di imparzialità, ne riferisce la portata a due prospettive: quella del “foro interiore del magistrato”, presunto imparziale fino a prova contraria, e quella della fiducia che gli organi giurisdizionali devono suscitare nella collettività e nell'accusato per assicurare una giustizia imparziale. Qui, dunque, ciò che conta è l'apparenza, ovvero l'apparenza interna e la percezione dall'esterno dell'imparzialità. Corte Edu, 24 maggio 1989, *Hauschildt c. Danimarca*, ric. n. 10486/83; Corte Edu, *July e SARL Libération c. Francia*, 14 febbraio 2008, ric. n. 20893/03, § 74; Corte Edu, 23 giugno 1981, *Le Compte, Van Leuven and De Meyere c. Belgio*, ric. nn. 6878/75 e 7238/75; Corte Edu, 5 dicembre 2002, *Craxi c. Italia*, ric. n. 34896/97; Corte Edu, 2 settembre 2003, *Ranson c. the United Kingdom*, ric. n. 14180/03. Sul tema, si legga G. GAETA, *Da ramo secco dell'ordinamento a problema attuale: l'incompatibilità dei giudici di cassazione*, in *Arch. pen.*, 1, 2021, pp. 1 ss. L'esistenza o la mancanza di imparzialità può essere verificata in vari modi. Ad esempio, la Corte prende in considerazione sia l'imparzialità soggettiva che quella oggettiva di un giudice o di un tribunale per valutare se ci sia stata violazione dell'art. 6

salvaguardia della parità delle armi nel contesto di un procedimento penale che risponda ai canoni dell'equità.

Ad una prima approssimazione, il principio di indipendenza si configura come una garanzia della giurisdizione volta ad assicurare l'uguaglianza di tutti i cittadini dinanzi alla legge. Tale principio intende, infatti, salvaguardare il sereno esercizio delle funzioni decisorie e scongiurare un'indebita ingerenza esterna che potrebbe provenire da provvedimenti amministrativi e legislativi o da gruppi di pressione e di interessi politici o economici capaci di ledere la libertà di coscienza e di interpretazione della legge delle autorità giudiziarie. In questo senso, l'art. 14 della Convenzione europea [analogamente all'art. 2(1) del Patto internazionale] stabilisce il divieto di discriminazione nel godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti, «senza distinzione di alcuna specie, come di sesso, di razza, di colore, di lingua, di religione, di opinione politica o di altro genere, di origine nazionale o sociale, di appartenenza a una minoranza nazionale, di ricchezza, di nascita o di altra condizione». L'art. 14 del Patto internazionale esplicita all'inizio del co. 1 che «tutti sono eguali dinanzi ai tribunali e alle corti di giustizia»⁸. Ed è significativo che proprio dall'uguaglianza, come abbiamo avuto occasione di notare in precedenza⁹, molti ordinamenti giuridici abbiano fatto derivare la tutela della *par condicio*.

Le questioni da affrontare, in verità, vanno oltre l'indipendenza dai poteri di indirizzo politico (c.d. *esterna istituzionale*) e riguardano anche quella interna, anch'essa istituzionale, rispetto ad intrusioni sul processo decisionale dei magistrati da parte, per esempio, di un

CEDU. Quanto alla prima, essa richiede che il giudice sia scevro da pregiudizi o preconcetti personali in un determinato caso. Le convinzioni personali, gli interessi nella causa e un certo comportamento dell'organo giudicante in un'ipotesi determinata sono tutti elementi rilevanti per determinare la sua imparzialità soggettiva. Si pensi alla circostanza in cui l'autorità giurisdizionale mostri ostilità nei confronti delle parti in causa per motivi personali oppure una predisposizione eccessivamente favorevole nei confronti di un soggetto, episodi che possono suscitare sospetti sull'assenza di imparzialità. *Ex multis*, Corte Edu, 15 ottobre 2009, *Micallef c. Malta*, ric. n. 17056/06; Corte Edu, 27 giugno 2017, *Ramljak c. Croazia*, ric. n. 5856/13; Corte Edu, 16 ottobre 2018, *Daineliene c. Lituania*, ric. n. 23532/14; Corte Edu, 15 dicembre 2005, *Kyprianou c. Cipro*, ric. n. 73797/0. Può essere difficile (anche se certamente non impossibile) stabilire una violazione dell'art. 6 sulla base di un *test* che guardi alla sola imparzialità soggettiva. Per questa ragione la Corte europea si concentra pure sugli aspetti dai quali si evince l'oggettiva mancanza di imparzialità, tra cui l'esistenza di garanzie che giochino d'anticipo sulla possibilità che sorgano atteggiamenti imparziali, come, ad esempio, l'esistenza di norme che regolano la revoca dei giudici. Ad ogni modo, non va sottaciuto che il profilo dell'imparzialità si intreccia con quello della presunzione di innocenza a cui proprio la Direttiva 2016/343/UE ha posto particolare attenzione anche con riguardo ai profili concernenti il divieto di presentare in pubblico l'indagato o l'imputato come colpevole (artt. 4-5). Lo strumento è stato trasposto nell'ordinamento italiano per il tramite del d.lgs. 188 del 2021, il quale ha introdotto una previsione secondo la quale è vietato alle autorità pubbliche indicare nelle proprie dichiarazioni una persona come colpevole prima della decisione definitiva [art. 2(1) d.lgs. 188/2021]. Da uno sguardo comparatistico risulta che in Germania, ad esempio, esistono delle linee guida interne per tribunali, i pubblici ministeri e per gli agenti di polizia che indicano come fornire informazioni ai media. Sul tema, si rinvia a M. ZÖLLER, R. ESSER, *Justizielle Medienarbeit im Strafverfahren: Entwurf des Arbeitskreises Strafprozessrecht und Polizeirecht (ASP) für eine die Pressefreiheit und das Persönlichkeitsrecht schützende Auskunftserteilung im Strafverfahren*, Baden-Baden, Nomos, 2019.

⁸ Come affermato in dottrina, «siffatto precetto, collocato in apertura dell'articolo appositamente dedicato allo sviluppo procedimentale, intende confermare che il rispetto assoluto dell'eguaglianza costituisce il primo pilastro su cui si basa l'idea stessa del “rendere giustizia” e non solo uno dei peculiari caratteri della giurisdizione». Così, G. UBERTIS, *Giusto processo (dir. proc. pen.)*, ED, Annali II-1, 2008, p. 424.

⁹ Cfr. capitolo II, parte I, par. 2.3 ss.

rappresentante dell'organo di Governo giudiziario o dai membri dell'Ufficio di appartenenza¹⁰.

Un altro profilo di risalto, da valorizzare nella prospettiva adottata da uno studio, come questo, che assegna un ruolo da protagonista all'*equality of arms*, è senza dubbio rappresentato dall'indipendenza organica interna, espressione che allude nello specifico al momento di applicazione delle norme penali e processuali penali da parte del giudice al singolo caso senza che questi riceva ordini o suggerimenti da superiori gerarchici.

C'è poi un aspetto ulteriore da considerare in cui l'indipendenza si intreccia con il requisito dell'imparzialità. Esso concerne più specificamente la composizione dei tribunali e le funzioni che le autorità giudiziarie svolgono all'interno del procedimento penale complessivamente considerato, non potendo, ad esempio, un giudice presiedere in un processo in cui l'imputazione in oggetto sia stata formulata dal collegio giudicante in qualità di pubblica accusa in una fase antecedente¹¹. O, ancora, quando il giudice si sia già pronunciato sulla colpevolezza dell'imputato nell'ambito dello stesso procedimento (per esempio, nell'incidente cautelare che non sia stato attivato a dibattimento per riscontrare la sussistenza

¹⁰ Altre ipotesi, per la verità non infrequenti, possono farsi rientrare in questa definizione, come per il caso dell'assenza di regole in materia di promozioni, trasferimenti, selezione e assegnazione dei casi, ritiro di una causa già assegnata ad un giudice o persino assenza di un'adeguata disciplina inerente alla procedura disciplinare. Sul tema si veda a M. CHIAVARIO, *Processo e garanzie della persona*, cit., p. 45. Cfr., le indicazioni che promanano dalla *Magna Charta* dei giudici, reperibile al sito <https://rm.coe.int/16807482c6>. Per una prospettiva interna, A. LOLLO, *L'indipendenza interna dei magistrati nell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale*, in *AIC*, 4,12, pp. 1 ss.; G. SILVESTRI, *Organizzazione giudiziaria e indipendenza della magistratura*, in *Ritorno al diritto: i valori della convivenza*, 2, 2005, pp. 1 ss. La Grande sezione della Corte di giustizia, per esempio, ha constatato in diverse occasioni che i trasferimenti di un giudice senza il suo effettivo consenso a un altro organo giurisdizionale o da una sezione all'altra di uno stesso organo contrastano con i principi di inamovibilità e di indipendenza dei giudici, rappresentando un mezzo per esercitare un controllo indiretto sul contenuto delle decisioni giudiziarie e per incidere sulla portata delle attribuzioni dei magistrati interessati, sulla trattazione dei casi loro affidati e persino sulla loro vita e carriera. Cfr., *ex multis*, Corte giust., 6 ottobre 2021, *W.Z. e des affaires publiques de la Cour suprême - nomination*, causa C-487/19, ECLI:EU:C:2021:798.

¹¹ Corte Edu, *Hansbildt c. Danimarca*, cit. La partecipazione di uno stesso giudice a fasi diverse di un procedimento è astrattamente idonea a minare il requisito di imparzialità di cui all'art. 6(1) e va valutata caso per caso, tenendo conto delle circostanze specifiche, tra cui l'entità del suo coinvolgimento nelle varie fasi (ad esempio se ha presieduto il procedimento o se ha avuto un voto decisivo). Corte Edu, 26 agosto 1997, *De Haan c. Olanda*, ric. n. 22839/93; Corte Edu, 4 marzo 2014, *Fazlı Aslaner c. Turchia*, ric. n. 36073/04. Inoltre, si deve considerare il numero di giudici coinvolti, ad esempio, vagliando se il giudice la cui imparzialità è dubbia faceva parte di un ampio collegio giudicante o se era l'unico a decidere, nonché la presenza o meno di altri giudici togati in ogni fase del procedimento o la presenza del giudice in un collegio di giudici laici. Per i giudici di Strasburgo, quando la partecipazione del giudice del dibattimento all'istruzione della causa è stata limitata nel tempo ed è consistita nell'interrogare dei testimoni senza valutare le prove né trarre la minima conclusione, il timore del ricorrente che il giudice nazionale competente manchi di imparzialità non può essere considerato oggettivamente giustificato. Corte Edu, 22 febbraio 1996, ric. n. 17358/90. Un problema di imparzialità si può porre quando sugli stessi fatti, prove e argomentazioni giuridiche si pronuncino gli stessi giudici che hanno commesso errori nell'applicazione della legge. Corte Edu, 29 luglio 2004, *San Leonard Band Club c. Malta*, ric. n. 77562/01. Questo approccio casistico si applica anche quando lo stesso giudice partecipa a procedimenti penali e civili di fatto connessi. Corte Edu, 2 maggio 2015, *Pasquini c. San Marino*, ric. n. 50956/16. La parzialità può essere pure compromessa quando un'autorità o un giudice svolgono doppie funzioni e sovrapposte. Ad esempio, quando un organismo svolge contestualmente un ruolo sia consultivo che giudicante, o quando un membro di un tribunale siede anche in Parlamento, è un membro dell'Esecutivo, agisce come rappresentante legale oltre che come giudice, o svolga contemporaneamente il ruolo di denunciante, pubblico ministero o testimone in un caso. Corte Edu, 8 febbraio 2000, *McGonnell c. Regno Unito*, ric. n. 28488/95; Corte Edu, 6 maggio 2003, *Kleyn e altri c. Olanda*, ric. n. 39343/98; Corte Edu, 15 luglio 2005, *Mežnarić c. Croazia*, ric. n. 71615/01.

dei presupposti che legittimano l'adozione della misura) non può presiedere nel collegio giudicante¹². Si pensi poi al caso di un pregiudizio derivante da un precedente *decisum* a carico di un coimputato, questione quest'ultima che è stata oggetto di una condanna della Corte europea a carico dell'Italia¹³. L'accentuazione di quest'ultima prospettiva assicura la c.d. *indipendenza funzionale* dell'autorità giudiziaria e, preservando il giudice da concetti precostituiti, è estremamente rilevante, non solo per garantire il più possibile l'uguaglianza dei cittadini, ma anche, e soprattutto, per mantenere un'equilibrata distribuzione dei poteri e delle facoltà dei soggetti processuali.

In virtù di tale connotazione, che mette in risalto uno strettissimo punto di convergenza valoriale tra indipendenza e imparzialità, può imboccarsi una diversa traiettoria di analisi che fa leva sul principio di indipendenza come garanzia per ogni persona (indagato, accusato, vittima e persino terzi) coinvolta nell'esperienza processuale, da intendersi quale vicenda contraddistinta da una forte compromissione delle libertà civili¹⁴. Quest'ultima interpretazione trova riscontro nelle più importanti fonti di diritto internazionale e sovranazionale, quali l'art. 6(1) CEDU¹⁵, l'art. 14 del Patto internazionale sui diritti civili e

¹² Corte Edu, 22 aprile 2004, *Cianetti c. Italia*, ric. n. n. 55634/00. Si ricorda, in tal senso, che la Corte cost., sent. 24 aprile 1996, n. 131, in *Foro it.*, 1996, I, 1489 ss., con nota di G. DI CHIARA, *Giudizio cautelare, «forza della prevenzione» e incompatibilità del giudice: appunti sparsi a «prima lettura» su Corte cost. 131/96*, in cui i giudici costituzionali smantellando il sistema dei cumuli di funzioni precisarono che aver ricoperto funzioni cautelari nel medesimo procedimento sarebbe diventato causa di incompatibilità.

¹³ Corte Edu, 7 agosto 1996, *Ferrantelli e Santangelo c. Italia*, ric. nn. 48/1995/554/640 sulla quale V. PATANÈ, *Nuovi orientamenti sulla capacità del giudice*, in *Giust. pen.*, 3, 1997, pp. 450 ss.; nonché G. UBERTIS, *L'incompatibilità del giudice ha pure risvolti «europei»*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, pp. 1519 ss. La decisione suscitò poco dopo l'intervento della Corte cost., 2 novembre 1996, n. 371, in *Foro it.*, 1997, I, p. 15, con nota di DI CHIARA, *In tema di incompatibilità «endoprocessuale allargata»: spunti su Corte cost. 371/96*, in cui i giudici costituzionali dichiararono l'illegittimità dell'art. 34(2) c.p.p., nella parte in cui non prevedeva che non potesse partecipare al giudizio nei confronti di un imputato il giudice che avesse concorso a pronunciare una precedente sentenza nei confronti di altri soggetti. Nondimeno, «con la c.d. «trilogia» del 1997, la Corte costituzionale ha realizzato un'inversione di rotta che ha riservato l'incompatibilità ex art. 34 c.p.p. solo alle ipotesi in cui la funzione giurisdizionale «pregiudicante» si sia svolta all'interno del medesimo procedimento e ha lasciato, invece, agli istituti dell'astensione e della ricasazione il compito di rimediare a concrete situazioni in cui il pregiudizio sia derivato da attività compiute fuori dallo stesso procedimento». Così, G. CANESCHI, *L'imparzialità del giudice nel prisma della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e le ricadute sull'ordinamento interno*, in *Arch. pen.*, 2, 2022, p. 9.

¹⁴ V. GREVI, *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, Milano, 1976, pp. 1 ss. La tutela delle libertà nel procedimento penale è, peraltro, connessa alla presunzione di innocenza, sia che questa si intenda quale regola di trattamento dell'imputato sia che si consideri come regola di giudizio. A tal proposito, di particolare rilievo è una pronuncia della Corte di giustizia che ha espressamente cristallizzato a livello europeo il principio secondo cui l'indipendenza e l'imparzialità sono necessari affinché la presunzione di innocenza di ogni imputato sia effettivamente garantita. Corte giust., 16 novembre 2021, *WB* e altri, cause C-748/19 e C-754/19, ECLI:EU:C:2021:931.

¹⁵ «Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente ed entro un tempo ragionevole dinanzi ad un Tribunale indipendente ed imparziale». I requisiti di legalità, indipendenza e imparzialità si applicano quindi a qualsiasi organo che assuma lo *status* di «corte» e «tribunale» ai sensi dell'art. 6(1) della Convenzione. Quelle di «corte» o «tribunale» sono nozioni autonome della giurisprudenza della CEDU che ha adottato definizioni ampie volte ad includere tutte le istituzioni che siano denominate come tali o che siano integrate nell'apparato giudiziario di un Paese o che, pur non essendo tali, si occupino della risoluzione di casi inerenti ad una materia specifica o di determinare limitate questioni settoriali. Corte Edu, 2 ottobre 2018, *Mutu e Pechstein c. Svizzera*, ric. nn. 40575/10 e 67474/10, § 139. Sempre secondo i giudici di Strasburgo per corte deve intendersi «*the material sense: its functional ability to resolve matters within its jurisdiction on the basis of the rules of law, following the proceedings followed in a certain way*». Corte Edu, 22 ottobre 1984, *Sramek c. Austria*, ric. n. 8790/79. Sull'argomento, J. P. COSTA *Qu'est-ce qu'un tribunal établi par la loi?*, in *Fair Trial: Regional and International Perspectives – Liber Amicorum Linos Alexandre Sicilianos*, 3, 2021, p.102. Venendo al requisito della precostituzione del giudice

politici¹⁶ e l'art. 47 della Carta dei diritti e delle libertà fondamentali dell'Unione europea¹⁷. In particolare, all'art. 6(1) CEDU può ricondursi «la forza normativa della *rule of law* il cui contenuto è stato spesso assimilato dalla giurisprudenza Edu a quello di una regola ben precisa. Questa dimensione può individuarsi proprio nella garanzia dell'indipendenza degli organi giudiziari»¹⁸.

In questa ricostruzione della “fisionomia” del principio dell'indipendenza particolarmente degna di nota appare la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea la quale, entro il peculiare scenario del diritto europeo, ci ha restituito nel tempo un principio d'indipendenza delle autorità giudiziarie capace di svilupparsi essenzialmente lungo tre direzioni, che qui richiamiamo sinteticamente¹⁹.

secondo la legge, a cui pure l'art. 6 CEDU si riferisce, ciò implica che: (i) deve esistere una legislazione nazionale che preveda e regoli l'istituzione e la competenza degli organi giudiziari e che (ii) tale legislazione venga rispettata nella pratica. Pur essendo, dunque, un diritto a sé stante, esso presenta comunque una relazione molto stretta con le garanzie di indipendenza e imparzialità. Cfr. Corte Edu, *Mutu e Pechstein c. Svizzera*, cit. Il processo di nomina dei giudici è un elemento intrinseco al concetto di “precostituzione per legge” di una corte o di un tribunale. Tale procedura deve quindi svolgersi in conformità al principio dello Stato di diritto e nel rispetto delle norme applicabili del diritto nazionale in vigore al momento dei fatti. Corte Edu, 1 dicembre 2020, *Guðmundur Andri Ástráðsson c. Islanda*, ric. n. 26374/18, § 98. In questa decisione i giudici hanno individuato un *three-tier test* per determinare se la procedura di nomina dei giudici o di costituzione di un tribunale nazionale non violino i requisiti dell'art. 6 CEDU. È necessario anzitutto stabilire se chi ha presieduto al processo di nomina ha rispettato la procedura e gli obblighi nazionali che regolano le modalità di individuazione dei giudici e in generale e in relazione ad un caso specifico. Ad esempio, se esiste una procedura di voto specifica, occorre sondare se questa è stata osservata. E ancora, se i responsabili della nomina sono tenuti a fornire motivazioni adeguate a sostegno delle loro decisioni, vanno tenute in considerazione le ragioni che hanno spinto per una scelta piuttosto che per un'altra. Uno Stato potrebbe violare l'art. 6 CEDU anche nel caso in cui la procedura di nomina di un giudice ignori le sentenze della Corte costituzionale sulle modalità di svolgimento di tale processo. In secondo luogo, è necessario valutare se le eventuali violazioni della procedura interna, accertate nella fase I, siano di una gravità tale da compromettere la legittimità della procedura di nomina, così da minare l'essenza stessa del diritto a un tribunale previsto dalla legge. La questione centrale ruota attorno al se i difetti intervenuti nella procedura di nomina siano tali da far temere seriamente un'indebita interferenza nel sistema giudiziario e da inficiare la legittimità dell'intero processo. La Grande Camera ritiene che tali gravi violazioni possano includere, ad esempio, la nomina di persone che non soddisfano i criteri legali o altre violazioni che potrebbero minare alla precostituzione per legge. Infine, le presunte infrazioni devono essere oggetto di un controllo giurisdizionale efficace che abbia ricercato il giusto equilibrio tra il mantenimento del principio della certezza del diritto e il rispetto dello Stato di diritto. Questo *test* su tre livelli potrebbe ritornare utile alle autorità giudiziarie della cooperazione nel quadrante giuridico dell'UE giacché, come si vedrà al capitolo II della Parte II, queste sono chiamate a sondare l'esistenza di garanzie di indipendenza in capo alle autorità di emissione di un MAE in fase di riconoscimento dello stesso.

¹⁶ «(...) ogni individuo ha diritto ad un'equa e pubblica udienza dinanzi a un tribunale competente, indipendente e imparziale, stabilito dalla legge (...).»

¹⁷ «Ogni persona i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice, nel rispetto delle condizioni previste nel presente articolo.»

¹⁸ G. DE AMICIS, *Stato di diritto, garanzie europee di indipendenza della magistratura e cooperazione giudiziaria penale: quadri di un'esposizione* in fieri, in *Sist. pen.*, 13 dicembre 2021, p. 15.

¹⁹ Va detto che la Corte si è certamente ispirata alla giurisprudenza di Strasburgo per costruire la fisionomia propria di questo principio. Di recente, la Corte europea dei diritti dell'uomo, a sua volta, si è basata sulle sentenze della CGUE per sviluppare la sua nozione di indipendenza di cui all'art 6 della CEDU (cfr. Corte Edu, *Guðmundur Andri Ástráðsson c. Islanda*, cit., § 239), così manifestandosi quella che può essere definita una relazione simbiotica tra i due tribunali in quest'area del diritto. Così R. SPANO, *The rule of law as the lodestar of the European Convention on Human Rights: The Strasbourg Court and the independence of the judiciary*, in *Eur. Law J.*, 2021, pp. 1 ss. Nell'adottare questo approccio, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha sposato l'orientamento della CGUE che riconosce nel diritto a un «tribunale costituito per legge» la necessità di considerare tutti gli aspetti che informano il processo di nomina dei giudici. Ciò che emerge chiaramente da questa decisione è che, tanto a

In esso può, in primo luogo, cogliersi una parte essenziale del diritto a un ricorso effettivo in caso di violazione dei diritti e delle libertà garantiti dal diritto dell'UE²⁰. In secondo luogo, l'indipendenza costituisce un aspetto fondamentale del rinvio pregiudiziale, che rileva quando è necessario stabilire se ci si trovi di fronte ad un organo giudiziario legittimato a sollevare uno o più quesiti pregiudiziali. In terzo luogo, il principio rappresenta uno strumento interpretativo del diritto derivato tutte le volte in cui la disciplina europea fa perno sul concetto di "autorità giudiziaria"²¹, come nel caso degli strumenti della cooperazione giudiziaria in materia penale di cui parleremo più ampiamente nel prosieguo²².

Ebbene, da queste premesse introduttive discendono due rilevanti corollari. Anzitutto, è evidente che il principio di indipendenza dell'autorità giudiziaria si presta a molteplici ricostruzioni ed ogni tentativo di inquadramento, per quanto possibile, non può portare a risultati definitivi, soprattutto nel contesto dell'inter-legalità in cui oggi pratici e teorici del diritto sono chiamati ad operare. Una volta fissata la stretta interrelazione tra i due postulati di questa ricerca, può intuirsi che questa assenza di definitività si ripercuote sulla stessa protezione della parità, tanto nel contesto di un procedimento penale nazionale, quanto sul fronte del procedimento penale transfrontaliero che aspiri ad essere equo.

Queste considerazioni, inoltre, rendono evidente un'ulteriore implicazione: ed è che è essenziale che qualsiasi discorso sull'indipendenza ponga l'enfasi sulla protezione dei valori a sostegno della stessa e l'individuazione dei mezzi più adeguati a perseguire questo obiettivo deve essere affidata principalmente agli organi di indirizzo politico a più livelli, a cominciare da quello nazionale. Qualsiasi valutazione e scelta di natura politica deve tenere, comunque, in debito conto che l'indipendenza del potere giudiziario è la realizzazione più significativa dello Stato di diritto e rappresenta la garanzia di una tutela giurisdizionale effettiva, necessaria per assicurare la protezione e il rispetto dei diritti fondamentali e, dalla specifica prospettiva della giustizia penale, di un processo equo.

Queste osservazioni sono senza dubbio di estrema rilevanza pratica per l'applicazione dei principi in esame e prospettano allo studioso inedite sfide. Ancora più complesso, per la verità, è determinare come la magistratura nel suo insieme, e ogni giudice o pubblico ministero in casi specifici, sia effettivamente indipendente e imparziale. D'altro canto, non è sufficiente descrivere tali concetti; è necessario, piuttosto, dimostrarne concretamente l'esistenza, poiché dalla mera descrizione di uno *status* non può derivare la prova della effettiva presenza dell'indipendenza e dell'imparzialità.

Pertanto, il primo interrogativo che si staglia riguarda i criteri da utilizzare per valutare se un sistema giudiziario non solo preveda garanzie di indipendenza, ma le offra in misura superiore rispetto a un altro ordinamento²³. Ad esempio, la Corte di Strasburgo ha recentemente collegato l'indipendenza dei pubblici ministeri al diritto di espressione di questi

livello di CEDU quanto a livello di diritto dell'UE, il diritto a «tribunale indipendente e imparziale preconstituito per legge» sta diventando essenziale ai fini dell'equità processuale di cui all'art. 6 CEDU e 47 della Carta di Nizza.

²⁰ Corte giust., 15 maggio 1986, *Johnston*, causa C-222/84.

²¹ L. SALAZAR, *Ruolo e indipendenza del Pubblico Ministero negli standard dell'Unione Europea e del Consiglio d'Europa*, in F. FALATO, *Le Situazioni della magistratura che garantiscono lo Stato di diritto nell'Unione Europea*, op. cit., pp. 29 ss.

²² Cfr. capitoli II e III della parte II.

²³ Alcuni *report* europei hanno eletto, accanto all'efficienza e alla qualità, proprio il principio di indipendenza tra gli elementi che riflettono l'efficacia di un sistema giudiziario. Cfr. ad esempio, il *Quadro di valutazione UE della giustizia 2023*, consultabile al sito, https://italy.representation.ec.europa.eu/notizie-cd-eventi/notizie/quadro-di-valutazione-ue-della-justizia-2023-lefficacia-dei-sistemi-giudiziari-dellue-migliora-ma-2023-06-08_it.

ultimi, come stabilito dall'art. 10 della CEDU²⁴. Potremmo ancora chiederci se per rilevare carenze strutturali nel sistema giudiziario di uno Stato sia necessario che tutti gli organi e le autorità coinvolte riconoscano “interferenze” da parte del potere esecutivo o legislativo, o se anche solo la metà di essi esprima timori riguardo alla possibilità di esercitare le proprie funzioni in modo indipendente.

Si tratta, a ben considerare, di quesiti centrali nel dibattito giurisprudenziale delle Corti europee e, in specie, della Corte di giustizia la quale, come si avrà modo di appurare più diffusamente nei capitoli della parte II incentrati sulle procedure di cooperazione e di assistenza probatoria, non è riuscita a prospettare soluzioni sempre coerenti, con ricadute significative sul piano dell'equità procedimentale transnazionale.

2. Il rapporto inscindibile tra il principio di parità delle armi ed il principio di indipendenza secondo una visione circolare dei due principi

Come è più volte emerso, il profilo di maggiore risalto dalla prospettiva di questa indagine riguarda le reciproche interazioni tra i principi di parità ed indipendenza quali fondamento di un processo autenticamente equo.

In questo ordine di idee, può osservarsi che il principio della *par condicio* assume significato non soltanto dal punto di vista dei portatori degli interessi in conflitto, ma pure da quello della giurisdizione, collegandosi questa alla necessaria presenza di un organo indipendente, terzo e imparziale che vigili sul corretto esercizio dei poteri delle parti e assuma le proprie scelte dopo avere udito il loro punto di vista su ciascuna questione di cui sia investito.

In questo senso, a livello internazionale è sempre l'art. 6 CEDU a scolpirne il legame, ancorché tra diritti e non tra principi, allorché precisa che «ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, [e] pubblicamente (...) da un tribunale indipendente e imparziale». Parimenti dispone l'art. 14(1) del Patto internazionale sui diritti civili e politici.

Il richiamo operato da queste disposizioni convenzionali al diritto ad un giudice indipendente ed imparziale sembrerebbe pertanto postulare una stretta consequenzialità tra queste due connotazioni del potere giudiziario e la *fairness* e la *par condicio* delle parti, che della prima è certamente declinazione, così attribuendo non a qualsiasi organo giurisdizionale ma solo a quello che tali caratteristiche presenta la delicata funzione di garantire l'uguaglianza, ancorché non perfetta, delle armi tra i soggetti che prendono parte ad un procedimento penale. Del resto, appare difficile concepire che un giudice dipendente e parziale possa assicurare che l'esercizio di poteri e funzioni delle parti, siano esse intese in senso formale o sostanziale, come pure l'uso di mezzi e strumenti nel procedimento penale si sviluppino senza irragionevoli asimmetrie²⁵. C'è anche da considerare la complessità dei rapporti tra funzione

²⁴ Corte Edu, 5 maggio 2020, *Kovesi c. Romania*, ric. n. 3594/19.

²⁵ A tal riguardo, si pensi al dibattito italiano, ispirato al principio del contraddittorio nella formazione della prova ex art. 111(4) Cost., rispetto al quale possono avanzarsi perplessità, quantomeno con riguardo al ruolo del presidente del collegio nel corso dell'esame svolto dal difensore o dal pubblico ministero. Come noto, l'art. 506(2) c.p.p. assegna al presidente una funzione suppletiva e residuale rispetto alle parti, potendo egli rivolgere domande ai testimoni, ai periti e ai consulenti tecnici «solo dopo l'esame e il controesame». Nella prassi, però, accade che il difensore, e finanche il teste, vengano interrotti con domande, a volte suggestive, del giudice, il quale per la sua naturale imparzialità non può comportarsi alla stregua di un “avversario” delle parti. «Prima di pronunciarsi sull'azione con cui viene chiesto l'accertamento del dovere di punire, infatti, non può ammettersi che l'organo giurisdizionale tenga comportamenti attinenti alla verifica delle affermazioni delle parti, i quali

giurisdizionale e sapere tecnico-scientifico che impone oggi di analizzare l'indipendenza e l'imparzialità del giudice nella sua veste di *peritus peritorum*, quando, cioè, egli è chiamato a svolgere un controllo sulla validità e sulla attendibilità scientifica degli esiti delle perizie e delle consulenze tecniche e sulla la logicità ed il rigore del metodo scientifico adoperato dagli esperti (c.d. *gatekeeping function*). Se da un lato la responsabilità della decisione penale finisce per trasferirsi in soggetti, i periti e i consulenti appunto, che non offrono garanzia di indipendenza rispetto al potere politico ed economico, dall'altro lato incombe il rischio che il libero apprezzamento delle prove scientifiche, se rimesso alla sola capacità logica dell'organo giudicante, scivoli in eccessiva discrezionalità, se non arbitrio²⁶.

Le pur ipotizzabili eccezioni all'assunto secondo il quale l'indipendenza influisce profondamente sull'equa distribuzione delle armi e degli strumenti evidenza rimangono tali. Se così non fosse, non avrebbero ragion d'essere quelle pronunce della Corte di Strasburgo la quale, sulla scorta dell'art. 6 CEDU, ha confermato lo stretto vincolo che unisce l'uguaglianza delle armi all'indipendenza e all'imparzialità dell'autorità giudicante, e ha ancora precisato che «non prevedere alcune norme di procedura penale nella legislazione può compromettere la parità delle armi in quanto tali norme mirano a proteggere l'imputato da qualsiasi abuso di potere» compromettendo peraltro la difesa che «rischia maggiormente di subire gli effetti di omissioni e di una mancanza di chiarezza in tali norme».²⁷ Al riguardo anche i giudici di Palazzo della Consulta hanno individuato il nesso intercorrente tra i due termini della nostra trattazione, riconoscendo nella parità delle armi l'«espressione del principio del giusto processo» e riferendola più specificamente all'imparzialità del giudice²⁸. Inoltre, il fatto che tanto la Corte europea dei diritti dell'uomo²⁹ quanto la Corte di giustizia³⁰ abbiano identificato nell'indipendenza il presupposto della terzietà dell'organo giudicante, intesa sia quale capacità di resistere a pressioni provenienti da terzi sia come imparzialità ed equidistanza dalle parti della controversia, può interpretarsi nel senso di poter individuare nel

implichino l'accoglimento di una delle prospettazioni in contrasto». G. UBERTIS, *Neutralità metodologica del giudice e principio di acquisizione processuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 50, 2009, p. 19.

²⁶ La Corte di cassazione ha dichiarato inammissibile il ricorso proposto dall'imputata, per il tramite del proprio difensore, con il quale veniva lamentata un'attribuzione di maggior attendibilità da parte dei giudici alla consulenza dell'accusa rispetto a quella della difesa. La Corte ha stabilito che «le conclusioni tratte dal consulente del pubblico ministero [...] pur costituendo anch'esse il prodotto di un'indagine di parte, devono ritenersi assistite da una sostanziale priorità rispetto a quelle tratte dal consulente tecnico della difesa» e prosegue disponendo che l'elaborato del consulente nominato dal pubblico ministero è «pur sempre il frutto di un'attività di natura giurisdizionale che perciò non corrisponde appieno a quella del consulente tecnico della parte privata» e, pertanto, è dotato di «una valenza probatoria non comparabile a quella dei consulenti delle altre parti del giudizio». Così, Cass. pen., 29 maggio 2020, n. 16458, reperibile al sito <https://www.penaedp.it/se-la-cassazione-certifica-la-superiorita-del-pubblico-ministero-rispetto-alla-difesa-il-caso-della-consulenza-assistita-da-una-sostanziale-priorita/>.

²⁷ Corte Edu, 10 ottobre 2020, *Coëme and Others c. Belgio*, ric. nn. 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 e 33210/96, § 102. In questo senso, *inter alia*, Corte Edu, *Forcellini c. San Marino*, 28 maggio 2002, ric. n. 34657/97.

²⁸ Si rinvia alla nota 13.

²⁹ Corte Edu, 6 novembre 2013, *Ramos Nunes de Carvalho e Sá c. Portogallo*, ric. nn. 55391/13, 57728/13 e 74041/13.

³⁰ Corte giust., febbraio 2017, causa C-503/15, *Margarit Panicello*, ECLI:EU:C:2017:126. Ancora, cfr. Corte giust., 27 febbraio 2018, causa C-64/16, *ASJP*, ECLI:EU:C:2018:117 e Corte giust., 9 luglio 2020, causa C-272/19, *Land Hassen*, ECLI:EU:C:2020:53. Cfr. La Corte europea dei diritti dell'uomo, dal canto suo, ha ritenuto necessario sottolineare che «in una società democratica sia i tribunali che le autorità investigative devono rimanere liberi da pressioni politiche». Cfr. Corte Edu, 14 febbraio 2008, *Guja c. Moldova*, ric. n. 14277/04; Corte Edu, 25 febbraio 1997, *Findlay c. Regno Unito*. Così pure Corte cost., 14 maggio 2010, n. 177.

neutrale distacco del giudice la condizione indefettibile per la piena attuazione della parità e insieme dell'equo processo.

A ben considerare, queste argomentazioni avallano l'assunto secondo il quale nella misura in cui gli specifici connotati della giurisdizione sono essenziali per un regolare sviluppo della dialettica tra le parti, quest'ultima è per converso funzionale all'esercizio della giurisdizione. Ciò è possibile ponendo nuovamente l'enfasi sull'equità del procedimento e, in particolar modo, sul valore euristico del contraddittorio, che certo deriva dalla parità delle armi, sulla scorta del quale «il metodo dialettico viene ritenuto quello migliore per l'accertamento della verità degli enunciati, il cui conseguimento, se riguardante le affermazioni fattuali delle parti, costituisce il presupposto storico per poter adeguatamente decidere quale sia la legge applicabile nel caso concreto»³¹.

Per concludere, questa dinamica ricostruzione della parità e dell'indipendenza ci fornisce un modello interpretativo che, lungi dal considerare i due principi come elementi a sé stanti, ne risalta piuttosto le reciproche relazioni e interazioni e riflette una visione circolare di queste due componenti valoriali dell'equo processo.

A questo punto, si ritiene necessario precisare che la scelta di avviare il seguente studio dall'analisi della *par condicio* non va letta come una preferenza a scapito dell'indipendenza, quanto come una mera opzione metodologica che trova il suo epilogo in una considerazione olistica dei due principi e, tra i quali non può, dunque, ravvisarsi un rapporto in termini di *prius* o *posterius*, essendo entrambi essenziali al mantenimento dell'equità del procedimento penale.

Ebbene, questa preziosa chiave di lettura sarà ripresa e valorizzata ancora nel prosieguo della trattazione.

3. La mancata previsione di garanzie di indipendenza del pubblico ministero nelle fonti internazionali e sovranazionali

L'analisi della normativa internazionale e sovranazionale menzionata in premessa rivela l'assenza di ogni riferimento all'indipendenza del pubblico ministero e alla fase delle indagini preliminari, lasciando intendere che le suddette garanzie non debbano necessariamente estendersi a tale fase procedimentale e al rappresentante della pubblica accusa³². Queste significative carenze assumono centralità nel dibattito sull'indipendenza e la parità delle armi alla luce, soprattutto, del ruolo che il pubblico ministero oggi riveste nel processo penale o, meglio, lungo tutto l'arco del procedimento penale nazionale e, soprattutto, nella procedura transnazionale.

Ed infatti, a prescindere dall'ordinamento giuridico esaminato, può anzitutto notarsi che se il rappresentante della pubblica accusa, per un verso, deve concentrarsi sul fatto di reato e sui possibili responsabili, dall'altro agisce in sinergia con altri soggetti del procedimento, in quanto dirige, supervisiona, a seconda delle realtà procedimentali, la polizia giudiziaria e il personale amministrativo o vi collabora e, cosa più importante, si confronta con le garanzie della difesa, con le istanze delle vittime e, più in generale, con gli avvocati delle parti. È proprio sul piano dell'esercizio, più o meno discrezionale, dei suoi poteri che il pubblico

³¹ G. UBERTIS, voce *Giusto processo*, cit. p. 432.

³² La Commissione di Venezia ha precisato che il pubblico ministero deve agire equamente ed in modo imparziale, alla stessa stregua di un'autorità giudiziaria.

ministero finisce per comportarsi ora come *gatekeeper* ora alla stregua di “ago della bilancia” orientando il procedimento verso tratti più o meno *fair*.

Volendo fornire qualche esempio che dia consistenza a siffatte asserzioni, si pensi al diritto fondamentale di accesso alla giustizia, rispetto al quale i pubblici ministeri possono svolgere un ruolo importante nel soddisfare il “bisogno di giustizia” degli individui quando questi non possono avere accesso diretto alla Corte o all’appello a causa di limitazioni imposte dalla legge. In questi casi, il pubblico ministero è chiamato a garantire per primo che la violazione della norma penale, quando non è stata denunciata dalla vittima, possa comunque essere portata al cospetto di un tribunale o che si possa presentare un’impugnazione contro una pronuncia ingiusta.

Ancora, si guardi all’emblematica ipotesi dell’iscrizione nel registro delle notizie di reato che, nell’ordinamento italiano, dice la legge, deve avvenire per opera del pubblico ministero «immediatamente» (art. 335 c.p.p.): è scorretto ritardare la iscrizione per eludere la funzione di garanzia e i termini di durata delle indagini, soprattutto alla luce della disciplina della retrodatazione di cui all’art. 335-*quater* c.p.p., ancor più dannose sono le scelte basate su automatismi che, il legislatore italiano, cerca però di evitare definendo i contorni del concetto di “fatto” nello stesso articolo. Per non parlare dell’informazione di garanzia che in Italia deve essere inviata all’indagato “solo” quando l’organo che gestisce le indagini compie un atto di investigazione al quale il difensore ha diritto di assistere (art. 369 c.p.p.), come ad esempio perquisizione o sequestro. Anche qui si palesano due contrapposte esigenze: anticipare al massimo l’avviso in un’ottica garantistica o segretare l’indagine fin che possibile. E poi, a conclusione delle indagini, il pubblico ministero deve vagliare con rigore la ragionevole previsione di condanna al fine di sostenere l’accusa in giudizio, resistendo alle pressioni di parti offese e denuncianti o, per giunta, a campagne di stampa “colpevoliste”. Infine, va menzionata la scelta dei riti processuali che incide sui tempi del giudizio. Sennonché la correttezza o meno di queste scelte dell’organo di accusa sarà spesso valutata solo *ex post*, dal giudice, e, cioè, in un momento in cui le attività realizzate avranno già prodotto effetti sulle libertà e affievolito la *par condicio*.

Si aggiunga che entro queste coordinate normative di fondo, tale figura, ben prima del momento in cui si instaura il processo, tende troppo spesso a improntare la propria azione investigativa a una logica di parte. E proprio l’accentuazione, già nei contesti giuridici domestici, di un simile atteggiamento di parzialità che anima l’azione investigativa del pubblico ministero finisce per attribuire a quest’organo nuovi e più ampi poteri coattivi in grado di favorire irragionevoli squilibri e con ciò esigendo in capo al pubblico ministero una buona dose non solo di indipendenza ma anche di imparzialità. Come avremo modo di vedere, questo comportamento del rappresentante della pubblica accusa oggi si manifesta anche nello specifico ambito delle indagini transnazionali ed ancor più è destinato a mostrarsi negli sviluppi che si attendono sul fronte della Procura europea e della digitalizzazione della cooperazione giudiziaria endoeuropea richiedendo, pertanto, un’attenta analisi della problematica che sarà condotta più avanti³³.

Ebbene, la presente indagine non può prescindere da questi delicati aspetti e, a tal fine, richiede anzi un’esatta definizione dei contorni di “autorità giudiziaria”, ovvero dell’ambito soggettivo coperto dalla formula in esame al fine di vagliare la possibilità di considerare la pubblica accusa un’autorità giudiziaria e, dunque, di estendere anche al pubblico ministero garanzie già previste per i giudici.

³³ Cfr. capitoli III e IV della parte II.

Un compito di tal tipo non è certo facile visto l'eterogeneo panorama dei sistemi europei di giustizia penale in cui il pubblico ministero gode di una considerazione variabile e dipendente da una serie di fattori, quali le funzioni a lui attribuite in ordine all'avvio dell'azione penale, il grado di coinvolgimento nelle indagini e il rapporto con le altre parti processuali.

Si deve aggiungere poi che la diversità dei modelli procedimentali si mescola con le differenti soluzioni organizzative delle magistrature adottate nei Paesi europei: mentre alcuni ordinamenti offrono una configurazione prevalentemente politica del pubblico ministero (ad es. Germania); altri lo inquadrano nell'ordine giurisdizionale estendendovi garanzie già previste per i giudici (ad es. Italia, dove le entrambe le figure sono denominate magistrati); mentre altri ancora gli attribuiscono una "veste para giurisdizionale" a cui, però, nei fatti corrisponde una subordinazione al potere esecutivo (ad es. Spagna)³⁴. Inoltre, come per i giudici, non è sempre agevole accertare se l'indipendenza formale dei pubblici ministeri trovi concreta rispondenza nella realtà giuridica.

In questo scenario già particolarmente precario spicca l'assenza di uno "statuto" europeo incentrato sulla figura del pubblico ministero che definisca l'impianto istituzionale, le regole organizzative e di condotta nei rapporti con altri poteri dello Stato e, soprattutto, con i soggetti processuali. Nel quadro del Consiglio d'Europa esistono solo pareri e raccomandazioni non vincolanti, che pur avendo un non trascurabile peso, hanno pur sempre la portata di atti di *soft law*³⁵.

Neppure si rinviene alcuna competenza delle istituzioni dell'Unione europea nel settore dell'organizzazione della giustizia interna o avuto riguardo alla figura del pubblico ministero. È noto che gli artt. 82 e ss. del TFUE legittimano il legislatore europeo ad intervenire solamente su alcuni profili della materia penale, come ad esempio quelli inerenti all'ammissibilità reciproca delle prove, ai diritti della persona nella procedura penale, ai diritti delle vittime. Una siffatta base legale ha senz'altro il merito di favorire un'armonizzazione agganciata alle procedure di cooperazione giudiziaria e di polizia, che comunque non può assimilarsi ad un intervento di architettura legislativa tipica del diritto interno, per gli interventi del tipo *salami tactics* con i quali è stata realizzata³⁶.

Nonostante le notevoli differenze nel ruolo e nelle funzioni dei vari sistemi giudiziari, gli *standard* internazionali ed europei sembrano convergere nello stabilire un legame tra la capacità dei pubblici ministeri di svolgere un ruolo efficace nel promuovere il rispetto della *Rule of Law* e le loro condizioni generali di lavoro, a partire dai criteri di selezione e dalla

³⁴ La discrezionalità nell'esercizio dell'azione penale, in particolar modo, è ritenuta poco compatibile con il principio di indipendenza esterna: in assenza di criteri legislativi che guidino il pubblico ministero nella scelta dell'esercizio penale, infatti, gli orientamenti di massima potrebbero provenire dal Ministro della giustizia o da più generali ragioni di politica criminale.

³⁵ I provvedimenti adottati sono riconducibili alla Commissione europea per la democrazia attraverso il diritto, al Consiglio consultivo dei procuratori europei e alla Rete europea dei consigli di giustizia. Cfr. parere n. 13/2018 del CCPE, *Independence, accountability and ethics for prosecutors*, Strasburgo, 23 novembre 2018; Rapporto sulle norme europee in materia di indipendenza del Sistema giudiziario. Part II. *Il pubblico ministero*, Commissione Venezia, 85 sessione plenaria (Venezia, 17-18 dicembre 2010), Strasburgo, 3 gennaio 2011, Studio n. 49472008, CDL-AD (2010)040.

³⁶ Proprio in ordine al rapporto tra pubblico ministero e le parti del procedimento penale si potrebbe, tuttavia, rimarcare che le sei Direttive del Programma di Stoccolma – nel riconoscere diritti e garanzie procedurali alle vittime, agli imputati e agli accusati – lo fanno anche in relazione ai poteri e a precisi doveri che ricadono sul pubblico ministero nell'esercizio delle sue funzioni.

formazione ricevuta³⁷. Per poter svolgere al meglio queste delicate attività le “autorità giudiziarie” devono poter agire in condizioni di indipendenza sia esterna che interna³⁸.

In questo ordine di idee, e pur in mancanza di indicazioni espresse sul piano normativo, la giurisprudenza delle Corti europee ha ritenuto che il requisito dell’indipendenza e dell’imparzialità vada esteso ai pubblici ministeri³⁹, poiché a questi ultimi, in una visione olistica del sistema giudiziario, è demandata la tutela dell’interesse generale al rispetto della legge e della legalità nei confronti degli altri poteri dello Stato⁴⁰. In questo senso si muove, del resto, l’ordinamento giuridico spagnolo in cui la Costituzione affida espressamente alla *Fiscalia* la missione di promuovere il funzionamento della giustizia in difesa dello Stato di diritto, dei diritti dei cittadini e dell’interesse pubblico tutelato dalla legge [art. 124(1)].

Diversamente ragionando, dovremmo ammettere che d’indipendenza possa parlarsi solo con riferimento alle autorità che detengono il potere di *ius dicere*, in quanto titolari di poteri decisori rispetto ai fatti della controversia⁴¹. Una interpretazione, questa, che può ragionevolmente prevedersi non agevola la cooperazione penale interstatale incidendo

³⁷ Infatti, sia il reclutamento che la formazione vengono uniformati a quelli dei giudici solo in un numero limitato di casi (l’Italia è un esempio in tal senso), mentre alcuni sistemi considerano la rigida separazione tra le due funzioni come direttamente inerente alla piena indipendenza dei giudici e quindi vietano tassativamente qualsiasi forma di “contaminazione” tra le diverse funzioni in qualsiasi fase della carriera.

³⁸ Giova ricordare che le soluzioni giurisprudenziali adottate a Strasburgo con riguardo all’indipendenza del pubblico ministero in casi domestici possono inquadrarsi entro una logica c.d. *floue* che, seppur animata da intenti garantistici, ha finito per sortire risultati opinabili sul piano della tutela dei diritti fondamentali. Sul punto, già M. DELMAS-MARTY, *Le flou du droit. Du code pénal aux droits de l’homme*, Paris, 1986. Se, in generale, la Corte Edu, interpretando l’art. 6 CEDU, esclude che il pubblico ministero debba essere indipendente, tuttavia alcune pronunce sulla violazione dell’art. 5 CEDU prescrivono di tradurre al più presto ogni persona arrestata o detenuta di fronte ad un giudice o «magistrato che eserciti le funzioni giudiziarie», cioè, un «organo dotato di garanzie di indipendenza rispetto al potere esecutivo e alle parti della controversia». Per un approfondimento sul tema si legga A. ROSANÒ, *La chimera e il pubblico ministero: considerazioni relative alla giurisprudenza della Corte di giustizia dell’Unione europea e della Corte europea dei diritti dell’uomo in materia di indipendenza del pm*, in *Quest. giust.*, 2, 2021, pp. 74 ss.

³⁹ Vedi *supra* nota 30.

⁴⁰ Sul punto L. SALAZAR, *Prosecutors’ heads and members of prosecutorial high council’s perspective*, in P. CRAIG, S. ADAM, N. DIAZ ABAD, L. SALAZAR (eds.), *Rule of law in Europe. Perspectives from practitioners and academics*, p. 56. L’Autore ricorda che i pubblici ministeri svolgono un ruolo importante nell’attuazione dello Stato di diritto e nel mantenere la sicurezza delle comunità, consegnando alla giustizia cittadini, funzionari governativi e aziende che hanno commesso reati. Pertanto, il corretto funzionamento del sistema giudiziario si basa anche sull’attività, altrettanto indipendente, imparziale e ben informata dei pubblici ministeri, che è complementare a quella dei giudici.

⁴¹ Ai fini della presente indagine è interessante richiamare una pronuncia della Corte di giustizia in materia di tutela della riservatezza, della protezione dei dati di carattere personale, della libertà di espressione e d’informazione, nonché del principio di proporzionalità delle limitazioni a tali diritti e libertà. La Grande Camera della Corte di Lussemburgo con la sentenza *H.K./Prokuratuur* del 2 marzo 2021, causa C-746/18, ha individuato il contrasto tra la disciplina dell’Unione europea e quella estone che consente una conservazione generalizzata e indifferenziata dei dati relativi al traffico telefonico/informatico e dei dati relativi all’ubicazione, riservando al pubblico ministero il potere di acquisizione. La Corte esclude che il pubblico ministero sia in grado di effettuare un controllo preventivo sulla richiesta delle autorità nazionali competenti di accesso ai dati conservati, come richiesto dall’art. 15(1) della Direttiva 2002/58/CE. Secondo gli stessi giudici, la circostanza che il pubblico ministero sia tenuto, seppur conformemente alle norme che disciplinano le sue competenze e il suo *status*, a verificare gli elementi a carico e quelli a discarico, a garantire la legittimità del procedimento istruttorio e ad agire unicamente in base alla legge ed al suo convincimento non può essere sufficiente per conferirgli la qualità di terzo rispetto agli interessi in gioco, nel senso che non dispone di tutte le attribuzioni e non presenta tutte le garanzie necessarie per garantire una armonizzazione dei diversi valori e diritti contrapposti.

negativamente sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni penali tra ordinamenti giuridici e, soprattutto, sul mutuo riconoscimento. Eppure, come si avrà modo di appurare nel prosieguo della ricerca⁴², la soluzione a cui è approdata la Corte di giustizia dell'Unione europea nel precisare i connotati di "autorità giudiziaria" ai fini del MAE e dell'OEI se per un verso mira a rispettare quanto più possibile le singole identità nazionali in materia di organizzazione dell'apparato giudiziario, per un altro è foriera di contraddizioni e, anzi, fa emergere altrettante problematiche capaci di inficiare i meccanismi della cooperazione giudiziaria.

4. Il principio di indipendenza in Italia, Germania e Spagna: modelli organizzativi a confronto

Specularmente a quanto si è fatto per il principio della parità delle armi, anche in queste pagine si intende fornire un quadro generale che, in chiave storico-comparatistica, fotografi i tratti essenziali del modo di atteggiarsi dei principi di indipendenza ed imparzialità negli ordinamenti giuridici italiano, tedesco e spagnolo. Questo passaggio obbligato, lungi dal costituire una trattazione analitica sulle singole esperienze che attengono all'organizzazione interna delle magistrature, descrive gli elementi-chiave che informano la gestione del terzo potere negli Stati oggetto di comparazione al fine di sondare il grado d'indipendenza assicurato alle autorità giudiziarie interne. A questo riguardo, gli elementi che saranno esaminati, seppur nella forma di brevi accenni, concernono alcuni dei più significativi aspetti che fondano le garanzie di indipendenza quali, ad esempio, il reclutamento, la formazione, i trasferimenti, la retribuzione, il regime di disciplinare, e, più in generale, lo spinoso problema rappresentato dal rapporto con il potere politico.

4.1 Caratteristiche essenziali della magistratura italiana e condizioni politiche del suo sviluppo nel dopoguerra

Il sistema giudiziario italiano prima dell'avvento della Repubblica era molto simile al modello burocratico di derivazione francese in cui il giudice incarnava la figura del funzionario pubblico che entrava in magistratura in giovane età e avanzava di carriera nel tempo⁴³. Allo stesso tempo, esso si differenziava per peculiari origini storiche giacché, mentre quello francese, introdotto da Napoleone, si reggeva sul principio dell'unità dello Stato, la magistratura italiana era geograficamente e socialmente frammentata. Fino al 1923, infatti, esistevano nella penisola cinque Corti di Cassazione a base regionale e un coinvolgimento attivo nella politica giudiziaria che si era tradotto, già nel 1909, nella creazione dell'Associazione Generale dei Magistrati. Questo organigramma frammentato si inseriva in un sistema centralizzato di amministrazione giudiziaria facente capo al Ministero della

⁴² Parte II, capitoli II e III.

⁴³ È emblematico il fatto che lo Statuto albertino non si riferisse ai magistrati del pubblico ministero, fatta eccezione per una menzione, nell'art. 70, alla conservazione dei magistrati e dei giudici esistenti all'entrata in vigore dello Statuto stesso.

Giustizia, entro il quale organi *ad hoc* eletti dai giudici supervisionavano il funzionamento della magistratura ed erano muniti di sole competenze consultive⁴⁴.

Il regime fascista (1922-1943) non modificò radicalmente l'organizzazione della magistratura italiana, sebbene la centralizzazione e la gerarchizzazione interna furono accentuate. In particolare, nel 1923 le cinque Corti di Cassazione si fusero in un unico organo e la riforma smorzò il carattere elettivo degli organi di "autogoverno". Inoltre, l'Associazione generale dei magistrati fu vietata nel 1926. Gli eventi storici che avevano contraddistinto il ventennio fascista fecero emergere la necessità di rimodulare il sistema giudiziario attraverso un capillare intervento di matrice costituzionale. La Costituzione Repubblicana, infatti, dedicò una parte specifica al sistema giudiziario.

Ebbene, la Costituzione italiana, in pochi ma fondamentali articoli, detta i principi essenziali sulla posizione del giudice e del pubblico ministero. Come è noto, essa individua nel popolo la fonte di legittimità dell'amministrazione della giustizia e scolpisce il principio dell'indipendenza giudiziaria allorché statuisce che «i giudici sono soggetti solo alla legge» (artt. 101 e 104 Cost.). Secondo la Corte costituzionale «il requisito essenziale posto dalla Costituzione a presidio del retto esercizio della funzione giurisdizionale è quello della indipendenza del giudice, la cui attività deve essere immune da vincoli che possano comportare la sua soggezione formale o sostanziale ad altri organi, e deve altresì essere libera da prevenzioni, timori, influenze, che possano indurre il giudice a decidere in modo diverso da quanto a lui dettano scienza e coscienza. Il che importa che il principio della indipendenza è presupposto di quello della imparzialità»⁴⁵.

Il nuovo quadro normativo ha introdotto il reclutamento tramite concorso nazionale, ammettendo al contempo forme di accesso alternative alla magistratura come nel caso dei giudici onorari; esso prevede inoltre un Consiglio giudiziario composto da una maggioranza di magistrati e stabilisce forti garanzie di indipendenza giudiziaria, come il principio del giudice naturale precostituito per legge e la regola dell'irrevocabilità dei giudici (art. 25 Cost.). Non esistono per la Costituzione italiana giudici diversi e, semmai, le differenze possono derivare solo dalle funzioni che essi esercitano. Infine, a tutela dell'uguaglianza dei cittadini e della *Rule of law* si è imposto al pubblico ministero l'esercizio obbligatorio dell'azione penale.

Ora, sebbene non possano disconoscersi i meriti che queste disposizioni hanno apportato allo *status* complessivo delle autorità giudiziarie in termini di affrancamento della loro posizione da meri dipendenti pubblici soggetti agli scatti di carriera, l'organizzazione appena tratteggiata non è del tutto lineare poiché frutto di un compromesso costituzionale originario aperto a sviluppi divergenti.

In primo luogo, la Costituzione del 1948 non regola in dettaglio il sistema delle garanzie giudiziarie quali l'irrevocabilità, la responsabilità disciplinare, il controllo, ecc., benché all'art. 107(3) si stabilisca il principio dell'uguaglianza dei giudici, escludendo così indirettamente lo sviluppo di forme di gerarchia giudiziaria e tutelando la c.d. *indipendenza interna*. Ad ogni

⁴⁴ La ricostruzione storica ha attinto alle seguenti fonti, G. DI FEDERICO, *Independence and Accountability of the Judiciary in Italy: The Experience of a Former Transitional Country in Comparative Perspective*, in A. SAJÓ (ed.), *Judicial Integrity*, Cambridge, pp. 181 ss.; S. BENVENUTI, *Magistrature*, in A. BURATTI, M. FIORAVANTI (eds.), *Costituenti ombra. Altri luoghi e altre figure della cultura politica italiana nella stagione della Costituente*, Roma, 2010, p. 385; G. VOLPE, *Sulla responsabilità politica dei giudici*, in E. TOSATO (ed.), *Scritti in onore di Costantino Mortati. Aspetti e tendenze del diritto costituzionale*, Milano, 1977, p. 809; A. PIZZORUSSO, *L'organizzazione della giustizia in Italia. La magistratura nel sistema politico e istituzionale*, Torino, 1990, pp. 55 ss.; A. MENICONI, *La storia dell'associazionismo giudiziario: alcune notazioni*, in *Quest. giust.*, 2015, pp. 223 ss.

⁴⁵ C. CELENTANO, reperibile al sito https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/stu_278.pdf

modo, l'assenza per lungo tempo di una legge sul sistema giudiziario, a sua volta frutto di una convergenza di interessi tra la Democrazia Cristiana (il principale partito al governo negli anni successivi alla promulgazione della Carta costituzionale) e i giudici delle magistrature superiori⁴⁶, legittimò prassi di dipendenza della magistratura dal potere esecutivo. I membri delle magistrature superiori mantennero il loro controllo sulla magistratura, anche dopo l'effettiva istituzione del Consiglio superiore della magistratura nel 1958, grazie al sistema elettorale di categoria per i rappresentanti giudiziari e la struttura della magistratura rimase dunque piramidale. Di lì a poco, tuttavia, iniziarono a fermentare entro l'Associazione nazionale dei magistrati istanze verso un processo di democratizzazione e sotto le spinte riformiste, tra gli anni '60 e '70, si costruì un sistema non gerarchico basato sull'autogoverno con solide garanzie di indipendenza. Infine, negli ultimi 25 anni, il dibattito politico e le iniziative legislative hanno toccato varie dimensioni della responsabilità giudiziaria.

Sennonché sulla scorta delle norme e dei principi costituzionali, il Consiglio superiore della magistratura rappresenta nell'assetto attuale il principale attore dell'amministrazione e del governo del sistema giudiziario tra i cui compiti figurano le nomine giudiziarie, le assegnazioni, i trasferimenti, le promozioni e le misure disciplinari (art. 105 Cost.)⁴⁷. Il modello, per come è congegnato, assicura nel complesso un adeguato grado di indipendenza del terzo potere. Eppure, la disciplina del sistema elettorale, insieme ad alcune norme sulle nomine, nonché sulla responsabilità disciplinare dei magistrati⁴⁸ sollevano preoccupazioni in ordine alla tenuta complessiva dell'indipendenza. E infatti, per fornire un esempio, come è emerso nella cronaca più recente, l'appartenenza a correnti o fazioni o gruppi di potere interni al CSM è riuscita ad influenzare le nomine e compromettere la competenza e l'efficienza del Consiglio e, di conseguenza, dell'intero sistema giudiziario.

⁴⁶ I primi non erano desiderosi di implementare le garanzie giudiziarie a causa della vicinanza politica con la magistratura superiore conservatrice del primo dopoguerra.

⁴⁷ Esso ha una composizione mista (art. 104 Cost.). I giudici eleggono i due terzi dei suoi membri tra i loro pari, mentre il Parlamento in seduta comune elegge il restante terzo a maggioranza di due quinti tra i professori di diritto e gli avvocati con almeno 15 anni di esperienza. La Costituzione prevede anche dei membri di diritto: il Presidente della Repubblica, il Primo Presidente della Corte di cassazione e il Procuratore generale. La presidenza del Consiglio è affidata al Presidente della Repubblica, un'autorità imparziale con importanti poteri politici all'interno del governo italiano. Il Consiglio designa un vicepresidente tra i membri eletti dal Parlamento. Nei suoi primi anni di vita, però, il Consiglio superiore della magistratura fu per lo più composto da giudici della Corte suprema e consolidò sistemi gerarchici che comportavano un certo grado di dipendenza interna. Almeno ipoteticamente, i giudici *junior* erano spinti a seguire la giurisprudenza della Corte di cassazione, consapevoli del fatto che eventuali deviazioni dalle sue opinioni potevano avere conseguenze sulla loro carriera. La gerarchia giudiziaria era quindi in grado di determinare l'avanzamento di carriera attraverso il Consiglio superiore della magistratura, dominato dalla Corte di Cassazione.

⁴⁸ In breve, la titolarità dell'azione disciplinare continua ad essere affidata disgiuntamente al Ministro della Giustizia e al Procuratore generale presso la Corte di Cassazione i quali sono obbligati a darne comunicazione al CSM. La richiesta di indagini rivolta dal Ministro al Procuratore generale ovvero la comunicazione data da quest'ultimo al CSM scandiscono l'avvio del procedimento disciplinare e, quindi, l'effettivo controllo disciplinare dei magistrati. Svolte le indagini, il pubblico ministero (le cui funzioni sono esercitate dal Procuratore generale o da un magistrato del suo ufficio) formula le richieste conclusive con l'invio del fascicolo alla sezione disciplinare del Csm, decidendo per l'esclusione dell'addebito o per l'inculpazione. Il sistema della responsabilità disciplinare dei magistrati così delineato, tradizionalmente fondato sui precetti costituzionali nonché sul r.d.l. sulle garanzie della magistratura n. 511/1946 e sulla legge istitutiva del Csm n. 195/1958, a oggi è oggetto di una specifica disciplina, contenuta nel d. lgs. n. 109 del 23 febbraio 2006, rubricato "Disciplina degli illeciti disciplinari dei magistrati e delle relative sanzioni e della procedura per la loro applicazione". Senza dilungarci oltremodo, sono considerati illeciti quelli commessi dal magistrato nell'esercizio delle funzioni giudiziarie (art. 2); quelli commessi fuori dall'esercizio delle funzioni (art. 3); quelli conseguenti a reato (art. 4).

Venendo al modello requirente italiano, pur avendo indubbiamente caratteristiche particolari, esso rispetta i principi di fondo condivisi a livello europeo. Il sistema, infatti, garantisce pienamente l'indipendenza "esterna" dei pubblici ministeri, assicurando forti garanzie contro pressioni da parte del potere politico⁴⁹.

Cionondimeno, emerge tutta la problematicità dell'inquadramento costituzionale dell'organo di pubblica accusa nell'ordinamento italiano in relazione alla sua natura giuridica, all'organizzazione interna e al ruolo nei diversi tipi di processo⁵⁰, trattandosi di una figura controversa della quale si sono proposti nel tempo diversi tentativi di ricostruzione di una fisionomia in continua evoluzione e in cui si sono spesso mescolate argomentazioni giuridiche ed esegetiche e prese di posizione politiche ed ideologiche⁵¹.

Travagliata appare d'altro canto l'evoluzione storica che ha interessato la configurazione del pubblico ministero, il quale, in epoca liberale, si rivelò uno strumento particolare attraverso cui manifestare l'ingerenza dell'esecutivo sui giudici, in quanto rappresentante del potere esecutivo presso l'autorità giudiziaria e posto sotto la direzione del Ministro della giustizia, che attraverso circolari impartiva veri e propri ordini che dai generali rifluivano su quelli inferiori, influenzando anche i giudici (art. 129 rd n. 2626/1865)⁵². Durante l'era fascista il regio decreto n. 12/1941, recante la normativa in materia di ordinamento giudiziario, ricondusse poi il pubblico ministero all'interno dell'ordine giudiziario [art. 4(1)], ma lo pose comunque «sotto la direzione del Ministro di grazia e giustizia» (art. 69), inquadrandolo in un modello organizzativo gerarchizzato (art. 70, co. 3). All'Assemblea costituente, per contro, fu fin da subito chiaro che il pubblico ministero dovesse costituire nient'altro che un magistrato equipaggiato con garanzie di indipendenza simili a quelle dei giudici.

Un tassello certamente fondamentale del modello italiano di ordinamento giudiziario è costituito dalle disposizioni costituzionali sul pubblico ministero tra cui spicca, per l'appunto,

⁴⁹ Sul tema, *ex multis*, N. PIGNATELLI, L'indipendenza interna del p.m. e l'organizzazione degli uffici requirenti, in F. DAL CANTO, R. ROMBOLI (ed.), *Contributo al dibattito sull'ordinamento giudiziario*, Torino 2004, 195 ss.; R. ROMBOLI, *Il pubblico ministero nell'ordinamento costituzionale e l'esercizio dell'azione penale*, in S. PANIZZA, A. PIZZORUSSO, R. ROMBOLI (eds.), *Ordinamento giudiziario e forense. Antologia di scritti*, I, Pisa, 2002, p. 309; G. SILVESTRI, *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, Torino, 1997. La cd. "riforma Castelli" del 2000, pur accentuando il carattere verticistico della Procura, non ha intaccato l'indipendenza dei componenti dell'Ufficio contro indebiti condizionamenti da parte del superiore. La Commissione europea, nel rapporto 2020 sullo Stato di diritto, ha ritenuto che, in Italia, «i pubblici ministeri, in quanto membri della magistratura, sono indipendenti e godono delle stesse garanzie dei giudici» e che «questa situazione è in linea con la tendenza diffusa in Europa ad accordare maggiore indipendenza alla Procura, rilevata dalla Commissione di Venezia». Cfr. Commissione europea, *Relazione sullo Stato di diritto 2020, capitolo sullo Stato di diritto in Italia*, SWD/2020/311 final di cui dà conto F. DONATI, *Indipendenza e responsabilità dei pubblici ministeri: principi europei e modello italiano*, in *Quest. giust.*, 2, 2021, p. 57.

⁵⁰ Di figura «assai complessa» parlava già C. MORTATI nelle *Istituzioni di diritto pubblico*, vol. 1, Milano, Padova, 1976, p. 1263. Parimenti, ne sottolineava le contraddizioni interne P. CALAMANDREI, *L'elogio dei giudici scritto da un avvocato*, Firenze, 1949, p. 40 nella nota citazione: «Fra tutti gli uffici giudiziari, il più arduo mi sembra quello del pubblico accusatore: il quale, come il sostenitore dell'accusa, dovrebbe essere parziale al pari di un avvocato; e, come custode della legge, dovrebbe essere imparziale al pari di un giudice. Avvocato senza passione, giudice senza imparzialità: questo è l'assurdo psicologico nel quale il pubblico ministero, se non ha uno squisito senso di equilibrio, rischia ad ogni istante di perdere per amor di serenità la generosa combattività del difensore, o per amore di polemica la spassionata oggettività del magistrato».

⁵¹ In argomento, per tutti, A. PIZZORUSSO, *Per un collegamento tra organi costituzionali politici e pubblico ministero*, in G. CONSO (ed.), *Pubblico ministero e accusa penale*, Bologna, 1979, pp. 30 ss.; N. ZANON, *Pubblico ministero e Costituzione*, Padova, 1996; P. GAETA, *L'organizzazione degli uffici di procura: note sull'evoluzione dell'indipendenza "interna" del pubblico ministero*, in N. ZANON, F. BIONDI (coord.), *L'indipendenza della magistratura oggi*, Milano, 2020.

⁵² G. TARLI BARBIERI, *Stato di diritto e funzione requirente in Italia: un unicum europeo?*, in *Quest. giust.*, 2, 2021, p. 39.

il principio di obbligatorietà dell'azione penale (art. 112 Cost.), punto di convergenza di un complesso di principi basilari del sistema costituzionale⁵³ e che si lega, *in primis*, alla massima secondo cui il giudice non può agire d'ufficio, spettando a questi l'esercizio dell'azione penale pubblica (*ne procedat iudex ex officio*), sebbene un'interpretazione estensiva del dettato costituzionale non escluda l'apertura verso forme private di esercizio dell'azione o addirittura popolari o in capo ad organi diversi dal pubblico ministero⁵⁴.

Ebbene, per placare ogni dubbio sollevato in merito alla possibilità di interpretare l'art. 107(4) Cost. nel senso che Costituzione imporrebbe la previsione di garanzie per l'indipendenza del pubblico ministero ma ne demanderebbe la determinazione al legislatore, sì da tenerlo separato dall'organizzazione dei giudici (con riferimento ai concorsi, alla formazione, alle carriere, all'organizzazione interna, ai controlli, ai passaggi da una carriera all'altra), la giurisprudenza costituzionale ha affermato che «la garanzia costituzionale dell'indipendenza del pubblico ministero ha la sua sede propria nell'art. 112»⁵⁵, con ciò sottolineando come essa sia parte integrante dell'obbligatorietà dell'azione penale, per la cui completa attuazione l'organo che la esercita deve godere delle stesse garanzie dei giudici in senso stretto. Non solo. A partire dal 1993, con le sentenze nn. 462, 463, 464, la Corte costituzionale iniziò a qualificare il pubblico ministero come potere dello Stato ai fini dell'instaurazione di un conflitto di attribuzione tra i poteri dello Stato «in quanto – ai sensi dell'art. 112 della Costituzione – è il titolare diretto ed esclusivo dell'attività d'indagine finalizzata all'esercizio (obbligatorio) dell'azione penale»⁵⁶. Lo stesso Prof. Chiavario, del resto, non mancò di evidenziare come l'art. 112 Cost., «fornisca, uno scudo efficace a tutela della legalità nel nostro Paese, specialmente contro le pressioni di potentati politici ed economici, tese a sollecitare chiusure d'occhio su fenomeni di delinquenza anche gravi, e ad evitare processi “scomodi”»⁵⁷. Inoltre, correlata all'obbligatorietà dell'azione penale è la

⁵³ Ebbene, dalla prospettiva di questa tesi, è interessante notare che il binomio obbligatorietà dell'azione/indipendenza della pubblica accusa era già emerso nella giurisprudenza costituzionale italiana degli anni Settanta, la quale assegnò una particolare rilevanza al rapporto tra le previsioni degli artt. 107 co. 4 e 112 Cost. e rimarcò non solo le ricadute negative che la soggezione dell'azione del pubblico ministero alla direzione o al controllo di organi d'indirizzo politico inevitabilmente comporta sull'obbligatorietà dell'azione consacrata dai Costituenti, ma anche e soprattutto il fondamentale contributo che lo stesso principio di obbligatorietà conferisce al mantenimento dell'indipendenza del pubblico ministero. Rispettivamente le sentt. 155/1974 e 84/1979. Così F. FALATO, *Introduzione. Sistema giudiziario e democrazia. La centralità del ruolo assunto dalla Corte costituzionale e dalle Corti europee nel dibattito sulla Magistratura*, in F. FALATO (ed.) *Le Situazioni della magistratura che garantiscono lo Stato di diritto nell'Unione Europea, Atti del Seminario di studi IV cattedra di Diritto Processuale penale università degli studi Federico II 7 luglio 2022*, Napoli, 2023, pp. 4 ss. Queste risalenti affermazioni della Consulta sono condivise dalla dottrina, e in particolare dal Prof. Chiavario il quale, con riguardo al criterio che informa l'esercizio dell'azione penale, attesta che «quanto più il titolare dell'azione è legittimato ad esercitarla discrezionalmente, tanto più diventa concreto il rischio di farne un soggetto “forte”, che potrebbe essere intollerabile lasciare senza vincoli di dipendenza: donde, più che probabili, le spinte per tenerlo assoggettato al potere politico mediante legami istituzionali e funzionali». M. CHIAVARIO, *Diritto processuale penale*, 9ª ed., Milano, 2022, p. 171.

⁵⁴ La valorizzazione del contenuto dell'art. 112 Cost. nella giurisprudenza costituzionale non significa però che dalla stessa possa evincersi una nozione ad ampio spettro. E infatti, la giurisprudenza costituzionale ha affermato che l'impugnazione delle sentenze da parte del pubblico ministero non si basa sull'art. 112 Cost. come se fosse una sua proiezione necessaria. Anzi, il potere di impugnazione nel merito della sentenza di primo grado da parte dell'organismo di accusa Corte cost., n. 34/2020 – presenta margini di flessibilità ampi rispetto a quelli che connotano il simmetrico potere dell'imputato.

⁵⁵ Corte Cost., n. 420/1995.

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ M. CHIAVARIO, *La fisionomia del titolare dell'azione penale, tema essenziale di dibattito per la cultura del processo*, in *Associazione tra gli studiosi del processo penale, Pubblico ministero e riforma dell'ordinamento giudiziario*, Milano, 2006, p. 17.

previsione contenuta nell'art. 109 Cost., ai sensi della quale «l'autorità giudiziaria dispone direttamente della polizia giudiziaria», la quale non ammette che forme di coordinamento investigativo alternative a quello condotto dal pubblico ministero competente, cui spetta «il potere di stabilire l'an, il *quomodo* e il *quantum* delle notizie riferibili»⁵⁸.

Ora, i rammentati precetti costituzionali ci sospingono verso alcune considerazioni in merito alla imparzialità, reale o presunta, del pubblico ministero, tema che negli anni ha innescato accesi dibattiti nel mondo accademico, molti dei quali si sono appuntati sul significato da attribuire al precetto di cui all'art. 358 c.p.p. secondo cui «Il pubblico ministero compie ogni attività necessaria ai fini indicati nell'articolo 326 e svolge altresì accertamenti su fatti e circostanze a favore della persona sottoposta alle indagini». A prescindere dai dubbi attorno alla sua terzietà⁵⁹, una lettura costituzionale della norma propende quantomeno per l'estensione dell'imparzialità anche al rappresentante dell'accusa in quanto parte pubblica distinta dalle parti private e che non si può pertanto prestare, pur entro il limite della propria discrezionalità, a predeterminazioni investigative volte a confermare ipotesi accusatorie di parte né a divenire strumento per il recupero morale della società, attraverso, ad esempio, una inflessibile caccia ai reati⁶⁰. Ciò è ancor più vero se si considera che il pubblico ministero

Queste affermazioni sono state di recente ribadite dallo stesso Professore, il quale attesta che «quanto più il titolare dell'azione è legittimato ad esercitarla discrezionalmente, tanto più diventa concreto il rischio di farne un soggetto "forte", che potrebbe essere intollerabile lasciare senza vincoli di dipendenza: donde, più che probabili, le spinte per tenerlo assoggettato al potere politico mediante legami istituzionali e funzionali». M. CHIAVARIO, *Diritto processuale penale*, cit., p. 171. Pertanto, «l'organizzazione degli uffici del pubblico ministero deve rispondere a quattro imperativi costituzionali diversi, il cui bilanciamento è complesso da realizzare, come si deduce dai ripetuti interventi legislativi attuativi, ovvero: a) la tutela dei cittadini contro i reati (art. 24, comma 1, Cost.); b) l'indipendenza dei magistrati del pubblico ministero (art. 107, comma 4); c) il principio di eguaglianza formale e sostanziale (art. 3, commi 1 e 2); d) il principio di buon andamento della pubblica amministrazione (art. 97, comma 1)». Così rammenta, G. TARLI BARBIERI, *Stato di diritto e funzione requirente in Italia*, cit., p. 49.

⁵⁸ Corte cost., sent. nn. 94/1963, 420/1995, 87 e 88/2012, 1/2013.

⁵⁹ Sul tema, fra i molti, C. SANTORIELLO, *Il pubblico ministero ed i cento talleri di Kant*, in *Arch. pen.*, 1, 2022, pp. 1 ss. Suggestiva è senz'altro l'immagine evocata dall'Autore per il quale, riferendosi alla terzietà del giudice, «Alcune ricostruzioni, presenti specie in giurisprudenza, della figura del pubblico ministero richiamano alla mente l'argomento ontologico (o *a priori*) dell'esistenza di Dio, con cui Sant'Anselmo di Aosta faceva derivare la necessità ed incontestabilità dell'esistenza dell'Essere». Lo stesso, attingendo poi ampiamente agli studi della psicologia in materia di processo decisionale, nega l'esistenza di una qualsiasi forma di terzietà in capo al pubblico ministero sul presupposto che «il funzionamento della mente umana si fonda sull'euristica della disponibilità in virtù della quale la probabilità di un evento è stimata sulla base della disponibilità di una informazione in memoria e dell'impatto emotivo del ricordo piuttosto che sulla reale probabilità oggettiva che l'evento in questione si verifichi». Ciò implica che quanto prescritto dall'art. 326 c.p.p., cioè l'obbligo per il pubblico ministero di cercare elementi a favore della difesa al fine di mettere in discussione la tesi accusatoria, rappresenta un compito estremamente complesso da portare a termine a patto di andare «contro natura» rispetto, cioè, ai preconcetti e agli ostacoli cognitivi che emergono durante le indagini.

⁶⁰ Sottolinea G.U. RESCIGNO, *L'esercizio dell'azione pubblica ed il pubblico ministero*, in *Associazione italiana dei costituzionalisti, Annuario*, 2004, p. 148 che «siccome (...) il pubblico ministero, in quanto magistrato, deve essere tanto imparziale quanto lo è il giudice (...) notizia di reato significa notizia intorno a specifici comportamenti sufficientemente delimitati nel tempo e nello spazio, e non generica informazione che forse vi è stato un qualche reato». A favore di una tale impostazione, d'altronde, si possono richiamare pure le novità introdotte dalla «riforma Cartabia» che prevede espressamente i criteri in base ai quali è possibile procedere all'iscrizione oggettiva e soggettiva della *notitia criminis*. In particolare, essa ha introdotto una definizione di notizia di reato nell'art. 335(1) c.p.p., alla luce della quale il pubblico ministero, al fine di provvedere sull'iscrizione, deve verificare se la notizia acquisita o ricevuta contenga «la rappresentazione di un fatto determinato e non inverosimile, riconducibile in ipotesi a una fattispecie incriminatrice», con ciò esigendo un giudizio prognostico

dispone di una posizione di indubbio vantaggio, specie nella fase delle indagini preliminari, ove l'abbondanza dei mezzi investigativi a carattere "invasivo" e "coercitivo" di determinati atti di indagine a sua disposizione, oggi anche sul piano delle inchieste transnazionali, non trova un riscontro paragonabile dal lato della difesa.

Certo, sarebbe pura utopia immaginare un pubblico ministero imparziale lungo tutto l'arco procedimentale. La realtà dimostra come la "fiamma" dell'imparzialità che dovrebbe alimentare l'operato di questo organo, ma invero il discorso potrebbe estendersi anche al giudice, si consumi lentamente man mano che la primigenia apparenza del reato assume contorni sempre più definiti che assottigliano sempre di più la distanza emotiva con i fatti di causa. L'obbligatorietà, con tutte le sue implicazioni e in tema di distribuzione dei poteri processuale e sul fronte istituzionale e ordinamentale, sembra dunque coprire solo una parte dell'agire del pubblico ministero ed entro i margini della sua discrezionalità, su cui agisce un minor controllo giurisdizionale, si aprono scenari di riflessione interessanti per gli sviluppi che ne discendono sul piano non solo della parità delle armi dell'indagato, ma anche del mantenimento dell'indipendenza soggettiva degli attori giurisdizionali. Pensiamo al caso emblematico del giudice delle indagini preliminari, figura che, nata dalle ceneri del giudice istruttore con finalità di garanzie nella fase delle indagini preliminari, ha finito per operare entro un orizzonte conoscitivo limitato al materiale investigativo prospettato dall'accusa (cfr. disposto dall'art. 291 c.p.p. ai fini della autorizzazione di una misura cautelare)⁶¹. La situazione non è poi così diversa in Germania in cui, per alcune ipotesi di atti investigativi, a cominciare da un'autorizzazione all'ispezione, il giudice delle indagini preliminari (*Ermittlungsrichter*), che è subentrato alla previa figura del giudice istruttore (*Untersuchungsrichter*), esamina solo la legittimità della misura richiesta da parte del pubblico ministero [§162(2) StPO].

In sintesi, esempi come di quelli richiamati, escludono un ruolo proattivo da parte del giudice e ne fanno, piuttosto, il garante meramente formale della credibilità degli atti investigativi intrapresi previa sua approvazione.

4.2 La duplice declinazione di indipendenza professionale e personale in Germania. Il problema del pubblico ministero pubblico funzionario

Il principio d'indipendenza dei giudici in Germania trova esplicito riconoscimento nell'art. 97 della *Grundgesetz* (GG) che si riferisce sia all'indipendenza dei giudici in qualità di membri appartenenti ad una categoria professionale (c.d. *sachliche Unabhängigkeit*, ovvero indipendenza materiale⁶²) sia all'indipendenza personale (*persönliche Unabhängigkeit*⁶³). La previsione

contraddistinto da una valutazione meramente possibilistica e non probabilistica: il criterio del fatto "non inverosimile" richiede che gli elementi acquisiti dimostrino la possibile esistenza di un fatto.

⁶¹ «Le misure sono disposte su richiesta del pubblico ministero, che presenta al giudice competente gli elementi su cui la richiesta si fonda». Sul punto, E. AMODIO, *Il diritto di difesa tra equilibri formali ed equilibri sostanziali, Relazione al convegno di studi organizzato da Diritto penale contemporaneo, Magistratura Democratica e la Camera Penale di Milano il 9 e 10 novembre 2012 presso l'Anla Magna del Palazzo di Giustizia di Milano su "Garanzia dei diritti fondamentali e processo penale"*, seconda sessione, in *Dir. pen. cont.*, 3, 2013.

⁶² BVerfGE, 17 dicembre 1953, 1 BvR 335/51; BVerfGE, 29 febbraio 1996 2 BvR 136/96

⁶³ BVerfGE, 17 gennaio 1961, 2 BvL 25/60; BVerfGE, 27 giugno 1974, 2 BvR 429/72, 641/72, 700/72, 813/72, 9/73, 24/73, 25/73, 47/73, 215/73; Per approfondimenti si veda, per tutti, D. SIMON, *Die Unabhängigkeit des Richters*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1975, 9 ss.

costituzionale stabilisce che i giudici sono «indipendenti e soggetti soltanto alla legge»⁶⁴ e che quelli «collocati a titolo definitivo nei ruoli» possono essere destituiti o sospesi dal loro ufficio «solo in virtù di una pronuncia giudiziaria per i motivi e con le forme stabiliti dalla legge». Ebbene, «nella sua cristallizzazione odierna, l'indipendenza del giudice, espressione del principio della separazione dei poteri e massima inscindibilmente collegata alla concezione di *Rechtsstaat*, rappresenta il risultato di una lunga battaglia»⁶⁵. E, infatti, le strutture istituzionali che ancora oggi fondano il terzo potere risalgono al XIX secolo, e più precisamente alla legge sull'ordinamento giudiziario (*Gerichtsverfassungsgesetz*), parte integrante delle cc.dd. *Reichsjustizgesetze* emanate nel 1877⁶⁶.

In seguito, dalla cupa stagione del nazionalsocialismo hitleriano emerse con chiarezza la necessità di creare un'amministrazione della giustizia indipendente, apolitica e oggettiva per garantire uno Stato di diritto solido. Il testo finale adottato, che segue in gran parte la Costituzione di *Weimar*, non è soltanto espressione del principio della separazione dei poteri secondo l'art. 20(2) della *Grundgesetz* e della volontà di sottoporre la giurisdizione alla legge ed al diritto, come previsto dall'art. 20(3) della GG, ma diventa anche un elemento essenziale per garantire una tutela effettiva dei diritti, come precisato dall'art. 19(4) della stessa Costituzione tedesca. Eppure, in questo contesto giova ricordare che dopo la fine del Terzo *Reich* non è mai stata realizzata l'idea inizialmente avanzata di formare una nuova generazione di giudici nonché di chiudere, per un periodo di dieci anni, tutti i tribunali tedeschi. Al contrario, il processo di denazificazione nel settore della giustizia è stato effettuato in modo talmente blando che molti dei giudici operanti sotto il regime nazista hanno potuto beneficiare di un'«amnistia totale quasi dichiarata» (*nabezu unverhüllte Totalamnestie*)⁶⁷.

Accantonata questa rapida divagazione storica, si osserva che l'indipendenza è principio che trova applicazione durante tutta la vicenda processuale, ciò con il fine di garantire che il giudice giunga a una sentenza completamente libera da influenze esterne. In linea con questo assunto, la Corte costituzionale tedesca ha più volte statuito che tutte le decisioni di natura

⁶⁴ Sicché, né il potere legislativo, né quello esecutivo, né tantomeno i superiori gerarchici possono indicare come un caso vada effettivamente deciso.

⁶⁵ S. HABERL, *L'amministrazione della giustizia e l'indipendenza del giudice in Germania*, in *DPCE online*, 1, 2019, pp. 110 ss.

⁶⁶ Benché un primo accenno all'indipendenza dei giudici possa essere rintracciato nell'ordinamento del *Reichskammergericht* del 1555, in cui si stabiliva che nessun giudice potesse essere arbitrariamente destituito, a meno che non fosse stata accertata la sua incompetenza dal tribunale stesso o da una commissione speciale. Le cose sarebbero cambiate con l'ascesa del dispotismo illuminato. Questo comportava l'idea che il Monarca potesse assumere il ruolo di "giudice supremo". Questa evoluzione divenne evidente in un famoso processo del 1779, quando Federico II di Prussia decise di annullare la decisione presa in ultima istanza e di riabilitare il ricorrente nei suoi diritti. Allo stesso tempo, arrestando e rimuovendo dalla loro carica i giudici che avevano preso la decisione. Si tratta del noto caso del mugnaio *Arnold* (*Müller-Arnold-Prozess*) richiamato da S. HABERL, *L'amministrazione della giustizia e l'indipendenza del giudice in Germania*, cit. p. 115. Sull'argomento si legga, ad esempio, M. KOTULLA, *Machtsprüche, Straferichtliche Bestätigungsvorbehalte und die richterliche Unabhängigkeit*, in P. KIRCHHOF, H.J. PAPIER (eds.), *Rechtsstaat und Grundrechte. Festschrift für Detlef Merten zum 70. Geburtstag, München*, 2007, pp. 201 ss. Cfr., ancora, S. HABERL per un'attenta ricostruzione storica dell'indipendenza in Germania. L'Autrice ricorda, ad esempio, che durante il periodo fascista il principio dell'indipendenza del giudice, mai ufficialmente abrogato o modificato, è stato oggetto di un'interpretazione volta a tramutarlo nel suo contrario e che in quanto l'ideologia nazionalsocialista fu dichiarata fondamento di tutte le leggi, ciò di fatto portò a minare il principio dell'indipendenza materiale.

⁶⁷ S. HABERL, cit. p. 119. Non solo. Già all'inizio degli anni Cinquanta un numero assai elevato di giudici nazionalsocialisti, tra l'80 e il 90 per cento, è stata nuovamente assunta nel pubblico servizio della neonata Repubblica così creando evidenti continuità e contribuendo nei decenni a seguire e plasmare l'ordinamento giuridico del giovane Stato democratico.

procedurale assunte prima e dopo una sentenza che si pronunci nel merito, come ad esempio quelle che riguardano l'ascolto di uno o più testimoni, sono espressione dell'indipendenza materiale⁶⁸.

È significativo che l'indipendenza personale sia considerata l'unico modo efficace per garantire la c.d. *indipendenza professionale*. Ciò comporta che i giudici non possono essere licenziati o trasferiti senza il loro consenso, né possono essere sanzionati per le pronunce che l'esecutivo disapprova. Solo in casi chiaramente definiti, e se è stata realizzata una cattiva condotta, un giudice può essere licenziato o trasferito, ma solo previa decisione del tribunale.

Se i giudici non adempiono ai loro doveri, il Ministero della Giustizia può intraprendere un'azione disciplinare nei loro confronti, ma l'organo giudiziario può difendersi richiedendo una decisione della Corte disciplinare e sol dimostrando che la sua indipendenza giudiziaria è stata violata. Esistono, per giunta, delle valutazioni periodiche sull'operato di ogni giudice, ad esempio ogni quattro anni, sebbene esse debbano limitarsi ad osservazioni generali, mentre sono vietate ispezioni specifiche su decisioni particolari.

La garanzia dell'indipendenza si applica solo ai giudici di ruolo ma non per i giudici di "fresca" nomina i quali, oltre ad essere particolarmente giovani, sono al loro primo impiego e per tale motivo assumono la carica in prova per un minimo di tre fino a un massimo di cinque anni. Ad essi, non viene inoltre concessa la c.d. *indipendenza soggettiva*, cosicché durante questo periodo possono essere trasferiti o licenziati. Questo sistema, così come è congegnato, non è esente da critiche. Infatti, le condizioni appena descritte rendono i giovani giudici potenzialmente influenzabili, soprattutto quando sono in gioco interessi legati allo stipendio, il soddisfacimento dei quali dipende in larga misura dal benessere dell'Esecutivo⁶⁹.

