



Rivista Trimestrale - 4/2015

DIRITTO PENALE CONTEMPORANEO



**Le ultime riforme del processo penale:
una prima risposta all'Europa**

Giulio Illuminati

**Le Sezioni Unite e il profitto confiscabile:
forzature semantiche e distorsioni ermeneutiche**

Francesco Mucciarelli e Carlo Enrico Paliero

**Mafia e corruzione:
tra confische, commissariamenti e interdittive**

Giuseppe Pignatone

DIRETTORE RESPONSABILE

Francesco Viganò

VICE DIRETTORI

Gian Luigi Gatta - Guglielmo Leo - Luca Luparia

REDAZIONE

Anna Liscidini (coordinatore), Alberto Aimi, Enrico Andolfatto, Carlo Bray, Alessandra Galluccio, Stefano Finocchiaro, Erisa Pirgu, Tommaso Trinchera, Stefano Zirulia

COMITATO SCIENTIFICO

Emilio Dolcini, Novella Galantini, Roberto Bartoli, Fabio Basile, Hervé Belluta, Silvia Buzzelli, Michele Caianiello, Lucio Camaldo, Elena Maria Catalano, Massimo Ceresa Gastaldo, Cristiano Cupelli, Fabrizio D'Arcangelo, Angela Della Bella, Gian Paolo Demuro, Roberto Flor, Loredana Garlati, Mitja Gialuz, Antonio Gullo, Roberto E. Kostoris, Stefano Manacorda, Vittorio Manes, Luca Masera, Anna Maria Maugeri, Oliviero Mazza, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Vincenzo Mongillo, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Daniela Piana, Lorenzo Picotti, Paolo Renon, Gioacchino Romeo, Markus Rübenstahl, Francesca Ruggieri, Domenico Pulitanò, Marco Scoletta, Rosaria Sicurella, Carlo Sotis, Giulio Ubertis, Antonio Vallini, Alfio Valsecchi, Costantino Visconti, Matteo Vizzardi



Diritto Penale Contemporaneo - Rivista trimestrale è un periodico on line, ad accesso libero e senza fine di profitto, nato da un'iniziativa comune di Luca Santa Maria, che ha ideato e finanziato l'iniziativa, e di Francesco Viganò, che è stato sin dalle origini il direttore delle due riviste, nell'ambito di una partnership che ha coinvolto i docenti, ricercatori e giovani cultori della Sezione di Scienze penali del Dipartimento "C. Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano. Attualmente la rivista è edita dall'Associazione "Diritto penale contemporaneo", il cui presidente è l'Avv. Santa Maria e il cui direttore scientifico è il Prof. Viganò. La direzione, la redazione e il comitato scientifico delle riviste coinvolgono oggi docenti e ricercatori di numerose altre università italiane e straniere, nonché autorevoli magistrati ed esponenti del foro.

Peer review

La qualità scientifica dei lavori di più ampio respiro pubblicati sulla Rivista è assicurata da una procedura di *peer review*, attuata secondo principi di trasparenza, autonomia e indiscusso prestigio scientifico dei revisori, professori ordinari italiani e stranieri di diritto e procedura penale, che la Rivista vivamente ringrazia per avere accettato questo compito. Ciascun lavoro soggetto alla procedura viene esaminato in forma anonima da due revisori, i quali esprimono il loro parere in forma parimenti anonima sulla conformità del lavoro agli standard qualitativi delle migliori Riviste di settore. La pubblicazione del lavoro presuppone il parere favorevole di entrambi i revisori. La designazione dei revisori per ciascun lavoro di diritto o di procedura penale è effettuata automaticamente seguendo l'ordine alfabetico dei revisori di ciascuna disciplina pubblicato in calce, in ragione della data e dell'ora in cui ciascun lavoro è pervenuto all'indirizzo e-mail della redazione. Nel caso di impedimento da parte del revisore designato subentra il revisore successivo nell'elenco alfabetico. Di tutte le operazioni compiute nella procedura di *peer review* è conservata idonea documentazione presso la redazione.

Elenco dei revisori

Prof. Alberto Alessandri, Prof. Ennio Amodio, Prof. Francesco Angioni, Prof. Alessandro Bernardi, Prof. David Brunelli, Prof. Alberto Cadoppi, Prof. Stefano Canestrari, Prof. Francesco Caprioli, Prof. Mauro Catenacci, Prof. Mario Chiavario, Prof.ssa Ombretta Di Giovine, Prof. Massimo Donini, Prof. Giovanni Fiandaca, Prof. Luigi Foffani, Prof. Gabriele Fornasari, Prof. Glauco Giostra, Prof. Giovanni Grasso, Prof. Giulio Illuminati, Prof. Sergio Lorusso, Prof. Luca Marafioti, Prof. Enrico Marzaduri, Prof. Jean Pierre Matus, Prof. Adan Nieto Martin, Prof. Renzo Orlandi, Prof. Francesco Palazzo, Prof. Paolo Pisa, Prof. Mario Romano, Prof. Sergio Seminara, Prof. Placido Siracusano, Prof. Paolo Veneziani

Editore Associazione "Diritto penale contemporaneo", Via Gabrio Serbelloni 1, Milano - C.F. 97714210156
ANNO 2015 - CODICE ISSN 2240-7618 - Registrazione presso il Tribunale di Milano, al n. 554 del 18 novembre 2011.
Impaginazione a cura di Chiara Pavese

EDITORIALE	In questo numero Francesco Viganò	1
PROCESSO PENALE	Brevi riflessioni sistematiche sulle misure cautelari dopo la l. n. 47 del 2015 Giorgio Spangher	4
	Una singolare antifrasi: i “nuovi” poteri rescindenti del tribunale della libertà Massimo Ceresa-Gastaldo	8
	Le ultime riforme del processo penale: una prima risposta all’Europa Giulio Illuminati	14
	I rapporti fra processo penale e altri procedimenti nell’unità dell’ordinamento giuridico Stefano Ruggeri	22
	Esistono autentiche forme di “diversione” nell’ordinamento processuale italiano? Primi spunti per una riflessione Benedetta Bertolini	47
EUROPA E SISTEMA PENALE ITALIANO	Il mandato di arresto europeo dalla decisione quadro del 2002 alle odierne prospettive Marta Bargis	61
	Dal terzo pilastro ai nuovi strumenti: diritti fondamentali, “road map” e l’impatto delle nuove direttive Michele Caianiello	70
	La metamorfosi del diritto delle prove nella direttiva sull’ordine europeo di indagine penale Marcello Daniele	86
	Dalla Corte di giustizia importanti indicazioni esegetiche in relazione alle prime due direttive sui diritti dell’imputato Mitja Gialuz	100
	Presente e futuro del processo di armonizzazione europea della parte generale del diritto penale Francesco Rossi	108

	Procedimento penale, diritto di difesa e garanzie partecipative nel diritto dell'Unione europea	130
	Stefano Ruggeri	
IN MATERIA DI CONFISCA	L'impegno a pagare il debito tributario e i suoi effetti su confisca e sequestro	162
	Stefano Finocchiaro	
	Tecniche di aggressione dei profitti dell'economia fiscalmente infedele: la confisca "penale" tra efficacia preventiva e tutela dei diritti fondamentali	182
	Alberto Marcheselli	
	La lotta all'evasione fiscale tra confisca di prevenzione e autoriciclaggio	207
	Anna Maria Maugeri	
	Le Sezioni Unite sulla natura della confisca di prevenzione: un'altra occasione persa per un chiarimento sulle reali finalità della misura	231
	Francesco Mazzacuva	
	Le Sezioni Unite e il profitto confiscabile: forzature semantiche e distorsioni ermeneutiche	246
	Francesco Mucciarelli e Carlo Enrico Paliero	
	Mafia e corruzione: tra confische, commissariamenti e interdittive	259
	Giuseppe Pignatone	

PROCEDIMENTO PENALE, DIRITTO DI DIFESA E GARANZIE PARTECIPATIVE NEL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA*

Stefano Ruggeri

ABSTRACT

Gli ultimi due decenni hanno visto rafforzarsi nello scenario multiculturale europeo una concezione fortemente partecipativa di giustizia penale che, dovuta specie all'opera della giurisprudenza di Strasburgo, sta progressivamente diffondendosi in diversi settori del diritto processuale penale negli ordinamenti nazionali. All'interno del quadrante dell'Unione europea, superata la prima fase di normazione all'interno del III Pilastro, l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona ha posto le basi per l'avvio di un impegno delle istituzioni dell'Unione volto al consolidamento di standard minimi di tutela del diritto di difesa in relazione non solo alle procedure di cooperazione ma anche ai procedimenti nazionali. Sebbene ciò abbia dato avvio a una nuova stagione d'intensa attività normativa, il carattere abbastanza frammentario delle riforme varate fa sì che la voce e la partecipazione di privati all'amministrazione della giustizia penale sia ancora debole. Il presente scritto analizza il cammino percorso dall'Unione europea negli ultimi due decenni verso il rafforzamento di difesa nell'ambito di procedure sia nazionali sia transfrontaliere, verificando inoltre se e in che misura l'armonizzazione operata dall'Unione soddisfi i livelli di tutela richiesti dalla giurisprudenza di Strasburgo e stabiliti nei sistemi costituzionali nazionali.

SOMMARIO

1. Considerazioni introduttive. Il cammino dell'Unione europea verso il rafforzamento delle garanzie partecipative della persona nel processo penale. – 2. Accertamento penale e diritto a partecipare personalmente al procedimento penale. – 2.1. Assenza dell'accusato e procedure penali. – 2.1.1. Assenza dell'accusato nel procedimento penale e mandato d'arresto europeo. – 2.1.2. Il diritto dell'accusato a partecipare al processo penale. – 2.2. Il diritto della vittima a partecipare al procedimento penale. – 3. Diritto al contraddittorio e garanzie difensive. – 3.1. Contraddittorio e diritto alla comprensione linguistica delle attività processuali. – 3.1.1. Il diritto dell'accusato alla comprensione linguistica. – 3.1.2. Il diritto della vittima alla comprensione linguistica. – 3.2. Contraddittorio e diritto all'informazione nel procedimento penale. – 3.2.1. Diritto dell'imputato all'informazione processuale. – 3.2.1.1. Diritto all'informazione sull'accusa. – 3.2.1.2. Diritto alla conoscenza degli atti processuali. – 3.2.2. Diritto della vittima all'informazione processuale. – 3.3. *Fairness* processuale e diritto a essere ascoltati nel procedimento penale. – 3.3.1. Premessa. – 3.3.2. La voce dell'imputato. – 3.3.3. La voce della vittima. – 4. Contraddittorio e libertà personale. – 4.1. Garanzie partecipative nelle procedure di consegna tramite il mandato d'arresto europeo. – 4.1.1. La disciplina UE del 2002. – 4.1.2. Il rafforzamento delle garanzie informative e partecipative della persona richiesta nella recente legislazione dell'Unione. – 4.2. Garanzie partecipative e supervisione di misure restrittive del diritto di libertà in altri Stati Membri. – 5. Contraddittorio e prova penale. Il diritto di difesa nell'assunzione della prova penale in altri Stati Membri. – 5.1. Premessa. – 5.2. Garanzie partecipative e prova penale nella Convenzione di Bruxelles. – 5.3. Contraddittorio e prova transnazionale. – 6. *EU law*, Convenzione europea dei diritti dell'uomo, diritto nazionale. – 6.1. Premessa. – 6.2. *EU law* a confronto con la Convenzione europea. – 6.3. *EU law* a confronto col diritto nazionale. – 6.4. Decostruzione degli ordini giuridici e definizione di nuovi modelli di tutela integrata dei diritti della persona. – 7. Conclusioni.

1.

Considerazioni introduttive. Il cammino dell'Unione europea verso il rafforzamento delle garanzie partecipative della persona nel processo penale.