Inoltre, ai sensi dell'art. 95(2) della GG, il *Bundesminister* competente decide sulla nomina dei giudici delle Corti supreme federali (*Oberste Gerichtshöfe des Bundes*) insieme a un Comitato di selezione, composto per metà da ministri dei *Länder* e per metà da membri eletti dal *Bundestag*. Questa composizione puramente politica del gruppo implica, di fatto, che chi non ha contatti con uno dei partiti maggioritari difficilmente potrà essere nominato giudice federale⁷⁰.

Ebbene, la "qualità" della magistratura tedesca nel suo complesso non è stata tutto sommato messa in discussione. Non c'è nemmeno da temere che l'indipendenza personale garantita dall'art. 97 GG venga annacquata. Tuttavia, non si può negare che essa corra il rischio di subire interferenze politiche, in specie nel caso di avanzamenti di carriera. Nonostante ciò, va detto che tale assetto è ben tollerato sulla base di una condivisa giustificazione che fa leva sulla legittimità democratica dell'apparato giudiziario: poiché i giudici assumono decisioni vincolanti per le parti in causa, la loro selezione deve essere legittimata dal popolo che elegge il Parlamento, il quale è a sua volta chiamato ad individuare il governo che poi di fatto è responsabile della scelta finale degli organi giudiziari. Al contrario, ogni individuazione che dovesse promanare da parte di un organo eletto da una

⁶⁸ J. PAPIER, *Die richterliche Unabhängigkeit und ihre Schranken*, in *NJW*, 2001, p. 1089 s.

⁶⁹ P.C.R. TERRY, *Judicial independence in Germany*, in *Law and the world*, 2, 2015, p. 34.

⁷⁰ Così T. GROB, *Die institutionelle Unabhängigkeit der Justiz in Deutschland – ein Defizitbefund*, 6 giugno 2019, reperibile al sito <https://verfassungsblog.de/die-institutionelle-unabhaengigkeit-der-justiz-in-deutschland-ein-defizitbefund/>. L'Autore, inoltre, puntualizza che le leggi regionali variano notevolmente. In alcuni *Länder* esistono commissioni *ad hoc* per l'elezione dei giudici. Tuttavia, quasi tutti hanno una maggioranza di membri eletti dal *Landtag*, in parte sulla base di proposte della magistratura. Solo nel *Baden-Württemberg* la maggioranza dei membri è eletta dai giudici stessi, ma questa commissione ha una competenza molto limitata nei casi di conflitto. Infine, secondo l'art. 98(4) GG il rispettivo ministero della Giustizia ha un diritto di veto su tali nomine.

maggioranza di giudici e non da politici democraticamente eletti dovrebbe essere giudicata alla stregua di una “cooptazione antidemocratica”.

Anche posta in questi termini, la questione relativa all’ingerenza del potere esecutivo nel nucleo essenziale del potere giudiziario rimane aperta e deve essere evitata. Questo rischio può verificarsi se le esigenze e gli interessi politici del potere di indirizzo politico diventano il metro di misura per l’applicazione e l’interpretazione del diritto da parte delle corti. In proposito, il *Bundesverfassungsgericht* stesso riconosce questo pericolo quando, valorizzando il principio della separazione dei poteri, considera inammissibile un «nesso personale troppo stretto» tra gli organi del potere giudiziario e quello esecutivo⁷¹. Del resto, un terreno nel quale può notarsi un tale pericolo è proprio quello dei controlli disciplinari e dell’avanzamento di carriera interamente nelle mani del Ministro della giustizia, mancando in Germania sistemi di autogoverno sul modello del CSM. Addirittura, la valutazione sulla *performance* dei giudici, funzionale al mantenimento di una ragionevole durata dei procedimenti, è stata interpretata come un mezzo di controllo, ancorché indiretto, sul loro operato⁷².

Discorso a parte merita l’inquadramento della figura dei pubblici ministeri che in Germania non godono né dell’indipendenza oggettiva né di quella personale, ma sono invece funzionari pubblici. In casi politicamente rilevanti, ciò porta a sostenere che l’indipendenza giudiziaria è compromessa se l’esecutivo può intervenire attraverso istruzioni impartite allo *Staatsanwalt*. E proprio questo assetto ha determinato non poche problematiche a livello di cooperazione transnazionale, specie nelle procedure preordinate all’emissione e all’esecuzione di un mandato d’arresto. Pertanto, rinviamo al capitolo II della parte II la trattazione dei profili più rilevanti del modello organizzativo dell’accusa tedesca. Tuttavia, ci sembra il caso di dare qui contezza di una situazione singolare relativa al procedimento archiviativo in cui i temi dell’indipendenza e della parità si intersecano producendo delle esternalità negative sulla posizione delle vittime. Anche in Germania, come in Italia e in Spagna⁷³, la pubblica accusa può infatti decidere di archiviare il caso (c.d. *Erladigung* §153 ss. StPO), sebbene viga il principio di obbligatorietà dell’esercizio penale⁷⁴, ma per farlo deve, secondo il §171 StPO, informare la vittima del reato della possibilità di impugnare siffatta decisione. Tuttavia, affinché la persona offesa possa opporsi con successo, non è sufficiente che ottenga una semplice comunicazione dell’intervenuta decisione di non perseguire, ma deve poter accedere

⁷¹ BVerfG, 9 maggio 1962, in *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, 14, 1962, 56 ss.

⁷² In merito ai criteri che contribuiscono a determinare la «ragionevole durata del processo» si veda, ad esempio, BVerfG, 4 ottobre 1977, in *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, 46, 1978, pp. 17 ss. E, più di recente, BVerfG, 1 BvR 352/00 del 20 luglio 2000, in *NJW*, 2011, pp. 214 ss.

⁷³ In Spagna, vige il principio di obbligatorietà dell’azione penale, che però non ha rango costituzionale ma ordinario, essendo sancito dall’art. 105 LECrim.

⁷⁴ A questo proposito, in Germania, il cosiddetto “principio di legalità” (*Legalitätsprinzip*), parallelamente al principio di legalità dei reati e delle pene, non è esplicitamente enunciato nella Costituzione, ma piuttosto è dedotto da altri principi in essa contenuti, come ad esempio il principio di uguaglianza e lo Stato di diritto. Questo principio è riconosciuto anche ai parr. 152 I e 170 I del codice di procedura penale (StPO). Insieme all’obbligatorietà, convive il principio di opportunità che rappresenta una forma di discrezionalità nell’esercizio dell’azione penale che può esplicarsi, ad esempio, attraverso l’archiviazione di alcuni casi. Un esempio di applicazione del principio di opportunità si trova nei paragrafi 153 e successivi del codice di procedura penale, in cui si giustifica l’archiviazione di reati di lieve entità (*Vergehen*), quando cioè l’offesa non raggiunge una portata tale da richiedere un accertamento penale e giustificare la messa in moto dell’apparato giustizia. Altre ragioni per l’archiviazione possono includere la scarsa rilevanza della colpevolezza (*Schuld*) da parte dell’autore del reato o la mancanza di interesse pubblico nell’esercizio dell’azione penale in base a specifiche circostanze e caratteristiche del reato commesso.

al fascicolo ed estrapolare ogni informazione utile per approntare al meglio la propria critica (§406e StPO), soprattutto alla luce dei rigidi requisiti prescritti dalla disciplina, tra cui spicca, tra l'altro, l'obbligo della vittima di fornire una garanzia anticipata circa la sostenibilità delle spese per il procedimento giudiziario avviato su sua richiesta [§ 176(1) StPO], pena tacito ritiro della stessa. Ora, al di là del fatto che la vittima sia gravata dall'onere di effettuare un'"analisi costi-benefici", ciò che più solleva perplessità è che il pubblico ministero, in caso di esito positivo dell'opposizione, secondo dottrina dominante non è comunque vincolato alla decisione del giudice⁷⁵. Per quanto lo *Staatsanwalt* sia garante della legalità processuale, ad ogni modo il fatto che la sua indipendenza non sia garantita in Costituzione lo espone al rischio di ordini del poter esecutivo. L'esempio appena richiamato dà comunque prova della necessità che anche alla vittima sia assicurata la possibilità di confrontarsi con organi giudiziari indipendenti ed imparziali.

4.3 L'unità e l'indivisibilità del potere giudiziario spagnolo e la difficoltà ad affrancarsi dalla zavorra politica

Nel corso del dibattito costituente che portò all'approvazione della nuova Carta costituzionale del 1978, si registrò un ampio consenso sulla necessità di garantire l'indipendenza della magistratura, la quale rappresenta un potere unico e indivisibile secondo la stessa Costituzione [art. 117(5)]. Per assicurare ai giudici garanzie a tutela della loro indipendenza e ai cittadini processi gestiti da autorità indipendenti e imparziali, sull'esempio del modello italiano, fu istituito un Consiglio Superiore della Magistratura sotto la denominazione di *Consejo General del Poder Judicial*. Questa riforma impresso anche un netto cambiamento al ruolo del *Tribunal Supremo*, il quale svolgeva fino ad allora sia la funzione di Corte di Cassazione che di supervisione della carriera giudiziaria, agendo quasi come una sorta di *longa manu* del Ministero della Giustizia. Con l'istituzione del Consiglio Superiore della Magistratura, invece, il *Tribunal Supremo* divenne un organo esclusivamente giurisdizionale. Inoltre, si stabilì che l'elezione del suo Presidente dovesse avvenire tramite *plenum* del Consiglio Superiore della Magistratura, di cui divenne anche il Presidente, come stabilito dagli artt. 122 e 123 della Costituzione.

Ora, sulla scorta dell'art. 122(2), che definisce il *Consejo General* «organo di governo» del potere giudiziario, attribuendo alla *Ley organica* il compito di disciplinare lo «statuto e il regime delle incompatibilità dei suoi membri le sue funzioni, in particolare in materia di nomine, promozioni, ispezione e regime disciplinare», nel 1985 fu finalmente emanata la legge n. 6 del 1° luglio 1985 del *Poder Judicial*. Nata sotto i migliori auspici, la modalità di nomina della componente togata è stata modificata ben quattro volte tra il 1980 ed il 2013 e poi di nuovo nel 2018 rappresentando «uno dei maggiori oggetti di desiderio» di quasi tutti gli Esecutivi⁷⁶. Non è la sede per riproporre il lungo e battagliato percorso che nel tempo ha fatto del

⁷⁵ W. BEULKE, *Strafprozessrecht*, Heidelberg, 2010, pp. 59 ss., che ha valorizzato il riferimento al §150 GVG, per il quale l'Ufficio del pubblico ministero è indipendente dai tribunali e che il pubblico ministero, in qualità di *dominus litis* del procedimento investigativo, esamina liberamente i requisiti legali per l'esercizio dell'azione penale e decide autonomamente sull'avvio e sull'interruzione del procedimento, nonché sulla preferenza per il rinvio a giudizio. Lo stesso Beulke evidenzia che §92 della GG stabilisce che il potere giudiziario è esercitato dai giudici, con ciò dimostrando l'incostituzionalità del §150 GVG.

⁷⁶ J.L. GÓMEZ COLOMER, *Sobre el nombramiento del Presidente e de los Vocales del Consejo General del Poder Judicial. Una reflexión desde el sentido común*, in *Teoría y Realidad Constitucional*, 44, 2019, p. 212.

Consiglio «una torta da spartire tra i partiti» o «un burattino rotto nelle mani del Parlamento»⁷⁷. Va però ricordato che oltre all'assetto organizzativo, anche le competenze dell'organismo sono state più volte modificate: inizialmente estese, sono state ridotte, per poi essere prima accresciute e poi di nuovo limitate dalla legge del 2013. Con uno sforzo di estrema sintesi, tra le principali rientrano, la direzione e il controllo, le proposte di nomina di natura discrezionale dei più elevati componenti della magistratura (spesso oggetto di critica) e di due magistrati del Tribunale costituzionale; le nomine del Vicepresidente del Tribunale supremo (nonché del Segretario e Vicesegretario generale del Consiglio), del *Promotor* dell'azione disciplinare e dei membri delle Commissioni; il parere obbligatorio, ma non vincolante al Governo sulla nomina del Procuratore generale dello Stato; le nomine che implicano discrezionalità o valutazione di meriti; la deliberazione del bilancio interno e del rendiconto; l'approvazione di un resoconto annuale sullo stato della giustizia e sulle sue necessità di mezzi e di personale; il potere di emanare il regolamento interno e gli altri regolamenti riguardanti aspetti dello *status* magistratuale⁷⁸. Ancora più significativa è la funzione regolamentare che riguarda la carriera dei giudici e, tra gli altri oggetti, gli organi direttivi e organizzativi di *Juzgados e Tribunales*, la pubblicità delle attività dei giudici e delle loro sentenze, gli orari delle udienze pubbliche, la specializzazione degli organi giurisdizionali, l'attività in tema di cooperazione interna e internazionale. Competono al Consiglio la selezione per l'accesso al corpo dei giudici con concorso, la disciplina della struttura e il funzionamento della *Escuela Judicial*, le promozioni da giudice a magistrato, le autorizzazioni e, in generale, la carriera dei componenti la magistratura e l'irrogazione delle sanzioni disciplinari più gravi. Infine, al *Consejo* spetta ai sensi dell'art. 562 della legge organica, la promozione di attività internazionali di concerto con il Ministero degli Esteri, quali la cura delle relazioni istituzionali, la cooperazione giudiziaria internazionale e allo sviluppo della giustizia.

Fin qui abbiamo tratteggiato un organismo poliedrico afflitto tuttavia da una pesante zavorra quale è la sua derivazione partitica. Non riuscendo ad adempiere alla elezione dei membri dell'organo, i partiti tentano di ridurne progressivamente i poteri, così rendendo, però, sempre più evanescente la garanzia dell'indipendenza dei giudici.

Infine, più complessa che in Italia e in Germania appare l'articolazione istituzionale del pubblico ministero in Spagna, così come delineata nella Costituzione del 1978, nella legge del 2007 e in altre norme (alcune delle quali di epoca precostituzionale e peraltro incompiute). Infatti, essa presenta tuttora problematiche componenti che richiedono un intervento riformatore, volto in particolare a rafforzare l'autonomia funzionale degli organi requirenti. Le carenze relative all'assetto statutario e regolamentare risultano, infatti, inadeguate in un Paese contraddistinto da un'elevata qualità democratica e proiettano all'interno come all'estero l'immagine di un pubblico ministero parziale, sottomesso a interessi, influenze e pressioni nello svolgimento delle proprie attività professionali.

⁷⁷ J.H. MARTÍNEZ DE VELASCO (ex-magistrato del Tribunale supremo), *Por una renovación del CGPJ fiel a la Constitución*, in *El Mundo*, 22 dicembre 2020. Per una ricostruzione storica delle metamorfosi di questo organo cfr. M. IACOMETTI, *Il Consejo General del Poder Judicial spagnolo: un organo di effettiva garanzia dell'indipendenza del potere giudiziario?* in *Dir. pen. cont. online*, 4, 2020, pp. 4897 ss.

⁷⁸ A queste si aggiungono le funzioni consultive in caso di iniziative legislative di modifica della legge organica sul potere giudiziario, di determinazione e mutamento delle circoscrizioni giudiziali, di definizione e modifica della pianta organica del corpo giudiziale e del personale dipendente e del loro regime giuridico, di legislazione processuale, penale e penitenziaria, di norme che riguardino la costituzione, organizzazione, funzionamento e direzione dei tribunali. M. IACOMETTI, *ibid.*, p. 4905.

Ora, il pubblico ministero è un organo costituzionale secondo il dettato dell'art. 124 della Costituzione spagnola⁷⁹, disposizione che fissa alcuni principi cardine dell'operare della *Fiscalía* tra cui legalità, imparzialità, dipendenza gerarchica e unità di azione⁸⁰. Il primo comporta la sottoposizione del pubblico ministero alle norme dell'ordinamento giuridico; il secondo implica che il pubblico ministero agisca con piena oggettività; il terzo e il quarto, rispettivamente, prevedono che il pubblico ministero sia unico per tutto lo Stato e che i suoi membri agiscano sempre in rappresentanza di tale istituzione e su delega del proprio capo⁸¹. Quest'ultimo profilo si riallaccia in particolare al principio di dipendenza gerarchica che, a sua volta, si manifesta lungo tre principali direttrici. Anzitutto, quale gerarchia piramidale che vede al vertice il Procuratore generale dello Stato, dal quale dipendono direttamente la Procura del *Tribunal Supremo* e la Procura presso il *Tribunal Constitucional* e, mediante i rispettivi procuratori capo, la Procura presso la *Audiencia Nacional*, le Procure delle Comunità autonome e le Procure provinciali. In secondo ordine, quale potestà del Procuratore generale dello Stato di impartire ordini e istruzioni ai propri subordinati; convocarli in presenza affinché essi facciano direttamente rapporto e per impartire loro le opportune istruzioni e incaricare un membro del pubblico ministero di occuparsi di uno specifico caso. Infine, come obbligo dei pubblici ministeri di rendere edotto il proprio Procuratore capo dei fatti relativi all'attività svolta, che questi debba conoscere per la loro importanza e rilevanza.

Le principali lacune si profilano con riferimento al regime di nomina, disciplina e assetto amministrativo all'interno dell'Ufficio della *Fiscalía*; alla capacità di autoorganizzazione attraverso l'esercizio di una potestà regolamentare interna; all'autonomia funzionale, organica e finanziaria nella determinazione del proprio *budget*.

Significative preoccupazioni emergono, ad esempio, con riguardo all'autonomia funzionale, posto che già il *Fiscal General del Estado*, con funzioni per lo più di direzione⁸², è

⁷⁹ «Il Pubblico Ministero, senza pregiudizio per le funzioni conferite ad altri organi, ha per missione di promuovere l'azione della giustizia a difesa della legalità, dei diritti dei cittadini e dell'interesse pubblico tutelato dalla legge, d'ufficio o su istanza degli interessati, così come di vigilare per l'indipendenza dei Tribunali e ottenere di fronte a questi la soddisfazione dell'interesse sociale». Parimenti, l'art. 2 dello Statuto Organico del Pubblico Ministero (EOMF) dispone che: «Il pubblico ministero è un organo di rilevanza costituzionale dotato di personalità giuridica propria, integrato, con autonomia funzionale, all'interno del potere giudiziario, ed esercita la propria missione attraverso organi propri, in conformità ai principi di unità d'azione e dipendenza gerarchica, e in ogni caso nel rispetto dei principi di legalità e imparzialità». La ricostruzione che segue attinge ampiamente alla esauriente descrizione operata da I. GONZÁLEZ, in *Quest. just.*, 2, 2021, pp. 139 ss.

⁸⁰ La l. n. 24/2007, all'art. 12 fa riferimento agli organi parte dell'ufficio, tra cui: il Procuratore generale dello Stato; il *Consejo Fiscal*; il Consiglio dei procuratori di sezione; il Consiglio dei procuratori superiori delle Comunità autonome; la Procura del *Tribunal Supremo*; la Procura presso il *Tribunal Constitucional*; la Procura della *Audiencia Nacional*; la Procura speciale antidroga e la Procura speciale anticorruzione e contro la criminalità organizzata; la Procura della Corte dei conti; la Procura militare, che costituisce parte integrante del pubblico ministero, sebbene le sue funzioni non siano svolte da procuratori di carriera, ad eccezione di un procuratore di sezione; le procure delle Comunità autonome; le procure provinciali; le procure distrettuali.

⁸¹ D'altra parte, il principio di unità di azione è garantito mediante meccanismi quali la convocazione periodica dei Consigli di Procura (*Juntas de Fiscalía*) volti allo studio di questioni di particolare rilevanza o complessità.

⁸² Tra i compiti di questa autorità troviamo anche l'emissione di ordini e istruzioni finalizzati al buon funzionamento del servizio e dell'ordinamento interno dell'istituzione (art. 25); la formulazione di proposte al Governo su nomine e promozioni, previo parere del *Consejo Fiscal* e sentito il Procuratore superiore della Comunità autonoma quando si tratti di cariche relative alle procure del suo territorio; la designazione e la sostituzione dei membri della Segreteria tecnica, dell'Unità di supporto e delle Procure di sezione facenti parte della Procura generale dello Stato; la presidenza del Consiglio dei procuratori del *Tribunal Supremo* e la risoluzione dei contrasti fra procuratori capo appartenenti ai Consigli di sezione e la maggioranza dei membri di questi; l'esercizio del potere disciplinare, la definizione di questioni amministrative e la concessione di congedi nei casi di sua competenza.

nominato e revocato dal Re su proposta del Governo, sentito il Consiglio superiore del potere giudiziario e previa valutazione della sua idoneità da parte della competente commissione del Congresso dei deputati. Quindi di concerto tra i tre i poteri dello Stato. il risultato dell'audizione di quest'ultimo non fosse soddisfacente.

Quanto alla revoca, l'art. 31 EOMF stabilisce che la durata del mandato del Procuratore generale coincide con quella del Governo, e quindi rimarrà in carica per quattro anni coincidenti con la durata del Governo che lo ha proposto [art. 31(1)(e)].

Altre cause di cessazione dall'incarico sono menzionate nella norma citata e sono: a) richiesta che promani dal *Fiscal*; b) il verificarsi di una delle incompatibilità o di uno dei divieti previsti dalla legge; c) incapacità o infermità che renda inabili alla carica; d) violazione grave e reiterata delle sue funzioni. L'esistenza delle cause di cessazione dall'incarico menzionate *sub a), b), c) e d)* sarà valutata dal Consiglio dei Ministri.

I principali indicatori che fanno propendere per l'assenza di indipendenza complessiva sono rappresentati dagli artt. 8, 9, 10 della EOMF. L'art. 8 ammette che il Governo possa richiedere al FGE di intraprendere azioni penali specifiche. Il FGE deve sottoporre la richiesta del Governo al parere del Consiglio dei procuratori di sezione e decidere secondo quanto prevede il diritto: ciò significa che discostarsi dall'opinione tecnica del Consiglio dei procuratori di sezione è il sintomo preminente della "decadenza" del Procuratore generale, che figura così come un soggetto al servizio del Governo. Dal canto suo, l'articolo 9(2) EOMF sottolinea che «Il Procuratore Generale dello Stato informa il Governo, qualora esso vi abbia interesse e non vi sia alcun impedimento di natura giuridica, sulle questioni nelle quali sia previsto l'intervento del Pubblico Ministero, così come sul funzionamento generale dell'Amministrazione della Giustizia. In casi eccezionali, egli potrà essere chiamato a riferire di fronte al Consiglio dei Ministri». Per quanto concerne invece le relazioni con il Parlamento, l'art. 10 EOMF dispone che «Il Pubblico Ministero collabora con le *Cortes Generales* su loro richiesta e sempre che non vi sia alcun impedimento di natura giuridica, salva comunque la possibilità di comparire di fronte ad esse per riferire su quelle questioni per le quali sia stata avanzata una specifica richiesta».

Altrettanto degna di nota è poi l'indipendenza organica per i dubbi che essa suscita. Infatti, le decisioni in ordine alla *Fiscalia* sono nelle mani del Ministero della giustizia. A esserne incaricato è un dipartimento governativo, appendice del Ministero della giustizia, nel quale vengono assunte tutte le decisioni di rilievo relative all'organizzazione interna, all'allocazione di risorse finanziarie, alla gestione della strumentazione e del materiale e del personale, e all'organizzazione della carriera dei pubblici ministeri.

5. Indipendenza e asimmetrie tra le parti processuali: (preliminari) rilievi conclusivi

Dall'analisi condotta fino a questo momento può desumersi che, se l'indipendenza è normalmente considerata un attributo inerente alla funzione dell'autorità giudiziaria, persona fisica o organo di un potere, esistono garanzie che attengono, invece, allo svolgimento processuale in sé e favoriscono la partecipazione effettiva di chi deve essere ascoltato per poter esercitare una certa "persuasione" sul libero convincimento del giudice, prima che una decisione sulla responsabilità penale venga emessa e, più in generale, per prospettare le proprie ragioni e argomentazioni giuridiche e probatorie senza discriminazioni e ostacoli di sorta. Il riferimento va, dunque, al principio di parità delle armi, espressione di quella generale

fairness di cui all'art. 6 CEDU, che, come sostenuto dalla dottrina, rispetto alle esigenze partecipative di indagati ed imputati, esplica la sua massima potenzialità⁸³.

Alla luce di tutto ciò, una preziosa chiave di lettura valorizzerebbe la coppia di concetti formale/sostanziale. Altrimenti detto, l'enunciazione solenne del principio di indipendenza degli organi giudiziari nelle sue diverse manifestazioni, che, come abbiamo visto, contrassegna i Paesi oggetto della nostra comparazione, deve trovare spazio nella prassi tanto con riguardo all'esercizio dei poteri decisori quanto alla gestione della fase investigativa poiché idonea ad incidere profondamente su diritti e libertà fondamentali. A tal proposito, la figura del pubblico ministero quale "accusatore" impone senz'altro una riflessione sul suo rapporto con il potere politico, in specie in quei Paesi come la Germania e la Spagna in cui, sebbene con forme e meccanismi diversi, è legato all'Esecutivo; mentre la sua considerazione come "parte" della dialettica processuale, al pari della difesa, esige che sia puntualmente condotta un'indagine sulla sua imparzialità, soprattutto in ordinamenti come quello italiano eccessivamente protesi a facilitare l'emergere di visioni unilaterali dell'accusa o ad anticipare giudizi di condanna fin dalle prime fasi preliminari⁸⁴. In Italia, a tale riguardo, si è posto l'accento sull'ambiguità strutturale del pubblico ministero che, *ex art. 112 Cost.*, ha l'obbligo di esercitare l'azione penale, con ciò assegnandogli un ruolo che difficilmente può dirsi neutrale a patto di assegnare un significato unico e univoco all'azione legato a scelte solo accusatorie. Infatti, capita spesso che nell'operare concreto degli istituti processuali, la tutela dei diritti e delle garanzie fondamentali subisca deformazioni o venga svuotata di contenuto, con la conseguenza che dietro ad un'indipendenza formalmente garantita potrebbero celarsi delle inaccettabili asimmetrie tra le parti quanto alle armi a disposizione, così compromettendo la difesa e la partecipazione effettiva nella vicenda processuale delle parti principali, come pure di quelle eventuali.

Secondo la ricostruzione operata in queste pagine, il baricentro del sistema processuale affida la tutela delle garanzie processuali ad organi indipendenti. I brevi richiami operati al sistema italiano, tedesco e spagnolo danno però prova di come la presenza di un magistrato, per quanto rappresenti la premessa ad ogni discorso garantista, non sempre riesca ad assicurare l'uguaglianza delle armi e l'indipendenza, e con questa, la *fairness* processuale, i quali vengono, per così dire, annacquati da prassi di segno opposto.

In questo ordine di idee, non meno preoccupanti, del resto, sono le regole preordinate all'emanazione del decreto che dispone il giudizio in Germania in una fase centrale del procedimento che va sotto la denominazione di *Eröffnungsverfahren* e in cui l'imputazione formulata dal pubblico ministero è sottoposta, sulla base della documentazione in atti trasmessa dalla pubblica accusa, a una preliminare verifica di "fondatezza", nel senso che viene esaminato, se nei confronti dell'*Angeschuldigten* sussistono sufficienti elementi di sospetto in ordine al reato che gli viene addebitato. Ebbene, un assetto di tal tipo influisce senz'altro sulla neutralità metodologica del giudice del dibattimento, poiché all'*Eröffnung des*

⁸³ M. CHIAVARIO, *Processo e garanzie della persona*, cit., p. 178.

⁸⁴ Cfr. V. GREVI, *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, cit., p. 73. Eppure, è stato sottolineato che da uno sguardo fugace alla giurisprudenza della CGUE in materia di tabulati telefonici emerge con chiarezza che «il pubblico ministero non può avere un approccio "imparziale" alle acquisizioni probatorie, né può essere a lui rimessa una valutazione circa la necessità delle conseguenti limitazioni ai diritti fondamentali dell'indagato e dei soggetti estranei agli addebiti. Come affermato dalla Corte di giustizia, è necessario che sia un organo effettivamente terzo rispetto alle indagini a valutare la legittimità e la proporzionalità di ogni intervento limitativo dei diritti fondamentali». Così, L. TAVASSI, *Acquisizione di tabulati, tutela della privacy e rispetto del principio di proporzionalità*, in *Arch. pen.*, 1, 2022, pp. 1 ss. Il riferimento è a Corte di giust., H.K., 2 marzo 2021, causa C-746-18, ECLI:EU:C:2021:152 su cui ritorneremo al capitolo III della parte II.

Hauptverfahrens, l'imputato appare già “*vorbelastet*”, nel senso che l'autorità giurisdizionale del dibattimento reputerà che l'*Angeschuldigte* sia *hinreichend tatverdächtig*. In tal modo il giudice finisce per condividere l'accusa così come formulata dal pubblico ministero con ciò verificandosi una *Identifikation mit der Anklage*.

Il principio della parità non richiede certo che ci debba sempre essere assoluta simmetria o perfetta reciprocità di diritti e di doveri per tutte le parti e neppure nei rapporti tra la pubblica accusa e la difesa. Come abbiamo visto, la Corte costituzionale italiana ha ritenuto inevitabili le posizioni di disuguaglianza tra le parti, come per il caso del pubblico ministero e dell'indagato⁸⁵ e a queste asserzioni hanno fatto seguito le giurisprudenze costituzionali dei Paesi in comparazione.

Ciò non esime, tuttavia, il legislatore, in prima battuta e la giurisprudenza costituzionale, in via suppletiva, dall'intervenire in futuro con correttivi che riequilibrino il più possibile il diverso peso delle parti rispetto alla vicenda dell'accertamento penale⁸⁶ e tantomeno gli organi giudiziari dall'assumere un atteggiamento mentale più responsabile o, se si vuole, uno “spirito” obiettivo e senza precostituzione.

⁸⁵ Cfr. capitolo II. Ribadiamo anche qui che la Consulta ha precisato che il principio della parità non implica un'assoluta eguaglianza di poteri processuali del pubblico ministero e dell'indagato, «in quanto le fisiologiche differenze che connotano le posizioni delle due parti, correlate alle diverse condizioni di operatività e ai differenti interessi di cui sono portatrici, rendono compatibili con il suddetto principio alterazioni della simmetria dei rispettivi poteri e facoltà, purché tali alterazioni trovino un'adeguata *ratio* giustificatrice nel ruolo istituzionale del pubblico ministero, ovvero in esigenze di corretta esplicazione della giustizia, e risultino contenute entro i limiti della ragionevolezza. Tale vaglio di ragionevolezza va evidentemente condotto sulla base della comparazione tra la *ratio* che ispira, nel singolo caso, la norma generatrice della disparità e l'ampiezza dello “scalino” da essa creato tra le posizioni delle parti». Così, Corte Cost., 6 febbraio 2007, n. 6.

⁸⁶ Si pensi alla possibilità concessa alla difesa di produrre verbali di indagini difensive nel giudizio abbreviato. Così, Corte Cost., 26 giugno 2009, n. 184.

PARTE II

PARITÀ DELLE ARMI E INDIPENDENZA DELLE AUTORITÀ GIUDIZIARIE NELLA GIUSTIZIA PENALE TRANSNAZIONALE

CAPITOLO I

Giustizia penale transnazionale, giusto processo e parità delle armi nello spazio giuridico europeo

Sommario: 1. Introduzione. - 2. *Par condicio* ed equità del procedimento nella cooperazione giudiziaria in materia penale secondo la giurisprudenza della Corte Edu. - 2.1. Garanzie partecipative, parità delle armi e giusto processo transnazionale: verso un tendenziale riequilibrio delle posizioni asimmetriche delle parti nel procedimento penale transnazionale. - 3. *Fairness* del procedimento, parità delle armi e cooperazione giudiziaria in materia penale nello scenario giuridico dell'Unione Europea. - 3.1 Le Direttive Stoccolma e la tutela (imperfetta) della parità delle armi: rilievi critici dalla prospettiva del procedimento transnazionale equo. - 4. Osservazioni generali e riflessioni conclusive.

1. Introduzione

Una volta delineata l'identità dei principi della parità delle armi e dell'indipendenza dalla prospettiva nazionale quali postulati del *due process*, si tratta adesso di esplorarne la portata sul fronte transnazionale al fine di ricostruire il ruolo da essi giocato rispetto ad un procedimento penale transnazionale autenticamente *fair*.

Va precisato fin da subito che l'analisi che si intende condurre tiene conto della visione circolare dei principi oggetto di questo studio così come esplicitata fin dalle prime pagine: ed infatti, come si ha avuto modo di affermare, non solo l'indipendenza dell'autorità giudiziaria assicura, se non necessariamente una simmetrica posizione tra le parti, al più una ragionevole asimmetria, ma anche la *par condicio* delle armi, per come interpretata dalle Corti europee e costituzionali, determina la stessa equità procedimentale con ciò contribuendo a rafforzare l'indipendenza delle autorità giudiziarie, in specie sotto il profilo della imparzialità.

Rinviando ai capitoli successivi l'esame dettagliato del principio di indipendenza quale garante dell'uguaglianza di mezzi e strumenti tra i soggetti del procedimento penale transnazionale nell'area dell'UE, ci occupiamo qui della tutela dell'uguaglianza delle armi quale principio-cardine del giusto processo transnazionale sulla scorta di una prospettiva dinamica che coinvolge principalmente la cornice giuridica del Consiglio d'Europa e l'ordinamento dell'Unione europea.

Ora, le considerazioni affiorate nelle pagine precedenti inducono a sostenere che la salvaguardia della parità delle parti non è sempre completamente realizzata a livello nazionale. Ebbene, ulteriori e significativi problemi di tutela per la *par condicio* si stagliano sul piano della giustizia transnazionale rispetto alla quale è necessario riequilibrare le impari condizioni in cui spesso versano le parti che affrontano un procedimento penale transnazionale. Basterebbe qui ricordare che la complessità insita in ogni fattispecie di reato e nelle procedure penali domestiche si amplifica esponenzialmente quando un caso presenta elementi di transnazionalità a causa dell'interazione tra diversi ordinamenti giuridici e, con ciò, la raccolta delle prove e la possibilità di difendersi all'estero rischiano di essere particolarmente sviliti

se non, addirittura, invalidate. Ulteriori interrogativi, ad esempio, concernono il modo in cui una parte presenta il proprio caso o più semplicemente su come debba essere intesa quella ragionevole opportunità di difendersi senza che si creino posizioni eccessivamente e irragionevolmente asimmetriche. Insomma, può certamente rinvenirsi una accentuata vulnerabilità delle persone che si trovano a vario titolo ad affrontare un procedimento penale transnazionale.

Per quanto tra le fonti di rango primario (CEDU, Carta di Nizza e Carte costituzionali) manchino riferimenti espliciti all'equità, alla parità o persino alle garanzie partecipative nei processi penali transnazionali, non si può ammettere che queste ultime possano essere considerate "figlie di un dio minore" sol perché riguardano casi transnazionali o che possano o debbano soccombere, sempre e comunque, dinanzi alle esigenze, per lo più dettate da logiche di impunità, connesse ai meccanismi della cooperazione interstatale.

Pertanto, si rende chiara la necessità di attribuire un ruolo da protagonista nel "procedimento penale transnazionale" all'indagato e imputato, alla vittima e alle altre parti eventuali che si trovino in una posizione di "debolezza", in linea con i traguardi faticosamente raggiunti sul piano domestico e sotto l'egida delle Carte e degli organismi deputati alla salvaguardia dei diritti fondamentali. In quest'ordine di idee, fa quindi ingresso nello scenario legislativo e giurisprudenziale d'Europa l'urgenza di una nozione di "*transnational due process framework*".

Del resto, le problematiche tratteggiate fino ad ora non sono inedite. Quasi due decenni fa Van Hoek e Luchtman precisavano in maniera significativa che la responsabilità – o *the duty of care* – di cui all'art. 1 della CEDU¹ si applica anche quando uno Stato coopera con un altro². In effetti, la disposizione in parola non autorizza un'interpretazione necessariamente endogiudiziale, ma piuttosto un'esegesi *pro homine* ovvero una lettura essenzialmente "personalistica" della Convenzione. I tempi sono, però, rimasti a lungo acerbi per un simile approccio.

Su queste prime basi argomentative, non può non accogliersi quella concezione di procedimento penale transnazionale che fa perno sulla relazione tra lo Stato richiedente e lo Stato richiesto (dimensione internazionale), nonché alla relazione tra lo Stato richiedente o lo Stato richiesto, da un lato, e l'individuo (imputato, vittima, terzo), dall'altro (dimensione interna)³. Tale affermazione conferma che la cooperazione internazionale – indipendentemente dalle procedure di assistenza giudiziaria e da quelle fondate sul riconoscimento reciproco – deve poggiare su una prospettiva orientata ai diritti umani e, considerando il tema di questo elaborato, sulla parità delle armi quale architrave dell'equo processo transnazionale. Ma cosa debba intendersi con tale ultima espressione è quesito a cui si tenterà di rendere un'adeguata risposta nei paragrafi che seguono. A tal fine, ci prefiggiamo di rinvenire un riconoscimento da parte delle giurisprudenze europee della Corte Edu e della Corte di giustizia della parità delle parti o quantomeno dell'equità da cui, come si è visto, la

¹ «Le Alte Parti contraenti riconoscono a ogni persona sottoposta alla loro giurisdizione i diritti e le libertà enunciati nel Titolo primo della presente Convenzione».

² A. VAN HOEK, M.J.J.P. LUCHTMAN, *Transnational cooperation in criminal matters and the safeguarding of human rights*, in *Utrecht Law Rev.*, 1, 6, 2005.

³ M. BÖSE, M. BRÖCKER, A. SCHNEIDER, *Judicial Protection in Transnational Criminal Proceedings*, Cham, 2020, p. 1. Su questo argomento, T. HACKNER, § 74 IRG, in W. SCHOMBURG, O. LAGODNY, S. GLEB, T. HACKNER, S. TRAUTMANN (eds.), *Internationale Rechtsbülfe in Strafsachen*, München, 2020; J. VOGEL, C. BURCHARD, *Vor § 1 IRG*, in H. GRÜTZNER, P.G. PÖTZ, C. KREB, N. GAZEAS (eds.), *Internationaler Rechtsbülfeverkehr in Strafsachen*, Heidelberg, 2019.

Corte Edu fa discendere la *par condicio*, anche in seno alla cooperazione giudiziaria penale e alle sue procedure.

2. *Par condicio* ed equità procedimentale nella cooperazione internazionale in materia penale secondo la giurisprudenza della Corte Edu

Abbracciando una nozione ampia di *par condicio*, che ricollega il principio ai diritti di difesa e, dunque, alla *fairness* complessiva del processo, e con ciò valorizzando una prospettiva storica in linea con quanto metodologicamente manifestato nell'*incipit* di questo elaborato, va ricordato che nella cornice del Consiglio d'Europa un primo richiamo alle garanzie difensive nel campo dell'assistenza probatoria internazionale si riscontra in un caso del 1973, quando la Commissione europea affermò per la prima volta l'importanza del diritto al confronto anche su prove assunte all'estero, diritto che certo influisce sulla paritaria posizione delle parti e che si pone come caposaldo del giusto processo transnazionale⁴. Nella fattispecie, i ricorrenti lamentavano la condanna avvenuta in Austria sulla base di testimonianze rese *overseas* senza che fosse stato assicurato il contraddittorio. La vicenda rappresentò una propizia occasione per fissare, contro l'avviso del governo austriaco, la massima secondo cui lo Stato richiedente non può esimersi dal verificare l'effettivo rispetto delle garanzie dei diritti fondamentali dei soggetti coinvolti anche nei casi di acquisizione della prova all'estero secondo il principio della *lex loci*. L'approdo giurisprudenziale raggiunto, è il caso di precisarlo, rappresenta un netto passo in avanti verso una cooperazione interstatale sempre più aperta alle sfide della protezione dei diritti umani nella giustizia penale transnazionale.

Dal canto suo, la Corte di Strasburgo operò un primo esplicito richiamo all'equità processuale nei casi transfrontalieri nel noto caso *Soering*, ancorché tale pronuncia non si riferisse esplicitamente all'*aequitas* delle armi. Nel trattare della consegna di un cittadino tedesco alle autorità giudiziarie americane, si statuì che un Paese parte della Convenzione violerebbe l'art. 6(1) CEDU «*if the fugitive suffered or risks suffering a flagrant denial of a fair trial in the requesting country*»⁵. È storia che la decisione non fu accolta favorevolmente da tutti, non solo perché riguardava l'ipotesi di una futura e non attuale violazione o per la formulazione generica e incapace di spiegare il concetto di «*flagrant denial of justice*», ma anche perché si intravede un tentativo della Corte di imporre i suoi *standard* su temi sensibili a Stati, quali l'America, non partecipanti alla Convenzione. Si trattava, per la verità, di un vero e proprio cambio di rotta rispetto ad un orientamento che aveva ignorato per decenni l'applicazione del principio del giusto processo al campo dell'extradizione, con l'argomentazione secondo cui la persona ricercata non poteva essere considerata «*charged with no offence*» nello Stato

⁴ Commissione Europea, 27 settembre 1976, *X. Y. e Z. c. Austria*.

⁵ Corte Edu, 7 luglio 1989, *Soering c. Regno Unito*, ric. n. 14038/88. Nella fattispecie, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha statuito che l'extradizione di un uomo accusato di omicidio verso gli Stati Uniti, dove era esposto al rischio di una condanna a morte, avrebbe costituito una piena violazione del divieto di tortura ai sensi dell'art. 3 CEDU, visto il lungo periodo di tempo che solitamente i condannati in tale Paese trascorrono nel corridoio della morte, subendo le condizioni di angoscia e di crescente tensione, nell'attesa dell'esecuzione (c.d. *death row phenomenon*).

richiesto⁶, qualificazione dalla quale, invece, si faceva derivare l'applicazione delle garanzie difensive in una procedura di consegna⁷.

Alcuni anni dopo, i giudici di Strasburgo hanno confermato la linea *Soering* nella decisione *Drozd & Janousek c. Francia e Spagna*, ma questa volta con riferimento all'esecuzione di una sentenza penale di condanna emessa in uno Stato, anche questo non membro della Convenzione (Principato di Andorra)⁸. Il caso rende evidente anche una ben differente problematica: altro è un approccio restrittivo rispetto al rischio di una violazione futura, altro riguardo una violazione avvenuta in un procedimento già concluso.

La linea evolutiva non si è arrestata e nuove e più garantiste tutele si sono intraviste nella sentenza *Ilaşcu e altri c. Moldavia⁹ e Russia* e soprattutto nella decisione *Mamatkulov e Abdurasulovic c. Turchia¹⁰*, laddove è emerso che per rifiutare una consegna occorre un *check* sui «*credible grounds*» connessi al rischio di detrimento dei diritti fondamentali che garantiscono un processo equo *overseas*.

Questa parentesi interpretativa è stata, tuttavia, scalzata da un ritorno al passato. E così, nel caso *Othman (Abu Qatada) c. Regno Unito*, la Corte ha fornito esempi specifici del tipo di procedimento che potrebbe portare a un “flagrante diniego di giustizia” riferendosi, ad esempio, a condanne in contumacia senza la possibilità di ottenere un nuovo accertamento del merito, nonché ad un processo sommario e condotto nel totale disprezzo dei diritti della difesa e, per ciò che maggiormente rileva ai fini del discorso che si sta svolgendo, alla detenzione senza la possibilità di ricorrere a un tribunale indipendente e imparziale per riesaminare la legalità della detenzione e il rifiuto deliberato e sistematico dell'accesso a un avvocato, in particolare per un individuo detenuto in un Paese straniero¹¹. Si tratta, a ben vedere, di aspetti intimamente legati alla parità delle armi. Ancora, nella decisione *Husayn (Abu Zubaydah) c. Polonia*, invece, ha chiarito l'espressione di “flagrante diniego di giustizia” ravvisando il sinonimo di processo manifestamente contrario ai requisiti di cui all'art. 6 o ai

⁶ Corte Edu, 6 luglio 1976, *X c. Paesi Bassi*, ric. n. 7512/76. Eppure, nel 2003 nella sentenza relativa al caso Corte Edu, 6 febbraio 2003, *Mamatkulov e Abdurasulovic c. Turchia*, ric. nn. 46827/99 e 46951/99, la Corte ha ribadito che le decisioni relative all'ingresso, al soggiorno e all'espulsione degli stranieri non riguardano la determinazione dei diritti o degli obblighi civili di un richiedente o di un'accusa penale nei suoi confronti, ai sensi dell'art. 6(1) della Convenzione. Anche in relazione al mandato d'arresto europeo (MAE), i giudici hanno spiegato nella decisione Corte Edu, 7 ottobre 2010, *Monedero Angora*, ric. n. 41138/05 che l'esecuzione di un MAE non riguarda l'accertamento di un'accusa penale e che per questo motivo l'art. 6 della CEDU non è applicabile ai procedimenti relativi al MAE.

⁷ Non possiamo, inoltre, far a meno di notare che, già allora, si poteva intuire tra le righe un messaggio valido *pro futuro* e operativo sul piano della cooperazione giudiziaria: sebbene lo Stato richiedente non sia responsabile per l'inosservanza dei diritti convenzionali da parte delle autorità richieste, è comunque responsabile per l'uso del materiale probatorio illecitamente ottenuto.

⁸ Si leggeva, infatti, che: «(a)s the Convention does not require the Contracting Parties to impose its standards on third States or territories, France was not obliged to verify whether the proceedings which resulted in the conviction were compatible with all the requirements of Article 6 of the Convention (...) the contracting States are, however, obliged to refuse their co-operation if it emerges that the conviction is the result of a flagrant denial of justice». Un confronto delle due decisioni rivela che la soluzione adottata in *Drozd e Janousek* fu irrazionale e ingiustificata rispetto a quella emersa in *Soering*, in quanto la garanzia dei diritti fondamentali ne risultava diversamente trattata a seconda dell'esistenza di un fine cooperativo o meno. Le due pronunce lasciavano pure irrisolta la questione se gli Stati contraenti avessero l'obbligo di porre rimedio o attivarsi per evitare violazioni del *due process of law* quando la vicenda cooperativa coinvolge un altro Paese firmatario della CEDU. Corte Edu, 26 giugno 1992, *Drozd e Janousek*, ric. n. 12747/87.

⁹ Corte Edu, 8 luglio 2004, *Ilaşcu e altri c. Moldavia e Russia*, ric. n. 48787/99.

¹⁰ Corte Edu, *Mamatkulov e Abdurasulovic c. Turchia*. cit.

¹¹ Corte Edu, 17 gennaio 2012, *Othman (Abu Qatada) c. Regno Unito*, ric. n. 8139/09.

principi in esso contenuti, ivi compresi, quindi, i requisiti della parità delle armi e dell'indipendenza che dell'art. 6 sono elementi indefettibili.

Ora, sulla base della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in rassegna è indiscutibile che il rispetto dell'equo processo è importante dal punto di vista del procedimento penale dello Stato richiedente l'extradizione di una persona. In generale, la stessa Corte ha stabilito che lo Stato richiesto ha la responsabilità, ai sensi della Convenzione, di determinare in che misura il procedimento penale successivo alla consegna, che riguarda l'accertamento di un'accusa penale e che, quindi, si concentra sul merito del caso, violerà il diritto a un *fair trial* della persona consegnata. Esiste, dunque, una chiara differenza tra la protezione offerta dall'art. 6 CEDU in un caso nazionale rispetto a quella che riguarda casi transfrontalieri, in quanto la Corte ha fissato una soglia diversa per queste ultime ipotesi, esigendo che vi sia il rischio di un flagrante diniego di giustizia.

Infine, non possiamo non segnalare che con la pronuncia emessa nel caso *Bivolaru e Moldovan c. Francia*¹² la Corte di Strasburgo è tornata ad occuparsi più di recente della tutela dei diritti umani in materia di cooperazione giudiziaria penale, questa volta tra gli Stati dell'area UE, riconoscendo per la prima volta la violazione dell'art. 3 CEDU da parte di un Paese contraente nelle more di esecuzione di un mandato d'arresto europeo. Dal punto di vista della nostra analisi, ed in specie per quanto si dirà nel capitolo II sul rapporto tra MAE e tutela dei diritti fondamentali, la decisione merita considerazione poiché si è soffermata sugli ambiti di applicazione della «presunzione di protezione equivalente» tra il sistema del Consiglio d'Europa e l'Unione europea, collocandosi così lungo il filo rosso tracciato dalla sentenza *Bosphorus c. Irlanda*¹³ ormai più di quindici anni fa.

Le valutazioni espresse nel merito di ambedue i casi dai giudici di Strasburgo stimolano suggestioni in ordine al dialogo sui diritti umani tra la Corte di giustizia e la Corte Edu, soprattutto per i meccanismi della più moderna cooperazione interstatale in Europa. L'Unione europea, infatti, ha adottato uno strumento più celere nel perseguimento dei reati in quanto imperniato sulla consegna diretta tra autorità giudiziarie di indagati, imputati e condannati, che, in ogni caso, non può violare i diritti fondamentali ex art. 1(3) della Decisione Quadro sul MAE. Entro questo spazio trova applicazione la c.d. «*Bosphorus presumption*», cosicché «*la Cour doit vérifier que le principe de reconnaissance mutuelle n'est pas appliqué de manière automatique et mécanique, au détriment des droits fondamentaux*». Questo passaggio, si può notare, fa della CEDU uno strumento costituzionale di ordine pubblico europeo nel contesto della cooperazione giudiziaria UE: il che è ancor più degno di nota se sol si pensa che nei procedimenti *lato sensu* transnazionali i soggetti coinvolti sono normalmente esposti ad una accentuata vulnerabilità. Infine, può intuirsi che un siffatto orientamento può senz'altro contribuire alla costruzione di un *transnational due process* nell'area dell'Unione lasciando comunque aperta la possibilità che il diritto UE fissi una tutela più alta.

¹² Corte Edu, 25 marzo 2021, ric. nn. 40324/16 e 12623/17. Volendo, cfr. A. FALCONE, *La corte di Strasburgo si sofferma sulle regole di applicazione della «presunzione di protezione equivalente» nell'ambito del mutuo riconoscimento e ravvisa la prima violazione dell'art. 3 Cedu a causa dell'esecuzione di un mandato d'arresto europeo*, in *Foro it.*, 9, 2021, pp. 409-414.

¹³ Corte Edu, 30 giugno 2005, ric. n. 45036/98, in *Foro it.*, Rep. 2005, voce Diritti politici e civili, n. 126. Sul tema della presunzione di protezione equivalente tra CEDU e Carta di Nizza, cfr. E. HERLIN KARNELL, *The Constitutional Dimension of European Criminal law*, 2012, pp. 227-232; A. KLIP, *European Criminal law*, 2012, pp. 127

2.1 Garanzie partecipative, parità delle armi e giusto processo: verso un tendenziale riequilibrio delle posizioni asimmetriche delle armi nel procedimento penale transnazionale

Ulteriori e significativi interventi giurisprudenziali si sono registrati negli anni in materia di singole garanzie che costituiscono pilastri portanti per la tenuta di un procedimento penale transnazionale *fair*. È il caso di richiamare, ad esempio, la pronuncia *Caprino c. Regno Unito* in cui la Commissione del Consiglio d'Europa, sempre in materia di estradizione, garantiva alla persona ricercata il diritto di essere informata sull'avvio della procedura di cooperazione internazionale, ma non necessariamente sui motivi, *alias* sull'accusa, alla base dell'extradizione. È altrettanto interessante notare che la Corte europea iniziò a adottare, già sul finire degli anni '80, un approccio più garantista, riconoscendo che l'esame giudiziario effettuato alla persona arrestata in una procedura di estradizione doveva soddisfare tutti i requisiti del giusto processo, ivi compreso quindi il diritto alla informazione sugli addebiti. Su questa base, nel caso *Sanchez-Reisse c. Svizzera*, i giudici europei condannarono la Svizzera per non avere assicurato una procedura equa. Vale la pena sottolineare che qui la Corte garantì alla persona arrestata persino il diritto di essere ascoltata personalmente, con ciò riducendo al minimo lo svantaggio processuale che potrebbe derivare dall'impossibilità di interloquire *de visu* con l'autorità chiamata ad assumere una decisione che la riguarda¹⁴.

Ebbene, il percorso giurisprudenziale evocato fino a questo punto concerne per lo più pronunce della Corte di Strasburgo che hanno interessato la materia dell'extradizione e non anche dell'assistenza probatoria, da sempre considerata alla stregua di una "*kleine Rechtshilfe*"¹⁵, ma comunque densa di significative implicazioni per il principio della parità delle armi, come pure per quello dell'indipendenza.

A tal proposito, un terreno scivoloso che assomma a sé gran parte delle problematiche che emergono nel panorama della giustizia penale transnazionale è rappresentato dalla necessità di sentire testimoni che si trovano all'estero. La questione posta è di tutta evidenza perché nei casi transfrontalieri il teste chiamato a deporre è spesso irreperibile e raramente interviene in udienza per rispondere alle domande dell'accusato; in luogo del confronto diretto si leggono in aula le dichiarazioni rese alle autorità straniere in assenza del difensore dell'indagato, dichiarazioni suscettibili in astratto di fondare una condanna o, nelle migliori delle ipotesi, si fa ricorso ai mezzi offerti dalla tecnologia, quali la video-teleconferenza. Per giunta, nel panorama legislativo continentale sul diritto al confronto si registra una disomogeneità tale da ostacolare l'ammissibilità e la utilizzabilità delle dichiarazioni ottenute illegittimamente all'estero.

¹⁴ Corte Edu, 21 ottobre 1986, *Sanchez-Reisse c. Svizzera*, serie A n. 107.

¹⁵ Si rinvia a M. BÖSE, *Europäisches Strafrecht (Enzyklopädie Europarecht, 11)*, 2ª ed., Baden-Baden, 2021. Sul tema, *ex multis*, si rinvia a H. AHLBRECHT, *Der Rahmenbeschluss - Entwurf der Europäischen Beweisordnung - eine kritische Bestandsaufnahme*, in *NStZ*, 2006, p. 70; K. AMBOS, *Transnationale Beweiserlangung - 10 Thesen zum Grünbuch der EU-Kommission „Erlangung verwertbarer Beweise in Strafsachen aus einem anderen Mitgliedstaat“*, *ZIS*, 2010, p. 557; A. PELOPIDAS, *Gegenseitige Anerkennung von Entscheidungen in Strafsachen in der Europäischen Union*, Baden-Baden, 2009; R. BELFIORE, *Movement of Evidence in the EU: The present scenario and possible future developments*, in *Eur. Jour. of Crime, Crim. Law and Crim. Justice*, 17, 2009, p. 1.

La Corte è certamente conscia del problema legato alla mancata comparizione dei testimoni che si trovano *overseas* e se ne è occupata in più occasioni¹⁶.

È noto che l'assistenza giudiziaria tramite rogatoria è stata tradizionalmente utilizzata per trasmettere dichiarazioni rese *abroad* da testimoni, esperti, vittime, indagati o imputati e che, a loro volta, sono state lette al processo senza controinterrogatorio. Tuttavia, quando alla difesa non è consentito contribuire efficacemente alla raccolta di prove testimoniali all'estero – per esempio, a causa della mancanza di un'informazione accurata sulla possibilità di formulare o richiedere domande specifiche al testimone che si trova in un altro Paese –, il ricorso alle c.d. *letters rogatory* potrebbe violare il diritto dell'imputato a contestare le argomentazioni dell'accusa con forti ripercussioni sulla parità.

Per affrontare correttamente il problema appena posto, dovremmo partire dalle soluzioni adottate diversi anni fa dalla Commissione europea dei diritti dell'uomo, la quale aveva trattato la questione nel già menzionato caso *X., Y. e Z. c. Austria* del 1973, stabilendo che, anche se la Convenzione europea di assistenza giudiziaria del 1959 non attribuiva all'imputato il diritto di esaminare i testimoni all'estero, in ogni caso l'accusato di un reato doveva essere messo nella posizione di contestare le argomentazioni dell'accusa anche nella raccolta delle prove in altri Paesi¹⁷. Questo approccio ha fissato le premesse per una comprensione partecipativa della raccolta transnazionale delle prove e per una discussione sul rapporto tra le esigenze dettate dai procedimenti penali transnazionali e il diritto al confronto quale declinazione particolare della parità delle armi.

Ebbene, i redattori della CEDU hanno adottato un'interpretazione ampia del diritto al confronto, consentendo un raffronto sia diretto che indiretto – ovvero condotto da parte di un'autorità imparziale, come un giudice istruttore – a condizione che la difesa sia effettivamente coinvolta nell'assunzione delle prove. Alla luce di ciò, nella causa *P.V. c. Repubblica federale della Germania*, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha affermato che il diritto al confronto non solo è rispettato se l'imputato o il suo difensore hanno la possibilità di porre domande ai testimoni, ma anche se possono richiedere che determinate domande siano poste al testimone dal tribunale¹⁸.

Questo punto di vista è stato poi ribadito nel caso *Solakov c. l'ex Repubblica jugoslava di Macedonia*, in cui non è stata riscontrata alcuna violazione dell'art. 6(3)(d) della CEDU, dato che la difesa era stata informata della data dell'udienza e della possibilità di formulare domande scritte al testimone all'estero. Tuttavia, questa soluzione non sembra adatta nel caso di procedimenti penali transnazionali. A fronte di un confronto indiretto che non offre alla difesa le stesse opportunità dell'interrogatorio incrociato, l'imputato deve essere invece messo in condizione di contribuire efficacemente all'assunzione delle prove dell'accusa all'estero, venendo almeno informato in modo esauriente sulla possibilità di formulare quesiti e sulle condizioni in cui si svolgerà l'udienza. Del resto, il ricorrente ha sostenuto che il giudice istruttore aveva convocato il suo avvocato solo una settimana prima del viaggio e che la convocazione non conteneva alcuna descrizione dettagliata del luogo o della data esatta dell'interrogatorio, del numero e dei nomi dei testimoni da ascoltare o delle domande che il giudice istruttore intendeva porre loro. È evidente che in tali circostanze non si è messi in grado di esercitare i diritti di partecipazione sanciti dalla Convenzione europea.

¹⁶ Per un'analisi sul tema, si rimanda, volendo, a A. FALCONE, C. ORLANDO, *The right to confrontation and the taking of witness evidence in the field of transnational criminal justice*, in *Galileu*, 2023, in fase di pubblicazione.

¹⁷ Commissione europea, 5 febbraio 1973, *X., Y. e Z. c. Austria*, ric. n. 5049/71.

¹⁸ Commissione europea, 13 luglio 1987, *P.V. c. Federal Republic di Germania*, ric. n. 11853/85.

Tutto ciò premesso si ricollega al problema su chi gravi la responsabilità di garantire il confronto e l'ammissibilità e l'uso di *untested evidence* raccolte all'estero. Ancora una volta bisogna partire dalle soluzioni adottate dalla Corte europea nelle cause *X., Y. e Z. c. Austria e P.V. c. Repubblica federale di Germania*. Nel primo caso, la Commissione ha statuito che, se l'esame dei testimoni si svolge in un altro Paese cooperante, questo ha la piena responsabilità di garantire il confronto. In *P.V.*, la Corte Edu ha sostenuto che i Paesi coinvolti in procedure transnazionali di raccolta delle prove sono responsabili solo dell'applicazione del proprio diritto. Queste conclusioni non dovrebbero destare meraviglia se sol si pensa che esse si allineavano agli strumenti di diritto internazionale esistenti all'epoca delle decisioni (quali, ad esempio, la Convenzione europea di assistenza giudiziaria del 1959, che si basava sul principio del *locus regit actum*).

È, quindi, necessario vagliare se queste soluzioni siano ancora valide oggi, alla luce degli sviluppi nel campo della cooperazione giudiziaria e della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. A tal riguardo, la Convenzione di assistenza giudiziaria del 2000 e la direttiva OEI del 2014 hanno attenuato il principio del *locus regit actum*, riconoscendo un meccanismo flessibile di combinazione tra *lex loci* e *lex fori*. Infatti, anche se l'autorità competente del Paese in cui si svolge il processo non ha giurisdizione sulle attività che devono essere svolte nel Paese che collabora, quest'ultimo deve garantire all'imputato un'adeguata opportunità di confronto se la *lex fori* lo prevede e il Paese in cui si svolge il processo lo richiede espressamente.

A ben vedere, questa prospettiva è stata condivisa nel caso *A.M. c. Italia*¹⁹, in cui il ricorrente lamentava di essere stato condannato solo sulla base di prove testimoniali ottenute per mezzo di rogatorie negli Stati Uniti che erano state lette a dibattimento davanti al Tribunale italiano senza che vi fosse mai stato un confronto. In particolare, il ricorrente sosteneva che le rogatorie erano state emesse a sua insaputa e che, di conseguenza, non aveva potuto esercitare i diritti e le libertà previsti dall'art. 14 del Trattato di mutua assistenza tra Italia e Stati Uniti. In effetti, è interessante notare che nessun avvocato era stato autorizzato ad assistere all'esame dei testimoni, per una specifica richiesta del pubblico ministero italiano. Alla luce di ciò, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha riscontrato una violazione dell'art. 6(3)(d) CEDU, in quanto la difesa non aveva avuto la possibilità di contestare l'affidabilità delle prove decisive assunte all'estero. È dato, dunque, indefettibile che il condannato è stato messo in una posizione di svantaggio. Non possiamo fare a meno di notare che in questo caso la Corte europea, al fine di verificare se il procedimento fosse stato condotto in modo equo, ha applicato la "*sole and decisive rule*". Come abbiamo già avuto occasione di precisare²⁰, questa regola è stata sviluppata nel tentativo di ricercare un equilibrio tra una concezione rigorosa del diritto al confronto e l'uso di prove non sottoposte a falsificazione nei procedimenti nazionali: essa riconosce all'imputato che non abbia avuto la possibilità di contestare le prove in nessuna fase del procedimento nazionale, il diritto a non vedersi condannato sulla base esclusiva o prevalente di tale carico probatorio, a meno che non siano intervenuti dei fattori controbilanciati. Sulla scorta di tale ultimo approdo interpretativo, la Corte di Strasburgo ha riscontrato una violazione dell'art. 6(3)(d) della CEDU dal momento che l'imputato non ha mai avuto la possibilità di esaminare o far esaminare il testimone chiave dell'accusa le cui dichiarazioni erano state raccolte in Repubblica Ceca. Infatti, né il ricorrente né il suo avvocato erano stati invitati a porre domande al testimone ceco e nessuna

¹⁹ Corte Edu, 14 dicembre 1999, *A.M. c. Italia*, ric. n. 37019/97.

²⁰ Parte I, capitolo II, par. 2.2.2.

registrazione video dell'interrogatorio era stata riprodotta nell'udienza in Croazia. A ben vedere, questo caso si distingue dai precedenti perché la Corte europea dei diritti dell'uomo ha attribuito peso anche alla valutazione dell'esistenza di adeguati fattori di controbilanciamento. Inoltre, secondo la Corte, il fatto che l'imputato fosse stato in grado di contestare le argomentazioni dell'accusa testimoniando egli stesso o esaminando altri testimoni non può essere considerato un fattore di controbilanciamento sufficiente.

In questo particolare contesto, si inserisce un filone giurisprudenziale che, avvalorando l'uso delle (nuove) tecnologie, si incentra su un'ulteriore questione, per la verità non del tutto coincidente con il problema dell'identificazione della legge applicabile, ovvero quella della modalità di assunzione della prova all'estero. Nella causa *Zbukovskij c. Ucraina*, ad esempio, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha sottolineato che le moderne tecnologie disponibili, come i collegamenti video, potrebbero offrire un modo più interattivo di interrogare i testimoni all'estero, tutte le volte in cui la loro partecipazione fisica potrebbe comportare costi e difficoltà eccessive²¹. La Corte ha riconosciuto la conformità dell'esame a distanza con il diritto al confronto anche quando il dichiarante è malato o è necessario proteggere le vittime e i testimoni. Nel caso *Papadakis c. ex Repubblica jugoslava di Macedonia*, il tribunale aveva ordinato al pubblico ministero di assicurare la presenza del testimone - che era un agente sotto copertura - o di stabilire un collegamento per l'esame²². L'autorità giudiziaria non ha ottemperato all'ordine del tribunale, non riuscendo a garantire la presenza del testimone neppure tramite un collegamento video. In effetti, l'agente sotto copertura è stato esaminato di persona dal giudice e dal pubblico ministero. Il ricorrente, pertanto, ha lamentato la violazione del suo diritto a contestare l'attendibilità delle prove testimoniali a suo carico, poiché non vi era stata alcuna trasmissione in diretta *streaming* dell'esame dell'agente sotto copertura, nonostante la disponibilità di supporti per attuare il collegamento. Pertanto, in prima battuta, la Corte ha sostenuto che gli sforzi delle autorità per garantire l'intervento fisico o virtuale del testimone erano stati insoddisfacenti²³ e, in seconda battuta, ha riscontrato una violazione dell'art. 6 CEDU, poiché le autorità nazionali non avevano fornito all'imputato sufficienti garanzie procedurali in grado di compensare lo svantaggio sofferto dalla difesa.

²¹ Corte Edu, 3 marzo 2011, *Zbukovskij c. Ucraina*, ric. n. 31240/0. Si veda anche. M. DANIELE, *La formazione digitale delle prove dichiarative*, Torino, 2012, p. 133; M. BOLOGNARI, *La videoconferenza transnazionale nell'ordine europeo di indagine penale*, in *Riv. dir. proc.*, 2022, p. 519.

²² Corte Edu, 26 febbraio 2013, *Papadakis c. ex Repubblica di Macedonia*, ric. n. 50254/07.

²³ Nel caso Corte Edu, 11 dicembre 2008, *Mirilashvili c. Russia*, ric. n. 6293/04 si era precisato che di norma non è vietato l'utilizzo di dichiarazioni testimoniali che non sono oggetto di un contraddittorio, ma esse devono essere trattate con estrema attenzione. Un fattore importante da considerare, già all'epoca, era il ragionevole sforzo compiuto dalle autorità per ottenere l'esame di un testimone in presenza. Nella causa *de qua*, per i giudici le autorità russe avevano mostrato un impegno ragionevole e pertanto non potevano essere biasimate per la mancata disponibilità delle autorità georgiane a cooperare. In altri casi, la Corte Edu ha confermato la già menzionata linea di ragionamento secondo cui, pur non potendo fornire un elenco delle misure esatte che le autorità nazionali dovrebbero adottare per non incorrere in responsabilità, richiede loro di attivarsi per cercare il testimone, ivi incluso il ricorso alla cooperazione internazionale.

3. *Fairness* del procedimento, uguaglianza delle armi e cooperazione internazionale in materia penale nello scenario giuridico dell'Unione Europea

Il metodo adottato dalla Corte Edu nelle sue decisioni, tarato sulla valutazione complessiva del procedimento, che ammette restrizioni ai diritti fondamentali se le autorità nazionali sono state in grado di adottare meccanismi di compensazione in una fase successiva della procedura, non si adatta adeguatamente alle situazioni di carattere transnazionale, in cui ciascun Paese può essere ritenuto responsabile solo per specifiche attività procedurali che costituiscono una piccola parte di una procedura più ampia avviata con una indagine criminale in un altro Stato (c.d. *internationale Arbeitsteilung*)²⁴. Inoltre, l'analisi della giurisprudenza della Corte di Strasburgo offre un numero molto limitato di decisioni relative a questioni transnazionali riguardanti le violazioni dei diritti di difesa con riguardo al fenomeno probatorio – per quanto negli ultimi anni ci sia stato un incremento di casi riguardanti la materia della *Beweisrechtshilfe* –, mentre gran parte del materiale analizzato riguarda l'equità nelle procedure di estradizione, epicentro della cooperazione internazionale. Si riscontra, in ogni caso, la tendenza ad ammorbidire importanti *standard* di garanzia anche in relazione ai diritti fondamentali (ad esempio, il diritto alla partecipazione personale al processo), per favorire le attività cooperative, ancorché non manchino segni in senso contrario, come dimostra, ad esempio, il richiamato caso *Zbukovskij c. Ucraina*. A questo punto ci chiediamo se gli interstizi lasciati aperti dalla Corte Edu nella tutela della *par condicio* e, di riflesso, della *fairness* processuale o gli approdi ai quali è pervenuta e che non convincono pienamente siano stati colmati e compensati in seno all'Unione o se, piuttosto, nella cornice della cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale, e tra *Mutual recognition* (MR) e *Mutual legal assistance* (MLA), essi rimangano irrisolti.

Questi profili saranno trattati più diffusamente nei capitoli a seguire. Ciò che qui ci interessa indagare preliminarmente per il prosieguo di questa ricerca attiene all'applicazione dell'art. 47 della Carta di Nizza, in cui pure si annida la tutela della *par condicio*, ai procedimenti penali transnazionali.

A questo riguardo, va rimarcata l'importanza dell'art. 51 della Carta, in base al quale i diritti e i principi fondamentali in essa statuiti devono essere rispettati dalle istituzioni dell'Unione e dagli Stati membri quando attuano il diritto dell'UE. Ciò significa che la CDF può essere estesa a casi di livello nazionale e transfrontaliero o transnazionale, a condizione che essi riguardino l'applicazione della legislazione dell'UE o della legislazione nazionale che attua il diritto eurounitario²⁵.

Quanto alla portata applicativa del diritto a un equo processo sancito dall'art. 47 della Carta alla materia della cooperazione internazionale, la CGUE ha affermato che l'agevolazione e l'accelerazione della cooperazione giudiziaria contribuiscono a fare dell'Unione uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia. Tuttavia, allo stesso tempo, esiste anche l'obbligo di rispettare i diritti fondamentali e i principi giuridici fondamentali sanciti dall'art. 6 del Trattato

²⁴ S. RUGGERI, *O contributo do direito internacional de direitos humanos à definição das garantias do devido processo em matéria de justiça penal transnacional. Uma comparação entre as jurisprudências do Tribunal europeu de direitos do homem e da Corte interamericana de direitos humanos*, in M.M.G. VALENTE, A. WUNDERLICH, *Direito e Liberdade. Estudos em homenagem ao professor doutor Nereu José Giacomelli*, Almedina, pp. 803 ss.

²⁵ Nella causa del 26 febbraio 2013, *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*, causa C-617/10, la CGUE ha chiarito che l'attuazione del diritto dell'Unione non si riferisce solo alla legislazione nazionale che recepisce la legislazione dell'UE – in quel caso particolare la direttiva 2006/112 – ma anche alla legislazione nazionale che applica un obbligo imposto agli Stati membri dal Trattato.

sull'Unione europea (TUE), tra cui, per l'appunto, il diritto ad un processo *fair*. Ciò comporta che, quando la CGUE applica l'art. 47 ai casi penali transfrontalieri, è chiamata a trovare un equilibrio tra la tutela dei diritti della difesa e la parità delle armi tra le parti, da un lato, e la tutela degli interessi delle indagini e del perseguimento dei reati penali attraverso la realizzazione di una proficua cooperazione tra le autorità, dall'altro²⁶.

Il perseguimento di un così ambizioso equilibrio dipende da diverse condizioni, quali ad esempio l'obiettivo dello specifico strumento di cooperazione internazionale usato e il livello minimo di protezione dei diritti previsto dall'art. 6 CEDU in questo singolare contesto. Non sembra, infatti, che in seno all'Unione Europea, eccezion fatta per alcune ipotesi particolari, sia attualmente adottato un livello più elevato di protezione del diritto a un processo equo rispetto a quello che si rinviene nel sistema del Consiglio d'Europa. Ciò perché, come spiegato, il contenuto di cui all'art. 47 Carta va desunto per lo più dall'art. 6 CEDU, così come interpretato nella casistica giurisprudenziale di Strasburgo.

Dal canto loro i giudici di Lussemburgo in materia di estradizione e in termini speculari a quelli utilizzati da Strasburgo nelle pronunce inaugurate dalla decisione *Soering*, nella sentenza relativa al caso *Aranyosi e Căldăraru*, hanno riconosciuto che l'esecuzione di un MAE può essere sospesa, ed infine rifiutata, in presenza di carenze sistemiche o generalizzate nelle modalità di trattamento dei detenuti che, in violazione di un diritto assoluto e inderogabile come quello sancito dall'art. 4 della Carta dei diritti fondamentali, pongano in evidenza condotte inosservanti del divieto di trattamenti inumani o degradanti nello Stato membro di emissione ai sensi dell'art. 3 CEDU²⁷.

È significativo che l'evoluzione della giurisprudenza di Strasburgo sul giusto processo abbia spianato la strada alla Corte di giustizia verso il riconoscimento di diritti fondamentali nelle procedure di cooperazione. Si rammenta, in specie dal punto di vista dei temi di questa ricerca, che nel 2018 la CGUE ha collegato in maniera esplicita l'indipendenza dell'autorità giudiziaria emittente all'"equità processuale" per la duplice importanza nel tutelare sia i diritti individuali, sia i valori comuni dell'Unione europea. Ebbene, il mancato rispetto della *fairness* nello Stato emittente non è previsto come condizione di rifiuto di esecuzione del mandato d'arresto europeo negli artt. 3 e 4 della Decisione Quadro, ma l'art. 1(3) precisa che «l'obbligo di rispettare i diritti fondamentali e i fondamentali principi giuridici di cui all'art. 6 del TUE non può essere modificato per effetto della decisione quadro». Sulla scorta di tale formulazione i giudici di Lussemburgo hanno chiarito che «qualora l'autorità giudiziaria dell'esecuzione, chiamata a decidere sulla consegna di una persona oggetto di un mandato d'arresto europeo emesso ai fini dell'esercizio di un'azione penale, disponga di elementi idonei a dimostrare l'esistenza di un rischio reale di violazione del diritto fondamentale a un equo processo garantito dall'art. 47(2), della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, a causa di carenze sistemiche o generalizzate riguardanti l'indipendenza del potere giudiziario dello Stato membro emittente, detta autorità deve verificare in modo concreto e preciso se [...] vi siano motivi seri e comprovati di ritenere che, in caso di consegna a

²⁶ Corte di giust., 29 gennaio 2013, *Radu*, causa C-396/11; Corte di giust., 26 febbraio 2013, *Melloni*, causa C-399/11 ECLI:EU:C:2013:107; Corte di giust., 30 maggio 2013, *PPU F.*, causa C-168/13, ECLI:EU:C:2013:358.

²⁷ Corte giust., 5 aprile 2016, cause riunite C-404/15 e C-659/15 PPU, *Aranyosi e Căldăraru*, ECLI:EU:C:2016:198. In tema, A. MARTUFI, *La Corte di giustizia al crocevia tra effettività del mandato d'arresto e inviolabilità dei diritti fondamentali*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, pp. 1243 ss.; A. SCHNEIDER, In *Absentia Trials and Transborder Criminal Procedures. The Perspective of EU Law* in S. QUATTROCOLO, S. RUGGERI (eds.), *Personal Participation in Criminal Proceedings. A Comparative Study of Participatory Safeguards and in absentia Trials in Europe*. Cham, 2019, pp. 605 ss.

quest'ultimo Stato, detta persona corra un siffatto rischio»²⁸. In tal modo, la Corte ha significativamente esteso l'applicazione del c.d. *test Aranyosi e Căldăraru* a violazioni sistemiche o generalizzate del diritto a un processo equo, di cui la *par condicio* è certamente parte integrante e sottolineando, al contempo, che l'indipendenza e l'imparzialità sono senz'altro funzionali a garantire efficacemente l'equità²⁹.

Queste prese di posizione hanno segnato uno stacco rispetto a quanto statuito in precedenza nel caso *Melloni*, in cui i giudici di Lussemburgo avevano sostenuto che nella misura in cui il diritto UE rispetta i diritti tutelati dalla Carta dei diritti fondamentali e delle libertà fondamentali dell'UE, lo Stato membro non può rifiutare di adempiere gli obblighi che ne derivano, nemmeno nell'ipotesi in cui tali obblighi risultino in contrasto con i diritti fondamentali garantiti al proprio ordinamento costituzionale. Sono, d'altronde, gli stessi Trattati UE a richiedere un ragionevole bilanciamento tra gli obiettivi dell'Unione e questi diritti: l'art. 52(1) della Carta di Nizza lo impone tra i valori in gioco, cioè tra quelli fondamentali secondo la tutela che questi ricevono dal sistema della CEDU, dagli ordinamenti nazionali e dall'ordinamento internazionale, e gli obiettivi dell'Unione³⁰.

È il caso di ricordare che sul *revirement* della CGUE ha inciso profondamente il braccio di ferro della giurisprudenza costituzionale tedesca che nel 2015 emetteva una pronuncia in chiave di continuità narrativa con le sentenze della “saga” *Solange* (per l'esattezza la numero tre)³¹. Sebbene la Decisione Quadro 2002/584 del Consiglio dell'UE sul MAE autorizzasse implicitamente gli Stati membri a rifiutare l'esecuzione del mandato in alcune situazioni lesive dei diritti fondamentali di cui all'art. 6 TUE, da *Karlsruhe* si è comunque voluto inviare un messaggio chiaro e preciso a Lussemburgo: anche in quelle materie disciplinate interamente dal diritto UE, perché di sua competenza (quindi non necessariamente entro l'ambito degli atti emanati *ultra-vires*), il controllo sulla tutela di diritti costituzionalmente garantiti come il diritto alla difesa e ad un giusto processo, ivi inclusa la *par condicio* (c.d. *Identitätskontrolle*), non solo deve poter essere esercitato anche dagli Stati membri, ma giustifica arretramenti rispetto al principio della supremazia del diritto³².

²⁸ Corte giust., 25 luglio 2018, causa C-216/18, *LM*, ECLI:EU:C:2018:586.

²⁹ Corte giust., *Aranyosi e Căldăraru*, cit., Sul punto T. WAHL, *Refusal of European Arrest Warrants Due to Fair Trial Infringements*, in *Eucrim*, 2020, pp. 321 ss.

³⁰ È qui che entra in scena un altro rilevante principio, quello di proporzionalità, per il quale la compressione di un diritto fondamentale può giustificarsi a patto che risulti finalizzata all'attuazione di interessi generali di carattere eurounitario e dall'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui, che esistano fattori di compensazione capaci di rispettare il contenuto essenziale del diritto fondamentale. Nel contesto transnazionale però, *défaillances* nell'applicazione del principio di proporzionalità profilerebbero un abbassamento della protezione dei diritti fondamentali e delle garanzie procedurali. Fino a che punto si possono, infatti, limitare i diritti di difesa, e quindi, della *par condicio*, in nome del perseguimento di interessi, per lo più finanziari (interrogativo posto soprattutto in seguito all'istituzione dell'EPPO) oppure in nome del processo di integrazione europea?

³¹ Sull'argomento si leggano inoltre i contributi di O. POLLICINO, M. BASSINI, *Personal Participation and Trials In Absentia. A Comparative Constitutional Law Perspective*, in S. QUATTROCOLO, S. RUGGERI (eds.), *Personal Participation in Criminal Proceedings. A Comparative Study of Participatory Safeguards and in Absentia Trial in Europe*, Cham 2019, pp. 527 ss.; E. DEMETRIO CRESPO, Á.M. SANZ HERMIDA, *In Absentia Proceedings in the Framework of a Human Rights-Oriented Criminal Law. The Perspective of Substantive Criminal Law*, in S. QUATTROCOLO, S. RUGGERI (eds.), *Personal Participation in Criminal Proceedings*, cit., pp. 559 ss.

³² Per la verità, già l'avvocato generale Sharpston aveva invitato la CGUE a adottare una soglia più protettiva sulla base dell'art. 47 della Carta di Nizza nei casi che interessano l'extradizione o le procedure MAE rispetto al requisito fissato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo secondo cui una persona deve rischiare di subire un «flagrante diniego di giustizia» affinché la sua estradizione o consegna violi il diritto a un equo processo ai sensi

3.1 Le Direttive Stoccolma e la tutela (imperfetta) della parità delle armi: rilievi critici dalla prospettiva del procedimento transnazionale equo

Ciò posto, si tratta ora di verificare se le Direttive previste dalla *Roadmap* di Stoccolma abbiano ridotto o meno la tutela della parità e con essa l'equità del procedimento penale transnazionale.

Anzitutto, si ricorda che tutte e cinque le Direttive a cui abbiamo accennato nel capitolo II della parte I sono suscettibili di essere applicate all'intero procedimento penale nazionale e, pur essendo tali strumenti rivolti ad armonizzare le disposizioni concernenti le garanzie in essi trattati, il fatto che essi mirano a facilitare le attività di cooperazione giustifica l'applicazione potenzialmente anche sul fronte transnazionale. Ciò è attestato, inoltre, dal rinvio ad essi operato dal RegEPPD e persino confermato dall'esplicito richiamo nel loro preambolo al mutuo riconoscimento³³. Eppure, tale assunto non è di per sé sufficiente ad assicurare la massima portata della parità delle armi a cui i diritti riconosciuti nelle Direttive sono preordinati.

Iniziamo col segnalare che cosa esattamente si debba intendere per procedimento penale o chi siano l'accusato e l'imputato non si evince da codesti strumenti, le cui formulazioni sono alquanto generiche. Tali mancanze non sono di poco conto perché una delimitazione più accurata avrebbe permesso di scandire i limiti temporali, ad esempio, di accesso ad un difensore o le condizioni di ricorso ad un interprete, evitando di rimandare troppo e spesso agli ordinamenti nazionali, così pregiudicando la cooperazione penale fra Stati membri. Un medesimo lemma, che utilizzato nell'ordinamento italiano assume un particolare significato tecnico, potrebbe averne un altro differente se utilizzato nell'ambito di procedure europee. Tale disomogeneità, unita al fatto che il procedimento penale transnazionale non si esplica in unico ordinamento, ma si suddivide in sub-procedimenti condotti in più Stati, crea non pochi problemi alla parità generando delle situazioni di svantaggio.

Per ovviare a tale difficoltà operativa, si potrebbe intanto valorizzare il concetto di accusa penale *ex art. 6(3)(d) CEDU* sul diritto all'informazione sugli addebiti, secondo il quale si deve ritenere che sussista una "*criminal charge*" non solo dal momento in cui un soggetto è ufficialmente informato da un'autorità competente dell'accusa di aver commesso un reato, ma anche «*from the point at which his situation has been substantially affected by actions taken by the authorities as a result of a suspicion against him*». Ciò accade per «*a suspect questioned about his involvement in acts constituting a criminal offence*»³⁴.

Più specificamente, quanto al diritto all'interpretazione, la Direttiva 2010/64/UE ha recepito, elaborato e approfondito le opzioni giurisprudenziali della Corte europea dei diritti dell'uomo³⁵, estendendole, tra l'altro, alle esecuzioni del mandato di arresto europeo. La scelta

dell'art. 6 CEDU. Causa C-396/11 *Radu*, Opinione dell'avvocato generale *Sharpston*, ECLI:EU:C:2012:648, par. 81-85.

³³ Si rinvia al capitolo IV della parte II.

³⁴ Succede, però, che nel sistema italiano con accusato si intende l'imputato, nei confronti del quale è già stata esercitata l'azione penale: fino a tale momento, infatti, si parla di indiziato o indagato, o di gravemente indiziato qualora la persona sia sottoposta ad una misura cautelare. Sfuggirebbe, pertanto, al significato tecnico della dizione europea l'indagato che ancora non sa di essere tale.

³⁵ Nella sentenza *Luedicke, Belkacem e Koç c. Germania* si è stabilito che «un accusato incapace di comprendere o parlare la lingua utilizzata in tribunale ha il diritto all'assistenza gratuita di un interprete per la traduzione o l'interpretazione di tutti quei documenti o quelle dichiarazioni del procedimento avviato contro di lui necessari per comprendere ed esigere un processo equo». Perché i diritti riconosciuti dalla Convenzione non siano meramente teorici o illusori l'assistenza di un interprete dovrebbe essere sufficientemente tale da permettere la

non è del tutto casuale nell'ottica di un consolidamento degli strumenti di cooperazione giudiziaria internazionale. L'EPPO, ad esempio, svolge attività transnazionali in cui confluiscono diverse lingue nei documenti di lavoro. Allo stesso modo, l'operatività dell'EIO implica la cooperazione in diversi idiomi³⁶.

Va comunque evidenziata la carenza di un esplicito riferimento alla possibilità di estendere tale diritto anche nell'eventualità di nomina di un difensore nello Stato in cui si deve provvedere alla raccolta di una determinata prova, ad esempio dichiarativa. Tuttavia, il richiamo operato dall'art. 14 Direttiva n. 41 e dall'art. 41 RegEPPO fa propendere per un'estensione applicativa.

Per quel che concerne il diritto alla traduzione, ci si chiede, nel silenzio della Direttiva 2010/64, se l'OEI, benché riguardi prettamente i rapporti tra autorità, possa considerarsi "atto fondamentale" meritevole di essere tradotto³⁷. Ora, l'art. 3 della Direttiva predispone un elenco di documenti fondamentali di per sé soggetti a traduzione, tra cui le decisioni privative della libertà personale, gli atti contenenti capi di imputazione e le sentenze³⁸ (ivi compresi i decreti penali di condanna che possono essere assimilati alla sentenza sotto il profilo della garanzia³⁹) e quelli utili per garantire l'equità del procedimento⁴⁰. Ebbene, proprio valorizzando la *fairness* e sul presupposto che i l'allegato A (il modulo di richiesta dell'OEI) della Direttiva 2014/41 deve indicare il tipo di reato per il quale si procede, la risposta non può che essere affermativa. L'essenzialità dell'atto potrebbe anche derivare dalla circostanza che il diritto di critica dell'ordine emesso possa esercitarsi alle condizioni prescritte dallo Stato di emissione. È fuori discussione, infatti, che la mancata conoscenza della lingua straniera del procedimento può pregiudicare l'esercizio di questa facoltà. Gli atti istruttori emanati nelle more di esecuzione dell'assistenza probatoria seguono del resto la stessa sorte, soprattutto quando assumano carattere cautelare o incidono fortemente sulla capacità di difesa dell'imputato.

Su un altro fronte, quello della tutela della vittima sotto il profilo dell'assistenza linguistica, è significativo che la Direttiva 2012/29/UE specifica, ancorché in termini generali, che gli

piena comprensione del processo, ponendo l'imputato in condizione di offrire la propria versione dei fatti contestati. Cfr. Corte Edu, 18 ottobre 2006, *Hermi c. Italia*, ric. n. 18114/02; Corte Edu, 12 ottobre 1999, *Güngör c. Germania*, ric. n. 36212/97.

³⁶ Secondo la Direttiva n. 41, l'OEI viene emesso nella lingua dello Stato di emissione e solo, in caso di richiesta, anche in quella dell'ordinamento di esecuzione.

³⁷ Si rammenta che al considerando della Direttiva OEI si precisa che: «È opportuno attuare la presente direttiva tenendo conto delle direttive 2010/64/UE (1), 2012/13/UE (2) e 2013/48/UE (3) del Parlamento europeo e del Consiglio che riguardano i diritti procedurali nei procedimenti penali».

³⁸ Nondimeno, bisogna segnalare che la garanzia prescritta non è equipollente in tutte le versioni linguistiche. Mentre nella traduzione italiana e tedesca la tutela è apprestata solo nel caso di imputazione formale, in quella inglese e francese, si estende anche all'addebito formulato nella fase delle indagini preliminari. In ogni caso la Direttiva è chiara nello estendere la tutela anche agli indagati la cui posizione di debolezza e di asimmetrico svantaggio si ravvisa proprio in quei procedimenti intermedi.

³⁹ In questo senso si veda, Corte di giust., 12 ottobre 2017, C-278/16, *Sleutjes*, §34. Per giungere a tale conclusione la Corte ha prima chiarito che il procedimento disciplinato dagli artt. 407 ss. StPO (*Strafbehf*) è un rito «semplificato», in cui la notifica del decreto viene «effettuata soltanto dopo che il giudice si sia pronunciato sulla fondatezza dell'accusa»; di più: essa è «la prima occasione per l'imputato di essere informato in merito all'accusa formulata a suo carico». Pertanto, il decreto si configurerebbe, «al contempo, come atto contenente un capo di imputazione e come sentenza, ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 2».

⁴⁰ In queste battute registriamo, ancora una volta, un *quid pluris* rispetto alla protezione offerta dalla Corte di Strasburgo, la quale si era limitata a consolidare un generico diritto all'assistenza di un interprete per i documenti e le dichiarazioni emerse nel procedimento, senza precisazione alcuna, e aveva ritenuto il ricorso alla traduzione una estrema *ratio*.

Stati membri devono garantire la protezione della vittima a prescindere dalla sua cittadinanza o nazionalità. Questa disposizione ci porta a considerare la loro posizione nei reati transfrontalieri e nei procedimenti transnazionali e la necessità che sia garantita loro il massimo supporto linguistico. Ciò che accade con frequenza, infatti, è che le persone lese si trovino a dover sormontare le difficoltà comunicative per spiegare cosa è successo loro e denunciare i fatti in uno Stato straniero. Tutto ciò può comportare probabili ed eccessivi ritardi, nonché un grave pregiudizio degli interessi della parte lesa, così come innescare processi di vittimizzazione secondaria. Tali difficoltà sono amplificate dalla circostanza che le vittime possono non conoscere il sistema giuridico dello Stato in cui si svolge il processo.

In materia di diritto all'informazione sull'accusa è necessario segnalare che rispetto al contenuto delle informazioni di cui all'art. 3 e della "letter of rights"⁴¹, manca un riferimento diretto alla possibilità di contestare un ordine europeo di indagine nello Stato membro di emissione e secondo le sue regole, *chance* della quale l'indagato potrebbe essere ignaro. Così come manca una menzione al diritto di interrogare o far interrogare i testimoni all'estero ovvero diritto di raccogliere prove a discarico *overseas*, se non direttamente, anche attraverso la semplice sollecitazione alle autorità competenti come previsto nella Direttiva n. 41. Non c'è traccia, ancora, dell'informazione al diritto di prendere parte alle indagini investigative transfrontaliere.

Gli Stati membri garantiscono, secondo le procedure del diritto nazionale, che la decisione di rifiutare l'accesso a parte della documentazione relativa all'indagine sia adottata da un'autorità giudiziaria o sia quantomeno soggetta a un controllo giurisdizionale. Tutto ciò finisce per limitare seriamente l'efficacia della *discovery*, e lascia poche *chances* alla difesa per preparare la propria controstrategia, soprattutto se le indagini sono condotte per la maggior parte all'estero. È facile osservare che in inchieste di carattere transnazionale il difensore ammesso a contestare il risultato probatorio è all'oscuro del materiale probatorio raccolto da chi conduce le indagini, spesso oggetto di uno scambio di informazioni⁴², né ha sempre le conoscenze tecnico-giuridiche dell'ordinamento estero in cui si procede con l'assunzione delle prove per improntare un ricorso. Anche la Direttiva n. 41 sull'OEI non prevede un dovere di *full disclosure* quanto agli elementi alla base delle richieste probatorie veicolate dall'ordine e tantomeno un sistema di eurodifesa capace di operare un tempestivo ed efficace ragguaglio tra difensori operanti nei diversi ordinamenti in cui si svolge la vicenda *criminiis*.