Nell'evoluzione del percorso di europeizzazione del diritto penale processuale in atto nell'Unione europea non si rinvengono riconoscimenti normativi specifici del diritto al contraddittorio nelle sue manifestazioni tradizionali nei sistemi nazionali di giustizia penale. Ciò non significa peraltro un disinteresse delle istituzioni dell'Unione europea per le esigenze garantistiche inerenti al diritto a partecipare dialetticamente al processo penale, diritto che pone delle sfide che coinvolgono sia la tutela dei soggetti coinvolti nell'indagine penale sia la correttezza dell'accertamento stesso. In effetti, l'attenzione per la partecipazione difensiva delle parti, quale motore di un accertamento penale che possa dirsi autenticamente *fair*, ha attraversato il percorso di armonizzazione del diritto processuale nello scorso decennio, accompagnando l'evoluzione della normativa dell'Unione in tema di cooperazione transnazionale tra gli Stati Membri.

La consapevolezza da parte delle istituzioni dell'Unione della necessità di un approccio alla cooperazione internazionale congiunto al rafforzamento delle garanzie difensive era chiaramente visibile nella prima metà dello scorso decennio, allorché nel 2004 la Commissione europea avanzò la proposta di una Decisione-quadro su alcune garanzie processuali minime delle persone coinvolte in un'indagine penale nell'Unione europea¹. Al di là del riconoscimento di profili che costituiscono il necessario presupposto per l'esercizio di un'autentica dialettica processuale, un esplicito riferimento al contraddittorio figura nel richiamo alle garanzie stabilite dalla Convenzione europea in tema di diritto all'interpretazione, interpretazione che deve essere qualitativamente in grado di assicurare l'effettiva partecipazione dell'accusato al processo penale². Tale proposta avrebbe tuttavia dovuto attraversare un lungo processo di negoziati e discussioni tra gli Stati Membri UE, senza riuscire ad andare in porto.

Alle soglie dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, le istituzioni dell'Unione adottarono così un'impostazione più graduale, varando una tabella di marcia volta all'introduzione di misure in grado di fissare specifici diritti processuali nei confronti del destinatario di procedure penali³. Tale *Roadmap* – inserita tra gli obiettivi del Programma di Stoccolma⁴ – ha condotto dal 2010 all'emanazione di provvedimenti normativi la cui importanza nel nuovo scenario europeo si lascia apprezzare non solo per la loro nuova veste formale (direttive e regolamenti), una volta abbattuta la struttura a tre pilastri del sistema dell'Unione, ma anche soprattutto per l'impostazione adottata, che s'inquadra nell'ambito della nuova cornice definita dalla riforma dei Trattati del 2009.

In effetti, l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona ha segnato un significativo mutamento nel cammino di europeizzazione della giustizia penale, un cammino che non si limita più solo a settori del diritto penale transnazionale (le procedure di consegna, la prova transnazionale, ecc.) ma si estende anche all'armonizzazione del diritto processuale nazionale, all'interno delle macroaree tematiche indicate nell'art. 82 c. 2 TFUE. Significativamente, anche tali interventi normativi trovano la loro legittimazione sul piano del diritto dell'Unione solo lì dove e nella misura in cui l'armonizzazione sia necessaria allo scopo di facilitare l'applicazione del mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie e la cooperazione giudiziaria e di polizia in materie aventi dimensioni transnazionali⁵. In fondo, l'obiettivo non è molto diverso da quello previsto dall'art. 31 c. 1 lett. c della previgente versione del TUE, che legittimava azioni comuni volte ad assicurare coerenza tra le regole applicabili negli Stati Membri nella misura necessaria a

¹ COM(2004) 328 finale.

² *Ibid.*, par. 69.

³ *Roadmap for strengthening the procedural rights of suspected and accused persons in criminal proceedings*. Risoluzione del Consiglio del 30 novembre 2009 (2009/295/01).

⁴ *The Stockholm Programme – An open and secure Europe serving and protecting citizens* (2010/ C 115/01), § 2.4.

⁵ Art. 82 c. 2 TFUE.

* *Segue*. Il presente articolo costituisce la versione rielaborata e ampliata del mio contributo 'Contraddittorio e garanzie difensive in materia penale nella normativa dell'Unione europea', pubblicato nella *Revista de Estudos Criminais* 2015, pp. 25-67. La presente versione, rispetto a quella pubblicata online su *Diritto penale contemporaneo* (accesso 22 settembre 2015), è stata aggiornata alla Direttiva 2016/343/UE, emanata il 9 marzo 2016.

migliorare la cooperazione giudiziaria in materia penale. Ora come allora, l'intervento normativo dell'Unione è prevalentemente orientato verso le procedure di cooperazione e il rafforzamento del sistema di mutuo riconoscimento e, pur laddove persegue la promozione dei diritti individuali nell'ambito di procedure penali nazionali, è rimasto ancorato a una logica efficientistica, volta a consentire la più efficace azione comune di accertamento e indagine di reati perlopiù aventi dimensione transnazionale⁶. Diversa è invece la metodologia d'intervento, che mostra la consapevolezza di un'armonizzazione, sia pur per *standard* minimi, nei settori considerati, quale passaggio necessario per la compiuta realizzazione del sistema del mutuo riconoscimento.

All'interno di questa rinnovata cornice normativa, sebbene nessun riferimento specifico compaia al diritto di difesa e al contraddittorio in materia penale, le macro-aree tematiche indicate nell'art. 82 c. 2 TFUE – dalla previsione generale concernente la tutela della persona nel processo penale⁷ a quella relativa alla tutela specificamente rivolta alla vittima del reato⁸ – legittimano senza dubbio interventi di armonizzazione volti a rafforzare il diritto a un'effettiva partecipazione nelle attività processuali non solo dell'accusato ma anche di altri i soggetti coinvolti nell'accertamento penale. E verso questa prospettiva spinge la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (di seguito, CDFUE), che proprio attraverso il Trattato di Lisbona ha assunto valore vincolante, equiparato a quello dei Trattati. Come vedremo, nel fornire un proprio apparato di garanzie anche in materia giurisdizionale, questa Carta dei diritti propone un assetto tutt'altro che autoreferenziale, richiedendo all'interprete una lettura orientata delle garanzie da essa previste verso altri strumenti di diritto internazionale di tutela dei diritti dell'uomo, in primo luogo la Convenzione europea⁹.