Venendo al diritto al difensore, sebbene esso sia richiamato anche dalla Direttiva n. 41, manca una previsione esplicita che, sulla falsariga dell'art. 10 della Direttiva *de qua* sull'accesso a un difensore per l'esecuzione di MAE (c.d. *dual defense*), impone la nomina di un avvocato nello Stato di esecuzione dell'OEI e detti, al contempo, le linee guida per un coordinamento tra difese operanti nell'ordinamento *a quo* e in quello *ad quem*. Su questo terreno, ci si aspetta dunque interventi più calibrati in futuro.

Per concludere, è utile guardare alla Direttiva sui diritti delle vittime del 2012. Nonostante il riconoscimento in essa di un diritto ad essere sentita della parte offesa fin dalle fasi preliminari del procedimento, non si registrano indicazioni *ad hoc* sul fronte della giustizia

⁴¹ In esso si prevede che le autorità nazionali sono chiamate a fornire, per iscritto o oralmente, ogni informazione essenziale su un nucleo minimo di garanzie processuali tra cui il diritto di avvalersi dell'assistenza tecnica e ad essere informato delle condizioni di accesso gratuito alla stessa, il diritto alla precisazione degli addebiti secondo le indicazioni dell'art. 6 Direttiva, nonché ad essere edotto della possibilità di avvalersi del silenzio (art. 3, Direttiva 2016/1919) e, per l'alloglotto, il diritto di interpretazione e traduzione.

⁴² M. CAIANIELLO, *La nuova Direttiva UE sull'ordine europeo di indagine penale tra mutuo riconoscimento e ammissione reciproca delle prove*, in *Proc. pen. e giust.*, 3, 2015, pp. 1 ss.

penale transnazionale, sicché non è azzardato sostenere che i procedimenti transfrontalieri hanno a cuore quasi esclusivamente l'emissione, il trasferimento e l'esecuzione delle richieste di cooperazione, momenti rispetto ai quali non solo il ruolo degli imputati ma anche quello delle vittime è messo spesso in secondo piano. Già l'art. 10, ad esempio, non chiarisce quando la persona lesa debba essere ascoltata. Pertanto, il fatto che gli Stati membri possano discrezionalmente udire la vittima anche in una fase successiva del procedimento transnazionale mette a rischio l'effettività del suo diritto *to be heard*. L'art. 20, che individua il diritto alla protezione delle vittime durante le indagini penali, afferma poi che l'esame delle stesse deve avvenire senza ritardi ingiustificati una volta che la denuncia di un reato è stata presentata all'autorità competente. Tuttavia, si precisa, questo diritto deve essere concesso senza pregiudicare i diritti della difesa e secondo la discrezionalità degli organi giudiziari.

Queste osservazioni evidenziano, dunque, che la normativa dell'UE concede ai Paesi membri un notevole margine di manovra nel decidere come garantire concretamente alle persone offese l'opportunità di partecipare e il diritto di essere ascoltate nel procedimento penale. Del resto, il loro coinvolgimento dipende da diverse variabili, a cominciare dalle eterogenee soluzioni previste dalla legislazione nazionale in relazione al loro *status* formale⁴³.

Ad ogni modo, se non può criticarsi completamente questo atteggiamento di *laissez-faire* del legislatore europeo, per la possibilità offerta agli ordinamenti giuridici nazionali di muoversi entro un certo margine di autonomia adattandosi alle contingenze interne dei propri sistemi, non può al contempo disconoscersi che questo variegato panorama aggrava la posizione delle vittime sul fronte transnazionale e, di riflesso, il ruolo già estremamente delicato delle autorità giudiziarie domestiche, *in primis* i pubblici ministeri, chiamati a svolgere un accettabile bilanciamento tra gli interessi delle vittime e quelli degli indagati e degli accusati. Non va, infatti, trascurato che sia la Corte europea dei diritti dell'uomo che la CGUE hanno ripetutamente sottolineato la necessità di pesare la protezione delle vittime con i diritti dell'imputato, contribuendo così a fondare un'accezione ampia dei diritti sanciti dall'art. 6 CEDU e promuovendo un'equità complessiva che tenga conto di tutti gli individui coinvolti nel procedimento penale⁴⁴. Come abbiamo avuto modo di vedere, la Corte europea valuta l'equità dell'intero procedimento tenendo conto della salvaguardia dei diritti delle vittime e dei fattori di controbilanciamento concessi all'imputato, quando non gli è consentito di avere un confronto con la persona offesa che ha rilasciato dichiarazioni contro. La questione ha una certa consistenza anche nei casi transnazionali in cui è davvero complicato garantire un confronto diretto tra accusatore e accusato quando la vittima non vive nello Stato del processo. Negli ultimi tempi, però, la Corte europea ha messo in risalto il potenziale fornito dalle videoregistrazioni e delle audizioni a distanza. In diverse occasioni, i giudici hanno incoraggiato la videoregistrazione dell'interrogatorio del soggetto leso, soprattutto se

⁴³ S. RUGGERI, *Audi Alteram Partem in Criminal Proceedings*, Cham, 2017, p. 380. Su questo punto si è detto più diffusamente al capitolo I della parte I.

⁴⁴ Corte Edu, *Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito*, cit.; Corte Edu, 26 marzo 1996, *Doorson c. Olanda*, ric. nn. 20524/92, par. 70. Si veda anche Corte giust., 16 giugno 2005, *Pupino*, causa C-105/03, EU:C:2012:517. La *Grande Chambre* ha sottolineato al par. 59 che la normativa europea (in specie la Decisione quadro sul MAE) deve essere interpretata in modo da rispettare i diritti fondamentali, tra cui in particolare il diritto a un processo equo, come stabilito dall'art. 6 della Convenzione e interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo. Tuttavia, la Corte europea non considera automaticamente ingiuste forme differite o, per giunta, violazioni del contraddittorio, legittimando così audizioni non pubbliche e eccezioni ai metodi informati alla *cross-examination*. Corte Edu, 19 luglio 2007, *W.S. c. Polonia*, ric. n. 21508/02. Invece, nel caso *P.S. c. Germany*, la Corte ha riscontrato una violazione dell'art. 6 della CEDU, perché all'imputato non è stato permesso di porre domande alla ragazza che aveva subito abusi sessuali. Corte Edu, 20 dicembre 2001, *P.S. c. Germany*, ric. n. 33900/96.

effettuato durante la fase investigative ed istruttoria del procedimento, per la possibilità di mostrarlo successivamente in tribunale⁴⁵. Il ricorso a questo strumento di certo rappresenta un'arma in più per la persona vittima del reato al fine far sentire e meglio la propria voce nei processi transnazionali e, in questo ordine di idee, si muove l'uso di videoconferenze che si rivelano estremamente utili consentendo ai soggetti coinvolti, ivi incluse le vittime, di partecipare anche quando non sono fisicamente presenti nello Stato del processo. L'argomento sarà, pertanto, richiamato allorquando si tratterà più specificamente della possibilità effettivamente accordata alle vittime di ricorrere a questi strumenti in seno alle procedure di cooperazione.

4. Osservazioni generali e riflessioni conclusive

Da una disamina delle due fonti europee che sanciscono, ancorché non espressamente, il principio della parità delle armi in quanto preordinato alla equità del procedimento penale transnazionale, la CEDU in seno al Consiglio d'Europa e la CDF nell'UE, possiamo ricavare alcune considerazioni conclusive.

La prima Carta ha come scopo principale quello di sviluppare la tutela dei diritti fondamentali all'interno degli ordinamenti giuridici nazionali degli Stati contraenti i quali, sulla scorta di una lettura personalistica dell'art. 1 CEDU, sono tenuti a adempiere agli obblighi previsti dalla Convenzione nel contesto della cooperazione internazionale in materia penale. Entro questo scenario emergono delle sostanziali differenze a seconda dello strumento e della tipologia di cooperazione attuata.

Per quanto riguarda le procedure di estradizione attuate secondo i tradizionali schemi del *Mutual legal assistance* (MLA) e del MAE, la Corte europea dei diritti dell'uomo richiede ai Paesi firmatari di astenersi dall'estradare o consegnare una persona se questa ha subito o rischia di subire una palese violazione di un processo equo o un diniego di giustizia nello Stato richiedente. Per quanto riguarda l'assistenza giudiziaria preordinata alla raccolta transfrontaliera di prove la Corte europea applica l'art. 6(1) della CEDU anche ai procedimenti transnazionali, almeno quando si tratta di esaminare testimoni o interrogare un indagato. Rispetto a questo profilo i giudici sembrano propendere per una responsabilità in capo al singolo Stato della cooperazione che non abbia garantito il diritto ad un confronto effettivo, salvo applicare in alcuni casi un approccio che fa leva sulla regola della prova unica e decisiva e degli effetti controbilanciati.

D'altro canto, gli ultimi approdi giurisprudenziali solo di primo acchito sono incoraggianti. Lo studio fin qui svolto ha dimostrato, infatti, che anche le tecniche più innovative che consentono la partecipazione a distanza all'udienza hanno acquisito un ruolo fondamentale nella valutazione dell'equità complessiva del procedimento penale, soprattutto nel campo della giustizia penale transnazionale. Come si è visto, in quei casi caratterizzati dal coinvolgimento di due Paesi nell'assunzione delle prove, la Corte europea ha recentemente sottolineato la necessità di verificare se lo Stato in cui deve essere svolto l'esame abbia fornito all'imputato un'adeguata opportunità di confronto attraverso il ricorso a collegamenti in *video-link*. La Corte, infatti, prende in considerazione la possibilità di giustificare la scelta delle autorità inquirenti di non stabilire un collegamento video, sebbene disponibile, verificando

⁴⁵ Corte Edu, 9 settembre 2013, *Gani c. Spagna*, ric. n. 61800/08; Corte Edu, 27 aprile 2009, *A.L. c. Finlandia*, ric. n. 23220/04. Verso questa direzione si muove pure l'ordinamento giuridico italiano che con il d. lgs. dello scorso ottobre 2022, il n. 150, ha previsto il ricorso alle videoregistrazioni.

se altre garanzie procedurali possano compensare questa condotta inerte. È irrilevante che la Corte abbia riscontrato una violazione della Convenzione: il problema sta nella possibilità della Corte di compensare comportamenti chiaramente non in linea con l'art. 6 della CEDU.

Questo approccio, fondato ancora una volta sulla considerazione olistica del procedimento, non solo lascia un eccessivo margine di manovra ai Paesi coinvolti nelle procedure transnazionali di raccolta delle prove, che sarebbero autorizzati a negare all'imputato un'effettiva opportunità di confronto, confidando nella possibilità di compensarlo in seguito, ma anche alla stessa Corte europea dei diritti dell'uomo, privando così il diritto *de quo* della sua stessa essenza⁴⁶.

Tutto ciò premesso significa che, a parte la soglia elevata prevista per i casi di estradizione o MAE, la Corte europea dei diritti dell'uomo non ha sviluppato *standard* specifici per l'applicazione dell'art. 6(1) nel contesto transnazionale.

Per quanto riguarda i diritti fondamentali proclamati nella Carta di Nizza, questi devono essere rispettati dalle istituzioni dell'UE e dagli Stati membri quando attuano o applicano il diritto dell'Unione. Per questo motivo, la CDF potrebbe essere applicata a casi nazionali, transfrontalieri ed europei.

Quanto alla parità, l'analisi condotta ha dimostrato che attualmente la principale fonte europea capace di veicolare la massima tutela del principio è rappresentata, ancora una volta, dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo la quale, però, concentra per lo più la propria attenzione sui procedimenti penali nazionali. Ne consegue che il modo in cui il principio viene attualmente applicato nelle vicende penali transfrontaliere dipende per la maggior parte dal modo in cui gli Stati contraenti hanno inteso elaborare il concetto di *par condicio* in conformità con le loro tradizioni giuridiche.

D'altronde, l'ampia definizione del principio della parità delle armi adottata dalla stessa Corte presta il fianco a diverse interpretazioni. Di conseguenza, gli Stati cooperanti sono portati ad avere una concezione diversa del se e come il principio debba essere applicato, con ciò rendendo più difficile la cooperazione. Né è dato rinvenire nella giurisprudenza passata in rassegna una nozione autonoma di "*equality of arms*" che si attaglia espressamente ai procedimenti penali di natura eminentemente transnazionale. Il tema della parità non è rimasto, tuttavia, estraneo alla giurisprudenza di Strasburgo che, come abbiamo visto, se ne è occupata più volte indirettamente trattando di quelle singole garanzie di cui all'art. 6 CEDU che veicolano la parità delle armi e nel complesso conferiscono al procedimento penale il crisma dell'equità. Anche in questo caso, però, l'approccio casistico della Corte è stato foriero di contraddizioni. Ancora una volta il diritto al confronto rappresenta un'ipotesi esemplificativa per avviare delle riflessioni critiche. Se da un lato, a fronte del silenzio della CEDU sulla *fairness* transnazionale e sulla raccolta e ammissibilità delle *extraterritorial evidence*, i giudici di Strasburgo hanno affermato, come in *Stojkovic c. Francia e Belgio*⁴⁷, che le autorità richiedenti hanno sempre il dovere di verificare il rispetto del diritto al confronto nella fase di formazione della prova, dall'altro non sono mancate pronunce giurisprudenziali che, improntate ad un *favor* verso l'assistenza mutuale tra Stati e la salvaguardia della *lex loci*, hanno accantonato la tutela della equità processuale. Ciò è emerso, come si è ampiamente dimostrato, in quelle sentenze che hanno evidenziato la necessità di assumere iniziative investigative per non disperdere le prove rilevanti ai fini dell'accertamento penale.

⁴⁶ A. FALCONE, C. ORLANDO, cit., p. 19.

⁴⁷ Corte Edu, 27 ottobre 2011, *Stojkovic c. Francia e Belgio*, ric. n. 25303/08. Sul punto, R. BELFIORE, *La prova penale «raccolta» all'estero*, Roma, 2014.

Nel contesto dell'Unione europea, la crescente inclinazione verso una “nomofilachia” europea, realizzata mediante «l'azione interpretativa intrapresa dalla Corte di giustizia, si colloca all'interno di uno sforzo graduale, ma costante, in cui i giudici cercano e stabiliscono con prudenza concetti condivisi e indipendenti, in tal modo delimitando un'area semantica di nozioni distinte da quella propria degli ordinamenti giuridici nazionali»⁴⁸. Finora la CGUE ha avuto poche occasioni per plasmare concetti autonomi di diritti e principi fondamentali in chiave transfrontaliera. Come avremo modo di notare, due esempi fra tutti sono dati dai principi dell'indipendenza e dal *ne bis in idem*. Per il resto, la CGUE ha largamente attinto dalla CEDU e dalla giurisprudenza della Corte Edu, oltre che da accordi internazionali sui diritti umani e dalle tradizioni costituzionali degli Stati membri e dalle relative giurisprudenze. In questa delicata operazione, tuttavia, le nozioni autonome sono state perfezionate dalla Corte di giustizia attraverso l'adozione un approccio teleologico che tiene conto della necessità di assicurare un'interpretazione uniforme e indipendente del diritto dell'Unione europea⁴⁹.

Certo, non può negarsi che trattando di indipendenza ed equità, a cominciare dal caso *LM*, la Corte abbia indirettamente impresso, benché di riflesso, una significativa protezione anche alla *par condicio* delle parti.

Alla luce di tutto ciò, è dunque prevedibile che anche in seno alla giurisprudenza della Corte CGUE in futuro si possa discutere, e quindi sviluppare esplicitamente, il principio sancito dall'art. 47 della Carta di Nizza in relazione a casi penali transnazionali, poiché tale documento deve essere rispettato anche quando gli Stati membri dell'Unione attuano e applicano la legislazione UE sulla cooperazione internazionale.

A ben vedere, la nozione che si evince dalla ricostruzione operata in sede di procedimenti penali domestici e che, avvalorando una prospettiva sostanzialistica, vede nell'uguaglianza delle armi il complessivo equilibrio tra le parti nell'esercizio di poteri e facoltà, può risultare senz'altro utile a fondare il concetto di equità anche sul piano transnazionale. Tutto ciò al netto delle censure mosse in precedenza rispetto ai rischi di una tutela a ribasso delle singole garanzie partecipative quale deriva di un approccio eccessivamente olistico.

⁴⁸ Così G. DE AMICIS, *Stato di diritto, garanzie europee di indipendenza della magistratura e cooperazione giudiziaria penale: quadri di un'esposizione* in fieri, in *Sist. pen.*, 13 dicembre 2021, p. 24. <https://www.sistemapenale.it/it/articolo/de-amicis-stato-di-diritto-garanzie-europee-di-indipendenza-della-magistratura-e-cooperazione-giudiziaria-penale>. Sul tema si legga V. MITSILEGAS, *Autonomous Concepts, Diversity Management and Mutual Trust in Europe's Area of Criminal Justice*, in *Common Market Law Review*, 57, 2020, pp. 45 ss.

⁴⁹ G. DE AMICIS, *ibid.*

CAPITOLO II

Il principio di indipendenza delle autorità giudiziarie e la progressiva affermazione della tutela dei diritti fondamentali nelle procedure del mandato d'arresto europeo

Sommario: 1. Premessa. – 2. Mandato d'arresto europeo, garanzie di indipendenza ed evoluzione delle nozioni di “autorità giudiziaria emittente” e “autorità giudiziaria di esecuzione” nel diritto dell'Unione europea. - 2.1 La nozione di «autorità giudiziarie» nella prima e seconda bozza della Decisione quadro sul mandato d'arresto europeo. - 2.2 L'evoluzione della nozione di “autorità giudiziaria emittente” secondo la Corte di giustizia e le garanzie di indipendenza del pubblico ministero: coordinate ermeneutiche comuni, soluzioni opposte. - 2.2.1 L'assenza “in astratto” di garanzie di indipendenza della *Staatsanwaltschaft* tedesca e l'indipendenza “in concreto” della *Staatsanwaltschaft* austriaca. - 2.3 Legittimità del procedimento di emissione del mandato d'arresto europeo da parte del pubblico ministero francese. - 2.4 La nozione di “autorità giudiziaria d'esecuzione” nella giurisprudenza di Lussemburgo. - 3. Mandato d'arresto europeo, indipendenza del pubblico ministero, tutela dei diritti fondamentali e della parità delle armi: alcune considerazioni critiche. - 3.1 Una sentenza “prudente” per un caso “rovente”: la CGUE e il *favor* per la cooperazione nel caso *Puig Gordi*. - 3.2 Il ruolo assegnato alla vittima di reato nelle procedure di consegna

1. Premessa

La ricerca di una “comune grammatica” di concetti e nozioni da parte della Corte di giustizia, negli ultimi tempi, ha interessato principalmente il ruolo dell'indipendenza del potere giudiziario, in specie nell'ambito della gestione dei meccanismi e del nuovo sistema di consegna estradizionale basato sul mandato d'arresto europeo e dell'ordine europeo di indagine penale. Infatti, le sovrapposizioni tra i diversi aspetti e livelli di tutela legati allo Stato di diritto¹, alle garanzie dei diritti fondamentali e al principio del reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie offrono un terreno senz'altro fertile per esplorare le reali opportunità di attuazione dei principi di indipendenza e imparzialità delle autorità giudiziarie² quali garanti, a loro volta, della *par condicio* tra le parti e con essa della *fairness* procedimentale transnazionale.

A questo riguardo è anzitutto necessario notare che, ancorché la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e i Trattati dell'UE non menzionino il principio di indipendenza, le istituzioni europee hanno iniziato a considerarla con maggiore frequenza solo di recente, da quando, cioè, si è compreso che la sua inosservanza in uno Stato membro

¹ G. COLAVECCHIO, *L'indipendenza dei giudici nel Rule of Law backsliding e la cooperazione giudiziaria europea in materia penale*, in *Quaderni AISDUE*, 4, 2022, pp. 555 ss.

² G. DE AMICIS, *Stato di diritto, garanzie europee di indipendenza della magistratura e cooperazione giudiziaria penale: quadri di un'esposizione in fieri*, in *Sist. pen.*, 13 dicembre 2021, p. 15.

produce delle “esternalità” che si ripercuotono inevitabilmente sull’assetto costituzionale dei Paesi membri inerente l’organizzazione delle magistrature e sull’apparato istituzionale europeo nel suo complesso. Entro questo peculiare scenario i giudici di Lussemburgo hanno progressivamente valorizzato l’indipendenza sia con riferimento all’identificazione dei limiti di tutela dei diritti fondamentali nell’ambito della procedura di esecuzione del MAE sia con riguardo alla conformità di talune riforme approvate negli ordinamenti di alcuni Stati membri – vuoi costituzionali vuoi più propriamente afferenti alla materia della procedura penale – con il principio dello Stato di diritto.

Dalla prospettiva di questo elaborato, e in specie di questo capitolo, è certamente il primo dei profili appena menzionati che richiede di essere approfondito, al fine di sondare il legame sussistente tra indipendenza e imparzialità e parità delle armi nelle procedure del mandato d’arresto europeo quali connotati inscindibili del *transnational due process*³.

Per avviare una siffatta indagine, ed in linea con gli obiettivi esplicitati nelle questioni preliminari, non possiamo esimerci dal ricostruire i passaggi cruciali che hanno interessato nell’ultimo decennio l’evoluzione dei concetti di “autorità giudiziaria emittente” e “autorità giudiziaria di esecuzione”, ai sensi della Decisione quadro 2002/584/GAI sul MAE, tanto a livello normativo quanto giurisprudenziale. Sono state, infatti, le tensioni interpretative su queste spinose nozioni ad innescare tutta una serie di questioni gravitanti attorno al ruolo che l’indipendenza delle autorità giudiziarie può e deve assumere nell’ambito della cooperazione giudiziaria in materia penale quale presupposto per assicurare la tutela dei diritti fondamentali, componente essenziale di un procedimento penale transnazionale complessivamente equo. La ricostruzione che si intende condurre è senza dubbio utile per individuare, laddove esistenti, riferimenti espliciti e all’equità e all’uguaglianza delle armi nelle procedure di cooperazione giudiziaria fondate sul mandato d’arresto europeo e alla stretta connessione di tali principi con l’indipendenza e l’imparzialità.

Prima di addentrarci in questa disamina è utile però richiamare in poche battute le tappe salienti che hanno segnato via via una maggiore attenzione verso la necessità che sia un’autorità munita di garanzie di indipendenza a sovrintendere le procedure di estradizione in quanto idonee a vigilare sulla salvaguardia dei diritti fondamentali nei procedimenti di estradizione.

A questo riguardo, la ricerca storica dimostra che i primi Stati in Europa a dotarsi di una normativa interna che regolasse l’extradizione riconoscendo espressamente dei poteri all’autorità giudiziaria furono il Belgio (1833), il Lussemburgo (1841) e l’Olanda (1849)⁴. E infatti, come si è avuto modo di affermare in precedenza, le procedure di consegna nacquero come scambio di cortesie tra sovrani e tramutarono poi in un congegno dal carattere amministrativo tra i poteri esecutivi degli Stati. Solo successivamente si sarebbe valorizzato un coinvolgimento delle autorità giudiziarie nelle scelte operate dal Governo sulle consegne internazionali⁵, sebbene tale compartecipazione, non avrebbe protetto dalle derive arbitrarie

³ Eppure, non va dimenticato che un aumento degli *standard* di protezione dei diritti fondamentali – così definiti poiché si ritiene appartengano ad ogni essere umano in quanto tale, a prescindere dalla sua appartenenza ad un gruppo o alla sua localizzazione geografica – si ripercuote inevitabilmente sulla buona salute della *Rule of Law*. I diritti fondamentali, infatti, rappresentano un limite e un fine nell’esercizio dei poteri pubblici. Quest’ultimi, al contempo, devono predisporre tutele e garanzie appropriate per assicurare il libero e pieno godimento dei diritti anche quando, e a maggior ragione, le attività realizzate producono effetti sul piano transnazionale.

⁴ Cfr. E. MARZADURI, *Libertà personale e garanzie giurisdizionali nel procedimento di estradizione passiva*, Milano, 1992, pp. 23 ss.

⁵ M.R. MARCHETTI, *Estradizione (dir. proc. pen.)*, in *ED, Annali*, III, 2010, pp. 300 ss.; G. DI CHIARA, *Rapporti giurisdizionali con autorità straniere*, in *ED, agg.*, II, 1998, pp. 1 ss.

della politica poiché conta anche come l'intervento di tali autorità si espliciti in questo specifico terreno procedurale. A voler essere ancora più precisi il riconoscimento del ruolo delle autorità giudiziarie nasce, prima ancora che con una funzione garantista, dalla necessità di risolvere questioni rigorosamente giuridiche, come quelle attinenti alla cittadinanza o meno dei soggetti estradabili o alla definizione del reato politico⁶.

Infatti, «è noto come nella “grammatica” vissuta dello strumento estradizionale giochi (da sempre e) tuttora un ruolo importante e talora predominante la categoria del “politico”»⁷. In altre parole, nei meccanismi di assistenza giudiziaria gli estradandi sono stati considerati spesso come “oggetti” di un rapporto politico internazionale fondato ora sulle ragioni di Stato informate a relazioni di cortesia ora sugli obblighi imposti da fonti di diritto internazionale⁸.

È solo a partire dalla seconda metà del Novecento in poi che l'extradizione assume tratti più garantisti, in quanto orientata alla tutela dei diritti della persona come testimoniano, tra l'altro, i rifiuti di consegne in caso di violazione della “*human rights exception clause*” o della “*public policy/order reservation*”⁹. Del resto, appare significativo per l'oggetto di questa ricerca il fatto che in quegli anni su scala internazionale è maturata la consapevolezza dell'importanza del principio di indipendenza, anche se limitatamente alle figure dei giudici e al di fuori delle procedure transnazionali. Ebbene, una tale presa di coscienza è sfociata nell'emanazione di atti internazionali ad oggi di importanza capitale. Il riferimento va alla Dichiarazione Universale dei Diritti dell'uomo (1948) secondo cui ciascuno ha il diritto di essere giudicato da «un tribunale indipendente ed imparziale» (art. 10); al Patto internazionale sui diritti civili e politici (New York, 16 dicembre 1966); ai Principi fondamentali sull'indipendenza della magistratura elaborati nel 1985 dall'ONU e alle Procedure per la loro effettiva applicazione (1989); alla Raccomandazione n. R (94) 12 del Comitato dei ministri del Consiglio dell'Europa agli Stati membri «sull'indipendenza, l'efficienza ed il ruolo dei giudici». Si rammentano ancora la Carta europea sullo statuto dei giudici, approvata dal Consiglio d'Europa a Strasburgo il 10 luglio 1998; la risoluzione del Parlamento Europeo sul rapporto annuale circa il rispetto dei diritti umani nell'Unione Europea del 1998 e del 1999 (11350/1999 - C5-0265/1999 -1999/2001 (INI), adottata il 16 marzo 2000). Ricordiamo anche la Relazione della *European Commission for Democracy through Law-Venice Commission* del Consiglio d'Europa sull'indipendenza del sistema giudiziario (parere n. 494/2008).

⁶ E. MARZADURI, *Libertà personale e garanzie giurisdizionali nel procedimento di estradizione passiva*, cit., p. 23 ss.

⁷ B. GALGANI, *Estradizione, reato politico e clausola di non discriminazione: da una vicenda recente qualche utile indicazione per il futuro?* in *Arch. pen.*, 1, 2012, p. 1. Secondo la Prof.ssa Galgani, l'istituto, pur avendo assunto nel corso del tempo le più diverse fisionomie, «continua a denunciare «un gap (ineliminabile?) tra garanzie offerte a livello di procedimenti penali, per così dire, “ordinari” e garanzie contemplate nello svolgimento delle procedure estradizionali vere e proprie. Per lo più, e giustamente, si enfatizza il deficit di tutela che ne viene o può venire, sotto vari aspetti, per il soggetto di cui è chiesta l'extradizione». Sul tema, A. ESER, O. LAGODNY, C.L. BLAKESLEY, *The Individual as Subject of International Cooperation in Criminal Matters: A Comparative Study*, Baden-Baden, 2002. Di diverso avviso è Brierly, per il quale gli estradati sarebbero titolari di diritti e facoltà; cfr. J.L. BRIERLY, *Le fondement du caractère obligatoire du droit international*, in *Recueil des Cours (Académie de droit international de La Haye)*, 1928, pp. 530 s.

⁸ Si rammenta che nella procedura estradizionale classica viene fatta una distinzione tra *Bewilligung* (approvazione) e *Zulässigkeit* (ammissibilità). Il primo termine si riferisce ad una procedura che sfocia in una pronuncia del tribunale, il secondo indica una procedura culminante in una decisione intergovernativa discrezionale. Cfr. W. SCHOMBURG, O. LAGODNY, S. GLESS, T. HACKNER, *Internationale Rechtsbilfe in Strafsachen, Kommentar, Einleitung*, in W. SCHOMBURG, O. LAGODNY, S. GLESS, T. HACKNER, *Internationale Rechtsbilfe in Strafsachen*, München, 2020, 6ª ed., nn-29 ss.

⁹ S. MAFFEI, *Extradition Law and Practice*, Zutphen, 2019, pp. 24 ss.

2. Mandato d'arresto europeo, garanzie di indipendenza ed evoluzione delle nozioni di "autorità giudiziaria emittente" e "autorità giudiziaria di esecuzione" nel diritto dell'Unione europea

Sin dalla promulgazione della Decisione quadro 2002/584/GAI è apparso evidente che l'introduzione del mandato d'arresto europeo avrebbe generato diversi conflitti interpretativi. Del resto, l'obiettivo dichiarato, e costantemente ribadito, di sostituire l'extradizione con un sistema semplificato di consegna tra autorità giudiziarie non poteva essere realizzato senza conseguenze, soprattutto in considerazione della salvaguardia dei diritti fondamentali, come peraltro dimostrato dal dibattito emerso attorno al caso *Melloni*.

Tuttavia, era imprevedibile che la Corte di Giustizia avrebbe colto l'occasione offerta da alcuni nodi interpretativi sollevati dagli Stati membri per definire quei concetti chiave, purtroppo poco chiari, della Decisione quadro 2002/584 facendo degli stessi nozioni autonome del diritto europeo.

Nel complesso, ciò che risulta da un primo vaglio delle vicende che hanno interessato la genesi della Decisione quadro sul MAE, e che ripercorreremo a breve, è che con quest'ultima non solo si è voluto limitare la discrezionalità politica degli Stati membri nell'emettere ed eseguire decisioni volte alla consegna di cittadini dell'area UE, ma si è anche trasformato radicalmente il significato di alcuni fondamenti del diritto interno, a cominciare dalla nozione di autorità giudiziaria¹⁰. In tal modo, si è inteso perseguire l'obiettivo di un sistema di reciproco riconoscimento sempre più efficace all'interno di una cornice, quale è quella Europea, dall'accentuata eterogeneità normativa. Se questo scopo è stato efficacemente perseguito è interrogativo a cui i paragrafi seguenti tenteranno di fornire una risposta. Il processo interpretativo avviato a Lussemburgo, del resto, ha coinvolto uno degli aspetti più innovativi e solo apparentemente meno controversi del meccanismo alla base del mandato d'arresto ovvero l'assegnazione all'autorità giudiziaria del ruolo di attore istituzionale responsabile della cooperazione alle istituzioni giudiziarie, anziché a quelle politiche.

2.1 La nozione di «autorità giudiziarie» nella prima e seconda bozza della Decisione quadro sul mandato d'arresto europeo

L'emanazione della Decisione quadro sul MAE è stata preceduta da un lungo e contorto dibattito legislativo attorno al significato da attribuire a «autorità giudiziaria emittente» e «di esecuzione» ai fini del mandato d'arresto europeo. A ben vedere, infatti, le definizioni di cui trattasi rappresentano un elemento prodromico per l'effettiva tutela giudiziaria dei diritti dell'individuo nei procedimenti penali transfrontalieri, soprattutto, sulla scorta dei legami evidenziati nei capitoli precedenti di questo elaborato tra principio di indipendenza degli organi giudiziari ed equità delle armi. Senza considerare che il modo di intendere il concetto di "autorità giudiziaria" determina l'estensione dell'autonomia di uno Stato membro nella scelta dell'organo interno autorizzato a emettere, ma anche ad eseguire un MAE. E così, a seconda del significato attribuito ad "autorità giudiziaria emittente e dell'esecuzione", la decisione di emettere e di eseguire questo strumento di cooperazione può essere assunta o da un organo strettamente giudiziario, ossia da un giudice oppure da un'autorità giudiziaria

¹⁰ Sul tema, G. DE AMICIS, *I soggetti della cooperazione giudiziaria nell'esercizio delle competenze punitive dell'Unione europea*, in C. GRANDI (ed.), *I volti attuali del diritto penale europeo. Atti della giornata di studi per Alessandro Bernardi*, Pisa, 2021, pp. 59 ss.

in senso lato, tra cui si annovera, ad esempio, il pubblico ministero, i quali possono essere privi di garanzie di indipendenza.

Ebbene, il percorso che ha preceduto l'adozione della Decisione quadro 2002/584 ha sollevato fin dal suo esordio dubbi circa la possibilità di definire questi concetti in maniera agevole. Ciò è dimostrato dall'avanzamento di due versioni della Decisione prima della proposta definitiva, entrambe contenenti due determinazioni significativamente diverse delle nozioni qui analizzate. Allo stesso tempo, l'*iter* legislativo si è mostrato complessivamente incoerente e nella seconda versione del progetto, piuttosto che risolvere le perplessità sorte a seguito dell'emanazione del disegno contenuto nel primo *draft*, è stata prodotta una variante del testo, confluita poi nella Decisione quadro 2002/584, incapace di prendere una posizione a favore di una nozione "ampia" o "ristretta" di «autorità giudiziaria» ai fini del MAE¹¹.

Si rammenta, in breve, che la versione originaria della proposta fu presentata dalla Commissione il 19 settembre 2013. Secondo l'art. 3(b) della stessa, per «autorità giudiziaria emittente» si sarebbe dovuto intendere «il giudice o il pubblico ministero di uno Stato membro che ha emesso un mandato d'arresto europeo»¹². Una definizione simile fu adottata all'art. 3(c) per individuare l'«autorità giudiziaria dell'esecuzione» intesa quale «giudice o pubblico ministero di uno Stato membro nel cui territorio soggiorna la persona ricercata, che decide l'esecuzione di un mandato d'arresto europeo». In questi termini, la prima proposta di Decisione quadro del Consiglio sul MAE accordò agli Stati una certa autonomia decisionale nella scelta su chi dovesse ad emettere ed eseguire il MAE [art. 4(a)]. La relazione che accompagnò la Proposta, nel commento relativo all'art. 3(b) rese esplicita la somiglianza dell'espressione «autorità giudiziaria emittente e di esecuzione» con quella di «autorità competenti» di cui all'art. 1 della Convenzione europea di estradizione del 13 del 1954. Secondo il Rapporto esplicativo della Convenzione, per "autorità competenti" si devono, infatti, intendere "la magistratura" e "l'Ufficio del Pubblico Ministero", ma non anche le forze di polizia¹³.

La seconda versione della proposta aveva espressamente escluso il pubblico ministero dal novero dei soggetti deputati all'emanazione del MAE, stabilendo semplicemente che l'autorità giudiziaria è quell'organo giudiziario competente a emettere o eseguire un mandato d'arresto europeo in virtù della legge dello Stato di emissione o esecuzione del MAE. Il testo così modificato, tuttavia, fu sottoposto all'attenzione del Parlamento europeo per una nuova consultazione ed il significato da ultimo attribuito all'espressione «autorità giudiziaria emittente o di esecuzione» nella versione finale della Decisione quadro 2002/584 finì per essere simile e non identico a quello proposto dalla seconda bozza della Decisione del 10 dicembre 2001. Secondo l'art. 6(1), ad esempio, «l'autorità giudiziaria emittente è quella dello Stato membro emittente competente a emettere un mandato d'arresto europeo in virtù della legislazione di tale Stato». Ciò che suscita interesse è il riferimento al «mandato d'arresto europeo» e non più ad un «mandato d'arresto» generalmente inteso, nonché il mantenimento

¹¹ Sul tema, si legga, A.H. OCHNIO, *Why is a redefinition of the autonomous concept of an "issuing judicial authority" in European arrest warrant proceedings needed?*, in *European Papers*, 5, 3, 2020, pp. 1305 ss. Ed ancora, S. QUATTROCOLO, *Nozioni autonome o variabili? La Corte di giustizia e la definizione di «autorità giudiziaria» e «autorità emittente» nel sistema della cooperazione giudiziaria infraeuropea*, in *Cass. pen.*, 5, 2021, pp. 1785 ss.

¹² Proposta della Commissione di decisione quadro del Consiglio relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri, COM(2001), 522 def., reperibile al sito <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52001PC0522&from=it>.

¹³ Consiglio d'Europa, Relazione esplicativa alla Convenzione europea di estradizione del 13 dicembre 19, reperibile al sito <https://rm.coe.int/168047cd71>.

dell'approccio a sostegno dell'autonomia procedurale degli Stati membri per quanto riguarda la scelta dell'entità statale autorizzata a emettere il MAE.

La modifica intervenuta, con l'eliminazione del pubblico ministero dalla cerchia dei soggetti esplicitamente coinvolti nelle procedure preordinate all'emissione o esecuzione del MAE, piuttosto che chiarire i dubbi interpretativi aveva finito per accentuarli: la formulazione generica della disposizione, infatti, continuava a non risolvere il problema della portata del termine "autorità giudiziaria" e della definizione dei contorni di tale categoria soggettiva, così ingenerando disorientamenti circa la necessità di includere o meno la pubblica accusa tra gli organi legittimati ad occuparsi direttamente dell'emanazione o esecuzione di un MAE.

Le difficoltà insite nell'interpretare univocamente soprattutto il concetto di "autorità giudiziaria emittente" sono state rilevate, come vedremo, dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, sebbene quest'ultima non sia la sola ad averle riscontrate. Un esempio fra tutti è rappresentato dalla sentenza della Corte Suprema del Regno Unito del 30 maggio 2012 nella causa *Assange c. The Swedish Prosecution Authority*. Nella fattispecie, si è trattato di riconoscere l'invalidità di un MAE emesso da un'autorità non giudiziaria (la *Swedish Prosecution Authority*), così come previsto dalla sez. 2 par. 2 dell'*Extradition Act* del 2003¹⁴. I giudici inglesi, ancorché in assenza di unanimità, hanno adottato una definizione ampia di autorità giudiziaria, inclusiva dei pubblici ministeri¹⁵.

Di una tale complessità interpretativa ha mostrato consapevolezza lo stesso legislatore europeo, così come già evidenziato dalla Risoluzione del Parlamento europeo del 27 febbraio 2014 che si è conclusa con una serie di raccomandazioni alla Commissione circa la revisione della disciplina sul mandato d'arresto europeo. Tra i problemi segnalati si ricorda, per l'appunto, la mancanza di una definizione del termine "autorità giudiziaria" negli strumenti fondati sul riconoscimento reciproco, quale motivo di per sé sufficiente per innescare incertezza nei rapporti con gli Stati e danni alla fiducia reciproca¹⁶.

Secondo le raccomandazioni allegate alla citata Risoluzione sulla procedura di convalida degli strumenti di riconoscimento giuridico reciproco dell'UE, per «autorità emittente» dovrebbe intendersi «un giudice, un tribunale, un magistrato inquirente o un pubblico ministero competente per il caso in questione» o «qualsiasi altra autorità competente, come stabilito dallo Stato membro emittente, a condizione che l'atto da eseguire sia convalidato, dopo averne esaminato la conformità alle condizioni di emissione dello strumento, da un giudice, un tribunale, un magistrato inquirente o un pubblico ministero dello Stato membro emittente».

Degno di nota è il richiamo nelle Raccomandazioni all'utilizzo di una nozione estesa ed uniforme di "autorità emittente" senza riconoscere, tuttavia, che la procedura del MAE richiede una definizione speciale e più ristretta. Tale impostazione dimostra che la specificità del meccanismo del MAE, se confrontata con gli altri strumenti di cooperazione reciproca dell'Unione in materia penale, non è stata debitamente considerata. È di tutta evidenza, invece, che nessuno di questi mezzi (come l'ordine di indagine europeo, fatta eccezione per alcune ipotesi contemplate dalla Direttiva sull'OEI su cui ritorneremo più avanti nel capitolo III o il riconoscimento reciproco dei provvedimenti di blocco e confisca) comporta una

¹⁴ Cfr. www.legislation.gov.uk.

¹⁵ Corte Suprema del Regno Unito, 30 maggio 2012, *Assange c. The Swedish Prosecution Authority*, UKSC 22.

¹⁶ Cfr. Risoluzione del Parlamento europeo P7_TA(2014)0174 del 27 febbraio 2014 recante raccomandazioni alla Commissione sulla revisione del mandato d'arresto europeo, sezione F, paragrafo VI, e allegato, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-7-2014-0174_IT.html.

limitazione così grave dei diritti fondamentali dell'individuo come l'applicazione di un MAE¹⁷.

Per concludere, tutto ciò rivela che la Decisione quadro del 2002 ha voluto rispettare l'autonomia degli Stati membri in materia di scelta dell'organo statale legittimato a emettere o eseguire il mandato. Tuttavia, tale approccio non ha semplificato affatto l'interpretazione del termine "autorità giudiziaria emittente" e "autorità giudiziaria dell'esecuzione", come ci si sarebbe aspettato. L'ampia forbice discrezionale accordata ai legislatori nazionali ha infatti favorito l'emergere di diversi approcci da parte degli Stati membri che hanno reso difficile la cooperazione transfrontaliera in materia penale, in tal modo inducendo i tribunali nazionali deputati all'esecuzione e all'emanazione di un MAE a sollevare alla Corte di giustizia questioni pregiudiziali volte a stabilire se *a*) un'autorità emittente o dell'esecuzione priva di garanzie di indipendenza e, in specie, *b*) un pubblico ministero siano competenti ad emettere ed eseguire un mandato alla luce del diritto dell'UE e, più a monte, *c*) cosa si debba intendere per «decisione giudiziaria» ai sensi dell'art. 8(1)(c) della Decisione quadro sul MAE.

2.2 L'evoluzione della nozione di "autorità giudiziaria emittente" secondo la Corte di giustizia e le garanzie di indipendenza del pubblico ministero: coordinate ermeneutiche comuni, soluzioni opposte

Dinanzi ad un quadro normativo così precario e ad un legislatore incapace di risolvere le problematiche emerse sono state le sentenze della Corte di Giustizia chiamata in causa dalle autorità giurisdizionali degli Stati membri a fornire, ancora una volta, un contributo significativo al dibattito sull'indipendenza del potere giudiziario negli Stati membri dell'Unione Europea e alla salvaguardia dei diritti fondamentali nel contesto del MAE. Se le stesse abbiano, però, apportato ordine al disordine è quesito che va indagato a fondo richiamando i casi più emblematici in argomento.

In particolare, alcune delle più significative decisioni in materia hanno per prima cosa tentato di fare chiarezza definendo in modo preciso il concetto di "mandato d'arresto"

¹⁷ In linea con l'argomento analizzato in queste pagine, altrettanto degna di nota è la Decisione quadro 2009/829/GAI del Consiglio dell'Unione europea del 23 ottobre 2009, sul reciproco riconoscimento delle decisioni sulle misure alternative alla detenzione cautelare (c.d. *ordine di sorveglianza europeo*). Tale strumento – dalle enormi potenzialità, ma rimasto ampiamente inattuato – «si prefigge l'obiettivo della sorveglianza dei movimenti di un imputato alla luce della protezione dei cittadini in generale nonché del rischio rappresentato per essi dal regime esistente, che prevede due sole alternative: detenzione cautelare o circolazione non sottoposta a controllo». L'analisi della Decisione quadro disvela pure interessanti percorsi di ricerca che, tuttavia, non intendiamo qui intraprendere. Anche rispetto a queste procedure, infatti, si stagliano le questioni relative al ruolo delle autorità giudiziarie nella procedura di applicazione dell'ordine di sorveglianza e alla scelta di affidare la competenza all'emissione o all'esecuzione ad un organo che esercita un potere discrezionale e che eventualmente presenta problemi di indipendenza, oltre che di imparzialità. La materia oggetto della Decisione del 2009, peraltro, investe il tema della parità di armi tra l'accusa e la difesa: quest'ultima corre il rischio di non essere sufficientemente garantita a causa di un limitato accesso al fascicolo delle indagini o a un accesso ammesso solo a ridosso dell'udienza che decide sulla misura alternativa con ripercussioni su un'adeguata preparazione difensiva. Anche per tale ragione, il giudice chiamato a pronunciarsi potrebbe fare eccessivo affidamento sugli argomenti avanzati dai pubblici ministeri. Si aggiunga inoltre che nei casi che riguardano imputati stranieri, il servizio di interpretazione è spesso insufficiente. Sul tema, dalla prospettiva italiana, D. CARDAMONE, *Il principio del mutuo riconoscimento e della fiducia reciproca sul banco di prova delle decisioni sulle misure alternative alla detenzione cautelare*, in *Quest. giust.*, reperibile al sito <https://www.questionegiustizia.it/articolo/il-principio-del-mutuo-riconoscimento>.

laconicamente definito quale decisione giudiziaria emessa da uno Stato membro ed eseguita da un altro Stato membro. Va notato che le soluzioni elaborate nell'arco di più di dieci anni dalla Corte di giustizia si segnalano per una certa linea di continuità interpretativa. Risalgono al 2016 le prime pronunce in cui i giudici considerarono per la prima volta la nozione di «autorità giudiziaria emittente» un concetto autonomo del diritto dell'UE, con la conseguenza che la sua definizione non avrebbe dovuto essere rilasciata alla valutazione degli Stati membri, restando comunque escluse le autorità amministrative e di polizia – in quanto legate da una dipendenza gerarchica all'Esecutivo – e il Ministro della giustizia dal novero dei legittimati all'emissione del mandato europeo¹⁸. Un MAE emesso da questi non può, dunque, essere considerato «decisione giudiziaria» ai sensi dell'art. 1(1), cosicché lo Stato membro dell'esecuzione può negarne il riconoscimento senza incorrere in alcuna responsabilità. In particolare, nel caso *Ozgelik*¹⁹, il mandato d'arresto europeo era stato emesso da un organo giudiziario ungherese che poggiava, a sua volta, su un mandato d'arresto nazionale emesso da un servizio di polizia e convalidato dal pubblico ministero. È dunque irrilevante, secondo la Corte, la circostanza che il mandato nazionale sia stato emesso da un servizio di polizia, in quanto la convalida del medesimo da parte di un'autorità giudiziaria consente di assimilare il pubblico ministero all'autore di tale mandato d'arresto.

Queste precise scelte interpretative esplicitano un importante presupposto argomentativo che sarà ribadito dalla Corte europea in più occasioni e sulla scorta del quale l'effettiva fiducia su cui si fonda il MAE, invero spesso più supposta che concreta, richiede una supervisione giudiziaria adeguata che può essere garantita soltanto attraverso il rispetto dell'indipendenza del sistema giudiziario e il principio della separazione dei poteri.

Sono poi le ultime linee ermeneutiche dei giudici di Lussemburgo a rivestire particolare centralità nel dibattito attorno al tema dell'indipendenza delle autorità giudiziarie. Esse tengono conto del fatto che le soluzioni organizzative del potere giudiziario variano notevolmente nei Paesi europei e, ancora una volta, pongono l'accento sulla figura del pubblico ministero quale organo deputato all'emissione di un mandato. Un tale riconoscimento, infatti, non è immediato posto che l'organo di pubblica accusa gode di una considerazione diversa all'interno dei sistemi di giustizia penale europei, in larga parte dipendente da una serie di fattori, tra cui le responsabilità assegnate per l'avvio dei procedimenti penali, il grado di coinvolgimento nelle investigazioni e il rapporto con le altre parti coinvolte nel processo. Questa precisazione si ricollega alla circostanza che alcuni ordinamenti offrono una configurazione prevalentemente politica del pubblico ministero (si veda il caso della Germania); altri lo inquadrano nell'ordine giurisdizionale estendendovi garanzie già previste per i giudici (come accade in Italia e in Spagna)²⁰; mentre altri ancora gli attribuiscono una “veste giurisdizionale” a cui, però, nei fatti corrisponde una subordinazione al potere esecutivo²¹.

¹⁸ Corte giust., 10 novembre 2016, *Poltorak*, causa C-452/16 PPU, ECLI:EU:C:2016:858; Corte giust., 10 novembre 2016, *Kovalkovas*, causa C-477/16, ECLI:EU:C:2016:861; Corte giust., 10 novembre 2016, *Ozgelik*, causa C-453/16 PPU, ECLI:EU:C:2016:860.

¹⁹ Corte giust., *Ozgelik*, cit.

²⁰ Artt. 104 e 108 Costituzione italiana, art. 78 Costituzione spagnola.

²¹ L. VIOLINI, *Separazione delle carriere e indipendenza della magistratura: riflessioni di diritto comparato*, in *Dir. pen. cont.*, 2011, pp. 56 ss. Per una recente analisi comparatistica sul ruolo del pubblico ministero nella fase investigativa cfr. S. RUGGERI, *Public Prosecutors in Criminal Investigations: a Comparative Law Study*, in R.F. WRIGHT, K.L. LEVINE, R.M. GOLD (eds.), *The Oxford Handbook of Prosecutors and Prosecution*, Oxford, 2021, p. 1 s.

Tutte circostanze, queste, idonee ad incidere sulla forma del procedimento penale stesso e a cui, naturalmente, si aggiungono le diverse declinazioni continentali dell'esercizio dell'azione penale, in termini di obbligatorietà o discrezionalità²². Ora, se nel 2016 e poi nel 2018 la Corte di giustizia esigeva solamente che fosse condotta un'indagine concreta sulla effettiva indipendenza delle autorità giudiziarie deputate all'emissione di un mandato al fine di escludere che un'autonomia formalmente dichiarata fosse alterata da prassi di segno opposto, le più recenti evoluzioni ermeneutiche, invece, pongono enfasi sulla necessità di valutare l'indipendenza delle stesse e, in specie, del pubblico ministero emittente un MAE anche in una prospettiva astratta. In questa direzione si è mossa la sentenza relativa al caso *OG e PI*²³ del 27 maggio 2019.

2.2.1 L'assenza "in astratto" di garanzie di indipendenza della *Staatsanwaltschaft* tedesca e l'indipendenza "in concreto" della *Staatsanwaltschaft* austriaca

La rammentata pronuncia ha inaugurato un nuovo indirizzo giurisprudenziale ed è stata emessa dalla Grande Camera in risposta ai giudici irlandesi che avevano sollevato delle questioni di interpretazione riguardo ai mandati emessi dai pubblici ministeri tedeschi (nella fattispecie di *Lübeck* e di *Zwickau*)²⁴. In particolare, si discuteva se questi, essendo gerarchicamente soggetti al Ministro della Giustizia, potessero essere considerati «autorità giudiziarie emittenti» ai sensi dell'art. 6(1), della Direttiva quadro MAE. In questa cornice, infatti, la *Staatsanwaltschaft* tedesca corre il rischio di subire direttamente o indirettamente l'influenza di un potere "esterno" di supervisione, direzione o anche istruzione da parte degli organi politici riguardo alla decisione di emettere un mandato, sebbene tala interferenza sia piuttosto rara nella pratica. Più in particolare, la netta separazione fra giudici e pubblici ministeri tedeschi trova un fondamento costituzionale all'art. 92 GG secondo cui il potere giudiziario è attribuito ai primi, e solo rispetto ad essi sono previste garanzie di indipendenza e soggezione soltanto alla legge, garanzie di cui non godono, invece, i magistrati dell'accusa considerati quali *politische Beamter*. L'Ufficio dello *Staatsanwalt* è inoltre subordinato al potere esecutivo dello Stato e dei *Länder*: il modello è quello della "doppia piramide direttiva" (*Weisungspyramide*) al vertice della quale si trovano rispettivamente il Ministero della giustizia federale e il Ministro della giustizia del singolo *Land*. Così dispone l'art. 147 del GVG il quale attribuisce un potere di vigilanza e sostituzione (*Devolutionsrecht, Substitutiosrecht* ex art. 145 GVG) e di direzione (*Anweisungsrecht* ex art. 146 GVG, secondo il quale i funzionari dell'Ufficio della procura devono attenersi alle istruzioni ufficiali dei loro superiori) in capo

²² Vedi capitolo III, parte I.

²³ Secondo la Corte l'indipendenza richiede l'esistenza di norme statutarie e organizzative atte a garantire che l'autorità giudiziaria emittente non sia esposta, nell'ambito dell'adozione di una decisione di emissione di un mandato d'arresto europeo, a ordini o istruzioni esterni, in particolare provenienti dall'esecutivo, in modo che non vi sia alcun dubbio sul fatto che la decisione di emettere il mandato d'arresto europeo spetti a tale autorità e non in ultima istanza a tale potere. Si veda Corte giust., 27 maggio 2019, *OG e PI*, cause riunite C-508/18 e C- 82/19 PPU, ECLI:EU:C:2019:337.

²⁴ Corte giust., 17 dicembre 2020, *Openbaar Ministerie (Indipendenza dell'autorità giudiziaria emittente)*, C-354/20 PPU e C-412/20 PPU, EU:C:2020:1033. Sul tema, cfr. J. BURCHETT, *La Cour de justice de l'Union européenne et l'exigence d'indépendance de la justice*, in *European Papers*, 5, 2020, 3, pp. 1251 ss.; K. PETERS, *Das Unabhängigkeitserfordernis der ausstellenden Justizbehörde eines Europäischen Haftbefehls Auswirkungen auf die Anordnung einer Europäischen Ermittlungsanordnung?* in *ZIS*, 11, 2020, pp. 508 ss.

al *Bundesminister der Justiz und für Verbraucherschutz* (Ministro federale della giustizia e della Tutela dei consumatori) nei confronti del Procuratore generale federale e dei procuratori federali; in capo alla *Landesjustizverwaltung* (Amministrazione della giustizia del *Land*) nei confronti di tutti i funzionari dell'Ufficio della procura del *Land* interessato; in capo al funzionario di grado più elevato dell'Ufficio della procura presso i tribunali superiori del *Land* e i tribunali del *Land* verso tutti i funzionari dell'Ufficio della procura del rispettivo distretto.

Ebbene, per la Corte europea lo *Staatsanwalt* prende certamente parte all'amministrazione della giustizia: la fase investigativa è nelle mani del pubblico ministero (sostanzialmente *dominus* delle indagini, anche se in pratica è la polizia a svolgerle, per la maggior parte agendo sotto la sua autorità) così come l'esercizio dell'azione penale²⁵, regolato dal principio di obbligatorietà (*Legalitätsprinzip*). Il pubblico ministero tedesco sarebbe quindi astrattamente deputato ad emettere un mandato d'arresto europeo.

Eppure, il ragionamento dei giudici prosegue e richiama quanto evidenziato nella decisione sul caso *Niculaie Aurel Bob-Dog*²⁶, secondo cui la protezione delle persone coinvolte nella cooperazione giudiziaria europea prevede due livelli di tutela. Il primo livello è garantito dalle autorità dello Stato emittente, in base alla normativa nazionale applicabile per il «mandato d'arresto nazionale» (art. 8(1)(c)), che sembra presupporre l'esistenza di uno *standard* comune di garanzie in Europa. Il secondo livello di tutela deve essere garantito al momento dell'emissione del mandato di arresto europeo, quando l'organo competente deve esaminare le condizioni necessarie per l'emissione del mandato e valutare la proporzionalità dello stesso. Ciò include considerazioni sulla gravità del reato e sulla possibile sanzione che verrebbe applicata in caso di riconoscimento della colpevolezza²⁷.

In che modo agiscono quindi il principio di proporzionalità e il principio di legalità? Secondo i giudici di Lussemburgo, essi impongono alle autorità emittenti di prendere in considerazione tutti gli elementi a favore e sfavore dell'accusa senza che il processo decisionale sia influenzato da ordini, istruzioni o pressioni dirette e indirette provenienti dal potere esecutivo. È importante notare che il diritto tedesco fornisce un rimedio per limitare il potere del Ministero della giustizia di dare istruzioni specifiche al pubblico ministero, potere che viene raramente utilizzato. Questo si fonda sul generale principio di legalità, secondo cui gli ordini del Ministro devono conformarsi alle «norme di legge e ai principi del diritto», come stabilito dall'art. 20(3) GG, disposizione di immediata applicazione.

Inoltre, gli *Staatsanwälte* hanno il diritto di opporsi all'esecuzione di un ordine che ritengono illegale. Tale opposizione potrebbe dar luogo a una controversia davanti a un organo indipendente, come il tribunale disciplinare. In aggiunta, nel caso in cui un Ministro intenda impartire istruzioni - come avviene nello *Schleswig-Holstein* - è necessario informare preventivamente il *Landtag* (il Parlamento regionale), ottenendo così una copertura legislativa. Tuttavia, in alcuni *Länder* tale interferenza è esclusa da un accordo politico, anche se solo per alcuni casi.

²⁵ Cfr. B. HUBER, *Germany*, in B. HUBER, R. VOGLER (eds.), *Criminal Procedure in Europe*, Berlin, 2008, pp. 296 ss.

²⁶ Corte giust., 1 giugno 2016, *Bob-Dog*, causa C-241/15, ECLI:EU:C:2016:385. È essenziale che il mandato sia «preceduto da un provvedimento nazionale soggetto a controllo giurisdizionale rispetto al quale la persona nei cui confronti è stato emesso possa beneficiare di tutte le garanzie procedurali conformemente ai diritti e ai principi fondamentali di cui all'art. 1(3) della Decisione quadro 2002/584, tra cui, appunto, il diritto ad un *effective remedy* di cui all'art. 47 della Carta di Nizza.

²⁷ La necessità di un duplice livello di protezione è ribadita di recente in Corte giust., 13 gennaio 2021, *MM*, causa C- 414/20 PPU, ECLI:EU:C:2021:4.

Gli aspetti appena considerati, tuttavia, non convincono appieno la Corte di Lussemburgo, la quale ritiene importante considerare sia l'ingerenza effettiva che quella potenziale del potere politico, tanto a livello concreto quanto a livello astratto. Pertanto, la *Staatsanwaltschaft* tedesca non può essere concretamente considerata autorità competente per emettere un mandato d'arresto europeo per via degli ampi margini di discrezionalità che possono sussistere all'interno del principio di legalità, soprattutto quando si tratta della valutazione della proporzionalità, e per di più a causa dell'assenza di una definizione chiara delle condizioni e degli scopi dell'*Anweisungsbefehl* (il potere di dare istruzioni) previsto dal GVG²⁸. Come sottolineato in dottrina, questa sentenza prosegue quella tendenza della giurisprudenza volta a trovare un equilibrio più equo tra l'efficacia del MAE e il rispetto dei diritti della persona a cui si applica.

Sebbene questa posizione possa sembrare di primo acchito rigida, soprattutto alla luce di una lettura ampia del sistema di giustizia penale tedesco, ancora più rigorosa è l'opinione dell'Avvocato generale Campos Sánchez-Bordona²⁹. Secondo le sue conclusioni, il termine "autorità giudiziaria emittente" non dovrebbe includere il pubblico ministero³⁰, poiché solo i giudici sarebbero in grado di garantire un livello sufficiente di indipendenza nelle decisioni che riguardano la privazione della libertà di una persona per un periodo di tempo significativo e di valutarne la proporzionalità.

Subito dopo la pronuncia in esame, la Germania ha cercato di allinearsi al *dictum* di Lussemburgo ma, soprattutto, di porre tempestivo rimedio ad una concreta difficoltà emersa dall'invalidità di un vasto numero di mandati d'arresto europei, visto che la maggioranza di questi era stata emessa dai pubblici ministeri. Per risolvere questa problematica situazione, invece di optare per un mutamento radicale nella struttura gerarchica degli uffici della *Staatsanwaltschaft*, eliminando ogni potere di istruzione da parte dell'Esecutivo, si è optato per un *escamotage* giuridico che ha visto la modifica della legge di attuazione della Decisione quadro prevedendo che all'emanazione del mandato europeo siano deputati solo i tribunali. Questa scelta ha innescato una serie di reazioni a catena in altri Paesi europei determinati a scongiurare possibili critiche future provenienti da altri Stati membri e censure della stessa Corte di Giustizia. Ad esempio, l'Olanda, il 3 luglio 2019, ha recepito la decisione della Corte di Lussemburgo ed ha emendato il proprio sistema interno in modo tale che la competenza ad emettere mandati d'arresto europei non fosse più di competenza del pubblico ministero (*Officier van justitie*) ma di un giudice (*Rechter-commissaris*).

Infine, la questione attorno all'indipendenza del pubblico ministero si è presentata in termini più complessi in un caso che ha coinvolto l'Austria, dove i provvedimenti di consegna sono emessi dai pubblici ministeri e successivamente convalidati da un tribunale. La Corte europea ha comunque riconosciuto la validità di questo sistema poiché l'autorità

²⁸ Lo stesso giorno in cui è stata emanata la sentenza sopra analizzata la Grande Camera della Corte di giustizia nella causa *PF*, C-508/18 del 27 maggio 2019, ECLI:EU:C:2019:456, ha ritenuto che il Procuratore generale della Lituania rientrasse nel concetto di «autorità giudiziaria emittente». In effetti, tale Procura partecipa all'amministrazione della giustizia penale e soddisfa il requisito di indipendenza poiché, sebbene sia istituzionalmente indipendente dalla magistratura, la sua posizione giuridica garantisce nel complesso l'indipendenza dall'esecutivo, consentendole di agire senza influenze esterne nell'esercizio delle proprie funzioni.

²⁹ Conclusioni dell'Avvocato generale Campos Sánchez-Bordona, 30 aprile 2019, *OG e PI*, cause riunite C-508/18 e C-82/19 PPU, ECLI:EU:C:2019:337.

³⁰ V.A. WEYEMBERGH, F. CATTEAU, *Arrêt "OG et PI": la notion d'autorité judiciaire d'émission et l'exigence d'indépendance à la lumière de la décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen*, in *Journal de droit européen*, 2019, pp. 363 ss.

giurisdizionale che convalida il mandato e ne valuta la proporzionalità non è vincolata da indicazioni provenienti dall'Esecutivo³¹. Inoltre, è stato rilevato che la Procura austriaca mantiene un'indipendenza in "concreto" e il *modus operandi* è assimilabile a quello del *Parquet* francese, eseguendo entrambi le proprie funzioni in modo obiettivo e senza subire interferenze individuali da parte del potere Esecutivo. In siffatti contesti, infatti, il Ministro della Giustizia può solo impartire istruzioni generali di politica penale ai pubblici ministeri al fine di garantire la coerenza di un certo assetto politico su tutto il territorio.

2.3 Legittimità del procedimento di emissione del mandato d'arresto europeo da parte del pubblico ministero francese

Secondo l'Avvocato generale nel citato caso *OG e PI* quando si tratta di valutare l'indipendenza di un pubblico ministero rileva non solo il potere dell'Esecutivo di impartire istruzioni specifiche, ma anche quello di rivolgere direttive generali, così come la subordinazione gerarchica dei pubblici ministeri ai superiori dei loro uffici. Profili che sono rimasti in ombra nella stessa sentenza nelle cause *OG e PI* e che sono stati affrontati più a fondo in una fase successiva con riguardo all'ordinamento giuridico francese.

Indipendenza della pubblica accusa e proporzionalità del mandato europeo ritornano all'attenzione dei giudici europei in relazione ad un contesto giuridico davvero singolare come quello della Francia, in cui è diffusa una prassi di attività direzionale da parte dell'Esecutivo sui procuratori e i pubblici ministeri, esiste un'organizzazione strettamente gerarchizzata dell'Ufficio di procura e non vige il principio di obbligatorietà dell'azione penale. In particolare, veniva censurata la normativa risultante dal combinato disposto degli artt. 30 e ss. del c.p.p. francese e della legge sull'ordinamento giudiziario. In forza dell'art. 5 della legge sull'ordinamento giudiziario francese «i magistrati del pubblico ministero sono sottoposti alla direzione ed al controllo dei rispettivi capi gerarchici e sotto l'autorità del Ministro della giustizia». *Ex art. 30 del c.p.p.*, il Ministro della giustizia impartisce istruzioni generali ai magistrati del pubblico ministero per assicurare la coerente applicazione della politica penale del Governo su tutto il territorio.

Nel giudicare la legislazione francese in materia di ordinamento giudiziario e processuale i giudici di Lussemburgo hanno sostenuto la idoneità del sistema ad assicurare il rispetto dei requisiti di indipendenza del *Parquet* francese sul presupposto che «il pubblico ministero eserciti le sue funzioni in modo obiettivo e al riparo da qualsiasi istruzione individuale proveniente dal potere esecutivo, in quanto il Ministro della giustizia può soltanto rivolgere ai magistrati della procura istruzioni generali di politica penale al fine di assicurare la coerenza di tale politica in tutto il territorio»³².

La Corte di giustizia, aderendo alla impostazione seguita dal Governo francese intervenuto nella procedura, prosegue sostenendo che le indicazioni di politica generale «non possono in alcun caso avere l'effetto di impedire a un magistrato della procura di esercitare il proprio potere discrezionale riguardo alla proporzionalità dell'emissione di un mandato»³³.

Alla luce di queste affermazioni, alcuni rilevi critici possono essere certamente mossi per il fatto che attribuendo al Ministro un potere di indirizzo rivolto all'organo di accusa, seppur di carattere generale, permane il problema dell'indipendenza dello stesso, la quale non può

³¹ Corte giust., 9 ottobre 2019, *NJ*, causa C-489/19 PPU, ECLI:EU:C:2019:849.

³² Corte giust., *NJ*, cit.

³³ Corte giust., *NJ*, cit.

essere aprioristicamente esclusa, soprattutto alla luce di un cumulo del potere sanzionatorio e di promozione in capo all'Esecutivo che si va a sommare a quello di indirizzo. Cosa si debba intendere poi per istruzioni generali è quesito dai toni chiaroscurali.

Le soluzioni a cui si è pervenuti con riguardo allo *Staatsanwalt* tedesco e che richiedevano espressamente un vaglio anche in astratto della indipendenza, suggerivano un approccio risolutivo diverso, più consono alle coordinate di fondo offerte dall'assetto dei poteri politici e giudiziari in Francia, segnatamente per i profili della sottoposizione all'autorità del Ministro della giustizia nel quadro di una struttura gerarchica. Non si può trascurare che fino al 2013 il Guardasigilli francese era legittimato ad intervenire sui singoli casi giudiziari al punto che la Corte Edu nel caso *Moulin c. Francia* aveva affermato la mancanza di imparzialità in capo al procuratore francese ai fini del rispetto del diritto a comparire davanti all'autorità giudiziaria, attribuito a ogni persona in stato di arresto o di custodia cautelare in forza dell'art. 5(3), della Convenzione³⁴. Già all'epoca la dottrina francese riconobbe che «più si trasferiscono poteri al pubblico ministero, più la sua indipendenza diviene necessaria»³⁵.

Infine, dietro ad istruzioni di carattere generale che mascherano indicazioni *ad hoc*, magari destinate a categorie generali di reati, potrebbe celarsi un apprezzamento politico tipico delle procedure estradizionali.

2.4 La nozione di “autorità giudiziaria d'esecuzione” nella giurisprudenza di Lussemburgo

Non possiamo non segnalare che i giudici della Corte di Lussemburgo hanno esteso la precedente giurisprudenza sul concetto di “autorità giudiziaria emittente” a quello di “autorità giudiziaria dell'esecuzione” *ex art. 6(2) Decisione quadro MAE* con particolare riguardo al pubblico ministero olandese. Questo perché lo *status* e la natura di entrambi gli organi sono analoghi in quanto partecipano all'amministrazione della giustizia penale nello Stato membro interessato, seppur con ruoli differenti, ed entrambi possono influire in modo paritario sulla libertà personale. Pertanto, «le decisioni relative all'esecuzione di un mandato d'arresto europeo devono essere sottoposte a un controllo sufficiente» in modo che «l'intera procedura di consegna tra Stati membri prevista dalla medesima decisione quadro sia esercitata sotto controllo giudiziario»³⁶ e sia garantita non solo una tutela giurisdizionale effettiva, ma anche la garanzia di indipendenza dell'organo cooperante.

Particolarmente rilevante è il punto di vista presentato dalla Corte, in cui si sottolinea che, in netta contrapposizione alla procedura di emissione di un mandato d'arresto europeo, caratterizzata da un sistema di tutela dei diritti fondamentali articolato su due livelli, nella fase di esecuzione è esclusivamente l'intervento dell'autorità giudiziaria a costituire l'unico piano di protezione stabilito dalla decisione quadro. Questa impostazione garantirebbe alla persona oggetto della ricerca la possibilità di beneficiare di tutte le garanzie associate all'emanazione di provvedimenti giurisdizionali.

Se la decisione giudiziaria diretta alla consegna di una persona in esecuzione di un mandato d'arresto europeo non crea problemi interpretativi di sorta, dal momento che è adottata dal *Rechtbank* (Tribunale), la cui qualità di «autorità giudiziaria» ai sensi della decisione quadro

³⁴ La Cassazione francese nella sentenza n. 7177, 15 dicembre 2010, caso *Creissen*, seguiva la via aperta da Strasburgo e si pronunciava sulla mancata indipendenza del *Ministère Public*.

³⁵ M. DELMAS-MARTY, *Intervista a Le Monde del 24 novembre 2010*, in www.lemonde.fr.

³⁶ Corte giust., 24 novembre 2020, *AZ*, causa C-510/19, ECLI:EU:C:2020:953.

2002/584 non è affatto contestata, diverso è il discorso per i pubblici ministeri olandesi. Secondo la Corte di giustizia questi non possono essere legittimati all'esecuzione di un provvedimento di consegna vista la loro soggezione al potere di indirizzo e di istruzione del Ministro della giustizia conformemente all'art. 127 della *wet op de rechterlijke organisatie* (legge sull'ordinamento giudiziario). Risultato, questo, a cui si è approdati trattando dell'assenso all'esecuzione di un mandato d'arresto europeo in deroga al criterio di specialità *ex art. 27(2-3)(g) e (4)* della Decisione quadro, sulla scorta del quale una persona che sia consegnata allo Stato membro di emissione in esecuzione di un mandato europeo non può essere sottoposta a procedimento penale, condannata o privata della libertà personale da parte delle autorità giudiziarie di tale Stato membro per reati anteriori alla consegna diversi da quelli che l'avevano giustificata, a meno che appunto non intervenga il consenso dell'autorità dell'esecuzione (*c.d. assenso per consegna successiva*).

Immediata conseguenza di tale decisione è che, ad esempio, la *Staatsanwaltschaft* tedesca non sarebbe un'autorità giudiziaria dell'esecuzione. Lo sarebbero quelle francesi, belghe, lituane, svedesi. Prima ancora che si pronunciassero i giudici europei era stata la Cassazione italiana ad interrogarsi sulla possibilità che il pubblico ministero olandese potesse essere considerato autorità dell'esecuzione idoneo ad accordare l'assenso alla successiva consegna in deroga al principio di specialità: limitandosi però a sostenere che «la tipologia e l'ampiezza delle valutazioni affidate all'autorità di esecuzione per accordare l'assenso alla successiva consegna del ricercato rientrano nella sfera di un apprezzamento di natura tipicamente giurisdizionale e sostanzialmente sovrapponibile al vaglio deliberativo richiesto ai fini della decisione sulla consegna»³⁷. È così mancato in quell'occasione il riferimento ulteriore al requisito dell'indipendenza dell'autorità chiamata a dare esecuzione al mandato d'arresto europeo; anzi, la Cassazione riteneva sufficiente che l'ordinamento olandese prevedesse «la possibilità di attivare un successivo controllo avvalendosi di strumenti di impugnazione del provvedimento dinanzi ad un organo giurisdizionale». Per i giudici di Lussemburgo, invece, l'esistenza di un ricorso giurisdizionale soddisfa solo il requisito della tutela effettiva, non ponendo di per sé al riparo dalle interferenze del potere politico.

3. Mandato d'arresto europeo, indipendenza del pubblico ministero, tutela dei diritti fondamentali e della parità delle armi: alcune considerazioni critiche

Il mandato d'arresto europeo costituisce, al momento, «la forma forse più significativa della mutua fiducia fra gli Stati membri e, probabilmente proprio per questo, ha suscitato e continua a suscitare timori e resistenze»³⁸. Ora, le circostanze che hanno portato alle sentenze della Corte europea palesano una nuova prospettiva della reciproca fiducia che non può più essere considerata in modo acritico. «La fiducia reciproca riguarda la capacità dell'ordinamento cui si rinvia di tutelare in modo adeguato i diritti sostanziali e processuali. Poiché tali diritti negli Stati membri hanno rilievo costituzionale, un “salto nel buio” senza un'adeguata rete di protezione sarebbe per gli Stati membri, difficile da accettare»³⁹. In questo

³⁷ Cass. pen., 5 marzo 2020, n. 9582, reperibile al sito https://www.sistemapenale.it/pdf_contenuti/1586790444_sentenza-cass-9582-2020-mandato-arresto-europeo-assenso-consegna-pm.pdf.

³⁸ L.S. ROSSI, *Fiducia reciproca e mandato d'arresto europeo. Il “salto nel buio” e la rete di protezione*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 1, 2021, p. 1.

³⁹ L.S. ROSSI, *ibid.*

ordine di idee, è interessante notare che, se la Decisione quadro 2002/584/GAI fissa l'obbligatorietà dei motivi di rifiuto dell'esecuzione al fine di evitare ostacoli all'operatività del mandato d'arresto (art. 3), al contrario questa obbligatorietà non sembra applicarsi al requisito dell'indipendenza delle autorità giudiziarie. A ben vedere, si tratta di una differenza dovuta al fatto che ogni identificazione con i fini propri della sfera politica costituisce la distinzione fondamentale tra il mandato di arresto europeo e l'extradizione. La Corte è stata perentoria nell'affermare che, salva l'ipotesi di una decisione del Consiglio europeo, di sospensione di uno Stato membro dal sistema europeo di consegna *ex art. 7(2-3)* della Decisione quadro 2002/584, a fronte di gravi e persistenti violazioni dei principi di cui all'art. 2 TUE, il rifiuto di eseguire il mandato d'arresto europeo non potrà essere automatico, ma solo se basato sulla dettagliata indagine imposta dal c.d. *two-tier test*, su cui torneremo a breve.

Ora, come si evince dalla disamina condotta fin qui, la salvaguardia dei diritti e delle libertà fondamentali nell'ambito delle procedure di cooperazione internazionale nell'area regionale europea esige un organo indipendente nell'emettere o eseguire mandati d'arresto e valutare la loro proporzionalità. Questo assetto è considerato come una sorta di «antidoto contro il rischio di arbitrarietà e come principio guida per la tutela dei diritti fondamentali»⁴⁰. Ebbene, l'approccio emerso dall'indagine sui casi giurisprudenziali di primo acchito va plaudito. La giurisprudenza europea impone, infatti, ai sistemi di giustizia penale di escludere *ab initio* interferenze da parte dell'esecutivo e dei superiori gerarchici nelle fasi di indagine e accusa e di adeguarsi allo *standard* di indipendenza richiesto a Lussemburgo, sia quando si tratti di mandati emessi a fronte di decisioni sulla libertà, sia quando questi sono emessi per l'avvio di procedimenti penali. Inoltre, si contempla la possibilità che gli Stati possano attivare ulteriori garanzie, come nel caso dell'Italia, dove è richiesta una pronuncia giurisdizionale, sebbene, come è noto, già di per sé l'organo di pubblica accusa goda delle stesse garanzie di indipendenza di cui sono destinatari i giudici. Nel procedimento attivo, il giudice delle indagini preliminari, che ha già emesso l'ordinanza cautelare, è responsabile dell'emissione del mandato; mentre, il pubblico ministero è autorizzato a emettere il mandato d'arresto dopo una sentenza di condanna definitiva, quando cioè è intervenuta un'autorità giurisdizionale⁴¹. Per converso, nella procedura passiva, è esercitato un controllo giudiziale da parte della Corte d'Appello per determinare la "consegnabilità", anche se ciò non impedisce completamente alla Corte di decidere basandosi su informazioni parziali.

Già si è detto della normativa tedesca rimodulata sulla base delle censure mosse dalla Corte di giustizia. Quanto alla Spagna, la situazione non è poi molto diversa da quella italiana e tedesca dal momento che l'intervento giurisdizionale è richiesto nella fase attiva e in quella passiva. Infatti, all'emissione del MAE è deputato il giudice istruttore o quello del giudizio orale o dell'esecuzione e il *receptor* è il *Juzgado Central de Instrucción* e la *Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional* (art. 2 della LOEDE). Del resto, il *Fiscal* spagnolo, come il suo omologo tedesco, non sarebbe legittimato ad emettere un mandato poiché è carente di indipendenza e detiene, semmai, un'autonomia funzionale⁴².

Anche il richiamo frequente da parte della Corte di giustizia al concetto di "doppio livello di protezione" (ovvero il *two-tier test* a cui si accennava prima) sembra conferire una salvaguardia adeguatamente rafforzata ai soggetti destinatari di un mandato d'arresto

⁴⁰ Così M. DANIELE, *L'impatto dell'ordine europeo di indagine penale sulle regole probatorie nazionali*, in *Dir. pen. cont., Riv. trim.*, 2016, pp. 76 ss., reperibile al sito www.dpc-rivistatrimestrale.criminaljusticenetwork.eu.

⁴¹ Tale ipotesi è stata pure avallata dalla Corte con riguardo ad un caso relativo al pubblico ministero belga; cfr. Corte giust., 12 dicembre 2019, ZB, causa C-627/19 PPU, ECLI:EU:C:2019:1079.

⁴² M.L. LOZANO GAGO, *El proceso de emisión de una orden de detención*, in *Revista Acta Judicial*, 8, 2021, p. 48.

europeo. Come si ricorderà, per le estradizioni rientranti nel regime del MAE, così come esplicitato nei casi *Aranyosi e Căldăraru* e *LM*, la CGUE ha ammesso un rifiuto di esecuzione dovuto a violazioni del diritto fondamentale a un processo equo, di cui l'indipendenza è requisito e al contempo corollario, solo se viene applicata una procedura in due fasi: la prima consta in valutazione delle carenze sistemiche e generalizzate nella tutela di un diritto fondamentale nello Stato membro emittente; la seconda, valuta specificamente e precisamente il rischio di una reale violazione, tenendo conto della situazione individuale dell'imputato nel Paese emittente.

Ora, questo *test* sui diritti fondamentali pare veicolare, per l'appunto, una effettiva tutela della parità delle armi, essendo la stessa intimamente legata e all'equità procedimentale e al principio di indipendenza. Infatti, se, da un lato, dall'analisi giurisprudenziale condotta non è emerso un riferimento esplicito dei giudici europei alla necessità di garantire l'indipendenza in quanto funzionale ad assicurare l'uguaglianza delle armi tra le parti nelle procedure MAE⁴³, dall'altro non può negarsi che la necessità che sia un organo indipendente a vigilare sul corretto esercizio dell'emissione ed esecuzione di un MAE è senz'altro condizione necessaria (ma non anche sufficiente) perché la *par condicio* sia assicurata.

Ciononostante, possono essere mossi rilievi critici a questo assetto a due livelli che, così come è congegnato, non riesce a garantire appieno la tutela dell'equità processuale, con specifico riferimento al rapporto tra l'indipendenza e la stessa parità delle armi.

Prima di tutto, infatti, va ricordato che vari Stati membri non hanno dato attuazione effettiva ai diritti previsti dalle *Roadmap* di Stoccolma. Questi diritti includono, come si è visto, il diritto all'assistenza legale prima della consegna, il diritto a un ricorso effettivo o il diritto all'interpretazione e traduzione, il diritto all'informazione sull'accusa i quali sono tutti preordinati alla tutela dell'eguaglianza delle armi. Vanno peraltro considerate le implicazioni discendenti dal *decisum* di una recente pronuncia della Corte di giustizia, con la quale si è affermato che le disposizioni oggetto degli artt. 4(3), 6(2), e 7(1) della Direttiva 2012/13/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 maggio 2012, sul diritto all'informazione nei procedimenti penali⁴⁴, devono essere interpretate nel senso che i diritti ivi previsti non sono applicabili alle persone arrestate ai fini dell'esecuzione di un mandato d'arresto europeo⁴⁵.

C'è di più. Per quanto riguarda le autorità responsabili dell'esecuzione del mandato d'arresto, esse sono chiamate a valutare se i criteri stabiliti dalla Corte di giustizia nelle richiamate pronunce siano rispettati. Ad oggi, queste devono esaminare non solo se esistono

⁴³ Semmai può ravvisarsi un generico e costante richiamo alla salvaguardia dei diritti fondamentali, all'equità procedimentale e allo Stato di diritto. In questo senso si rammenta, oltre alla sentenza capostipite *Aranyosi e Căldăraru*, la pronuncia da ultimo emessa dalla Corte giust., 31 gennaio 2023, *Puig Gordi e a.*, causa C-158/21, ECLI:EU:C:2023:57 con nota di D. CAMONI, *Una nuova casella nella scacchiera del Mandato di Arresto Europeo (MAE), all'ombra della "questione catalana"*, in *DPCE online*, 1, 2023.

⁴⁴ Corte giust., 28 gennaio 2021, *IR*, causa C-649/19, ECLI:EU:C:2021:75.

⁴⁵ Secondo il ragionamento accolto dalla Corte, il diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva non richiede che il diritto di ricorso previsto dalla normativa dello Stato emittente avverso la decisione di emettere un MAE a fini processuali possa essere esercitato prima della consegna dell'interessato alle autorità competenti di tale Stato membro, «sicché nessuna violazione della effettività della tutela giurisdizionale può derivare dalla sola circostanza che la persona richiesta in consegna a fini processuali sia informata dei mezzi di ricorso disponibili nello Stato di emissione ed ottenga l'accesso alla documentazione del fascicolo solo dopo la sua consegna alle autorità competenti di tale Stato membro». Concludono i giudici, «solo dal momento della sua consegna alle autorità dello Stato emittente egli acquisisce, infatti, la qualità di «imputato» ai sensi della Direttiva 2012/13 e beneficia di tutti i diritti ad essa collegati dalle citate disposizioni di cui agli artt. 4, 6 e 7, potendo così preparare la sua difesa e vedersi garantita l'equità del procedimento, conformemente agli obiettivi di tale strumento normativo». Corte giust., 28 gennaio 2021, *IR*, *ibid.*

rischi seri e comprovati che il processo equo nello Stato emittente possa essere violato, secondo l'insegnamento dei giudici di Lussemburgo a partire dalle sentenze *Aranyosy e Căldăraru* e *LM*, o se il principio di proporzionalità sia stato applicato correttamente nello Stato membro emittente, ma anche se l'organo emittente, ivi compreso l'Ufficio del pubblico ministero, gode di garanzie di indipendenza all'interno del proprio sistema giuridico. Questo impianto, per come è concepito, se per un verso risolve alcuni dei dubbi avanzati poc'anzi, dall'altro si espone a rilievi critici di diverso segno.

Ed infatti, va notato che il sovrumano compito gravante sulle autorità nazionali che eseguono il MAE di valutare l'indipendenza delle autorità di altri Stati membri legittimate dal diritto nazionale a emettere un MAE, così come l'equità complessiva del procedimento estero, è una questione estremamente delicata – soprattutto dalla prospettiva del secondo livello di protezione – la quale richiede l'esame di complesse connessioni sistemiche nell'amministrazione della giustizia all'estero e, talvolta, anche la conoscenza della situazione politica del Paese di origine del MAE. Sulla scorta di queste premesse, non può essere considerato sufficiente basarsi solo su un'analisi esterna o superficiale del diritto nazionale straniero, così come emerge dal fascicolo e dalle informazioni ottenute nel corso del procedimento dal governo dello Stato membro in cui è stato emesso il mandato⁴⁶. Inoltre, non è sempre chiaro a quali criteri si debba ricorrere per stabilire con certezza quali autorità possano essere considerate “giudiziarie” ai fini dell'emanazione di un MAE. Infatti, nell'esaminare l'indipendenza giudiziaria è necessario considerare il contesto e analizzare la gamma di meccanismi che possono influenzare un certo *standard*. Può accadere che singoli elementi di un sistema giudiziario nazionale non sollevino, da soli e considerati isolatamente, dubbi sull'indipendenza, mentre, se valutati nel loro insieme, inducono ad opposte conclusioni. Ne consegue che una siffatta valutazione è gravata da un rischio di errore troppo elevato e l'incertezza giuridica che ne deriva influisce negativamente sulla posizione dell'individuo nella procedura del MAE. La giurisprudenza europea, infatti, ha sovente fatto riferimento solo alla preoccupante situazione dello Stato di diritto in Polonia o Ungheria e i tribunali nazionali hanno potuto facilmente segnalare durante l'esecuzione della prima fase le carenze generalizzate e sistemiche dell'attuale sistema giudiziario polacco o ungherese, mentre nella maggior parte dei casi non sono riusciti a portare avanti la seconda fase del *test*⁴⁷. Pertanto, l'approccio della CGUE è stato criticato come troppo restrittivo e i tribunali nazionali hanno tentato (senza successo) di convincere la CGUE a rinunciare a questa ulteriore valutazione specifica, il secondo livello appunto, in modo tale che il rifiuto di eseguire un MAE possa essere invocato solo se sono state accertate carenze generalizzate e sistemiche⁴⁸. E così, nella sentenza del 22 febbraio 2022 *Openbaar Ministerie (Giudice costituito*

⁴⁶ A riguardo, nel caso *Puig Gordi* è stato chiesto alla Corte se la Decisione quadro 2002/584 consenta all'autorità giudiziaria dell'esecuzione di rifiutare la consegna della persona ricercata perché ritiene che sussista un rischio di violazione dei suoi diritti fondamentali nello Stato membro emittente, sulla base della relazione di un gruppo di lavoro fornita all'autorità nazionale dell'esecuzione dalla stessa persona ricercata; ed ancora se la relazione in parola costituisca un elemento oggettivo, attendibile, preciso e opportunamente aggiornato tale da giustificare, alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia, il rifiuto di consegnare la persona ricercata sulla base di un serio rischio di violazione dei suoi diritti fondamentali. La CGUE ha risposto che, se il rapporto non riguarda la situazione specifica della persona ricercata, esso non può di per sé costituire una prova sufficiente per rifiutare l'esecuzione di un MAE. Tuttavia, questo tipo di relazione può essere utilizzata insieme ad altri elementi per provare l'esistenza di carenze sistemiche o generalizzate nel funzionamento del sistema giudiziario di uno Stato membro.

⁴⁷ T. WAHL, *Refusal of European Arrest Warrants Due to Fair Trial Infringements*, in *Eu crim*, 3, 2020, pp. 321-330.

⁴⁸ T. WAHL, *CJEU: No Carte Blanche to Refuse EAWs from Poland*, in *Eu crim*, 1, 2022, pp. 33-34.

per legge nello Stato membro emittente)⁴⁹, la Grande sezione ha statuito che, nell'ambito della seconda fase di detto esame, spetta alla persona oggetto di un MAE fornire elementi concreti che facciano ritenere che le carenze sistemiche o generalizzate del sistema giurisdizionale abbiano avuto un'incidenza concreta sul trattamento della sua causa penale o possano avere, in caso di consegna, una siffatta incidenza. Tali elementi possono essere integrati, se del caso, da informazioni fornite dall'autorità giudiziaria emittente. Un tale assetto, però, si mostra oltremodo gravoso sul piano strettamente probatorio per il soggetto che intenda provare concretamente di aver subito una precisa violazione del suo diritto ad un equo processo.

Non va poi sottaciuto che l'esigere un esame attento e scrupoloso dell'altrui ordinamento postula, comunque, una profonda conoscenza del diritto straniero⁵⁰ che potrebbe comportare ritardi nell'attuazione del provvedimento, in tal modo svigorendo la posizione della persona destinataria del MAE, già privata della sua libertà e talvolta priva di mezzi e possibilità di contestare il provvedimento restrittivo per tutto il periodo necessario alla decisione sulla consegna. La Corte europea ammette, infatti, che la proporzionalità della decisione di emettere un mandato d'arresto europeo, che implica una valutazione prognostico-valutativa, possa essere soggetta a controllo giurisdizionale, a seconda delle circostanze, prima, durante o addirittura dopo la consegna della persona ricercata⁵¹. L'eventuale ed incerto lasso temporale per esperire utilmente un ricorso sembra creare delle posizioni di svantaggio a scapito del soggetto interessato a contestare la proporzionalità del MAE, come pure l'assenza di indipendenza in chi lo ha emesso.

D'altro canto, nonostante il consolidato filone giurisprudenziale a presidio di un ricorso giurisdizionale effettivo, vale la pena ancora segnalare che l'esistenza di uno o più mezzi di ricorso, ancorché celeri, per mettere in discussione l'assenza di indipendenza dell'autorità di emissione del MAE non pone certamente al riparo dal problema della dipendenza ordinamentale e funzionale, così come tratteggiata nei capitoli precedenti: altrimenti detto il diritto della persona interessata di impugnare la decisione privativa della libertà personale non garantisce il recupero dell'indipendenza, posto che lo stesso organo giurisdizionale

⁴⁹ Corte giust., 22 febbraio 2022, *Openbaar Ministerie (Giudice costituito per legge nello Stato membro emittente)*, causa C-562/21 PPU e C-563/21 PPU, EU:C:2022:100.

⁵⁰ Si segnala, in questa direzione, la decisione Corte giust., *Puig Gordi e a.*, cit., in cui, tuttavia, temperando soluzioni più rigide emerse precedentemente, si è stabilito che «in relazione alla violazione del principio fondamentale del giudice precostituito per legge, solo in via eccezionale il giudice dell'esecuzione è legittimato al sindacato di una «valutazione complessiva del funzionamento del sistema giudiziario dello Stato membro emittente», in forza della quale rilevare carenze sistemiche tali che «gli imputati sono, in generale, privati, in tale Stato membro, di un mezzo di ricorso effettivo che consenta di controllare la competenza del giudice penale chiamato a giudicarli, sotto forma di esame della propria competenza da parte di tale giudice o di un ricorso esperibile dinanzi ad un altro giudice».

⁵¹ In particolare, se si verificano nuovi fatti e circostanze rilevanti per la proporzionalità dell'emissione del mandato, potrebbe giustificarsi la revoca del mandato stesso. Corte giust., 12 dicembre 2019, *JR e YC*, cause riunite C-566/19 PPU e C-626/19 PPU, ECLI:EU:C:2019:1077; Corte giust., 12 dicembre 2019, *XD*, causa C-625/19 PPU, ECLI:EU:C:2019:1078. Più recentemente la Corte ha ribadito che «lo Stato membro emittente ha l'obbligo di predisporre uno o più mezzi di ricorso effettivi al fine di consentire un controllo giurisdizionale delle condizioni per l'emissione di un mandato da parte di un'autorità o organo giudiziari. Tale obbligo deriva dal sistema istituito da tale decisione quadro conformemente ai requisiti dell'art. 47(2) della Carta di Nizza». Corte giust., *MM*, cit. Inoltre, è ancor più importante che ad eseguire il controllo sia un organo giurisdizionale quando l'autorità incaricata dell'emissione del mandato d'arresto europeo non è un giudice. Questa precisazione trova un riscontro ancor più ferreo nelle conclusioni dell'Avvocato generale *Sánchez-Bordona*, il quale ha sottolineato, ancora una volta nel caso *OG e PI*, che una persona soggetta a un mandato d'arresto europeo emesso da un pubblico ministero deve avere la possibilità di impugnare immediatamente la misura che limita la sua libertà dinanzi a un giudice o a un tribunale nello Stato membro emittente.

dell'impugnazione potrebbe difettare di tali requisiti. E il pensiero va subito alla Polonia o all'Ungheria, contraddistinte da una forte e sistematica carenza di indipendenza di tutto l'ordinamento giudiziario⁵².

Ora, sulla scorta del principio di separazione dei poteri negli Stati di diritto è indiscusso che ogni organo chiamato a decidere se limitare la libertà di un individuo per un certo periodo di tempo deve possedere le migliori garanzie a presidio della sua indipendenza da pressioni esterne. Ma non è solo questa dimensione del principio in parola a valere. Una seconda componente, altrettanto essenziale per l'equità procedimentale, che si ricollega alla nozione di imparzialità, pone l'accento sulla neutrale distanza dell'autorità giudiziaria dalle parti in causa e dai loro rispettivi interessi rispetto all'oggetto della controversia⁵³. Del resto, non si può trascurare l'approccio seguito dalle giurisprudenze europee che, come abbiamo visto, postulano una nozione ampia del principio, sia quale garanzia nei confronti di interferenze esterne sia quale valore connesso, per l'appunto, ad un'autorità imparziale. Tutto ciò presuppone l'esistenza di regole procedimentali che permettano di eliminare qualsiasi dubbio circa l'impermeabilità di tali organi giudiziari a fattori esterni ed interni e la loro neutralità rispetto agli interessi in gioco.

Quanto affermato può essere certamente esteso, con le dovute eccezioni, alla peculiarissima posizione del pubblico ministero. Infatti, se la sua figura di "accusatore" negli ordinamenti giuridici interni impone una riflessione sul suo rapporto con il potere politico, la considerazione dell'organo d'accusa come "parte" della dialettica processuale al pari della difesa richiederebbe un'indagine anche sulla sua imparzialità, requisito che lo rende non del tutto equiparabile al giudice, per definizione *super partes*. In questo senso, il pubblico ministero, vuoi se considerato come organo inquirente vuoi se visto quale autorità requirente, detiene un ruolo significativo nell'assicurare l'imparzialità rispettivamente dell'azione e del giudizio, necessarie per veicolare, a loro volta, una complessiva uguaglianza delle armi tra le parti. Nonostante ciò, possono nutrirsi dubbi sulla possibilità che la parte pubblica possa essere sempre imparziale e ciò sia che viga la discrezionalità nell'esercizio dell'azione penale sia che operi l'obbligatorietà della stessa. A ben vedere, infatti, ciò che conta alla fine è il criterio che orienta le decisioni sull'instaurazione del processo penale. Ad esempio, sebbene la giustizia penale italiana si alimenti del principio di obbligatorietà, l'assunzione di una elevata soglia probatoria connessa alla c.d. "regola di giudizio" voluta dalla riforma Cartabia prescrivendo una ragionevole previsione di condanna disvela pericolose implicazioni sul fronte del nesso fra i valori dell'imparzialità del giudizio e l'indipendenza dell'autorità giudiziarie. D'altronde, è difficile concepire che in relazione alle parti nel processo, e ancor più agli occhi dell'opinione pubblica fuori del processo, il pubblico ministero che abbia formulato un giudizio di responsabilità penale sulla base delle risultanze disponibili, o abbia addirittura portato a processo l'imputato, convinto non solo di poter sostenere l'accusa in giudizio ma di ottenerne la condanna, possa agire ed essere considerato come una parte imparziale. Va poi precisato che queste tensioni possono apprezzarsi in relazione sia

⁵² Cfr. *Relazione sullo Stato di diritto 2023: progressi sul 65% delle raccomandazioni, ma occorrono ulteriori interventi*, reperibile al sito https://italy.representation.ec.europa.eu/notizie-ed-eventi/notizie/relazione-sullo-stato-di-diritto-2023-progressi-sul-65-delle-raccomandazioni-ma-occorrono-ulteriori-2023-07-05_it; Corte giust., 5 giugno 2023, *Commissione/Polonia (Indipendenza e vita privata dei giudici)*, causa C-204/2, ECLI:EU:C:2023:442, che ha bocciato la riforma della giustizia polacca del dicembre 2019 poiché viola il diritto dell'Unione.

⁵³ G. LAUTENBACH, *The Concept of the Rule of Law and the European Court of Human Rights*. Oxford, 2013, pp. 63 ss.

all'azione del pubblico ministero sia soprattutto alla decisione del giudice dell'udienza preliminare.

Quanto detto si riverbera inevitabilmente sui procedimenti penali di estradizione che ricadono nell'ambito del MAE. Pertanto, oltre all'indipendenza esterna del pubblico ministero dovrebbe preoccupare la problematica dell'assenza di indipendenza interna/imparzialità con ciò alludendo al momento di applicazione neutrale delle norme penali e processuali penali al singolo caso e in cui, per fornire un esempio, si devono tenere in debito conto tutte le prove a carico e a discarico nell'emettere una decisione limitativa della libertà personale o nel vagliare l'opportunità o meno di avviare un procedimento penale. La delicata posizione del pubblico ministero, parte, ma parte pubblica, "parte imparziale" rende essenziale che egli abbia sempre come riferimento il valore del metodo del contraddittorio e il rispetto del ruolo della difesa. Ebbene, quanto precisato rappresenta solo una metà della mela. Infatti, non è solo l'assenza di indipendenza e imparzialità ad influire sulla parità delle parti, ma è lo stesso difetto di parità tra queste ad inficiare il contraddittorio e, a sua volta, ad incidere negativamente sull'imparzialità del giudizio. Capita spesso che l'architettura normativa domestica sia però progettata per veicolare irragionevoli asimmetrie tra i soggetti del procedimento penale e per svuotare di effettivi poteri di controllo e vigilanza sulle garanzie partecipative gli organi a tale scopo preposti.

Ad ogni modo, i due principi finiscono per influenzare profondamente il modo in cui il processo penale viene condotto e la sua equità complessiva.

Senonché è evidente che le dinamiche processuali interne che intaccano tale specifici profili dell'indipendenza del pubblico ministero nelle procedure di assistenza giudiziaria internazionale sono difficili da sondare da parte delle autorità giudiziarie dell'esecuzione. Perciò, esse sono lasciate in ombra dalle sentenze della Corte di giustizia e dal legislatore europeo. Anzi, come abbiamo argomentato, le linee ermeneutiche sposate dai giudici della Corte europea, in specie con riguardo al secondo livello di tutela, essendo per lo più protese a favorire il funzionamento del MAE, ci consegnano un procedimento penale transnazionale in cui l'effettiva tutela dell'imparzialità finisce per essere rimessa alle scelte operate dai singoli ordinamenti nazionali coinvolti nelle procedure di cooperazione interstatale, responsabili ognuno per la parte di propria competenza.

Pertanto, se risulta impraticabile, per l'operatività del MAE, l'idea di un'autorità di esecuzione chiamata a vagliare l'esistenza o meno di elementi di imparzialità in capo all'organo di emissione, è sulla tutela di diritti fondamentali sul piano interno che bisogna continuare ad insistere, ovvero sulla normativa nazionale che disciplina l'emissione del MAE, la quale è chiamata ad allinearsi quanto più possibile alle istanze armonizzanti dell'indipendenza nelle sue diverse declinazioni e dell'equità procedimentale rinvenibili nelle fonti internazionali e sovranazionali, in specie CEDU e Carta di Nizza, così come interpretate dalle rispettive Corti.

3.1 Una sentenza "prudente" per un caso "rovente": la CGUE e il *favor* per la cooperazione nel caso *Puig Gordi*

Ad ogni modo, l'*iter* giurisprudenziale descritto non si è arrestato e nel gennaio del 2023 è stata segnata un'ulteriore tappa in materia di tutela dei diritti fondamentali e MAE che può

fornire interessanti spunti per riflettere sulla *par condicio* e l'indipendenza⁵⁴. Ci riferiamo alla sentenza nel caso *Lluís Puig Gordi e altri* che è intervenuta per sedare la *querelle* instauratasi nel 2017 tra la Corte Suprema spagnola e i tribunali del Belgio circa l'esecuzione dei mandati d'arresto europei nei confronti degli *ex* leader catalani fuggiti dalla Spagna. La Corte Suprema spagnola ha opposto resistenza all'approccio adottato dal tribunale belga, che si sono rifiutati di eseguire i MAE contro alcuni politici catalani poiché secondo gli stessi vi era un serio rischio di violazione del diritto di tali persone ad essere giudicate da un tribunale precostituito per legge, posto che non vi era alcuna base giuridica esplicita per la competenza della Corte suprema spagnola a giudicare tali soggetti. In sostanza, i MAE sarebbero stati rifiutati a causa della violazione del diritto degli imputati a un processo equo.

Sulla base della sentenza della CGUE nella causa *AY*, la Corte Suprema spagnola si chiede se l'autorità giudiziaria dell'esecuzione possa rifiutare di eseguire un MAE sulla base di un motivo di non esecuzione non contenuto nella Decisione quadro 2002/584. Inoltre, dubita del potere dell'autorità giudiziaria dell'esecuzione di valutare la competenza dell'autorità giudiziaria emittente, in base al diritto nazionale di quest'ultima, a giudicare gli imputati e a rifiutare l'esecuzione del MAE sulla base di una presunta violazione dei diritti fondamentali di questi. Sostiene poi che i giudici belgi non hanno tenuto conto dell'interpretazione dei giudici spagnoli e del fatto che alle parti interessate era stato riconosciuto il diritto di esperire un controllo giurisdizionale sui MAE emessi nei loro confronti.

Sul punto, può essere interessante evidenziare anche la posizione manifestata dall'Avvocato Generale nella causa *de qua*, secondo cui, da un lato, «l'obiettivo di istituire un sistema rapido ed efficace di consegna, in collegamento con quello di lottare contro l'impunità, non è compatibile con un'apertura troppo ampia della possibilità, per un'autorità giudiziaria dell'esecuzione, di controllare la sussistenza di un rischio di violazione dei diritti fondamentali nello Stato membro emittente, in particolare per quanto riguarda il diritto fondamentale a un equo processo dinanzi a un giudice precostituito per legge, che non costituisce un diritto assoluto». Dall'altro, «potrebbe essere presa in considerazione una posizione più sfumata e aperta all'accettazione di rischi non sistemici qualora fosse in gioco la tutela di un diritto fondamentale a carattere assoluto, come quello protetto dall'articolo 4 della Carta», in materia di proibizione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti.

Ora, nel caso in esame, la CGUE deve rispondere a una questione lasciata aperta dalla sua precedente giurisprudenza, in particolare dalla storica decisione nella causa *LM*, inerente al sistema del doppio livello di protezione. Come sottolinea Wahl, il caso *Puig Gordi* ribalta il problema, poiché si chiede alla Corte di giustizia se il MAE, *ex art.* 1(3) della Decisione quadro, consenta il rifiuto dell'esecuzione quando da una valutazione concreta della specifica situazione in causa si palesa il rischio di un reale nocimento ai diritti fondamentali nello Stato membro emittente⁵⁵.

Il 31 gennaio 2023 la CGUE ha emesso la sua sentenza allineandosi al parere dell'Avvocato generale *De Tour* sulla necessità di cooperare, anche se in modo più cauto. Se, da un lato, ha ricordato l'importanza della fiducia reciproca alla base del sistema del MAE e

⁵⁴ Con particolare riguardo al tema del MAE in Spagna, cfr. M. DE HOYOS SANCHO, *Il nuovo sistema di estradizione semplificata nell'Unione europea. Lineamenti della legge spagnola sul mandato d'arresto europeo*, in *Cass. Pen.*, 2005, pp. 303 ss.

⁵⁵ T. WAHL, *AG: EAWs Cannot Be Refused if there Are no Systemic & Generalised Deficiencies of Fair Trial Protection*, in *Eu crim*, 3, 2022, pp. 195-197.

la necessità di applicarlo in modo unitario, dall'altro, ha sottolineato l'esigenza di rispettare i diritti fondamentali nell'applicazione del MAE.

Più specificamente, la Corte ha osservato che, in linea di principio, i giudici nazionali non possono aggiungere ulteriori motivi di rifiuto. Di conseguenza, la CGUE, pronunciandosi in ordine al sindacato circa la competenza del giudice emittente a formulare una richiesta di mandato d'arresto, ricorda che se «spetta all'autorità giudiziaria dell'esecuzione assicurarsi, prima di eseguire un mandato d'arresto europeo, che quest'ultimo sia stato effettivamente emesso da un'autorità giudiziaria»⁵⁶, ai sensi dell'art. 6(1) della Decisione quadro, «l'autorità giudiziaria dell'esecuzione non può, per contro, verificare, a norma di tale disposizione, che l'autorità giudiziaria emittente sia competente, alla luce delle norme del diritto dello Stato membro emittente, a emettere un mandato d'arresto europeo».

Consentire un tale controllo, chiosa ancora l'Avvocato Generale, «sarebbe contrario al principio dell'autonomia procedurale - in base al quale gli Stati membri possono designare, secondo il loro diritto nazionale, l'autorità giudiziaria competente a emettere un MAE - e al principio del reciproco riconoscimento, che costituisce la "pietra angolare" della cooperazione giudiziaria in materia penale».

Sebbene i giudici si riferiscano espressamente al tema della competenza, l'esclusione di quest'ultima dal campo cognitivo dell'organo dell'esecuzione sembrerebbe propendere, a maggior ragione, per la non estensione della cognizione di tale organo ad altri profili che non siano quelli strettamente connessi all'indipendenza esterna. È pur vero, però, che la Corte ha affermato che gli Stati membri dell'UE possono, in circostanze eccezionali, rifiutare l'esecuzione per garantire il rispetto dei diritti fondamentali della persona richiesta. Tale rifiuto deve avvenire nel rigoroso rispetto delle linee guida della Corte stabilite nel caso *Aranyosi e Căldăraru* - e successivamente confermate in ulteriori sentenze, tra cui il caso *Openbaar Ministerie*, incentrato in particolare sulla questione del diritto a un processo equo davanti a un tribunale indipendente e imparziale precedentemente stabilito dalla legge -.

Quale sorte, dunque, spetta alla parità delle armi in questo peculiare contesto?

Certamente essa continua ad essere un aspetto cruciale dell'equità a cui l'indipendenza e l'imparzialità sono preordinate e viceversa. Nell'ordine di idee rammentato, la Corte ha pure riaffermato, a dispetto dei detrattori, l'approccio in due fasi per determinare se la persona ricercata corra un rischio reale di violazione dei diritti umani⁵⁷. L'aver ribadito posizioni già espresse, tuttavia, non ha aggiunto alcunché di nuovo alla problematica relativa allo *standard* probatorio e al *quomodo* per provare o osservare le presunte carenze sistemiche, lasciando che tale spinosa questione venga risolta, ancora una volta, dai tribunali nazionali nei futuri MAE. Un tale assetto, del resto, si ripercuote negativamente sui destinatari di questi strumenti, i quali finiscono per ritrovarsi in una posizione di sostanziale svantaggio ovvero di disparità delle armi.

Insomma, sembra che in luogo di azioni concrete ed in ragione del superiore interesse della cooperazione, si sia nuovamente ceduto al fascino delle mere enunciazioni di principio.

⁵⁶ Corte giust., *Puig Gordi*, cit.

⁵⁷ Nel caso in questione ha osservato che l'autorità giudiziaria dell'esecuzione deve stabilire se il sistema giudiziario spagnolo offra la possibilità di un rimedio giuridico efficace sulla questione della competenza della Corte suprema spagnola a giudicare gli imputati. Tale rimedio consisterebbe in un riesame, davanti a un altro tribunale, della competenza della camera penale della Corte suprema spagnola a processare *Puig* e gli altri imputati. La seconda fase richiede di determinare in che misura le carenze generalizzate o sistemiche osservate nella prima fase incidano «in modo specifico e puntuale» sull'imputato in caso di consegna, e se il Tribunale individuato per giudicare gli imputati sia manifestamente incompetente a farlo.

In seguito alla richiamata decisione, entrambi le parti contrapposte hanno dichiarato vittoria. All'indomani dell'emanazione della sentenza, infatti, gli indipendentisti hanno sottolineato come questa pronuncia consenta alle autorità esecutive di rifiutare i MAE spagnoli per motivi legati ai diritti umani, a condizione che siano meglio giustificati; mentre in Spagna sono stati intensificati gli sforzi per riavere gli esuli catalani, una volta risolta la questione dell'immunità parlamentare.

Permane, dunque, il dubbio che le soluzioni a cui sono approdati da ultimo i giudici europei trovano una plausibile giustificazione nella natura politica dei fatti che hanno occasionato la decisione *de qua* e che, forse, hanno consigliato di imboccare una via, per così dire, più prudente.

3.2 Il ruolo assegnato alla vittima di reato nelle procedure di consegna

Da qualche tempo, sia la grande che la piccola Europa hanno compiuto progressi significativi sul piano della valorizzazione della funzione della vittima nel contesto del procedimento penale⁵⁸. Ad oggi, è infatti evidente che le fonti europee, specie quelle dell'Unione Europea, hanno predisposto un quadro di protezione delle garanzie non solo per l'imputato, ma anche per la parte lesa. Pertanto, in linea con quelle premesse argomentative che mirano ad apprezzare il ruolo della persona offesa nella dialettica processuale non possiamo esimerci dal formulare alcune considerazioni rispetto al ruolo ricoperto da questa nelle procedure di cooperazione che si inscrivono nel MAE. A questo riguardo va anzitutto notata l'assenza di qualsiasi riferimento esplicito alla posizione delle persone offese nel circuito dei procedimenti transnazionali vuoi sul fronte della Decisione quadro 2002/584 e della Direttiva 2012/64 vuoi su quello della giurisprudenza della CGUE.

Se a livello nazionale si assiste ad una considerazione significativa della persona offesa (cfr. capitolo II, parte I), per contro, sul versante dei procedimenti penali transfrontalieri si segnalano tendenze opposte già a livello delle giurisprudenze domestiche chiamate ad interpretare gli strumenti della cooperazione giudiziaria. In questo ordine di idee, può ad esempio richiamarsi una recente decisione della Cassazione italiana, la quale ha coinvolto il parlamentare spagnolo *Carles Puigdemont i Casamajó* e che segnaliamo per le implicazioni che essa potrebbe dispiegare sul modo di concepire la posizione della vittima nelle procedure di cooperazione giudiziaria⁵⁹.

⁵⁸ In argomento, cfr., per tutti, S. ALLEGREZZA, *La riscoperta della vittima nella giustizia penale europea*, in S. ALLEGREZZA, H. BELLUTA, M. GIALUZ, L. LUPÁRIA (eds.), *Lo scudo e la spada. Esigenze di protezione e poteri delle vittime nel processo penale tra Europa e Italia*, Torino, 2012, pp. 1 e ss.; M. SIMONATO, *Deposizione della vittima e giustizia penale. Una lettura del sistema italiano alla luce del quadro europeo*, Milano, 2014, p. 37 e ss.; M. VENTUROLI, *La vittima nel sistema penale dall'oblio al protagonismo?*, Napoli, 2015, pp. 86 ss. Rispetto a questo fenomeno, in termini negativi si esprime N. GALLO, *Questioni aperte. Mandato di arresto europeo*, in *Arch. pen.*, 1, 2022, pp. 1 ss. L'Autore rammenta che «è sufficiente dare uno sguardo fugace al massimario della Corte di cassazione ed alla iperfezione normativa – interna e sovranazionale – in materia, per poter avere contezza del sempre più evidente sbilanciamento, che neanche troppo lentamente, sta prendendo campo tra gli attori del processo di parti. La spasmodica centralizzazione dei diritti della così detta vittima del reato è ormai all'ordine del giorno».

⁵⁹ Cass. pen., 28 dicembre 2021, n. 47244/21, reperibile al sito <https://canestrinilex.com/risorse/vittime-escluse-dal-procedimento-mae-cass-4724421>. Per contro, va segnalato che con la sentenza depositata il 9 maggio 2023 la Sesta Sezione penale della Cassazione si è soffermata sul diritto ad essere sentito di colui che è consegnato in ragione di un mandato di arresto europeo e ha affermato che: «in conformità all'interpretazione offerta dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea degli artt. 27, parr. 3, lett. g), e 4 e 28, par. 3, della decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio del 26/02/2009, nella procedura di estensione della consegna allo Stato

Ebbene, partendo dal *casus belli*, la Suprema Corte ha ritenuto infondato il ricorso proposto dal *Partido Politico Vox* (un partito spagnolo che nel processo nazionale contro il politico ricercato ha assunto la parte di *acusador popular*) nell'ambito del procedimento di consegna in esecuzione di un mandato di arresto europeo emesso nei confronti dell'europarlamentare spagnolo arrestato ad Alghero nel 2017. Il ricorrente, infatti, chiedeva di intervenire in qualità di persona offesa, ai sensi dell'art. 90 c.p.p., in una procedura tra Stati membri quale è quella disciplinata dalla l. 22 aprile 2005, n. 69⁶⁰ la quale, a sua volta, riprende la normativa estradizionale dell'art. 702 c.p.p., modello a cui il legislatore italiano ha fatto esplicito riferimento nell'implementare la disciplina di attuazione del MAE. Più specificamente, l'art. 17(1) conferma come nell'ambito dei procedimenti di collaborazione internazionale giudiziaria non vi sia spazio alcuno per l'intervento delle parti private diverse dal soggetto richiesto in consegna. Secondo gli Ermellini, «lo scopo del procedimento di consegna in esecuzione di un MAE è infatti quello di verificare la sussistenza delle condizioni per poter procedere alla consegna stessa così da consentire l'inizio del procedimento penale nello Stato membro o l'esecuzione della sentenza emessa in tale Stato, ne consegue che, in una procedura di tal guisa ove non vi è alcuna disquisizione sul merito delle accuse ed ove non ci si trova al cospetto del c.d. “*criminal proceeding*”, quale luogo in cui la giurisprudenza europea ha delimitato le prerogative spettanti alla persona offesa, non è pertanto possibile invocare i principi dettati dallo statuto europeo della vittima del reato». Prosegue la Corte, «i parametri costituzionali e sovranazionali genericamente richiamati da parte ricorrente, del resto, non sono utilmente invocabili per fondare l'intervento della parte lesa nella procedura passiva di consegna in esecuzione di un mandato di arresto Europeo». E, infatti, da una lettura attenta della *Magna Charta* delle vittime delineata dalla Direttiva 2012/29/UE ci si avvede di come essa sia inapplicabile nel caso di specie, indipendentemente dalla sua trasponibilità nella disciplina del mandato di arresto europeo. Come chiarito dai giudici della Cassazione, infatti, dalla definizione di vittima enunciata di cui all'art. 2(a) della citata Direttiva, in tale categoria non rientrano le persone giuridiche, bensì solo la «persona fisica che ha subito un danno, anche fisico, mentale o emotivo, o perdite economiche che sono stati causati direttamente da un reato». In questa descrizione sembra, quindi, difficile farvi rientrare l'*acusador popular* contemplato dalla disciplina processuale penale spagnola trattandosi di un'accusa privata sì ma promossa *uti cives* e non già dalla parte lesa la quale assumerebbe, per converso, il ruolo di *acusador particular*.

Per concludere, al di là della correttezza o meno delle valutazioni e dei risultati a cui sono pervenuti i giudici italiani e ai quali sono approdati a conclusione di un ragionamento su un caso comunque rovente per le forti implicazioni politiche, *de lege ferenda*, tanto sul piano nazionale che sovranazionale, toccherà interrogarsi nuovamente e ripensare alla possibilità che una qualche *chance* partecipativa sia accordata, quantomeno alla parte offesa dal reato anche nelle procedure di consegna, in linea con il diritto ad essere *fairly heard* così come sancito dalla Direttiva sulla protezione delle vittime.

di emissione deve essere necessariamente rispettato il principio del contraddittorio, garantendo al consegnato, in applicazione analogica di quanto previsto dall'art. 710, comma 1, cod. proc. pen. per la procedura di estensione dell'extradizione, la possibilità di manifestare opposizione, per il tramite del proprio difensore, in un'udienza camerale all'uopo fissata, la cui mancata celebrazione determina, ex artt. 178, lett. c), e 179, comma 1, cod. proc. pen., una nullità assoluta, di ordine generale».

⁶⁰ Si rimanda alla copiosa letteratura in tema di MAE. Senza pretesa di esaustività, cfr. M. CAIANIELLO, G. VASSALLI, *Parere sulla proposta di decisione-quadro sul mandato di arresto europeo*, in *Cass. pen.*, 2002, pp. 462 ss.; A. DAMATO, *Il mandato di arresto europeo e la sua attuazione nel diritto italiano*, in *Dir. Unione eur.*, 2005, pp. 21 ss.; G. DE AMICIS, *L'attuazione del mandato di arresto europeo nell'ordinamento italiano*, in *Giur. merito*, 2006, pp. 767 ss.

CAPITOLO III

Libera circolazione delle prove, parità delle armi e indipendenza delle autorità giudiziarie nell'ordine europeo di indagine penale

Sommario: 1. Questioni preliminari. - 2. L'evoluzione delle procedure di raccolta delle prove all'estero: compromessi, lacune e nuove sfide per la *par condicio* delle armi e l'equità procedimentale. Il silenzio a lungo serbato sull'indipendenza e l'imparzialità delle autorità giudiziarie nella *Beweisrechthilfe*. - 3. L'ordine europeo di indagine penale e le istanze (tradite) di massimizzazione della tutela dei diritti procedimentali. - 3.1 La videoconferenza nel campo della giustizia penale transnazionale secondo la Direttiva OEI e il ricorso ai collegamenti audio-video per potenziare la parità delle armi. - 3.2 Il diritto di difendersi indagando all'estero e i pericoli per la parità delle armi. - 3.3 La scarsa attenzione dedicata alla vittima di reato dalla Direttiva OEI. - 4. La diversa modulazione giurisprudenziale delle garanzie di indipendenza delle autorità giudiziarie di emissione di un ordine d'indagine europeo. - 5. L'ordine europeo di indagine penale e l'assetto a geometria variabile delle libertà fondamentali: quali *vulnera* per l'equità del procedimento transnazionale? 6. *E-evidence* e *cross-border access to e-evidence*: quali problematici nuovi scenari per il *transnational due process*?

1. Questioni preliminari

Le interazioni tra i principi della parità delle armi e dell'indipendenza delle autorità giudiziarie quali architravi del giusto processo penale transnazionale nel panorama giuridico dell'Unione europea possono apprezzarsi anche nel diverso ambito della *Beweisrechthilfe*, specialmente alla luce dell'introduzione dell'OEI e della sua attuazione sul fronte nazionale.

Ebbene, è in questo specifico campo della cooperazione giudiziaria che emergono altrettante rilevanti problematiche per la salvaguardia della *fairness* procedimentale transnazionale. A tal proposito, va rimarcato che l'argomento di cui ci occupiamo in queste pagine si salda idealmente alle tematiche emerse in precedenza trattando delle procedure estradizionali che operano secondo gli schemi della Decisione quadro sul MAE del 2002 e prosegue, approfondendolo, il dibattito attorno allo spinoso rapporto tra tutela dei diritti fondamentali e procedimentali, da un lato e applicazione del principio del mutuo riconoscimento dall'altro. Ancora una volta le perplessità discendono dal quesito, di capitale importanza, se siano solo organi giudiziari indipendenti ed imparziali legittimati ad emettere ed eseguire un OEI o meno. Come si vedrà, se entrambi gli strumenti oggetto di questa analisi, il MAE e l'OEI, si ascrivono tra quegli interventi di avanguardia della cooperazione endoeuropea, espressione più autentica del principio del mutuo riconoscimento¹, al

¹ Il d.lgs. n. 149/2017, in attuazione della legge delega n. 149/2016, introduce, all'interno del libro XI del codice di procedura penale italiano, il titolo I-*bis* ponendo le basi giuridiche per il principio del mutuo riconoscimento anche nell'ordinamento italiano, esplicitandolo, in particolare all'art. 696-*bis* c.p.p. secondo cui «le decisioni e i provvedimenti giudiziari emessi dalle competenti autorità degli altri Stati membri possono essere riconosciuti ed eseguiti nel territorio dello Stato; l'autorità giudiziaria può richiedere alle competenti autorità degli altri Stati

contempo essi costituiscono «micro-sistemi differenziati all'interno dei quali la nozione autonoma di autorità giudiziaria emittente e dell'esecuzione tende ad assumere connotazioni diverse, per ragioni testuali, contestuali e finalistiche»², su cui è necessario fare luce.

Peraltro, è non meno significativo che questo peculiare ambito della cooperazione giudiziaria rappresenta, al pari di quello inerente alle procedure cooperative ispirate al MAE, un angolo visuale privilegiato per esaminare il peso che oggi il pubblico ministero esercita nel circuito del procedimento penale transfrontaliero, in specie dall'angolo visuale della complessiva equità dello stesso. L'attuazione dell'OEI³, infatti, ha rafforzato nel complesso le già ampie competenze degli organi di pubblica accusa previste dagli ordinamenti giuridici interni, senza riuscire tuttavia ad arginare l'aspirazione di questo strumento normativo a realizzare attività investigative o istruttorie mediante mezzi coercitive e tecniche sempre più invasive delle libertà e dei diritti fondamentali e procedurali tutelate a livello costituzionale, convenzionale ed eurounitario, tra cui primeggia a buon diritto la parità delle armi.

Prima di occuparci dell'OEI, è il caso di riflettere sugli strumenti che hanno operato e continuano ad operare nel panorama della circolazione probatoria nella Comunità europea prima, e dell'Unione dopo, al fine di vagliare se e come in questo specifico settore sia stata accordata un'adeguata tutela alla parità delle armi la quale, vista anche la sua capacità di influire sulla c.d. *indipendenza soggettiva* delle autorità giudiziarie, va indubbiamente considerata alla stregua di quintessenza del *transnational due process*.

membri l'esecuzione dei propri provvedimenti e decisioni». Nella penisola iberica, nonostante le numerose riforme succedutesi nel tempo, nessuna disposizione della *Ley de Enjuiciamiento Criminal* del 1882 regolamentava, fino a tempi recenti, adeguatamente l'assistenza giudiziaria in materia penale. Tuttavia, segni di una prima apertura alle indagini transfrontaliere si sono manifestati già dagli anni '90, allorché si pose il problema di perseguire penalmente il traffico internazionale di droga e la lotta contro l'organizzazione terroristica basca, l'ETA. Nel 2014 la Spagna ha così recepito con la *Ley 23/2014 de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la UE (LMR)* nell'ordinamento giuridico tutti gli strumenti attuativi del principio del reciproco riconoscimento, tra cui la decisione quadro sul MER, sebbene questa sia stata abrogata dal Regolamento 2016/95 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 20 gennaio 2016.

² G. DE AMICIS, *Stato di diritto, garanzie europee di indipendenza della magistratura e cooperazione giudiziaria penale: quadri di un'esposizione* in fieri, in *Sist. pen.*, 2021, p. 40.

³ Con il d.lgs. 21 giugno 2017, n. 108, l'Italia ha attuato la Direttiva 2014/41/UE. La trasposizione consta di tre titoli: il primo contiene disposizioni di principio, le definizioni e la clausola di protezione dei dati personali; il secondo disciplina la procedura passiva e il terzo quella attiva. In linea di massima la definizione di OEI, riproduce, ad eccezione di qualche differenza come l'attenzione posta alla convalida dell'atto richiesto promanante da un'autorità amministrativa, il contenuto della Direttiva definendo l'OEI «il provvedimento emesso dall'autorità giudiziaria o dall'autorità amministrativa e convalidato dall'autorità giudiziaria di uno Stato membro dell'Unione europea, per compiere atti d'indagine o di assunzione probatoria che hanno ad oggetto persone o cose che si trovano nel territorio dello Stato o di un altro Stato membro ovvero per acquisire informazioni o prove che sono già disponibili». La Germania che vanta una tradizione di MLA ha per converso faticato ad accettare il *mutual recognition*. Ciononostante, interpolando gli artt. 91 ss. IRG, il legislatore tedesco ha *bon grès mal grès* adottato la Direttiva 2014/41/UE nell'ottica di creare un quadro giuridico uniforme che semplificasse e accelerasse la circolazione delle prove nello spazio europeo. Permane in più punti della disciplina attuativa un senso di *mistrust* verso la *fairness* degli altri Stati membri e una nostalgia verso meccanismi puri e tipici della MLA. La diffidenza verso il principio del mutuo riconoscimento si evince dalle formulazioni adoperate nella trasposizione, allorché il termine *Ersuchen* (richiesta) viene utilizzato al posto di *Anordnung* (ordine).

2. L'evoluzione delle procedure di raccolta delle prove all'estero: compromessi, lacune e nuove sfide per la *par condicio* e l'equità procedimentale. Il silenzio a lungo serbato dalla normativa europea sull'indipendenza e l'imparzialità delle autorità giudiziarie nella *Beweisrechthilfe*

L'opera intrapresa in seno al Consiglio d'Europa nel 1959 volta a promuovere un quadro giuridico destinato a regolare le forme di cooperazione endoeuropea anche in materia probatoria⁴ è proseguita all'interno di un gruppo specifico di Stati europei, prima nell'ambito delle Comunità europee e poi dall'Unione europea. In particolare, l'obiettivo principale che ha ispirato il cammino intrapreso da taluni Paesi dell'area UE è consistito nel rendere più efficace la cooperazione tra le autorità dell'area regionale europea ed è stato perseguito abbandonando quell'originaria idea che faceva del concetto di cooperazione internazionale una questione prettamente diplomatica. In luogo di una siffatta infruttuosa impostazione, per converso, si è preferito imboccare la via delle collaborazioni infrastatali permanenti e di una procedura transnazionale più fruibile per le autorità investigative e giudiziarie basata su una progressiva giurisdizionalizzazione della *Beweisrechthilfe*.

Nonostante ciò, dalla prospettiva del *transnational due process of law*, gli strumenti legislativi prodotti in seno alla Comunità europea, prima, e all'Unione, dopo, che si sono succeduti nel tempo, vuoi di rango primario vuoi di rango secondario, non si sono mostrati pienamente all'altezza di tutelare i principi della parità delle armi e dell'indipendenza delle autorità giudiziarie e, di riflesso, l'equo processo transnazionale. Anzi, quanto al problema dell'indipendenza delle autorità giudiziarie interessate dalla cooperazione giudiziaria in

⁴ Vale la pena menzionare, per fini di completezza, la Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale del 1959 (spesso denominata "*Mother Treaty*"). In linea con la tradizionale concezione della sovranità nazionale, la Convenzione consentiva la cooperazione in materia di raccolta delle prove sulla base del principio del *locus regit actum*, secondo il quale la raccolta delle prove era disciplinata dalla legge dello Stato in cui aveva luogo. Tuttavia, questo principio comportava due principali difetti. Da un lato, conduceva a una "procedura ad effetto mosaico", in quanto applicando il principio del *forum regit actum*, essa finiva per combinare le norme dello Stato A che regolavano la raccolta delle prove con quelle dello Stato B relative all'ammissibilità delle prove assunte all'estero. In questo modo, le prove, pur essendo ammissibili secondo la legge del Paese cooperante, potevano essere considerate inammissibili dal punto di vista della legge dello Stato in cui dovevano essere utilizzate, mettendo così a rischio l'accertamento giudiziario. Sul tema cfr. S. GLEB, *Die „Verkehrsfähigkeit von Beweisen“ im Strafverfahren*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 2003, pp. 132 ss.; H. SATZGER, F. ZIMMERMANN, *Manifest zum Europäischen Strafverfahrensrecht. European Criminal Policy Initiative*, in *ZIS*, 2013, p. 412. D'altra parte, la Convenzione del 1959 non trattava espressamente il diritto di contestare le argomentazioni dell'accusa. In effetti, le dichiarazioni dei testimoni rese all'estero in base alla *lex loci* venivano trasmesse tramite rogatoria scritta e lette alla corte del Paese del processo senza che un effettivo contraddittorio si fosse realizzato. Questo silenzio arrecava chiaramente significativi *vulnera* all'uguaglianza delle armi. Inoltre, l'art. 4 della Convenzione del 1959 specificava che le autorità nazionali e le parti potevano assistere all'esecuzione di una rogatoria solo se lo Stato richiesto era d'accordo. Eppure, sebbene la possibilità delle autorità nazionali di assistere all'esecuzione della rogatoria appaia limitata, l'art. 4 è stato interpretato in modo da consentire alle autorità competenti di suggerire le formalità e le procedure necessarie per l'ammissibilità in giudizio delle prove raccolte all'estero. Così, D. VIGONI, *Dalla rogatoria all'acquisizione diretta*, in G. LA GRECA, M.R. MARCHETTI (ed.), *Rogatorie penali e cooperazione giudiziaria internazionale*, Torino, 2003, p. 423. Ancorché a questa Convenzione vada riconosciuto il merito di aver orientato la cooperazione giudiziaria di quegli anni verso forme più "partecipative", tuttavia si segnala che essa non concedeva espressamente alla difesa il diritto di partecipare attivamente all'assunzione di prove all'estero, con conseguente possibile esclusione dell'imputato dall'interrogatorio di testimoni, vittime e periti stranieri e pesanti ripercussioni sulla *par condicio* delle armi. Sull'argomento, cfr. I. ZERBES, *Fragmentiertes Strafverfahren. Beweiserhebung und Beweisverwertung nach dem Verordnungsentwurf zur Europäischen Staatsanwaltschaft*, in *ZIS*, 3, 2015, p. 149.

materia probatoria, va precisato che soltanto in tempi più recenti può scorgersi una certa attenzione della giurisprudenza europea sull'argomento. La ragione di una siffatta esclusione dal discorso giuridico in Europa riposa nella sedimentata considerazione della *Beweisrechthilfe* in chiave di assistenza amministrativa (*Rechtstiefetheorie*) anziché penale (*Rechtspflegestheorie*) tradizionalmente orientata a soddisfare gli interessi degli Stati all'ottenimento di prove allocate *ultra fines*.

Ora, le prime significative lacune che hanno ostacolato la messa a punto di un'adeguata protezione della *par condicio* sono emerse con la Convenzione di Bruxelles del 2000 sulla assistenza giudiziaria in materia penale la quale, nata sotto i migliori auspici e in nome dello spirito del mutuo riconoscimento, all'epoca della sua emanazione non si è rivelata essere particolarmente innovativa rispetto alla "Convenzione-madre" del 1959 per la sua precisa vocazione integrativa e non meramente sostitutiva del pregresso strumento convenzionale⁵.

Se, da un lato, encomiabili appaiono i mutamenti apportati da questo mezzo alla disciplina della circolazione probatoria, che vanno dalla giurisdizionalizzazione delle procedure di assistenza rogatoria ai tempi di esecuzione delle domande di assistenza giudiziaria e, ancora, dai rinnovamenti in materia di normativa applicabile per l'espletamento della prova (*lex fori* temperata alla *lex loci*) allo scambio spontaneo di informazioni tra autorità giudiziarie; dall'altro si palesano considerevoli carenze con riguardo al profilo della partecipazione effettiva dei soggetti privati all'attività rogatoria e, quindi, della possibilità che questi, vittime o imputati, contribuiscano paritariamente con mezzi e strumenti appropriati al procedimento investigativo transnazionale senza incorrere in limitazioni ed ostacoli di sorta. E infatti, quantunque la loro presenza, anche virtualmente assicurata per il tramite di una videoconferenza, non sia stata espressamente esclusa, essa non è stata esplicitamente prevista essendo, piuttosto, rimessa alla richiesta delle autorità procedenti ovvero di una autorità centrale amministrativa del Paese richiedente [art. 6(2)], ferma restando la sua praticabilità sulla base delle forme procedurali sancite nello Stato rogante. Ci si avvede facilmente dell'inutilità di prevedere forme di cooperazione partecipata se al giudice nazionale è accordata la possibilità di vagliare, secondo «i principi fondamentali del proprio ordinamento», le modalità con cui l'atto è stato assunto ed escludere unilateralmente la fruibilità di una prova, senza che un confronto dialettico si sia mai realizzato⁶.

⁵ Per massimizzare l'ammissibilità delle prove raccolte all'estero nel Paese del processo, la Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale del 2000 (CEMACM) ha introdotto un nuovo approccio nel quadro dell'Unione europea. Essa ha temperato il principio "*locus regit actum*", imponendo allo Stato richiesto di conformarsi ai requisiti e alle procedure specificamente indicati da quello richiedente (*lex fori*), a meno che la Convenzione non preveda diversamente e a condizione che le procedure indicate non siano in conflitto con i principi fondamentali del diritto dello Stato membro richiesto [art. 4(1)]. Sebbene questo flessibile meccanismo abbia rappresentato un cambio di rotta significativo e abbia suscitato grandi aspettative per una sempre più efficiente cooperazione giudiziaria in Europa, la combinazione di *lex loci* e *lex fori* ha comportato altrettante lacune che hanno richiesto una revisione sia dello strumento che del suo quadro normativo. Basti qui ricordare che la richiesta di applicare determinate formalità o procedure non implicava necessariamente l'ammissibilità delle prove al processo. Sul tema si leggano M. KUSAK, *Mutual admissibility of evidence and the European investigation order: aspirations lost*, in *ERA Forum*, 19, 2019, p. 394; cfr. R. SCHÜNEMANN, *Solution models and principles governing the transnational evidence-gathering in the EU*, in S. RUGGERI (ed.), *Transnational Evidence and Multicultural Inquiries in Europe. Developments in EU Legislation and New Challenges for Human Rights-Oriented Criminal Investigations in Cross-border Cases*, Springer, Cham, 2014, p. 163; K. KARSAI, *Locus/Forum Regit Actum – A Dual Principle in Transnational Criminal Matters*, in *Hungarian Journal of Legal Studies*, 60, 2, 2019, p. 161.

⁶ Anche se la difesa è autorizzata a partecipare all'assunzione di prove testimoniali all'estero, agli imputati non è stato sempre riconosciuto il diritto di contribuire effettivamente alla raccolta delle prove, giacché non sono opportunamente informati delle condizioni in cui si svolge l'esame dei testimoni all'estero.

Anche il diritto di difesa e il contraddittorio risultano nel complesso indeboliti. In particolare, la normativa del 2000 non contiene alcuna previsione circa la possibilità delle parti di partecipare alle indagini condotte dalle squadre di investigative comuni, la quale dipendeva e dipende dalla precisa volontà dello Stato in cui la squadra opera.

Simili considerazioni possono esprimersi rispetto alla conduzione degli interrogatori tramite la videoconferenza, definita rogatoria «del terzo tipo» o «a distanza ravvicinata»⁷. Ai sensi della Convenzione se una persona si trova nel territorio di uno Stato membro e deve essere ascoltata in qualità di testimone o di perito dalle autorità giudiziarie di un altro Stato membro, quest'ultimo può chiedere, ove per la persona in questione non sia opportuno o non sia gravoso comparire personalmente nel territorio dello Stato richiedente, che l'audizione si svolga mediante *remote connections* (art. 10). Tra gli altri requisiti, però, si prescrive che l'esame venga condotto o diretto dall'autorità giudiziaria dello Stato richiedente secondo la *lex fori*, così finendo per rimettere alle discipline nazionali la *chance* partecipativa della difesa.

Inoltre, la disciplina convenzionale, mentre riconosce il diritto all'interpretazione [art. 10(5)(d)], ove necessario, sembra essersi, per converso, dimenticata di assicurare il diritto alla difesa tecnica lasciando prive di protezione le parti più deboli del procedimento penale, a meno che non sia lo Stato richiesto ad esigere la presenza del difensore quale principio irrinunciabile del proprio ordinamento. Ad esempio, in Italia (art. 97 c.p.p.) e in Spagna (artt. 17 e 24 CE; artt. 118 e 520 LECrim) l'imputato ha diritto di essere affiancato dal difensore fin dalle prime operazioni di indagine della polizia, non essendo ammessa la sola autodifesa. In Germania, invece, per quanto il diritto sia garantito in tutte le fasi procedurali (§137 StPO), l'indagato può ma non deve servirsi necessariamente di un difensore. Ciò implica che, di regola, rimane affidata alla sua volontà la scelta se accontentarsi dell'autodifesa oppure servirsi di un legale⁸.

3. L'ordine europeo di indagine penale e le istanze (tradite?) di massimizzazione della tutela dei diritti procedurali

Ebbene, è parso fin da subito difficile che l'impostazione seguita dalla Convenzione del 2000 potesse adattarsi senza non poche implicazioni alla cooperazione giudiziaria dell'UE basata sul principio del mutuo riconoscimento. Come è noto, è con il Consiglio europeo di Tampere, chiamato ad affrontare le principali problematiche relative alla libera circolazione delle prove all'interno dell'UE, che fu avanzato l'innovativo concetto della reciproca ammissibilità delle prove, principio secondo il quale le prove legittimamente raccolte dalle autorità di uno Stato membro dovrebbero essere dichiarate ammissibili dalle autorità di altri Stati membri, assumendo gli *standard* ivi utilizzati⁹. Tuttavia, negli anni avvenire l'azione dell'Unione Europea è stata piuttosto deludente non riuscendo ad emanare norme coordinate volte a migliorare la reciproca ammissibilità degli atti investigativi. L'unico risultato utile è consistito nell'emanazione della Direttiva sull'ordine europeo di indagine che, però, con il

⁷ M.R. MARCHETTI, *Oltre le rogatorie: i nuovi strumenti per la circolazione degli atti investigativi e delle prove penali*, in M. R. MARCHETTI (ed.), *I nuovi orizzonti della giustizia penale europea*, Milano, 2015, pp. 217 ss.

⁸ Ciononostante, secondo la previsione contenuta nel §140(1) StPO, la difesa tecnica è obbligatoria quando risulta necessaria, soprattutto nel caso in cui l'accusa abbia ad oggetto un delitto (2), nonché quando l'assistito versi in uno stato prolungato di custodia cautelare (5).

⁹ Consiglio europeo, conclusioni della Presidenza, Tampere, 15 e 16 ottobre 1999, p. 36. K. KARSAI, *Locus/Forum Regit Actum*, cit., p. 164.

dichiarato fine di porre un rimedio alle irrisolte criticità, ha optato per un *modus operandi* dello strumento dell'euro-ordine tendenzialmente diverso.

Ora, il Mandato europeo di ricerca della prova (MER)¹⁰ e l'Ordine europeo di indagine penale (OEI) che ha rimpiazzato il primo¹¹ si inscrivono certamente tra gli atti di rango secondario più importanti prodotti in seno all'UE in materia di circolazione probatoria *post* Consiglio di Tampere.

In particolar modo, accelerare e semplificare le procedure acquisitive, garantire al contempo l'ammissibilità delle prove, ridurre i costi finanziari, aumentare la reciproca fiducia e dunque catalizzare la cooperazione tra gli Stati membri, sempre salvaguardando le specificità dei sistemi nazionali e la loro cultura giuridica e, soprattutto, mantenere elevato il livello di tutela dei diritti procedurali, costituivano tra gli eminenti obiettivi presi di mira dal Consiglio europeo¹², invero già emersi nel Libro verde sulla ricerca delle prove penali tra Stati membri e sulla garanzia della loro ammissibilità¹³.

A questo punto vale la pena operare una prima lettura di questa fonte europea per sondare quanta attenzione abbia rivolto alla tutela della uguaglianza delle armi e se abbia a questa riconosciuto, ancorché indirettamente, un significativo ruolo per la salvaguardia dell'equità processuale¹⁴.

Ora, come è noto, l'OEI è un provvedimento giudiziario emesso o convalidato da un'autorità giudiziaria di uno Stato membro per espletare uno o più atti di indagine in un altro Stato membro, con la finalità di ottenere una prova, fatta salva la possibilità da parte dell'autorità competente dello Stato di esecuzione di invocare motivi di rifiuto tassativamente elencati nella Direttiva n. 41, impedendo, in tale maniera, che il mutuo riconoscimento operi automaticamente¹⁵.

¹⁰ La Decisione quadro 2008/978/GAI sul mandato europeo di ricerca delle prove è stata abrogata dal Regolamento 2016/95 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 20 gennaio 2016. Essa nasceva con l'idea di integrare le disposizioni della decisione quadro 2003/577/GAI, che non si estendeva al trasferimento delle relative acquisizioni probatorie, con il fine di fornire una nuova forma di assistenza non rogatoriale.

¹¹ L'ordine di indagine europeo è stato introdotto in base all'art. 82 co. 1 del Trattato di Lisbona. Questo ultimo, infatti, ha sostituito a partire dal 22 maggio 2017, termine ultimo per il recepimento della Direttiva 2014/41/UE che lo ha previsto, gli strumenti normativi nel settore di acquisizione probatoria con il dichiarato fine ridurre l'uso della rogatoria nello spazio giuridico endoeuropeo (art. 34 Direttiva n. 41). La sostituzione riguarda anche la Convenzione di assistenza giudiziaria del 1959, la Convenzione EU del 2000, la Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen, oltre che sulle decisioni quadro 2003/577/GAI sull'esecuzione dei provvedimenti di blocco dei beni e di sequestro e sulla decisione.

¹¹ Consiglio eur., 9288/10 ADD 2.

¹² Consiglio eur., 9288/10 ADD 2.

¹³ COM (2009) 624 def., 11 novembre 2009. Sull'argomento cfr. S. ALLEGREZZA, *Critical remarks on the Green paper on obtaining evidence in criminal matters from one Member State to another and securing its admissibility*, in *ZIS*, 9, 2009, p. 569.

¹⁴ Si veda anche l'*Outcome report on the Eurojust meeting on the European investigation order, the Hague*, 19-20 settembre 2018, in cui, da un alto, è emerso che la stragrande maggioranza degli operatori giuridici ha apprezzato il regime instaurato dall'OEI, dall'altro si sono evidenziate delle criticità, in specie sotto il profilo della tutela delle garanzie procedurali.

¹⁵ Un primo profilo che è apparso poco convincente dall'angolo visuale della cooperazione concerne le clausole di rifiuto, ancora troppo legate al modello della mutua assistenza giudiziaria. La previsione di motivi di non riconoscimento e non esecuzione ha una *ratio* fondata nel contemperamento dell'istanza di semplificazione dei rapporti di cooperazione giudiziaria penale e della tutela dei diritti fondamentali dello Stato di esecuzione. La Direttiva ha finito col riproporre, all'incirca, gli stessi motivi di non riconoscimento e di non esecuzione del MER che erano state causa del fallimento di tale strumento. L'art. 11 della Direttiva configura una serie cause ostative generali: «le immunità o i privilegi che rendano impossibile l'esecuzione dell'ordine investigativo

Un elemento caratteristico dell'OEI risiede nella trasmissione diretta tra le autorità giudiziarie competenti senza interposizione ministeriale. Ciononostante, emerge in prima battuta l'assenza, come ha peraltro sottolineato la Prof.ssa Jimeno Bulnes¹⁶, di una definizione chiara di cosa debba considerarsi per atto di indagine o quali siano gli elementi essenziali che definiscono l'autorità giudiziaria. Anche se la Direttiva n. 41 è aperta alla possibilità che un'autorità distinta dal giudice o dal pubblico ministero, quale la polizia o l'autorità amministrativa, possa emanare un OEI, tuttavia quest'ultimo necessita di una convalida giudiziaria perché possa produrre i propri effetti (art. 2 Direttiva OEI). Questa assenza di nitidezza sulla definizione della nozione di autorità giudiziaria, come si avrà modo di chiarire più avanti, non ha certo giovato alla proficuità della cooperazione e, sulla falsariga delle perplessità interpretative avanzate in seno al MAE circa la designazione dell'autorità giudiziaria dell'emissione e dell'esecuzione, gli Stati membri hanno innescato, c'era da aspettarselo, un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia per ottenere delucidazioni in merito alla possibilità che le soluzioni adottate in un versante della cooperazione possano essere estese alla materia della circolazione probatoria¹⁷.

Muovendo oltre questa preliminare, benché fondamentale constatazione, va segnalato che la Direttiva non si iscrive certamente tra quegli strumenti integralmente ossequiosi della *ratio* del mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie¹⁸, così come preteso dall'art. 82(2) del TFUE, poiché figurano nel suo testo alcune disposizioni che recepiscono le soluzioni più persuasive apportate nelle più importanti Convenzioni in materia di assistenza giudiziaria, come quella che promuove l'adozione della *lex fori*, sebbene derogabile a determinate condizioni, nell'esecuzione dell'ordine d'indagine da parte dello Stato richiesto, e già propugnata nella Convenzione di Bruxelles del 2000¹⁹. L'art. 9(2), dispone, infatti, che «l'autorità di esecuzione si attiene alle formalità e alle procedure espressamente indicate dall'autorità di emissione», sempre che queste non si pongano in contrasto con i principi fondamentali del suo ordinamento²⁰. Si tratta, in altri termini, di una forma ibrida tra *lex loci* e *lex fori*. Lungo lo stesso *fil rouge* si attestano i parr. 4 e 5 che legittimano lo Stato richiedente a proporre che un suo rappresentante partecipi alle attività probatorie da compiere, e impongono allo Stato richiesto di ammettere detta partecipazione nei limiti in cui ciò non

europeo», la lesione di «interessi essenziali di sicurezza nazionale» o la messa «in pericolo della fonte di informazione». Oppure la circostanza che il mezzo di prova non sia disponibile nello Stato richiesto o disponibile per altri reati. Altre speciali sono disseminate nel testo normativo. Tra queste, la possibilità prevista dal par. 2 dell'art. 22 di rifiutare la richiesta di «trasferimento temporaneo nello Stato di emissione, ai fini di un'indagine, di persone detenute» qualora queste neghino il proprio consenso ovvero il trasferimento prolunghi la loro detenzione; il diniego di esecuzione ai sensi dell'art. 28 di «atti d'indagine che implicano. L'acquisizione di prove in tempo reale, in modo continuo e per un periodo determinato» allorquando non siano previste in un analogo nazionale caso.

¹⁶ M. JIMENO BULNES, *Capítulo Primero. Orden europea de investigación en materia penal*, in M. JIMENO BULNES, *Aproximación legislativa versus reconocimiento mutuo en el desarrollo del espacio judicial europeo: una perspectiva multidisciplinar*, Barcelona, 2016, pp. 169-171.

¹⁷ G. BORGIA, *Mandato d'arresto europeo e ordine europeo di indagine penale a confronto: così simili(?), eppure così diversi*, in *Arch. pen.*, 2021, pp. 1 ss.

¹⁸ Ciò benché il clima di fiducia a cui hanno guardato gli estensori della Direttiva si sia spinto fino al punto di affermare il principio del libero accesso per alcune categorie di prove che devono essere sempre disponibili in base al diritto dello Stato membro di esecuzione [art. 11(2) Direttiva OEI].

¹⁹ R. BELFIORE, *La prova penale*, Roma, 2014, p. 147.

²⁰ S. GLEB, *Grenzüberschreitende Belegsammlung*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 125, 2013, p. 573. Sul tema, *ex multis*, S. RUGGERI, *Procedimento penale, diritto di difesa e garanzie partecipative nel diritto dell'unione europea*, in *Dir. pen. cont.*, 2013, pp. 1 ss.

risultati in contrasto con i propri principi fondamentali. La Direttiva ammette la partecipazione dell'autorità di emissione al compimento dell'atto investigativo in vista di una maggiore *chance* di coinvolgimento sì da poter suggerire, ad esempio, al momento dell'espletamento dell'ordine investigativo, gli accorgimenti necessari per favorire l'utilizzabilità successiva della prova nel procedimento penale interno [art. 9(4)].

Un ulteriore aspetto positivo che merita di essere senz'altro messo in risalto è il richiamo al principio di proporzionalità ai fini dell'emanazione dell'OEI²¹, inteso quale canone utile alla protezione dei diritti fondamentali e ad orientare il contenuto delle “norme processuali in bianco” della Direttiva, che vanno riempite di volta in volta dalle autorità giudiziarie chiamate a cooperare, vuoi d'emissione vuoi d'esecuzione.

L'ordine deve risultare altresì necessario e idoneo, cioè deve essere quanto meno capace in astratto di raggiungere l'obiettivo prefissato [art. 6(1)(a)]. La proporzionalità fa il suo ingresso anche quando lo Stato di esecuzione deve valutare se sia possibile raccogliere le informazioni attraverso operazioni meno invasive per i diritti individuali (art. 10, par. 3)²². Sulla scorta di tale disposizione discende che l'autorità di esecuzione ben potrebbe ricorrere ad un atto istruttorio diverso da quello indicato nell'OEI alla condizione, tuttavia, che esso «assicuri lo stesso risultato» ancorché «con mezzi meno intrusivi». Eppure, allarma il fatto che la valutazione relativa ai «mezzi meno invasivi» di cui all'art. 10(3) viene condotta senza alcuna partecipazione della difesa, priva di una qualche *chance* contestativa sulla necessità e la proporzionalità della misura richiesta. Questa soluzione viola chiaramente il principio di uguaglianza delle armi oltre che il diritto ad un ricorso effettivo. Senza considerare che ben potrebbe incrementare il ricorso al “*proportionality test*” da parte della autorità richiesta come modo per rifiutare l'esecuzione, facendone, a seconda delle situazioni, un abuso o un cattivo uso.

Sul versante della salvaguardia dei diritti fondamentali degno di menzione è l'art. 11(1)(f), il quale prescrive che l'esecuzione degli ordini può essere rifiutata quando sussistono «seri motivi» per ritenere che essa «sia incompatibile con gli obblighi dello Stato di esecuzione» imposti dall'art. 6 TUE e dalla Carta di Nizza (*in primis* la presunzione di innocenza e diritti della difesa ai sensi dell'art. 48, oltreché i diritti alla libertà personale e domiciliare, il diritto alla libertà e alla segretezza delle comunicazioni).

Eppure, se da un lato non si può tacere l'importanza del richiamo ai diritti fondamentali e del rafforzamento del diritto di difesa operato dalla Direttiva *de qua* rispetto al MER, per converso totalmente silente sulla partecipazione della difesa nello svolgimento dell'attività probatoria compiuta dalle autorità investigative all'estero, dall'altro non si può negare che i risultati raggiunti siano ancora insufficienti se affrontati dalla prospettiva della parità delle armi e dell'equità procedimentale.

²¹ Art. 6(1) Direttiva 2014/41/UE: «l'emissione dell'OEI è necessaria e proporzionata ai fini del procedimento di cui all'articolo 4, tenendo conto dei diritti della persona sottoposta a indagini o imputata».

²² Ad esempio, l'autorità italiana tenuta a eseguire un OEI avente ad oggetto una perquisizione domiciliare, dovrà verificare se sussistano i presupposti per ricorrere alla misura meno invasiva consistente nell'istanza di esibizione *ex art.* 256 c.p.p. A. MANGIARACINA, *L'acquisizione “europea” della prova cambia volto: l'Italia attua la Direttiva relativa all'ordine europeo di indagine penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 2, p. 165. Nel contesto dell'art. 10 della Direttiva ad oggetto, segnaliamo come la maggior parte degli Stati membri non presenta una definizione esaustiva e/o regole uniformi sul concetto di “misure meno invasive”. La mancanza di una definizione comune conduce ad una c.d. “liquidità” nel sistema con implicazioni negative sulla “certezza del diritto” all'interno dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia.

Per quanto riguarda l'esercizio dei diritti della difesa, l'art. 14(7), precisa che gli Stati, «fatte salve le norme procedurali nazionali», devono assicurare che «nei procedimenti penali dello Stato di emissione siano rispettati i diritti della difesa e sia garantito un giusto processo nel valutare le prove acquisite tramite l'OEI»²³. La norma, è necessario sottolinearlo, ha una indubbia valenza sistematica perché connette la valutazione probatoria del giudice al rispetto delle garanzie del *right to a fair trial*, attestandosi questo ultimo quale inedito criterio di valutazione delle prove e soglia minima di tutela per l'accusato²⁴.

Sul piano operativo la Direttiva concede espressamente ai sospettati, all'accusato e ai loro avvocati la possibilità di richiedere il rilascio di un OEI nel quadro dei diritti di difesa applicabili in conformità con la procedura penale nazionale [art. 1(3)]. Si tratta di un'apertura importante alla luce dei tradizionali meccanismi di assistenza giudiziaria in cui la difesa giocava un ruolo del tutto marginale, potendo al più sollecitare l'accusa affinché si attivasse a richiedere l'espletamento di un atto probatorio all'estero. Sebbene questa disposizione sia diretta a realizzare il principio di uguaglianza delle armi, essa non riconosce tuttavia il pieno intervento o coinvolgimento del difensore nell'attività investigativa transnazionale, eventualità rimessa alla disciplina autoctona e all'evenienza che l'autorità giudiziaria competente del procedimento accetti la richiesta avanzata dall'avvocato. Al di là della legittimazione a domandare l'emissione di un OEI, l'imputato si trova in una posizione di subalternità rispetto alle autorità inquirenti quale portato di una carenza informativa sullo stato ed il contenuto delle indagini.

Le regole e le garanzie da applicare e rispettare restano, pertanto, prerogativa dei singoli Stati membri coinvolti. In questo ordine di idee, non sorprende più di tanto la scarsa attenzione del legislatore europeo al tema dei rimedi ove si consumi la violazione delle regole contenute nella Direttiva n. 41, un profilo, questo, che pure si riallaccia ad un'equilibrata distribuzione delle "armi" a disposizione delle parti. È vero che, a norma dell'art. 14(1), sussiste il dovere per lo Stato che esegua l'ordine di apprestare le stesse tutele e gli stessi mezzi d'impugnazione predisposti per un atto adottato all'interno del proprio ordinamento²⁵, ma i contenuti predisposti sono inferiori rispetto a quelli che ci si sarebbe potuti legittimamente attendere. La Direttiva ha preferito delineare un controllo di tipo posticipato sull'emissione dell'OEI accordando la possibilità di impugnare nello Stato di esecuzione il provvedimento di ammissibilità dell'atto istruttorio (il c.d. *exequatur*) attraverso mezzi di critica equivalenti a quelli disponibili in un caso interno analogo. A questo riguardo, parla di «arma spuntata solo in apparenza» il Prof. Daniele poiché l'art. 14(2) «prescrive che le "ragioni di merito" dell'emissione dell'OEI (ossia la presenza dei requisiti di ammissibilità) sono contestabili "soltanto mediante un'azione introdotta nello Stato di emissione". Il che, preso alla lettera, potrebbe determinare un non trascurabile *vulnus* alla difesa, considerati i costi e le difficoltà di proporre un'impugnazione in uno Stato straniero»²⁶.

Fortunatamente, vanno comunque «fatte salve le garanzie dei diritti fondamentali dello Stato di esecuzione». Se, però, la legge processuale interna non dovesse contemplare alcun

²³ La formulazione sembra riecheggiare, di primo acchito, quella contenuta nei parr. 2 degli art. 12 Direttiva 2013/48 e 10 Direttiva 2016/343. Cfr., capitolo IV.

²⁴ A. CABIALE, *I limiti alla prova nella procedura penale europea*, Milano, 2019, pp. 268 ss.

²⁵ Così, ipotizzando che un'autorità italiana riceva un ordine di sequestro probatorio e di perquisizione prodromica al rinvenimento e all'apprensione della *res*, occorrerebbe riconoscere all'interessato i diritti attribuitigli dall'ordinamento per l'atto interno omologo.

²⁶ M. DANIELE, *Il processo penale al di qua e al di là delle frontiere nazionali*, in *Dir. pen. cont.*, 3, 2016, p. 69.

tipo di ricorso o impugnazione le attività investigative potrebbero rimanere prive di un diritto di critica. Peraltro, i giudici dello Stato di emissione, che siano già venuti in possesso degli elementi probatori, non sono obbligati ad escludere le prove oggetto di impugnazione dal momento che la disciplina europea prevede la sospensione del trasferimento, in pendenza di impugnazione, come una mera eventualità [art. 14(2)]²⁷.

Il problema dei rimedi operanti in sede di circolazione probatoria fondata sull' euro-ordine ha poi polarizzato l'attenzione dei giudici di Lussemburgo in due sentenze sullo stesso tema emanate a distanza di due anni.

La Corte di giustizia dell'Unione europea, con la sentenza depositata il 24 ottobre 2019, nella causa C-324/17 *Ivan Gavanozov*, per la prima volta, intervenne a chiarire alcuni aspetti della Direttiva 2014/41/UE che hanno riguardato proprio il sistema legale dei rimedi all'OEI. Il caso in questione concerneva l'assenza nel diritto processuale penale di uno Stato membro di un rimedio contro le decisioni che richiedono la ricerca, il sequestro e l'audizione di testimoni attraverso un ordine europeo di indagine. Il Tribunale penale del rinvio, nella fattispecie, si chiedeva se la normativa bulgara, che non contempla l'esperimento di una contestazione dei motivi sostanziali alla base dell'emissione dell'OEI, fosse in linea con l'art. 14 della Direttiva²⁸. Ebbene, i giudici europei hanno deciso di riformulare la questione sottoposta chiarendo che il giudice del rinvio in realtà avrebbe dovuto chiedere delucidazioni su come completare la sezione J del modulo di cui all'allegato A della Direttiva concernente, per l'appunto, i rimedi giuridici.

Sulla scorta di queste argomentazioni la CGUE ha effettivamente ridotto la controversia a una semplice questione formale escludendo che fosse necessario interpretare e applicare l'art. 14 della Direttiva OEI al caso di specie²⁹.

La soluzione offerta dalla CGUE non solo non convinse ma per di più deluse in considerazione degli effetti negativi da essa prodotti sulla tutela dei diritti di difesa, i quali rinvergono nel diritto di critica una peculiare estrinsecazione capace, a sua volta, di incidere sulla parità delle armi a seconda del se e come la possibilità di esercitare un rimedio viene disciplinata³⁰.

²⁷ A. CABIALE, *I limiti alla prova nella procedura penale europea*, op. cit., pp. 259-263.

²⁸ Art. 14, commi 1,2,4,5: «1. Gli Stati membri assicurano che i mezzi d'impugnazione equivalenti a quelli disponibili in un caso interno analogo siano applicabili agli atti di indagine richiesti nell'OEI.

2. Le ragioni di merito dell'emissione dell'OEI possono essere impugunate soltanto mediante un'azione introdotta nello Stato di emissione, fatte salve le garanzie dei diritti fondamentali nello Stato di esecuzione. Gli Stati membri assicurano che i termini per l'impugnazione siano uguali a quelli previsti in casi interni analoghi e siano applicati in modo da garantire che il diritto a tale impugnazione possa essere esercitato efficacemente dalle persone interessate. L'autorità di emissione e l'autorità di esecuzione si informano reciprocamente sui mezzi di impugnazione contro l'emissione, il riconoscimento o l'esecuzione di un OEI».

²⁹ L'art. 5 della Direttiva, osserva la Corte, indica le informazioni con cui compilare il modulo di cui all'allegato A, tra le quali vi è una descrizione dell'atto o degli atti di indagine richiesti e degli elementi di prova da ottenere, senza che sia specificato l'obbligo di indicare i mezzi di impugnazione previsti a livello nazionale. La sezione J, inoltre, dispone che l'autorità di emissione indichi se è stato già fatto ricorso a mezzi di impugnazione contro l'emissione di un OEI e, in caso affermativo, una descrizione degli stessi. Tali informazioni, concludono i giudici, sarebbero inutili qualora si ritenesse che nell'ordine europeo di indagine debbano essere sempre indicati i mezzi di impugnazione esistenti.

³⁰ Il consesso lussemburghese non ha dato seguito all'opinione dell'Avvocato generale *Bot*, il quale aveva sostenuto che l'art. 14 della Direttiva OEI non solo obbliga lo Stato membro a istituire rimedi giuridici che consentono alle persone interessate di contestare i motivi sostanziali per il rilascio dell'OEI, ma l'uso di tale strumento da parte di tale Stato membro deve essere congelato fino a quando la rispettiva legislazione sui rimedi

Come anticipato, la peculiare vicenda alla base del caso in esame ha dato adito a un doppio rinvio pregiudiziale, con cui la Corte si è discostata nettamente dalle conclusioni formulate in occasione della pronuncia resa a seguito del primo rinvio, mostrandosi attenta alle esigenze di tutela delle garanzie processuali e, in specie, del diritto a un ricorso giurisdizionale effettivo.

Se nella pronuncia *Gavanozov* sembra, dunque, che la carente protezione dei diritti fondamentali, derivante dalla assoluta impossibilità di contestare la legittimità di un provvedimento giurisdizionale, non possa precludere il ricorso all'ordine europeo d'indagine, questo ragionamento è completamente ribaltato nel secondo giudizio di rinvio sullo stesso caso³¹.

Ora, la Corte premette che dall'art. 1(1-2) della Direttiva - ove si prevede che «gli Stati membri assicurano che i mezzi d'impugnazione equivalenti a quelli disponibili in un caso interno analogo siano applicabili agli atti di indagine richiesti nell'OEI» e che «le ragioni di merito dell'emissione dell'OEI possono essere impugnate soltanto mediante un'azione introdotta nello Stato di emissione» - non si può in effetti desumere l'obbligo di predisporre, in sede di recepimento della disciplina europea, rimedi specifici e ulteriori rispetto a quelli contemplati dalla normativa interna. Nondimeno, siffatto obbligo discende direttamente dall'art. 47 della Carta di Nizza che attribuisce il diritto a un ricorso effettivo a chiunque abbia subito una violazione dei diritti e delle libertà protetti dal diritto europeo e che rinviene una perfetta corrispondenza nell'art. 13 CEDU. Una tale impostazione, precisano i giudici europei, è senza dubbio funzionale a proteggere la posizione di indagati e, aggiungiamo, anche di terzi da provvedimenti concernenti perquisizioni e sequestri, che incidono sensibilmente sui loro diritti e libertà fondamentali, quali il domicilio, la corrispondenza, la vita privata e familiare, la proprietà e la libertà di iniziativa economica (artt. 7 e 17 della «Carta»)³².

Ciò che convince, per la verità, è il ragionamento eminentemente pratico che la Corte esprime allorché afferma che la conseguenza inevitabile della lesione del diritto riconosciuto dall'art. 47 della Carta recata da uno Stato privo, al suo interno, di mezzi di impugnazione si traduce nell'impossibilità, per detto Stato, di utilizzare l'ordine europeo d'indagine, fintantoché la normativa interna si adegui agli *standard* minimi di protezione accordati a livello sovranazionale. Tale conclusione poggia su un'argomentazione che, a sua volta, fa perno sui principi che nutrono la Direttiva 2014/41/UE: da un lato, il principio di equivalenza, espressamente annoverato tra le condizioni di emissione dell'ordine investigativo [art. 6(1)] e, dall'altro, il principio del mutuo riconoscimento delle sentenze e delle decisioni giudiziarie, codificato nell'art. 82 TFUE e richiamato alla Direttiva medesima. Quanto al primo criterio si sottolinea che, se è vero che l'ordine d'indagine presuppone che l'attività investigativa in esso richiesta sia consentita a livello interno, è indubitabile che la clausola di equivalenza non possa legittimare un pregiudizio delle

giuridici non è stata introdotta. Per le conclusioni dell'Avvocato generale si veda https://eucrim.eu/media/issue/pdf/eucrim_issue_2019-01.pdf#page=1.

³¹ Per uno specifico commento alla sentenza, si legga C. DE LUCA, *La Corte di giustizia si pronuncia nuovamente sull'ordine europeo di indagine penale: la tutela dei diritti fondamentali prevale sull'efficienza investigativa*, in *Sist. pen.*, 2022, reperibile al sito <https://www.sistemapenale.it/it/scheda/corte-justizia-2021-novembre-11-ordine-europeo-indagine-penale-diritti-fondamentali>.

³² A simili conclusioni la Corte perviene in relazione all'audizione di un soggetto nel ruolo di persona informata sui fatti o di testimone, sottolineando come i provvedimenti adottati in ipotesi di omessa comparizione, reticenza o false dichiarazioni siano in concreto idonei a interferire nella sfera individuale dell'interessato.

garanzie fondamentali. Quanto al secondo profilo, la CGUE ha cura di precisare che il principio si traduce in una presunzione suscettibile di essere superata nel caso concreto, in presenza del fondato motivo di ritenere che l'esecuzione dell'atto indicato nell'OEI comporti una lesione dei diritti fondamentali³³.

Per concludere, la sentenza appena richiamata evidenzia come a fronte della potenziale violazione dei diritti fondamentali, portato fisiologico della maggioranza dei provvedimenti aventi natura probatoria e che oggi spiegano i propri effetti anche oltre i confini nazionali mediante l'ordine europeo d'indagine, non si possa prescindere dall'elaborazione, da parte di ogni Stato, di strumenti che consentano ai loro destinatari di reagire dinnanzi a un organo giurisdizionale. Questa solida conclusione potrebbe, per la verità essere rafforzata valorizzando l'art. 1(4) il quale fa salvi i diritti fondamentali e i principi giuridici sanciti dall'art. 6 TUE, compresi i diritti di difesa delle persone sottoposte a procedimento penale come riconosciuti nella Carta di Nizza³⁴. Se ciò non dovesse bastare, opererebbe pur sempre una sorta di norma-salvaguardia la quale dispone all'art. 19(1)(2) TUE che gli Stati membri debbano predisporre rimedi giurisdizionali per assicurare una tutela effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione.

Ad ogni modo, le soluzioni elaborate dai giudici di Lussemburgo rappresentano un'importante conquista dei diritti fondamentali sul panorama della cooperazione giudiziaria euro-unitaria in materia penale, laddove, per converso, i precedenti orientamenti avevano fatto pendere l'ago della bilancia dal lato dell'efficienza investigativa. Questa conquista coinvolge senz'altro il principio della *par condicio* e, di riflesso, l'indipendenza delle autorità giudiziarie l'equità i quali assieme finiscono per rafforzare l'equità del procedimento transnazionale.

Dalla prospettiva dell'analisi della Direttiva OEI, si segnala, infine, un ulteriore problema per l'uguaglianza delle armi che è legato alle carenze informative a danno della difesa, a favore della quale non è espressamente contemplato l'accesso al fascicolo del procedimento instaurato nello Stato di emissione. Purtroppo, il legislatore europeo non l'ha considerato nella Direttiva 2012/13 sul diritto all'informazione, omettendo di estendere il diritto alla conoscibilità degli atti di indagine previsto all'art. 7 anche ai procedimenti di tipo transnazionale³⁵. Ciononostante, il diritto alla *disclosure* è suscettibile di essere attuato grazie all'art. 14(3) della Direttiva sull'OEI, che obbliga le autorità di emissione e di esecuzione a fornire «in tempo utile» «le informazioni in merito alle possibilità di impugnazione disponibili ai sensi del diritto nazionale».

³³ In tale ipotesi, che dovrebbe rivestire carattere di eccezionalità, l'autorità destinataria dell'ordine può (e non deve) appellarsi al motivo di non riconoscimento previsto dall'art. 11(1)(f) della Direttiva, basato sulla presunta violazione dei diritti, delle libertà e dei principi sanciti dalla Carta (art. 6 TUE), così rifiutando la cooperazione richiesta.

³⁴ In questo senso si leggano le conclusioni dell'Avvocato generale *Yves Bot* nella causa C-324/1 della Corte di giustizia.

³⁵ M. DANIELE, *Il processo penale al di qua e al di là delle frontiere nazionali*, cit. p. 69. Si rammenta che ove occorra sentire la persona sottoposta ad indagini si attiverà l'art. 3 della Direttiva sull'accesso a un difensore, che impone [art. (3)(a-b)], prima che l'audizione cominci, il diritto di incontrare il difensore in privato e di comunicarvi, nonché, durante l'operazione probatoria, la sua partecipazione attiva. Manca, tuttavia, nella Direttiva 2013/48 sul diritto al difensore, l'istituzione una procedura di coordinamento fra il difensore dello Stato di esecuzione e quello dello Stato di emissione.

3.1 La videoconferenza nel campo della giustizia penale transnazionale secondo la Direttiva OEI e il ricorso ai collegamenti audio-video per potenziare la parità delle armi

È oltremodo evidente che la videoconferenza, intesa come un sistema che consente la comunicazione bidirezionale e simultanea di immagini e suoni, permettendo l'interazione visiva, audio e verbale durante l'audizione a distanza, permette di superare molte delle complicazioni pratiche e giuridiche del modello rogatorio partecipativo e di quello celebrativo che richiedono alle autorità giudiziarie e ai partecipanti di recarsi, comunque, all'estero per raccogliere le prove. C'è di più. La videoconferenza comporta innegabili vantaggi per il soddisfacimento del diritto al confronto nelle procedure di raccolta delle prove transnazionali e, con esso, della parità delle armi. Ad esempio, il ricorso a collegamenti video *online* riesce a garantire agli imputati e ai loro difensori la partecipazione all'esame dei testimoni - anche se condotto a distanza - e offre loro maggiori opportunità di preparare una strategia difensiva efficace, in quanto risulta possibile porre le domande direttamente ai testimoni ubicati all'estero e, allo stesso tempo, contestare le argomentazioni dell'accusa.

Si è accennato al fatto che già la Convenzione sull'assistenza giudiziaria del 2000 consente l'uso di metodi di videoconferenza quando necessario per sentire testimoni e periti all'estero (art. 10), benché previo consenso dell'imputato. Tuttavia, secondo questo strumento convenzionale, un collegamento a distanza non può essere avviato in due casi. In primo luogo, quando si è verificata una violazione dei principi fondamentali dell'ordinamento giuridico del Paese richiesto e, in secondo luogo, quando non vi sono i mezzi tecnici necessari per la realizzazione del collegamento nello Stato richiesto in quanto obbligato in prima battuta a fornire tutte le facilitazioni tecniche.

A questo proposito, le disposizioni introdotte dalla Convenzione di *Bruxelles* sono di estrema importanza, in quanto hanno trasformato la cooperazione a distanza in una forma di assistenza ravvicinata che combina una regolare richiesta di cooperazione da parte dello Stato richiesto e un esercizio diretto della giurisdizione da parte del Paese richiedente. Da un lato, lo Stato membro richiesto fornisce tecnicamente il collegamento in tempo reale assicurandosi pure che i diritti fondamentali e le garanzie procedurali nazionali siano rispettati. Dall'altro lato, l'audizione è condotta dall'autorità giudiziaria dello Stato membro richiedente, o sotto la sua supervisione, in base al suo diritto interno.

Sulla scorta di questi vantaggi, la raccolta delle prove tramite videoconferenza è stata accolta positivamente al momento della sua promulgazione. In virtù di questi aspetti positivi, non a caso le norme della Convenzione sono state incorporate dall'art. 24 (Audizione mediante videoconferenza o altre trasmissioni audiovisive) della Direttiva OEI secondo cui nelle *remote connections* l'esame a distanza di testimoni, vittime, periti, indagati ed imputati è condotto, o almeno supervisionato, dalle autorità dello Stato di emissione e, per quanto possibile, lo Stato di esecuzione fornisce al Paese straniero solo le modalità tecniche per l'audizione³⁶.

³⁶ A voler essere precisi, questa norma rievoca chiaramente l'art. 10 della Convenzione di Bruxelles. Nonostante alcune analogie, si possono sottolineare alcune differenze. Per quanto riguarda l'audizione a distanza, non si fa più riferimento all'«incompatibilità» o all'«impossibilità» del testimone o del perito di comparire nel territorio dello Stato richiedente [art. 24(1)]. Sembra quindi che la Direttiva abbia ampliato la portata di questo strumento innovativo. Tuttavia, l'art. 6(1)(b), secondo cui «l'atto o gli atti di indagine indicati nell'OEI possono essere

Ad ogni modo, non può ignorarsi che le udienze realizzate in videoconferenza disvelano alcuni problematici aspetti, per lo più di natura pratica e tecnica, suscettibili di nuocere alla parità delle armi, e con essa, all'equità. In alcuni casi affrontati da *Eurojust* le autorità emittenti non hanno indicato le domande da porre al testimone o non hanno neppure chiarito se fosse necessaria la partecipazione di un'autorità giudiziaria o di polizia. Inoltre, l'intervento di *Eurojust* si è reso necessario per riprogrammare le date delle udienze in tempi brevi, a causa dell'indisponibilità di alcuni testimoni. Diversi episodi hanno poi riguardato anche la partecipazione del difensore all'esame del testimone allorquando, per fornire un esempio, l'autorità emittente ha chiesto che l'audizione del testimone avvenisse in presenza di un avvocato, in linea con le disposizioni della *lex fori*, ma l'autorità di esecuzione ha dichiarato che la presenza del legale non è in linea con i principi del proprio ordinamento giuridico e che, pertanto, non è possibile soddisfare una siffatta richiesta³⁷.

Ebbene, nonostante i *pros* offerti dalla videoconferenza, è opportuno comunque sottolineare che anche le tecnologie più avanzate concepite per i collegamenti audio-video non garantiscono ai partecipanti la stessa aspettativa di realtà veicolata dalla presenza fisica. Attualmente, la tecnologia non è in grado di fornirci telecamere in grado di percepire tutti i movimenti e lo schermo non può mostrare ogni dettaglio che, per contro, sarebbero visibili se tutti gli individui coinvolti fossero fisicamente presenti in tribunale³⁸. Questa situazione potrebbe anche avere un impatto negativo sulle attività delle autorità giudiziarie deliberanti coinvolte nella cooperazione, in specie sotto il profilo dell'influenza sulla loro imparzialità. E infatti, se ogni decisione deve basarsi sull'analisi diretta del comportamento delle parti e sull'ascolto delle loro ragioni, al fine di valutare le comunicazioni non verbali (espressioni facciali in tempo reale, contegno del corpo, inflessioni della voce) e l'affidabilità degli esiti dell'esame, queste connotazioni vengono a mancare quando si attiva una connessione video da remoto con ciò comportando sperequazioni a svantaggio dell'indagato o imputato, come pure delle vittime.

disposti alle stesse condizioni di un caso nazionale analogo», sembra escludere tale interpretazione. Inoltre, non viene fatto alcun riferimento alle condizioni di esecuzione. Ciò non deve essere considerato una novità per due motivi. In primo luogo, l'art. 10(2), esclude il Paese di esecuzione da qualsiasi controllo sulla legalità delle misure non coercitive e dall'assunzione di dichiarazioni, comprese quelle da effettuare in videoconferenza. In secondo luogo, si può notare che l'esecuzione di un OEI può essere rifiutata se l'uso di metodi di videoconferenza in un caso particolare sarebbe contrario ai principi fondamentali del diritto dello Stato di esecuzione [art. 24(2)]. Il fatto che la videoconferenza possa essere rifiutata dallo Stato di esecuzione, tuttavia, pone problemi di compatibilità con la recente giurisprudenza della Corte europea, sulla scorta della quale i collegamenti video sono un modo estremamente efficace per fornire all'imputato un'adeguata opportunità di confrontarsi con i testimoni nei procedimenti penali transfrontalieri. Pertanto, ci si potrebbe chiedere se un tale rifiuto da parte di uno Stato membro possa costituire automaticamente una violazione dell'art. 6(3)(d) della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Si veda F. SIRACUSANO, *Tra semplificazione e ibridismo: insidie e aporie dell'Ordine europeo di indagine penale*, in *Arch. pen.*, 2017, p. 687; analogamente, B. GALGANI, *Assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea*, in A.A. MARANDOLA (ed.), *Cooperazione giudiziaria europea in materia penale*, Milano, 2018, p. 452.

³⁷ Si legga a riguardo il *Report on Eurojust's casework in the field of the European Investigation Order*, 25 novembre 2020, disponibile al sito <https://www.eurojust.europa.eu/it/publication/report-eurojust-casework-european-investigation-order>.

³⁸ Sull'argomento, volendo, A. FALCONE, *Online Hearings and the Right to Effective Defence in Digitalised Trials*, in S. RUGGERI, L. BACHMAIER WINTER (eds.), *Investigating and Preventing Crime in the Digital Era. New Safeguards, New Rights*, Springer, Cham, 2022, pp. 189 ss.; A. GAROFANO, *Avoiding virtual justice: video-teleconference testimony in federal criminal trials*, in *Catholic University Law Review*, 2007, p. 702.

Eppure, come è noto, la Corte Edu ha rimarcato che il diritto di essere presenti in tribunale non implica sempre il diritto alla presenza fisica e, pertanto, la partecipazione a distanza non costituisce necessariamente una violazione del diritto a un processo equo³⁹, a patto che siano predisposti adeguati strumenti tecnici che rendano la connessione stabile e non creino nocimento ai connotati tipici del *fair hearing*⁴⁰.

3.2 Il diritto di difendersi indagando all'estero e i pericoli per la parità delle armi

La persona accusata di aver commesso un illecito penale può adottare due approcci per difendersi, uno di tipo reattivo, consistente, per l'appunto, nel reagire criticando la tesi accusatoria e le prove a carico, e uno di tipo attivo che si sostanzia nell'introdurre elementi probatori a discarico indipendentemente e autonomamente raccolte, cioè, a prescindere da un coinvolgimento delle autorità inquirenti o dell'organo di pubblica accusa. Per adottare l'uno o l'altro approccio, alla difesa devono essere garantite adeguate opportunità di potersi difendere provando.

Ebbene, altra grande assenza nella Direttiva 2014/41 che si ripercuote sulla *par condicio* delle parti e, di riflesso, sull'equità del procedimento riguarda il diritto di difendersi indagando in territorio straniero. Una precisazione in tal senso avrebbe elevato il livello di

³⁹ Cfr., *ex multis*, Corte Edu, 5 ottobre 2006, *Marcello Viola c. Italia*, ric. n. 45106/04.

⁴⁰ Corte Edu, 2 novembre 2010, *Sakhnovskij c. Russia*, ric. n. 21272/03; Corte Edu, 9 novembre 2006, *Golubev c. Russia*, ric. n. 26260/02. A tal proposito la Commissione europea per l'efficienza della giustizia (CEPEJ) ha emanato delle linee guida sulla videoconferenza nei procedimenti giudiziari, disponibili all'indirizzo <https://rm.coe.int/cepej-2021-4-guidelines-videoconference-en/1680a2c2f4>, 2021, p. 7: «L'obiettivo [di queste linee guida] è quello di fornire agli Stati un quadro di riferimento volto a eliminare qualsiasi rischio di violazione dei diritti delle parti durante le udienze a distanza, in particolare il diritto di essere ascoltati e di partecipare attivamente al procedimento, nonché il diritto alla difesa». Cfr. B. GALGANI, *Forme e garanzie nel prisma dell'innovazione tecnologica. Alla ricerca di un processo penale "virtuoso"*, Milano, 2022, pp. 308 ss. Sull'argomento si rimanda, volendo, a A. FALCONE, *La videoconferenza nel procedimento penale italiano: riflessioni a margine della recente riforma Cartabia in materia di partecipazione a distanza*, in www.lalegislazionepenale.it, 6 settembre 2023, pp. 1 ss., in cui dall'analisi dell'intervento compiuto in materia di collegamenti audiovisivi dalla riforma Cartabia, che ne ha esteso considerevolmente l'ambito applicativo oltre alle già contemplate ipotesi della partecipazione a dibattimento dell'imputato o dell'esame a distanza dei collaboratori di giustizia, si evincono una serie di conclusioni che coinvolgono pure il tema della videoconferenza transnazionale. A quest'ultima, infatti, da ottobre 2022 può ricorrersi in diverse ipotesi concernenti le attività investigative. A titolo meramente esemplificativo, si rammenta che la rinnovata disciplina ha introdotto, previa richiesta della persona sottoposta alle indagini, della persona offesa dal reato, dei difensori e dei consulenti tecnici, e su autorizzazione del pubblico ministero, la possibilità di assistere virtualmente al conferimento dell'incarico degli accertamenti tecnici non ripetibili [art. 360(3-*bis*) c.p.p.]. È altresì possibile l'interrogatorio da remoto della persona sottoposta alle indagini da parte del pubblico ministero (anche se delegato alla polizia giudiziaria), quando l'indagato e il difensore vi consentono [art. 370(1-*bis*) c.p.p.], e lo svolgimento dell'interrogatorio in videoconferenza della persona sottoposta a misura cautelare personale su richiesta espressa di questo e del suo legale [art. 294(4) c.p.p.]. Il ricorso alla videoconferenza è possibile anche per le sommarie informazioni rese dalla persona nei cui confronti vengono svolte le indagini, su richiesta della polizia giudiziaria e previa autorizzazione del pubblico ministero, una volta sondato chiaramente il consenso di indagato e difensore [art. 350(4-*bis*) Cpp] e per la convalida del fermo e dell'arresto [art. 391(1) c.p.p.]. Ora, al di là delle ripercussioni di un tale capillare intervento del legislatore italiano sul piano interno, all'ampliamento dell'ipotesi in cui è ammesso l'uso della videoconferenza può ravvisarsi una corrispondente espansione del mezzo video-audio anche sul fronte transfrontaliero il cui uso necessita di una maggiore attenzione da parte del mondo accademico nel prossimo futuro per studiarne le effettive ricadute sul piano delle garanzie di difesa.

tutela contemplato negli ordinamenti giuridici nazionali del diritto di difesa in cui spesso non si rinviene uno statuto delle indagini difensive, eccezion fatta per l'ordinamento giuridico italiano che con la legge 7 dicembre 2000, n. 397 ha introdotto, al titolo VI *bis* del libro quinto del c.p.p., una disciplina organica in materia di indagini difensive quale esplicitazione immediata del giusto processo come individuato dall'art. 111 della Cost. Nonostante queste aperture, si segnala, per converso, un *vulnus* significativo sul versante delle indagini transnazionali. Ormai più di dieci anni fa la Suprema Corte di Cassazione ha sancito l'inutilizzabilità delle investigazioni difensive effettuate all'estero facendola discendere dai principi generali del codice di procedura penale⁴¹, alla stregua dei quali occorrerebbe, per la raccolta di prove all'estero, la formulazione di apposita richiesta di "rogatoria". Si tratta di una decisione non approvata dalla dottrina che riteneva, tra l'altro, illegittimo far derivare preclusioni di sorta dal silenzio del legislatore circa la possibilità di effettuare atti di indagine all'estero⁴². Né la normativa sulle rogatorie internazionali, ai sensi degli artt. 727 ss. c.p.p., sembrerebbe suggerire espliciti divieti per il difensore a svolgere la sua attività di indagine all'estero⁴³. Non convincono appieno quelle letture che, facendo delle indagini atti di coazione, invocano il rispetto della sovranità nazionale e degli interessi pubblicistici di uno Stato, perché in realtà non si tratterebbe di atti espressione di imperio, ma di attività di carattere privatistico⁴⁴.