Lungo questo *fil rouge* possono essere così ricostruiti i provvedimenti varati dall'Unione all'indomani dell'entrata del Trattato di Lisbona. Emblematica anche nella prospettiva del presente studio la storica Direttiva del 2010 sul diritto all'interpretazione e traduzione nei procedimenti penali, Direttiva che – raccogliendo l'eredità della proposta di Decisione-quadro del 2004 e in linea con la costante giurisprudenza di Corte europea dei diritti dell'uomo – enfatizza l'esigenza che la traduzione sia di qualità sufficiente a tutelare la *fairness* del procedimento e a garantire, in particolare, che gli imputati sia posti in condizione di conoscere e comprendere adeguatamente delle accuse a loro carico e siano in grado di esercitare i loro diritti della difesa¹⁰. Ma anche al di fuori della programmazione della *Roadmap* si collocano interventi normativi che possono essere apprezzati per il tentativo di rafforzare le garanzie partecipative anche di altri soggetti coinvolti a diverso titolo nella giustizia penale, *in primis* la vittima del reato¹¹.

Alla luce di tali premesse, questo studio analizza le tappe più significative dell'evoluzione del diritto dell'Unione verso la creazione di una regolamentazione sovranazionale sul diritto di difesa e alla partecipazione dialettica al procedimento penale. Al termine di questa disamina, il presente scritto si propone di verificare se e in che misura l'evoluzione del diritto dell'Unione ha effettivamente raccolto l'eredità metodologica della copiosa giurisprudenza di Strasburgo, il cui approccio ampiamente partecipativo al processo penale l'ha condotta a ricostruire i confini di garanzie difensive riconosciute all'accusato mediante una considerazione complessiva di tutti gli interessi coinvolti in un procedimento penale propriamente *fair*. Andrà inoltre analizzato se e in che termini l'evoluzione normativa dell'Unione si sta realizzando nel rispetto degli *standard* di tutela stabiliti dal diritto nazionale degli Stati membri, ovvero se le esigenze di armonizzazione e la necessità di affermare il primato del diritto dell'Unione prevalgono su

⁶ Già nella proposta di Decisione-quadro su certi diritti processuali in materia penale nell'Unione europea la Commissione europea presentò tale iniziativa normativa come “*the necessary complement to the mutual recognition measures that are designed to increase efficiency of prosecution. A set of agreed procedural rights to ensure equivalent treatment of suspected persons throughout the EU should enable judicial cooperation measures to be applied as efficiently as possible, especially those that envisage surrender of persons or of evidence to another Member State*”. Cfr. COM(2004) 328 finale, *Explanatory Memorandum*, § 52.

⁷ Art. 82 c. 2 lett. b TFUE.

⁸ Art. 82 c. 2 lett. c TFUE.

⁹ Art. 52 c. 3 CDFUE. Cfr. anche le Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali (2007/C 303/02).

¹⁰ Direttiva 2010/64/UE (di seguito, DirIT). In proposito cfr., tra gli altri, R.K. VOGLER, *Lost in Translation: Language Rights for Defendants in European Criminal Proceedings*, in S. RUGGERI (coord.), *Human Rights in European Criminal Law. New Developments in European Legislation and Case Law after the Lisbon Treaty*, Heidelberg 2015, pp. 104 ss.

¹¹ Direttiva 2012/29/UE (di seguito, DirVR), che ha stabilito, sostituendo la Decisione-quadro 2001/220/GAI (di seguito, DQVPP), norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato.

consolidati di livelli di tutela individuali affermati dalle normative e dalle prassi applicative nazionali.

Le conclusioni cui perviene questa duplice analisi sono, nonostante i passi avanti compiuti, non particolarmente incoraggianti. La normativa dell'Unione tradisce in buona misura l'annunciata apertura verso altre esperienze ordinamentali, raccogliendo per un verso in modo minimalista l'eredità giurisprudenziale di Strasburgo e, per un altro, imponendo agli Stati Membri *standard* minimi di tutela che rischiano di vanificare le soglie di garanzie perviste dal diritto nazionale, in nome della pretesa esigenza di assicurare un'unicità d'approccio al diritto dell'Unione. Più a fondo, il diritto processuale che si delinea dai più recenti interventi normativi dell'Unione sembra mantenersi ancora lontano da una concezione autenticamente partecipativa del processo penale che, specie in ragione delle complesse sfide delle società attuali, deve porsi sempre più come spazio di ascolto e di composizione fra interessi confliggenti. In ciò s'invera la *fairness* processuale nel suo significato più autentico. Eppure, uno sguardo al percorso compiuto negli ultimi anni dal legislatore dell'Unione rivela una differenza metodologica che separa gli interventi normativi orientati al rafforzamento delle garanzie dell'accusato da quelli concernenti altri soggetti processuali. In particolare, l'impostazione seguita nell'armonizzazione dei diritti della vittima mostra un approccio ancora molto lontano dal riconoscimento di un autentico diritto al processo della persona offesa dal reato¹², anche e soprattutto perché i nuovi approdi di tutela sono spesso ancora rilasciati alle scelte dei legislatori nazionali¹³. Pressoché nessuna attenzione è inoltre ad oggi rivolta a soggetti coinvolti giocoforza nell'accertamento penale, soggetti terzi non gravati da alcuna *suspicion of guilt* e pur destinati a soffrire, sotto più riguardi, le conseguenze del processo penale.

2. Accertamento penale e diritto a partecipare personalmente al procedimento penale.

2.1. Assenza dell'accusato e procedure penali.

2.1.1. Assenza dell'accusato nel procedimento penale e mandato d'arresto europeo.

Il diritto a partecipare personalmente al processo non figura tradizionalmente tra le garanzie riconosciute alla persona sottoposta a una procedura internazionale di consegna estradizionale. In Europa, nulla prevedeva in proposito la Convenzione europea di estradizione del 1957 del Consiglio d'Europa e una previsione espressamente concernente le procedure *in absentia* fu inserita in questo strumento internazionale solo mediante il II Protocollo addizionale del 1978, peraltro in una versione abbastanza compromissoria e minimalista. Lo Stato richiesto avrebbe potuto discrezionalmente rigettare una richiesta di consegna volta all'esecuzione di una pena o un'ordinanza detentiva resa mediante una procedura *in absentia*, laddove reputasse non soddisfatti solo i requisiti minimi del diritto di difesa. Il Paese richiesto avrebbe comunque dovuto ottemperare all'istanza estradizionale, laddove lo Stato rogante offrisse garanzie sufficienti ad assicurare alla persona richiesta il diritto a un nuovo giudizio.

A quasi un quarto di secolo di distanza, la prima normativa dell'Unione europea varata nel nuovo contesto culturale del mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie, la Decisione-quadro sul mandato d'arresto europeo¹⁴ (di seguito, DQ MAE), adottò una soluzione normativa che riproduceva in buona misura l'impostazione tipica del modello di "estradizione

¹² M. CHIAVARIO, *Il "diritto al processo" delle vittime dei reati e la Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. proc.* 2001, pp. 938 ss.

¹³ S. ALLEGREZZA, *Victims' statute within Directive 2012/29/UE*, in L. LUPÁRIA (coord.), *Victims and criminal justice. European standards and national good practices*, Wolters Kluwer 2015, pp. 5 s.

¹⁴ DQ 2002/584/GAI.

condizionata¹⁵. Così, tale provvedimento normativo inserì, significativamente tra le garanzie per la persona richiesta, la facoltà per l'autorità di esecuzione di subordinare la consegna – ogniquale volta il mandato d'arresto europeo fosse stato emesso ai fini dell'esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza comminate mediante decisione pronunciata *in absentia*, e laddove l'interessato non fosse stato citato personalmente né altrimenti informato della data e del luogo dell'udienza che ha portato alla decisione pronunciata *in absentia* – alla condizione che l'autorità giudiziaria emittente fornisse assicurazioni considerate sufficienti a garantire alle persone oggetto del mandato d'arresto la possibilità di richiedere un nuovo processo nello Stato membro di emissione e di essere presenti al giudizio¹⁶.

Tale soluzione costituiva il chiaro tentativo di allineare la nuova procedura di consegna all'impostazione seguita dalla giurisprudenza di Strasburgo che tradizionalmente richiede che all'imputato sia comunque riconosciuta la possibilità di ottenere la rinnovazione del giudizio emesso *in absentia* nei propri confronti a meno che abbia esplicitamente rinunciato a parteciparvi. Sennonché proprio il carattere tassativo della garanzia stabilita nella DQMAE e soprattutto il fatto che essa fosse inserita all'interno di uno strumento caratterizzato, di regola, dall'obbligo di ottemperanza all'ordine emesso dall'autorità di un altro Stato Membro¹⁷ non consentivano all'autorità di esecuzione di subordinare la consegna a condizioni ulteriori a quelle previste. Né poteva l'autorità di esecuzione sindacare la qualità del giudizio restitutorio previsto dal diritto straniero e specificamente la sua idoneità a offrire all'imputato un'effettiva *chance* di recupero delle garanzie perdute. Del resto, abbiamo notato che la stessa garanzia era costruita come una semplice facoltà per l'autorità di esecuzione, col risultato che l'effettività della tutela del diritto dell'imputato a partecipare al processo, sul piano della cooperazione internazionale, rimaneva subordinata alla scelta discrezionale delle autorità nazionali di richiedere simili assicurazioni.

Questi difetti strutturali della disciplina del 2002 condussero le istituzioni dell'Unione a intervenire nuovamente sulla materia. A sette anni di distanza, la Decisione-quadro 2009/299/GAI emendò così il quadro normativo (tra altri provvedimenti) della DQMAE mediante l'introduzione di un nuovo art. 4a nel tessuto normativo della provvedimento normativo del 2002¹⁸. L'obiettivo principale perseguito da tale riforma è stato quello di definire – abbandonando l'incerto parametro dell'adeguatezza delle garanzie offerte dallo Stato emittente – le condizioni al ricorrere delle quali la persona può essere consegnata¹⁹. In base al quadro vigente, l'autorità di esecuzione può così dare esecuzione al mandato europeo laddove *a*) l'imputato in un procedimento penale condotto nello Stato emittente sia stato ufficialmente informato della data fissata per il processo e della circostanza che in sua assenza può essere emessa una decisione nei suoi confronti; *b*) l'imputato, reso edotto del processo, abbia dato mandato a un legale di difenderlo nel processo e ciò sia concretamente avvenuto; *c*) all'imputato sia stata notificata la decisione emessa *in absentia* e questi, debitamente informato della possibilità di ottenere una riapertura del giudizio con la possibilità di ottenere un riesame del merito del caso anche su base di nuovi mezzi di prova, non si sia avvalso di tale facoltà; *d*) la decisione emessa *in absentia*, pur non essendo stata notificata all'imputato prima della consegna, gli sarà notificata personalmente dopo la consegna e questi sarà debitamente informato della possibilità della riapertura del procedimento e delle modalità per avvalersi di questa possibilità.

Nonostante l'impegno definitorio, anche questo strumento normativo presta il fianco a non poche obiezioni da una prospettiva orientata al diritto di difesa e al contraddittorio. A ben guardare, la Decisione-quadro del 2009 non solo non mira in alcun modo ad armonizzare le procedure *in absentia* per i procedimenti nazionali ma neppure riconosce un generale diritto al processo valevole per le procedure transnazionali. Particolarmente problematica si rivela la scelta di considerare fungibili la partecipazione al processo e la possibilità di un rimedio restitutorio in grado di assicurare la riapertura del procedimento. Si tratta di un'impostazione metodologicamente discutibile sotto più di un riguardo. Già in relazione alla possibilità d'instaurare un rimedio restitutorio, la disciplina del 2009 prevede sì espressamente che esso

¹⁵ F. SIRACUSANO, *Nuove prospettive in materie di processo in absentia e procedure di consegna*, in T. RAFARACI (coord.), *La cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale nell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, Milano 2011, p. 91.

¹⁶ Art. 5 c. 1 DQMAE.

¹⁷ Art. 1 c. 2 DQMAE.

¹⁸ In proposito cfr., per tutti, F. SIRACUSANO, *op. cit.*, pp. 90 ss.