In Germania non risulta codificata alcuna normativa specifica, ma viene riconosciuta un c.d. *Beweisantrag* ovvero una istanza probatoria che può essere sottoposta al giudice in ogni fase del procedimento e tramite la quale introdurre i risultati delle ricerche di parte. Se al difensore dell'accusato è riconosciuto in via interpretativa e sistematica un qualche generico diritto a proprie autonome indagini sul territorio, la possibilità è esclusa per le indagini difensive all'estero, per le quali si deve ricorrere alle richieste rogatorie o all'OEI e alla interposizione delle autorità a tale scopo competenti.

In Spagna la materia è disciplinata da una normativa relativamente recente che ha interpolato la vecchia⁴⁵ pur tuttavia non ampliando i poteri del difensore sino al punto da prevedere il diritto di svolgere autonomamente indagini difensive. Ciononostante, la difesa può comunque svolgere attività investigative indipendentemente dalle autorità investigative⁴⁶. Per l'acquisizione di prove all'estero il mezzo esperibile rimane, dunque, la rogatoria o la sollecitazione alla richiesta di un OEI.

Questi assetti interni producono indubbiamente ricadute negative sugli equilibri delle indagini e sulla libertà di gestione delle investigazioni difensive. Per *bypassare* la mediazione necessaria del pubblico ministero o delle autorità competenti, una soluzione alternativa potrebbe essere quella di nominare un difensore all'estero, ma se da un lato tale opzione si

⁴¹ Cass. pen., 19 giugno 2007, n. 23967, in *Giur. it.*, 4, 2008, p. 986.

⁴² Sul punto, A. FABBRI, *I limiti territoriali nello svolgimento delle indagini difensive*, in P.S.A. MOSCARINI, P. GUALTIERI, L. FILIPPI, *La circolazione investigativa nello spazio giuridico europeo: strumenti, soggetti, risultati*, Milano, 2010, p. 253.

⁴³ Sulla questione si ritornerà ampiamente al capitolo V.

⁴⁴ Ancora, il disposto di cui al comma 1 dell'art. 327-*bis*, c.p.p., che enuncia il principio di tipicità degli atti di indagine del difensore, prescrivendo il compimento di tali atti nelle forme e per le finalità previste dal titolo VI *bis* (libro V) del codice di rito, non pare cozzare con la possibilità che il difensore conduca indagini all'estero.

⁴⁵ La *Ley* 38/2002 e la *Ley Organica* 9/2002 hanno, infatti, parzialmente modificato la *Ley de Enjuiciamiento Criminal* del 1882 (LeCrim).

⁴⁶ Cfr. I. FLORES PRADA, *L'investigazione difensiva nel processo penale spagnolo*, in L. FILIPPI, P. GUALTIERI, P. MOSCARINI, A. SCALFATI, *La circolazione investigativa nello spazio giuridico europeo: strumenti, soggetti, risultati*, Padova, 2010, pp. 362 ss.

traduce in un aggravio delle spese processuali, dall'altro continuerebbe a permanere il problema della ammissibilità di una prova raccolta all'estero secondo modalità contrastanti con la *lex fori*.

Pertanto, *de lege ferenda*, sarebbe auspicabile la previsione da parte degli ordinamenti giuridici del potere di svolgere indagini all'estero con il medesimo regime di utilizzabilità di quelle effettuate dalla *lex fori*.

3.3 La scarsa attenzione dedicata alla vittima di reato dalla Direttiva OEI

Per quanto riguarda la posizione della vittima nelle procedure di raccolta delle prove, può segnalarsi che la Direttiva OEI non considera adeguatamente né nella fase di emissione né in quella di esecuzione la figura della persona offesa, sicché non è azzardato sostenere che i diritti delle vittime non sono convenientemente garantiti nelle procedure dell'euro-ordine⁴⁷. È vero, tuttavia, che l'art. 17 della Direttiva 2012/29/UE, stella polare in materia di protezione della vittima, suggerisce l'uso della videoconferenza e della conferenza telefonica per ascoltare le persone lese che risiedono in uno Stato diverso da quello in cui è stato commesso il reato e, più in generale, del procedimento avviato. Come è noto, i collegamenti realizzati *online* hanno un grande potenziale nell'assicurare la partecipazione e degli indagati e delle persone offese ai processi celebrati all'estero, giacché non solo permettono a queste ultime di essere ascoltate ma anche di essere ben protette con ciò evitando episodi di vittimizzazione secondaria o il peso di doversi spostare in un luogo non familiare. Tuttavia, anche se il diritto dell'Unione europea ha incoraggiato il ricorso ai mezzi di collegamento da remoto per l'acquisizione di prove *overseas*, l'OEI può essere emesso per l'audizione di testimoni, periti, indagati e imputati, anche se la posizione della vittima, sia nella fase di emissione che in quella di esecuzione, viene presa in considerazione dalla Direttiva solo quando questa è formalmente considerata quale testimone. A maggior ragione, ad essa dovrebbe avere pure accesso la persona offesa che abbia assunto secondo il diritto interno la qualità di parte formale perché, ad esempio, ha fatto valere delle pretese risarcitorie.

Un ulteriore aspetto delicato da affrontare è rappresentato dalla necessità concreta di individuare quale sia lo Stato responsabile dell'assistenza alle vittime quando sono coinvolti più ordinamenti giuridici. Proprio a questo proposito, la Direttiva del 2012 prevedeva che se la vittima ha lasciato il territorio dello Stato membro in cui è stato commesso il reato, tale Paese non dovrebbe più essere obbligato a fornirle assistenza, sostegno e protezione, ad eccezione di specifiche ipotesi che si riallacciano direttamente a un procedimento penale che si sta conducendo purché sia collegato al reato in questione, predisponendo, ad esempio, misure *ad hoc* di protezione durante il procedimento giudiziario. È invece lo Stato membro di residenza della vittima a dover normalmente fornire assistenza, supporto e protezione necessari (considerando n. 51). Nondimeno, c'è un profilo positivo da valutare: ed è il riconoscimento di un diritto al risarcimento in seno ai procedimenti transnazionali. A tal fine, misure specifiche sono state introdotte dalla cosiddetta Direttiva sul risarcimento

⁴⁷ Si veda il parere dell'Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali sulla proposta di direttiva relativa all'ordine europeo di indagine, disponibile all'indirizzo http://fra.europa.eu/fraWebsite/research/opinions/op-eio_en.htm.

con l'obiettivo di garantire che qualora un reato intenzionale e violento sia stato commesso in uno Stato membro diverso da quello in cui il richiedente il risarcimento risiede abitualmente, lo stesso abbia il diritto di rivolgersi a un'autorità o a qualsiasi altro organismo in quest'ultimo Paese membro (art. 1 della Direttiva 2004/80/CE del 29 aprile 2004).

4. La diversa modulazione giurisprudenziale delle garanzie di indipendenza delle autorità giudiziarie di emissione di un ordine d'indagine europeo

Da questa breve panoramica è emerso con tutta evidenza la difficoltà insita nel contemperare i requisiti della legge dello Stato emittente e quelli della legge dello Stato di esecuzione, problema ad oggi irrisolto che da luogo a non poche implicazioni negative sul terreno della *par condicio* e, con essa, della complessiva equità del procedimento penale transnazionale. Ciò discende essenzialmente dalla mancanza di modelli giuridici in grado di garantire la reciproca ammissibilità delle prove e, soprattutto, di un sistema unitario e condiviso in grado di fornire ai diritti partecipativi preordinati alla parità delle armi una tutela adeguata.

La questione, per la verità, può essere esaminata da un'altra prospettiva che non è stata battuta né dal legislatore europeo né dalla giurisprudenza europea, se non di recente. Ci riferiamo più nello specifico al pericolo che condizionamenti interni alla magistratura, quali le dinamiche derivanti dalle strutture gerarchiche dei differenti uffici e soprattutto i rapporti che nei diversi modelli procedurali s'instaurano tra giudice e parti, e in particolare tra giudice e quella parte pubblica che è il pubblico ministero, influenzino negativamente la salvaguardia del principio della parità delle armi. Queste perplessità sono emerse con tutta evidenza in alcuni casi che hanno interessato, ancora una volta, la nozione di «autorità giudiziaria dell'emissione» e «autorità giudiziaria dell'esecuzione» secondo la Direttiva 2014/41/UE in materia di ordine europeo di indagine penale.

Come è noto, la Corte di giustizia è stata chiamata a pronunciarsi due volte nel giro di pochi giorni sulla corretta interpretazione dei concetti di autorità giudiziaria⁴⁸ e "autorità emittente" nell'ambito e della Direttiva 2014/41/UE in materia di ordine europeo di indagine penale e della Decisione Quadro 2002/584, consegnandoci così un concetto di autorità giudiziaria dalle connotazioni differenti a seconda del contesto di riferimento.

Ora, l'evoluzione della giurisprudenza di Lussemburgo ha interessato anche l'emissione degli ordini di indagine europei poiché l'art. 2 della Direttiva OEI consente anche al pubblico ministero di emettere e convalidare gli ordini in questione. L'ipotesi descritta ha riguardato in prima battuta la Germania in cui il § 91j (2) (I) IRG riconosce tali poteri alla StA. La dottrina tedesca, in verità, si era domandata se la censura mossa dalla Corte di giustizia già nel 2019 al pubblico ministero riguardasse, seppur in via mediata, stante la portata limitata al caso deciso della decisione, anche la fase delle attività investigative dell'ordine europeo d'indagine penale⁴⁸.

L'incongruenza sollevata ai giudici di Lussemburgo ha trovato soluzione nella causa *Staatsanwaltschaft Wien/A. e.a* in cui la Corte di giustizia ha suggellato che «l'ordine europeo di indagine può essere disposto dalla Procura di uno Stato membro ancorché questa sia

⁴⁸ K. PETERS, *Das Unabhängigkeitserfordernis der ausstellenden Justizbehörde eines Europäischen Haftbefehls Auswirkungen auf die Anordnung einer Europäischen Ermittlungsanordnung?* in ZIS, 2020, pp. 508 ss.; M. SEHL, *Gefährliches Misstrauen* su <https://www.lto.de/recht/justiz/j/staatsanwaelte-weisungsrecht-externes-justizminister-behoerde-unabhaengigkeit/>.

esposta al rischio di essere soggetta ad istruzioni individuali provenienti dal potere esecutivo»⁴⁹. A questa soluzione i giudici sono pervenuti attraverso argomentazioni di carattere testuale e teleologico frutto, a loro volta, di un processo di maturazione degli strumenti del mutuo riconoscimento.

Quanto al dato letterale, la Grande sezione rileva che ai sensi della Direttiva 2014/41/UE un ordine europeo di indagine può essere eseguito solo se l'autorità che l'ha emanato è un'«autorità di emissione», ovverosia un giudice, un organo giurisdizionale, un magistrato inquirente e finanche un pubblico ministero; in seconda battuta precisa che lo stesso ordine deve essere in ogni caso convalidato da un'«autorità giudiziaria» prima di essere trasmesso ai fini della sua esecuzione in un altro Stato membro. Anche il pubblico ministero rientra tra le «autorità giudiziarie» abilitate a «convalidare un ordine europeo di indagine qualora questo sia stato emesso da un'autorità di emissione diversa da un giudice, da un organo giurisdizionale, da un magistrato inquirente o da un pubblico ministero competente nella causa di cui trattasi»⁵⁰.

Inoltre, per la Corte di giustizia i diritti fondamentali della persona interessata dall'ordine di indagine sono sufficientemente tutelati sia nella fase di emissione che in quella di esecuzione in un altro Stato membro. Infatti, «nell'emettere o convalidare l'ordine il pubblico ministero deve tener conto del principio di proporzionalità e dei diritti fondamentali dell'interessato, al quale deve poter essere assicurato un mezzo di impugnazione effettivo almeno equivalente a quello disponibile in un procedimento nazionale analogo, allo stesso modo l'autorità di esecuzione è chiamata a verificare, mediante vari meccanismi, il rispetto di detto principio e dei diritti fondamentali dell'interessato»⁵¹. Ancora, il quadro di garanzie è rafforzato da una serie di ulteriori previsioni tra cui si annoverano la possibile autorizzazione da parte di un organo giurisdizionale dello Stato di esecuzione ai sensi dell'art. 2(d); la consultazione diretta con l'autorità emittente in caso di dubbio circa il rispetto del principio di proporzionalità; il ricorso ad un atto investigativo diverso da quello richiesto idoneo a realizzare lo stesso risultato ma con una minore interferenza nei diritti fondamentali degli interessati ed, infine, il rifiuto di eseguire l'ordine *ex art. 11(f)* a causa dell'incompatibilità dell'atto richiesto con gli obblighi dell'art. 6 della Carta di Nizza. Anche rispetto all'ordine di indagine penale, dunque, è richiesta l'attivazione di un *tier-test* che ricalca grossomodo lo schema a doppio livello di tutela pensato per il MAE e la possibilità di esperire rimedi per contestare l'emissione. Eppure, può subito notarsi che, alla luce delle perplessità prima sollevate circa le garanzie preordinate ad un'equa partecipazione al procedimento transnazionale, risulta difficile aderire integralmente a questo orientamento che, come accade spesso nella giurisprudenza europea, non va oltre la mera enunciazione di principi, pur meritevoli di considerazione, senza appurare se, nella fattispecie, gli stessi principi che informano l'equo procedimento subiscano concretamente una violazione.

Ad ogni modo, ciò che più desta interesse e insieme preoccupazione è che per suggellare il proprio percorso motivazionale la Corte distingue sul piano teleologico il fine perseguito da un ordine europeo di indagine da quello perseguito da un mandato: mentre questo ultimo

⁴⁹ Corte giust., 8 dicembre 2020, *Staatsanwaltschaft Wien/A. e.a.*, causa C-584/19, ECLI:EU:C:2020:1002. Ne consegue che tanto il pubblico ministero italiano quanto quello spagnolo sono legittimati ad emettere un OEI.

⁵⁰ La Direttiva concede espressamente ad indagati, accusati e ai loro avvocati la possibilità di richiedere il rilascio di un ordine [art. 1(3)].

⁵¹ Eppure, come abbiamo riportato *supra*, in un suo precedente *dictum* la Corte si era mossa nell'opposta direzione arrivando a sostenere che la legge processuale interna che non contempla alcun tipo di ricorso o impugnazione non si pone di per sé in contrasto con la Direttiva n. 41. Cfr. Corte giust., *Ivan Gavanozov*, cit.

è diretto all'arresto e alla consegna di una persona ricercata ai fini dell'esercizio di un'azione penale o dell'esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza privative della libertà, il secondo è volto invece all'esecuzione di uno o più atti di indagine specifici al fine di acquisire prove o ottenere quelle già in possesso delle autorità estere. Secondo la Corte di Lussemburgo, anche se taluni atti di indagine possono essere intrusivi, un ordine europeo di indagine, a differenza di un mandato, non è suscettibile di ledere il diritto alla libertà dell'interessato. Ora, appunto perciò, non convincono appieno le motivazioni della Corte, la quale non tiene in considerazione che la Direttiva OEI ammette una compromissione della libertà personale nel prevedere all'art. 23 il trasferimento temporaneo nello Stato di esecuzione di persone detenute ai fini del compimento di un atto di indagine. Lesioni non trascurabili sono arrecate anche dalla perquisizione, dalla sorveglianza video, audio o delle telecomunicazioni a cui la Direttiva dà ampio spazio.

5. Ordine europeo di indagine penale e assetto a “geometria variabile” delle libertà fondamentali: quali *vulnera* per l'equità del procedimento transnazionale?

Sulla scorta di quanto emerso fin ad ora ci sembra di poter sostenere che la valorizzazione del dato letterale della Direttiva e del doppio livello di protezione sia tutto sommato accettabile, alla luce soprattutto di esigenze concrete, connesse al rischio di vedere molti degli OEI perdere efficacia e ostruire la cooperazione giudiziaria. Semmai è nei riguardi del dato teleologico che possono nutrirsi considerevoli dubbi. A ben vedere, infatti, le libertà fondamentali (personale, ma anche di domicilio o delle comunicazioni, fino ai diritti fondamentali di relativo nuovo conio come la riservatezza informatica) sembrano avallare un assetto “a geometria variabile” di una garanzia, come quella espressa dall'indipendenza, riconoscendo implicitamente che l'indipendenza esterna del pubblico ministero sia funzionalmente connessa alla sola libertà personale. Se così fosse, sarebbe il caso di chiedersi prima se esistano libertà che sono “fondamentali” più di altre e se sia legittima una loro graduazione.

Certo, a favore della scelta operata dai giudici di Lussemburgo militano, come si è precisato, alcuni rilievi di natura pratica che non possono essere trascurati. Infatti, è facile avvedersi del fatto che il requisito dell'indipendenza anche per l'emissione dell'ordine europeo di indagine penale avrebbe comportato l'intervento di un giudice istruttore al fine di salvare gli ordini pendenti al momento della pronuncia, almeno per quanto riguarda la richiesta di quegli atti per i quali già non sia richiesta autorizzazione dal Tribunale secondo il diritto processuale tedesco. Gli effetti discriminatori rispetto a situazioni meramente interne avrebbero richiesto a quel punto un intervento del legislatore o eventualmente un riassetto del rapporto accusa-esecutivo sul piano costituzionale. È agevole intuire che sulla decisione della Corte abbia, pertanto, influito l'esigenza di scongiurare rinvii pregiudiziali a catena, come accaduto per il mandato d'arresto europeo e la necessità di assicurare una cooperazione penale celere ed efficace, onde evitare soprattutto la dispersione delle prove già raccolte.

Ora, ammettere una progressione nella tutela delle libertà fondamentali complica ulteriormente il quadro, già precario, prospettato. Il ricorso all'OEI, infatti, potrebbe finire per aggirare una serie di garanzie previste dall'ordinamento giuridico interno, quali ad esempio la necessità di un controllo giurisdizionale previo sull'atto investigativo, necessario

rispetto ad atti particolarmente intrusivi sulle libertà fondamentali⁵². Inoltre, avallare l'idea di una tutela variabile delle libertà fondamentali potrebbe avere ricadute significative sull'atteggiamento psicologico del pubblico ministero nazionale indotto a credere che le indagini preliminari transnazionali possano essere condotte a scapito di libertà e garanzie valutate meno importanti, specie in vista di un risultato investigativo volto a rintracciare a tutti i costi elementi per fondare una condanna⁵³. Del resto, tali conclusioni preoccupano ancora di più alla luce di regole decisorie orientate alla valutazione dell'azione o inazione sul modello di quelle recentemente introdotte nell'ordinamento giuridico italiano le quali, mirando a individuare elementi per ottenere una condanna in giudizio, potrebbero influenzare negativamente l'imparzialità dell'organo di pubblica accusa anche e soprattutto nel contesto di indagini transnazionali. In un quadro di tal tipo, non potrebbero assicurare neppure le recenti precisazioni dei giudici di *Kirchenberg* che, pur ponendosi in netta contrapposizione a quanto statuito nel caso *Gavanozov* del 2019 e valorizzando l'art. 14 della Direttiva OEI⁵⁴, letto assieme al considerando n. 22⁵⁵, impongono agli Stati membri l'obbligo di prevedere mezzi di impugnazione avverso l'atto richiesto nell'OEI, almeno pari a quelli previsti per atti interni analoghi, e di tenere in debito conto se gli stessi atti investigativi siano stati oggetto di un qualche ricorso con esito positivo prima di emettere un OEI.

In particolar modo, la possibilità di contestare l'OEI non pone al riparo dai problemi concernenti la dipendenza ordinamentale e funzionale, così come tratteggiata nei capitoli precedenti: altrimenti detto il diritto della persona interessata di impugnare l'atto investigativo incidente su libertà fondamentali non garantisce il recupero dell'indipendenza, posto che lo stesso organo giurisdizionale dell'impugnazione potrebbe difettare di tali requisiti.

Le considerazioni appena espresse ci permettono quindi di fare luce su un ulteriore quesito che si staglia attorno ai poteri di emissione dell'OEI conferiti al pubblico ministero e che, in verità, era già emerso nella decisione *Staatsanwaltschaft Wien/ A. e.a.* pur non trovando in essa una compiuta risposta. Nello specifico, ci si chiede se essi debbano essere simmetrici a quelli previsti dal diritto nazionale in rapporto all'emissione di un omologo atto istruttorio

⁵² A. MANGIARACINA, *L'acquisizione "europea" della prova cambia volto: l'Italia attua la direttiva relativa all'ordine europeo di indagine penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 2, p. 162. In termini positivi rispetto alla pronuncia in esame si è espressa M. LANOTTE, *Il requisito dell'indipendenza del pubblico ministero nell'emissione di un ordine europeo di indagine*, in *Cass. pen.*, 3, 2021, pp. 1060 ss.

⁵³ In Italia la competenza ad emettere un OEI spetta, durante la fase delle indagini preliminari, al pubblico ministero comunque dotato di indipendenza – salvo quelle ipotesi che richiedono un intervento giurisdizionale alla stregua di un atto meramente interno e, in quelle successive, al giudice procedente. Quanto, invece, alla competenza a ricevere, riconoscere ed eseguire l'ordine europeo d'indagine spetta al procuratore della Repubblica presso il tribunale del capoluogo del distretto nel quale deve compiersi l'attività richiesta, figura notoriamente munita di garanzie di indipendenza e il cui compito si sostanzia nell'accertare le condizioni per il riconoscimento dell'ordine d'indagine. Per i casi in cui, ai fini dell'esecuzione, sia necessario l'intervento del giudice (in quanto richiesto dall'autorità di emissione ovvero imposto dalla legge italiana, come quando debba procedersi al prelievo coattivo di campioni biologici *ex art. 359-bis c.p.p.*), la richiesta di esecuzione andrà rivolta al giudice per le indagini preliminari (art. 5).

⁵⁴ «Gli Stati membri assicurano che i mezzi d'impugnazione equivalenti a quelli disponibili in un caso interno analogo siano applicabili agli atti di indagine richiesti nell'OEI».

⁵⁵ «I mezzi d'impugnazione disponibili contro un OEI dovrebbero essere almeno equivalenti a quelli disponibili in un caso interno a fronte degli atti di indagine in questione. Conformemente al proprio diritto nazionale, gli Stati membri dovrebbero garantire l'applicabilità di tali mezzi d'impugnazione, anche informando a tempo debito le parti interessate in merito alle possibilità e alle modalità di ricorso a tali mezzi di impugnazione. Nei casi in cui le obiezioni nei riguardi di un OEI siano sollevate da una parte interessata nello Stato di esecuzione in relazione ai motivi che determinano l'emissione dell'OEI, è opportuno che le informazioni in merito a tale impugnazione siano trasmesse all'autorità di emissione e che la parte interessata ne sia informata».

interno. Questo interrogativo è stato, peraltro, oggetto di una più recente sentenza della Corte di giustizia nella causa *HP* del 16 dicembre 2021, C-724/19 decisa a risolvere il problema che si pone nel caso in cui la legge domestica che recepisca la Direttiva stabilisce la competenza generale del pubblico ministero all'emissione di un ordine, senza precisare al contempo se debbano essere rispettati ulteriori prerequisiti previsti dal diritto nazionale in casi interni analoghi.

Nel caso di specie, un pubblico ministero bulgaro aveva emesso un ordine europeo per acquisire dati sul traffico di comunicazioni elettroniche senza richiedere un'autorizzazione giudiziaria. L'ordine era stato eseguito in Germania, Austria, Svezia e Belgio e aveva permesso di reperire elementi per legittimare il rinvio a giudizio dell'indagato. Tuttavia, il tribunale bulgaro competente per il rinvio aveva poi sollevato una questione pregiudiziale sulla legittimità dell'acquisizione di questi dati telefonici, poiché secondo la legge nazionale, tale conseguimento dovrebbe avvenire in base a un provvedimento emesso dal giudice. Orbene, secondo i giudici di Lussemburgo per risolvere il dubbio in parola è risolutivo valorizzare la lett. b dell'art. 6(1) della Direttiva, secondo la quale gli atti istruttori richiesti nell'OEI dovrebbero poter essere «emessi alle stesse condizioni in un caso interno analogo». Corollario di tale precisazione è che soltanto il giudice competente a disporre l'acquisizione dei dati di traffico ai sensi del diritto interno è legittimato ad emettere un OEI di questa tipologia⁵⁶.

Per quanto questa scelta della Corte si ponga nel solco di un orientamento dai tratti più garantisti, in specie per l'equo procedimento transnazionale e con evidenti ricadute sul piano procedimentale interno, può rilevarsi che qualora la legislazione dello Stato di emissione non dovesse prevedere l'autorizzazione preventiva o, almeno, la convalida da parte di un giudice, l'OEI finirebbe per essere emesso dal solo rappresentante della pubblica accusa ancorché soggetto alle direttive del potere esecutivo. Il pericolo per i diritti fondamentali coinvolti dall'atto investigativo aumenterebbe poi a dismisura se un controllo giurisdizionale non fosse previsto neppure nello Stato di esecuzione in sede di riconoscimento dell'OEI.

Per concludere, lo scenario transnazionale descritto si presenta pertanto tuttora lacunoso dal punto di vista della tutela delle garanzie, così creando delle aporie con la protezione apprestata dal diritto interno in materia di diritti e libertà fondamentali e incidendo sul

⁵⁶ Per quanto concerne l'acquisizione dei dati di traffico, la Corte di giustizia ha già preso in carico il problema, fissando uno *standard* di tutela valido non solo ai fini dell'acquisizione dei tabulati all'estero, ma vincolante per tutti gli Stati dell'Unione anche quando essa debba avvenire all'interno dei confini nazionali. La sentenza *HK* della Corte di giustizia in tema di OEI, opportunamente richiamata dalla decisione *HP*, ha interpretato la normativa dell'Unione in materia alla luce, in particolare, del diritto alla riservatezza (artt. 7 e 8 Carta di Nizza), statuendo che l'acquisizione dei dati di traffico non potrebbe avvenire sulla sola base della decisione di un pubblico ministero non sottoposta ad un controllo giurisdizionale. Corte giust., 2 marzo 2021, *HK*, causa C-746/18, ECLI:EU:C:2021:152. Sull'argomento M. DANIELE, *Il controllo giurisdizionale sull'emissione dell'ordine europeo di indagine: la necessaria simmetria con la disciplina nazionale nei casi interni analoghi*, in *Sist. pen.*, 2022, reperibile al sito <https://www.sistemapenale.it/it/scheda/corte-giustizia-ue-2021-c-724-19-controllo-giurisdizionale-ordine-europeo-indagine>. Un'indicazione che, in Italia, è stata recepita dai commi 3 e 3-bis dell'art. 132 d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 (c.d. *codice privacy*), ai sensi dei quali i dati di traffico vanno acquisiti previa autorizzazione o, nei casi urgenza, perlomeno con la successiva convalida del giudice per le indagini preliminari. Sul tema si legga J. DELLA TORRE, *L'acquisizione dei tabulati telefonici nel processo penale dopo la sentenza della Grande Camera della Corte di Giustizia UE: la svolta garantista in un primo provvedimento del g.i.p. di Roma*, in *Sist. pen.*, 2021, reperibile al sito <https://www.sistemapenale.it/it/scheda/gip-roma-data-retention-processo-penale-diritto-unione-europea>.

principio di uguaglianza dei cittadini, diversamente trattati a seconda del livello giuridico di riferimento.

È in dubbio la possibilità di tollerare una tutela più debole dell'indipendenza, diversamente declinata a seconda della tipologia dello strumento di cooperazione giudiziaria di volta in volta utilizzato. Insomma, è legittimo ammettere che il grado di intensità nella protezione della garanzia di indipendenza possa innalzarsi o abbassarsi in relazione all'oggetto e allo specifico ambito di operatività dell'istituto in rilievo? Di riflesso, un assetto così estremamente aleatorio produrre delle esternalità negative pure sulla *par condicio*.

Del resto, gli interrogativi prospettati si ammantano di una considerevole rilevanza pratica. Ad esempio, è incombente il rischio di vedere applicati, all'interno di un medesimo procedimento penale transnazionale, criteri di valutazione diversi per verificare il rispetto delle garanzie di indipendenza in capo all'autorità di emissione chiamata a provvedere sia alla trasmissione di un ordine investigativo che di un mandato di arresto.

6. E-evidence e cross-border access to e-evidence: quali problematici nuovi scenari per il transnational due process?

L'analisi in oggetto non può prescindere, infine, da alcune considerazioni in merito al Regolamento 2023/1543 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 luglio 2023 relativo agli ordini europei di produzione e agli ordini europei di conservazione di prove elettroniche nei procedimenti penali e per l'esecuzione di pene detentive a seguito di procedimenti penali volto a migliorare l'accesso transnazionale alle prove elettroniche nel quadro di un'acclarata inefficacia degli strumenti finora sperimentati rispetto alla materia delle prove elettroniche. Questo strumento, anch'esso ispirato al mutuo riconoscimento, disvela interessanti scenari di analisi anche dalla prospettiva del *transnational due process of law* per le implicazioni che la formulazione di alcune disposizioni potrebbe comportare, una volta che il Regolamento e l'annessa Direttiva saranno pienamente operativi, soprattutto sul fronte della tutela della parità nelle sue intime implicazioni con l'indipendenza degli organi titolati ad emettere e ad eseguire gli ordini di produzione e conservazione di prove elettroniche. Alcune battute preliminari sono pertanto necessarie per ricostruire i tratti salienti di questo strumento normativo dalla lunga gestazione, al fine di meglio inquadrare le problematiche di maggiore interesse dal punto di vista di questo studio.

Ora, come si ricorderà, all'indomani degli attentati di Bruxelles del 2016 emerse a gran voce la necessità di intensificare la cooperazione con i Paesi terzi e con i fornitori di servizi operanti nel territorio europeo circa la materia delle prove digitali. Il 7 dicembre 2018 il Consiglio dell'Unione europea, contro il parere della Repubblica federale tedesca⁵⁷ ed altri Stati, approvò una posizione comune su un Regolamento relativo agli ordini europei di produzione e di conservazione di prove elettroniche in materia penale (*e-evidence*)⁵⁸. Prima che

⁵⁷ Ad esempio, la Conferenza delle autorità indipendenti federali e regionali per la tutela dei dati personali chiede più tutela sul versante della protezione dei dati personali. D. BRODOWSKI, *Daten in der Cloud. Zugang für Strafverfolger aller Staaten?* in *NJW- aktuell*, 2018, p. 19; C. BURCHARD, *Der grenzüberschreitende Zugriff auf Clouddaten im Lichte der Fundamentalprinzipien der internationalen Zusammenarbeit in Strafsachen - Teil 1*, in *ZIS*, 6, 2018, pp. 190 ss.

⁵⁸ Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo agli ordini europei di produzione e di conservazione di prove elettroniche in materia penale COM/2018/225 final - 2018/0108 (COD), reperibile al sito <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/DOC/?uri=CELEX:52018PC0225>. Il pacchetto di intervento adottato dalla Commissione era completato da una proposta di Direttiva recante norme armonizzanti

il testo definitivo fosse licenziato, la proposta di Regolamento era andata incontro ad un lungo periodo di stallo politico, sebbene dal 2018 in poi l'UE avesse continuato a lavorare incessantemente a nuove regole per accelerare l'accesso ai dati digitali utilizzati per indagare e perseguire i reati penali, indipendentemente dalla loro ubicazione⁵⁹, sul presupposto che la rivoluzione digitale stia ridefinendo ogni aspetto della società e la criminalità non faccia eccezione, sicché sempre più criminali utilizzano la tecnologia per pianificare e commettere reati così costringendo le autorità giudiziarie a fare sempre più affidamento sulle prove elettroniche. Quest'ultime, dette anche *e-evidence*, si riferiscono ai dati digitali tra cui sono inclusi e-mail, messaggi di testo o contenuti di *app* di messaggistica, contenuti audiovisivi, informazioni sull'account *online* di un utente. Tali dati, di per sé volatili, immateriali, estremamente delicati per la possibilità che vengano facilmente alterati, possono essere utilizzati per identificare una persona o ottenere maggiori informazioni sulle sue attività⁶⁰.

sulla nomina di rappresentanti legali ai fini dell'acquisizione di prove nei procedimenti penali. La proposta ruotava attorno all'obbligo per gli Stati membri a far sì che i *providers* che offrono servizi nell'UE nominassero almeno un rappresentante legale competente per la ricezione e l'esecuzione delle decisioni e degli ordini emessi dalle autorità nazionali con il fine di acquisire prove elettroniche. Per un primo commento alla proposta, cfr. A. CABIALE, *I limiti alla prova nella procedura penale europea*, op. cit., pp. 270 ss. Per ulteriori approfondimenti sulla proposta, E. COLOMBO, *Ordini europei di produzione e di conservazione di prove elettroniche in materia penale: il difficile approccio del diritto alla tecnologia nella proposta di regolamento*, in *Cass. pen.*, 2019, pp. 2722 ss.; R.M. GERACI, *La circolazione transfrontaliera delle prove digitali in UE: la proposta di regolamento E-evidence*, in *Cass. pen.*, 2019, p. 1340; R. PEZZUTO, *Accesso transnazionale alla prova elettronica nel procedimento penale: la nuova iniziativa legislativa della Commissione europea al vaglio del Consiglio dell'Unione*, in *Dir. pen. cont.*, 1, 2019, pp. 57 ss.; G. ROBINSON, *The European Commission's e-Evidence Proposal*, in *European Data Protection Law Review*, 2018, pp. 347 ss.; N.A. SMUHA, *Towards the EU Harmonization of Access to Cross-Border E-Evidence: Challenges for Fundamental Rights & Consistency*, in *European Criminal Law Review*, 2018, pp. 83 ss.; S. TOSZA, *The European Commission's Proposal on Cross-Border Access to E-evidence. Overview and Critical Remarks*, in *Eucrim*, 2018, pp. 212 ss.

⁵⁹ Nel giugno 2019, il Consiglio ha autorizzato la Commissione europea a negoziare un accordo a nome dell'UE con gli Stati Uniti sull'accesso transfrontaliero alle prove elettroniche e a partecipare ai negoziati con il Consiglio d'Europa su un secondo protocollo aggiuntivo alla Convenzione di Budapest sulla criminalità informatica. I negoziati con gli Stati Uniti per facilitare l'accesso transfrontaliero alle prove elettroniche per la cooperazione giudiziaria in materia penale sono iniziati nel settembre 2019 e sono attualmente in corso. Attualmente, i fornitori di servizi con sede negli Stati Uniti collaborano con le autorità europee preposte all'applicazione della legge attraverso una cooperazione diretta su base volontaria o attraverso procedure di mutua assistenza legale (MLA). La legge statunitense non sempre consente ai fornitori di servizi di rispondere direttamente alle richieste europee di accesso alle prove elettroniche. Un accordo UE-USA renderebbe più facile la cooperazione e garantirebbe l'esistenza di forti garanzie a tutela dei diritti fondamentali.

Quanto al secondo protocollo aggiuntivo alla Convenzione di Budapest sulla cybercriminalità, adottato il 17 novembre 2021 dal Consiglio d'Europa, esso ha previsto disposizioni per un regime più efficiente di assistenza giudiziaria (MLA) e disposizioni sulla cooperazione diretta con i fornitori di servizi di altri Paesi che sono parti della Convenzione un quadro. Dal momento che l'UE non può firmare o ratificare il protocollo perché solo gli Stati possono esserne parte, l'Unione ha autorizzato gli Stati membri a firmare il protocollo (il 5 aprile 2022) e a ratificarlo (il 14 febbraio 2023).

⁶⁰ Più esattamente il Regolamento distingue quattro tipi di prove elettroniche che le autorità statali emittenti possono ottenere dai fornitori di servizi tra cui i dati dell'abbonato, a cominciare dall'identità, compresi i nomi e le date di nascita, ma anche informazioni tecniche come la misura tecnica e l'interfaccia utilizzate dall'utente al momento della registrazione o dell'attivazione, escluse le password; dati richiesti al solo scopo di identificare l'utente quali gli indirizzi IP e, se necessario, le relative porte di origine e la marca temporale (data/ora), o gli equivalenti tecnici di questi identificatori e le informazioni correlate che possono essere utilizzate esclusivamente per identificare un utente; dati sul traffico ovvero quelli che forniscono un contesto o informazioni aggiuntive, come l'origine e la destinazione delle comunicazioni, i dati sulla posizione e le marche temporali delle comunicazioni; dati sul contenuto relativi alle comunicazioni. Per una recente analisi della portata di questi elementi nell'ambito delle indagini, si rinvia a D. FOTI, *Digital Privacy and Cyber-Interception of*

Ora, più della metà delle indagini penali prevede una richiesta transfrontaliera per l'acquisizione di prove elettroniche. Realizzare l'accesso alle *e-evidence* è risultato per lungo tempo un processo laborioso per le autorità della cooperazione, perché questi dati possono essere ubicati in un altro Paese o meglio i fornitori di servizi *online* conservano i dati degli utenti su *server* che possono trovarsi in diversi Paesi, sia all'interno che all'esterno dell'UE.

Ebbene, la novità più significativa che il Regolamento produrrà una volta che sarà applicabile dal 2026 in poi è la possibilità per le autorità giudiziarie nazionali di rivolgersi direttamente ai *service provider*, indipendentemente dal fatto che gli stessi abbiano la loro sede centrale in un Paese terzo e da dove siano ubicati i dati, per ottenere o far conservare il materiale probatorio digitale di cui necessitano, giacché la Direttiva che accompagna il Regolamento prescrive l'obbligo per questi fornitori extra-UE di individuare nel territorio dell'Unione un rappresentante legale. Per accelerare il reperimento di queste prove sono stati predisposti due strumenti, l'ordine europeo di produzione (OPE) e l'ordine europeo di conservazione (OCE) delle prove elettroniche nei procedimenti penali. La loro emanazione è subordinata tuttavia al superamento di un *test* di proporzionalità e necessità sulla falsariga di quanto statuito per l'OEI.

Ora, mentre un ordine di produzione per ottenere dati relativi agli abbonati o per identificare l'utente o un ordine di conservazione per reperire tutte le categorie di dati può essere emesso solamente da a) un giudice, un organo giurisdizionale, un magistrato inquirente o un pubblico ministero competente nel caso interessato; o b) qualsiasi altra autorità competente, definita dallo Stato di emissione che, nel caso di specie, agisca in qualità di autorità inquirente nel procedimento penale e sia competente a disporre l'acquisizione di prove in conformità del diritto nazionale⁶¹, gli OPE riguardanti «*transactional*» e «*content data*» devono essere resi solo da un organo giurisdizionale o da un magistrato inquirente⁶².

Il Regolamento in parola non ha inteso concepire gli ordini come mezzi per sostituire altri già in vigore e, pertanto, può verosimilmente attendersi che ove l'acquisizione della prova elettronica sia l'unico atto di indagine richiesto all'estero, si ricorrerà all'ordine di acquisizione per la celerità che questo comporta. Esso, infatti, viene rivolto direttamente ai *service provider* senza alcuna intermediazione delle autorità giudiziarie dello Stato dell'esecuzione, come invece accade per l'OEI usato fino ad oggi da pubblici ministeri e polizie giudiziarie d'Europa per reperire fonti e dati digitali *ultra fines*. Infatti, all'autorità dell'esecuzione occorre notificare a norma dell'art. 8 solo un ordine europeo di produzione emesso per ottenere dati sul traffico, fatta eccezione per i dati richiesti al solo scopo di identificare l'utente o per ottenere dati relativi al contenuto. In questi casi di notificazione, ai sensi dell'art. 12(1)(b) che richiama l'art. 1(3), l'autorità di esecuzione valuterà le informazioni indicate nell'ordine e, se del caso, fa valere il rifiuto qualora «sussistono validi motivi di ritenere, sulla base di elementi concreti e oggettivi, che l'esecuzione o l'applicazione dell'ordine comporterebbe, nelle particolari circostanze del caso, una violazione manifesta di un pertinente diritto fondamentale sancito dall'articolo 6 TUE e dalla Carta». Tuttavia, per quanto meritevole sia questa disposizione, va detto che il legislatore riserva questa opzione solo in casi eccezionali. L'eccezionalità

Communications, in L. BACHMAIER, S. RUGGERI (eds.), *Investigating and Preventing Crime in the Digital Era*, Cham, 2022, pp. 151-166.

⁶¹ In tal caso, l'ordine europeo di produzione è convalidato, previo esame della sua conformità alle condizioni di emissione di un ordine europeo di produzione ai sensi del presente regolamento, da un giudice, un organo giurisdizionale, un magistrato inquirente o un pubblico ministero nello Stato di emissione.

⁶² Per una recente analisi del fenomeno, D. FOTI, *Digital Privacy and Cyber-Interception of Communications*, in L. BACHMAIER, S. RUGGERI (eds.), *Investigating and Preventing Crime in the Digital Era*, Cham, 2022, pp. 151 ss.

potrebbe, ad esempio, desumersi, come dice il considerando n. 64, a causa di carenze sistemiche o generalizzate che riguardano l'indipendenza del potere giudiziario dello Stato di emissione, carenze comprovate da elementi e prove contenute in «una proposta motivata di un terzo degli Stati membri, del Parlamento europeo o della Commissione europea, adottata a norma dell'articolo 7, paragrafo 1, TUE». E si aggiunge pure che «in particolare, nel valutare tale motivo di rifiuto... l'autorità di esecuzione dovrebbe determinare in modo specifico e preciso se, tenuto conto della situazione personale dell'interessato, della natura del reato per il quale è condotto il procedimento penale nonché del contesto fattuale che è alla base dell'ordine, e alla luce delle informazioni fornite dall'autorità di emissione, vi siano validi motivi di ritenere che sussista un rischio di violazione del diritto di una persona a un equo processo».

Ora, rispetto alla disciplina licenziata nella proposta del 2018 può certamente notarsi un netto passo in avanti posto che in precedenza nessun tipo di controllo da parte di un'autorità pubblica era previsto, con ciò rendendo irrealistico che gli stessi fornitori, spesso inseriti in *lobbies* politiche capaci di esercitare su di loro una significativa influenza⁶³, potessero vigilare sul rispetto dei diritti di difesa nello Stato che ne avesse disposto l'acquisizione, diritti preordinati, a loro volta, a garantire la *par condicio* o della stessa indipendenza delle autorità di emissioni. La qual cosa non era di poco se si considerava l'eventuale assenza di indipendenza tanto oggettiva quanto soggettiva in capo alle autorità dell'emissione.

Eppure, qualche perplessità può comunque essere sollevata. Oltre al fatto che il Regolamento riserva questa procedura di controllo solo ad alcuni ordini, che sono poi quelli a cui di fatto già viene garantita l'emanazione o la convalida da parte di un organo giurisdizionale, non convince appieno il fatto che la normativa europea riconosca questo controllo ad un'autorità definita tale secondo il diritto nazionale, autorità che potrebbe mancare dei requisiti di indipendenza [art. 3(1)(17)]. Sennonché altrettanti rilievi di carattere pratico, che in verità recuperano quelli emersi nella disciplina del MAE e a cui dunque rinviamo, si possono muovere rispetto al richiamo al *two-tier test* a cui si riferisce il considerando n. 64 e che si snoda in due livelli volti a vagliare (i) l'esistenza di carenze generali e sistemiche dai quali si desume che nello Stato di emissione si corra il rischio di subire la violazione di diritti fondamentali (ii) che nel caso concreto si possa legittimamente ritenere che sussista un rischio di violazione del diritto di una persona a un equo processo.

Per il resto, si segnala l'art. 17, il quale, benché si possa considerare tra le disposizioni più garantiste della proposta, assicura ai soli individui destinatari di un ordine di produzione europeo un «*effective remedy*», esperibile dinnanzi a un giudice nazionale dello Stato di emissione della misura, sia che si tratti di violazione di diritti e libertà sia che si palesi una inosservanza regolamentare.

Non può però tacersi che, dal confronto con gli altri strumenti varati in seno all'UE ispirati sul mutuo riconoscimento, il Regolamento ha segnato un netto passo in avanti prevedendo espressamente all'art. 17(1) che «il diritto al rimedio effettivo deve essere esercitato nel corso del procedimento penale con l'indicazione che è suscettibile di incidere sull'ammissibilità delle prove ottenute con questi mezzi e sul peso di tale prove nell'ambito del

⁶³ Questo approccio non garantisce una chiarezza tale essenziale per consentire alle persone interessate di godere di garanzie sufficienti affinché i loro dati siano effettivamente protetti contro i rischi di abuso. In *Digital Rights Ireland Ltd* e *Tele2*, la Corte ha stabilito che: «*the EU legislation on data retention must be subject to clear and precise rules*». Corte giust., *Digital Rights Ireland Ltd*, cause C-293/12, C-594/12, parr. 26-27, ECLI:EU:C:2014:238. Parimenti, si veda Corte giust., 21 dicembre 2016, *Tele2 Sverige AB*, cause C-203/15, C-698/15, parr. 98-99, ECLI:EU:C:2016:970.

procedimento»⁶⁴. Il rimedio consente, per giunta, di contestare *in fieri* anche la necessità e la proporzionalità della misura.

Spicca poi il par. 6 dell'art. 17 il quale, pur facendo salve le norme procedurali nazionali, prevede che gli Stati membri assicurino che «nei procedimenti penali nello Stato di emissione siano rispettati i diritti della difesa e un giusto processo nel valutare le prove acquisite tramite l'ordine europeo di produzione». Alla difesa dovrà dunque concedersi di criticare il peso dimostrativo della prova elettronica e la sua utilizzabilità a livello del procedimento interno. Può segnalarsi, però, che in mancanza di un'armonizzazione su alcune condizioni tecniche e processuali il giusto processo è, comunque, in pericolo⁶⁵. Ad esempio, occorrerebbe approfondire quale sia il *Verdachtsgrad* e la gravità del reato richiesti per ottenere i dati e precisare quale sia il volume massimo dei dati richiesti. Solo imboccando questa via è possibile sondare la proporzionalità in astratto e in concreto dell'atto investigativo oltre che l'ammissibilità dei dati reperiti altrove. D'altro canto, se l'accesso ad alcuni dati può di per sé non essere pregiudizievole per i diritti fondamentali, una rimarchevole violazione dei medesimi si profila a fronte di una sommatoria di quelli ottenuti. Più specificatamente, i soggetti a cui le informazioni si attribuiscono dovrebbero essere informati in modo preciso ed esaustivo circa l'accesso, al più tardi quando le indagini sono di fatto concluse, per consentire un controllo giurisdizionale, ad esempio dal punto di vista dell'ordinamento giuridico tedesco, per vagliare l'esistenza di un interesse pubblico a proseguire l'indagine *ex art. 196 ss. StPO*, ma anche e soprattutto per assicurare un adeguato equilibrio tra le parti processuali.

⁶⁴ M. GIALUZ, J. DELLA TORRE, *Lotta alla criminalità nel cyberspazio: la Commissione presenta due proposte per facilitare la circolazione delle prove elettroniche nei processi penali*, *Dir. pen. cont.*, 5, 2018, pp. 292 s.

⁶⁵ Significativamente, si applicherebbe la legislazione pertinente dell'UE in materia di diritti valevoli nei procedimenti penali: la Direttiva 2010/64/UE sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali; la Direttiva 2012/13/UE sul diritto a ricevere informazioni relative ai diritti e all'accusa e ad accedere al fascicolo; la Direttiva 2013/48/UE relativa al diritto di avvalersi di un difensore e di comunicare con familiari al momento dell'arresto e della detenzione; la Direttiva 2016/343 sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo; la Direttiva 2016/800 sulle garanzie procedurali per i minori; la Direttiva 2016/1919 sull'ammissione al patrocinio a spese dello Stato per indagati e imputati nell'ambito di procedimenti penali e per le persone ricercate nell'ambito di procedimenti di esecuzione del mandato d'arresto europeo.

CAPITOLO IV

La Procura Europea al vaglio del principio di indipendenza e di parità delle armi. Nuove sfide e vecchi quesiti per la tutela del procedimento penale equo

Sommario: 1. Riflessioni introduttive. - 2. Lo *status* di indipendenza della Procura europea (e le sue garanzie) quale architrave del giusto procedimento penale. - 2.1 Quale indipendenza per l'EPPO? Lo spinoso problema dell'imparzialità e la sorte incerta per la *par condicio* delle armi. - 3. La Protezione accordata ai diritti di difesa alle garanzie partecipative dell'indagato o dell'imputato nei procedimenti transnazionali ai sensi del RegEPPO. - 3.1 Dall'assenza di adeguata *discovery* alla mancata partecipazione di indagati ed imputati nelle scelte cruciali dell'EPPO. Significative ricadute sugli assetti costituzionali nazionali della parità delle armi. - 3.2 Il problema del *legal remedy*: terapie e sanzioni per riaffermare l'equilibrio delle armi. - 4. La nozione di vittima nel RegEPPO e il riconoscimento del suo nelle procedure investigative quale strumento di riequilibrio delle posizioni soggettive.

1. Riflessioni introduttive

Come è noto, il Regolamento 2017/1939/UE del 12 ottobre 2017 ha finalmente istituito, dopo un lungo e travagliato percorso ultraventennale, la Procura europea (*European Public Prosecutor's Office*, da cui l'acronimo EPPO) con sede in Lussemburgo, all'ombra della Corte di giustizia¹. L'avvento nello scenario giuridico eurounitario del Procuratore europeo, che ha assommato in sé nuovi meccanismi processuali e soluzioni largamente collaudate, ha indubbiamente aperto la strada verso la progressiva realizzazione di un vero e proprio "territorio penale europeo".

Del resto, la Procura europea è stata pensata dai suoi estensori per promuovere il concetto di un'azione penale europea unica e superare la frammentazione data dalle vigenti politiche nazionali in materia di esercizio della stessa azione, declinata ora in termini di discrezionalità

¹ Fu il *Corpus juris* elaborato nel 1997 da M. Delmas-Marty e da un gruppo di illustri studiosi a preconizzare per primo la creazione di un organismo inquirente europeo. Seguì nel 2001 il Libro verde sulla tutela penale degli interessi finanziari comunitari e sulla creazione di una Procura europea, mentre una specifica disposizione sull'istituzione del Procuratore europeo era contenuta nella poi fallita Costituzione europea (art. III- 274). Successivamente, con il Trattato di Lisbona, che fornisce la base giuridica per l'istituzione della Procura europea (art. 86 TFUE), il progetto per la creazione di un organo investigativo sovranazionale deputato alla tutela degli interessi finanziari dell'UE ha ripreso piede nel discorso politico. È, infatti, del luglio 2013 la Proposta di Regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea la quale, però, non vide la luce a causa del mancato raggiungimento dell'unanimità prescritta dal Trattato. Solo con l'adozione della procedura rafforzata si è giunti all'approvazione da parte di venti Stati membri dell'Unione, a cui se ne sono aggiunti altri, del Regolamento istitutivo della Procura europea, che rimane uno strumento inquadrabile entro la cooperazione rafforzata e che è entrato a regime nel 2020. Sui diversi modelli di creazione di uno spazio giudiziario unico europeo e sui concetti di armonizzazione, unificazione e cooperazione, si veda U. SIEBER, *Die Zukunft des Europäischen Strafrechts*, in *ZStW*, 121, 1, 2009, pp. 17 ss. e anche ID., *Rechtliche Ordnung in einer globalen Welt*, in *Rechtstheorie*, 41, 2010, pp. 180 ss.

ora di obbligatorietà, intervenendo, *in primis*, sui casi che dovrebbero essere perseguiti e sulla individuazione di criteri oggettivi per determinare la scelta di giurisdizione nei casi transfrontalieri.

Non può inoltre ignorarsi che tra i motivi che hanno incoraggiato la creazione di una Procura europea figura senz'altro la necessità di realizzare un coordinamento efficace delle indagini transnazionali per ottenere più facilmente le prove tra Stati membri e combattere così proficuamente i reati previsti dalla Direttiva PIF che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea². Il raggiungimento di questo traguardo ha imposto un cambio di mentalità volto a superare gli ostacoli legati al principio di territorialità nazionale su cui i singoli sistemi di giustizia penale domestici hanno rivendicato a lungo la propria sovranità in materia di indagini e azioni penali anche, e soprattutto, sul fronte transfrontaliero. Alla fine, i governi europei hanno però scartato l'opzione rappresentata dalla visione di "un unico spazio giuridico" a favore di un apparato di procuratori delegati europei che agiscono entro il perimetro delle proprie giurisdizioni e ricorrono all'uso di OEI o del MAE o di procedure di MLA se è necessario raccogliere prove situate fuori dall'area UE o con Paesi membri che hanno deciso di disconoscere gli strumenti del mutuo riconoscimento.

Sennonché a fronte della meritevolezza di tali obiettivi, non può trascurarsi che l'EPPO non è solo uno strumento finalizzato a proteggere l'area finanziaria dell'UE, ma è anche, e soprattutto, una pietra miliare del processo di integrazione europea verso un'area di libertà, sicurezza e giustizia rispettosa dei diritti fondamentali e procedurali delle persone, a vario titolo coinvolte nelle attività investigative. Anzi, una siffatta precisazione appare persino superflua in un panorama in cui ormai è consolidata l'idea di *EU human rights law* che, attingendo ampiamente alle soluzioni elaborate dall'*international human rights law*, specie dalla giurisprudenza di Strasburgo, trova il proprio riconoscimento, a livello di diritto scritto, non solo nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (di séguito, CDFUE), ma anche nella normativa sulle garanzie processuali minime degli indagati ed accusati, e su quella concernente altri importanti soggetti processuali (come la vittima e fianco i terzi), emanata all'indomani dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona: disciplina significativamente richiamata in larga misura proprio dal Regolamento EPPO³.

Ebbene, è proprio in questo singolare contesto che si innervano una serie di riflessioni che interessano tanto il rispetto del principio della parità delle armi quanto quello dell'indipendenza della neonata Procura, considerazioni che passando per una riconsiderazione del significato di azione penale finiscono per coinvolgere, in ultima istanza, la *fairness* procedimentale nazionale e transnazionale. Si tratta, a ben vedere, di aspetti cruciali per l'operare complessivo dell'EPPO, che fin dalla sua apparizione hanno polarizzato

² Gli obiettivi principali di questa nuova istituzione sono, in particolare, garantire un'indagine e un'azione penale più efficienti ed efficaci, nonché aumentare il numero di azioni penali, con conseguente aumento delle condanne e del recupero dei fondi dell'Unione ottenuti in modo fraudolento, oltre a rafforzare la deterrenza.

L'EPPO, tuttavia, non copre l'intera area dei reati c.d. *PIF*: per un verso, in caso di frodi a danno degli interessi finanziari dell'Unione – se si tratta di azioni od omissioni di carattere transfrontaliero commesse in materia di entrate derivanti dalle risorse proprie provenienti dall'IVA – esso interviene solo se le condotte dolose sono «connesse al territorio di due o più Stati membri e che comportino un danno complessivo pari ad almeno 10 milioni di euro»; per un altro verso, la Procura europea opera pure per il perseguimento di quei reati di cui alla Direttiva PIF, nella misura in cui questa si applica alla partecipazione a un'organizzazione criminale quale definita dalla Decisione quadro 2008/841/GAI, se l'attività criminosa di tale organizzazione è mirata alla commissione di uno dei reati PIF, nonché a ogni altro reato connesso a una condotta criminosa rientrante nell'ambito di applicazione di tali reati.

³ Art. 41 RegEPPO.

l'attenzione di pratici e teorici del diritto alacremenente impegnati a mettere in luce le carenze strutturali e sistematiche del Regolamento del 2017, tra cui quelle che gravitano attorno ai termini della nostra indagine, la *par condicio* e l'indipendenza, per l'appunto.

Diversi, dunque, sono gli studi sulle implicazioni negative che le disposizioni regolamentari dispiegano sui due principi oggetto di questa analisi, in specie quelli che hanno esaminato da vicino il principio d'indipendenza⁴. Non può ignorarsi che essi hanno analizzano i principi considerandoli alla stregua di compartimenti stagno non comunicanti. Eppure, sulla scorta di quella visione circolare abbozzata fin da primi capitoli introduttivi della ricerca e adoperata quale chiave di lettura per sondare il rispetto dell'equità procedimentale nella cooperazione giudiziaria, non si può prescindere, anche in queste pagine, dall'enfatizzare le reciproche interazioni che intercorrono tra la *par condicio* delle armi fra i soggetti raggiunti dall'attività investigativa dell'EPPO, da un lato, e l'indipendenza di questo organo, dall'altro, essendo ambedue, come ormai sappiamo, architravi del *transnational due process*.

Ora, se non è del tutto avventato sostenere che già l'ingresso nel panorama europeo dell'euro-ordine d'indagine penale abbia innescato una pericolosa trasformazione della giustizia penale transnazionale, in specie per il ruolo attribuito ai pubblici ministeri nazionali nella *Beweisverkehr* in Europa, a maggior ragione una siffatta mutazione si può cogliere nello specifico ambito delle indagini (trans)nazionali condotte dalla Procura europea: ed una ancor più penetrante trasformazione è destinata a manifestarsi sul fronte della digitalizzazione della cooperazione giudiziaria endoeuropea che coinvolgerà abbondantemente anche l'EPPO.

2. Lo status di indipendenza della Procura europea (e le sue garanzie) quale architrave del giusto procedimento penale

La vasta mole di indagini condotte negli ultimi anni attorno al tema della Procura europea rivela ricerche di varia natura e con diversissimi orientamenti, per lo più volte a indagare l'evoluzione storica che ha preceduto la sua istituzione⁵. Uno dei profili approfonditi nelle

⁴ Tra i molti, A. MARTÍNEZ SANTOS, *The Status of Independence of the European Public Prosecutor's Office and Its Guarantees*, in L. BACHMAIER WINTER (ed.), *The European Public Prosecutor's Office. Challenges Ahead*, Cham, 2019, pp. 1 ss. N. DÍAZ ABAD, *The Legal Framework for the Protection of Fundamental Rights of the Suspect or Accused in Transnational Proceedings Under the EPPO*, in L. BACHMAIER WINTER (ed.), *The European Public Prosecutor's Office. Challenges Ahead*, cit., pp. 235 ss.

⁵ Per una ricostruzione storica, cfr., fra tutti, M. DELMAS-MARTY, *La genèse du projet du procureur européen*, in P.G. MARZBAHN (ed.), *Quelles perspectives pour un ministère public européen? Protéger les intérêts financiers et fondamentaux de l'Union*, Paris, 2010, pp. 163-169. Per approfondire lo sviluppo dell'idea di un pubblico ministero europeo, dal *Corpus Juris* del 1997 a quello del 2000, dal Libro verde sulla tutela degli interessi finanziari comunitari e sulla creazione di una Procura europea, sino, poi, al Trattato di Lisbona, si vedano, pure, S. ALLEGREZZA, *Statuto e poteri del pubblico ministero europeo*, in *I nuovi orizzonti della giustizia penale europea*, Milano, 2015, pp. 279 ss.; M. BARGIS, *Il pubblico ministero nella prospettiva di un ordinamento europeo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, pp. 745 ss.; M. CAIANIELLO, *The Proposal for a Regulation on the Establishment of an European Public Prosecutor's Office: Everything Changes, or Nothing Changes?*, in *Eur. J. Crime Crim. Law*, 2013, pp. 115 ss.; L. CAMALDO, *Il pubblico ministero europeo dal Corpus Juris al Trattato di Lisbona: un "fantasma" che si aggira nell'Unione europea*, in P. CORSO, E. ZANETTI, *Studi in onore di Mario Pisani*, vol. 2, *Diritto processuale penale e profili internazionali. Diritto straniero e diritto comparato*, Piacenza, 2010, pp. 71-77; V. COMI, *Interessi finanziari UE, procura europea, difesa: nessun passo indietro sul piano delle garanzie*, in *Arch. pen.*, 2013, pp. 541-544; G. DI PAOLO, S. MARCOLINI, *Verso l'istituzione di una procura europea a protezione degli interessi finanziari dell'Unione: la proposta di regolamento*, COM(2013)534 FINAL, in *Cass. pen.*, 2014, pp. 361-362; M. FIDELBO, *La cooperazione rafforzata come modalità d'istituzione della procura europea. Scenari futuri di un dibattito ancora in evoluzione*, in *Dir pen. cont., Riv. trim.*, 3, 2016 pp. 92 ss.; G. KESSLER, *The Eppo's contribution to the*

ricerche che hanno interessato l'EPPO ha riguardato senz'altro i temi dell'indipendenza e dell'imparzialità dell'organo, i suoi rapporti con le autorità inquirenti nazionali, ovvero con altri organi dell'Unione, quali l'OLAF ed Eurojust⁶, e così via.

A questo riguardo, si deve ricordare che fin da quando l'idea di istituire un Pubblico ministero europeo venne avanzata da alcuni illuminati studiosi, è parso oltremodo necessario garantire l'indipendenza di tale organismo, posto che, come abbiamo visto, il diritto costituzionale nazionale non sempre garantisce il grado massimo di indipendenza nel sistema di pubblica accusa. D'altro canto, come pure abbiamo avuto occasione di constatare, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha costantemente ribadito che ai pubblici ministeri bisogna assicurare un certo livello di indipendenza nell'espletamento delle indagini e, anzi, i giudici di Strasburgo si sono spinti oltre interpretando estensivamente il principio sia in termini di garanzia nei confronti di interferenze esterne sia quale valore connesso all'imparzialità dell'autorità requirente e giudicante e, aggiungiamo, in definitiva, all'imparzialità dell'azione e del giudizio con ricadute significative sulla parità delle armi.

Il Regolamento EPPO condivide appieno, almeno negli intenti, la necessità di predisporre un'istituzione europea pienamente indipendente e imparziale non soggetta alla interferenza di alcuna istituzione europea o nazionale nelle sue indagini e rispetto l'esercizio dell'azione penale⁷. Del resto, l'enfasi serbata per tali imprescindibili connotati si deve in gran parte alla mirata competenza dell'EPPO che, come è noto, riguarda le indagini sulle frodi e sui reati finanziari correlati, come la corruzione e il riciclaggio di denaro. Si tratta, a ben considerare, di fattispecie criminose che già a livello nazionale rivestono una rilevanza statistica non indifferente e che per la tipologia dei beni giuridici coinvolti esigono corpi investigativi e d'accusa completamente indipendenti dal potere politico dei singoli Stati essendo gli organi di indirizzo politico quelli normalmente più vicini all'amministrazione degli interessi finanziari di ogni Paese e quindi facilmente corruttibili⁸.

Indubbiamente, quello in esame è uno dei settori in cui è molto difficile raggiungere un equilibrio tra tutti gli interessi in gioco: da un lato, è vero che l'efficacia del lavoro della Procura europea richiede uno *status* di indipendenza rispetto agli Stati membri e alle autorità europee vuoi quando le indagini ricadono interamente all'interno di uno Stato membro vuoi quando coinvolgono attività transnazionali. Dall'altro lato, però, la realizzazione di predetto *status* può scontrarsi con alcuni principi particolarmente sensibili dal punto di vista giuridico e politico, quali il principio di sussidiarietà, la sovranità degli Stati e la legittimità democratica delle istituzioni europee⁹.

Come è noto, l'art. 86 del TFUE si limita ad affermare la possibilità di istituire l'EPPO attraverso una procedura legislativa speciale, mentre non delinea nel dettaglio gli aspetti

protection of the EU financial interests, in C. NOWAK (ed.), *The European Public Prosecutor's Office and National Authorities*, Padova, 2016, pp. 1 ss. R.E. KOSTORIS, *Gli organismi centralizzati della cooperazione giudiziaria: la Procura europea*, in *Manuale di procedura penale europea*, Milano, 2019, pp. 211 ss.; F. GIUFFRIDA, *The European Public Prosecutor's Office: King without kingdom?* in *AEI*, 3, 2017, pp. 1 ss., reperibile al sito http://aei.pitt.edu/84218/1/RR2017-03_EPPO.pdf.

⁶ A. VENEGONI, M. MINÌ, *I nodi irrisolti della nuova Procura Europea*, in www.giurisprudenzapenaleweb.it, 2017, pp. 1 ss.

⁷ Considerando 16 e art. 6(1) Regolamento 2017/1939.

⁸ Gli Stati membri accusano mediamente ogni anno perdite di gettito IVA pari ad almeno 50 miliardi di euro a causa delle frodi transnazionali. I dati sono reperibili sul sito internet <https://www.consilium.europa.eu/it/policies/eppo/>.

⁹ A. MARTÍNEZ SANTOS, *The Status of Independence of the European Public Prosecutor's Office and Its Guarantees*, cit., p. 1 ss.

interni dell'istituzione, anzi il Trattato si limita ad affermare che l'EPPO dovrebbe essere creato «a partire da Eurojust». Molto è stato scritto sul significato di questa laconica espressione contenuta nel testo del Trattato, ma la verità è che nulla viene definito in merito alla struttura, collegiale o gerarchica, del nuovo organismo, né in termini di *status* giuridico, di nomina dei suoi componenti o di regole di responsabilità applicabili all'EPPO e ai suoi membri. In pratica, ciò significa che il legislatore europeo ha predisposto un ampio margine di azione nel progettare la nuova istituzione, secondo criteri di opportunità politica e pratica. È indubbio tuttavia che l'EPPO, debba essere indipendente per poter funzionare correttamente ed efficacemente¹⁰.

A questo riguardo se, di norma, negli ordinamenti giuridici della maggior parte degli Stati membri dell'UE i pubblici ministeri nazionali sono soggetti a un sistema di dipendenza gerarchica e, in alcuni estremi casi, sono subordinati al Ministero della Giustizia o a qualche altra autorità designata dal governo, questa soluzione non convince appieno quando si tratta di un organo di accusa penale chiamato ad agire in un contesto sovranazionale. In questo nuovo ambito, infatti, la legittimità stessa dell'istituzione richiederebbe un livello elevato di indipendenza: nella misura in cui la sua esistenza e la sua azione presuppongono una preventiva cessione di sovranità da parte degli Stati in cui deve operare, quantomeno in relazione al perseguimento di una particolare classe di reati, le sue decisioni saranno percepite come legittime solo se adottate nel rispetto della legge e applicando principi strettamente tecnici e, cioè, se avvengono in un ambito protetto da pressioni o intrusioni da parte di persone o autorità nei confronti delle quali non si è verificata una cessione di sovranità¹¹.

Naturalmente, l'indipendenza deve essere accompagnata dalla responsabilizzazione dell'organo, con lo scopo e di prevenire e di reagire contro eventuali abusi o arbitri, e consentire, se necessario, un controllo sull'uso dei suoi poteri da parte dei soggetti in esso integrati, soprattutto perché siamo al cospetto di un'istituzione che assume decisioni capaci di influenzare direttamente i diritti e le libertà dei cittadini dell'Unione europea e, per quel che qui ci interessa, l'equa distribuzione di facoltà e poteri dei soggetti raggiunti dalla Procura europea.

Sennonché l'indipendenza dell'EPPO, sia come ufficio globalmente inteso, sia dei suoi organi, è proclamata in modo solenne dall'art. 6 secondo il quale «l'EPPO è indipendente. Il procuratore capo europeo, i procuratori capi europei delegati, i procuratori europei, i PDE, il direttore amministrativo e il personale dell'EPPO agiscono nell'interesse dell'Unione, come definito dalla legge, e non sollecitano né accettano istruzioni da persone esterne all'EPPO, da uno Stato membro dell'Unione europea o da un'istituzione, organo o organismo dell'Unione nell'esercizio delle loro funzioni ai sensi del presente regolamento. Gli Stati membri dell'Unione europea e le istituzioni, gli organi e gli organismi dell'Unione rispettano l'indipendenza dell'EPPO e non cercano di influenzarlo nell'esercizio delle sue funzioni».

Come si evince dalla lunga formulazione di questo articolo alle garanzie di indipendenza ed autonomia dell'EPPO complessivamente inteso si accompagnano le garanzie di

¹⁰ Questa convinzione trova un generale consenso che si riflette in alcuni documenti quali il Libro verde della Commissione del 2001 [COM (2001) 715, sezione 4(1)(1)] e nelle relative risposte, ma anche (e molto più recentemente) nella sesta e settima Raccomandazione della risoluzione del Parlamento europeo del 29 aprile 2015, nonché nel parere consultivo emesso dall'Agenzia europea per i diritti fondamentali (P8_TA-PROV (2015) 0173).

¹¹ Così, per esempio, K. LIGETI, M. SIMONATO, *The European Public Prosecutor's Office: towards a truly European prosecution service?*, in *New Journal of European Criminal Law*, pp. 7 ss.; K. LIGETI, A. WEYEMBERGH, *The European Public Prosecutor's Office: certain constitutional issues*, in L.H. ERKELENS, A.W.H MEIJ, M. PAWLIK (eds.) *The European Public Prosecutor's Office: an extended arm or a two-headed dragon?*, The Hague, 2015, pp. 53 ss.

indipendenza dei suoi organi nell'esercizio e delle singole attività d'indagine e dell'azione penale¹². Una pluralità di norme a presidio dell'indipendenza degli organi dell'EPPO è poi presente nei procedimenti di nomina e nel regime applicabile alle cariche negli artt. 14-17¹³.

L'EPPO risponde poi alle istituzioni dell'Unione responsabili per il bilancio e le politiche generali (Parlamento europeo, Consiglio e Commissione) ma solo per quanto riguarda le sue attività generali, non dunque in relazione alle attività investigative e di esercizio dell'azione penale (art. 7). Dal punto di vista operativo, è inoltre del tutto indipendente da istituzioni dell'Unione, provvedendo l'art. 9 a chiarire che solo il Collegio dell'EPPO è sovrano nel definire la «politica in materia di azione penale dell'EPPO in tutti gli Stati membri».

Fissato, dunque, il principio a chiare lettere, si tratta allora di ricostruire il modo di intendere l'indipendenza della Procura europea rispetto alle diverse manifestazioni in cui si può declinare e su cui abbiamo indagato nel capitolo III della Parte seppur in termini generali. Non si tratta solo di sondare quale sia il tipo di indipendenza che più si confà all'EPPO, visto le innumerevoli sue peculiarità strutturali, ma anche se un certo modo di concepire il principio in relazione a questa tipicità, piuttosto che un altro, possa avere ricadute notevoli sull'equità procedimentale.

2.1 Quale indipendenza per l'EPPO? Lo spinoso problema dell'imparzialità e la sorte incerta per la *par condicio* delle armi

Ebbene, l'indipendenza dell'EPPO non può non riposare anzitutto sul significato più classico del termine inteso quale sottomissione esclusiva al diritto ed assenza di qualsivoglia dipendenza alle autorità nazionali degli Stati membri (nonché delle autorità, istituzioni e

¹² Quanto alle garanzie dell'autonomia dell'EPPO, va fatto riferimento innanzitutto alla sua larga autonomia organizzativa. In tale ambito rileva in primo luogo l'adozione, avvenuta in data 12 ottobre 2020 [6], del Regolamento interno di Procedura, che definisce in dettaglio le modalità con le quali l'EPPO agisce dal punto di vista operativo ed i rapporti tra i suoi diversi organi. Il Regolamento istitutivo, poi, attribuisce all'EPPO un'ampia autonomia per la definizione dello Statuto del suo personale. Ciò si riflette nella possibilità di definire in modo sartoriale alle proprie esigenze le disposizioni di esecuzione della normativa in tema di pubblico impiego applicabile al personale dell'Ufficio Centrale (Procuratore Capo Europeo, Procuratori Europei, Direttore Amministrativo e personale dell'ufficio). Cfr. art. 96 Reg. EPPO e Regolamento n. 31 (C.E.E.) 11 (C.E.E.A.).

¹³ In breve, si possono richiamare a tale proposito: l'art. 14 RegEPPO sulla figura del Procuratore Capo Europeo, il quale è scelto attraverso una selezione pubblica aperta a tutti i candidati qualificati. Le candidature sono vagliate da un Comitato di selezione formato da esperti indipendenti di alto livello, che propongono una rosa di candidati ritenuti tecnicamente tra i più competenti. Quanto alla nomina avviene di concerto tra Consiglio dell'UE e Parlamento europeo, assicurando così una maggiore trasparenza e controllo democratico sulla procedura; il mandato (settennale) non è rinnovabile e la loro rimozione può avvenire solo ad opera della Corte di Giustizia, su iniziativa del Parlamento europeo, del Consiglio o della Commissione e solo per incapacità di svolgere il proprio mandato o per colpa grave.

Per quel che concerne i procuratori europei (art. 16 Reg. EPPO), essi sono selezionati da ciascuno Stato membro che deve proporre una rosa di tre candidati. Le candidature sono vagliate dallo stesso Comitato di selezione di cui all'Articolo 14 che propone una graduatoria tra i tre candidati al Consiglio, che non è vincolato dalla graduatoria ma deve giustificare eventuali scostamenti da essa; si tratta, in sostanza, della medesima procedura adottata per la nomina dei giudici della Corte di Giustizia. Il mandato di sei anni non è rinnovabile (ma prolungabile per un massimo di tre anni) e la loro rimozione ricalca la procedura prevista per il Procuratore Capo Europeo.

organi europei). Non meno importante è quella lettura del principio legata alla tutela degli interessi dell'Unione, ovvero di interessi autenticamente europei.

Ora, rispetto a questi due scopi, il modello organizzativo dell'Ufficio, per come predisposto, rispetto ad alcuni punti controversi fa purtroppo pensare a un certo allontanamento dall'ideale di indipendenza tenuto a mente dai *conditores* del Regolamento.

Pertanto, un'analisi più accurata della Procura europea risulta senza dubbio utile per mettere in risalto le insidie che possono minare le fondamenta del principio di indipendenza di questa singolare autorità investigativa. A tal fine, un passaggio obbligato consiste nell'accennare alla struttura organizzativa della Procura europea, il cui organigramma è ramificato in un ufficio centrale (formato da collegio¹⁴, camere permanenti¹⁵, procuratore capo europeo, sostituti del procuratore capo europeo, procuratori europei¹⁶ e direttore amministrativo) e da un apparato decentrato (composto dai procuratori europei delegati aventi sede negli Stati membri¹⁷).

Per quanto attiene alla individuazione dell'ambito di competenza *ratione materiae* della Procura, altro tema rovente del Regolamento, si rinvia in prima battuta alla Direttiva 2017/1371/UE¹⁸ sulla protezione degli interessi finanziari dell'Unione ("la Direttiva PIF"), sebbene l'organo d'accusa europeo possa perseguire anche altri reati¹⁹. L'avvio delle indagini, relativamente ad un illecito per il quale l'EPPO può esercitare la propria

¹⁴ Il Collegio è costituito dal Procuratore Capo europeo e dai Procuratori degli stati membri partecipanti, è incaricato di definire la strategia e il regolamento interno dell'EPPO e di supervisionare le indagini condotte dai Procuratori Europei Delegati a livello nazionale.

¹⁵ Le Camere permanenti assumono alcune decisioni critiche in merito al perseguimento dei reati che rientrano nell'ambito di competenza dell'EPPO. In particolare, sono gli organi incaricati di effettuare l'assegnazione (e, se necessario, la riassegnazione) dei casi tra le PDE, nonché di concordare la riunione dei casi (o la divisione dei casi collegati). Possono anche ordinare a un procuratore delegato di avviare un'indagine penale o di esercitare il diritto di avocazione in un caso davanti alle autorità nazionali dello Stato in cui presta i suoi servizi. Possono anche impartire ordini o istruzioni vincolanti ai procuratori delegati su come trattare le questioni in cui intervengono (art. 10, par. 5). Inoltre, spetta alle Camere permanenti decidere, sulla base dei progetti di risoluzione consegnati loro dai procuratori delegati sotto la loro supervisione, se un determinato caso debba essere portato a giudizio o se, al contrario, debba essere archiviato; se debba essere avviata una transazione con il presunto autore del reato; o se il caso in questione debba essere deferito alle autorità nazionali di uno Stato membro.

¹⁶ I procuratori europei sono procuratori nazionali con una triplice funzione: in primo luogo, hanno il compito di controllare l'operato dei procuratori delegati del proprio Stato d'origine, secondo le indicazioni fornite dalla Camera permanente a cui sono sottoposti. Presentano sintesi dei casi e proposte di risoluzione per la rispettiva Camera sulla base delle bozze presentate dai procuratori delegati e possono anche dare istruzioni a questi ultimi in relazione a questioni particolari, purché lo richiedano gli interessi della giustizia, il funzionamento coerente dell'EPPO o l'efficacia delle indagini o dell'azione penale. In secondo luogo, svolgeranno un importante ruolo di canale di comunicazione tra le Camere permanenti e i procuratori delegati: tra i loro compiti vi è quello di garantire il flusso di informazioni tra i procuratori delegati e le sedi dell'EPPO. Infine, si può ipotizzare che agiranno in un certo senso anche come collegamento tra il loro Stato membro d'origine e l'EPPO, in modo simile a come operano i membri nazionali di *Eurojust*.

¹⁷ Vera pietra angolare dell'EPPO, una volta nominati, operano come suoi agenti negli Stati membri, con gli stessi poteri dei procuratori nazionali del loro Paese. Sono loro a svolgere direttamente le indagini, che portano i casi davanti ai tribunali nazionali dello Stato in cui si svolgerà il processo e partecipano all'assunzione di prove e alla formulazione e presentazione di ricorsi contro le decisioni di tali tribunali, se necessario. Tuttavia, i procuratori delegati non sono del tutto liberi di dirigere il procedimento secondo la propria volontà: ai sensi dell'art. 13(1) del regolamento EPPO, dovranno sempre attenersi agli ordini e alle istruzioni della Camera permanente cui è affidato il caso, nonché alle indicazioni del Procuratore europeo che funge da supervisore.

¹⁸ GUUE, L 198/29.

¹⁹ Art. 22 RegEPPO.

competenza, può avvenire o tramite un'autorità giudiziaria di uno Stato membro, secondo il suo diritto nazionale, o direttamente attraverso l'autorità giudiziaria europea senza previo intervento di quelle domestiche. In tale ultimo caso, più specificatamente, qualsiasi procuratore delegato di uno Stato membro avente giurisdizione sul reato può avviare un'indagine. In assenza di intervento, la Camera permanente competente può incaricare un procuratore europeo delegato di avviare un'investigazione²⁰.

Di primo acchito, lo schema appena designato può ritenersi tutto sommato semplice sicché tanto più agile ed efficiente è l'organigramma dell'istituzione e l'individuazione della sua competenza investigativa tanto più facile è garantirne l'indipendenza. Eppure, è agevole avvedersi di come questo assunto sia sostanzialmente fallace visto l'elevato livello di complessità che si cela dietro all'impostazione a due livelli, centrale e decentrata, adottata dal legislatore europeo.

Una delicata situazione concerne, ad esempio, i Procuratori Europei Delegati (art.17 Reg EPPO). Essi sono designati da parte degli Stati membri tra coloro che sono membri attivi della magistratura inquirente o giudicante, ma nominati da parte del Collegio dell'EPPO previa verifica delle garanzie di indipendenza e dei necessari requisiti d'esperienza. Ciononostante, il Regolamento nulla dice in merito alla procedura interna di selezione dei candidati, rimandando agli Stati membri. Ciò implica che, mentre per taluni Stati membri (come l'Italia e la Spagna) vi sarà un ruolo centrale degli organi di autogoverno, in altri casi i candidati saranno indicati all'esito di procedure di selezione gestite da un organo politico (Germania). Tutt'al più, la necessità che, comunque selezionati, i Procuratori Europei Delegati (PDE) debbano passare al vaglio del Collegio, nonché il fatto che, nell'esercizio delle loro funzioni in favore dell'EPPO, essi vengono in tutto e per tutto sottoposti allo statuto definito dal Regolamento EPPO induce a considerare sufficientemente garantita la loro indipendenza.

Venendo al profilo interno dell'indipendenza, invece, il Regolamento EPPO prevede espressamente la sottoposizione dei Procuratori Europei Delegati ad un potere di istruzione, principalmente ad opera delle Camere Permanenti che, ai sensi dell'art. 10 RegEPPO ne approvano o rigettano le decisioni relative agli snodi più critici dell'indagine penale che assicurano un complessivo equilibrio tra le parti investigate ovvero quelli relativi all'apertura, all'archiviazione e all'esercizio dell'azione penale, procedimenti alternativi e possono altresì adottare istruzioni vincolanti relative alla condotta delle singole indagini [Articolo 10(5) Reg. EPPO]. Infine, un Regolamento interno di procedura ha integrato il RegEPPO dettando norme che assegnano un ruolo di coordinamento, una sorta di sovrapposizione gerarchica, al Procuratore Europeo di ogni Stato membro sui Procuratori Europei Delegati di quello Stato membro²¹.

Un aspetto degno di nota rispetto al quesito iniziale che riguarda la individuazione dell'indipendenza dell'EPPO è che il Regolamento del 2017 ha inteso valorizzare lo strettissimo legame che esiste all'interno della coppia assiologica costituita dai principi

²⁰ Art. 26, par.1 RegEPPO: 1. «Se, conformemente al diritto nazionale applicabile, esistono ragionevoli motivi per ritenere che sia o sia stato commesso un reato di competenza dell'EPPO, un procuratore europeo delegato di uno Stato membro che, secondo il suo diritto nazionale, è competente per il reato, fatte salve le norme di cui all'articolo 25, paragrafi 2 e 3, avvia un'indagine e lo annota nel sistema automatico di gestione dei fascicoli». 3. «Se un procuratore europeo delegato non ha avviato alcuna indagine, la camera permanente cui è stato assegnato il caso incarica, alle condizioni di cui al paragrafo 1, un procuratore europeo delegato di avviarne una».

²¹ Per una specifica analisi sul tema, cfr. L. DE MATTEIS, *Autonomia ed indipendenza della Procura Europea come garanzia dello Stato di diritto*, in *Quest. giust.*, 2, 2021, pp. 111 ss.

d'imparzialità e d'indipendenza della magistratura. È questa intima connessione, del resto, che fornisce una valida lettura che ci permette di meglio approfondire le ricadute che il principio *de quo* spiega sull'equa distribuzione di poteri e facoltà di indagati ed imputati e che postula una verifica imparziale dell'ipotesi criminosa, addirittura ricercando elementi a favore della persona indagata. E così, al considerando n. 65, per esempio, si legge che «le indagini e l'azione penale dell'EPPO dovrebbero informarsi ai principi di proporzionalità, imparzialità ed equità nei confronti dell'indagato o dell'imputato. Ciò implica l'obbligo di raccogliere tutti i tipi di prova, sia a carico che a discarico, di propria iniziativa o su richiesta della difesa»²². Parimenti si esprime l'art. 5(4) secondo cui «l'EPPO svolge le indagini in maniera imparziale e raccoglie tutte le prove pertinenti, sia a carico che a discarico».

Queste disposizioni fanno, dunque, dell'EPPO, in specie dei singoli procuratori delegati, degli organismi che perseguono interessi europei sì, ma con imprescindibile imparzialità. L'attribuzione di una tale qualità rende, di conseguenza, il Procuratore europeo un ago della bilancia rispetto al mantenimento di un'equilibrata posizione di tutte le parti nel procedimento investigativo che ricade nella competenza della stessa Procura europea. Ora, al di là delle critiche che possono muoversi all'ossimorica endiadi concettuale "soggetti imparziali" quando riferita ai pubblici ministeri, si staglia in realtà un problema, a nostro avviso, allarmante che è doveroso approfondire. È chiaro, infatti, che taluni PDE ben potrebbero mancare del requisito dell'imparzialità nei loro ordinamenti interni. Gli stessi si troverebbero, pertanto, ad assumere atteggiamenti parziali, del tutto legittimi, nella gestione delle indagini e della scelta preordinata all'esercizio dell'azione penale se operano fuori dagli scenari dell'EPPO, laddove, al contrario, dovrebbero orientare siffatte operazioni in termini tendenzialmente imparziali se queste ricadono nel perimetro dei reati PIF. Questo cambio, per così dire, di "mentalità" da un livello ad un altro non è però immediato anche perché i PDE continuano ad operare secondo regole, come quelle che informano valutazioni cruciali del procedimento investigativo (archiviazione, esercizio dell'azione penale, procedimenti alternativi) che li incanalano verso scelte sostanzialmente parziali. Nel sistema processuale italiano, ancora tendenzialmente accusatorio, ad esempio, la titolarità dell'accusa è stata affidata ad un magistrato dal cui *status* discendono imparzialità e rispetto della legalità (art. 73 ord. giud.), ma ciò non toglie che, nella dimensione processuale, le acquisizioni a discarico servano all'organo inquirente anche per formulare una compiuta prognosi sulla sostenibilità in giudizio della tesi d'accusa (art. 74 ord. giud.)²³, *alias*, e la questione si fa ancor più problematica, di una ragionevole previsione di condanna secondo la più recente interpolazione dell'art. 335 c.p.p. ad opera della riforma Cartabia.

²² Al considerando 80 invece «si stabilisce che in linea con tali principi e nel rispetto dei diversi ordinamenti giuridici e delle diverse tradizioni giuridiche degli Stati membri ai sensi dell'art. 67(1), TFUE, nessun elemento del presente regolamento può essere interpretato nel senso che agli organi giurisdizionali sia vietato applicare i principi fondamentali del diritto nazionale in materia di imparzialità del giudice da essi applicati nei propri sistemi nazionali, compresi i sistemi di *common law*».

²³ I contributi sull'argomento sono sterminati, fra questi, ricordiamo senza alcuna pretesa di completezza, P. GUALTIERI, *Un pubblico ministero elettivo come possibile rimedio alle disfunzioni della giustizia penale*, in *Dir. pen. processo*, 2019, 9, p. 1280; S. CARNEVALE, *L'interesse ad impugnare nel processo penale*, Torino, 2015, p. 327; L. FERRAJOLI, *Per un pubblico ministero come istituzione di garanzia*, in *Quest. giust.*, 1, edizione cartacea Franco Angeli, Milano, 2012, pp. 31 ss.; A. GAITO *Accusa penale e ruolo del pubblico ministero. Problemi e prospettive di riforma. Atti del Convegno (Perugia, 20-21 aprile 1990)*, Napoli, 1991; ID., *Ambiguità del p.m. in un sistema tendenzialmente accusatorio*, in *Il giusto processo*, 1991, p. 39; E. FORTUNA, *Pubblico ministero, (dir. proc. pen.)*, in *Enc. giur. Treccani*, XXV, 1991, 1; M. CHIAVARI, *Il pubblico ministero come organo di giustizia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1971, p. 714; p. 1, 31.

Il quadro tratteggiato in queste osservazioni critiche si complica ulteriormente quando le indagini travalicano i confini nazionali e diventano indagini transfrontaliere, laddove gli “accusatori europei”, sebbene facciano parte di un unico apparato, finiscono per agire ed interagire come se fossero delle autorità inquirenti di nazionalità diversa e, quindi, muniti di una mentalità differente, più o meno imparziale.

3. La Protezione accordata ai diritti di difesa e alle garanzie partecipative dell'indagato o dell'imputato nei procedimenti transnazionali ai sensi del RegEPPO

L'analisi fin qui condotta ha messo in luce le implicazioni sulla parità delle armi che possono discendere da un'indipendenza e da un'imparzialità “imperfette” dell'EPPO. Come però si è cercato di spiegare fin dalle prime battute introduttive di questo elaborato e di ribadire lungo le pagine che sono seguite, una lettura a tutto tondo dei due principi non può trascurare le conseguenze negative che significative lacune nella salvaguardia di garanzie partecipative, diritti di difesa e, in generale, di un ragionevole equilibrio tra i soggetti diretti dell'investigazione producono sulla c.d. *indipendenza soggettiva*.

Ebbene, nonostante il potenziale invasivo delle indagini della nuova Procura europea, il regolamento EPPO ha destinato scarsa attenzione al tema delle garanzie partecipative e i diritti di difesa la cui protezione, come è emerso nelle pagine precedenti della ricerca, è la chiave di volta per un'adeguata assicurazione della parità delle armi nella procedura penale transnazionale²⁴. Va certamente accolto positivamente il fatto che l'art. 41²⁵ affianca alla necessità di salvaguardare siffatte garanzie e diritti di difesa quella di assicurare la presenza di un giudice imparziale, con ciò sancendo nelle procedure EPPO un indissolubile vincolo tra questi due aspetti solo apparentemente slegati. È pur vero, però, che il mancato richiamo ai PDE non esclude automaticamente una loro valutazione circa la necessità di eseguire un atto investigativo e sulle limitazioni ai diritti fondamentali dell'indagato e dei soggetti estranei agli addebiti: e ciò, sia che si operi nel quadro di indagini ricadenti nei confini nazionali sia che queste assumano tratti transnazionali travalicando i limiti territoriali di un singolo Paese. D'altro canto, si deve pensare che i procuratori delegati europei possono ordinare le misure solo se vi sono ragionevoli motivi per ritenere che la misura specifica possa fornire informazioni o prove utili alle indagini e se non è disponibile una misura meno intrusiva che possa raggiungere lo stesso obiettivo [art. 30(5) RegEPPO]²⁶.

²⁴ L'art. 86 del TFUE, che costituisce la base giuridica dell'EPPO, indica chiaramente la logica della nuova istituzione: «Per combattere i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, il Consiglio... può istituire una Procura europea a partire da *Eurojust* e, con la stessa decisione o con una successiva, può «estendere le competenze della Procura europea ai reati gravi di dimensione transnazionale».