¹⁹ Art. 4a c. 1 DQMAE.

debba assicurare un riesame del merito anche sulla base di *fresh evidence*, tuttavia l'informazione su tale possibilità può indistintamente collocarsi prima o dopo la consegna. Tale soluzione non è esente da rischi per il diritto di libertà dell'imputato, che nella seconda ipotesi può vedersi compromesso nell'eventualità in cui l'imputato sia posto in stato di detenzione in attesa dell'avvio del giudizio restitutorio – una situazione che, seppur passibile di revisione, è compensata solo dalla semplice possibilità di ottenere una sospensione o interruzione della detenzione²⁰.

Non meno delicata la questione concernente la qualità delle informazioni da cui dipende la consapevolezza e volontarietà delle scelte dell'imputato. Se è previsto che la *vocatio in iudicium* sia notificata personalmente all'imputato, della possibilità della riapertura del procedimento l'imputato deve essere espressamente informato. Non è invece richiesto che una simile fondamentale informazione sia personalmente notificata all'imputato, cosa del resto spesso inesigibile in un procedimento condotto *in absentia*, e dunque nulla assicura che il mancato ricorso a tale rimedio nel tempo stabilito sia il frutto di una libera scelta dell'imputato. Ma in realtà pure che la *vocatio in iudicium* vada notificata personalmente all'imputato è solo una delle eventualità previste dalla normativa europea, che considera legittimo che l'imputato venga informato ufficialmente con altri mezzi conformemente al diritto interno dello Stato membro emittente.

Tale profilo mette in luce un difetto metodologico della Decisione-quadro del 2009 che, lungi dal riprodurre un preciso ordine progressivo di condizioni, prevede disgiuntivamente situazioni ciascuna delle quali è idonea a soddisfare le esigenze del testo sovranazionale e dunque basta affinché si dia corso alla procedura di consegna²¹. Così, in presenza di un'espressa informazione, accompagnata alla notifica della decisione emessa *in absentia*, sulla possibilità di un rimedio restitutorio e laddove esso non sia stato attivato nei termini previsti, non è dato all'autorità di esecuzione sindacare se l'autorità procedente avesse fatto all'epoca tutto ciò che era in suo potere per far pervenire all'imputato un'informazione ufficiale del procedimento. Né, andando a ritroso, l'autorità di esecuzione, laddove l'imputato sia stato personalmente informato dello svolgimento del processo e delle draconiane conseguenze della sua assenza, è tenuta a verificare se all'imputato sia stata data una concreta possibilità di acconsentire allo svolgimento di un procedimento *in absentia* e quali siano le ragioni della sua assenza, ovvero se essa sia effettivamente espressiva di una volontaria e consapevole rinuncia a partecipare al processo²². A ben guardare, tutte le situazioni considerate – dall'informazione ufficiale ma non necessariamente personale dell'imputato, all'assenza dell'imputato, pur personalmente informato del procedimento e delle conseguenze della sua non comparizione, fino alla mancata proposizione del ricorso restitutorio – possono costituire amorphe circostanze, che non attestano l'effettiva volontà dell'imputato di rinunciare al proprio diritto al contraddittorio o alla partecipazione al nuovo giudizio.

2.1.2. *Il diritto dell'accusato a partecipare al processo penale.*

L'Unione europea non disponeva fino a tempi recenti di una disciplina concernente il diritto dell'accusato a partecipare personalmente al processo penale. La materia è stata regolamentata dalla Direttiva 2016/343/UE, emanata il 9 marzo 2016 e volta a disciplinare alcuni aspetti relativi alla presunzione d'innocenza e al diritto dell'accusato a essere presente al processo. Tale strumento normativo – dichiaratamente ispirato, nella parte in esame, alla Decisione-quadro 2009/299/GAI – mira a stabilire norme minime comuni volte ad armonizzare (stavolta) direttamente i procedimenti nazionali²³. Sennonché, riproducendo in maniera estremamente fedele l'impostazione adottata per le procedure di consegna internazionale, la nuova Direttiva rischia di sortire l'effetto inverso, legittimando sul piano interno prassi ben lontane

²⁰ Art. 4a c. 3 DQMAE.

²¹ F. SIRACUSANO, *op. cit.*, p. 96.

²² Prudentemente Fabrizio Siracusano ipotizza la possibilità di una presunzione di rinuncia a partecipare personalmente al processo. Cfr. F. SIRACUSANO, *op. cit.*, p. 97. Tale soluzione pare tuttavia incompatibile con la costante giurisprudenza di Strasburgo, che impone alle autorità procedenti di verificare l'esistenza di un'inequivoca rinuncia al diritto al processo da parte del suo titolare.

²³ Sull'idoneità della disciplina del 2009 a produrre un risultato indiretto di armonizzazione delle procedure *in absentia* cfr. F. SIRACUSANO, *op. cit.*, pp. 91 s.

dall'obiettivo primario perseguito, che è assicurare la partecipazione personale dell'accusato al processo penale.

In effetti, nonostante la solenne affermazione dell'art. 8 c. 1 della Direttiva²⁴, già l'alternativa della notifica personale della *vocatio in iudicium* e dell'informazione ufficiale mediante "altri mezzi"²⁵ rischia di rendere illusorio il conseguimento di tale ambizioso obiettivo. È vero che la Direttiva insiste sulla necessità di verificare la "diligenza delle autorità pubbliche nell'informare l'interessato"²⁶, sottolineando inoltre che il mezzo usato per l'informazione deve essere in grado di attestare che l'accusato sia stato reso edotto del processo. Nonostante tale formula limiti i margini di discrezionalità dei legislatori nazionali nella costruzione delle forme di tale informazione²⁷, la gamma delle possibili alternative resta tuttavia estremamente ampia e si presta a una diversità di soluzioni attuative. Non meno pericolosa la seconda eccezione, costituita dalla circostanza che l'imputato sia rappresentato in giudizio da un legale. Allontanandosi dalla proposta, che sulla falsariga della Decisione-quadro del 2009 richiedeva che l'imputato, reso edotto del processo penale, avesse conferito mandato a un legale affinché lo difendesse in giudizio, la Direttiva ha oggettivizzato tale situazione, consentendo la celebrazione di un processo penale *in absentia* alla condizione che "l'indagato o imputato, informato del processo, sia rappresentato da un difensore incaricato"²⁸. Se a ciò si aggiunge che può trattarsi anche di un legale nominato dallo Stato, ci si avvede di quanto poco garantistica sia quest'ipotesi nei confronti delle garanzie partecipative dell'imputato. Del resto, il fatto che il difensore rappresenti in giudizio l'imputato e persino il fatto che il legale sia munito di mandato fiduciario non attesta certo che l'accusato abbia avuto la "possibilità di rinunciar[e]" al processo, "esplicitamente o tacitamente, purché in modo inequivocabile"²⁹. Il che basta a far dubitare che le limitate eccezioni al diritto al processo contenute nella proposta in questione – contrariamente a quanto affermato nell'*Explanatory Memorandum*³⁰ – possano considerarsi in linea con la Convenzione europea.