²⁵ «Il presente regolamento fa obbligo all'EPPO di rispettare, in particolare, il diritto a un giudice imparziale, i diritti della difesa e la presunzione di innocenza sanciti dagli articoli 47 e 48 della Carta» (considerando n. 83). E ancora, «l'articolo 82, paragrafo 2, TFUE permette all'Unione di stabilire norme minime sui diritti della persona nella procedura penale, al fine di assicurare il rispetto dei diritti della difesa e l'imparzialità del giudice. Tali norme minime sono state definite gradualmente dal legislatore dell'Unione all'interno di direttive riguardanti diritti specifici». Cfr. considerando n. 84.

²⁶ Il Regolamento prevede condizioni specifiche, indipendenti da quelle richieste dal diritto nazionale applicabile. Tali condizioni riguardano la giustificazione della misura, in relazione ai risultati attesi. Sembra quindi che la richiesta o l'ordine (così come l'autorizzazione giudiziaria, se necessaria) debbano sempre essere motivati per iscritto, specificando lo scopo della misura e la sua necessità o, come nel caso del congelamento dei beni, il rischio di vanificare gli effetti della sentenza di condanna. In altre parole, qualsiasi misura deve essere proporzionata alle esigenze dell'indagine e non può essere intrapresa senza un motivo dichiarato. I requisiti di

Ora, le problematiche che coinvolgono i soggetti che interagiscono con la Procura europea sono diverse: alcune si celano nell'ambiguità e nella eccessiva astrattezza di alcune disposizioni normative; altre, invece, sono il portato di una scarsa o assente considerazione, non si sa con quanta consapevolezza, della debole posizione in cui versano questi soggetti da parte del legislatore europeo. Inoltre, esse concernono tanto le indagini domestiche quanto quelle transnazionali e non riguardano solo indagati ed accusati ma anche vittime e terzi sulla posizione dei quali ci soffermeremo in un paragrafo *ad hoc*.

È pertanto necessario richiamare sia quei profili che, già da una prima lettura del Regolamento del 2017, evidenziano delicate questioni per la parità delle armi sia quelli che si nascondono nelle maglie dei meccanismi operativi dell'EPPO a detrimento di indagati e imputati e che riguardano anche le attività investigative transfrontaliere.

3.1 Dall'assenza di adeguata *discovery* alla mancata partecipazione di indagati ed imputati nelle scelte cruciali dell'EPPO. Significative ricadute sugli assetti costituzionali nazionali della parità delle armi

Ebbene, tra gli aspetti più problematici sono da annoverare in prima battuta il diritto di conoscere l'accusa, nonché a prendere parte al procedimento penale e il diritto di accesso agli atti, quale manifestazione del più generale diritto alla difesa, anticamera, per l'appunto, della *par condicio*²⁷.

Ora, benché la Direttiva sul diritto all'informazione sull'accusa sia richiamata dal Regolamento EPPO, non è tuttavia chiaro dal dettato normativo di questo come sia possibile esercitare l'accesso ai materiali probatori durante le investigazioni svolte nel quadro dell'EPPO²⁸. Il Procuratore delegato decide, infatti, sull'accesso al fascicolo per indagati e imputati una volta che sia stata avviata un'indagine, ma nulla si dice su tempi e sulle modalità di tale *discovery*.

A questa ed altre specifiche manifestazione dell'equo processo, tra cui annoveriamo l'avviso dell'esecuzione di misure investigative e del diritto dell'indagato di essere presente all'espletamento delle stesse personalmente o per il tramite del proprio difensore, nonché del diritto all'assistenza difensiva, di cui all'art. 6 CEDU e 47 della Carta di Nizza, il RegEPPO non ha dedicato norme *ad hoc* e ha preferito, piuttosto, adottare un profilo basso che rimanda, ancora una volta, al variegato panorama normativo nazionale di attuazione delle Direttive. A questo proposito, il Regolamento non prevede alcuna norma comune, per cui solo il diritto nazionale di ciascuno Stato membro può determinare il livello di tutela dei diritti

cui sopra sono garanzie fondamentali per l'indagato e sono applicabili a tutte le indagini condotte dall'EPPO in ogni Stato membro, anche se il diritto nazionale non li richiede. Del resto, gli ultimi arresti giurisprudenziali sull'OEI, hanno segnato un punto determinante a favore della salvaguardia di garanzie partecipative e diritti di difesa a discapito dell'efficienza delle attività investigative transnazionali. Cfr. capitolo III della parte II.

²⁷ Direttiva 2012/13/UE sul diritto all'informazione nei procedimenti penali; direttiva 2013/48/UE sul diritto al difensore e il diritto di comunicare con terze persone dopo l'arresto; direttiva 2016/343/UE sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza per i minori indagati e imputati; la direttiva 2016/1919/UE sull'ammissione al patrocinio a spese dello Stato per indagati e imputati nell'ambito del procedimento penale e per le persone ricercate nell'ambito di procedimenti di esecuzione del mandato d'arresto europeo.

²⁸ Sull'argomento, N. DÍAZ ABAD, *The Legal Framework for the Protection of Fundamental Rights of the Suspect or Accused in Transnational Proceedings Under the EPPO*, cit., pp. 241 ss.

fondamentali dell'indagato o dell'imputato. Non vi è alcun obbligo per gli Stati di garantire una protezione uguale o equivalente in tutti i procedimenti EPPO²⁹. Questa scelta minimalista si ripercuote, pertanto, sulla tutela del diritto a un processo equo e dei diritti della difesa.

La disamina di queste tematiche consente di evidenziare, da un'ulteriore punto di vista, le ricadute che simili lacune spiegano su alcuni principi fondamentali della giustizia penale costituzionale dell'area continentale, oltre che della CEDU e del diritto europeo. Entro quest'ordine di idee occorre guardare all'avvio delle indagini penali da parte dell'EPPO soffermandosi, in particolare, sulla formalizzazione dell'addebito preliminare, sulla definizione della competenza investigativa della Procura europea in procedimenti transfrontalieri nonché sui poteri archiviativi dell'EPPO, alla luce del principio di legalità e di obbligatorietà dell'azione penale che informano l'agire del pubblico ministero europeo, principi che solo ad una prima lettura sembrano scollegati all'equità procedimentale³⁰.

È oltremodo evidente che la complessa struttura organizzativa dell'EPPO finisce per incidere pesantemente sui diritti degli indagati e delle vittime, in quanto l'esistenza di più "attori inquirenti" con attribuzioni dal contorno indefinito accresce l'incertezza circa l'esatta individuazione di chi abbia effettivamente il potere di esercitare i poteri investigativi, pregiudicando la prevedibilità delle regole applicabili all'indagine, nonché, com'è facile intuire, la qualità dei risultati ottenibili³¹.

Ora, l'avvio delle indagini, relativamente ad un reato per il quale l'EPPO può esercitare la propria competenza, può avvenire o tramite un'autorità giudiziaria di uno Stato membro, secondo il suo diritto nazionale, o direttamente attraverso l'autorità giudiziaria europea senza previo intervento di quelle domestiche. In tale ultimo caso qualsiasi procuratore delegato di uno Stato membro avente giurisdizione sul reato può avviare un'indagine. In assenza di intervento, la Camera permanente competente può incaricare un procuratore europeo delegato di avviare le indagini. Indubbiamente questo scenario è uno di quelli che ci proietta, come anticipato, sul piano costituzionale della predeterminazione legale della giurisdizione penale e suggerisce di indagare sull'affidamento che il cittadino deve oggi potere avere sull'autorità giudiziaria che deciderà sul fatto di reato di cui si è accusati.

Senonché a fronte di un fatto criminoso riconducibile ad un solo Stato membro, in cui tutti gli atti di indagine sono compiuti da un procuratore delegato appartenente a tale Stato che procede alla raccolta delle prove sulla base della legge processuale interna³², non sembrano sorgere problemi di sorta. Il discorso si carica di particolare complessità quando le

²⁹ Con la "rinazionalizzazione" dell'EPPO e il ritiro dello spazio giuridico unico, come risulta dall'attuale regolamento, l'attenzione si concentra interamente sulla legislazione nazionale, sia per quanto riguarda le norme sulle indagini che i diritti dell'indagato. Anche le misure espressamente menzionate dall'art. 30 del regolamento sono soggette al diritto nazionale così come le misure che la procura europea delegata, in quanto autorità nazionale, può utilizzare se disponibili secondo il diritto nazionale in casi analoghi. Di conseguenza, l'effettiva portata dei diritti della difesa è determinata principalmente dal sistema giudiziario dello Stato membro. Come fa notare, G. ILLUMINATI, *Protection of Fundamental Rights of the Suspect or Accused in Transnational Proceedings Under the EPPO*, in L. BACHMAIER WINTER (ed.), *The European Public Prosecutor's Office*, cit., p. 190, nessuna disposizione specifica del Regolamento fa riferimento all'arresto o alla detenzione preventiva e ai relativi diritti di difesa.

³⁰ Su questa chiave di lettura insiste S. RUGGERI, *Criminal Investigations, Interference with Fundamental Rights and Fair Trial Safeguards in the Proceedings of the European Public Prosecutor's Office. A Human Rights Law Perspective*, in L. BACHMAIER WINTER (ed.), *The European Public Prosecutor's Office*, cit., pp. 201 ss.

³¹ G. ILLUMINATI, *Protection of Fundamental Rights of the Suspect or Accused in Transnational Proceedings Under the EPPO*, in L. BACHMAIER WINTER (ed.), *The European Public Prosecutor's Office*, cit., p. 182.

³² S. ALLEGREZZA, *Verso una procura europea per tutelare gli interessi finanziari dell'unione*, in *Dir. pen. cont.*, 2013, pp. 1 ss.

indagini travalicano i confini nazionali e diventano indagini transfrontaliere, laddove gli “accusatori europei”, sebbene facciano parte di un unico apparato, finiscono per agire ed interagire come se fossero delle autorità inquirenti di nazionalità diversa.

Ora, ai sensi dell’art. 26(4) RegEPPD, il Procuratore europeo delegato dello Stato membro viene individuato guardando al luogo in cui si rinviene il centro dell’attività criminosa o in cui è stata commessa la maggior parte dei reati. Accanto a criteri derogatori – il luogo di residenza abituale dell’indagato o dell’imputato, la nazionalità dell’indagato o dell’imputato, il luogo in cui si è verificato il danno finanziario principale – la regola base richiama al “fulcro dell’attività criminosa”. La fluidità di un simile concetto suscita certamente interesse dall’angolo visuale del principio di certezza giuridica e del diritto a vedersi riconosciuto, per legge, un determinato giudice prima che il reato venga commesso, assumendo, per giunta, che la competenza giurisdizionale del Procuratore europeo delegato ad individuare anche il tribunale del giudizio e, dunque le norme procedurali applicabili. Indubbiamente un tale assetto incide pure sulla posizione delle potenziali parti soggette alle indagini che, disconoscendo in anticipo quali norme verranno applicate, vanno incontro a notevoli squilibri e svantaggiose asimmetrie.

Va poi considerata l’assenza dei termini entro cui annotare la *notitia criminis* nel sistema automatico di gestione dei fascicoli (c.d. *Case Management System*, a seguire CMS)³³. In mancanza della previsione dei termini di annotazione della notizia di reato, le autorità investigative sono chiamate a soddisfare i requisiti prescritti dalla *lex loci* e il diritto processuale degli Stati europei offre diverse soluzioni a riguardo. Se la *lex loci* dovesse essere carente sul punto o non prevedesse alcunché, si rimanda alla discrezionalità del Procuratore europeo il quale, nel silenzio della legge, potrebbe ritardare l’attivazione delle garanzie previste in favore della persona indagata procrastinando così la registrazione. Una siffatta mancanza si mostra rilevante se sol si pensa che all’annotazione, la legge processuale, normalmente collega l’acquisto dello *status* di persona indagata, da cui si fanno dipendere, a sua volta, il diritto all’informazione sull’addebito preliminare, il diritto all’assistenza di un difensore oltre che il *privilege against self-incrimination*. Quali garanzie sono dovute allora alla persona che è già sotto indagine, anche se non ha ancora assunto lo *status* formale di indagato? Come incide questa evenienza sul diritto al *fair trial* di matrice convenzionale?

Per giunta, anche la previsione di una riassegnazione del caso al Procuratore europeo delegato di un altro Stato membro prima ancora che sia stata esercitata l’azione penale, riassegnazione legata *ex art. 26, par. 5*, ad un criterio vago qual è «l’interesse generale della giustizia», ci pone dinanzi ad interessanti questioni degne di essere affrontate³⁴. In questa fase, che può anche sfociare in una riunione o separazione dei procedimenti e della giurisdizione investigativa, ci si deve interrogare su quali diritti vengono garantiti agli indagati che si trovano dinanzi ad «un procedimento investigativo itinerante»³⁵. È sufficiente presumere, come fa il Regolamento, che gli indagati siano in grado di difendersi adeguatamente in qualsiasi Stato membro? Che voce in capitolo hanno le vittime del reato?

Quanto all’esercizio in sé e per sé dell’azione penale, posto che i rappresentanti della Procura europea hanno gli stessi poteri dei pubblici ministeri nazionali, questi possono formulare l’imputazione ed esercitare i rimedi interni disponibili. Il Procuratore europeo delegato alla fine delle indagini è tenuto a trasmettere al Procuratore europeo incaricato della

³³ Il CMS includerà sia le informazioni relative al presunto reato sia le prove raccolte mediante le indagini condotte a livello nazionale e dai procuratori delegati europei.

³⁴ S. RUGGERI, 2018, p. 608.

³⁵ *Ibid.*, p. 606.

supervisione una relazione contenente una sintesi del caso e un progetto di decisione sul se esercitare l'azione penale dinanzi a un organo giurisdizionale nazionale, anche diverso da quello delle indagini o in alternativa archiviare il caso. L'unica competenza decisoria spetta, però, alla Camera permanente che dispone il rinvio a giudizio ovvero ordina l'archiviazione.

Ove si disponga il rinvio a giudizio in uno Stato diverso da quello delle indagini il regolamento non dà contezza sulla base di cosa tale cambio debba o possa avvenire.

Il tema dell'archiviazione ci spinge verso delle considerazioni aggiuntive sul principio dell'obbligatorietà dell'azione penale, che deve informare l'azione processuale dell'EPPO: al fine di meglio contrastare la criminalità finanziaria in Europa, è necessario che non solo l'azione investigativa, ma anche l'esercizio dell'azione penale e l'archiviazione siano calibrate sul principio di legalità, col risultato che «le indagini dell'EPPO dovrebbero, di norma, comportare l'azione penale dinanzi all'organo giurisdizionale nazionale competente», relegando a dei tassativi motivi i casi che giustificano l'archiviazione³⁶. Il modello approntato dai redattori del RegEPPO prevede, comunque, un meccanismo che non affida la decisione archiviativa a un organo terzo e imparziale rispetto all'EPPO stesso, ma a un organo che appartiene alla Procura europea, per quanto non svolga le indagini. Va pure rilevato che, sebbene il Regolamento prescriva una piena indipendenza degli organi dell'EPPO nell'esercizio delle loro funzioni, non si può dimenticare che in Spagna e in Germania è pur sempre incombente il rischio che i pubblici ministeri subiscano influenze da parte dell'esecutivo³⁷.

Non si può inoltre deviare da un altro quesito, di capitale importanza alla luce del diritto a un *fair hearing*, baricentro della giustizia penale in Europa. Se assumiamo che il diritto di “farsi sentire” sia da leggere come il diritto ad avere una *chance* di esporre le proprie ragioni (argomentative, probatorie, giuridiche) in condizioni di parità o di non irragionevole squilibrio e di controbattere a quelle avversarie, allora viene da chiedersi quale ruolo giochi la difesa rispetto alla decisione sull'archiviazione. Il discorso vale ancor di più per la persona offesa dal reato.

3.2 Il problema del *legal remedy*: terapie e sanzioni per riaffermare l'equilibrio delle armi

C'è un altro profilo direttamente connesso alla *chance* di far valere le proprie ragioni in condizioni di parità con le altre parti, in specie con l'accusa europea, che merita un approfondimento. Esso riguarda il tema dei rimedi esperibile avverso gli atti dell'EPPO³⁸.

Per ciò che riguarda le sanzioni correlate alla violazione delle norme del Regolamento i suoi estensori non sembrano avervi prestato particolare attenzione. La principale norma di riferimento è l'art. 42, rubricato controllo giurisdizionale, il cui par. 1 stabilisce che «gli atti procedurali dell'EPPO destinati a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi³⁹ sono soggetti al controllo degli organi giurisdizionali nazionali competenti conformemente alle

³⁶ Art. 39 RegEPPO.

³⁷ Cfr. capitolo III parte I.

³⁸ Sul tema E. TRAVERSA, *I tre principali aspetti istituzionali dell'attività della Procura europea (EPPO): legge applicabile, rimedi giurisdizionali e conflitti di competenza*, in *Arch. pen.*, 2019, pp. 1 ss.

³⁹ «Una categoria che comprende l'indagato, la vittima e altri interessati i cui diritti potrebbero essere pregiudicati da tali atti ai sensi del considerando 87 del Regolamento EPPO».

procedure e ai requisiti stabiliti dal diritto nazionale». Il lessico utilizzato non si riferisce a un ricorso, impugnazione o rimedio, ma ad una verifica dai contorni vaghi ed incerti. Sennonché rinviando alla normativa nazionale è incombente il rischio che a questi terzi, su cui si esplicano gli effetti delle attività dell'EPPO, non siano riconosciuti sufficienti e adeguati mezzi di critica per controbilanciare il potere della pubblica accusa europea.

Sennonché qualche “terapia” e qualche “sanzione” si rinvergono valorizzando il considerando n. 88 per il quale: «è opportuno garantire rimedi giurisdizionali effettivi ai sensi dell'articolo 19(1)(2).

Le modalità procedurali nazionali che disciplinano i ricorsi intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto dell'Unione non devono essere meno favorevoli di quelle previste per ricorsi analoghi di natura interna (principio di equivalenza), né devono rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione (principio di effettività). Nel verificare la legittimità degli atti, gli organi giurisdizionali nazionali possono basarsi sul diritto dell'Unione, compreso il presente Regolamento, e sul diritto nazionale, che si applica agli aspetti non trattati dal presente Regolamento.

Da queste disposizioni si desume agevolmente che le investigazioni incompatibili con i diritti di difesa e le libertà risultino illegittimi, non solo dinnanzi al diritto nazionale, ma anche di fronte a quello europeo, potendo addirittura l'incompatibilità sfociare in una sanzione, quale la non utilizzabilità del materiale probatorio nelle giurisdizioni interne⁴⁰.

D'altronde l'art. 41, la cui rubrica recita «Portata dei diritti degli indagati e degli imputati», assicura lo svolgimento delle attività d'indagine della Procura «nel pieno rispetto dei diritti degli indagati e degli imputati sanciti dalla Carta, in particolare il diritto a un giudice imparziale e i diritti della difesa». Chiunque sia indagato o imputato in un procedimento penale dell'EPPO gode almeno dei diritti procedurali stabiliti dal diritto dell'Unione, ivi comprese le Direttive relative ai diritti degli indagati e degli imputati nel quadro di un processo penale, quali attuate dal diritto nazionale, tra cui il diritto all'interpretazione e alla traduzione, il diritto all'informazione e il diritto di accesso alla documentazione relativa all'indagine, il diritto di accesso a un difensore e il diritto di comunicare e informare terzi in caso di detenzione, il diritto al silenzio e il diritto alla presunzione di innocenza, il diritto al patrocinio a spese dello Stato⁴¹.

Ebbene, ancorché le disposizioni richiamate militino favore di un sistema di impugnazione, è tuttavia innegabile che molto di più si può e deve essere fatto per assicurare la piena esplicazione della parità anche sotto il profilo della proposizione dei rimedi al fine di non lasciare spazio a vuoti di tutela⁴².

⁴⁰ Di recente, Corte di giust., 27 febbraio 2018, *Associação Sindical dos Juízes Portugueses/Tribunal de Contas*, causa C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117. 63.

⁴¹ L'art. 5 del Regolamento prevede che l'EPPO garantisce che le sue attività rispettino i diritti sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'UE; e che l'EPPO è vincolato dai principi dello stato di diritto e al principio di proporzionalità nell'esplicazione delle sue attività.

⁴² A. CABIALE, *I limiti alla prova nella procedura penale europea*, op. cit., p. 291.

4. La nozione di vittima nel RegEPPO e il riconoscimento del suo ruolo nelle procedure investigative quale strumento di riequilibrio delle posizioni soggettive

Infine, c'è un ultimo profilo degno di nota. Se la *par condicio* delle armi ha riguardato per lungo tempo solo indagati e imputati, nondimeno abbiamo ricordato più volte che la Corte di Strasburgo ne ha esteso il raggio applicativo anche ad altri soggetti del procedimento, quali le vittime. Lo studio delle garanzie e dei diritti riconosciuti alla vittima nello scenario dell'EPPO si connota di particolarità e suscita notevole interesse.

In primo luogo, ai fini del Regolamento del 2017, le istituzioni dell'UE sono considerate vittime dei reati PIF (considerando n. 107).

In secondo luogo, il Regolamento si riferisce anche alle «altre vittime» come a terzi i cui beni giuridici sono stati lesi e i cui interessi ad una tutela sono emersi nel corso di indagini che riguardano reati intrinsecamente collegati a un'indagine dell'EPPO o in cui l'Unione è la vittima principale. Per garantire che i loro diritti non siano pregiudicati e per fornire loro adeguate tutele in termini, ad esempio, di diritto delle a contestare le azioni dell'EPPO, il Regolamento stabilisce alcuni diritti di informazione. Nel complesso, essi mirano a consentire alle persone danneggiate di partecipare in modo adeguato alle procedure dell'EPPO. Ad esempio, quando l'EPPO decide di avviare un'indagine, è chiamato a informare l'autorità che ha segnalato la condotta criminale, «nonché le vittime del reato e, se previsto dalla legislazione nazionale, le altre persone che hanno denunciato la condotta criminale» [artt. 24, 34(3) e 103].

In terzo luogo, i procuratori dell'EPPO sono tenuti a tenere conto di tali vittime [art. 25(3)]. Ad esempio, quando un PDE ritiene che l'archiviazione o una forma alternativa all'esercizio dell'azione sia la strada migliore da percorrere, il Regolamento impone di considerare concretamente gli interessi di queste vittime durante tale processo decisionale. Pertanto, durante queste attività, le autorità dell'EPPO daranno importanza al ruolo e agli interessi delle vittime (ad esempio quelli risarcitori).

In netto contrasto con questi positivi risultati, tuttavia, il sistema presenta anche diversi gravi inconvenienti. Se l'EPPO decide di non avviare un'indagine, l'art. 26(2) non prevede alcuna disposizione specifica e quindi, in linea di principio, né le vittime né le persone che hanno denunciato la condotta criminale verrebbero informate. Allo stesso modo, per l'esercizio del diritto di revoca, l'art. 27 rimane in silenzio. Preoccupazioni ancora più gravi sorgono in caso di riassegnazione del caso durante l'indagine preliminare: dopo che tutte le indagini sono state svolte nello Stato A, l'azione penale dovrebbe essere avviata nello Stato B, ma il regolamento non dà agli imputati e alle vittime, in particolare, che subiscono le conseguenze di questa decisione, alcuna opportunità di prendere parte a questo procedimento. Tutte queste osservazioni pongono le premesse per un futuro esame di come le vittime di reati possano esercitare i loro diritti nelle indagini e nei procedimenti condotti dall'EPPO.

Inoltre, la situazione descritta all'art. 39(4), secondo cui la decisione di archiviare un caso sarà notificata alle vittime «ove compatibile ai sensi del diritto nazionale», si rivela incoerente con l'art. 6(1)(a), della Direttiva 2012/29/UE, che impone agli Stati membri assicurare che le vittime siano informate «di qualsiasi decisione relativa al non esercizio dell'azione o di archiviare un'indagine o di non perseguire l'autore del reato». Tuttavia, si è detto che la notifica obbligatoria alle vittime potrebbe compromettere la segretezza dei procedimenti

investigativi che, a seguito di una decisione dell'EPPO di non avviare un'indagine, potrebbero essere intrapresi a livello nazionale⁴³.

In termini generali, il Regolamento EPPO non può essere considerato un atto legislativo particolarmente attento ai diritti delle vittime. Ciò è ragionevole se assumiamo il punto di vista esclusivo del legislatore dell'Unione il cui obiettivo principale è la lotta contro i reati finanziari che colpiscono il "cuore" del processo di integrazione economica dell'UE.

Tuttavia, gli obiettivi perseguiti non dovrebbero consistere solo nel recupero dei fondi dell'UE, ma dovrebbero guardare pure agli interessi e ai bisogni di una molteplicità di vittime colpite dai crimini PIF e che ben potrebbero essere interessate, ad esempio, a sapere come sarebbero stati utilizzati i fondi nel caso in cui non fossero stati oggetto di frode finanziaria⁴⁴.

Come se non bastasse una considerazione della posizione delle vittime in termini di ragionevole possibilità di far valere le proprie ragioni in modo paritario non solo arricchirebbe il principio della *par condicio*, e con esso, l'imparzialità dell'organo investigante. Ne uscirebbe senz'altro rinforzata l'equità procedimentale transnazionale.

⁴³ L.M. WADE, *The EPPO and the pitfalls of actuarial justice*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 28, 2, 2021, pp. 265-280, disponibile all'indirizzo <https://journals.sagepub.com/doi/epub/10.1177/1023263X211006516>. L'Autrice ha sostenuto che è oggi richiesta un'attenta considerazione dei diritti e degli interessi di tutti gli attori impegnati nella giustizia penale, comprese le vittime e ha anche sottolineato che, in relazione all'EPPO, ciò è ancor più doveroso poiché il simbolismo legato alla creazione di questo Ufficio avrebbe potuto almeno essere utilizzato per evidenziare una diversa natura della "vittimizzazione".

⁴⁴ Il controllo giudiziario delle decisioni preprocessuali, come disciplinato dal considerando 87, o la presentazione di richieste di risarcimento contro gli autori del reato (considerando 107) e il diritto al risarcimento (art. 38). Ai sensi del considerando 107, la protezione delle vittime può anche «comprendere l'adozione di misure cautelari, in particolare per evitare che continuino a commettere illeciti o per proteggere l'Unione da danni alla reputazione, o per consentire loro di intervenire come parte civile nel procedimento conformemente al diritto nazionale».

CAPITOLO V

Ne bis in idem transnazionale, mutuo riconoscimento e massimizzazione della tutela individuale nel panorama giuridico dell'Unione Europea

Sommario: 1. Brevi considerazioni introduttive. - 2. La protezione accordata al divieto del *ne bis in idem* nelle fonti europee e nazionali: il lungo percorso verso il riconoscimento di un diritto soggettivo. - 3. Il principio del *ne bis in idem* tra solenni affermazioni e continui temperamenti: verso un assetto a geometria variabile del divieto di doppio giudizio. - 4. Rilievi conclusivi.

1. Brevi considerazioni introduttive

Un ambito della giustizia penale nel quale può apprezzarsi il significato che la tematica oggetto di questo studio riveste nella cornice giuridica dell'Unione europea è quello del *ne bis in idem* transnazionale. I motivi di una siffatta rilevanza sono diversi e su questi intendiamo fare luce nelle pagine che seguono.

Anzitutto, va rimarcato che il principio del *ne bis in idem*, nelle sue due accezioni processuale e sostanziale¹, viene in evidenza non solo ogniqualvolta il reato ricada nella giurisdizione esclusiva di un singolo Stato ma anche nella dimensione e transnazionale e interstatale, allorquando l'*eadem res* determini il conflitto di giurisdizioni penali² e «lo stesso

¹ In tema, fra tutti, J.I. ESCOBAR VIAS, *Ne bis in idem and Multiple Sanctioning Systems. A Case Law Study of the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the EU*, Cham, 2023.

² Si è soliti distinguere il divieto del *ne bis in idem* in nazionale e transnazionale-orizzontale. Così V. FELISATTI, *Il principio del ne bis in idem transnazionale nel dialogo tra la Corte di giustizia e i giudici nazionali*, in www.lalegislazionepenale.it, 2017, pp. 1 s. L'Autrice dà conto di un'ulteriore declinazione del *ne bis in idem* transnazionale, quella propriamente verticale, che «mira a scongiurare il doppio procedimento davanti alle autorità giurisdizionali di uno Stato e di un ente sovranazionale, quale, ad esempio, una Corte penale internazionale o un organo europeo dotato di poteri sanzionatori». Cfr. B. VAN BOCKEL, *The Ne Bis in Idem Principle in EU Law*, Alphen aan den Rijn, 2010, pp. 72 ss.

J. Lelieur, richiamando la classificazione in regole e principi di Dworkin, sostiene che già a livello nazionale non possa parlarsi di *ne bis in idem* in termini di un vero e proprio principio. Si tratterebbe, piuttosto, di una regola espressiva del principio della *res judicata*. Sicché, per “transnazionalizzare” questa regola dovrebbe dapprima procedersi con una “transnazionalizzazione” del principio *res judicata pro veritate habetur*. Tale ultima soluzione non convince appieno semplicemente considerando che leggi diverse in vigore in differenti Stati possono fisiologicamente condurre a soluzioni eterogenee se applicate allo stesso caso nei riguardi di un medesimo soggetto. Altrimenti detto, come potrebbe aversi violazione dell'*autorité de chose jugée*, quando due tribunali applicano norme incriminatrici e regole procedurali differenti? Cfr. J. LELIEUR, *'Transnationalising' Ne Bis In Idem: How the Rule of Ne Bis In Idem Reveals the Principle of Personal Legal Certainty*, in *Utrecht Law Review*, 2013, pp. 203 ss. Sempre secondo J. LELIEUR, cit., p. 199, visto il solido contesto normativo vigente in Europa, appare naturale fare riferimento all'esistenza di un principio generale del *ne bis in idem* transnazionale. La valorizzazione della dimensione transazionale del *ne bis in idem* sarebbe certamente utile per costruire una normativa che tuteli gli interessi individuali nel settore del diritto penale transnazionale. Così anche S. GLESS, J. VERVAELE, *Law Should Govern: Aspiring General Principles for Transnational Criminal Justice*, in *Utrecht Law Review*, 2013, pp. 1 ss.

ne bis in idem transnazionale operi, di fatto, come uno strumento di riparto delle giurisdizioni nazionali»³. Il divieto in parola interviene poi sul fronte precipuo della cooperazione internazionale. Basti pensare che esso è annoverato tra i motivi di rifiuto in un gran numero di strumenti di cooperazione giudiziaria in materia penale, ivi compresi in quelli basati sul riconoscimento reciproco come la decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio sul mandato d'arresto europeo⁴ e la direttiva 2014/41/UE sull'ordine di indagine europeo.

Queste affermazioni ci ricollegano allo scopo primigenio del divieto di *ne bis in idem* processuale. In proposito, va detto che il fine ultimo risiede nell'impedire un nuovo processo, indipendentemente dall'entità della prima pena⁵ e opera anche quando il primo processo si

³ Così N. RECCHIA, *Il principio europeo del ne bis in idem tra dimensione interna e internazionale. Brevi riflessioni alla luce della sentenza della Corte di giustizia Spasic*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, p. 72. Questi conflitti sono a loro volta causati dal numero elevato di criteri a cui si può ricorrere per far valere la giurisdizione, come il principio territoriale, il principio di nazionalità, il principio di personalità passiva e attiva, il principio di tutela e il principio di giurisdizione universale, solo per citarne alcuni. Emerge, così, la necessità di scongiurare, da un lato, le *multiple prosecutions* e di arginare, dall'altro, il *forum fleeing* o la fuga transfrontaliera. A riguardo, un primo problema da risolvere concerne, anzitutto, la forza espansiva del divieto e, cioè, se esso si limiti a precludere l'apertura di nuovi procedimenti o anche la cessazione di quelli già in corso e l'interruzione dell'esecuzione di eventuali condanne. Le norme convenzionali non si esprimono sul punto, diversamente da come fanno alcune Convenzioni del Consiglio d'Europa, quali la Convenzione sul trasferimento dei procedimenti in materia. Si veda, in argomento, H. SATZGER, *Auf dem Weg zu einer „europäischen Rechtskraft“?* in M. HEINRICH e al. (eds.), *Strafrecht als Scientia Universalis. Festschrift für Klaus Roxin*, Berlin, 2011, p. 1520.

⁴ La Decisione quadro 2002/584/GAI prevede tra i «motivi di non esecuzione» obbligatoria e facoltativa, per l'appunto, del mandato di arresto europeo da parte dell'autorità giudiziaria dello Stato membro di esecuzione, che la persona ricercata sia già stata giudicata «con sentenza definitiva per gli stessi fatti da uno Stato membro a condizione che, in caso di condanna, la sanzione sia stata applicata o sia in fase di esecuzione o non possa più essere eseguita in forza delle leggi dello Stato membro della condanna» [rispettivamente art. 3(2) e art. 4(5) della Decisione quadro sul MAE]. A tal riguardo, va preliminarmente notato che mentre il *ne bis in idem* contenuto nella CEDU e negli altri strumenti giuridici internazionali, e di cui si dirà più avanti, ha una valenza interna al singolo Stato contraente, tale principio entro la cornice dell'Unione «agisce su uno spazio più ampio garantendo la libera circolazione delle persone e rafforzando la cooperazione giudiziaria in materia penale basata sul mutuo riconoscimento delle sentenze e delle decisioni giudiziarie». Così, G. COLAVECCHIO, *L'attuazione del principio del ne bis in idem nell'ambito del mandato d'arresto europeo*, in *OIDU*, 3, 2023, p. 154. Dal canto suo, la Corte di Lussemburgo è stata chiamata per la prima volta a pronunciarsi sulla portata Decisione Quadro 2002/584 nell'ambito del noto caso *Mantello*. Nell'occasione la Corte si è rifatta all'interpretazione del *ne bis in idem* già fornita per la Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen, in considerazione non solo e non tanto «dell'identità del tenore e della analogia degli oggetti», quanto, soprattutto, «dell'obbiettivo comune [...] consistente nell'evitare che una persona venga nuovamente perseguita o giudicata penalmente per gli stessi fatti», da ciò ricavandone che ai «fini dell'emissione e dell'esecuzione di un mandato di arresto europeo, la nozione di “stessi fatti” contenuta nella decisione quadro costituisce una nozione autonoma del diritto dell'Unione». Nella stessa occasione ci si è anche soffermati sul fatto che l'autorità giudiziaria emittente abbia deliberatamente rinunciato, all'atto dell'esercizio dell'azione penale per alcuni fatti, a procedere per i fatti successivamente contestati, in ordine ai quali aveva già acquisito prove sufficienti. Ebbene, stando ai giudici europei, ciò non consente di affermare che sia intervenuta una “sentenza definitiva” anche per i secondi. Corte giust., 16 novembre 2016, *Mantello*, causa C-261/09, ECLI:EU:C:2010:683.

⁵ Il principio del *ne bis in idem* ha attraversato indenne secoli e culture differenti, risalendo alle tradizioni giuridiche romane e greche, ma si pensi che già il libro di *Naum* dell'Antico Testamento lo menzionava declinandolo in veste divina «*Non indicabit Deus bis in id ipsum*». Per una ricostruzione storica si veda M. KOSTOVA, *Ne/non bis in idem. Origine del “principio”*, in *Diritto@Storia*, 11, 2013, pp. 1 ss. Di tale principio sarebbe rinvenibile traccia nel *Corpus Juris Civilis* (529-534 d.C.) anche se alcuni autori farebbero risalire l'origine di questo principio nel diritto greco antico e citano sulla scorta di alcune testimonianze dell'esistenza di una prima idea di tale preclusione, quale l'orazione demostenica contro Leptine (355-354 a.C.), nella quale il grande oratore ateniese diffondeva il concetto secondo cui le leggi vietano le stesse cose due volte contro la stessa persona, che sia azione, inchiesta, domanda e altro simile. In questo senso, si vedano B. VAN BOCKEL, *The ne bis in idem principle in EU law*, cit., p. 2; G. CONWAY, *Ne bis in idem in international law*, in *International Criminal*

sia concluso con assoluzione. L'obiettivo, cioè, non è tanto, e solo, quello di evitare nel complesso una sanzione irragionevolmente elevata per la persona che è stata perseguita già una volta, ma di tutelarla dall'avvio di un nuovo procedimento penale (c.d. *Erledigungsprinzip*, secondo un'espressione elaborata dalla dottrina tedesca⁶). Ne consegue che, a livello transnazionale, il riconoscimento di una pena inflitta ed eseguita in un altro Stato non può essere visto come una parziale accettazione del “*ne bis in idem*”, poiché il tenere in considerazione la pena già comminata (*Anrechnungsprinzip* per i tedeschi) non garantisce di per sé la protezione contro un nuovo processo⁷.

Peraltro, va rilevato che il *ne bis in idem* processuale è stato configurato già sul piano nazionale come «una garanzia *ad personam*, che assicura la certezza del diritto in senso meramente soggettivo»⁸ e che opera limitatamente nei confronti dell'imputato, tanto che «colui che in tale veste risulti già giudicato ben potrà, ad esempio, essere convenuto in un

Law Review, 2003, pp. 7 ss. Esso si è poi perpetuato nei secoli come dimostra, tra l'altro, la particolare attenzione dedicata all'argomento, in epoca medievale, nella *Common Law*, da parte dell'arcivescovo di Canterbury Thomas Becket (XII sec.) ed ancora successivamente sul suolo italico, da parte di Bartolo da Sassoferrato (XIV secolo). Thomas Becket, in particolare, riprendeva l'idea di San Girolamo (IV sec. d.C.) secondo cui Dio non giudicherebbe mai due volte «per la stessa offesa...», e su questa base avrebbe sostenuto che l'inflizione di sanzioni da parte del Sovrano a uomini di Chiesa già condannati dalle Corti ecclesiastiche per determinate condotte avrebbero violato il divieto di doppia punizione sancito dal diritto canonico. Cfr. sul punto, J. HAROLD BERMAN, *Law and Revolution, the Formation of the Western Legal Tradition*, Harvard, 1983, p. 259. Sull'argomento, ancora, J.A. SIGLER, *A History of Double Jeopardy*, in *American Journal of Legal History*, 1963; M. Friedland, *Double Jeopardy*, Oxford, 1969; P. MCDERMOTT, *Res Judicata and Double Jeopardy*, London, 1999; e più di recente, L. MINGARDO, *Bis de eadem re ne sit actio*, in P. MORO (ed.), *Il diritto come processo. Principi, regole e brocardi per la formazione*, Milano, 2013, pp. 177 ss.

⁶ In dottrina si distingue tra le due forme di manifestazione del principio in oggetto. «Il *ne bis in idem* sostanziale risponde ad esigenze di equità e di giustizia sostanziale, essendo “concentrato ad evitare l'irrazionale ingiustizia di una duplice condanna per lo stesso fatto di reato”, mentre il *ne bis in idem* processuale tende ad assicurare, anzitutto, esigenze di certezza del diritto e di economia dei giudizi». G. RANALDI, F. GAITO, *Introduzione allo studio dei rapporti tra ne bis in idem sostanziale e processuale*, in *Arch. pen.*, 1, 2017, p. 11. A. KLIP, H. VAN DER WILT, *The Netherlands non bis in idem*, in *Revue internationale de droit pénal*, 73, 3, 2002, p. 1111.

⁷ D. VOULGARIS, *Transnationale ne bis in idem zwischen staatlicher Schutz und Achtungspflicht. Grundlagen der ne bis in idem Problematik*, München, 2013, p. 20. È interessante notare che queste due diverse regole dell'*Erledigungsprinzip* e dell'*Anrechnungsprinzip* funzionano su piani completamente diversi: il primo, mutuato dal principio *nemo debet bis vexari*, opera ad ostacolo dell'instaurazione del giudizio stesso; il secondo, ricavato dal brocardo latino *nemo debet bis puniri pro uno (delicto)*, non preclude l'instaurazione del giudizio, ma agisce solo sul momento applicativo della sanzione penale.

⁸ A. RUGGERI, “Dialogo” tra le Corti e tecniche decisorie, a tutela dei diritti fondamentali, in www.diritticomparati.it, 2013, p. 2. Sterminata è la letteratura sul punto. Si ricordano, *ex multis*, M. CERESA, GASTALDO, *Esecuzione*, in M. BARGIS (ed.), G. CONSO, V. GREVI (fondatori), *Compendio di procedura penale*, 10ª ed., Padova, 2020, p. 909. Ancora, cfr. T. RAFARACI, *Ne bis in idem*, in *Enc. dir., Annali*, vol. 2, Milano, 2010, p. 858, definisce il divieto di *bis in idem* un «diritto fondamentale della persona di fronte ai poteri giudiziari dello Stato». Per M. BONTEMPELLI, *Prova, verità e giudicato penale*, in *Arch. pen.*, 2020, pp. 1 s., il giudicato si comporta come uno strumento utile a «preservare la certezza in senso puramente soggettivo»; A. PROCACCINO, *Il ne bis in idem dalla “certezza del diritto” alla certezza del “diritto soggettivo”*, in A. GAITO, D. CHINNICI (ed.), *Regole europee e processo penale*, Padova, 2016. Si legga anche F. CARNELUTTI, *Efficacia diretta e riflessa della cosa giudicata*, in ID., *Studi di diritto processuale*, Padova, 1925, pp. 431 ss., il quale individuava una coincidenza tra l'art. 90 c.p.p. del 1930 e l'art. 2909 c.c. Per una compiuta analisi su certezza del diritto in senso sia oggettivo sia subiettivo, cfr. G. DE LUCA, *I limiti soggettivi della cosa giudicata penale*, Milano, 1963, pp. 89 ss., per il quale la certezza soggettiva altro non è che un riflesso o una proiezione sul piano individuale della certezza obiettiva, la quale costituisce, a sua volta, un «rimedio contro l'insidia dell'arbitrio» ed è quindi riferibile all'ordinamento giuridico nella sua interezza. Infine, per una recente riflessione su certezza del diritto in senso oggettivo e in senso soggettivo, si veda G. DI CHIARA, *Le pietre e l'arvo. Ne bis in idem, mappatura delle funzioni e sfide della complessità: uno sguardo introduttivo*, in A. MANGIARACINA (ed.), *Il ne bis in idem*, Torino, 2021, pp. 6 ss.

secondo giudizio sull'*idem factum* come responsabile civile»⁹. Ebbene, una tale connotazione soggettiva emerge anche sul fronte transnazionale. Basti pensare che la Carta di Nizza all'art. 50 afferma solennemente che «nessuno può essere perseguito o condannato per un reato per il quale sia già stato assolto o condannato in altro Stato dell'Unione con sentenza penale definitiva»¹⁰.

Ora, da questa rapida disamina è oltremodo evidente la natura di garanzia essenzialmente soggettiva del *ne bis in idem* posta a presidio della persona contro il potere persecutorio della pubblica autorità – che oggi si propaga su un raggio d'azione più ampio –, garanzia che assicura al contempo la certezza e la stabilità del diritto¹¹. Se questa duplice anima del principio è stata così a lungo valorizzata in dottrina e in giurisprudenza, va oggi segnalata una recente e diversa tendenza ermeneutica che, senza mettere in dubbio la fondamentale esigenza di assicurare una protezione a chi abbia sofferto un giudizio penale¹², o addirittura una sanzione sostanzialmente punitiva prospetta una terza via interpretativa che tiene conto della tutela individuale, anche quando questa è riferita a soggetti diversi dall'imputato, a cominciare dalla vittima di reato¹³.

⁹ A. RUGGERI, *ibid.*

¹⁰ Cfr. E.M. BELGIORNO, *Il principio del ne bis in idem: Analisi degli aspetti interni ed internazionali*, Milano, 2016, pp. 59 ss.

¹¹ Già nella tradizione romanistica, in cui due questioni criminali erano considerate identiche quando avevano per oggetto uno stesso *crimen* nascente dal medesimo *factum* di una stessa persona, il principio *de quo* era avvertito in termini di stabilità dei rapporti giuridici e di certezza del diritto.

¹² «Il principio del *ne bis in idem* trae motivo dall'interesse, tanto per la società, quanto per l'individuo, a che venga pienamente riconosciuta l'autorità della cosa giudicata, e ciò a garanzia del rispetto delle sentenze giudiziarie e della tutela del singolo». Esso «poggia su due presupposti fra loro complementari, vale a dire la libertà individuale da un lato e, dall'altro, la *vis rei indicatae* come elemento di pace sociale». Così si esprime la Risoluzione del Parlamento europeo sull'applicazione nella Comunità europea del principio "*non bis in idem*" in materia penale, in GUCE causa C-184 del 16 aprile 1984. Affermava ancora F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 1987, p. 1058: «La cosa giudicata [...] in sede penale, sottrae il cittadino a ogni ulteriore persecuzione per il medesimo fatto: nello sfondo l'esigenza d'un limite all'intervento dello Stato nella sfera individuale». Tale dimensione del principio non può certamente eclissare. La sua garanzia non deve affatto venire meno, soprattutto alla luce di alcune riforme nazionali che, creando non poche implicazioni negative sotto il profilo dell'assetto valoriale delle Costituzioni, tentano di scalfire la portata del principio. Il legislatore tedesco, ad esempio, ha ampliato il novero dei casi di revisione *in peius* attraverso la possibilità di impugnare una sentenza definitiva di assoluzione per omicidio o crimini internazionali, qualora – in base a nuovi fatti o mezzi di prova – emergano "ragioni stringenti" per una condanna. La riforma ha già sollecitato dubbi di legittimità costituzionale e, per la sua rilevanza, suscita varie riflessioni. Cfr. M. LENK, *Das "Gesetz zur Herstellung materieller Gerechtigkeit" – gerecht oder rechtsstaatlich bedenklich?*, in *StV*, 2022, pp. 118 ss.; L. PARLATO, *Il legislatore tedesco allarga le maglie della revisione contra reum: l'assoluzione per delitti gravi e imprescrittibili può essere messa in discussione*, in *Cass. pen.*, 10, 2022, pp. 3654 ss.

¹³ A questo riguardo, si ricorda che la crescente attenzione verso la vittima nel contesto penale ha trovato spazio anche nella prospettiva della garanzia costituita dal divieto di doppio giudizio, come dimostra l'orientamento seguito dai giudici di Lussemburgo sia sul piano della giustizia domestica che transnazionale. Per una specifica analisi del tema, cfr. V. DI NUZZO, *Le trasformazioni di una garanzia: il ne bis in idem tra necessaria protezione dell'accusato e nuove istanze di tutela della vittima di reato*, in *OIDU*, 2022, pp. 280 ss. Secondo il Prof. Ruggeri, infatti, siamo al cospetto di un principio dalla «eccezionale versatilità», vista la «sua capacità di arricchirsi adattandosi, senza smarrire il proprio nucleo valoriale, al contesto storico e culturale di ogni tempo e ordine sociale e giuridico e, all'interno di quest'ultimo, alle peculiarità di ogni ambito d'applicazione». S. RUGGERI, *Norma, giudizio, giudicato. Una riflessione sulla tutela penale alla luce del ne bis in idem nell'era dell'interlegalità*, *OIDU*, 3 2023, pp. 1 ss. Sempre nell'ottica di tutela della vittima può iscriversi la recente riforma dell'ordinamento giuridico tedesco in materia di crimini internazionali (vedi nota precedente). Non si può trascurare che sebbene siano molti i dubbi di compatibilità costituzionale delle deroghe al principio, esse possano fungere soddisfare le aspettative, se non proprio il bisogno di giustizia, delle vittime di genocidio.

Va del resto considerato che un'inflexibile applicazione del divieto di *bis in idem* rischia di ripercuotersi persino contro la stessa persona dell'imputato o vittima, alla cui protezione esso è pure rivolto, tutte le volte in cui questi si veda preclusa la possibilità di sollecitare un nuovo giudizio nel quale, ad esempio, esercitare pienamente il proprio diritto di difesa precedentemente svilito da una condanna emanata con un procedimento del quale potrebbe essere totalmente ignara o che, più in generale, è stata pronunciata in totale spregio della *par condicio* delle parti e che è, dunque, *unfair*¹⁴. *Quid iuris* se poi la pronuncia definitiva sia stata emessa da un'autorità che manchi dei requisiti di indipendenza ed imparzialità, con evidenti ricadute, a sua volta, sull'uguaglianza delle armi? E infatti, recuperando quella visione circolare che vede l'uguaglianza delle armi e l'indipendenza influenzarsi vicendevolmente, una violazione, tanto dell'una quanto dell'altra, comporterebbe effetti pregiudizievoli sull'equità procedimentale, con ciò giustificando delle aperture alla rigida applicazione del divieto di *bis in idem*.

Ebbene, questi problematici aspetti, che ben possono apprezzarsi già a livello degli ordinamenti giuridici interni, emergono e, anzi, si caricano di particolare complessità sul piano della giustizia penale transnazionale che, dall'angolo visuale di questa ricerca, più ci interessa. A ben considerare, il problema emerso da ultimo non è del tutto inedito nel panorama giuridico internazionale, posto che già nelle esperienze giurisprudenziali oltreoceano esso si può intravedere nel nuovo *modus operandi* delle Corti sui diritti umani che hanno relativizzato la dimensione del divieto di *bis in idem* proprio con riguardo alle ipotesi in cui il primo procedimento non sia stato condotto in maniera indipendente e imparziale conformemente ai canoni dettati dal *due process*¹⁵. Anche la Corte di giustizia, per la verità, ha di recente segnalato come anche in vicende aventi una dimensione transnazionale il *ne bis in idem* miri ad assicurare non solo la *legal certainty* ma anche e soprattutto la *fairness* del procedimento¹⁶. Secondo la Prof.ssa Normando, è con la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e con la sua parificazione ai Trattati istitutivi, che il principio del *ne bis in idem* ha assunto le vesti di un vero e proprio diritto correlato al giusto processo¹⁷.

Alla luce di queste premesse, il *ne bis in idem* si dimostra capace di attrarre contenuti sempre nuovi e di adattarsi alle sfide dei tempi poste da esigenze sempre più garantiste, non senza, però, scontrarsi con vecchie concezioni radicate nella cultura giuridica e che fanno perno sulla certezza e stabilità del diritto o sulla ricerca di una presunta verità processuale. Soprattutto nel contesto di un'area europea di libertà, sicurezza e giustizia, contraddistinto da una forte comunanza valoriale e dal sentimento della *mutual trust*, esso assume un importante banco di prova per ripercorrere l'evoluzione intervenuta in un principio chiave della cooperazione giudiziaria in Europa, ovvero quello del mutuo riconoscimento¹⁸, e al

¹⁴ E.M. MANCUSO, *Il giudicato nel processo penale*, Milano, 2012.

¹⁵ In tal senso, si veda la giurisprudenza interamericana fra cui cfr. Corte Idu, 24 ottobre 2012, *Nadege Dorzema et al. c. Repubblica Dominicana* che si è pronunciata quanto ad un caso domestico.

¹⁶ Corte giust., 3 aprile 2019, *Powszechny Zakład Ubezpieczeń na Życie*, causa C-617-17, ECLI:EU:C:2019:283.

¹⁷ R. NORMANDO, *Il giudicato: forza esecutiva ed effetti*, in G. SPANGHER, A. MARANDOLA, G. GARUTI, L. KALB (eds.), *Procedura penale*, 6ª ed., Torino, 2015, p. 545.

¹⁸ A riprova della centralità rivista dal quesito in oggetto, si segnala che la Corte di Lussemburgo è tornata ad affrontare il tema dell'applicazione del principio del *ne bis in idem* sancito dall'art. 54 della CAAS e dall'art. 50 della Carta nel peculiare contesto di un mandato di ricerca dell'Interpol (c.d. *Red notice*) in seguito ad un rinvio pregiudiziale in cui si chiedeva sostanzialmente se l'arresto provvisorio potesse costituire un'azione penale ai sensi dell'articolo 54 della CAAS. Più esattamente, il dubbio riguardava la possibilità che una persona potesse essere trattenuta provvisoriamente sulla base di un mandato di ricerca internazionale nei casi in cui il procedimento investigativo fosse stato precedentemente chiuso con una decisione giudiziaria archiviata. In

contempo un passaggio obbligato per ricostruire i caposaldi di un modello europeo di *fair trail* che trova nella parità delle armi e nell'indipendenza i suoi postulati.

Con il fine, quindi, di individuare quali spazi di tutela possano essere riconosciuti alla persona che subisce le conseguenze pregiudizievoli di un'applicazione rigida del divieto in esame nell'ambito della giustizia penale transnazionale, il presente capitolo mira, anzitutto, ad una ricostruzione delle principali questioni che emergono dall'incontro di due filoni tematici, solo in apparenza slegati tra loro: il rapporto tra l'indipendenza e la parità nell'assicurare l'equità del procedimento penale, da un lato, e il *ne bis in idem*, dall'altro. Non prima, però, di aver delineato il percorso che, tanto in dottrina quanto nelle giurisprudenze, specie in quelle europee, ha condotto all'erosione di quel nocciolo duro che gravita attorno ad istanze di certezza e stabilità giuridica e all'emersione di un nuovo modo di concepire il principio in esame orientato ad una massimizzazione dei diritti individuali delle parti coinvolte in un procedimento penale e nazionale e transfrontaliero.

Benché la presente ricerca si incentri sulla prospettiva transnazionale, può tuttavia riconoscersi che una riflessione imperniata sulle dinamiche della dimensione transfrontaliera del principio in oggetto è in grado di offrire preziose traiettorie di analisi per una ridefinizione della sua portata, anche quando si tratta di questioni puramente interne. Del resto, un simile sviluppo è emerso quando nei capitoli anteriori abbiamo trattato della nozione di autorità giudiziaria ai fini di un mandato d'arresto o di ordine europeo di indagine penale, lì dove la Corte di giustizia, pretendendo di fondare una definizione autonoma del diritto dell'Unione, ha finito per plasmare in maniera innovativa concetti-cardine del processo penale nazionale.

Più in particolare, le tematiche appena abbozzate, come si avrà occasione di constatare, finiscono per intrecciarsi con l'istituto del giudicato a cui il *ne bis in idem*, assieme alla *firmitas* o intangibilità dei provvedimenti nazionali, è intimamente connesso¹⁹.

2. La protezione accordata al divieto del *bis in idem* nelle fonti europee e nazionali: il lungo percorso verso il riconoscimento di un diritto soggettivo

Come è noto, il divieto di doppio giudizio è oggi tipizzato in molti strumenti giuridici a diversi livelli: nazionali, europei e internazionali. Oltre ad alcune previsioni costituzionali, come per il caso del V Emendamento della Costituzione degli Stati Uniti che vieta il *double*

questo caso i giudici, affidandosi all'interpretazione teleologica, più che al dato letterale della previsione, hanno precisato che le decisioni delle autorità statali devono essere rispettate in tutti gli Stati membri, soprattutto in assenza disposizioni di diritto penale armonizzate o ravvicinate. Tuttavia, finché non sia chiaro se il principio del *ne bis in idem* si applichi, gli Stati membri possono arrestare provvisoriamente una persona sulla base dell'ordine dell'Interpol. In tali circostanze, quindi, il diritto alla libera circolazione può essere limitato per garantire un'efficace applicazione della legge. Come devono allora comportarsi gli Stati membri quando, dinanzi ad un mandato d'arresto, hanno motivo di ritenere che il principio del *ne bis in idem* possa essere rilevante? La risposta è fornita dalla stessa Corte quando sottolinea «che gli Stati membri e gli Stati contraenti devono garantire la disponibilità di mezzi di ricorso che consentano agli interessati di ottenere una decisione giudiziaria definitiva che stabilisca l'applicazione del principio *ne bis in idem*».

¹⁹A tale riguardo, si rammenta che in Italia, nel corso degli anni e soprattutto successivamente all'introduzione della Costituzione repubblicana, «l'assolutezza del giudicato penale [connotazione tradizionalmente riferita al *ne bis in idem*] quale fisiologica manifestazione della sovranità statale ha peraltro ceduto il passo a una idea liberale di "cosa giudicata", da intendersi come garanzia del singolo soggetto rispetto all'instaurazione di un nuovo procedimento per il medesimo fatto». D. FOTTI, *Il giudicato come strumento di tutela dei diritti fondamentali dell'individuo: ne bis in idem e concorso formale nel dialogo tra Corte edu e Corte costituzionale italiana*, in *OIDU*, 3, 2023, p. 72.

jeopardy, ma anche per la Germania (art. 103 GG²⁰), l'Italia (artt. 24 e 111, co. 2 e Cost.) e la Spagna (art. 25 CE²¹), esso è riconosciuto, seppur con qualche differenza, nell'art. 4 del Protocollo n. 7 alla CEDU e nell'art. 14(7) del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici. All'interno dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia dell'Unione europea, le sue principali fonti giuridiche sono rinvenibili negli artt. 54-58 della CAAS e, come anticipato, nell'art. 50 della Carta²². La portata del principio di cui all'art. 50 è equiparabile a quella che discende – sebbene entro i confini di ciascuno Stato – dall'art. 4 del Protocollo 7 CEDU sulla scorta del quale, per l'appunto, «nessuno potrà essere perseguito o condannato penalmente dalla giurisdizione dello stesso Stato per un'infrazione per cui è già stato scagionato o condannato a seguito di una sentenza definitiva conforme alla legge ed alla procedura penale di tale Stato». Tuttavia, è fatta salva la maggior salvaguardia assicurata dalla Carta, come risulta dall'art. 52(3) della stessa, la quale prevede che, laddove vengano in essa tutelati diritti coincidenti con quelli garantiti dalla CEDU, agli stessi devono essere attribuiti il medesimo significato e identica portata conferiti dalla Convenzione, sebbene ciò non precluda al diritto dell'Unione di concedere una tutela più estesa.

Eppure, nonostante l'ampio riconoscimento nel principio del *ne bis in idem* di una garanzia collegata alla tutela della persona²³, le autorità statali non sempre si sono mostrate disposte a riconoscere decisioni straniere penali nel proprio ordinamento giuridico, soprattutto laddove sia mancato un Trattato bilaterale che disciplini espressamente tale profilo.

Le ragioni di una siffatta ritrosia da parte degli Stati sono diverse e tutt'altro che ignote e, su queste, non pare il caso di dilungarsi oltremodo. Basti semplicemente ricordare che gli Stati considerano lo *ius perseguendi* quale espressione massima della sovranità così decidendo in piena autonomia l'ambito della propria giurisdizione penale e risultando, perciò, problematico il riconoscimento della decisione straniera, in specie quando essa ha ad oggetto reati connotati dal principio di territorialità²⁴, di per sé idonei ad innescare eccezioni e riserve al divieto di un nuovo giudizio (cfr. in questo senso l'art. 55 della CAAS).

Proprio la vigenza del principio di territorialità è sintomatica della diffidenza che gli ordinamenti giuridici nazionali nutrono nei confronti del modo di amministrare la giustizia penale nei Paesi esteri e che discende dal timore che determinati episodi criminosi rimangano impuniti potendo operare una regola, come quella del *ne bis in idem*, che vieta il controllo effettivo sull'altrui giurisdizione²⁵. Per tale ragione alcuni ordinamenti ammettono la

²⁰ Nel diritto tedesco, il principio del *ne bis in idem* è sancito dall'art. 103(3) della GG. Nonostante la formulazione chiaramente ristretta della disposizione, l'opinione generale è che esso copra sia la dimensione sostanziale che processuale. Cfr. BVerfGE 12, pp. 62 ss.; BVerfGE 56, pp. 22 ss.; BGHSt 5, pp. 323 ss.; BGHSt 15, p. 259; BGHSt 20, pp. 292 ss.; BGHSt 35, pp. 60 ss.; BGHSt 38, p. 54 ss.

²¹ In Spagna il principio del *non bis in idem* è uno dei principi fondamentali del diritto penale che deriva direttamente dal principio di legalità penale, sancito dall'art. 25 della Costituzione. Questo principio è stato oggetto di studio da parte della dottrina penalistica, soprattutto per quanto riguarda il concorso tra diritto penale e diritto sanzionatorio amministrativo, con particolare attenzione ai casi in cui i soggetti che commettono i fatti hanno un rapporto particolare con l'amministrazione. In argomento, a titolo esemplificativo, M.D.M. DÍAZ PITA, *España, informe sobre el principio non bis in idem y la concurrenciade jurisdicciones entre los tribunales penales españoles y los tribunales penales internacionales*, in *Rev. intern. de droit pén.*, 3-4, 2002/73, pp. 873 ss.

²² Sebbene, come è ben noto, la Carta si applichi negli Stati membri «esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione». Ciò significa che l'obbligo di rispettare i diritti fondamentali tutelati dall'Unione vale per gli Stati membri soltanto quando agiscono nell'ambito di applicazione del diritto eurounitario.

²³ Sul punto, N. GALANTINI, *Il divieto di doppio processo come diritto della persona*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981.

²⁴ S. FASOLIN, *Conflitti di giurisdizione e ne bis in idem europeo*, in *Problemi attuali della giustizia penale*, 2015, p. 93.

²⁵ C. AMALFITANO, *Dal ne bis in idem internazionale al ne bis in idem europeo*, in *Riv. di dir. int. priv. e proc.*, 2002, pp. 923 ss.

possibilità di reiterare il procedimento nei confronti dello stesso soggetto sullo stesso fatto pur in presenza di un procedimento già svoltosi e conclusosi all'estero. Così dispone, ad esempio, l'art. 11(2) c.p. italiano secondo il quale il cittadino o lo straniero che abbia commesso in tutto o in parte il reato sul territorio italiano è giudicato nello Stato, anche se sia stato giudicato fuori dai confini nazionali e parimenti dispone il capitolo 1(3) del c.p. svedese con l'unica differenza che la riapertura del procedimento penale, spettante ad un'autorità politica, avviene su richiesta, rispettivamente, del Ministro della Giustizia e del Sovrano, purché essa riguardi l'accertamento e l'eventuale repressione penale dei reati commessi all'estero da parte del cittadino o da parte dello straniero (artt. 7-10 c.p.).

Tra gli Stati membri dell'Unione europea, la legislazione che dimostra maggiore consapevolezza del problema legato agli effetti bloccanti del *ne bis in idem* transnazionale è quella dei Paesi Bassi: fin dal 1886, l'art. 68 c.p. olandese prevede, infatti, l'operatività del principio sia per le sentenze nazionali che per quelle straniere. A ben vedere, anche la Spagna sembra aver dato spazio nella propria legislazione nazionale al principio del *ne bis in idem* nei rapporti tra Stati²⁶.

In alcuni ordinamenti giuridici poi il pubblico ministero è autorizzato a non esercitare l'azione penale, a cominciare dalla Germania [cfr. §153(c) StPO tedesco] se si tratta di perseguire 1) atti commessi al di fuori dell'ambito di applicazione territoriale della legge tedesca o commessi entro tale ambito da un partecipante a un atto, comunque, commesso al di fuori del predetto ambito territoriale; 2) atti commessi da uno straniero a bordo di una nave o di un aeromobile straniero nel territorio della Repubblica federale di Germania; 3) se, nei casi di reati associativi di cui ai §§129 e 129(a) del codice penale, l'associazione criminale non opera o non opera prevalentemente in Germania e gli atti di partecipazione commessi in Germania sono di minore importanza o si limitano alla semplice adesione²⁷. Altri ordinamenti ancora escludono la rinnovabilità del procedimento ma solo in caso di assoluzione dell'imputato o nel caso di esecuzione della pena in seguito a condanna o nell'ipotesi di prescrizione, amnistia o grazia intervenuti all'estero²⁸; altri, al contrario,

²⁶ Così M. WASMEIER, N. THWAITES, *The development of ne bis in idem into a transnational fundamental right in EU law: comments on recent developments*, in *Eur. Law Rev.*, 2006, pp. 565 ss.

²⁷ Quanto all'ordinamento giuridico tedesco, la giurisprudenza ha per lungo tempo escluso che l'art. 103(3) si applichi alla dimensione transnazionale del principio (cfr. BVerfGE 12, p. 62 ss.; BVerfGE 75, pp. 1 ss.; BGHSt 6, pp. 176 ss.; BGH StV 1986, p. 292; BGH StV 1988, p. 18 s.), pensiero, questo, in passato prevalente anche dottrina. Tuttavia, nel tempo è aumentato il numero di studiosi che, benché non abbiano affermato *apertis verbis* la valenza intergiurisdizionale dell'art. 103(3) GG, quantomeno muovono delle obiezioni all'opinione che lo nega. Questi autori ritengono che il §153(c) del StPO sia in realtà funzionale a realizzare concretamente il principio del *ne bis in idem* in presenza di condanne straniere, nonostante la portata limitata della disposizione di cui all'art. 103(3) GG. L'evoluzione di questo orientamento è descritto accuratamente da D. VOULGARIS, *Transnationales „ne bis in idem“ zwischen staatlicher Schutz und Achtungspflicht. Grundlagen der „ne bis in idem“ Problematik*, in *Beiträge zum Internationalen und Europäischen Strafrecht*, Berlin, 2016, pp. 26 ss., a cui si rimanda per i riferimenti dottrinali. Va però detto che gli argomenti addotti per segnare questo cambio di rotta hanno valorizzato per lo più il bilanciamento o, meglio, una «*praktischer Konkordanz*» tra gli interessi dello Stato rispetto all'esercizio di nuova azione penale e i diritti individuali. Così, fra tutti, O. LAGODNY, in *JZ*, 1998, p. 568. Infine, le istanze garantiste sottese al principio sono state avvertite nell'ordinamento giuridico tedesco quando si è rapportato i principi vigenti in materia di estradizione dei cittadini dell'area UE verso Paesi terzi (come stabiliti dalla Corte di Lussemburgo) al diritto a non essere penalmente perseguiti per due volte. Sul punto cfr. T. WAHL, *German Court Links Petruhhin Doctrine with ne bis in idem and Boosts Common European Criminal Law*, in *Eucrim*, 9 agosto 2020, reperibile al sito <https://eucrim.eu/news/german-court-links-petruhhin-doctrine-ne-bis-idem-and-boosts-common-european-criminal-law/>.

²⁸ In tal senso, cfr. art. 13(1) legge belga del 17 aprile 1878 e l'art. 113(9) c.p. francese.

prescrivono l'improcedibilità solo in presenza di una sentenza definitiva di proscioglimento pronunciata *ultra fines*²⁹.

C'è poi da considerare la difficoltà storicamente apprezzabile di far assurgere il *ne bis in idem* a principio generale del diritto internazionale (*ius cogens*). Per molti anni, infatti, il sistema di cooperazione internazionale in Europa, come abbiamo visto, si è concentrato sugli interessi degli Stati a ricevere e fornire assistenza mutuale. Al contrario, scarsa attenzione è stata riservata all'individuo sottoposto alla misura di cooperazione internazionale e ai suoi diritti. Le procedure di cooperazione sono state a lungo considerate afferenti alla sfera del diritto amministrativo internazionale a cui non si applicavano né il diritto internazionale in materia di diritti umani, in generale, né le garanzie procedurali penali, in particolare, anche se le misure eseguite erano collegate a indagini e procedimenti penali. Stando così le cose, i motivi di rifiuto previsti dai Trattati a tutela dell'individuo, come il principio del *ne bis in idem*, non potevano essere invocati dai singoli interessati davanti ad un tribunale, ma solo dalle autorità interpellate, in quanto si trattava di "diritti interstatali"³⁰, ovvero di diritti dotati di un'efficacia *inter partes* più che *erga omnes*. Questa concezione del *ne bis in idem* è stata accolta dalla Corte costituzionale italiana che in un'ormai risalente pronuncia degli anni Settanta lo ha ritenuto un "principio tendenziale"³¹.

A questo riguardo, il Prof. De Francesco ha individuato quattro storici e fondamentali passaggi che hanno rafforzato, lungo un arco temporale ventennale, il riconoscimento del principio sul piano internazionale. In una prima e seconda fase, il divieto del doppio giudizio ha cominciato a trovare spazio nelle previsioni contenute all'interno delle Convenzioni sull'extradizione, a carattere bilaterale prima, multilaterale dopo (esempi fra tutti, la Convenzione sull'extradizione del 1957, la Convenzione dell'Aja sull'efficacia internazionale delle sentenze, la Convenzione di Strasburgo sul trasferimento dei procedimenti penali); nella terza fase esso ha assunto una specifica fisionomia all'interno di aree regionali fortemente integrate, come lo spazio giuridico europeo, che fa ricorso a strumenti di cooperazione imperniati sul mutuo riconoscimento e sulla fiducia reciproca (Accordo di Schengen, Convenzione di Bruxelles). Infine, il punto di approdo di questa evoluzione ha visto il passaggio decisivo verso la configurazione del principio in termini di diritto (indisponibile) individuale, come tale azionabile dinanzi ai giudici di volta in volta competenti (Protocollo addizionale n. 7 alla Cedu, CAAS, Carta europea dei diritti e delle libertà)³².

²⁹ Si tratta dell'ipotesi prevista dall'art. 10(3) c.p. danese.

³⁰ R.J. CURRIE, *The protection of human rights*, in N. BOISTER and R.J. CURRIE (eds.), *Handbook of Transnational Criminal Law*, Routledge, 2014, p. 35.

³¹ Corte costituzionale, 14 febbraio 1997, n. 58: «Ma la situazione è mutata con l'entrata in vigore del nuovo codice, il quale ha introdotto la regola di cui all'art. 705, comma 1, ultima parte, in omaggio al principio *ne bis in idem*, che, pur non essendo assunto a regola di diritto internazionale generale [...], né essendo accolto senza riserve nelle convenzioni internazionali che ad esso si riferiscono [...], è tuttavia principio tendenziale cui si ispira oggi l'ordinamento internazionale, e risponde del resto a evidenti ragioni di garanzia del singolo di fronte alle concorrenti potestà punitive degli Stati». Sull'argomento, fra i molti, B. NASCIBENE, *Ne bis in idem, diritto internazionale e diritto europeo*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, p. 6.

³² G. DE FRANCESCO, *Ne bis in idem: evoluzione e contenuti di una garanzia, nello scenario dell'integrazione europea*, in www.lalegislazionepenale.it, 2015, p. 1. L'Autore riconosce, peraltro, nel principio «un diritto della persona umana a non dover più subire una 'nuova' persecuzione penale per lo stesso fatto».

3. Il principio del *ne bis in idem* tra solenni affermazioni e continui temperamenti: verso un assetto a geometria variabile del divieto di doppio giudizio

Difettando una cornice ordinamentale e soprattutto costituzionale uniforme in materia penale a livello europeo, nel tempo è sorto il problema di come determinare in maniera nitida taluni profili non poco incerti del divieto in esame, a cominciare dall'identificazione della pronuncia dotata di forza preclusiva. È risaputo che ciò ha richiesto l'intervento delle Corti europee e, tra le questioni relative alla definizione dei confini applicativi del principio, quella che, più di altre, ha animato il dibattito sorto tra giudici di Strasburgo e di Lussemburgo ha interessato proprio il significato da attribuire all'espressione "decisione definitiva". Tuttavia, anziché raggiungere adeguate soluzioni, gli incessanti sforzi ermeneutici hanno prodotto risultati piuttosto oscillanti. Nell'area della cooperazione giudiziaria, poi, neppure il ricorso al principio del mutuo riconoscimento – pur ampiamente invocato dalla Corte di giustizia, sin dalla sua prima pronuncia sul tema che ha incorniciato in tale riquadro il *ne bis in idem* transnazionale³³ – non è riuscito ad apportare ordine in una materia così intricata e a fare così chiarezza.

Ora, proprio una disamina dell'evoluzione giurisprudenziale di Strasburgo concernente il divieto di *bis in idem* testimonia un allargamento della visuale operativa di questo principio quale presupposto logico-argomentativo per fondare ogni discorso sull'equo processo transnazionale.

La incessante ricerca di requisiti qualitativi che attribuiscono forza di giudicato ad un provvedimento nei confronti di altri Paesi condotta lungo l'arco di questa esperienza giurisprudenziale consente anzitutto di ragionare su quali autorità, giudiziarie o meno, possano avere il potere di *ius dicere* in materia penale. In questo ordine di idee può ravvisarsi un certo parallelismo con la materia e della cooperazione giudiziaria e dell'assistenza probatoria che pure ha messo in luce la forte esigenza di individuare gli organi titolati ad emettere ed eseguire sia un MAE sia un OEI.

Non possono tralasciarsi a riguardo le indicazioni della Corte di giustizia che nel 2003 fu chiamata per la prima volta a valutare se la definitività dell'azione penale potesse essere rappresentata dalle c.d. *décisions extra-judiciaires*, ovvero da quelle forme di definizione del procedimento penale senza intervento dell'autorità giudiziaria. Nella storica pronuncia *Gözütok e Brügger* i giudici eurounitari affrontarono, infatti, il tema del *ne bis in idem* nel caso in cui la definizione del procedimento penale fosse stata disposta dal pubblico ministero, a seguito del versamento di una somma nelle casse dell'erario da parte della persona indagata (c.d. *transactie*)³⁴. La Corte pertanto colse l'occasione per affermare che una persona può godere dell'applicazione del *ne bis in idem* ancorché una pronuncia che non sia formalmente definitiva. Nello stesso giudizio, la Corte di Lussemburgo non solo poté asserire che la regola del *ne bis in idem* si applica anche alle procedure conclusive con le quali il pubblico ministero di uno Stato membro interrompe un procedimento penale avviato, ma chiarì che non è

³³ Corte giust., 11 febbraio 2003, *Gözütok e Brügger*, cause C-187/01 e C-385/01, ECLI:EU:C:2003:87.

³⁴ Nel caso di specie, la Corte ha affermato che l'art. 54 della CAAS si applica alla transazione penale nella misura in cui quest'ultima consente allo Stato di esercitare comunque l'azione penale; comporta la formulazione di un giudizio definitivo implicito in merito alla condotta dell'imputato e la comminazione di misure sanzionatorie; e non pregiudica il diritto della vittima di agire per il risarcimento danni ai fini civili. Corte giust., *Gözütok e Brügger*, cit.

necessario che su tale decisione intervenga un giudice, sebbene l'art. 54 della CAAS faccia riferimento a “*trial*” nella versione inglese e utilizzi il verbo “*juger*” in quella francese³⁵.

A tali conclusioni i giudici di Lussemburgo sono pervenuti individuando il carattere decisivo della statuizione secondo il diritto nazionale in un provvedimento che pone fine all'azione penale e, in quanto tale, capace di innescare l'efficacia preclusiva del *ne bis in idem*. Di qui l'obbligo per ogni Stato membro di accettare «l'applicazione del diritto penale vigente negli altri Stati membri, anche quando il ricorso al proprio diritto nazionale condurrebbe a soluzioni diverse»³⁶. Ora, se una simile decisione può considerarsi definitiva, la circostanza che promani da un organo privo dei requisiti di imparzialità ed indipendenza e che, per giunta manchi, un controllo da parte di un giudice munito di tali garanzie legittimerebbe la sua forza preclusiva rispetto all'instaurazione di nuovo procedimento all'estero?

In questa cornice potrebbe pure immaginarsi che una decisione del rappresentante della pubblica accusa, indipendente o meno, chiuda, per così dire, la partita in assenza di indagini approfondite e complete in spregio non solo dell'indagato, quanto della persona offesa dal reato. Eppure, oltre un decennio dopo i giudici di Lussemburgo nel caso *Kossowski* hanno negato l'idoneità del provvedimento archiviativo a produrre l'efficacia propria del divieto di *bis in idem*, in quanto adottato a seguito di un'attività investigativa incompleta proprio per la circostanza che la persona colpita dal reato non fosse stata sentita³⁷. Nel caso rammentato,

³⁵ Di questo avviso è peraltro l'Avvocato Generale *Ruiz-Jarabo Colomer*, il quale ha ritenuto che l'art. 54 CAAS «non allude ad una decisione giudiziaria che prenda la forma di sentenza e che venga emessa al termine di un procedimento svoltosi nel rispetto di tutte le garanzie dettate dall'art. 6 CEDU, ma più genericamente, si riferisce ad ogni pronuncia giudiziaria, con la quale lo Stato esprime l'ultima parola in merito ai fatti perseguiti ed alla colpevolezza dell'autore di essi; pronuncia che può provenire da un magistrato in sede giudicante, dal giudice istruttore a conclusione della sua attività inquirente o da un pubblico ministero nell'esercizio dell'azione repressiva dei reati». Ben oltre i *deficit* evidenziati, va pure sottolineata come preziosa sia l'esegesi della Corte nel distinguere la definitività dalla irrevocabilità, avvalorando della prima una nozione più ampia e diversa rispetto a quella fornita dalla esperienza classificatoria domestica. Secondo la Corte Edu di definitività si può parlare quando una pronuncia assume il carattere dell'irrevocabilità, ossia quando «non sono disponibili ulteriori rimedi ordinari di impugnazione, o quando le parti hanno esaurito tali rimedi, o hanno lasciato scadere i relativi termini senza avvalersene». Cfr. Corte Edu, 8 luglio 2019, *Mihalache c. Romania*, ric. n. 54012/10. Della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo è il caso di richiamare una sentenza del 2009 in cui i giudici di Strasburgo hanno svincolato la regola del *ne bis in idem* dal principio della *res judicata pro veritate habetur*. La Corte europea dei diritti dell'uomo ha giustificato tale cambio di rotta osservando che il suo precedente orientamento era troppo restrittivo per i diritti dell'individuo. Così, Corte Edu, 10 febbraio 2009, *Zolotukhin c. Russia*, ric. n. 14939/03.

³⁶ Corte giust., *Gözütok e Brügger*, cit.

³⁷ Corte giust., 29 giugno 2016, *Kossowski*, causa C-486/14, ECLI:EU:C:2016:483. Al contrario, non può trascurarsi il fatto che il provvedimento archiviativo ben potrebbe intervenire all'apice di una intensa e penetrante attività investigativa idonea ad assumere la connotazione propria di una decisione «sostanzialmente giurisdizionale». In questi termini si esprime F. SIRACUSANO, *La completezza delle indagini nel processo penale*, Torino, 2005, pp. 41 ss. L'ipotesi menzionata è tutt'affatto che remota nell'ordinamento giuridico italiano alla luce del nuovo parametro di esercizio dell'azione penale di cui all'art. 408 c.p.p. voluto dalla Riforma Cartabia (d.lgs. 150/2022), il quale richiede una ragionevole previsione di condanna per esercitare proficuamente l'azione penale. Quanto espresso è preoccupante se si considera che l'uso massiccio di strumenti investigativi tecnologici oggi interferisce a dismisura, non solo con le libertà fondamentali degli indagati ma anche di soggetti terzi al procedimento penale, grazie anche alla facilità con la quale informazioni *lato sensu* investigative vengono scambiate tra Paesi membri dell'area UE. Non solo. Bisogna riflettere sul fatto che far dipendere l'operatività del principio in oggetto dalla circostanza che sia il giudice a dover indagare sulla completezza delle investigazioni attuate all'estero, sulla base delle documentazioni allegare, non rende esenti dal rischio che l'esautività venga comunque letta con le lenti degli *standard* investigativi propri dello Stato chiamato a vagliare l'attivazione del *ne bis in idem*, in cui ben potrebbero essere in forza parametri di esercizio dell'azione penale più bassi. Ed ancora, non può sottacersi l'evenienza, alquanto pericolosa, che un'autorità straniera possa sbarrare l'efficacia del *ne bis*

dopo aver avviato un'indagine parallela contro il signor *Kossowski* per estorsione aggravata commessa nella città di Amburgo, le autorità polacche avevano richiesto l'assistenza di quelle tedesche, le quali avevano prontamente trasmesso alla Procura polacca una copia del fascicolo investigativo contenente, tra l'altro, i verbali delle dichiarazioni fornite dalla vittima dell'estorsione e da un testimone indiretto. A trasmissione avvenuta, le autorità polacche non hanno compiuto alcun altro atto investigativo e hanno anzi archiviato il caso per insufficienza di prove e, in particolare, per l'asserita impossibilità di interrogare e verificare le dichiarazioni della vittima e del testimone, entrambi residenti in Germania. A ben considerare, il caso appena evocato, oltre a puntare i riflettori sul diritto della persona offesa ad indagini esaurienti, si segnala per essere un esempio di violazione della parità delle armi sul fronte nazionale ma con ricadute su quelli transnazionale e, in specie, dalla prospettiva della vittima di reato, violazione che, secondo un'applicazione rigida del *ne bis in idem*, rimarrebbe impunita per via dello "scudo protettivo" del divieto di reiterazione di un secondo giudizio.

Ad ogni modo, prima della *Kossowski*, l'iter giurisprudenziale inaugurato con la decisione *Gözütok e Brügger* è proseguito con l'emanazione di sentenze che hanno rappresentato, ognuna, un tassello fondamentale in questo processo espansivo della portata del principio. E così, nella sentenza *Gasparini*³⁸, i giudici di Lussemburgo, ribadendo delle posizioni già espresse in *Gözütok e Brügger*, hanno ricompreso nella nozione di pronuncia definitiva anche quella di assoluzione per prescrizione, se emessa a seguito di un accertamento dei fatti. Nel caso *Miraglia*³⁹ è stata fissata la regola secondo la quale una decisione è definitiva solo quando si fonda su un'analisi nel merito della causa. Nel caso *Van Straaten*⁴⁰ i giudici di Lussemburgo hanno ritenuto di includere, tra le pronunce definitive, le sentenze di assoluzione per insufficienza di prove e, nella decisione *Kretzinger*⁴¹, anche quelle di condanna a pena condizionalmente sospesa. Infine, nella decisione *Bourquain* la Corte ha, altresì, ritenuto definitiva la pronuncia *in absentia*, che non può essere riconosciuta per specificità procedurali⁴².

Ebbene, lungi dall'entrare nel merito di queste soluzioni, l'interpretazione estensiva messa a punto dalla giurisprudenza di Lussemburgo è perlopiù eccessivamente sbilanciata a favore dell'imputato e poco rispettosa dell'esigenza di punire efficacemente i reati transnazionali⁴³. Altra voce della dottrina, per converso, ha rimarcato che l'impostazione adottata negli anni dalla Corte di Lussemburgo non implica necessariamente un'accettazione incondizionata

in idem adducendo l'incompletezza dell'istruttoria condotta all'estero al solo fine di giustificare l'instaurazione di un secondo giudizio nei confronti dello stesso soggetto per gli stessi fatti, finendo per assecondare logiche interne che aprono la via alle *multiple prosecutions*. Scelta, questa, che desta ancora preoccupazione con riguardo a quei sistemi connotati da una forte dipendenza del potere giudiziario nei confronti di quello politico.

³⁸ Corte giust., 28 settembre 2006, *Gasparini e altri*, causa C-467/04, ECLI:EU:C:2006:610.

³⁹ Corte giust., 10 marzo 2005, *Miraglia*, causa C-469/03, ECLI:EU:C:2005:156.

⁴⁰ Corte giust., 28 settembre 2006, *van Straaten c. Paesi Bassi e Italia*, causa C-150/05, ECLI:EU:C:2006:614.

⁴¹ Corte giust., 18 luglio 2007, *Kretzinger* C-288/05, ECLI:EU:C:2007:441. Sul tema M. PIAZZA, A. PISAPIA, *Riflessioni sul principio del "ne bis in idem" alla luce delle recenti pronunce della Corte di Giustizia dell'Unione europea*, in *Cass. pen.*, 2013, pp. 3272 ss.

⁴² «Il principio "ne bis in idem", sancito dall'art. 54 della Convenzione d'applicazione dell'Accordo di Schengen (CAAS), si applica ad un procedimento penale avviato in uno Stato contraente per reprimere fatti per i quali l'imputato è già stato definitivamente giudicato in un altro Stato contraente, anche qualora, ai sensi del diritto dello Stato in cui esso è stato condannato, la pena inflittagli non abbia mai potuto essere direttamente eseguita a causa di peculiarità procedurali proprie del diritto di tale Stato». Corte giust., 11 dicembre 2008, *Klaus Bourquain*, causa C-297/07, ECLI:EU:C:2008:708.

⁴³ Cfr. sul punto T. RAFARACI, *Ne bis in idem e conflitti di giurisdizione in materia penale nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia dell'Unione Europea*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, pp. 621 ss.

del primo giudicato da qualunque altro Paese dell'area Schengen o dell'Unione»⁴⁴: sulla falsariga di quanto statuito nella decisione *Miraglia*, e in linea con quanto suggellato dalla Corte di Strasburgo, che pure fa della “*determination as to the merits of the case*” un presupposto essenziale per la produzione del *ne bis in idem* convenzionale di cui al Protocollo VII alla CEDU⁴⁵, la Corte esige, comunque, un approfondimento del merito nella pronuncia emanata per prima al fine di riconoscerle forza preclusiva oltre i confini nazionali⁴⁶.

Attorno al concetto di merito, tuttavia, orbitano tutta una serie di delicate questioni concernenti l'identificazione di un «*quantum* minimo di merito»⁴⁷ affinché si attivi la forza preclusiva del divieto, che qui non intendiamo ripercorrere. Piuttosto, ai fini della nostra ricerca, è interessante indagare se l'attivazione del *ne bis in idem*, quando ancorata al principio del mutuo riconoscimento, debba seguire o meno a un controllo sulla presenza di essenziali requisiti qualitativi che soddisfino un *equo* procedimento nell'*iter* preordinato all'emanazione della decisione della quale si postuli il riconoscimento e l'esecuzione *overseas*.

Il riferimento va certamente a quegli elementi-chiave del procedimento penale equo quali il canone del contraddittorio, la parità delle armi, il diritto a una difesa effettiva, nonché il diritto alla prova, ma anche ulteriori fondamentali garanzie come l'indipendenza e l'imparzialità dell'autorità nella cui sfera di competenza rientri l'adozione del provvedimento la cui forza di giudicato è in discussione. Ad esempio, quali ragioni potrebbero militare a favore del diniego ad un individuo condannato a giudizio in uno Stato a lui estraneo di attivare un ulteriore procedimento penale in un altro Stato, magari a lui più vicino, perché non ha potuto, nel primo procedimento, usufruire della traduzione ed interpretazione di atti fondamentali? E se lo stesso soggetto condannato non ha potuto beneficiare nel procedimento estero di una *disclosure* piena e funzionale o testimonianze a discarico siano state ingiustamente escluse lungo tutti i gradi del giudizio già concluso, si potrebbe parlare anche con riguardo a tali casi di uno “scudo protettivo” transnazionale del *ne bis in idem*?

Potrebbe obiettarsi che la massimizzazione della tutela del *ne bis in idem* sul fronte transnazionale si scontra quasi certamente con esigenze di carattere pratico attinenti all'economia, nel senso di efficace ed efficiente gestione delle risorse anche umane, tallone d'Achille di gran parte dei sistemi di giustizia penale d'Europa. Eppure, dette obiezioni non meritano di essere comparate con l'esigenza di una tutela la più ampia possibile, a meno che non si intenda creare un'area di insicurezza e ingiustizia in Europa.

Ora, a ben vedere, deroghe al modo di intendere tradizionale del divieto, così come pocanzi descritto, non sono impensabili anche in sistemi di più ampio respiro come quello della Comunità internazionale. È sufficiente qui rammentare che nell'ambito del diritto internazionale penale, lo Statuto della Corte penale internazionale consente esplicitamente una deroga al principio del *ne bis in idem* e la ripetizione di un giudizio sull'*idem factum*. Questa eccezione si applica quando un procedimento penale è stato condotto in un'altra giurisdizione con l'intento di evitare che un individuo sia ritenuto responsabile per crimini di competenza della Corte penale internazionale, oppure se quel procedimento non è stato condotto nel rispetto delle norme stabilite dal diritto internazionale. Tra queste rivestono particolare importanza i principi di indipendenza e imparzialità della giurisdizione⁴⁸. In casi

⁴⁴ S. RUGGERI, *Norma, giudizio, giudicato*, cit., p. 5

⁴⁵ Così, ancora, Corte Edu, 8 luglio 2019, *Mihalache c. Romania*, cit.

⁴⁶ S. RUGGERI, *Norma, giudizio, giudicato*, cit., p. 5.

⁴⁷ S. RUGGERI, *Norma, giudizio, giudicato*, *ibid.*

⁴⁸ Sul tema F. PERRINI, *Il ne bis in idem nella giurisdizione penale internazionale*, in *OIDU*, 3, 2023, pp. 62 ss. L'Autrice dà conto, ad esempio, di come l'art. 20 dello Statuto di Roma consta di tre paragrafi, ognuno dei quali

del genere, la Corte penale internazionale ha il diritto di intervenire per garantire un corretto esercizio dell'azione giudiziaria ed assicurare alla giustizia il responsabile di uno dei crimini di cui agli artt. 6, 7 8 e 8-*bis* dello Statuto di Roma, senza che si possa considerare violato in alcun modo il principio del *ne bis in idem*.

Senza dubbio, uno degli ambiti che più testimonia un nuovo modo di interpretare il principio, per così dire più inclusivo, e che si riconnette al contempo all'equità procedimentale, è rappresentato l'attenzione rivolta al legame tra il divieto di *bis in idem* e la tutela delle vittime che è cresciuta e si è consolidata negli ultimi trent'anni attraverso diverse esperienze giurisprudenziali. Una siffatta estensione della portata applicativa del principio si è affiancata al primigenio significato di diritto indisponibile essenzialmente vincolato e alla protezione dell'imputato da un doppio procedimento e ad assicurare la certezza giuridica e sicurezza quali metavalori che oggi estendono il proprio raggio d'azione oltre i confini nazionali.

Non solo. Da uno sguardo alle esperienze giurisprudenziali internazionali si evince chiaramente che un tale atteggiamento innovativo è stato già praticato in altre giurisprudenze straniere. Nel 2006, ad esempio, la Corte interamericana aveva notevolmente ridimensionato l'entità di questa garanzia nei casi in cui una decisione di assoluzione, emessa da un'autorità giudiziaria, avesse avuto lo scopo di proteggere un individuo responsabile di violazioni dei diritti umani secondo il diritto internazionale, oppure quando le autorità nazionali non avessero l'effettiva intenzione di processarlo⁴⁹. Dal canto suo, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha dimostrato altrettanta sensibilità su questa problematica e ha bilanciato interessi meritevoli di protezione, addirittura legittimando la riapertura del processo penale nello stesso ordinamento per un'aggressione omotransfobica già oggetto di un precedente procedimento amministrativo avviato per disturbo dell'ordine pubblico⁵⁰. Una tale apertura, per la verità, si iscrive entro un generale modo di operare dei giudici di Strasburgo, i quali da più di un decennio mirano a raggiungere un punto di equilibrio tra diritti della vittima di reato e le garanzie difensive della persona indagata o imputata, nell'ottica di una complessiva parità delle parti e dell'equità del procedimento penale sul fronte prettamente interno⁵¹.

indica un diverso modo di operare del *ne bis in idem*. «Il primo paragrafo si riferisce alla Corte stessa, stabilendo che essa non possa esercitare due volte la sua giurisdizione per lo stesso crimine; il secondo pone il divieto in capo alla Corte di giudicare una persona che è già stata processata da un'altra istanza giurisdizionale; il terzo ammette il giudizio della Corte a seguito di un precedente giudizio nazionale, che, però, sia da ritenersi inefficace». Proprio il par. 3 precisa: «Chiunque sia stato precedentemente giudicato da una diversa giurisdizione per condotte punibili anche ai sensi degli articoli 6, 7, 8 o 8-*bis*, può essere giudicato dalla Corte solo se il procedimento di fronte all'altra giurisdizione: a) mirava a sottrarre la persona interessata alla sua responsabilità penale per crimini di competenza della Corte; o b) in ogni caso non era stato condotto in modo indipendente ed imparziale, nel rispetto delle garanzie di un processo equo previste dal diritto internazionale, ma era stato condotto in modo da essere incompatibile, date le circostanze, con il fine di assicurare la persona interessata alla giustizia...». Sul tema, si leggano pure I. TALLGREN, A. REISINGER CORACINI, *Article 20. Ne bis in idem*, in K. AMBOS (ed.), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, Baden-Baden, 2021; W.A. SCHABAS, *An Introduction to the International Criminal Court*, Cambridge 2020, pp. 199 ss.

⁴⁹ Corte Idu, 24 ottobre 2012, *Nadege Dorzema et al. c. Repubblica Dominicana*.

⁵⁰ Corte Edu, 14 gennaio 2021, *Sabalić c. Croazia*, ric. n. 50231/13.

⁵¹ Così, V. DI NUZZO, *Accertamento penale e principio del ne bis in idem: la tutela della vittima di reato nella giustizia riparativa*, in *OIDU*, 3, 2023, p. 102. Sul punto, cfr., *inter alios*, M. GIALUZ, *La vittima tra Corte edu e Corte di Giustizia*, in L. LUPÁRIA DONATI (ed.), *Lo statuto europeo delle vittime di reato*, Padova, 2015, p. 20; E.N. LA ROCCA, *La tutela della vittima di reato*, in D. CHINNICI, A. GAITO, *Regole europee e processo penale*, cit., pp. 146 s.; M. MONTAGNA, *Obblighi convenzionali, tutela della vittima e completezza delle indagini*, in *Arch. pen.*, 2019, pp. 1 ss. Cfr., infine, E. MALINO, *Tutela della vittima e completezza delle indagini preliminari tra giurisprudenza edu e prospettive di riforma nella giustizia penale italiana*, in *www.lalegislazionepenale.it*, 25 luglio 2022, pp. 7 ss.; ID., *Completezza delle indagini*

È importante ribadire che entro questa inedita cornice interpretativa solo autorità giudiziarie indipendenti e imparziali possono rendere al meglio questa delicata opera di bilanciamento tra gli interessi e i poteri delle parti coinvolte, interessi che, come abbiamo visto, si caricano di una particolare complessità quando dal piano nazionale si passa a quello transnazionale.

4. Rilievi conclusivi

Da questa disamina risulta che ci troviamo al cospetto di un principio che, a seconda del fine da esso perseguito e del livello di analisi considerato, presenta più di un volto.

Come è stato efficacemente sottolineato circa le molteplici funzioni del principio del *ne bis in idem* transnazionale, «due sono, [tradizionalmente], le esigenze contrapposte da contemperare: da un lato, occorre tutelare l'imputato dal rischio del doppio procedimento, garantendogli il diritto a non essere illimitatamente esposto all'esercizio dello *ius puniendi*, esigenza che la Corte di Giustizia collega inscindibilmente alla tutela del diritto alla libera circolazione delle persone all'interno dell'Unione, dall'altro, evitare situazioni di impunità, con l'obiettivo ultimo di “garantire un livello elevato di sicurezza attraverso misure di prevenzione e di lotta contro la criminalità”, come sancito testualmente dall'art. 67, par. 3, TFUE»⁵². Eppure, abbiamo avuto modo di appurare che, pur senza rinnegare tali essenziali finalità, il principio finisce per assolvere ad ulteriori funzioni tutte orientate verso la massimizzazione della tutela dei diritti fondamentali nello spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia. Da presidio a favore della certezza e della stabilità dell'ordinamento giuridico, quindi da diritto indisponibile, il *ne bis in idem* ha assunto man mano la fisionomia di un diritto, pur sempre indisponibile, dell'imputato contro l'esercizio dello *ius puniendi e persecuendi*. E così, se la dottrina ha tradizionalmente considerato “*final decision*” quella statuizione nel merito che chiude il primo grado di giudizio⁵³, l'intervento operato soprattutto dalla Corte di giustizia ha eroso negli anni il concetto di definitività nel settore transfrontaliero estendendolo anche ai provvedimenti emessi in fasi precedenti. Questo orientamento è stato il frutto di tutta una serie di riflessioni attorno alla spinosa questione concernente la possibilità o meno che statuizioni non suscettibili di assumere carattere definitivo (c.d. *formelle Rechtskraft*⁵⁴) quali, in particolare, il provvedimento di archiviazione possano rappresentare uno sbarramento a nuovi procedimenti penali de *eadem re et persona* (*Sperrwirkung*), non solo nello Stato in cui è stata emessa la decisione che ostacola l'accesso al processo ma anche in uno estraneo al procedimento archiviativo originario. Ciò che è risultato con estrema chiarezza è che non è tanto la forma del provvedimento a contare, quanto, piuttosto, il suo contenuto e che il *ne bis in idem* non trova la sua ragion d'essere esclusiva nelle scelte del legislatore nazionale ma anche in quelle europee destinate a creare uno spazio integrato di sicurezza, libertà e giustizia.

Un'altra impostazione ha, tuttavia, fatto la sua apparizione e ha rovesciato la prospettiva sedimentatasi nel tempo attraverso l'individuazione di un nucleo essenziale di valori, tra cui la parità delle armi e l'indipendenza, quali presupposti necessari dell'equo processo

preliminari e ne bis in idem: i risvolti applicativi dell'interazione dei principi della giustizia penale, in *OIDU*, 3, 2023, pp. 81 ss.

⁵² F. PELLEGRINO, *Ne bis in idem transnazionale*, in *OIDU*, 3, 2023, pp. 48 s.

⁵³ S. FARINELLI, *Sull'applicazione del principio ne bis in idem tra gli Stati membri della Comunità europea*, in *Riv. dir. int.*, 1991, pp. 878-891.

⁵⁴ K. ROXIN, *Strafverfahrensrechts*, München, 1985, pp. 408 ss.

transnazionale, in assenza o presenza dei quali, e a seconda dei casi, si possa attivare o, invece, neutralizzare l'attivazione del *ne bis in idem*. In particolar modo, la considerazione delle garanzie ordinamentali dell'organo competente per *ius dicere* e di tutte le dinamiche procedimentali che conducono a tale risultato rende oggi improrogabile una rivalutazione della portata del principio del *ne bis in idem*, la cui costruzione dogmatica non può prescindere, specie su scala transfrontaliera, dall'apprezzamento di questi apicali elementi. Secondo questo schema interpretativo, il *ne bis in idem*, quindi, al cospetto dell'equità procedimentale, si fa diritto soggettivo liberamente disponibile del soggetto interessato che ha subito una grave violazione della *fairness* processuale nel primo procedimento.

Va, tuttavia, rimarcato che la mutazione genetica del *ne bis in idem* si lega al tentativo di liberalizzazione della decisione dalla *res judicata* dalla quale, tuttavia, non ci si è mai completamente affrancati. Il principio racchiuso nella massima della *res judicata pro veritate habetur*, ancorché suggestivo, disvela però incongruenze sul piano della logica. Assumendo che per verità debba intendersi quella processuale e, cioè, il prodotto del processo dato dai fattori rappresentati dalle norme incriminatrici e dalle regole procedimentali, è facile constatare che l'assenza di coordinate legislative identiche (i fattori) – che quantomeno possano valere per aree regionali fortemente integrate – mette in discussione la nozione così concepita di verità, la quale finisce per vacillare al cospetto delle prerogative statali in materia penale. In altre parole, come potrebbe violarsi la *legal truth* di una decisione emessa in uno Stato se, nel passaggio da un ordinamento all'altro, cambiano i “postulati” in base ai quali un'altra “verità” (sullo stesso fatto nei confronti della stessa persona) è resa?

Ora, ci pare di intravedere in questo ragionamento il grimaldello contro ogni indugio nutrito nei confronti di una diversa configurazione della portata del principio quando questo è chiamato a confrontarsi con le istanze di tutela imposte dal *due process of law*.

Ad ogni modo, può ragionevolmente concludersi, che il dover teleologicamente ricondurre il fine ultimo del processo alla *veritas* non solo risulta infruttuoso sul piano interno, ma diventa del tutto inutile e fuorviante nel panorama transnazionale. La tutela dei diritti procedimentali di ogni individuo è probabilmente la base più appropriata sulla cui solidità fondare oggi il principio del *ne bis in idem* transfrontaliero.

Se, tuttavia, si volesse insistere nel percorrere strade già battute ovvero si continuasse a leggere il principio solo come una garanzia e oggettiva e soggettiva che esclude una duplicazione del procedimento, a quel punto non resterebbe altro che rinforzare sul piano domestico le garanzie che sorreggono l'equo processo. Conclusione, questa, a cui pure siamo pervenuti nei capitoli che hanno affrontato la cooperazione giudiziaria basata sul MAE e l'OEI e il lacunoso sistema di tutela offerto dal meccanismo del doppio livello di tutela.

CAPITOLO VI

***Par condicio* e indipendenza delle autorità giudiziarie nel prisma dell'equità. Il perseguimento di un ragionevole equilibrio procedimentale: quale futuro per la giustizia penale in Europa?**

Sommario: 1. Considerazioni preliminari. - 2. Sui concetti di uguaglianza, parità e equità: similitudini e differenze. Il perseguimento di un ragionevole equilibrio procedimentale. - 2.1 L'equità procedimentale alla luce della *par condicio*. - 2.2 *Fairness* procedimentale, confronto dialettico e contraddittorio nella comparazione tra modelli inquisitori ed accusatori. - 3. Parità delle armi e indipendenza: un binomio inscindibile. - 3.1. Il pubblico ministero quale ago della bilancia che orienta la *fairness* procedimentale. - 4. La mancanza di una definizione autonoma di *transnational equality of arms* nel panorama giuridico europeo. - 5. La nomofilachia europea della Corte di giustizia sul concetto di "autorità giudiziaria" e l'assetto a geometria variabile. - 6. Il doppio livello di tutela, le carenze della difesa e le insidie per la parità delle armi nel MAE e nell'OEI. - 7. La Procura europea: tribunali e procedimenti penali plurimi a fronte di un ufficio investigativo unico. - 8. La valorizzazione del principio del *ne bis in idem* quale mezzo per massimizzare la tutela del *transnational due process*. - 9. Problemi sistemici e frammentazione della tutela della *fairness* nella giustizia penale transnazionale. - 10. Gli spazi di discrezionalità delle autorità giudiziarie e il problema della responsabilizzazione. - 11. L'apporto dell'intelligenza artificiale al procedimento penale e la cooperazione giudiziaria 3.0 in Europa. Quali pericoli per l'indipendenza e la parità? - 12. Riflessioni conclusive.

1. Considerazioni preliminari

La ricerca fin qui condotta ci fornisce senz'altro il materiale necessario per avanzare delle risposte ai quesiti che l'hanno animata, nonché per formulare alcuni rilievi conclusivi nel tentativo di fornire, senza pretesa di esaustività, prospettive concrete di intervento *de iure condendo* in una materia così delicata quale è quella della tutela della parità delle armi e dell'indipendenza delle autorità giudiziarie, architravi dell'equo procedimento transnazionale. È nel particolare ambito della giustizia penale transfrontaliera e, in specie, nelle procedure di cooperazione giudiziaria improntate al mutuo riconoscimento, infatti, che è emerso un quadro particolarmente incerto e preoccupante per l'attuale e futura protezione di quello che abbiamo definito *transnational due process*, al punto da potersi persino riscontrare uno iato tra la salvaguardia, benché imperfetta, assicurata alla *fairness* procedimentale sul fronte nazionale e quella realizzata, sebbene gli innegabili sforzi compiuti per veicolarne la massima tutela, sul piano strettamente transfrontaliero. Del resto, come ha dimostrato la ricerca storica, le ragioni politiche dell'assistenza giudiziaria fra Stati hanno prevalso per lungo tempo sulla considerazione degli individui coinvolti nella cooperazione come soggetti titolari di diritti e libertà degne di considerazione¹. Così, nel passaggio da un livello giuridico ad un altro, alcuni

¹ Cfr. principalmente capitoli II e III della parte I.

rilevanti studi avevano già messo in luce da tempo le difficoltà che indagati e imputati, più di tutti, sono chiamati a fronteggiare nelle more di un procedimento penale transnazionale poiché, ad esempio, potrebbe essere precluso loro l'accesso alle informazioni allocate all'estero utili per sviluppare la propria difesa o non essere affatto coinvolti nello scambio di dati tra autorità o, persino, essere ignari del fatto che un procedimento a carico sia stato avviato *ultra fines*, tutte situazioni, queste, di per sé in grado di incidere in maniera significativa sulla *par condicio* e, con essa, dell'equità procedimentale transnazionale². Senza considerare gli effetti pregiudizievoli che si riverberano sulle vittime: a lungo soggetti ignorati del processo penale nazionale, esse sono riuscite ad emanciparsi da un comune "discredito" che vedeva nelle stesse semplici portatrici di istanze di vendetta personale, o al più fonti utili per ricostruire i fatti di reato e perseguire il colpevole, entrando così, a buon diritto, tra le parti del processo meritevoli di attenzione alla stregua di chi sopporta il peso di un processo a proprio carico³. Non si può negare che anche la Corte Edu abbia promosso una diversa visione della giustizia penale la cui cifra più autentica risiede attualmente nella considerazione degli interessi di una cerchia sempre più ampia di soggetti diversi dall'imputato (comprese le vittime del reato - alle quali però il diritto di accesso alla giurisdizione penale continua ad essere riconosciuto solo in relazione alla pretesa civile -, i testimoni e persino terzi non direttamente coinvolti, ma potenzialmente idonei a subire gli effetti di un processo) e in un bilanciamento complessivo degli stessi, abbandonando, così, un approccio unilateralmente attento alla sola posizione dell'accusato. Eppure, nonostante il raggiungimento di un simile traguardo, come si ha avuto occasione di appurare, sul piano transnazionale le persone offese continuano a costituire soggetti dimenticati⁴.

² Si vedano gli studi richiamati nella parte I, capitolo I, par. I.

³ A.G. BUONINCONTI, *Famiglie in crisi e minori devianti: premesse allo studio di un diritto penale "dalla parte della vittima"*, in *Arch. pen.*, 2, 2013, p. 5, paragona "la passeggiata", uno dei punti focali della *Recherche* di Proust, al cammino del giurista. «Quest'ultima poteva essere affrontata dalla parte di Swann oppure dalla parte di Guermantes, ma partendo sempre da un punto e ritornando sempre allo stesso; tuttavia, un versante veniva preferito all'altro a seconda delle condizioni meteorologiche e del tempo a disposizione, considerato che dalla parte di Guermantes la passeggiata era più lunga. Allo stesso modo, i giuristi hanno affrontato "la passeggiata" penalistica dalla parte del reo, perché è più immediata, ma nulla vieta che essa si possa fare dalla parte della vittima, anche se questo comporta un percorso più lungo».

⁴ Si rimanda alle specifiche riflessioni condotte nei paragrafi che specificamente hanno interessato le vittime nei procedimenti del MAE, dell'OEI e della Procura europea nei capitoli II, III, IV della parte II dalle quali è emerso che la giustizia penale europea considera ancora i procedimenti transnazionali quasi esclusivamente dal punto di vista dell'emissione, del trasferimento e dell'esecuzione delle richieste di cooperazione, escludendo così dal suo raggio d'azione le vittime. A. KLIP, *Fair trial rights in the European Union: reconciling accused and victims' rights*, in T. RAFARACI, R. BELFIORE (eds.), *EU Criminal Justice. Fundamental rights, transnational proceedings and the European Public Prosecutor's Office*, Cham, 2018, p. 23. Inoltre, ancor più preoccupante è l'esistenza di diverse fonti giuridiche nel panorama europeo che, da un lato, hanno contribuito al rafforzamento della tutela delle vittime, dall'altro, hanno costruito un quadro frammentato capace di enfatizzare le differenze esistenti tra i sistemi giuridici coinvolti nella cooperazione giudiziaria. Per una specifica analisi dell'argomento, *ex multis*, cfr. E. MALINO, V. DI NUZZO, *The victim's role in cross-border situations in European and international law: a multilevel perspective*, in *Galileo*, 2023, in corso di pubblicazione. Sull'argomento si vedano pure L. LUPÁRIA DONATI, J. DELLA TORRE, *Victims of Crime in the Area of Freedom, Security and Justice*, in S. IGLESIAS SÁNCHEZ, M. GONZÁLEZ PASQUAL (eds.), *Fundamental Rights in the EU Area of Freedom, Security and Justice*, Cambridge, 2021, pp. 328 ss.; H. BELLUTA, *Quale ruolo per la vittima nel processo penale italiano?*, in *Rev. Bras. de Direito Processual Penal*, 2019, p. 76, «secondo cui il percorso definitorio della nozione di vittima si rivela pieno di incognite perché influenzato dall'estrema elasticità del concetto già a livello nazionale»; E.N. LA ROCCA, *La tutela della vittima*, in D. CHINNICI, A. GAITO (eds.), *Regole europee e processo penale*, Milano, 2018, pp. 149 ss.; T. RAFARACI, *New Perspectives for the Protection of the Victims in the EU*, in S. RUGGERI, (ed.), *Human Rights in European Criminal Law. New Developments in European Legislation and Case Law after the Lisbon Treaty*, Heidelberg, 2015, pp. 215 ss.; C. MELONI, *Victims in*

Nel panorama giuridico europeo più recente, specie in seno all'Unione europea, è poi emersa con tutta evidenza la necessità di assicurare a qualsiasi livello il principio dell'indipendenza, quintessenza dello Stato di diritto, metavalore che permea di sé ogni settore del diritto e, per quel che più ci interessa, premessa ad ogni discorso garantista sulla posizione delle parti principali ed eventuali del procedimento penale contro abusi, incongruenze e disuguaglianze da parte delle autorità giudiziarie, sia che esse operino entro un contesto giuridico domestico sia che proiettino il proprio operato oltre i confini nazionali.

Nondimeno, preso atto del peculiarissimo e controverso scenario che la presente ricerca ha considerato, così come degli slanci verso una massimizzazione della tutela dell'equo procedimento transnazionale, nonché delle concrete carenze tuttora vigenti, il principale obiettivo che questa indagine si è prefissata è consistito nel dimostrare che non solo l'esistenza di un'autorità giudiziaria indipendente e imparziale è idonea a veicolare un paritario trattamento dei soggetti del procedimento penale transnazionale, ma anche che una equilibrata distribuzione di mezzi e strumenti in capo a questi ultimi per far valere le proprie ragioni giuridiche e probatorie influisce, in ultima istanza, sul mantenimento di un adeguato grado di indipendenza soggettiva delle stesse autorità. Questa chiave di lettura, avvalorando la dinamica della dialettica procedimentale, ha inteso dunque promuovere una visione circolare dei due principi che trova il suo epilogo in una considerazione d'insieme degli stessi secondo la quale il rapporto intercorrente tra parità e indipendenza non può ridursi in termini di un prima e dopo, condividendo entrambi un fine ultimo quale è quello del mantenimento dell'equità.

Va pure sottolineato che l'aver abbracciato una siffatta prospettiva ha permesso di condurre riflessioni di più ampio respiro che hanno aperto delle finestre di analisi su temi cruciali per il procedimento penale nazionale, a cominciare dalla definizione di categorie essenziali quali quelle di autorità giudiziaria⁵ e giudicato⁶, sulle quali si tratta adesso di tirare le somme. In questo ordine di idee, l'argomento esaminato ha rappresentato un proficuo banco di prova per verificare se nell'impatto con la giustizia penale transnazionale e, soprattutto con le odierne procedure della cooperazione giudiziaria, queste apicali nozioni siano state sottoposte ad un'alterazione genetica o meno.

Ora, al fine di presentare i risultati a cui si è approdati seguendo questa impostazione risulta dapprima utile svolgere, per così dire, il filo della trattazione sì da fissare i punti salienti che hanno orientato l'esame delle connessioni esistenti tra i due postulati di questo studio.

international criminal justice, pp. 52 ss.; M. GIALUZ, *Victim's protection in the case law of the European Court of Justice and the European Court of Human Rights*, pp. 21 ss.; S. ALLEGREZZA, *Victim's statute within directive 2012/29/EU*, pp. 3 ss., in L. LUPÁRIA DONATI (ed.), *Victims and criminal justice. European standards and national good practices*, Assago, 2015; E.N. CATALANO, *La tutela della vittima nella direttiva 2012/29/UE e nella giurisprudenza delle corti europee*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2014, pp. 1789 ss.; V. BONINI, *Il sistema di protezione della vittima e i suoi riflessi sulla libertà personale*, Milano, 2018; S. QUATTROCOLO, *La Corte europea dei diritti dell'uomo fa il punto sullo status di vittima*, in www.lalegislazionepenale.it, 2008, pp. 157 ss.; M. RAUSCHENBACH, D. SCALIA, *Victims and international criminal justice: a vexed question?*, in *Inter. Rev. of the Red Cross*, 2008, pp. 441 ss.

⁵ Cfr. capitoli II e III della parte II fra tutti, i quali hanno dimostrato come la categoria, già estesa alla figura del pubblico ministero, sia divenuta talmente ampia da ricomprendere figure altre comunque inserite nell'amministrazione della giustizia. Si pensi al riguardo alla cerchia di autorità non giudiziarie demandate ad emettere un OEI.

⁶ Cfr. capitolo V della parte II.

2. Sui concetti di uguaglianza, parità e equità: similitudini e differenze. Il perseguimento di un ragionevole equilibrio procedimentale

Ebbene, la disamina che abbiamo condotto, piuttosto che trattare fin da subito la tematica centrale della ricerca, ovvero il nesso relazionale tra parità ed indipendenza, si è dapprima soffermata su una preliminare opera di *profiling* di questi essenziali principi dell'equo procedimento così come concepiti sul piano nazionale e di confrontare i risultati così ottenuti con quelli raggiunti sul fronte transnazionale.

Sennonché per spiegare una siffatta preferenza metodologica potrebbe essere utile ragionare per similitudini. Si pensi, ad esempio, all'impossibilità di definire il c.d. "legame covalente" che unisce l'ossigeno all'idrogeno in una molecola d'acqua, senza prima delineare i tratti caratteristici di questi due atomi in grado di innescare e favorire la reciproca interazione chimica. Sulla scorta di questa esemplificativa immagine ben si comprende allora la scelta di avviare l'analisi dalla ricostruzione separata della nozione di parità delle armi e dell'indipendenza, scelta che riproponiamo anche in questo momento finale di sintesi. Va tuttavia precisato che è stato possibile intraprendere questa via solo attingendo ampiamente alla giurisprudenza della CEDU e della Corte di giustizia i cui significativi contributi ermeneutici nel definire i contorni dei due principi sono risultati una bussola orientativa nel *mare magnum* degli argomenti trattati.

Quanto alla parità delle armi, ad esempio, si è messo in risalto il fatto che essa non trovi esplicito riscontro né nella Convenzione né nella Carta di Nizza, con ciò richiedendo un'opera di estrapolazione dall'art. 6 CEDU e dall'art. 47 Carta di Nizza, quale elemento caratterizzante l'equità procedimentale⁷. Eppure, equità e parità non sono concetti perfettamente sovrapponibili, così come non possono esserlo uguaglianza e *par condicio*. Un'attività di demarcazione fra queste stesse nozioni risulta dunque necessaria a conclusione di questa ricerca.

2.1 L'equità procedimentale alla luce della *par condicio*

Ebbene, dalla copiosa produzione giurisprudenziale europea, specie di Strasburgo, emerge con chiarezza una triplice dimensione del principio in esame che intendiamo richiamare sinteticamente. Esso rappresenta anzitutto un concetto che rispetto all'equo processo si pone in termini finalistici e di interdipendenza: altrimenti detto, senza *par condicio* non può aversi equità e la parità stessa è funzionale al mantenimento della *fairness* dell'intero procedimento penale. C'è poi un secondo aspetto, il quale è piuttosto di tipo strutturale, incidente cioè sulla definizione della posizione e sui diritti di intervento di coloro che sono coinvolti nel procedimento, che può senz'altro desumersi dalla giurisprudenza della CEDU e, invero, dalle stesse Direttive di Stoccolma. Non meno importante è poi la lettura del principio in chiave dinamica in quanto legato al modo in cui la vicenda procedimentale si svolge e a come i soggetti interessati abbiano la possibilità di influenzare le decisioni dei tribunali sul merito del caso, influenzando così sulla loro stessa imparzialità.

Ora, la ricognizione della casistica di Strasburgo ci consente di fornire delle risposte a quesiti di capitale importanza che attengono alla fisionomia di questo postulato dell'equo

⁷ Parte I, capitolo II, parr. 3.1 ss.

processo che ruotano essenzialmente attorno all'esatto significato da attribuire ai termini "parità" e "armi". Quanto a questo spinoso problema definitorio, va detto che fin dai primi richiami alle giurisprudenze europee si è resa evidente la difficoltà di costruire una nozione di *par condicio* nell'ambito del procedimento penale. Una siffatta complessità si deve, innanzitutto, ad una parziale sovrapposizione semantica con il termine "uguaglianza", su cui pure bisogna soffermarsi al fine di analizzare le implicazioni che quest'ultimo principio può esplicitare sulla giustizia penale. Uguaglianza, infatti, è concetto complesso dal significato tutt'altro che immediato potendosi ad essa ricollegare almeno due accezioni che la distinguono, come è ben noto, in uguaglianza formale e sostanziale. Quanto al primo aspetto, esso rinvia ad una nozione vuoi etico-giuridico vuoi etico-politico, secondo cui i membri di una collettività devono essere considerati allo stesso modo dalla legge, indipendentemente dalla loro posizione sociale e dalla provenienza ad esempio. Quanto al secondo aspetto, invece, partendo dalla premessa secondo cui uguaglianza non è sinonimo di omologazione, esso si allaccia alla c.d. *uguaglianza sostanziale* che, lungi dall'ignorare le diversità latenti nella società e tra i suoi membri, si impegna a rimuovere, richiamando l'art. 3 della Costituzione italiana, gli «ostacoli» di varia natura che di fatto limitano il godimento dei diritti civili e delle libertà fondamentali. In breve, il principio, così inteso, persegue la massima inclusione partendo dalla diversità. E appunto una siffatta rappresentazione costituisce senza dubbio lo sfondo su cui si innesta ogni discorso sulla parità in quanto principio basato sulla necessità di "produrre" uguaglianza di diritti tra persone, gruppi, categorie, e così via, eliminando le varie forme di discriminazione che accrescono situazioni di debolezza.

Ebbene, queste considerazioni di ampio respiro si innervano pure nel settore della giustizia penale e, per quel che ci riguarda, nel procedimento penale nel quale le istanze egualitarie non possono essere ignorate, dovendo esse guidare l'agire delle autorità giudiziarie che sono chiamate di volta in volta a dare applicazione concreta a disposizioni caratterizzate da una notevole potenzialità intrusiva su diritti e libertà fondamentali. Il principio di uguaglianza nella giustizia penale costituisce, dunque, la base per valorizzare i principi di garanzia del diritto penale di uno Stato democratico⁸. Si pensi, a questo riguardo, che in Stati come la Spagna e la Germania, in cui manca un riferimento esplicito alla parità delle armi in Costituzione, la dottrina la riconduce proprio all'uguaglianza⁹.

Eppure, se l'uguaglianza trova spazio nel procedimento penale, non può tuttavia trascurarsi di considerare che un'intransigente applicazione della stessa potrebbe condurre a paradossali ed irragionevoli iniquità: e ciò, per una ineliminabile sperequazione di partenza tra i soggetti processuali in virtù della quale a uno più di essi può corrispondere ora un potere di forza ora di debolezza, a seconda della fase e del momento procedimentale considerati. Questa ontologica disuguaglianza, del resto, è connaturata ad un immanente conflitto che vede contrapporsi interessi di segno opposto e che anima costantemente la macchina procedimentale, interessi che, con uno sforzo di sintesi, possono riassumersi in due obiettivi antitetici: la necessità di perseguire il crimine per un verso e l'obbligo di prosciogliere gli innocenti dall'altro. Per realizzare il primo scopo lo Stato dispone di forze, mezzi, strumenti e risorse economiche, umane e digitali che consentono di procedere alla ricostruzione di un fatto storico dalle dinamiche oscure. In questo senso, l'apparato di cui dispone il potere

⁸ Sull'argomento fra i molti, cfr. G. VASSALLI, *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2001. Sul ruolo che il principio di ragionevolezza svolge nell'ambito del diritto penale, cfr. D. PULITANÒ, *Ragionevolezza e diritto penale*, Napoli, 2012, pp. 30 ss. G. DODARO, *Uguaglianza e diritto penale. Uno studio sulla giurisprudenza costituzionale*, Milano, 2012.

⁹ Cfr. parte I, capitolo II, par. 5.2.

giudiziario serve a contrastare un *gap* conoscitivo di partenza che, però, non può essere colmato fino al punto da individuare un colpevole a tutti i costi. L'imputato, presunto innocente per l'appunto, non solo deve poter essere messo in condizione di partecipare alla ricostruzione dei fatti di reato, ma deve poter anche disporre di mezzi e poteri per influire paritariamente sullo stesso processo creativo fin dalle prime battute del procedimento.

Un simile obiettivo può essere perseguito ricorrendo al principio della *par condicio* che, alla stregua dell'uguaglianza sostanziale, prende atto delle differenze insite nel procedimento penale e attraverso un metodo inclusivo rimuove gli ostacoli che di volta in volta indeboliscono la posizione di una parte, allo stesso tempo riconducendo a sintesi dialettica i contrapposti interessi e legittimando lo stesso farsi del procedimento penale. È dunque evidente la parità non può certo identificarsi con l'uguaglianza matematica: e cioè all'imputato e al pubblico ministero o, ancora, alla vittima o all'accusato, a seconda cioè della coppia relazionale assunta come riferimento, non possono essere riconosciuti gli stessi diritti, diversamente da quello che accade di norma nelle cause civili, laddove la *par condicio* sarà garantita attribuendo diritti simili alle parti coinvolte, visto e considerato che le loro posizioni, almeno in linea di principio e salvo eccezioni, sono pressoché identiche per la natura in sé della materia del contendere¹⁰.

Stante l'immanente ineguaglianza tra le parti, specie tra pubblico accusatore e difesa, si tratta allora di predisporre strutture che controbilancino tale difformità e forniscano "armi" necessarie per confutare o corroborare efficacemente l'accusa ed influire sulle decisioni di volta in volta assunte. Queste "armi" si concretizzano, ad esempio, in diritti che plasmano e potenziano la posizione giuridica dell'imputato, quali i diritti di difesa, come pure nell'esistenza di certe regole probatorie di esclusione o di valutazione, ma anche nella previsione, più in generale, di alcune garanzie procedurali del tipo strutturali, come il controllo giurisdizionale e imparziale sugli atti dell'accusa rispetto alle legalità e la proporzionalità di questi. È precisamente entro questo ordine di idee e sulla scorta della CEDU che la giurisprudenza della Corte Edu ha valorizzato il legame tra la parità e il diritto di difesa tecnica, il diritto di partecipare al processo, il diritto di accedere agli atti dell'indagine, il diritto al confronto e alla traduzione delle principali attività del procedimento, o il diritto ad un rimedio effettivo, pur ammettendo delle discutibili deroghe agli stessi, e con ciò confermando una costante delle decisioni emesse a Strasburgo¹¹.

In una prospettiva ancora più generale, tuttavia, bisogna considerare la parità delle armi non come una grandezza rigida e sempre identica a sé stessa che prescrive un insieme minimo di diritti di difesa o ispira il legislatore nella formulazione di norme processuali affinché il procedimento sia privo di asimmetrie, ma come un obiettivo onnicomprensivo rivolto alla tutela delle massime garanzie possibili. Eppure, può intuirsi, la giurisprudenza europea o la stessa normativa dell'Unione europea si sono sottratte spesso a questa logica: si pensi, a quest'ultimo riguardo, alle non poche lacune emerse dallo studio delle Direttive della *Road map* di Stoccolma.

¹⁰ Eppure, come rammenta Piero Calamandrei, riferendosi al processo civile con una considerazione sempre attuale che può essere estesa a quello penale «nel processo, dunque, può esservi tra le parti una parità teorica, a cui non corrisponda una parità di fatto: sono persone tutt'e due nello stesso senso, ma i mezzi di cui dispongono per far valere questa uguaglianza sono disuguali. E ancora, «disuguaglianza di mezzi può significare, anche nel processo, disuguaglianza di personalità». P. CALAMANDREI, *Opere giuridiche*, vol. 1, *Problemi generali del diritto e del processo*, Roma, 2019, pp. 691 ss.

¹¹ Cfr. parte I, capitolo II, parr. 3 ss.

Nella *par condicio*, da intendere in termini di pari opportunità, si annida pertanto il seme più fecondo dell'equità¹², la cui cifra più autentica risiede, a sua volta, nell'esigenza di contemperare, equilibrando appunto costantemente, i contrapposti interessi dei soggetti a vario titolo coinvolti e, al contempo, assicurando la tutela dei loro diritti fondamentali e procedimentali¹³.

2.2 *Fairness* procedimentale, confronto dialettico e contraddittorio nella comparazione tra modelli inquisitori ed accusatori

L'equilibrio a cui mira la *fairness* passa dunque per la risoluzione di un conflitto che, a sua volta, presuppone un "confronto" paritario tra i soggetti implicati. E così, contro "l'avversario", una parte come l'imputato deve poter avere una ragionevole opportunità di far valere le proprie ragioni giuridiche e probatorie. Ciò avviene normalmente in due modi: o adottando un approccio di tipo "reattivo" limitandosi, cioè, a contestare le prove e le argomentazioni presentate dall'accusa o dalla stessa vittima, quando a questa sono riconosciuti poteri di intervento, oppure attivandosi per presentare alle autorità giudiziarie elementi probatori a proprio favore¹⁴. È in relazione a questo aspetto "reattivo" che diventa evidente la relazione tra il diritto al contraddittorio e il principio della parità delle armi. Tuttavia, va precisato che, mentre la *par condicio* guarda ad un equilibrio complessivo tra le parti nel procedimento, il diritto al contraddittorio è più specifico e fa sì che le stesse abbiano l'opportunità di contestare le rispettive tesi. Non si esclude, dunque, che il principio della *par condicio* sia stato rispettato, ma che il contraddittorio sia stato allo stesso tempo violato e viceversa.

Una volta appurato che anche nel processo penale possa realizzarsi, seppur con non pochi sforzi, la "parità delle armi" vale la pena chiedersi se, vista la chiara derivazione del principio dal modello accusatorio, questo sia estraneo a un sistema giuridico in cui il procedimento penale è pensato senza un contraddittorio puro tra due parti contrapposte. A questo interrogativo, riteniamo di poter rispondere negativamente. Non solo perché, come abbiamo

¹² Dal canto suo, all'interno degli ordinamenti giuridici anche l'equità è concetto che può assumere diverse funzioni, potendo assurgere, nell'ambito civile, a criterio di valutazione (ad esempio nella determinazione del danno, *ex art.* 1226 del c.c.) o criterio di soluzione delle controversie (artt. 113 e 114 c.p.c.) o ancora come principio fondamentale ai fini dell'integrazione o dell'interpretazione del contratto, contribuendo a determinare gli effetti giuridici che il lo stesso produrrà ed a contemperare gli interessi delle parti relativamente all'affare concluso in concreto (c.d. *equità integrativa*). Nel settore prettamente processuale, l'equità assume il valore di un criterio di giudizio in base al quale il giudice, nel decidere una controversia, fa ricorso a regole di convenienza e di comparazione degli interessi delle parti, prescindendo talvolta dall'applicazione di una norma giuridica.

¹³ Quali "guardiani" della equità processuale *ex art.* 6(1) CEDU, i giudici della Corte Edu tentano costantemente di considerare globalmente la *fairness* di tutto il procedimento nella ricerca della stabilità tra gli opposti interessi, autentico *fil rouge* dell'elaborazione giurisprudenziale di Strasburgo, almeno nella copiosissima giurisprudenza elaborata in via contenziosa, quando cioè la Corte valuta a valle dell'intera vicenda procedimentale.

¹⁴ È possibile, però, che la difesa non sia in grado di farlo autonomamente, perché la titolarità delle indagini spetta solamente all'accusa e, in tal caso, l'imputato dovrebbe poter chiedere all'autorità giudiziaria, sia essa un giudice o un pubblico ministero, di ricercare e integrare delle prove specifiche che potrebbero favorirla. È quello che, ad esempio, accade di frequente nelle attività investigative transfrontaliere in cui agli indagati non viene riconosciuto un ruolo attivo nelle procedure di assistenza probatoria né viene riconosciuto loro un diritto alle indagini difensive all'estero in questa delicatissima fase e l'ammissione di determinate prove è rimessa alla discrezionalità degli organi inquirenti o in generale giudiziari, con ciò vedendosi arrecare un grave nocumento. Si rinvia alla trattazione comparatistica del par. 3.2 del capitolo III, parte II.

detto, può aversi parità senza contraddittorio, come pure un contraddittorio senza parità, ma soprattutto perché l'idea di contrapporre una procedura esclusivamente contraddittoria (che sarebbe l'elemento distintivo degli ordinamenti di *Common law*) a una inquisitoria (tratto dei sistemi continentali) è oggi del tutto anacronistica. I confini tra i due modelli sono sfumati, grazie soprattutto all'opera di livellamento delle giurisprudenze europee, sicché quelli inquisitori sono diventati sempre più aperti al contraddittorio e anche nei sistemi *adversarial* più "puri" vi sono sempre alcuni obblighi imposti all'accusa a vantaggio della difesa (come la divulgazione di alcune prove a discarico)¹⁵. Insomma, sembra che la componente relazionale su cui si fonda la parità delle armi sia ormai una costante di ogni procedimento come, del resto, la ricerca comparatistica condotta sui tre ordinamenti giuridici italiano, tedesco e spagnolo ha dimostrato. Questi diversi modelli processuali, infatti, individuano nella *par condicio* un elemento indefettibile dell'equità per perseguire l'equilibrio complessivo del procedimento e in essa riconoscono, pur secondo diverse peculiarità¹⁶, l'obiettivo di evitare che una parte possa soffrire una sostanziale posizione di svantaggio rispetto alle altre. Simili schemi processuali, come si è visto, presentano tuttavia alcune strutturali lacune sul piano della tutela dei diritti di difesa e creano spesso delle posizioni di svantaggio a danno di alcuni soggetti e a favore di altri. Si pensi, per fornire, un esempio, alla possibile presenza di due accuse, una privata e una pubblica, in Germania e in Spagna, in cui pure esiste l'*acusador popular*, evenienza che metterebbe l'imputato nella difficile posizione di confutare contemporaneamente o in fasi successive diverse narrazioni dei fatti addebitati¹⁷. Un assetto di tal tipo necessita dunque dell'attribuzione di poteri e spazi di intervento maggiori con effetto controbilanciante e, soprattutto, di autorità giudiziarie indipendenti ed imparziali che presiedano adeguatamente ad una delicatissima opera di bilanciamento.

3. Parità delle armi e indipendenza: un binomio inscindibile

Quanto al principio di indipendenza, alla stregua di quanto sopra detto in ordine alla *par condicio*, siamo senz'altro al cospetto di un elemento imprescindibile dell'equità procedimentale, nel senso che di *fairness* del procedimento si può parlare solo in presenza di un giudice indipendente, terzo e imparziale.

Dall'analisi condotta nelle pagine dedicate alla ricostruzione della sua fisionomia, sono emersi i molteplici tratti di un principio davvero eclettico, le cui molteplici sfaccettature ci consegnano un'indipendenza suscettibile di essere declinata, a seconda della prospettiva assunta, in esterna o istituzionale, interna organica o interna funzionale¹⁸. Al di là delle etichette classificatorie, la stessa è in breve concepita dalla giurisprudenza di Strasburgo e di Lussemburgo sia quale capacità di resistere a pressioni provenienti da terzi sia come imparzialità ed equidistanza dalle parti della controversia. La Corte di giustizia poi ha impresso una significativa valenza al principio che si sviluppa in tre dimensioni: in esso, in primo luogo, ha colto una parte essenziale del diritto a un ricorso effettivo in caso di violazione dei diritti e delle libertà garantiti dal diritto dell'UE; in secondo luogo,

¹⁵ Del resto, anche elementi un tempo definibili come caratterizzanti un determinato ordinamento giuridico (ad esempio, in Italia o Germania, l'obbligatorietà dell'azione penale) sono ormai contaminati nella loro purezza, quando non del tutto annullati, e trasversalmente comuni a esperienze diverse.

¹⁶ Cfr. parte I, capitolo II, par. 3 ss.

¹⁷ Cfr. parte I, capitolo II, par. 2.3.2.

¹⁸ Cfr. parte I, capitolo III.

l'indipendenza costituisce per i giudici della CGUE un aspetto fondamentale del rinvio pregiudiziale, che rileva quando è necessario stabilire se ci si trovi di fronte ad un organo giudiziario legittimato a sollevare uno o più quesiti pregiudiziali. In terzo luogo, il principio rappresenta per la Corte di giustizia uno strumento interpretativo del diritto derivato tutte le volte in cui la disciplina europea fa perno sul concetto di "autorità giudiziaria", come nel caso degli strumenti della cooperazione giudiziaria in materia penale.

Ora, che si tratti di garanzia posta a presidio del giudice rispetto alle influenze del potere politico o dei superiori gerarchici o di un diritto del singolo, non può ignorarsi la difficoltà di determinare come la magistratura nel suo insieme, e ogni giudice o pubblico ministero in casi specifici, siano effettivamente indipendenti e imparziali. In questo senso gli unici dati che possono ricavarsi sono quelli contenuti in *Report* commissionati dall'Unione europea o dal Consiglio d'Europa. Come sottolineato dalla Prof.ssa Bachmaier Winter¹⁹, però, si tratta di risultati non sempre attendibili a causa dell'assenza di criteri e metodi unici di misurazione e a causa del fatto che la raccolta dei dati è demandata agli stessi Stati, così creando un vero e proprio conflitto di interessi. Quanto agli ordinamenti assunti come termini della comparazione va detto che, se nel complesso, essi presentano un elevato livello di indipendenza, alcuni elementi caratteristici li rendono ancora vulnerabili. Si pensi al peso che i partiti politici hanno sul Consiglio superiore della magistratura spagnolo o alle correnti associazionistiche sulle principali scelte del CSM italiano in materia di nomina, revoca e trasferimento dei giudici. In questi Stati poi è attuale il dibattito sul mantenimento o meno della separazione delle carriere posto che i magistrati si distinguono tra loro soltanto per funzioni e ciò al fine di eliminare i condizionamenti che rischiano di corrompere la "terzietà del giudice" e l'"imparzialità della decisione". Parimenti in Germania, l'indipendenza esterna rischia di essere minata a causa dell'influenza del Ministro della giustizia nella nomina dei giudici o sul procedimento disciplinare, aggravata dalla circostanza che alcuni di questi ultimi, se in giovane età, mancano delle garanzie di indipendenza e sono, quindi, più influenzabili²⁰.

A dire il vero le maggiori preoccupazioni si stagliano attorno alla figura dei pubblici ministeri. La possibilità di estendere l'indipendenza e l'imparzialità anche a loro rappresenta un delicato problema in Europa per l'assenza di atti di *hard law* che prevedono tali garanzie anche a favore degli organi di pubblica accusa. Né si rinviene alcuna competenza delle istituzioni dell'Unione europea nel settore dell'organizzazione della giustizia interna o avuto riguardo alla figura del pubblico ministero. È noto, infatti, che gli artt. 82 e ss. del TFUE legittimano il legislatore europeo ad intervenire solamente su alcuni profili della materia penale.

Queste significative carenze sono problematiche alla luce, soprattutto, del ruolo che il pubblico ministero oggi riveste lungo tutto l'arco del procedimento penale e nazionale e transnazionale. A ciò si aggiunga che nell'eterogeneo panorama dei sistemi europei di giustizia penale il pubblico ministero gode di una considerazione variabile e dipendente da una serie di fattori, quali le funzioni a lui attribuite in ordine all'avvio dell'azione penale, il grado di coinvolgimento nelle indagini e il rapporto con le altre parti processuali. Dall'analisi comparatistica, ad esempio, è risultato che la Germania offre una configurazione politica del pubblico ministero, mentre l'Italia lo inquadra nell'ordine giurisdizionale estendendovi garanzie già previste per i giudici e la Spagna gli attribuisce una "veste paragiurisdizionale" a cui, però, nei fatti corrisponde una subordinazione al potere esecutivo. Va, pertanto, plaudita

¹⁹ *Transnational Criminal Proceedings, Witness Evidence and Confrontation: Lessons from the ECtHR's Case Law*, in *Utrecht Law Rev.*, 9, 4, 2013, pp. 127 ss.

²⁰ Cfr. parr. 4 ss. capitolo III della parte I.

la scelta delle giurisprudenze europee di ritenere che il requisito dell'indipendenza e dell'imparzialità vada esteso ai pubblici ministeri senza con ciò richiedere una piena neutralità metodologica legittimamente esigibile solo da un giudice²¹.

Sennonché, nella misura in cui tutte le declinazioni dell'indipendenza individuate sono essenziali per un regolare sviluppo della parità delle armi, giacché consentono all'autorità giudiziaria di vigilare sull'equa distribuzione di poteri, mezzi e strumenti di cui dispongono le parti, la stessa *par condicio* è funzionale al corretto esercizio della mansione giurisdizionale, in specie sotto il profilo del mantenimento di un atteggiamento di imparzialità. Altrimenti detto, gli squilibri tra le parti non incidono solo negativamente sui principi del contraddittorio e della parità delle armi, ma alla luce di una visione complessiva delle garanzie del giusto processo pesano ineluttabilmente anche sull'efficacia del ruolo della magistratura.

3.1. Il pubblico ministero quale ago della bilancia che orienta la *fairness* procedimentale

Il riconoscimento, ampiamente condiviso dai sistemi giuridici in Europa, delle garanzie di indipendenza e del requisito di imparzialità anche in capo ai pubblici ministeri fa di questi ultimi delle autorità giudiziarie a tutti gli effetti.

I risultati emersi in questa ricerca attestano quale importanza occupi anzitutto l'esigenza di garantire i confini esterni ed interni dell'indipendenza della magistratura facendo da scudo a condizionamenti e interferenze da parte di altri poteri dello Stato o da superiori gerarchici che possano compromettere non soltanto il compito di *ius dicere* ma anche la gestione della delicatissima fase dell'attività investigativa e soprattutto le determinazioni inerenti all'azione penale del pubblico ministero che oggi è inserito all'interno di un quadro più ampio, specie dalla prospettiva dell'EPPO.

A tal proposito, la figura dell'"accusatore" che si ritaglia sul pubblico ministero impone senz'altro una riflessione sul suo rapporto con gli organi di indirizzo politico, in specie in quei Paesi come la Germania e la Spagna in cui, sebbene con forme e meccanismi diversi, è legato all'Esecutivo; mentre la sua considerazione come "parte" della dialettica processuale, al pari della difesa, esige che sia puntualmente condotta un'indagine sulla sua imparzialità, soprattutto in ordinamenti come quello italiano eccessivamente protesi a facilitare l'emergere di visioni unilaterali della tesi accusatoria o ad anticipare giudizi di condanna fin dalle prime fasi preliminari. In Italia, al riguardo, si è posto l'accento sull'ambiguità strutturale del pubblico ministero che *ex art. 112 Cost.* ha l'obbligo di esercitare l'azione penale, con ciò assegnandogli un ruolo che difficilmente può dirsi neutrale ma che certo deve orientarsi verso l'imparzialità. Va notato che, pur mantenendo la sua funzione di garante della legalità, il che lo legittima appieno a chiedere l'assoluzione dell'imputato, nella fase processuale il pubblico ministero assume in linea di massima una fisionomia ben precisa calandosi, per l'appunto, nella parte dell'accusa e con ciò erodendo, per così dire, la propria imparzialità. Per contro, i poteri di direzione delle indagini e le competenze a lui esclusivamente riconosciuti hanno un impatto sull'obiettività che questo organo può mantenere nel momento in cui deve decidere se perseguire o meno un reato. Anche quando sia stabilito che la conduzione delle indagini

²¹ Vedi parte I, capitolo III, par. 3. D'altronde, ai rappresentanti della pubblica accusa, in una visione olistica del sistema giudiziario, è demandata la tutela dell'interesse generale al rispetto della legge e della legalità nei confronti degli altri poteri dello Stato alla stregua degli organismi titolari dello *ius dicere*.

debba avvenire raccogliendo elementi a favore dell'indagato secondo il principio di legalità, il modo di condurre le indagini del pubblico ministero può incidere negativamente sulla sua stessa decisione. Si può ipotizzare, ad esempio, che più il pubblico accusatore si impegna personalmente (ad esempio, interrogando l'indagato, ordinando perquisizioni e partecipando alla loro esecuzione, prendendo parte alle indagini sulla scena del crimine) o dirige le indagini ordinando la conduzione di determinate attività investigative, più matura in lui un pregiudizio nei confronti delle vicende fattuali che va o sfavore dell'indagato o a vantaggio delle vittime²². Ad ogni modo, da un'altra prospettiva, non può negarsi che un tale impegno del pubblico ministero nella conduzione alacre del momento investigativo persegue l'obiettivo di indagini complete ed esaurienti con evidenti benefici vuoi per l'indagato vuoi per la vittima.

Ora, per quanto il riconoscimento di poteri e facoltà in capo agli altri soggetti del procedimento, indagato o persona offesa *in primis*, rendano il pubblico accusatore un po' meno padrone delle indagini, resta il fatto che la sua figura finisce per rappresentare l'ago della bilancia che orienta il procedimento verso la *fairness*. È vero che il tribunale (o il giudice delle indagini preliminari in Italia e Germania o giudice istruttore in Spagna) svolge un ruolo importante in questa fase del procedimento, supervisionando eventuali interferenze degli atti investigativi con i diritti e le libertà dell'individuo, esprimendosi su una richiesta di prova, nonché sul mantenimento di uno stato di custodia cautelare o, ancora, sull'accesso ad un rito alternativo o sull'esperimento di un rimedio giurisdizionale; nondimeno, non può ignorarsi che alla fine conta più il *quomodo* di questo controllo o sulla base di quali contenuti, spesso allegati unilateralmente dall'accusatore, e criteri esso viene effettuato.

Ebbene, tutte queste riflessioni possono senz'altro essere proiettate sul piano transfrontaliero.

4. La mancanza di una definizione autonoma di *transnational equality of arms* nel panorama giuridico europeo

Una volta delineata l'identità dei principi della parità delle armi e dell'indipendenza dalla prospettiva nazionale quali postulati del *due process* si è trattato poi di esplorarne la portata sul fronte transnazionale con il fine di ricostruire il ruolo da essi giocato rispetto al *transnational due process of law*, vista l'assenza, e nella CEDU e nella Carta di Nizza, di un'esplicita estensione della loro portata applicativa anche nella materia transnazionale.

²² Il rischio di concretizzazione di una simile preconvinzione è incombente certamente in Italia per l'esistenza di un certo tipo di regole che oggi informano la scelta dell'esercizio dell'azione penale e che sono suscettibili di spostare all'indietro l'asse del baricentro del procedimento dal dibattimento alla fase investigativa. In Germania, la situazione non è meno complessa: la norma che informa l'esercizio dell'azione penale è quella dell'«*hinreichende Tatverdacht*» (sufficienti indizi di sospetto) di cui al §203 StPO, ma a seconda della fase procedimentale si distingue un *Anfangsverdacht* (sospetto "iniziale") che sussiste qualora vi siano elementi circa l'avvenuta commissione di un reato che legittimano l'inizio delle indagini preliminari. Si parla invece di *dringenden Tatverdacht*, se la probabilità della commissione di un reato, è elevata (*hohe Wahrscheinlichkeit*) e consente anche l'adozione di misure cautelari personali, compresa l'*Untersuchungshaft* (custodia cautelare in carcere)²². Ebbene, l'esistenza di questi *Verdachtsgrade* impone allo *Staatsanwalt* di muoversi con cautela riducendo il ricorso a misure particolarmente invasive a seconda del grado di sospetto, ma al contempo l'esistenza di questa gradazione si ripercuote sull'imparzialità del giudice che dispone il giudizio nel momento dell'*Eröffnung des Hauptverfahrens*, giacché a quest'ultimo l'imputato appare già "*vorbelastet*", nel senso che reputa che l'indagato sia *hinreichend tatverdächtig*. In tal modo, il giudice "condivide" l'accusa come formulata dal pubblico ministero, tant'è che si parla di *Identifikation mit der Anklage*.

Quanto alla parità, in particolare, l'analisi portata avanti ha tratto spunto da alcuni quesiti di fondo emersi nelle questioni preliminari che si erano appuntati sulla necessità di verificare in che termini, anzitutto, dovesse essere intesa e/o valutata la parità delle armi in un procedimento penale transnazionale e se fosse delineabile una nozione autonoma di tale concetto più confacente al contesto delle procedure della cooperazione giudiziaria.

Ebbene, le conclusioni che si possono trarre attingono in gran parte ai risultati emersi sul versante della *transnational fairness*, giacché la voce "parità delle armi", che si fa discendere dall'equità, nel contesto transnazionale è stata se non trascurata quantomeno considerata per altre vie.

Significativi segnali promanano, in particolare, dalla materia dei meccanismi estradizionali. Sulla scorta della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo rammentata si è reso, infatti, evidente che il rispetto dell'equità è importante dal punto di vista del procedimento penale dello Stato richiedente l'estradizione o la consegna di una persona. In generale, la stessa Corte ha stabilito che lo Stato richiesto ha la responsabilità, ai sensi della Convenzione, di determinare in che misura il procedimento penale successivo all'estradizione, che di fatto riguarda l'accertamento di un'accusa penale e che, quindi, si concentra sul merito del caso, violerà il diritto a un *fair trial* della persona consegnata. Esiste, però, una chiara differenza tra la protezione offerta dall'art. 6 CEDU in un caso nazionale rispetto a quella che riguarda casi transfrontalieri, in quanto la Corte ha fissato una soglia diversa per queste ultime ipotesi, esigendo che vi sia il rischio di un flagrante diniego di giustizia.

Pur nella consapevolezza dell'importanza di questi approdi, un'analisi approfondita degli stessi, come pocanzi anticipato, dimostra la scarsa attenzione indirizzata alla parità delle armi in questo singolare panorama. Ne consegue che il modo in cui il principio viene attualmente applicato nelle vicende penali transfrontaliere dipende per la maggior parte dalla maniera in cui gli Stati contraenti intendano elaborare il concetto di *par condicio* in conformità con le loro tradizioni giuridiche, con ciò rendendo più difficile la cooperazione. Né è dato rinvenire nella giurisprudenza richiamata una nozione autonoma di "*transnational equality of arms*" che si attagli espressamente al procedimento penale transnazionale.

Non può tuttavia dirsi che il tema della tutela della parità delle armi nel panorama transfrontaliero sia rimasto completamente estraneo alla giurisprudenza di Strasburgo la quale, a ben vedere, se ne è occupata più volte, benché indirettamente, allorché si è soffermata su quelle singole garanzie di cui all'art. 6 CEDU che veicolano la *par condicio* e che nel complesso conferiscono al procedimento penale il crisma dell'equità. Anche in questo caso, però, l'approccio casistico della Corte si è palesato essere foriero di contraddizioni. A titolo esemplificativo, si pensi alle conclusioni a cui i giudici sono pervenuti in materia di diritto al confronto. Se, da un lato, a fronte del silenzio della CEDU sulla *fairness* transnazionale e sulla raccolta e ammissibilità delle *extraterritorial evidence*, i giudici di Strasburgo hanno affermato che le autorità richiedenti hanno sempre il dovere di verificare il rispetto del diritto al confronto nella fase di formazione della prova, dall'altro non sono mancate pronunce giurisprudenziali che, improntate ad un *favor* verso l'assistenza mutuale tra Stati e la salvaguardia della *lex loci*, hanno accantonato la tutela della equità processuale. Ciò si evince, in particolare, da quelle decisioni che hanno evidenziato la necessità di assumere iniziative investigative per non disperdere le prove rilevanti ai fini dell'accertamento penale o di non frustrare le pretese avanzate dagli Stati cooperanti circa la consegna di un cittadino.

Sulla scorta di un assetto di tal tipo risulta allora sufficiente che anche solo una porzione del procedimento garantisca la parità così aprendo le porte ad una considerazione della *overall*

fairness e dell'esistenza di eventuali *counterbalance effects* che si snodano lungo tutto l'iter procedimentale e che trovano collazione in alcune porzioni di questo. Seguendo questa impostazione ogni Stato coinvolto nelle procedure deve assicurare, per la propria parte, una equa posizione ai soggetti implicati, onde evitare di incorrere in responsabilità e dovrà/potrà sempre fare ricorso a fattori di controbilanciamento volti a compensare la mancanza di confronto. L'idoneità di questi elementi controbilancianti dipenderà poi dal peso delle prove "non provate": quanto più forti sono le prove, tanto maggiore sarà il peso dei fattori di controbilanciamento ai fini di un accertamento positivo dell'equità del procedimento nazionale²³.

Il metodo adottato dalla Corte Edu nelle sue decisioni, calibrato sulla valutazione complessiva del procedimento, che ammette restrizioni ai diritti fondamentali se le autorità nazionali sono state in grado di adottare meccanismi di compensazione in una fase successiva della procedura, non si adatta adeguatamente alle situazioni di carattere transnazionale, in cui ciascun Paese può essere ritenuto responsabile solo per specifiche attività procedurali che costituiscono una piccola parte di una procedura più ampia avviata con una indagine criminale in un altro Stato che va sotto la ormai consolidata denominazione di *internationale Arbeitsteilung*.

Gli approdi ai quali è pervenuta la Corte di Strasburgo, e che non convincono pienamente, richiedono dunque di essere colmati e compensati oltre che in seno alla stessa cornice della grande Europa anche entro il quadro giuridico della piccola Europa.

Ora, in ordine alla portata applicativa del diritto a un equo processo sancito dall'art. 47 della Carta alla materia della cooperazione internazionale, la CGUE non ha mancato di precisare che, per quanto l'efficienza e l'efficacia dell'assistenza giudiziaria improntata al mutuo riconoscimento siano obiettivi da perseguire, essi non possono scalzare l'obbligo fondamentale di rispettare i diritti fondamentali e i principi giuridici fondamentali sanciti dall'art. 6 del Trattato sull'Unione europea (TUE), tra cui, per l'appunto, il diritto ad un processo *fair*. Non sembra, al contrario, che in seno all'Unione Europea, eccezion fatta per alcune ipotesi particolari, sia attualmente adottato un livello più elevato di protezione del diritto al *due process* rispetto a quello che si rinviene nel sistema del Consiglio d'Europa, giacché il contenuto di cui all'art. 47 della Carta di Nizza va desunto per lo più dall'art. 6 CEDU, così come interpretato da Strasburgo. Ad ogni modo, sulla scorta dell'art. 47 anche nei casi penali transfrontalieri occorre perseguire un equilibrio tra la tutela dei diritti della difesa e la parità delle armi tra le parti, da un lato, e la tutela degli interessi preordinati alla realizzazione di una proficua cooperazione tra le autorità, dall'altro. Il perseguimento di questo bilanciamento dipende da diverse condizioni, quali ad esempio l'obiettivo dello specifico strumento di cooperazione internazionale usato e il livello minimo di protezione dei diritti previsto dall'art. 6 CEDU in questo singolare contesto.

E così, ad esempio, in materia di MAE, ispirandosi al ben noto *test Aranyosi e Căldăraru*, la Corte ne ha significativamente esteso l'applicazione a violazioni sistemiche o generalizzate del diritto a un processo equo, di cui la *par condicio* è certamente parte integrante, sottolineando, al contempo, che l'indipendenza e l'imparzialità sono senz'altro funzionali a garantire efficacemente l'equità.

²³ In particolare, si è visto che la Corte prende in considerazione la possibilità di giustificare la scelta delle autorità procedenti di non stabilire un collegamento video - sebbene disponibile - verificando se altre garanzie procedurali possano compensare questa condotta. Cfr. par., 2.1, capitolo I, parte II.

Per quanto attiene all'attenzione che il diritto dell'Unione europea ha dedicato alla principio *de quo* nelle Direttive della c.d. *Roadmap* di Stoccolma si rammenta che esse sono certamente suscettibili di essere applicate all'intero procedimento penale nazionale e, pur essendo tali strumenti rivolti ad armonizzare le disposizioni concernenti le garanzie in essi trattati, il fatto che esse mirino a facilitare le attività di cooperazione giustifica l'applicazione potenzialmente anche sul fronte transnazionale. Cionondimeno, sono emerse alcune preoccupanti lacune proprio sotto il profilo dell'assicurazione di significative garanzie delle parti coinvolte nella cooperazione, a cominciare dal diritto alla traduzione o alla doppia difesa, in grado di metterle nella posizione di partecipare paritariamente alla dialettica procedimentale²⁴.

A tutto ciò si aggiunga che finora la CGUE ha avuto poche occasioni per plasmare un concetto autonomo di parità delle armi in chiave transfrontaliera. Come abbiamo avuto occasione di notare, infatti, due eccezionali esempi di nomofilachia europea sono dati dalle interpretazioni dei principi dell'indipendenza e dal *ne bis in idem*. È pur vero che trattando di indipendenza ed equità, a cominciare dal caso *LM*, la Corte di giustizia ha indirettamente e di riflesso impresso una significativa protezione anche alla *par condicio* delle parti.

Resta allora da capire l'importanza che il principio di indipendenza, in quanto connesso alla parità delle armi, riveste oggi nello specifico contesto della giustizia penale transnazionale.

5. La nomofilachia europea della Corte di giustizia sul concetto di “autorità giudiziaria” e l'assetto a geometria variabile

Già si è detto della triplice funzione che per i giudici di Lussemburgo ricopre il principio di indipendenza nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia. In particolare, è alla ricerca di una “comune grammatica” di concetti da parte della Corte di giustizia che bisogna guardare più a fondo, poiché negli ultimi tempi, essa ha interessato il ruolo dell'indipendenza del potere giudiziario principalmente nell'ambito della gestione dei meccanismi e del nuovo sistema di consegna estradizionale basato sul mandato d'arresto europeo e delle nuove forme di assistenza probatoria ricomprese nell'ordine europeo di indagine penale. Ebbene, tanto con riguardo al MAE, quanto in relazione all'OEI la nomofilachia della CGUE si è appuntata sulla individuazione di una nozione autonoma di autorità giudiziaria di emissione o esecuzione di un mandato d'arresto europeo e di indagine europeo. Le tensioni interpretative su queste spinose nozioni hanno infatti innescato tutta una serie di questioni gravitanti attorno al ruolo che l'indipendenza delle autorità giudiziarie, specie del pubblico ministero, può e deve assumere nell'ambito della cooperazione giudiziaria in materia penale quale presupposto per assicurare la salvaguardia dei diritti fondamentali.

Tra punti di assonanze ed elementi di divergenza interpretativa può comunque scorgersi nelle soluzioni della Corte di giustizia una diversificazione di tutele in grado di riflettersi anche in altri settori del mutuo riconoscimento e che, del resto, non appare affatto isolata alle dinamiche della cooperazione giudiziaria penale, ma tende ad affiorare anche in altre direzioni: a cominciare dal versante dei livelli di protezione garantiti ai fini dell'esercizio di taluni diritti di difesa introdotti a dalle Direttive eurounitarie oggetto del Programma di Stoccolma.

²⁴ Così al par. 3.1 del capitolo I della parte II.

Così, per emettere ed eseguire un MAE l'autorità giudiziaria deve essere munita di requisiti di indipendenza. Può notarsi che, se la tassatività dei motivi di rifiuto di esecuzione di cui alla Decisione quadro 2002/584/GAI è stata talvolta corroborata dai giudici di Lussemburgo, come attestano alcune pronunce limitative degli elementi che ostacolano la circolazione del mandato, al contrario essa non sembra aver trovato applicazione con riguardo al requisito della indipendenza della pubblica accusa. E ciò perché ogni sovrapposizione alla politica segna la cifra differenziale tra il mandato d'arresto europeo e l'extradizione, oltre al fatto di mettere a repentaglio il giusto processo e la tutela giurisdizionale. A tutt'altre conclusioni, come abbiamo visto, si è giunti in materia di ordine d'indagine penale in virtù di considerazioni di rilevante natura pratica, ma con forti ripercussioni sulle libertà fondamentali, potendosi così riconoscere anche in capo ai giudici dell'Unione europea una logica c.d. *flow* e di bilanciamento degli interessi in gioco, tipiche della Corte Edu. Queste soluzioni antitetiche, come già ampiamente sottolineato, sembrano avallare un assetto “a geometria variabile” di una garanzia, come quella espressa dall'indipendenza, riconoscendo implicitamente che l'indipendenza esterna del pubblico ministero sia funzionalmente connessa alla sola libertà personale rimanendo invece escluse da tale ombrello protettivo le libertà fondamentali (personale, ma anche di domicilio o delle comunicazioni, fino ai diritti fondamentali di relativo nuovo conio come la riservatezza informatica). Nondimeno, la veridicità di questo assunto presuppone, a ben vedere, una graduazione delle libertà in “fondamentali” e meno “fondamentali”.

6. Doppio livello di tutela, carenze difensive e insidie per la parità delle armi nel MAE e nell'OEI

Le considerazioni critiche rispetto alla tutela apprestata all'equo processo da questi strumenti della cooperazione non si esauriscono qui. Quanto al MAE, fin dalla emanazione della Decisione quadro 2002/584, esso ha sollevato complesse questioni interpretative in cui la Corte di giustizia si è trovata spesso a dover coniugare il principio del mutuo riconoscimento con la tutela dei diritti fondamentali, considerata a lungo un dato consolidato nello spazio giuridico europeo. Del resto, le stesse vicende da cui sono scaturite le sentenze della Corte europea esaminate sono il prodotto di un nuovo modo di intendere la fiducia reciproca, la quale non può più essere considerata quale fiducia cieca e volta ad escludere qualsiasi vaglio sulle scelte e le valutazioni condotte dalle autorità di altri Stati membri. La necessità di contemperare questa doppia anima della cooperazione giudiziaria si è tradotta in un congegno escogitato dalla Corte ovvero il sistema del doppio livello di tutela: e cioè, il rifiuto di eseguire il MAE è legittimo solo se soddisfa le condizioni di una procedura di controllo che si sviluppa in due fasi, la prima delle quali consta in una valutazione volta ad escludere che esistano delle carenze sistemiche e generalizzate nella tutela di un diritto fondamentale nello Stato membro emittente, mentre la seconda valuta specificamente e precisamente il rischio di una reale violazione, tenendo conto della situazione individuale dell'imputato nel Paese emittente.

Alla luce di ciò, sulle autorità giudiziarie dell'esecuzione pesa un compito di difficile realizzazione giacché esse sono chiamate a valutare se esistono rischi seri e comprovati che il processo equo nello Stato emittente possa essere violato, secondo l'insegnamento del giudice di Lussemburgo a partire dalle sentenze *Aranyosy e Căldăraru* e *LM*, o se il principio di proporzionalità sia stato applicato correttamente nello Stato membro emittente, ma anche

se l'organo emittente, ivi compreso l'ufficio del pubblico ministero, goda di garanzie di indipendenza all'interno del proprio sistema giuridico.

Ora, quanto al primo livello risulta già di per sé difficile sondare l'esistenza di lacune generali in capo alla stessa indipendenza ordinamentale che, come più volte evidenziato, risulta problematica da inquadrare, non essendo ad oggi chiaro, ad esempio, quando le istruzioni provenienti dagli organi politici siano specifiche e quando rientrino in un più ampio potere di indirizzo. Dove finisca il controllo richiesto dallo Stato di diritto e dove inizi il controllo politico è un discrimine che non si traccia agevolmente nel contesto di una società civile frammentata e di una politica non sempre all'altezza delle proprie funzioni. Eppure, se il primo livello è tutto sommato accettabile, è il secondo a sembrare un'utopia, perché richiede un controllo penetrante sull'indipendenza organica e funzionale la carenza delle quali nel caso di specie deve esporre ad una grave violazione l'equo processo e, più a monte, della parità delle armi. È indubbio che un tale profilo sia senz'altro difficile da testare, specie per la penuria di dati concreti, per lo più allegati dalla persona in consegna sulla quale, però, grava un'onus probandi significativo che aggrava una posizione già svantaggiata e fisiologicamente debole.

Ancor più difficile da sondare è l'indipendenza soggettiva delle autorità giudiziarie, che attinge cioè alla categoria dell'imparzialità, la quale richiede un esame approfondito che tocca il momento di applicazione delle norme penali e processuali penali al singolo caso e in cui, per fornire un esempio, ai fini della convalida di un MAE si dovrebbero tenere in debito conto tutte le prove a carico e a discarico nell'emettere una decisione limitativa della libertà personale o nel vagliare l'opportunità o meno di avviare un procedimento penale²⁵. Se poi il controllo dovesse interessare anche l'imparzialità della poliedrica figura del pubblico ministero, esso renderebbe certo un efficace servizio di tutela alla parità, ma comprometterebbe l'accelerazione su cui si basa il MAE.

In ordine all'OEI, si ritiene utile precisare che, per quanto encomiabili appaiano i mutamenti apportati da questo mezzo alla disciplina della circolazione probatoria, che vanno dalla giurisdizionalizzazione delle procedure di assistenza rogatoria ai tempi di esecuzione delle domande di assistenza giudiziaria e, ancora, dai rinnovi in materia di normativa applicabile per l'espletamento della prova (*lex fori* temperata alla *lex loci*) allo scambio spontaneo di informazioni tra autorità giudiziarie, al contempo diverse sono le carenze cui il ricorso a questo strumento dà adito che concernono il profilo della partecipazione effettiva dei soggetti privati all'attività rogatoria e, quindi, della possibilità che questi, vittime o imputati, contribuiscano paritariamente con mezzi e strumenti appropriati al procedimento investigativo transnazionale senza incorrere in limitazioni ed ostacoli di sorta.

Si pensi, in particolare, all'impossibilità di difendersi indagando o all'assenza di carenze informative a danno della difesa, a favore della quale non è espressamente contemplato l'accesso al fascicolo del procedimento instaurato nello Stato di emissione, nonché all'impossibilità di sollecitare l'emissione di un'OEI o di contestare la proporzionalità dello stesso.

Anche l'approccio teleologico adoperato dalla CGUE per ammettere il pubblico ministero tra i soggetti legittimati ad emettere l'OEI, sul presupposto che esso gravi sulle libertà personale, non può essere accolto appieno poiché ignora che la Direttiva OEI ammette una restrizione della libertà personale nel prevedere all'art. 23 il trasferimento temporaneo nello

²⁵ Nel caso *Puig Gordi*, come si è notato, secondo la Corte di giustizia l'autorità giudiziaria dell'esecuzione non può, ad esempio, verificare, che l'autorità giudiziaria emittente sia competente, alla luce delle norme del diritto dello Stato membro emittente, a emettere un mandato d'arresto europeo. Cfr., par. 3.1., capitolo II, parte II.

Stato di esecuzione di persone detenute ai fini del compimento di un atto di indagine. Lesioni non trascurabili sono arrecate anche dalla perquisizione, dalla sorveglianza video, audio o delle telecomunicazioni la somma dei quali o il modo in cui vengono eseguite non possono essere indifferenti ai prevenuti.

Anche rispetto all'ordine di indagine penale è poi richiesta l'attivazione di un *two tier-test* che ricalca grossomodo lo schema a doppio livello di tutela pensato per il MAE e la possibilità di esperire rimedi per contestare l'emissione sotto il profilo della sua proporzionalità. Eppure, si è rilevato che, alla luce delle perplessità sollevate sul versante delle lacune delle garanzie preordinate ad un'equa partecipazione al procedimento transnazionale, risulta difficile aderire integralmente a questo orientamento, non essendo sufficienti alcune garanzie, per così dire, di "contorno" quali la possibile autorizzazione da parte di un organo giurisdizionale dello Stato di esecuzione ai sensi dell'art. 2(d), come pure la consultazione diretta con l'autorità emittente in caso di dubbio circa il rispetto del principio di proporzionalità o il ricorso ad un atto investigativo diverso da quello richiesto idoneo a realizzare lo stesso risultato ma con una minore interferenza nei diritti fondamentali degli interessati ed, infine, il rifiuto di eseguire l'ordine *ex art.* 11(f) della Direttiva OEI a causa dell'incompatibilità dell'atto richiesto con gli obblighi dell'art. 6 della Carta di Nizza.

A ben considerare le questioni interpretative sorte attorno al MAE e all'OEI impongono un raffronto tra i diversi modelli ordinamentali circa la configurazione del pubblico ministero, il cui risultato rende attuale le conclusioni di Antoinette Perrodet che, nel suo ormai più che ventennale *«étude pour un ministère public européen»*, aveva messo in luce la eterogeneità degli organi requirenti in Europa²⁶. È vero, però, che nel variegato panorama giuridico, la diversità può essere superata valorizzando la portata di alcuni principi come, *inter alia*, l'imparzialità e l'indipendenza delle autorità giudiziarie, la pubblicità delle udienze e l'inviolabilità della difesa, i quali appaiono oggi indefettibili per ogni sistema che sia orientato alle garanzie della persona. La circolazione delle decisioni che incidono sulla libertà personale richiede, pertanto, un certo *status* di indipendenza anche nel pubblico ministero sia in concreto sia in astratto. Questa constatazione ci spinge ancora una volta verso una considerazione di carattere generale sulla centralità del ruolo della pubblica accusa anche nel procedimento transnazionale che si riallaccia, peraltro, al ruolo della Procura europea nello scenario giuridico europeo.

7. La Procura europea: tribunali e procedimenti penali plurimi a fronte di un ufficio investigativo unico

Dal RegEPPPO del 2017 istitutivo della Procura ci sarebbe aspettati che il legislatore europeo affrontasse dapprima le lacune emerse già da tempo e risolvesse problemi di vecchia data emersi in relazione alle garanzie procedurali e dalle forti ripercussioni sulla parità delle armi. Ciò avrebbe chiaramente richiesto scelte più decise, non tanto in termini di avvicinamento o armonizzazione delle legislazioni nazionali, quanto sul fronte della creazione di discipline uniformi.

Eppure, nel momento in cui ha predisposto il nuovo organismo della Procura europea, piuttosto che risolvere le problematiche esistenti, le ha esacerbate, poiché il Regolamento ha creato un ufficio investigativo e giudiziario paneuropeo, con competenze proprie, ma non

²⁶ A. PERRODET, *Étude pour un ministère public européen*, Paris, 2001.

ha definito un quadro giuridico o uno schema di protezione giurisdizionale paneuropeo. Ciò significa che, da un lato, l'azione penale a livello europeo è facilitata e guidata da un unico Ufficio che agisce in modo coordinato ma, dall'altro lato, il soggetto che viene coinvolto nelle indagini dell'EPPO non gode di un insieme di diritti a livello europeo, cioè non beneficia di una Carta dei diritti difensivi e garanzie partecipative e non è protetto da un sistema di controllo giurisdizionale unitario. Insomma, nessun tribunale unico, nessun procedimento unico, nessun rimedio unico.

In questo scenario, le implicazioni per il principio della parità delle armi nei procedimenti dell'EPPO possono essere molteplici e lo squilibrio esistente, oltre a discendere da un organigramma solo apparentemente semplice, concerne l'assistenza difensiva, la partecipazione attiva della difesa e le indagini difensive, l'accesso al materiale processuale, la mancata partecipazione a snodi cruciali del procedimento investigativo e la mancanza di rimedi efficaci, come per il caso delle decisioni inerenti l'archiviazione. Tutte aree, queste, intrinsecamente connesse alla *par condicio* certo, ma in grado di influire sull'imparzialità degli organi giudiziari, specie se requirenti. Non c'è dubbio che la debolezza dei diritti di difesa nelle indagini di polizia e dell'accusa, così come le difficoltà degli avvocati nel condurre indagini difensive efficaci, non creano le condizioni migliori per un'equa raccolta di prove in vista delle decisioni che possono essere assunte rispetto all'esercizio dell'azione. L'uso poi di indagini intrusive e di misure coercitive degli PDE, benché richieda un controllo indipendente per espressa volontà del RegEPPO, presuppone troppo spesso una valutazione del giudice che si basa solo sulle informazioni raccolte dalle autorità investigative unilateralmente, in quanto gli indagati possono anche non essere a conoscenza dell'esistenza di un'indagine in corso. Si aggiunga poi che i pubblici ministeri nazionali inquadrati nell'EPPO potrebbero avere ampie possibilità di oscurare informazioni rilevanti non solo agli interessati e ai loro avvocati, ma anche al giudice competente, che spesso non è in grado di giudicare in modo veramente imparziale. Certamente, questa soluzione non può essere giustificata in un modello di giustizia penale orientato ai diritti umani.

8. La valorizzazione del principio del *ne bis in idem* quale mezzo per massimizzare la tutela del *transnational due process*

I principi che hanno guidato la nostra analisi fino a questo punto convergono infine in un argomento di chiusura quale è quello rappresentato dal *ne bis in idem*. È proprio questo tema centrale nella materia della giustizia penale transnazionale che, forse più di altri, scardina i paradigmi definitivi del diritto processuale nazionale.

Il divieto di reiterazione di un doppio giudizio, infatti, ci permette di condurre delle osservazioni sul modo di concepire il futuro della giustizia penale in Europa in nome della salvaguardia dell'equità procedimentale transnazionale con significative ricadute su tradizionali nozioni interne della procedura penale, tra cui spicca la certezza giuridica.

L'importanza di assicurare un procedimento equo potrebbe poi influire sul ripensamento dello stesso divieto del *bis in idem*, il cui fine, come abbiamo avuto occasione di vedere, è tradizionalmente legato alla necessità di difendere chi abbia già subito un processo dal pericolo di reiterazione di un doppio o plurimo giudizio, al contempo apponendo su una decisione il sigillo della definitività e con ciò rispondendo ad esigenze di certezza. Per quanto non si sia voluta negare questa principale *ratio* del *ne bis in idem*, certamente attuale alla luce dell'elevato rischio di concretizzazione di *multiple prosecutions* che uno spazio senza barriere

geografiche interne oggi comporta, si è tuttavia inteso sostenere la cedevolezza di questo principio dinanzi alla necessità di assicurare la *fairness* procedimentale, la quale finisce per assumere a tutti gli effetti la caratteristica di un “metavalore” paneuropeo che permea tanto i modelli di giustizia penale nazionale che transfrontaliera.

Se dunque una decisione nazionale sia stata emessa in violazione di una serie di diritti che informano l'equo processo, tra cui quelli che attengono alla parità delle armi e all'indipendenza delle autorità giudiziarie, ciò legittimerebbe una nuova celebrazione del procedimento al fine di ottenere, se non un proscioglimento quantomeno una condanna giusta in uno Stato diverso che, con il primo, ha però elementi di collegamento e che rispetto a questo presenta *standard* più elevati di tutela della parità o un sistema giudiziario nel complesso più indipendente²⁷. In caso di nuova condanna, tuttavia, l'organo che ha celebrato il processo dovrà tenere in debito conto quanto già sofferto a titolo di privazione della libertà personale nello Paese del primo procedimento (*Anrechnungsprinzip*).

Certo un'impostazione di tale tipo, allo stato attuale del tutto utopistica, esige anzitutto un riconoscimento condiviso da parte degli ordinamenti giuridici europei di una diversa concezione del divieto di doppio giudizio, non più solo come principio indisponibile ma quale diritto pienamente disponibile dell'interessato, a cui corrisponde pertanto un obbligo delle autorità straniere di intraprendere un nuovo procedimento, previa valutazione degli elementi allegati dai quali discende l'esistenza di un grave pregiudizio delle garanzie che informano il *due process* nello Stato che per primo ha dispensato “giustizia”.

Una riflessione più approfondita sulle modalità di estrinsecazione di tal inedito meccanismo è però necessaria per poterne sondare la concreta operabilità e dovrebbe impegnare nel prossimo futuro pratici e teorici del diritto nella ricostruzione di aspetti più tecnici, a cominciare dal prevedere un termine entro il quale poter ottenere un nuovo procedimento o giudizio all'estero, dall'individuazione dei soggetti legittimati e del *quantum* di prova necessario nel dimostrare di aver subito un nocimento della parità delle armi o, ancora, quali criteri debbano essere presi in considerazione per vagliare l'assenza di indipendenza del potere giudiziario del Paese estero. Profili problematici questi che, per la verità, sono già emersi trattando del doppio livello di tutela apprestato in materia di MAE e OEI e che non hanno trovato ancora risposte soddisfacenti. Non meno importante è poi la considerazione di valori antagonisti, ma pur sempre meritevoli di tutela, che in nome di una visione dinamica della *par condicio* non possono appuntarsi sulla considerazione di una sola parte. Si pensi, a questo riguardo, alla posizione delle vittime che andrebbero incontro ad un ulteriore processo e con ciò ad una ulteriore vittimizzazione. Viceversa, potrebbe essere la stessa persona offesa a voler azionare un nuovo giudizio a scapito, questa volta, della persona prosciolta perché insoddisfatta della tutela apprestata nello Stato del primo procedimento per non essere stata adeguatamente ascoltata. L'ipotesi, del resto, non è assurda già all'interno di un ordinamento giuridico, come si è evinto dal caso *Sabalić* richiamato al capitolo V della parte II.

²⁷ Allo stesso modo, il già indagato in uno Stato potrebbe avere interesse a che il procedimento prosegua in un altro ordinamento a lui, per così dire più affine, perché ad esempio realizzato in una lingua della quale ha padronanza e con ciò potendo esercitare tutte le prerogative della difesa preordinate ad assicurare la parità delle armi e ad influire sull'imparziale esercizio del poter di *ius dicere*.

9. Problemi sistemici e frammentazione della tutela nella giustizia penale transnazionale

Ora, il ripensamento del modo di intendere il principio del *ne bis in idem* nei termini su esplicitati svela due ostacoli che affliggono da tempo la giustizia penale transnazionale e che sono rimasti tuttora irrisolti. Essi gravitano attorno ai problemi sistemici, e alla conseguente frammentazione che ne deriva, della tutela giuridica.

Le principali criticità sono il portato del divario che si verifica quando i procedimenti penali, quand'anche concepiti in modo tale da essere (almeno in astratto) conformi ai principi del giusto processo e della parità delle armi a livello nazionale, una volta combinati con quelli di un altro Stato, perdono il proprio tratto e/o vocazione garantista²⁸. Ciò discende da una frammentazione della tutela giuridica che è il portato, a sua volta, della regola del *non inquiry* secondo la quale, in nome della fiducia reciproca, nel contesto transfrontaliero le autorità, si astengono, almeno di norma, dal riesaminare l'operato di quelle straniere²⁹.

Dinnanzi a queste insolute questioni, si tratta allora di fornire soluzioni e risposte adeguate. La scienza giuridica, spesso criticata per il fatto di non utilizzare sempre una metodologia empirica il che, secondo Rudolph von Jhering³⁰, non impedisce di considerare gli studi giuridici come scientifici, non può tuttavia trascurare la realtà sociale e la sfera professionale in cui le leggi devono operare.

A tal fine, un passaggio obbligato consiste anzitutto in una presa di consapevolezza: e cioè che l'uguaglianza delle armi nei procedimenti penali porta con sé un'immanente disuguaglianza tra le parti che si accentua quando dal piano nazionale si passa a quello transfrontaliero in cui devono essere considerati gli interessi di due o più Paesi e le persone coinvolte devono spesso affrontare enormi difficoltà per agire e reagire. Ebbene, il problema dello squilibrio che si crea sul versante transfrontaliero ben può essere affrontato in diversi modi. Anzitutto intervenendo a livello normativo sia sul fronte nazionale che sovranazionale. Nel primo caso si tratta di innovare la disciplina in materia di rapporti con le altre giurisdizioni ponendo l'enfasi sulla *par condicio* nella dimensione transfrontaliera. Nel secondo caso, armonizzando "dall'alto", e il più possibile, le garanzie interne che realizzano la parità delle armi. Un'ulteriore via da intraprendere potrebbe consistere nella realizzazione di un'opera più capillare da parte del legislatore dell'UE, che sulla base di una condivisa volontà politica si impegni a uniformare le garanzie preordinate al mantenimento dell'uguaglianza delle armi e a fondare un vero e proprio "Statuto della parità delle armi" idoneo ad accrescere i diritti della difesa e a garantire un controllo giurisdizionale efficace, specie a fronte di misure

²⁸ Ad esempio, una dichiarazione testimoniale rilasciata alla polizia in Italia non sarà normalmente utilizzabile a processo, a meno che non intervenga un concordato tra le parti o si verifichi una circostanza del tutto eccezionale che, previa decisione del tribunale, ammetta il recupero di deposizioni anteriori al dibattimento: e ciò con il fine di assicurare una condizione di "verginità conoscitiva" dell'organo deliberante agendo sulla sua neutralità. In Germania, per fornire un altro esempio, simili garanzie sono dovute alla minore affidabilità e accuratezza delle dichiarazioni predibattimentali, che di solito sono rese in assenza dell'avvocato della difesa. Una volta che questa dichiarazione viene esportata in un altro Stato membro, le garanzie previste vengono meno, poiché ciò che è stato trasferito è solo il "prodotto" di un'operazione avvenuta in uno Stato diverso.

²⁹ Si pensi a quanto ribadito dalla Corte di giustizia nel caso *Puid Gordi* in cui si è precisato che l'autorità giudiziaria dell'esecuzione non può verificare che l'autorità giudiziaria emittente sia competente, alla luce delle norme del diritto dello Stato membro emittente, a emettere un mandato d'arresto europeo. Cfr. parte II, capitolo II, par. 3.1.

³⁰ R. JHERING, nella sua lezione inaugurale in occasione dell'ingresso nel *Lehrstuhl* dell'Università di Vienna il 16 ottobre 1868, che si può leggere in O. BEHREND (ed.), *Ist die Jurisprudenz eine Wissenschaft?*, Göttingen, 1998, pp. 47 ss.

investigative di raccolta delle prove invasive, a cominciare da perquisizioni e intercettazioni. Un assetto, insomma, capace di affrontare un problema sistemico in maniera organica e, di riflesso, ridurre la frammentarietà della tutela giuridica.

Queste iniziative sarebbero vane se non fossero accompagnate da politiche eurounitarie che guardino alle implicazioni del principio d'indipendenza dell'autorità giudiziaria all'interno della generale cornice che abbraccia tutte le problematiche attinenti all'esercizio della giurisdizione in uno Stato di diritto e che si appuntano oggi sulla promozione di un procedimento equo. Si tratta di una considerazione che nella materia penale mostra tutta la sua pregnanza concreta: la necessità di preservare un esercizio indipendente e imparziale della giurisdizione, in ispecie di quella penale, costituisce infatti una condizione necessaria affinché lo *ius terribile* non diventi espressione di forza brutta nel panorama della giustizia penale transnazionale. D'altra parte, il rischio di condizionamenti può anche essere interno alla magistratura e dipendere da fattori di svariata natura, quali le dinamiche discendenti dalle strutture gerarchiche dei differenti uffici e soprattutto le relazioni che nei diversi sistemi procedimentali s'instaurano tra giudice e parti, e in particolare tra giudice e quella parte pubblica che è il pubblico ministero³¹.

Ebbene, tutti questi significativi profili rappresentano sfide concrete per il legislatore europeo.

10. Gli spazi di discrezionalità delle autorità giudiziarie e il problema della responsabilizzazione

Le riflessioni appena espresse devono essere poi accompagnate da una constatazione che accentua, tanto per la funzione giurisdizionale quanto per quella requirente, il legame tra garanzia di indipendenza e imparzialità e responsabilità ovvero di *accountability*, secondo un'espressione invalsa nei Paesi *Common law*. Esistono, infatti, degli spazi procedimentali in cui si insinua, per così dire, la possibilità di esercitare attività discrezionali. A ben considerare, la discrezionalità può essere considerata un valore aggiunto del procedimento penale se ad essa si assegna il ruolo di catalizzatore dell'equilibrio procedimentale necessario a ristabilire un adeguato bilanciamento di poteri e funzioni tutte le volte in cui una rigida applicazione della legge o, per contro, il silenzio della stessa su snodi cruciali del procedimento conducono a scenari iniqui. Tuttavia, se non sorretta da responsabilità, la discrezionalità rischia di sfociare in arbitrarietà, con ciò esigendosi una responsabilizzazione delle autorità giudiziarie *in primis*, ma anche degli altri attori processuali.

La strada da imboccare, dunque, non è tanto e solo quella della diminuzione dei poteri decisori delle autorità giudiziarie, siano esse giudici o pubblici ministeri, ma la regolamentazione della loro discrezionalità. In questo senso andrebbero rinforzate le

³¹ A questo riguardo, ogni Paese, per quanto possa adattare il modello di pubblico ministero alle esigenze di uniformità e di rispetto della *Rule of law* derivante dall'adesione a strumenti convenzionali e dalle necessità di dialogo tra sistemi e imposte dalla transnazionalità dei crimini e dei processi, ci consegna ancora oggi, purtroppo, una figura poliedrica ma pur sempre un *unicum* del proprio ordinamento, potendosi parlare ancora di un pubblico ministero nel processo, disciplinato in primo luogo dal codice di rito, di un pubblico ministero nell'ufficio, regolato dalle norme dell'ordinamento giudiziario, di un pubblico ministero nel sistema istituzionale generale, subordinato alle disposizioni costituzionali, ma pur sempre nella dimensione nazionale. Proprio questa disomogeneità rappresenta un punto di frizione nel panorama della cooperazione giudiziaria e disvela problematici scenari per l'operare dell'EPPO.

previsioni sull'obbligo di motivazione delle scelte che implicano l'adozione di misure coercitive e coattive. Questi interventi, tuttavia, non sono di per sé sufficienti a risolvere i problemi che discendono dai c.d. *bias* di conferma sulla base dei quali gli individui tendono ad utilizzare prevalentemente una strategia volta a confermare la regola anziché a verificare l'attendibilità della stessa mediante il ricorso a strumenti e circostanze che li falsificano. Questo ineliminabile atteggiamento mentale volto ad avallare le credenze rispetto alla probabilità di colpevolezza di un indagato o imputato potrebbe influire sulle determinazioni del giudice o del pubblico ministero minandone l'indipendenza soggettiva.