Apparentemente in linea col proclamato obiettivo di assicurare la partecipazione personale dell'imputato al processo sembra invece la clausola che consente agli Stati Membri di procedere laddove, non ricorrendo le sue situazioni anzidette, l'imputato sia stato espressamente informato della possibilità di una riapertura del procedimento o di un'impugnazione in grado di fornire un riesame del merito. La proposta di Direttiva richiedeva anche l'importante requisito che l'imputato non si fosse avvalso di tale facoltà ma le ipotesi allora previste – e in particolare l'equiparazione tra la rinuncia al rimedio restitutorio e l'amorfa circostanza che il nuovo processo non fosse stato richiesto – sollevarono non poche critiche³¹. Nell'eliminare ogni riferimento in proposito, la Direttiva ha certo peggiorato la situazione, rendendo l'informazione sul nuovo processo o sul ricorso giurisdizionale condizione sufficiente per salvare la legittimità della condanna emessa *in absentia*. Sennonché, a differenza di quanto previsto (sia pur, oggi, in modo non vincolante) per l'informazione sul processo penale, la Direttiva appare parca di indicazioni quanto ai requisiti qualitativi dell'informazione sul rimedio restitutorio. In particolare, il fatto che tale informazione che non debba necessariamente tradursi in una notifica personale sembra smentire l'idea, contrariamente al proclamato obiettivo della proposta disciplina, che l'emissione di una condanna *in absentia* possa essere sanata laddove l'imputato sia messo in condizione di partecipare al proprio *retrial*.

²⁴ La scelta terminologica non è stata delle più felici: la versione italiana – analogamente ad altre versioni linguistiche – sembra banalizzare i contenuti del diritto a partecipare al processo penale, assicurando il diritto a meramente "presenziare" al proprio processo.

²⁵ Tale alternativa, inizialmente prevista nel testo dell'art. 8 della proposta di Direttiva, è stata successivamente espunta dall'articolato normativo che, nel richiedere che l'accusato sia informato in modo adeguato del processo e delle conseguenze della sua non comparizione, non specifica come tali informazioni debbano essere realizzate. L'alternativa indicata nel testo figura oggi comunque nel Considerando n. 36 della Direttiva.

²⁶ Considerando n. 38. Risulta incomprensibile il perché la verifica di quest'importante presupposto, certamente in linea con la giurisprudenza di Strasburgo, debba avvenire solo "se del caso" e cosa esattamente questa formula significhi. Anche qui, sembra si aprano pericolosi margini di discrezionalità nell'attuazione legislativa nonché, laddove quest'ambigua formula venga riprodotta a livello nazionale, nell'applicazione concreta da parte delle autorità competenti.

²⁷ A questo riguardo, al di là della natura non vincolante delle indicazioni trasferite nel Considerando n. 36, una differenza è degna di nota e rischia di abbassare pericolosamente le soglie di garanzia: discostandosi dalla proposta, la Direttiva chiarisce che il mezzo usato per la notifica deve essere sì idoneo a consentire all'accusato di venire a conoscenza del processo ma non più in modo "inequivocabile".

²⁸ Art. 8 co. 2 lett. b.

²⁹ Considerando n. 35.

³⁰ *Explanatory Memorandum*, § 41.

³¹ Osservazioni critiche nei confronti di quest'ipotesi vennero formulate all'epoca dal CCBE.

A un'attenta analisi, la condizione dell'informazione su un nuovo processo o su un ricorso giurisdizionale presenta ulteriori, e non meno gravi, insidie. Per quanto palesemente ispirata alla giurisprudenza di Strasburgo, l'alternativa tra contraddittorio previo e partecipazione al *retrial*, quali soluzioni fungibili, appare metodologicamente plausibile solo nella misura in cui la soluzione restitutoria sia effettivamente in grado di recuperare tutte le *chance* difensive mancate. Ciò però non necessariamente si realizza in base al diritto nazionale, né la proposta normativa sembra tenere in alcun conto questa preoccupazione. Nonostante lo sforzo compiuto dalla Direttiva per specificare requisiti minimi del rimedio successivo che deve essere tale da consentire un riesame del merito della causa, incluso l'esame di nuove prove, e da condurre alla riforma della decisione originaria³², non è affatto detto che esso sia pienamente in grado di restituire all'imputato le opportunità perse. A seconda del complessivo assetto processuale interno, l'imputato può trovarsi a subire pesanti limitazioni, ad es., quanto all'accesso a riti alternativi, preclusi in gradi superiori, o restrizioni nel proprio diritto alla prova³³.

Non va infine sottovalutato il limitato ambito applicativo della Direttiva, che dichiaratamente tutela il diritto dell'imputato a partecipare non all'intero procedimento ma solo al "processo che può concludersi con una decisione di colpevolezza o innocenza dell'indagato o imputato"³⁴. Per la verità, il punto non è affatto chiaro e sensibili differenze emergono dall'analisi delle versioni linguistiche, alcune riferendosi appunto a ogni "processo" idoneo a condurre a una decisione sulla colpevolezza³⁵, altre più specificamente al solo dibattimento³⁶. La questione è assai rilevante e renderà probabilmente necessario un intervento chiarificatore dei giudici di Lussemburgo, incidendo sulla possibilità di estendere la garanzia anche a procedimenti alternativi volti a una decisione sulla colpevolezza al di fuori della sede dibattimentale. Dall'interpretazione (e dalla versione linguistica) che si adotti dipende anche la portata del rimedio restitutorio dell'art. 9.