Del resto, nelle società pluralistiche contemporanee si avverte sempre di più l'esigenza di giudici che sappiano togliersi dagli occhi quella benda che per molto tempo ha caratterizzato le rappresentazioni della giustizia come dea bendata. In questa asserzione si intravede certamente un appello e alla cultura giuridica e alla sensibilità dell'organo deliberante per fare della giustizia un bene più vicino e rispondente alle realtà concrete della società, ovvero più umano, senza che con ciò si perda la neutralità metodologica. Sennonché scopriamo adesso, grazie all'apporto delle moderne scienze psicologiche o alle stesse neuroscienze, le quali hanno studiato i meccanismi neurobiologici alla base del ragionamento e del processo decisionale umano, che per quanto l'autorità giudiziaria sia animata dal desiderio di rendere giustizia con obiettività, essa finisce in realtà per essere soggiogata, ancorché inconsapevolmente, da meccanismi oscuri e non del tutto controllabili installati nel suo foro interiore e comuni alla mente di ogni essere umano, al punto che ci sembra di poter affermare che la dea della giustizia continua ad essere bendata. A fronte di un giudice umano, dunque fallibile, è pertanto affiorata l'idea che un'intelligenza artificiale (IA), apparentemente scevra da giudizi e preconcetti, possa se non sostituirlo nelle attività decisionali quantomeno affiancarlo e orientarlo nell'assumere scelte delicate. Del resto, abbiamo imparato a comprendere la non autosufficienza del diritto, stante l'indubbia interdisciplinarietà della materia, la quale richiede l'intervento di molti settori diversi da quello giuridico.

11. L'apporto dell'Intelligenza artificiale al procedimento penale e la cooperazione giudiziaria 3.0 in Europa. Quali pericoli per l'indipendenza e la parità?

Ora, è ben noto che l'intelligenza artificiale sta progressivamente entrando nel settore legale e giudiziario offrendo nuove opportunità per una efficiente ed efficace amministrazione della giustizia penale. Anzitutto, l'IA può essere impiegata per automatizzare alcune attività ripetitive e procedurali, consentendo ai giudici di concentrarsi su questioni più complesse ma può pure fornire loro, come anche ai pubblici ministeri e agli organi non giudiziari, analisi dettagliate e approfondite dei dati pertinenti a un caso, aiutandoli a prendere decisioni più informate, calibrate e accurate³². A questo riguardo è assolutamente

³² Volendo fornire qualche esempio, si va dalla predeterminazione delle aree più a rischio per la commissione di specifici reati al riconoscimento facciale, dall'esame delle prove digitali alla (presunta) possibilità di verificare la genuinità delle prove dichiarative o di misurare il tasso di recidiva. Le applicazioni portano con sé un dibattito dottrinale e giurisprudenziale sterminato che ne sta analizzando da tempo limiti e potenzialità. Al riguardo copiosa è la letteratura. Cfr., fra i molti, S. QUATTROCOLO, *Artificial Intelligence, Computational Modelling and Criminal Proceedings. A Framework for A European Legal Discussion*, Cham, 2020; U. RUFFOLO, *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*, Milano, 2020; M. GIALUZ, *Intelligenza artificiale e diritti fondamentali in ambito probatorio*, in aa.vv., *Giurisprudenza penale, intelligenza artificiale ed etica del giudizio*, Milano, 2021, pp. 51 ss.; M. CAIANIELLO, *Dangerous Liaisons. Potentialities and risks deriving from the interaction between Artificial Intelligence and preventive justice*, in

importante sottolineare il cambio di paradigma che nell'oscuro e insieme affascinante mondo degli algoritmi l'introduzione del *Machine Learning* (ML) ha portato allo sviluppo dell'intelligenza artificiale. L'approccio basato sull'analisi dei dati e sull'apprendimento automatico ha dimostrato infatti un notevole successo in diverse sue applicazioni pratiche, superando in molti casi gli approcci tradizionali basati su rappresentazioni simboliche e regole predefinite. Alcuni sistemi di IA poi, noti come *Multi-Agent Systems* (MAS) hanno in particolare dato prova di poter fornire un significativo contributo nella definizione stessa del procedimento investigativo, specie in alcune fasi delle indagini che esigono una gestione efficiente dei *big data* della *digital forensics*³³. Senza dilungarci oltremodo su queste informazioni, qui di seguito ci proponiamo di formulare dall'angolo visuale di questa ricerca alcune considerazioni di carattere generale in merito all'utilizzo dei sistemi intelligenti nel panorama giudiziario transfrontaliero: esse non mirano alla completezza ma servono solo quale base per abbozzare possibili soluzioni di intervento capaci di far convergere la tutela dell'equo procedimento transnazionale con l'esigenza di realizzare una cooperazione giudiziaria sempre più celere.

In questo ordine di idee e rispetto ai problemi che sono emersi trattando gli strumenti fondati sul mutuo riconoscimento potrebbero approfondirsi alcuni scenari applicativi dell'IA per favorire le procedure di assistenza giudiziaria. Si pensi, in particolar modo, all'indagine che l'intelligenza non umana potrebbe condurre supportando l'autorità giudiziaria allorquando sia richiesto un giudizio sulla proporzionalità dell'OEI o di un MAE o quando sia necessario un vaglio sull'indipendenza dell'autorità giudiziaria deputata all'emissione o, ancora, si renda indispensabile comprendere se dalle vicende alla base di un mandato il soggetto oggetto di consegna possa correre il rischio di subire la violazione dei diritti e delle garanzie che informano l'equo processo nello Stato di recepimento. Ciò contribuisce a risolvere parte delle problematiche emerse in relazione al sistema del *two-tier test* per le difficoltà che questo comporta e che discendono dalla mancata conoscenza delle peculiarità, anche politiche, dell'ordinamento giuridico dello Stato cooperante. Molte delle informazioni indispensabili per assumere cruciali decisioni, a cominciare dalla possibilità che si possa ricorrere ad un rimedio legale per contrastare la proporzionalità di un atto nello Stato cooperante, vengono oggi trasferite tra le autorità per mezzo di moduli che accompagnano le richieste o gli ordini e che richiedono tempi tecnici per essere compilate, trasferite, "decodificate" e prima ancora tradotte. In un sistema di cooperazione giudiziaria, per così dire, 3.0, per contro, l'autorità giudiziaria-robot di supporto agli organi umani, eventualmente forgiata sulla base della coppia concettuale "rilevante-irrilevante" tipica dei *Multi-Agent Digital Investigation Toolkit*³⁴, non solo potrebbe attingere ad un ampio catalogo di dati utili in tempi

Eur. J. Crime Crim. Law, 2021, n. 1, pp. 1 ss. Più di recente J.L.G. COLOMER, *El Juez Robot. La independencia judicial en peligro*, Madrid, 2023, il quale si è soffermato sui pericoli che corre l'indipendenza del giudice algoritmo.

³³ Cfr., fra tutti, G. LASAGNI, *AI-Powered Investigations: From Data Analysis to an Automated Approach Toward Investigative Uncertainty*, in L. BACHMAIER WINTER, S. RUGGERI (eds.), *Preventing and investigating crime in the digital era. New Safeguards, New Rights*, Cham, 2022, pp. 169 ss.

³⁴ Il termine si riferisce a sistemi informatici complessi, risultanti dall'interazione di diversi agenti artificiali "intelligenti". In particolare, il «*MADIK systems are composed of a set of intelligent software agents, set to perform different analysis on pieces of digital evidence. The rationale behind the use of such technology is to facilitate the classification of digital information, through a score system that differentiates from "Absolutely Irrelevant" to "Probably Case-Relevant*». Così G. LASAGNI, *AI-Powered Investigations: From Data Analysis to an Automated Approach Toward Investigative Uncertainty*, cit., pp. 178 ss. L'Autrice fornisce, inoltre, altre ipotesi in cui MADIK è stato applicato alle indagini, ad esempio quando queste sono condotte sui *social media*, per identificare potenziali colpevoli o modelli di crimine e ridurre

più celeri, ma anche provvedere alla traduzione degli atti, elaborarli e confrontarli, imparando così da sé stessa secondo un processo di autoapprendimento tipico delle più sofisticate forme di intelligenza artificiale che imitano l'apprendimento umano³⁵. Il contributo dell'IA spazia pertanto ben oltre il mero supporto offerto da banche dati di tipo tradizionale, proponendo una soluzione alla complessità data dalla divergenza culturale fra i diversi ordinamenti. Tutto ciò se non al fine di perseguire una buona dose di *legal certainty*, quantomeno per ridurre al minimo la *legal uncertainty*.

Non va peraltro taciuta la possibilità di valorizzare il potenziale sviluppo delle tecnologie automatizzate per rafforzare i diritti di difesa e intercettare delle strategie innovative volte a migliorare la tutela dei diritti fondamentali come pure le garanzie partecipative ai soggetti diversi, a cominciare dalle vittime, terreno oggi in gran parte inesplorato, soprattutto sul versante transnazionale. Entro questo peculiare contesto, infatti, l'IA potrebbe essere usata per analizzare dati e modelli comportamentali, aiutando a sviluppare strategie difensive efficaci in situazioni in cui l'autorità o il contesto sono complessi e imprevedibili. Potrebbe inoltre fornire supporto navigando tra diverse giurisdizioni, leggi e procedure, facilitando la comprensione e l'applicazione delle norme. Il sistema intelligente potrebbe cioè aiutare a individuare e interpretare la normativa applicabile in contesti legali complessi, nonché analizzare testi giuridici, interpretare il linguaggio legale e offrire consulenza su normative specifiche. L'IA può poi essere addestrata per comprendere il significato letterale, ma anche culturale e giuridico di determinati concetti, come ad esempio il significato di "indagato", "autorità giudiziaria", "vittima" in diverse giurisdizioni e contesti.

Tuttavia, il ricorso a questi sistemi non è scevro di problematiche la più significativa delle quali è associata al fatto che i sistemi di ML continuano a rappresentare delle c.d. *scatole nere*³⁶, sicché anche se capaci di produrre risultati altamente accurati, spesso è difficile comprenderne appieno il funzionamento interno e le ragioni alla base dei risultati prodotti³⁷. Questa mancanza di trasparenza è motivo di preoccupazione, specialmente in settori critici come quello della giustizia penale, dove la chiarezza e la comprensione del processo decisionale delle autorità giudiziarie sono essenziali per il mantenimento di una serie di valori, a cominciare dai principi di legalità ed equità e, soprattutto, della parità delle armi.

Anche l'indipendenza potrebbe essere minata giacché i dati installati nella macchina vengono forniti da soggetti privati che mancano per l'appunto di garanzie in tal senso. Altrettante perplessità interessano la stessa imparzialità della macchina poiché riprendono in gran parte le preoccupazioni che gravitano attorno ai *bias* cognitivi umani, soprattutto nel

la vittimizzazione. L'uso della tecnologia MAS ha attirato anche chi lotta contro il finanziamento del terrorismo e al riciclaggio di denaro.

³⁵ In una simile prospettiva si inseriscono alcuni interventi nel delicato settore dell'immigrazione. Ci riferiamo al progetto di *European Travel Information Authorisation System* (ETIAS), che diverrà pienamente operativo alla fine del 2022, consentirà di valutare automaticamente i cittadini di Paesi terzi in base ai rischi di migrazione irregolare, per la sicurezza o per la salute pubblica fornendo dunque risposte accurate in tempi celeri.

³⁶ Si rinvia a J.M. BALKIN, *The path of robotics law*, in *Calif. Law Rev.*, pp. 45 ss.

³⁷ La mancanza di nitidezza in questi sistemi di ML può essere attribuita a diversi fattori quali la complessità dei modelli, il processo di apprendimento automatico e l'interpretazione delle *feature*. Molti modelli di ML, come le reti neurali profonde, sono estremamente complessi, con milioni o addirittura miliardi di parametri. Questa complessità impedisce la comprensione di come il sistema giunge a una specifica decisione. Inoltre, durante il processo di addestramento, l'algoritmo apprende *pattern* e relazioni nei dati di addestramento, ma non crea spiegazioni simboliche per le sue decisioni. Ciò rende complicato capire le ragioni di un particolare *output* e anche quando si ha accesso alle *feature* di *input* e *output*, spesso è difficile interpretare quale parte delle *feature* ha influenzato l'*output* in modo preponderante. Infine, i modelli di ML generalizzano i *pattern* appresi durante l'addestramento, ma questa generalizzazione può essere difficile da spiegare in termini semplici o intuitivi.

caso in cui si volesse ammettere un uso dell'IA per assumere scelte che si fondano su un elevato livello di predittività, a cominciare dall'ipotesi in cui occorra sondare il rischio di gravi violazioni dei diritti dell'equo processo e della parità delle armi in un caso specifico di cooperazione giudiziaria.

Giova infatti rammentare che i *bias* cognitivi dei sistemi intelligenti sono *pattern* di deviazioni dalla razionalità o dalla neutralità nell'interpretazione delle informazioni, spesso influenzati da fattori culturali, sociali o personali, dal momento che l'IA, se addestrata su dati storici che riflettono tali preconcetti, può perpetuarli e, in alcuni casi, renderli più accentuati. Se essa viene allenata sulla base di informazioni che riflettono disuguaglianze o discriminazioni, acquisirà quei *bias*. Ad esempio, un algoritmo addestrato su dati storici discriminatori potrebbe perpetuare disparità basate su una serie di caratteristiche, quali ad esempio l'appartenenza ad una determinata categoria di parte processuale (vittima o accusato).

Inoltre, le assunzioni sottostanti ai dati di addestramento possono essere a loro volta frutto di discriminazioni. Ad esempio, se un algoritmo di selezione viene addestrato su dati che riflettono una predominanza di un gruppo, categoria o parte, esso continuerà a privilegiare i soggetti predominanti. Inoltre, l'IA può amplificare i pregiudizi esistenti mostrando risultati che confermano le aspettative e le credenze pregresse, creando un *loop* di approvazione che va sotto la comune denominazione di *tunnel vision effect*³⁸ per la quale i principali attori della giustizia penale tendono, nelle indagini preliminari ad esempio, a concentrarsi su uno specifico indizio o pista investigativa.

Alla luce di queste perplessità, è fondamentale un monitoraggio costante dell'IA per identificare eventuali deviazioni dai comportamenti desiderati, come pure assicurarsi che i dati di addestramento riflettano una rappresentazione diversificata degli interessi che fanno capo ai soggetti processuali e non siano influenzati da disparità o per giunta dal potere politico. Inoltre, sarebbe il caso di integrare principi etici nel *design* e nello sviluppo dei modelli di IA, garantendo la trasparenza e la responsabilità nella gestione degli stessi. A tal fine è importante coinvolgere una varietà di esperti, compresi giuristi e rappresentanti delle comunità interessate, per garantire un approccio multidisciplinare e ridurre i *bias*. L'obiettivo cioè è quello di sviluppare e utilizzare l'IA in modo che sia strumentale per la creazione di un procedimento più equo, giusto e privo di disuguaglianze. La falsificazione, del resto, è il mezzo per raggiungere l'equità procedimentale.

Se però, come abbiamo evidenziato, non è sempre immediato cogliere la sottile differenza tra uguaglianza, parità ed equità³⁹, allo stesso modo non è semplice tradurre queste nozioni in codici numerici, con il rischio che ad essere perseguito non sia l'equilibrio complessivo del procedimento quanto piuttosto il contrario. Peraltro, pur installando nella macchina un algoritmo accurato, non si esclude che lo stesso possa fornire falsi positivi o negativi.

Per questa ragione, dunque, si ritiene normalmente l'IA debba essere accompagnata dalla supervisione umana del processo decisionale artificiale. Le autorità giudiziarie, ad esempio, devono emettere un giudizio adoperando la propria esperienza e la conoscenza legale per valutare in modo critico le informazioni fornite dall'IA e assumere decisioni basate su considerazioni etiche e giuridiche. Per adempiere ad un simile compito, gli operatori del sistema giudiziario devono essere adeguatamente formati sull'uso, le potenzialità e limiti

³⁸ G. LASAGNI, *AI-Powered Investigations: From Data Analysis to an Automated Approach Toward Investigative Uncertainty*, cit., p. 181.

³⁹ Sono state elaborate 16 definizioni di equità algoritmica. Per una disamina delle stesse si rinvia a A. SANTANGELO, *Equità degli algoritmi e democrazia*, in *Scientific Journal on Digital Cultures*, 5, 2, 2020, pp. 21 ss.

dell'IA e sulla sua integrazione nell'ambiente giudiziario per garantire un utilizzo responsabile e consapevole. Una tale conoscenza di base, infatti, è utile per evitare che lo stesso organo controllante non si appiattisca alle decisioni assunte dalla macchina subendone passivamente le influenze. Del resto, per evitare una simile degenerazione sono state prospettate delle soluzioni alternative concepite per rispondere secondo il principio di parità delle armi alle sfide poste dall'automazione anche nel contesto della giustizia penale. Si tratta, a bene vedere, di ipotesi ben specifiche in cui è la stessa IA a controllare sé stessa adottando forme di *corroboration* algoritmiche⁴⁰, nel qual caso però occorrerebbe stabilire *ex ante* quali criterio deve operare per dirimere gli eventuali contrasti accordando cioè prevalenza ad un dato piuttosto che ad un altro. Nondimeno, è in questo passaggio che si annida il pericolo che si accordi troppo spazio alla discrezionalità la quale, una volta uscita dalla finestra (umana), entra così dalla porta (artificiale).

12. Rilievi conclusivi

Nel concludere questa indagine, ci pare di poter affermare che il problema della ricerca di un ragionevole equilibrio nel procedimento penale nazionale, e soprattutto transnazionale, continua a rappresentare un problema attuale acuito in particolare dall'ingresso di forme sempre più avanzate di tecnologia applicata alla giustizia penale. Ad ogni modo, tra evoluzioni ed involuzioni storiche ed il progresso tecnologico, il tema delle relazioni biunivoche tra parità delle armi e indipendenza quale chiave di volta della *fairness* procedimentale ripropone in tutta la sua drammaticità la tradizionale diatriba che vede contrapporsi due forze motrici della giustizia penale antitetiche: garantismo e giustizialismo.

E proprio a questo riguardo, ancor più nel delicato ambito della giustizia penale transnazionale, sembra si possa condividere l'assunto di uno dei più sensibili interpreti del "problema" della giustizia penale, sebbene egli non sia appartenuto al mondo prettamente giuridico, ma letterario., qual è Leonardo Sciascia. Il celebre scrittore siciliano si esprimeva infatti in questi termini: «riguardo al diritto, riguardo alla giustizia, io devo dire che parola come "emergenza" e "garantismo" le respingo nettamente. C'è il diritto e non è possibile, di fronte al diritto, che ci siano "emergenza" e "garantismo". Mi ripugna quando mi sento dire che sono un garantista. Io non sono un garantista: sono uno che crede nel diritto, che crede nella giustizia»⁴¹. A ben vedere, Leonardo Sciascia avvertiva come cogente e con estrema lucidità l'interrogativo sul "mistero della giustizia". Lo stesso mistero che oggi si continua a riproporre e sul quale un illustre giurista italiano, Salvatore Satta, si era interrogato quaranta anni prima nel tentativo di rispondere a domande «alle quali, forse, è impossibile rispondere, ma alle quali una risposta bisogna pur dare, se non vogliamo concludere la nostra vita di

⁴⁰ Alcune proposte tecniche comprendono «lo sviluppo di una *explicable AI*, ovvero di sistemi di intelligenza artificiale comprensibili nel loro funzionamento, per superare il problema delle cosiddette *black box*, alla creazione di appositi sistemi di certificazione, che assicurino una certa qualità strutturale degli strumenti in uso». G. LASAGNI, *Difendersi dall'intelligenza artificiale o difendersi con l'intelligenza artificiale? Verso un cambio di paradigma*, in G. DI PAOLO, L. PRESSACCO (eds.), *Intelligenza artificiale e processo penale. Indagini, prove, giudizio*, Trento, 2022, p. 77.

⁴¹ L. SCIASCIA, *Intervento all'incontro-dibattito su Questione giustizia, oggi: una nuova stagione per le riforme? (Agrigento, 26-28 febbraio 1988)*, Caltanissetta-Roma, 1989, p. 425.

studiosi con l'amara impressione d'aver perduto il nostro tempo intorno ad un vano fantasma, ad un'ombra che abbiamo trattato come una cosa salda»⁴².

⁴² S. SATTA, *Il mistero del processo (conferenza tenuta nell'Università di Catania il 4 aprile 1949)*, in *Riv. dir. proc.*, 1949, p. 275.

BIBLIOGRAFIA

- S. ALLEGREZZA, *Victim's statute within directive 2012/29/EU*, in L. LUPÁRIA DONATI (ed.), *Victims and criminal justice. European standards and national good practices*, Assago, 2015, pp. 3 ss.
- S. ALLEGREZZA, *La riscoperta della vittima nella giustizia penale europea*, in S. ALLEGREZZA, H. BELLUTA, M. GIALUZ, L. LUPÁRIA (eds.), *Lo scudo e la spada. Esigenze di protezione e poteri delle vittime nel processo penale tra Europa e Italia*, Torino, 2012, pp. 1 ss.
- S. ALLEGREZZA, *Critical remarks on the Green paper on Obtaining Evidence in Criminal Matters from one Member State to another and Securing its Admissibility*, in *ZIS*, 9, 2010, pp. 569 ss.
- C. AMALFITANO, *L'azione dell'Unione europea per la tutela delle vittime di reato*, in *Dir. Un. eur.*, 2011, pp. 643 ss.
- C. AMALFITANO, *Dal ne bis in idem internazionale al ne bis in idem europeo*, in *Riv. di dir. int. priv. e proc.*, 2002, pp. 923 ss.
- K. AMBOS, *Transnationale Beweiserlangung - 10 Thesen zum Grünbuch der EU-Kommission „Erlangung verwertbarer Beweise in Strafsachen aus einem anderen Mitgliedstaat*, *ZIS*, 2010, pp. 557 ss.
- E. AMODIO, *Filtro “intraneo” e filtro “estraneo” nella nuova disciplina del controllo per il rinvio a giudizio*, in *Cass. pen.*, 2022, pp. 18 ss.
- E. AMODIO, *Il diritto di difesa tra equilibri formali ed equilibri sostanziali*, *Relazione al convegno di studi organizzato da Diritto penale contemporaneo, Magistratura Democratica e la Camera Penale di Milano il 9 e 10 novembre 2012 presso l'Aula Magna del Palazzo di Giustizia di Milano su “Garanzia dei diritti fondamentali e processo penale”, seconda sessione*, in *Dir. pen. cont.*, 3, 2013, pp. 13 ss.
- G. AVARANTINOU LEONIDI, *Peculiarità del sistema giudiziario greco nella tradizione dell'Europa meridionale: il peso del contesto costituzionale, politico ed economico sugli organi di autogoverno della magistratura*, in *Dir. pen. cont.*, 3, 2020, pp. 4923 ss.
- L. BACHMAIER WINTER, S. RUGGERI (eds.), *Investigating and Preventing Crime in the Digital Era. New Safeguards, New Rights*, Cham, 2022.
- L. BACHMAIER WINTER, *Judicial independence in the Member States of the Council of Europe and the EU: evaluation and action*, in *ERA Forum*, 2019, pp. 113 ss.
- L. BACHMAIER WINTER, *Transnational Criminal Proceedings, Witness Evidence and Confrontation: Lessons from the ECtHR's Case Law*, in *Utrecht Law Rev.*, 9, 4, 2013, pp. 127 ss.
- J.M. BALKIN, *The path of robotics law*, in *Calif. Law Rev.*, pp. 45 ss.
- R. BARTLETT, *Trial by fire and water: The medieval judicial ordeal*, Oxford, 1986.
- L. BARTOLI, *Parità delle armi e discovery digitale*, in *www.lalegislazionepenale.it*, 13 gennaio 2021, pp. 1 ss.
- S. BARTON, *Nebenklagevertretung im Strafverfahren: empirische Fakten und praktische Konsequenzen*, in *Strafverteidiger Forum*, 5, 2011, pp. 161 ss.
- R. BELFIORE, *La prova penale «raccolta» all'estero*, Roma, 2014.
- R. BELFIORE, *Movement of Evidence in the EU: The present scenario and possible future developments*, in *Eur. Jour. of Crime, Crim. Law and Crim. Justice*, 17, 2009, pp. 1 ss.
- E.M. BELGIORNO, *Il principio del ne bis in idem: Analisi degli aspetti interni ed internazionali*, Milano, 2016.
- O. BEHRENDTS (ed.), *Ist die Jurisprudenz eine Wissenschaft?*, Göttingen, 1998.
- H. BELLUTA, *Quale ruolo per la vittima nel processo penale italiano?*, in *Rev. Bras. Dir. Proc. Pen.*, 2019, pp. 73 ss.
- S. BENVENUTI, *Magistrature*, in A. BURATTI, M. FIORAVANTI (eds.), *Costituenti ombra. Altri luoghi e altre figure della cultura politica italiana nella stagione della Costituente*, Roma, 2010, p. 385.

- W. BEULKE, *Strafprozessrecht*, Heidelberg, 2010.
- J. BLACKSTONE e altri, *Inside Police Custody: An Empirical Account of Suspects' Rights in Four Jurisdictions*, Cambridge, 2014.
- N. BOISTER, *An introduction to Transnational Criminal law*, 2012.
- M. BOLOGNARI, *La videoconferenza transnazionale nell'ordine europeo di indagine penale*, in *Riv. dir. proc.*, 2022, pp. 519 ss.
- V. BONINI, *Il sistema di protezione della vittima e i suoi riflessi sulla libertà personale*, Milano, 2018.
- M. BONTEMPELLI, *Prova, verità e giudicato penale*, in *Arch. pen.*, 2020, pp. 1 ss.
- G. BORGIA, *Mandato d'arresto europeo e ordine europeo di indagine penale a confronto: così simili(?), eppure così diversi*, in *Arch. pen.*, 2021, pp. 1 ss.
- M. BÖSE, *Europäisches Strafrecht (Enzyklopadie Europarecht, 11)*, 2^a ed., Baden-Baden, 2021.
- M. BÖSE, M. BRÖCKER, A. SCHNEIDER, *Judicial Protection in Transnational Criminal Proceedings*, Cham, 2020.
- F.C. BOURNE, P. R. COLEMAN-NORTON, *Ancient Roman Statutes: a translation with introduction, commentary, glossary, and index*, Texas, 1961.
- B. BRAITHWAITE, C. HARBY, G. MILETIĆ, *Independence and Impartiality of the Judiciary. An overview of relevant jurisprudence of the European Court of Human Rights*, AIRE Centre, 2021.
- J.L. BRIERLY, *Le fondement du caractère obligatoire du droit international*, in *Recueil des Cours (Académie de droit international de La Haye)*, 1928.
- D. BRODOWSKI, *Daten in der Cloud – Zugang für Strafverfolger aller Staaten?* in *NJW- aktuell*, 2018, p. 19
- D. BRODOWSKI, C. BURCHARD, N. KOTZUREK, J. RAUBER, J. VOGEL, *Germany*, in E. CAPE, Z. NAMORADZE, R. SMITH, T. SPRONKEN (eds.), *Effective Criminal Defence in Europe*, Antwerp, Oxford, Portland, 2010.
- P. BROWNLEE, *The administration of justice in ancient Athens and in Plato's Laws-Some comparisons in Politics*, 12^a ed., vol. 1, 1977.
- L. BUJOSA VADELL, I. HUERTAS MARTÍN, M. DEL POZO PÉREZ, C. VICENTE JIMÉNEZ, *Derecho Procesal Penal*, 2a ed., Salamanca, 2007.
- A.G. BUONINCONTI, *Famiglie in crisi e minori devianti: premesse allo studio di un diritto penale "dalla parte della vittima"*, in *Arch. pen.*, 2, 2013, pp. 1 ss.
- C. BURCHARD, *Der grenzüberschreitende Zugriff auf Clouddaten im Lichte der Fundamentalprinzipien der internationalen Zusammenarbeit in Strafsachen – Teil 1*, in *ZIS*, 6, 2018, pp. 190 ss.
- J. BURCHETT, *La Cour de justice de l'Union européenne et l'exigence d'indépendance de la justice*, in *European Papers*, 5, 3, 2020, pp. 1251 ss.
- J. BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, *La tabla de garantías de la víctima en el proyecto de reforma del proceso penal español*, in *Diario La Ley*, 8518, 14 aprile 2015.
- A. CABIALE, *I limiti alla prova nella procedura penale europea*, Milano, 2019.
- M. CAGOSSI, *Nuove prospettive per le vittime di reato nel procedimento penale italiano*, in *Dir. pen. cont.*, 19 gennaio 2016, reperibile al sito <https://archivioldpc.dirittopenaleuomo.org/d/4416-nuove-prospettive-per-le-vittime-di-reato-nel-procedimento-penale-italiano>.
- M. CAIANIELLO, *Dangerous Liaisons. Potentialities and risks deriving from the interaction between Artificial Intelligence and preventive justice*, in *Eur. J. Cr., Crim. Law and Crim. Just.*, 1, 2021, pp. 1 ss.
- M. CAIANIELLO, *Dal terzo pilastro ai nuovi strumenti: diritti fondamentali, "road map" e l'impatto delle nuove direttive*, in *Dir. pen. cont.*, 4 febbraio 2015, pp. 70 ss.
- M. CAIANIELLO, *La nuova Direttiva UE sull'ordine europeo di indagine penale tra mutuo riconoscimento e ammissione reciproca delle prove*, in *Proc. pen. e giust.*, 3, 2015, pp. 1 ss.

- M. CAIANIELLO, *The Proposal for a Regulation on the Establishment of an European Public Prosecutor's Office: Everything Changes, or Nothing Changes?*, in *Eur. J. Crime Crim. Law*, 2013, pp. 115 ss.
- M. CAIANIELLO, G. VASSALLI, *Parere sulla proposta di decisione-quadro sul mandato di arresto europeo*, in *Cass. pen.*, 2002, pp. 462 ss.
- P. CALAMANDREI, *L'elogio dei giudici scritto da un avvocato*, Firenze, 1949.
- P. CALAMANDREI, *Opere giuridiche*, vol. 1, *Problemi generali del diritto e del processo*, Roma, 2019.
- D. CAMONI, *Una nuova casella nella scacchiera del Mandato di Arresto Europeo (MAE), all'ombra della "questione catalana"*, in *DPCE online*, 1, 2023, reperibile al sito <https://www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/article/view/1852>.
- G. CANESCHI, *L'imparzialità del giudice nel prisma della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e le ricadute sull'ordinamento interno*, in *Arch. pen.*, 2, 2022, pp. 1 ss.
- E. CANTARELLA, *Norma e sanzione in Omero. Contributo alla protostoria del diritto greco*, Milano, 1979.
- E. CAPE, Z. NAMORADZE, *Effective Criminal Defense in Eastern Europe*, Moldova, 2012.
- F. CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, 1^a ed., Padova, 1936.
- F. CARNELUTTI, *Studi di diritto processuale*, Padova, 1925.
- E.M. CATALANO, *La tutela della vittima nella direttiva 2012/29/UE e nella giurisprudenza delle corti europee*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, pp. 1789 ss.
- M. CERESA GASTALDO, *Esecuzione*, in M. BARGIS (ed.), G. CONSO, V. GREVI (fondatori), *Compendio di procedura penale*, 10^a ed., Padova, 2020.
- M. CHIAVARIO, *La fisionomia del titolare dell'azione penale, tema essenziale di dibattito per la cultura del processo*, in *Associazione tra gli studiosi del processo penale, Pubblico ministero e riforma dell'ordinamento giudiziario*, Milano, 2006, p. 17.
- M. CHIAVARIO, *Il "diritto al processo" delle vittime dei reati e la Corte Europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2001.
- M. CHIAVARIO, *La parte dei privati: alla radice (e al di là) di un sistema di garanzie*, in *Procedure penali d'Europa*, in M. DELMAS MARTY, 2^a ed. italiana coordinata da M. CHIAVARIO, Padova, 2001.
- M. CHIAVARIO, *Processo e garanzie della persona*, 3^a ed., II, *Le garanzie fondamentali*, Milano, 1984.
- M.G. CIVININI, *Indipendenza e imparzialità dei magistrati*, in *Quest. giust.*, 2019, pp. 97 ss.
- G. COLAVECCHIO, *L'attuazione del principio del ne bis in idem nell'ambito del mandato d'arresto europeo*, in *OIDU*, 3, 2023, pp. 154 ss.
- G. COLAVECCHIO, *L'indipendenza dei giudici nel Rule of Law backsliding e la cooperazione giudiziaria europea in materia penale*, in *Quaderni AISDUE*, 4, 2022, pp. 555 ss.
- E. COLOMBO, *Ordini europei di produzione e di conservazione di prove elettroniche in materia penale: il difficile approccio del diritto alla tecnologia nella proposta di regolamento*, in *Cass. pen.*, 2019, pp. 2722 ss.
- J.L.G. COLOMER, *El Juez Robot. La independencia judicial en peligro*, Madrid, 2023.
- G. CONWAY, *Ne bis in idem in international law*, in *International Criminal Law Review*, 2003, pp. 7 ss.
- F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 1987.
- F. CORDERO, *Riti e Sapienza del diritto*, Bari, 1981.
- J.P. COSTA *Qu'est-ce qu'un tribunal établi par la loi?*, in *Fair Trial: Regional and International Perspectives – Liber Amicorum Linos Alexandre Sicilianos*, 3, 2021, pp. 772 ss.
- P. CRAIG, S. ADAM, N. DIAZ ABAD, L. SALAZAR, *Rule of law in Europe. Perspectives from practitioners and academics*, 2019.

- R.J. CURRIE, *The protection of human rights*, in N. BOISTER, R.J. CURRIE (eds.), *Handbook of Transnational Criminal Law*, Routledge, 2014, pp. 1 ss.
- D. CURTOTTI NAPPI, *Il problema delle lingue nel processo penale*, Milano, 2002.
- A. DAMATO, *Il mandato di arresto europeo e la sua attuazione nel diritto italiano*, in *Dir. Unione eur.*, 2005, pp. 21 ss.
- M. DANIELE, *Il controllo giurisdizionale sull'emissione dell'ordine europeo di indagine: la necessaria simmetria con la disciplina nazionale nei casi interni analoghi*, in *Sist. pen.*, 2022, reperibile a sito <https://www.sistemapenale.it/it/scheda/corte-giustizia-ue-2021-c-724-19-controllo-giurisdizionale-ordine-europeo-indagine>.
- M. DANIELE, *Il processo penale al di qua e al di là delle frontiere nazionali*, in *Dir. pen. cont.*, 3, 2016, p. 69.
- M. DANIELE, *L'impatto dell'ordine europeo di indagine penale sulle regole probatorie nazionali*, in *Dir. pen. cont.*, *Riv. trim.*, 2016, pp. 63 ss., reperibile su www.dpc-rivistatrimestrale.criminaljusticenetwork.eu.
- M. DANIELE, *La triangolazione delle garanzie processuali fra diritto dell'unione europea, cedu e sistemi nazionali*, in *Dir. pen. cont.*, 9 marzo 2016, pp. 1 ss.
- M. DANIELE, *La formazione digitale delle prove dichiarative*, Torino, 2012.
- G. DE AMICIS, *I soggetti della cooperazione giudiziaria nell'esercizio delle competenze punitive dell'Unione europea*, in C. GRANDI (ed.), *I volti attuali del diritto penale europeo. Atti della giornata di studi per Alessandro Bernardi*, Pisa, 2021, pp. 59 ss.
- G. DE AMICIS, *Stato di diritto, garanzie europee di indipendenza della magistratura e cooperazione giudiziaria penale: quadri di un'esposizione in fieri*, in *Sist. pen.*, 13 dicembre 2021, pp. 1 ss.
- G. DE AMICIS, *L'attuazione del mandato di arresto europeo nell'ordinamento italiano*, in *Giur. merito*, 2006, pp. 767 ss.
- G. DE FRANCESCO, *Ne bis in idem: evoluzione e contenuti di una garanzia, nello scenario dell'integrazione europea*, in www.laegislazionepenale.it, 2015, pp. 1 ss.
- M. DE HOYOS SANCHO, *Il nuovo sistema di estradizione semplificata nell'Unione europea. Lineamenti della legge spagnola sul mandato d'arresto europeo*, in *Cass. Pen.*, 2005, pp. 303 ss.
- C. DE LUCA, *La Corte di giustizia si pronuncia nuovamente sull'ordine europeo di indagine penale: la tutela dei diritti fondamentali prevale sull'efficienza investigativa*, in *Sist. pen.*, 2022, reperibile al sito <https://www.sistemapenale.it/it/scheda/corte-giustizia-2021-novembre-11-ordine-europeo-indagine-penale-diritti-fondamentali>.
- C. DE LUCA, *I limiti soggettivi della cosa giudicata penale*, Milano, 1963.
- C. DE SECONDAT MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, in *Oeuvres complètes de Montesquieu*, Paris, 1859.
- G. DE VERO, *Tutela penale dell'ordine pubblico. Itinerari ed esiti di una verifica dogmatica e politico-criminale*, Milano, 1988.
- J. DELLA TORRE, *L'acquisizione dei tabulati telefonici nel processo penale dopo la sentenza della Grande Camera della Corte di Giustizia UE: la svolta garantista in un primo provvedimento del g.i.p. di Roma*, in *Sist. pen.*, 2021, reperibile al sito <https://www.sistemapenale.it/it/scheda/gip-roma-data-retention-processo-penale-diritto-unione-europea>.
- E. DEMETRIO CRESPO, Á.M. SANZ HERMIDA, *In Absentia Proceedings in the Framework of a Human Rights-Oriented Criminal Law. The Perspective of Substantive Criminal Law*, in S. QUATTROCOLO, S. RUGGERI (eds.), *Personal Participation in Criminal Proceedings*, Cham, 2019, pp. 527 ss.
- G. DI CHIARA, *Le pietre e l'arco. Ne bis in idem, mappatura delle funzioni e sfide della complessità: uno sguardo introduttivo*, in A. MANGIARACINA (ed.), *Il ne bis in idem*, Torino, 2021, pp. 6 ss.

- G. DI CHIARA, *Rapporti giurisdizionali con autorità straniera*, in *ED*, agg., II, 1998, pp. 1 ss.
- G. DI CHIARA, *Giudizio cautelare, «forza della prevenzione» e incompatibilità del giudice: appunti sparsi a «prima lettura» su Corte cost. 131/96*, in *Foro it.*, 119, 7, 1996, pp. 2277 ss.
- G. DI CHIARA, Voce *Parte civile*, in *DigDPen*, IX, Torino 1995, pp. 238 ss.
- DI FEDERICO, *Independence and Accountability of the Judiciary in Italy: The Experience of a Former Transitional Country in Comparative Perspective*, in A. SAJÓ (ed.), *Judicial Integrity*, Cambridge, pp. 181 ss.
- V. DI NUZZO, *Accertamento penale e principio del ne bis in idem: la tutela della vittima di reato nella giustizia riparativa*, in *OIDU*, 3, 2023, pp. 99 ss.
- V. DI NUZZO, *Le trasformazioni di una garanzia: il ne bis in idem tra necessaria protezione dell'accusato e nuove istanze di tutela della vittima di reato*, in *OIDU*, 2022, pp. 208 ss.
- V. DI NUZZO, *Search and Seizure of Digital Evidence: Human Rights Concerns and New Safeguards*, in L. BACHMAIER WINTER, S. RUGGERI (eds.), *Investigating and Preventing Crime in the Digital Era. New Safeguards, new rights*, Cham, 2022, pp. 119 ss.
- N. DIAZ ABAD, L. SALAZAR (eds.), *Rule of law in Europe. Perspectives from practitioners and academics*, Brussels, 2017.
- M.D.M. DÍAZ PITA, *España, informe sobre el principio non bis in idem y la concurrenciade jurisdicciones entre los tribunales penales españoles y los tribunales penales internacionales*, in *Rev. intern. de droit pén.*, 3-4, 2005, pp. 873 ss.
- J. DOAK, *Victims' Rights in Criminal Trials: Prospects for Participation*, in *J. Law and Society*, 32, 2, 2005, pp. 294 ss.
- G. DODARO, *Uguaglianza e diritto penale. Uno studio sulla giurisprudenza costituzionale*, Milano, 2012.
- O. DOMINIONI, *Le parti nel processo penale. Profili sistematici e problemi*, 1985.
- F. DONATI, *Un nuovo scontro sullo Stato di diritto e sull'indipendenza della magistratura nell'Unione europea*, in *AISDUE*, 2, 2022, pp. 19 ss.
- F. DONATI, *Indipendenza e responsabilità dei pubblici ministeri: principi europei e modello italiano*, in *Quest. giust.*, 2, 2021, pp. 54 ss.
- E.M. MANCUSO, *Il giudicato nel processo penale*, Milano, 2012.
- J.I. ESCOBAR VIAS, *Ne bis in idem and Multiple Sanctioning Systems. A Case Law Study of the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the EU*, Cham, 2023.
- A. ESER, O. LAGODNY, C.L. BLAKESLEY, *The Individual as Subject of International Cooperation in Criminal Matters: A Comparative Study*, Baden-Baden, 2002.
- A. ESMEIN, *A history of continental criminal procedure*, New Jersey, 2000.
- R. ESSER, 'Art. 6 EMRK', in V. ERB et al. (eds.), *Löwe-Rosenberg Kommentar StPO*, Berlin, 2012, pp. 422 ss.
- A. FABBRI, *I limiti territoriali nello svolgimento delle indagini difensive*, in P.S.A. MOSCARINI, P. GUALTIERI, L. FILIPPI, *La circolazione investigativa nello spazio giuridico europeo: strumenti, soggetti, risultati*, Milano, 2010.
- F. FALATO, *Introduzione. Sistema giudiziario e democrazia. La centralità del ruolo assunto dalla Corte costituzionale e dalle Corti europee nel dibattito sulla Magistratura*, in F. FALATO (ed.) *Le Situazioni della magistratura che garantiscono lo Stato di diritto nell'Unione Europea, Atti del Seminario di studi IV cattedra di Diritto Processuale penale università degli studi Federico II 7 luglio 2022*, Napoli, 2023, pp. 4 ss.
- A. FALCONE, C. ORLANDO, *The right to confrontation and the taking of witness evidence in the field of transnational criminal justice*, in *Galileo*, 2023, in fase di pubblicazione.

- A. FALCONE, *La videoconferenza nel procedimento penale italiano: riflessioni a margine della recente riforma Cartabia in materia di partecipazione a distanza*, in www.laegislazionepenale.it, 6 settembre 2023, pp. 1 ss.
- A. FALCONE, *Online Hearings and the Right to Effective Defence in Digitalised Trials*, in S. RUGGERI, L. BACHMAIER WINTER (eds.), *Investigating and Preventing Crime in the Digital Era. New Safeguards, New Rights*, Springer, Cham, 2022, pp. 189 ss.
- A. FALCONE, *Indipendenza del pubblico ministero e cooperazione internazionale in materia penale nello scenario giuridico europeo*, in *Eurojus*, 3, 2021, pp. 59 ss.
- A. FALCONE, *La corte di Strasburgo si sofferma sulle regole di applicazione della «presunzione di protezione equivalente» nell'ambito del mutuo riconoscimento e ravvisa la prima violazione dell'art. 3 Cedu a causa dell'esecuzione di un mandato d'arresto europeo*, in *Foro it.*, 9, 2021, pp. 409 ss.
- P. FARALDO CABANA, *Vi è spazio per la mediazione dopo la condanna? Il dibattito in Spagna*, in *Arch. pen.*, 3, 2017, pp. 1 ss.
- S. FARINELLI, *Sull'applicazione del principio ne bis in idem tra gli Stati membri della Comunità europea*, in *Riv. dir. int.*, 1991, pp. 878 ss.
- S. FASOLIN, *Conflitti di giurisdizione e ne bis in idem europeo*, in *Problemi attuali della giustizia penale*, 2015.
- M.L. FEDOROVA, *The Principle of Equality of Arms in International Criminal Proceedings*, 27 aprile 2017, reperibile al sito <https://www.cambridge.org/core/books/abs/defense-perspectives-on-international-criminal-justice/principle-of-equality-of-arms-in-international-criminal-proceedings/197DF0897AB660510ED3A8DC5C506CF1>.
- M.L. FEDOROVA, *The Principle of Equality of Arms in International Criminal Proceedings*, London, 2012.
- V. FELISATTI, *Il principio del ne bis in idem transnazionale nel dialogo tra la Corte di giustizia e i giudici nazionali*, in www.laegislazionepenale.it, 2017, pp. 1 ss.
- M.D. FERNÁNDEZ FUSTES, *Protección de los derechos de la víctima en el proceso penal*, in *Estudios penales y criminológicos*, 39, 2019, pp. 755 ss.
- P. FERRUA, *Il «giusto processo»*, Bologna, 2005.
- I. FLORES PRADA, *L'investigazione difensiva nel processo penale spagnolo*, in L. FILIPPI, P. GUALTIERI, P. MOSCARINI, A. SCALFATI, *La circolazione investigativa nello spazio giuridico europeo: strumenti, soggetti, risultati*, Padova, 2010, pp. 362 ss.
- L. FOFFANI, *The Protection of EU Interest: The Tip of the Iceberg of the Europeanization of the Criminal System*, in S. RUGGERI (ed.), *Transnational Inquiries and the Protection of Fundamental Rights in Criminal Proceedings. A Study in Memory of Vittorio Grevi and Giovanni Tranchina*, Cham, 2017, pp. 207 ss.
- G. FOSCHINI, *La visione processuale del diritto*, in *Foro it.*, 88,11, 965, pp. 1 ss.
- D. FOTI, *Il giudicato come strumento di tutela dei diritti fondamentali dell'individuo: ne bis in idem e concorso formale nel dialogo tra Corte edu e Corte costituzionale italiana*, in *OIDU*, 3, 2023, pp. 51 ss.
- D. FOTI, *Digital Privacy and Cyber-Interception of Communications*, in L. BACHMAIER, S. RUGGERI (eds.), *Investigating and Preventing Crime in the Digital Era*, Cham, 2022, pp. 151 ss.
- G. GAETA, *Da ramo secco dell'ordinamento a problema attuale: l'incompatibilità dei giudici di cassazione*, in *Arch. pen.*, 1, 2021, pp. 1 ss.
- P. GAETA, *L'organizzazione degli uffici di procura: note sull'evoluzione dell'indipendenza "interna" del pubblico ministero*, in N. ZANON e F. BIONDI (coord.), *L'indipendenza della magistratura oggi*, Milano, 2020.
- A. GAITO, *L'adattamento del diritto interno alle fonti europee*, in O. DOMINIONI, P. CORSO, A. GAITO, G. SPANGHER, G. DEAN, O.E. GARCIA BOLIVA, *Lack of judicial independence and its*

- impact on transnational and international litigation*, in *Law and Business Review of the Americas*, 18, 1, 2012, pp. 1 ss.
- N. GALANTINI, *Il divieto di doppio processo come diritto della persona*, in *Rivista italiana di diritto processuale penale*, 1981, pp. 100 ss.
 - B. GALGANI, *Forme e garanzie nel prisma dell'innovazione tecnologica. Alla ricerca di un processo penale "virtuoso"*, Milano, 2022.
 - B. GALGANI, *Assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea*, in A.A. MARANDOLA (ed.), *Cooperazione giudiziaria europea in materia penale*, Milano, 2018.
 - B. GALGANI, *Estradizione, reato politico e clausola di non discriminazione: da una vicenda recente qualche utile indicazione per il futuro?* in *Arch. pen.*, 1, 2012, pp. 1 ss.
 - N. GALLO, *Questioni aperte. Mandato di arresto europeo*, in *Arch. pen.*, 1, 2022, pp. 1 ss.
 - L. GARLAND, *Waffengleichheit im Vorverfahren. Eine kritische Auseinandersetzung mit der konzeptionellen Ausgestaltung des Strafverfahrens in der Schweiz*, Bern, 2019.
 - A. GAROFANO, *Avoiding virtual justice: video-teleconference testimony in federal criminal trials*, in *Catholic University Law Rev.*, 2007, pp. 683 ss.
 - G. GARUTI, O. MAZZA, *Procedura penale*, 4^a ed., Torino, 2015.
 - R. GERACI, *La circolazione transfrontaliera delle prove digitali in UE: la proposta di regolamento E-evidence*, in *Cass. pen.*, 2019, pp. 1340 ss.
 - M. GIALUZ, *Intelligenza artificiale e diritti fondamentali in ambito pro-batorio*, in aa.vv., *Giurisdizione penale, intelligenza artificiale ed etica del giudizio*, Milano, 2021, pp. 51 ss.
 - M. GIALUZ, J. DELLA TORRE, *Lotta alla criminalità nel cyberspazio: la Commissione presenta due proposte per facilitare la circolazione delle prove elettroniche nei processi penali*, *Dir. pen. cont.*, 5, 2018, pp. 277 ss.
 - M. GIALUZ, *La vittima tra Corte edu e Corte di Giustizia*, in L. LUPÁRIA DONATI (ed.), *Lo statuto europeo delle vittime di reato*, Padova, 2015, pp. 19 ss.
 - J. V. GIMENO SENDRA, *Derecho Procesal Penal*, 2^o ed., Cizur Menor, 2015.
 - GLEB, *Grenzüberschreitende Beweissammlung*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 125, 2013, pp. 573 ss.
 - S. GLEB, *OH(N)E)MACHT - Abschied von der Fiktion einer Waffengleichheit gegenüber europäischer Strafverfolgung?*, in *Strafverteidiger*, 5, 2013, pp. 317 ss.
 - S. GLESS, J. VERVAELE, *Law Should Govern: Aspiring General Principles for Transnational Criminal Justice*, in *Utrecht Law Rev.*, 2013, pp. 1 ss.
 - S. GLEB, *Die „Verkehrsfähigkeit von Beweisen“ im Strafverfahren*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 2003, pp. 132 ss.
 - S. GLEB, *Transnational Cooperation in Criminal Matters and the Guarantee of a Fair Trial: Approaches to a General Principle*, in *Utrecht Law Review*, 9, 4, 2013, pp. 90 ss.
 - J.L. GÓMEZ COLOMER, *Sobre el nombramiento del Presidente e de los Vocales del Consejo General del Poder Judicial. Una reflexión desde el sentido común*, in *Teoría y Realidad Constitucional*, 44, 2019, pp. 209 ss.
 - V. GREVI, *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, Milano, 1976.
 - T. GROB, *Die institutionelle Unabhängigkeit der Justiz in Deutschland – ein Defizitbefund*, 6 giugno 2019, reperibile al sito <https://verfassungsblog.de/die-institutionelle-unabhaengigkeit-der-justiz-in-deutschland-ein-defizitbefund/>.
 - A.P. GUIMARÃES, D.S. CASTILHOS, M.S. BARATA, *Conceito de "autoridade judiciária de emissão" a partir dos Processos apensos C-508/18 e C-82/19 PPU (Caso Parquet de Lübeck) e eventuais ecos na Decisão Europeia de Investigação em Portugal*, in *Revista Jurídica Portucalense*, 28, 2020, pp. 1 ss.

- H. AHLBRECHT, *Der Rahmenbeschluss - Entwurf der Europäischen Beweisordnung - eine kritische Bestandsaufnahme*, in *NStZ*, 2006, pp. 70 ss.
- H. OCHNIO, *Why is a redefinition of the autonomous concept of an "issuing judicial authority" in european arrest warrant proceedings needed?*, in *European Papers*, 5, 3, 2020, pp. 1305 ss.
- S. HABERL, *L'amministrazione della giustizia e l'indipendenza del giudice in Germania*, in *DPCE online*, 1, 2019, pp. 109 ss.
- T. HACKNER, § 74 IRG, in W. SCHOMBURG, O. LAGODNY, S. GLEB, T. HACKNER, S. TRAUTMANN (eds.), *Internationale Rechtsbülfe in Strafsachen*, München, 2020.
- H. HAHNBRECHT, *Strukturelle Defizite Europäischer Verteidigung – Gründe und Möglichkeiten ihrer Überwindung*, in *Strafverteidiger*, 8, 2012, pp. 491 ss.
- J. HAROLD BERMAN, *Law and Revolution, the Formation of the Western Legal Tradition*, Harvard, 1983.
- R. HAVERKAMP, *Im Labyrinth des Opferschutzes – Zum Entwurf eines Dritten Opferrechtsreformgesetzes*, in *ZRP*, 2, 2015, pp. 53 ss.
- E. HERLIN KARNELL, *The Constitutional Dimension of European Criminal law*, 2012.
- B. HUBER, *Germany*, in B. HUBER, R. VOGLER (eds.), *Criminal Procedure in Europe*, Berlin, 2008, pp. 296 ss.
- M. IACOMETTI, *Il Consejo General del Poder Judicial spagnolo: un organo di effettiva garanzia dell'indipendenza del potere giudiziario?* in *Dir. pen. cont. online*, 4, 2020, pp. 4897 ss.
- G. ILLUMINATI, *La presunzione di innocenza dell'imputato*, Zanichelli, Bologna, 1979.
- J. LELIEUR, *'Transnationalising' Ne Bis In Idem: How the Rule of Ne Bis In Idem Reveals the Principle of Personal Legal Certainty*, in *Utrecht Law Review*, 2013, pp. 203 ss.
- C.C. JALLOH, A. DI BELLA, *Equality of Arms in International Criminal Law: Continuing Challenges*, pp. 17 ss.
- M. JIMENO BULNES, *Capítulo Primero. Orden europea de investigación en materia penal*, in M. JIMENO BULNES, *Aproximación legislativa versus reconocimiento mutuo en el desarrollo del espacio judicial europeo: una perspectiva multidisciplinar*, Barcelona, 2016, pp. 169 ss.
- P. KAHN, *Political Theology: Four New Chapters on the Concept of Sovereignty*, New York, Chichester West Sussex, 2011.
- I. KANT, *Principes Métaphysiques du Droit*, in ID., *Principes Métaphysiques du Droit au quels ont été ajoutés le projet de paix perpétuelle et l'analyse très détaillée de ceux deux ouvrages par Mellin*, trad. francese di J. TISSOT, Paris, 1837.
- KLABBERS, G. PALOMBELLA (eds.), *The Challenge of Inter-Legality*, Cambridge, 2019.
- K. KLEINKNECHT, K. MEYER, *Strafprozessordnung, Einleitung*, 39^a ed., München, 1989, rn. 76 ss.
- A. KLIP, *European Criminal Law. An integrative Approach*, 4^a ed., Oxford, 2022.
- A. KLIP, *Fair trial rights in the European Union: reconciling accused and victims' rights*, in T. RAFARACI, R. BELFIORE (eds.), *EU Criminal Justice. Fundamental rights, transnational proceedings and the European Public Prosecutor's Office*, Cham, 2018, pp. 3 ss.
- A. KLIP, *European Criminal Law: An Integrative Approach*, 3^a ed., Oxford, 2016.
- A. KLIP, *European Criminal law*, 2012, Oxford.
- A. KLIP, H. VAN DER WILT, *The Netherlands non bis in idem*, in *Revue internationale de droit pénal*, 73, 3, 2002, pp. 1091 ss.
- M. KOSTOVA, *Ne/non bis in idem. Origine del "principio"*, in *Diritto@Storia*, 11, 2013, pp. 1 ss.

- M. KOTULLA, *Machtsprüche, Straferichtliche Bestätigungsvorbehalte und die richterliche Unabhängigkeit*, in P. KIRCHHOF, H.J. PAPIER (eds.), *Rechtsstaat und Grundrechte. Festschrift für Detlef Merten zum 70. Geburtstag*, München, 2007, pp. 199 ss.
- H.H. KÜHNE, in E. LÖWE, W. ROSENBERG (ed.), *Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz Großkommentar*, Berlin, pp. 117 ss.
- KUSAK, *Mutual admissibility of evidence and the European investigation order: aspirations lost*, in *ERA Forum*, 19, 2019, pp. 391 ss.
- E.N. LA ROCCA, *La tutela della vittima*, in D. CHINNICI, A. GAITO (eds.), *Regole europee e processo penale*, Milano, 2018, pp. 145 ss.
- M. LANOTTE, *Il requisito dell'indipendenza del pubblico ministero nell'emissione di un ordine europeo di indagine*, in *Cass. pen.*, 3, 2021, pp. 1060 ss.
- G. LASAGNI, *AI-Powered Investigations: From Data Analysis to an Automated Approach Toward Investigative Uncertainty*, in L. BACHMAIER WINTER, S. RUGGERI (eds.), *Preventing and investigating crime in the digital era. New safeguards, new rights*, Cham, 2022, pp. 169 ss.
- G. LASAGNI, *Difendersi dall'intelligenza artificiale o difendersi con l'intelligenza artificiale? Verso un cambio di paradigma*, in G. DI PAOLO, L. PRESSACCO (eds.), *Intelligenza artificiale e processo penale. Indagini, prove, giudizio*, Trento, 2022, pp. 77 ss.
- G. LATTANZI, *La nuova dimensione della cooperazione giudiziaria*, in *Documenti giustizia*, 2000.
- G. LAUTENBACH, *The Concept of the Rule of Law and the European Court of Human Rights*, Oxford, 2013.
- C. LAVAGNA, *Il concetto di ordine pubblico alla luce delle norme costituzionali*, in *Dem. dir.*, 1967, pp. 359 ss.
- M. LENK, *Das "Gesetz zur Herstellung materieller Gerechtigkeit" – gerecht oder rechtsstaatlich bedenklich?*, in *StV*, 2022, pp. 118 ss.
- J. LOCKE, *Two Treatises of Government*, London, 1821.
- A. LOLLO, *L'indipendenza interna dei magistrati nell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale*, in *AIC*, 4,12, pp. 1 ss.
- S. LONATI, *Il diritto dell'accusato a "interrogare o fare interrogare" le fonti di prova a carico*, Torino, 2008.
- M.M.L. LOZANO GAGO, *El proceso de emisión de una orden de detención*, in *Revista Acta Judicial*, 8, 2021, pp. 44 ss.
- M.J.P. LUCHTMAN, *Choice of Forum in Cooperation Against EU Financial Crime. Freedom, Security and Justice and the Protection of Specific EU-Interests*, 2013, pp. 167 ss.
- L. LUPÁRIA DONATI, J. DELLA TORRE, *Victims of Crime in the Area of Freedom, Security and Justice*, in S. IGLESIAS SÁNCHEZ, M. GONZÁLEZ PASCUAL (eds.), *Fundamental Rights in the EU Area of Freedom, Security and Justice*, Cambridge, 2021, pp. 328 ss.
- L. LUPARIA DONATI, *Los veinticinco años del proceso penal italiano y las tendencias de reforma en Europa*, in *Dir. pen. cont.*, 17 novembre 2014, pp. 1 ss.
- L. LUPÁRIA DONATI, *L'Europa e una certa idea di vittima (ovvero come una direttiva può mettere in discussione il nostro modello processuale)*, in R. MASTROIANNI, D. SAVY (eds.), *L'integrazione europea attraverso il diritto processuale penale*, Napoli, 2013, pp. 91 ss.
- E. LUPO, *Le garanzie di contesto: la parità tra le parti*, in *www.laegislazionepenale.it*, 19 ottobre 2020, pp. 1 ss.
- S. MAFFEI, *Extradition Law and Practice*, Zutphen, 2019.
- P. MAGGIO, *Giustizia riparativa e sistema penale nel decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150. parte ii. «disciplina organica» e aspetti di diritto processuale*, in *Sist. pen.*, 2022, pp. 1 ss.

- P. MAGGIO, *The Fight Against Organized Crime. Amid Contrasting Strategies and Respect for Human Rights*, in S. RUGGERI (ed.), *Transnational Inquiries and the Protection of Fundamental Rights in Criminal Proceedings. A study in memory of Vittorio Grevi and Giovanni Tranchina*, Cham, 2013, pp. 193 ss.
- E. MALINO, DI NUZZO, *The victim's role in cross-border situations in European and international law: a multilevel perspective*, in *Galileu*, 2023, in corso di pubblicazione.
- E. MALINO, *Tutela della vittima e completezza delle indagini preliminari tra giurisprudenza edu e prospettive di riforma nella giustizia penale italiana*, in www.lalegislationepenale.it, 27 luglio 2022, pp. 1 ss.
- E. MALINO, *completezza delle indagini preliminari e ne bis in idem: i risvolti applicativi dell'interazione dei principi della giustizia penale*, in *OIDU*, 3, 2023, pp. 81 ss.
- A. MANGIARACINA, *L'acquisizione "europea" della prova cambia volto: l'Italia attua la direttiva relativa all'ordine europeo di indagine penale*, in *Dir. pen. processo.*, 2018, 2, pp. 158 ss.
- G. MANNOZZI, G.A. LODIGIANI, *La giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, Torino, 2017.
- M. MARCHENA GÓMEZ, GONZÁLEZ-CUELLAR, *La reforma de la ley de enjuiciamiento criminal en 2015*, Madrid, 2015.
- M.R. MARCHETTI, *Oltre le rogatorie: i nuovi strumenti per la circolazione degli atti investigativi e delle prove penali*, in M. MARCHETTI (ed.), *I nuovi orizzonti della giustizia penale europea*, Milano, 2015, pp. 217 ss.
- M.R. MARCHETTI, *Estradizione (dir. proc. pen.)*, in *ED, Annali*, III, 2010, pp. 300 ss.
- J.H. MARTÍNEZ DE VELASCO (ex-magistrato del Tribunale supremo), *Por una renovación del CGPJ fiel a la Constitución*, in *El Mundo*, 22 dicembre 2020.
- MARTUFI, *La Corte di giustizia al crocevia tra effettività del mandato d'arresto e inviolabilità dei diritti fondamentali*, in *Dir. pen. processo*, 2016, pp. 1243 ss.
- E. MARZADURI, *Il declino del paradigma accusatorio ed il ritorno all'istruzione sommaria*, in www.lalegislationepenale.it, 2022, pp. 1 ss.
- E. MARZADURI, *La parità delle armi nel processo penale*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2007, pp. 378 ss.
- E. MARZADURI, *Libertà personale e garanzie giurisdizionali nel procedimento di estradizione passiva*, Milano, 1993.
- R. MASTROIANNI, *Stato di diritto o ragion di Stato? La difficile rotta verso un controllo europeo del rispetto dei valori dell'Unione negli Stati membri*, in E. TRIGGIANI, E. CHERUBINI, F. INGRAVALLO, E. NALIN, R. VIRZO, (eds.), *Dialoghi con Ugo Villani*, Bari, 2017, pp. 605 ss.
- P. McDERMOTT, *Res Judicata and Double Jeopardy*, London, 1999.
- A. MENICONI, *La storia dell'associazionismo giudiziario: alcune notazioni*, in *Quest. giust.*, 2015, pp. 220 ss.
- L. MINGARDO, *Bis de eadem re ne sit actio*, in P. MORO (ed.), *Il diritto come processo. Principi, regole e brocardi per la formazione*, Milano, 2013, pp. 177 ss.
- V. MITSILEGAS, *Autonomous Concepts, Diversity Management and Mutual Trust in Europe's Area of Criminal Justice*, in *Common Market Law Rev.*, 57, 2020, pp. 45 ss.
- V. MITSILEGAS, *European Criminal Law*, Oxford, 2009.
- M. MONTAGNA, *Obblighi convenzionali, tutela della vittima e completezza delle indagini*, in *Arch. pen.*, 2019, pp. 1 ss.
- M. MONTAGNA, *I diritti minimi della vittima*, in A. GAITO (ed.), *I principi europei del processo penale*, Roma, 2016, pp. 299 ss.
- S. MORATTO, *El principio de igualdad de armas: un análisis conceptual*, in *Rev. Der. Pen. Crim.*, 41, 110, 2020, pp. 177 ss.

- V. MORENO CATENA, *Judicial Cooperation and Protection of Fundamental Rights in the Prevention and Prosecution of Terrorism*, in S. RUGGERI (ed.), *Transnational Inquiries and the Protection of Fundamental Rights in Criminal Proceedings. A study in memory of Vittorio Grevi and Giovanni Tranchina*, Cham, 2013, pp. 139 ss.
- C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, vol. 1, Milano, Padova, 1976.
- S. MÜLLER, *Überlegungen zu den Auswirkungen opferzentrierter Gesetzgebung auf Theorie und Praxis des Strafprozesses*, in *Betrifft JUSTIZ*, 128, 2016, pp. 175 ss.
- J. MURRAY, L. HARRIS, *Mutual Assistance in Criminal Matters*, London, 2000.
- B. NASCIMBENE, *Ne bis in idem, diritto internazionale e diritto europeo*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, pp. 1 ss.
- D. NEGRI, *La gigantesca espansione della videoconferenza come alternativa alla presenza fisica dell'imputato in giudizio*, in *Arch. pen.*, 21 maggio 2018, pp. 567 ss.
- C. NINO, *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Buenos Aires, 2002.
- M. NOBILI, *Giusto processo e indagini difensive*, in *Dir. pen. e processo*, 2001, pp. 1 ss.
- R. NORMANDO, *Il giudicato: forza esecutiva ed effetti*, in G. SPANGHER, A. MARANDOLA, G. GARUTI, L. KALB (eds.), *Procedura penale*, IV ed., Torino, 2015, pp. 545 ss.
- A. NOVOKMET, *The Right of a Victim to a Review of a Decision not to Prosecute as Set out in Article 11 of Directive 2012/29/EU and an Assessment of its Transposition in Germany, Italy, France and Croatia*, in *Utrecht Law Rev.*, 12, 1 2016, pp. 86 ss.
- C. ORLANDO, *Presenza dell'accusato, diritto al confronto e giudizio di equità processuale nella giurisprudenza di Strasburgo*, in *OIDU*, 2022, pp. 224 ss.
- C. ORLANDO, *Testimonianza de relato e diritto al confronto tra ordinamento interno e giurisprudenza europea*, in *www.la legislazione penale.it*, 2 aprile 2021, pp. 1 ss.
- H.J. PAPIER, *Die richterliche Unabhängigkeit und ihre Schranken*, in *NJW*, 2001, pp. 1089 ss.
- L. PARLATO, *Il legislatore tedesco allarga le maglie della revisione contra reum: l'assoluzione per delitti gravi e imprescrittibili può essere messa in discussione*, in *Cass. pen.*, 10, 2022, pp. 3654 ss.
- K. PARLETT, *The Individual in the International legal System*, 2011, pp. 294 ss.
- A. PETERS, *Membership in the Global Constitutional Community*, in J. KLABBERS et al., *The Constitutionalization of International law*, 2012, pp. 153 ss.
- J.T. PARRY, *International extradition, the rule of non-inquiry, and the problem of sovereignty*, in *Boston University Law Review*, 90, 2010, pp. 1973 ss.
- V. PATANÈ, *Nuovi orientamenti sulla capacità del giudice*, in *Giust. pen.*, 3, 1997, pp. 450 ss.
- F. PATETTA, *Le ordalie. Studio di storia del diritto e scienze del diritto comparato*, Torino, 1890.
- P. PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, 2° ed., Torino, 2009.
- A. PECCIOLI, *Unione Europea e criminalità transnazionale. Nuovi sviluppi*, 2005.
- F. PELLEGRINO, *Ne bis in idem transnazionale*, in *OIDU*, 3, 2023, pp. 47 ss.
- PELOPIDAS, *Gegenseitige Anerkennung von Entscheidungen in Strafsachen in der Europäischen Union*, Baden-Baden, 2009.
- S. PEREIRA PUIGVERT, *La víctima especialmente vulnerable en el proceso penal: Su condición de especialidad y protección*, in aa.vv. *Derecho y proceso. Liber Amicorum del Profesor Francisco Ramos Méndez*, Atelier, 3, 2018, pp. 1933-1942.
- F. PERRINI, *Il ne bis in idem nella giurisprudenza penale internazionale*, in *OIDU*, 3, 2023, pp. 62 ss.
- A. PERRODET, *Étude pour un ministère public européen*, Paris, 2001.
- A. PETER, *Measures to Protect Victims in German Criminal Proceedings, A Summary with Special Focus on the Key Points of the Second Victims' Rights Reform Act, The 144th International Senior*

- Seminar, pp. 125-136, <http://www.unafci.or.jp/english/pdf/RS_No81/No81_13VE_Peter.pdf>.
- K. PETERS, *Das Unabhängigkeitserfordernis der ausstellenden Justizbehörde eines Europäischen Haftbefehls Auswirkungen auf die Anordnung einer Europäischen Ermittlungsanordnung?*, in *ZIS*, 2020, pp. 508 ss.
 - R. PEZZUTO, *Accesso transnazionale alla prova elettronica nel procedimento penale: la nuova iniziativa legislativa della Commissione europea al vaglio del Consiglio dell'Unione*, in *Dir. pen. cont.*, 1, 2019, pp. 57 ss.
 - B. PIATTOLI, *Mandato d'arresto UE: istanze di armonizzazione processuale, distonie applicative e tutela multilivello dei diritti fondamentali*, in *Dir. pen. processo*, 2007, pp. 1105 ss.
 - M. PIAZZA, A. PISAPIA, *Riflessioni sul principio del "ne bis in idem" alla luce delle recenti pronunce della Corte di Giustizia dell'Unione europea*, in *Cass. pen.*, 2013, pp. 3272 ss.
 - N. PIGNATELLI, *L'indipendenza interna del p.m. e l'organizzazione degli uffici requirenti*, in F. DAL CANTO, R. ROMBOLI (ed.), *Contributo al dibattito sull'ordinamento giudiziario*, Torino 2004, pp. 195 ss.;
 - S. PITRUZZELLA, *Forme di governo e trasformazioni della politica*, Roma-Bari, 1996,
 - A. PIZZORUSSO, *L'organizzazione della giustizia in Italia. La magistratura nel sistema politico e istituzionale*, Torino, 1990.
- PIZZORUSSO, *Per un collegamento tra organi costituzionali politici e pubblico ministero*, in G. CONSO (ed.), *Pubblico ministero e accusa penale*, Bologna, 1979, pp. 30 ss.
- PLANCHADELL GARGALLO, *La víctima en el nuevo Código procesal penal desde la perspectiva de las exigencias europeas*, in *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*, Valencia, 2015.
- O. POLLICINO, M. BASSINI, *Personal Participation and Trials In Absentia. A Comparative Constitutional Law Perspective*, in S. QUATTROCOLO, S. RUGGERI (eds.), *Personal Participation in Criminal Proceedings. A Comparative Study of Participatory Safeguards and in Absentia Trial in Europe*, Cham 2019, pp. 527 ss.
 - A. PROCACCINO, *Il ne bis in idem dalla "certezza del diritto" alla certezza del "diritto soggettivo"*, in A. GAITO, D. CHINNICI (ed.), *Regole europee e processo penale*, Padova, 2016, pp. 269 ss.
 - L. PULITO, *La destatuazione delle garanzie lo spazio giuridico europeo*, in *Dir. pen. processo*, 2010, p. 891;
 - S. QUATTROCOLO, *Artificial Intelligence, Computational Modelling and Criminal Proceedings. A Framework for A European Legal Discussion*, Cham, 2020.
 - S. QUATTROCOLO, *Nozioni autonome o variabili? La Corte di giustizia e la definizione di «autorità giudiziaria» e «autorità emittente» nel sistema della cooperazione giudiziaria infraeuropea*, in *Cass. pen.*, 5, 2021, pp. 1785 ss.
 - S. QUATTROCOLO, *La Corte europea dei diritti dell'uomo fa il punto sullo status di vittima*, in www.lalegislazionepenale.it, 2008, pp. 157 ss.
 - S. QUATTROCOLO, *Partecipazione al processo e contraddittorio*, in www.lalegislazionepenale.it, 19 ottobre 2020, pp. 107 ss.
 - H. RABE, B. LEISERING, *Analyse. Die Istanbul-Konvention. Neue Impulse für die Bekämpfung von geschlechtsspezifischer Gewalt*, 2018.
 - T. RAFARACI, *Ne bis in idem e conflitti di giurisdizione in materia penale nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia dell'Unione Europea*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, pp. 621 ss.
 - G. RANALDI, F. GAITO, *Introduzione allo studio dei rapporti tra ne bis in idem sostanziale e processuale*, in *Arch. pen.*, 1, 2017, pp. 1 ss.
 - O. RANELLETTI, *La polizia di sicurezza*, in V.E. ORLANDO (ed.), *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, vol. 4, I, Milano, 1994.

- M. RAUSCHENBACH, D. SCALIA, *Victims and international criminal justice: a vexed question?*, in *Inter. Rev. of the Red Cross*, 2008, pp. 441 ss.
- N. RECCHIA, *Il principio europeo del ne bis in idem tra dimensione interna e internazionale. Brevi riflessioni alla luce della sentenza della Corte di giustizia Spasic*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, pp. 71 ss.
- J. RENNICKE, *Zur Debatte über die Unabhängigkeit der Staatsanwaltschaften unter besonderer Berücksichtigung des Europäischen Haftbefehls*, in *NK*, 2020, pp. 475 ss.
- G.U. RESCIGNO, *L'esercizio dell'azione pubblica ed il pubblico ministero*, in *AIC, Annuario*, 2004.
- R. RIEHLE, *Funktionstüchtige Strafrechtspflege contra strafprozessuale Garantien*, in *Kritische Justiz*, 13, 1980, pp. 316 ss.
- D. RINOLDI, *L'ordine pubblico europeo*, Napoli, 2005.
- ROBINSON, *The European Commission's e-Evidence Proposal*, in *European Data Protection Law Review*, 2018, pp. 347 ss.
- G. RODRÍGUEZ RAMOS, *Inferioridad de armas de la defensa en el proceso penal? (Especial referencia al derecho a la prueba)*, in *Teorder*, 2010, pp. 52 ss.
- R. ROMBOLI, *Il pubblico ministero nell'ordinamento costituzionale e l'esercizio dell'azione penale*, in S. PANIZZA, A. PIZZORUSSO, R. ROMBOLI (eds.), *Ordinamento giudiziario e forense. Antologia di scritti*, I, Pisa, 2002.
- R. ROSANÒ, *La chimera e il pubblico ministero: considerazioni relative alla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea e della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di indipendenza del pm* in *Quest. giust.*, 2, 2021, pp. 74 ss.
- L.S. ROSSI, *Fiducia reciproca e mandato d'arresto europeo. Il "salto nel buio" e la rete di protezione*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 1, 2021, p. 1.
- K. ROXIN, *Derecho Procesal Penal*, 25° ed., Buenos Aires, 2000.
- K. ROXIN, *Strafverfahrensrechts*, München, 1985, pp. 408 ss.
- U. RUFFOLO, *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*, Milano, 2020.
- A. RUGGERI, *La crisi dello Stato di diritto in Europa e i suoi possibili, temibili sviluppi*, in *www.eublog.eu*, 21 luglio 2021, pp. 1 ss.
- A. RUGGERI, *"Dialogo" tra le Corti e tecniche decisorie, a tutela dei diritti fondamentali*, in *www.diritticomparati.it*, 2013, pp. 1 ss.
- S. RUGGERI, *Norma, giudizio, giudicato. Una riflessione sulla tutela penale alla luce del ne bis in idem nell'era dell'interlegalità*, *OIDU*, 3, 2023, pp. 1 ss.
- S. RUGGERI, A. FALCONE, *Stato di diritto, indipendenza dell'autorità giudiziaria ed equità del procedimento penale*, in F. FALATO, *Le Situazioni della magistratura che garantiscono lo Stato di diritto nell'Unione Europea, Atti del Seminario di studi IV cattedra di Diritto Processuale penale università degli studi Federico II 7 luglio 2022*, Napoli, 2023, pp. 51 ss.
- S. RUGGERI, *Public Prosecutors in Criminal Investigations: a Comparative Law Study*, in R. F. WRIGHT, K. L. LEVINE, R. M. GOLD (eds.), *The Oxford Handbook of Prosecutors and Prosecution*, Oxford, 2021, pp. 1 ss.
- S. RUGGERI, *O contributo do direito internacional de direitos humanos à definição das garantias do devido processo em matéria de justiça penal transnacional. Uma comparação entre as jurisprudências do Tribunal europeu de direitos do homem e da Corte interamericana de direitos humanos*, in M.M.G. VALENTE, WUNDERLICH (eds.), *Direito e Liberdade. Estudos em homenagem ao professor doutor Nereu José Giacomolli*, Almedina, 2021, pp. 803 ss.
- S. RUGGERI, *Equality of arms, impartiality of judiciary and the role of third parties in the pre-trial inquiry*, in *Rev. Bras. de Dir. Proc. Pen.*, 4, 2, 2018, pp. 559 ss.
- S. RUGGERI, *Audi Alteram Partem in Criminal Proceedings. Towards a Participatory Understanding of Criminal Justice in Europe and Latin America*, Cham, 2017.

- S. RUGGERI *Human Rights in European Criminal Law. New Developments in European Legislation and Case Law after the Lisbon Treaty*, Cham, 2015.
- S. RUGGERI, *Procedimento penale, diritto di difesa e garanzie partecipative nel diritto dell'Unione Europea*, in *Dir. pen. cont.*, 4, 2015, pp. 130 ss.
- S. RUGGERI, *Transnational Evidence and Multicultural Inquiries in Europe. Developments in EU Legislation and New Challenges for Human Rights-Oriented Criminal Investigations in Cross-border Cases*, Cham, 2014.
- S. RUGGERI, *Transnational Inquiries and the Protection of Fundamental Rights in Criminal Proceedings. A Study in Memory of Vittorio Grevi and Giovanni Tranchina*, Heidelberg, 2013.
- F. RUGGERI, *Il volto costituzionale del processo penale. Indagine giurisprudenziale alla ricerca di valori condivisi*, Pisa, 2021.
- V. RUSCONI, *Vendetta alleata o giusta punizione? La percezione dei processi di Norimberga negli scritti dei protagonisti*, in *Studi Storici*, 38, 4, 1997, pp. 993 ss.
- R. SABATO, *I recenti strumenti del consiglio d'Europa in tema di indipendenza e responsabilità dei giudici. Il codice etico dell'Associazione nazionale magistrati: Premessa*, in *Foro it.*, 134, 4, 2011, pp. 116 ss.
- C. SAFFERLING, *International Criminal Procedure*, 2001.
- L. SALAZAR, *La funzione requirente nel rapporto EJTN sullo Stato di diritto in Europa*, in *Quest. giust.*, 2, 2021, pp. 85 ss.
- L. SALAZAR, *Ruolo e indipendenza del Pubblico Ministero negli standard dell'Unione Europea e del Consiglio d'Europa*, in F. FALATO, *Le Situazioni della magistratura che garantiscono lo Stato di diritto nell'Unione Europea. Atti del Seminario di studi IV cattedra di Diritto Processuale penale università degli studi Federico II 7 luglio 2022, Napoli, 2023*, pp. 29 ss.
- A. SANTANGELO, *Equità degli algoritmi e democrazia*, in *Scientific Journal on Digital Cultures*, 5, 2, 2020, pp. 21 ss.
- C. SANTORIELLO, *Il pubblico ministero ed i cento talleri di Kant*, in *Arch. pen.*, 1, 2022, pp. 1 ss.
- Á.M. SANZ HERMIDA, *El derecho del niño a ser oído. A propósito de las recientes reformas en el sistema legislativo español y su incidencia en la declaración del menor como víctima del delito*, in *Anuario de justicia de menores*, 16, 2016, pp. 13 ss.
- Á.M. SANZ HERMIDA, *Protección de los derechos fundamentales de las víctimas: el nuevo estatuto jurídico*, in N. GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, E. DEMETRIO CRESPO (eds.), *Legalidad y defensa. Garantías constitucionales del derecho y justicia penal*, Madrid, 2015, pp. 219 ss.
- S. SATTA, *Il mistero del processo (conferenza tenuta nell'Università di Catania il 4 aprile 1949)*, in *Riv. dir. proc.*, 1949, pp. 275 ss.
- H. SATZGER, F. ZIMMERMANN, *Manifest zum Europäischen Strafverfahrensrecht. European Criminal Policy Initiative*, in *ZIS*, 2013, pp. 412 ss.
- H. SATZGER, *Auf dem Weg zu einer „europäischen Rechtskraft“?* in M. HEINRICH e al. (eds.), *Strafrecht als Scientia Universalis. Festschrift für Klaus Roxin*, Berlin, 2011, pp. 1520 ss.
- D. SAVY, *La vittima dei reati nell'Unione europea - le esigenze di tutela dei diritti fondamentali e la complementarità della disciplina penale e civile*, Milano, 2013.
- W.A. SCHABAS et al. (eds.), *The ashgate research companion to international criminal law: critical perspectives*, Farnham, 2013.
- K. SCHMIDT, *Teologia politica. Cuatro capítulos sobre la doctrina de la soberanía*, Madrid, 2009.
- A. SCHNEIDER, *In Absentia Trials and Transborder Criminal Procedures. The Perspective of EU Law* in S. QUATTROCOLO, S. RUGGERI (eds.), *Personal Participation in Criminal Proceedings. A Comparative Study of Participatory Safeguards and in absentia Trials in Europe*. Cham, 2019, pp. 605 ss.

- W. SCHOMBURG, O. LAGODNY, S. GLESS, T. HACKNER, *Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, Kommentar, Einleitung*, in W. SCHOMBURG, O. LAGODNY, S. GLESS, T. HACKNER, *Internationale Rechtshilfe in Strafsachen*, München, 2020, 6^a ed., nn-29-56.
- R. SCHÜNEMANN, *Solution models and principles governing the transnational evidence-gathering in the EU*, in S. RUGGERI (ed.), *Transnational Evidence and Multicultural Inquiries in Europe. Developments in EU Legislation and New Challenges for Human Rights-Oriented Criminal Investigations in Cross-border Cases*, Springer, Cham, 2014, pp. 161 ss.
- L. SCIASCIA, *Intervento all'incontro-dibattito su Questione giustizia, oggi: una nuova stagione per le riforme? (Agrigento, 26-28 febbraio 1988)*, Caltanissetta-Roma, 1989.
- O. SIDHU, *The concept of equality of arms in criminal proceedings under article 6 of the European Convention of Human Rights*, Cambridge, 2011.
- J.A. SIGLER, *A History of Double Jeopardy*, in *American Journal of Legal History*, 1963.
- G. SILVESTRI, *Organizzazione giudiziaria e indipendenza della magistratura*, in *Ritorno al diritto: i valori della convivenza*, 2, 2005, pp. 1 ss.
- M. SIMONATO, *Deposizione della vittima e giustizia penale. Una lettura del sistema italiano alla luce del quadro europeo*, Milano, 2014.
- F. SIRACUSANO, *Tra semplificazione e ibridismo: insidie e aporie dell'Ordine europeo di indagine penale*, in *Arch. pen.*, 2017, pp. 1 ss.
- F. SIRACUSANO, *La completezza delle indagini nel processo penale*, Torino, 2005.
- N.A. SMUHA, *Towards the EU Harmonization of Access to Cross-Border E-Evidence: Challenges for Fundamental Rights & Consistency*, in *European Criminal Law Review*, 2018, pp. 83 ss.
- G. SPANGHER, A. MARANDOLA, G. GARUTI, L. KALB (eds.), *Procedura penale*, 4^a ed., Torino, 2015.
- G. SPANGHER, *L'impatto del diritto europeo sul processo penale*, in Treccani, reperibile al sito https://www.treccani.it/magazine/diritto/approfondimenti/diritto_penale_e_procedura_penale/spangher.htm.
- R. SPANO, *The rule of law as the lodestar of the European Convention on Human Rights: The Strasbourg Court and the independence of the judiciary*, in *Eur. Law J.*, 2021, pp. 1 ss.
- J.R. SPENCER, *Hearsay evidence in criminal proceedings*, Oxford, 2008.
- TALLGREN, A. REISINGER CORACINI, *Article 20. Ne bis in idem*, in K. AMBOS (ed.), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, C.H. Beck-Hart-Nomos, 2021.
- TARLI BARBIERI, *Stato di diritto e funzione requirente in Italia: un unicum europeo?*, in *Quest. giust.*, 2, 2021, pp. 39 ss.
- L. TAVASSI, *Acquisizione di tabulati, tutela della privacy e rispetto del principio di proporzionalità*, in *Arch. pen.*, 1, 2022, pp. 1 ss.
- S. TOSZA, *The European Commission's Proposal on Cross-Border Access to E-evidence. Overview and Critical Remarks*, in *Eu crim*, 2018, pp. 212 ss.
- P.C.R. TERRY, *Judicial independence in Germany within the European Context*, in *Theoretical and Applied Law*, 1, 3, 2020, pp. 1 ss.
- K. TRAISBACH, *Judicial authority, legitimacy and the (international) rule of law as essentially contested and interpretive concepts: Introduction to the special issue*, in *Global Constitutionalism* 10, 1, 2021, pp. 75 ss.
- G. TRANCHINA, *La vittima del reato nel processo penale*, in *Cass. pen.*, 2010, pp. 4053 ss.
- S. TRECHSEL, S. SUMMERS, *Human rights in Criminal Proceedings*, 2005, p. 94
- L. TREJO, *Problemas prácticos del proceso penal a la luz del principio de igualdad de armas como garantía constitucional del imputado*, in *Rev. Aequitas*, 9, 9, Buenos Aires, 2015, pp. 287 ss. disponibile al sito <https://p3.usal.edu.ar/index.php/aequitas/article/download/3942/4880>.

- G. UBERTIS, *Neutralità metodologica del giudice e principio di acquisizione processuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 50, 2009.
- G. UBERTIS, *Principi di procedura penale europea. Le regole del giusto processo*, Milano, 2000.
- G. UBERTIS, *L'incompatibilità del giudice ha pure risvolti "europei"*, in *Dir. pen. processo*, 1996, pp. 1519 ss.
- B. VAN BOCKEL, *The Ne Bis in Idem Principle in EU Law*, Alphen aan den Rijn, 2010.
- A.A.H. VAN HOEK, M.J.P. LUCHTMAN, *Transnational cooperation in criminal matters and the safeguarding of human rights*, in *Utrecht Law Rev.*, 1, 6, 2005. pp. 1 ss.
- M.C. VAN WIJK, *Cross-border evidence gathering. Equality of arms within the EU?*, 2017.
- G. VASSALLI, *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2001.
- D. PULITANÒ, *Ragionevolezza e diritto penale*, Napoli, 2012, pp. 30 ss.
- M. VENTUROLI, *La vittima nel sistema penale dall'oblio al protagonismo?*, Napoli, 2015.
- F. VIANELLO, D. PADOVAN rinvenibili sul sito http://www.ristretti.it/areestudio/giuridici/studi/vianello_padovan.pdf
- D. VIGONI, *Dalla rogatoria all'acquisizione diretta*, in G. LA GRECA, M. R. MARCHETTI (ed.), *Rogatorie penali e cooperazione giudiziaria internazionale*, Torino, 2003.
- V. VIOLINI, *Separazione delle carriere e indipendenza della magistratura: riflessioni di diritto comparato*, in *Dir. pen. cont.*, 2011, pp. 56 ss.
- V. VIRGA, *Brevi considerazioni sulla necessità di emancipare la vittima del reato dallo «status» di offeso*, in *Foro it.*, 4, 2022, pp. 1230 ss.
- R. VOGLER, *Transnational Inquiries and the Protection of Human Rights in the Case-Law of the European Court of Human Rights*, in S. RUGGERI (ed.), *Transnational Inquiries and the Protection of Fundamental Rights in Criminal Proceedings. Developments in EU Legislation and New Challenges for Human Rights-Oriented Criminal Investigations in Cross-border Cases*, Cham, 2013, pp. 45 ss.
- G. VOLPE, *Sulla responsabilità politica dei giudici*, in E. TOSATO (ed.), *Scritti in onore di Costantino Mortati. Aspetti e tendenze del diritto costituzionale*, Milano, 1977, pp. 809 ss.
- D. VOULGARIS, *Transnationales ne bis in idem zwischen staatlicher Schutz und Achtungspflicht. Grundlagen der ne bis in idem Problematik*, München, 2013.
- W.A. SCHABAS, *An Introduction to the International Criminal Court*, Cambridge 2020.
- T. WAHL, *AG: EAWs Cannot Be Refused if there Are no Systemic & Generalised Deficiencies of Fair Trial Protection*, in *Eucrim*, 3, 2022, pp. 195 ss.
- T. WAHL, *CJEU: No Carte Blanche to Refuse EAWs from Poland*, in *Eucrim*, 1, 2022, pp. 33 ss.
- T. WAHL, *Refusal of European Arrest Warrants Due to Fair Trial Infringements*, in *Eucrim*, 4, 2020, pp. 321 ss.
- T. WAHL, *German Court Links Petrubhin Doctrine with ne bis in idem and Boosts Common European Criminal Law*, in *Eucrim*, 9 agosto 2020.
- M. WASMEIER, N. THWAITES, *The development of ne bis in idem into a transnational fundamental right in EU law: comments on recent developments*, in *Eur. Law Rev.*, 2006, pp. 565 ss.
- A. WATSON (ed.) (tr.), *The Digest of Justinian*, vol. 4, Pennsylvania, 1998.
- T. WEIGEND, *Germany*, in K. LIGETI (ed.), *Toward a Prosecutor of the European Union. A Comparative Analysis*, vol. 1, 2013, London, pp. 301 ss.
- V.A. WEYEMBERGH, F. CATTEAU, *Arrêt "OG et PI": la notion d'autorité judiciaire d'émission et l'exigence d'indépendance à la lumière de la décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen*, in *Journal de droit européen*, 2019, pp. 363 ss.
- V. ZAGREBELSKY, *L'Unione Europea e lo Stato di diritto. Fondamento, problemi, crisi*, in www.giustiziansieme.it, 28 maggio 2021, p. 1 ss.;

- E. ZANETTI, *Efficacia extraterritoriale del giudicato (dir. proc. pen.)*, Annali II-1, 2008.
- N. ZANON, *Pubblico ministero e Costituzione*, Padova, 1996.
- I. ZERBES, *Fragmentiertes Strafverfahren. Beweiserhebung und Beweisverwertung nach dem Verordnungsentwurf zur Europäischen Staatsanwaltschaft*, in ZIS, 3, 2015, pp. 145 ss.
- M. ZOLLER, R. ESSER, *Justizielle Medienarbeit im Strafverfahren: Entwurf des Arbeitskreises Straffprozessrecht und Polizeirecht (ASP) für eine die Pressefreiheit und das Persönlichkeitsrecht schützende Ausku*, Baden-Baden, 2019.