A questo riguardo, due dati normativi appaiono degni di nota, per quanto militino a favore di interpretazioni pressoché antitetiche. Da un lato, il riferimento a un *retrial* sembrerebbe supportare un'interpretazione restrittiva. Dall'altro, l'ultimo comma dell'art. 8, che non figurava nell'iniziale proposta, facoltizza gli Stati Membri a mantenere lo *status quo* laddove il diritto nazionale preveda che "il procedimento o talune sue fasi si svolgano per iscritto, purché ciò avvenga in conformità con il diritto a un equo processo". A primo acchito, questa previsione sembrerebbe ulteriormente depotenziare la portata delle nuove garanzie, consentendo al diritto nazionale di escludere la partecipazione personale dell'accusato a fasi del processo che, pur non essendo volte a esaminare il merito, tendono a una verifica del corretto esercizio della giurisdizione penale (ad es., decisione sull'archiviazione del caso ovvero il controllo successivo sull'azione penale nella fase intermedia, laddove previsto dal diritto nazionale), ovvero a giudizi intermedi che forniscono garanzie fondamentali per la persona (ad es., la decisione sull'archiviazione del caso) e persino a decisioni incidentali pur capaci di condurre a restrizioni di diritti individuali (ad es., la decisione cautelare). Senonché questa precisazione sarebbe probabilmente superflua in quest'ottica, sol che si consideri che sia le decisioni intermedie del procedimento principale sia le decisioni incidentali, quand'anche affrontino in via parziale o prognostica il *fumus delicti*, non sono rivolte a una decisione sulla colpevolezza e quindi comunque esulerebbero dall'ambito applicativo della Direttiva, quale che sia l'interpretazione linguistica che si prediliga del co. 2.

Ciò induce a concludere che le fasi e procedimenti per i quali gli Stati Membri potrebbero escludere il diritto alla partecipazione personale debba essere ricercato (e ritagliato) all'interno dell'area applicativa del nuovo strumento normativo, quindi all'interno del novero dei procedimenti volti a una decisione sulla colpevolezza. Il che sembra smentire l'idea di un'interpretazione restrittiva: se il diritto a presenziare al processo fosse circoscritto al solo dibattimento, avrebbe poco senso l'ulteriore precisazione secondo cui per (diverse) fasi del procedimento il

³² Art. 9.

³³ Così, in Italia, la riforma del 2005, pur spianando la strada alla restituzione in termini per appellare una sentenza contumaciale, continuava ad assoggettare l'imputato a un difficile onere probatorio per ottenere la riassunzione di prove in secondo grado.

³⁴ Art. 8 co. 2.

³⁵ In tal senso, oltre la versione italiana, si muovono anche le versioni in altre lingue latine, quale la versione francese (*procès*), portoghese (*juízo*), rumena (*proces*) e spagnola (*juicio*). Nello stesso anche la versione greca (*δίκη*).

³⁶ In tal senso la versione inglese (*trial*), nonché, a quanto pare, la versione tedesca che, nell'utilizzare il termine *Verhandlung* sembra rinviare alla *Hauptverhandlung* o *Hauptverfahren*, che è appunto il dibattimento.

diritto nazionale potrebbe prevedere la sola forma scritta o escludere la partecipazione personale dell'imputato. Più plausibile un'interpretazione estensiva, volta al riconoscimento del diritto a presenziare a ogni giudizio sulla responsabilità penale, quale che ne sia la sede, ferma restando la possibilità per il diritto nazionale di escludere da questa regola specifici procedimenti o fasi. Nella prospettiva dell'ordinamento italiano, il legislatore potrebbe considerarsi legittimato a configurare quali procedimenti interamente cartolari, escludendo anzi ogni partecipazione dell'imputato, tanto la decisione sulla responsabilità penale in udienza preliminare (giudizio abbreviato) quanto i giudizi sulla colpevolezza in sede extradibattimentale (patteggiamento e rito monitorio). Nell'abbreviato o nel patteggiamento il problema è relativo, non solo perché ambedue i riti possono essere richiesti solo dall'imputato personalmente o dal legale munito di procedura speciale ma anche perché specificamente il procedimento patteggiamento prevede il potere-dovere del giudice di disporre la comparizione dell'imputato per verificare la volontarietà del consenso³⁷. Ben più delicata la questione per il rito monitorio, nel quale l'imputato è istituzionalmente escluso dalla fase anteriore all'emanazione del decreto penale (è l'unico caso di azione penale non recettizia). Di più, a differenza di quanto previsto nel codice 1930, l'opposizione a decreto può essere proposta anche dal difensore sfornito di procura generale e, secondo l'interpretazione ormai prevalente della giurisprudenza di legittimità, persino dal legale d'ufficio. Il che basta a far dubitare che la scelta oppositiva sia espressiva del consenso dell'imputato e, più a fondo, che il legale che assuma tale iniziativa sia mai riuscito a rinvenire concretamente il proprio assistito³⁸.

In definitiva, la nuova Direttiva sembra non solo avere riconosciuto in modo eccessivamente flessibile il diritto dell'imputato a partecipare personalmente al proprio processo ma averlo riconosciuto in un ambito estremamente limitato, che esclude *a priori* decisioni intermedie e incidentali, quand'anche incidano pesantemente sulle libertà fondamentali dell'individuo. Peraltro, anche all'interno del novero dei procedimenti cui il diritto alla presenza personale dovrebbe applicarsi, grandi margini di manovra sono stati rilasciati al legislatore nazionale. In fondo, illuminante sull'impostazione seguita appare il Considerando n. 41, che a chiare lettere precisa che "il diritto di presenziare al processo può essere esercitato solo se vengono svolte una o più udienze", il che implica che "il diritto di presenziare al processo non si applica se le norme procedurali nazionali applicabili non prevedono alcuna udienza". Come il diritto nazionale debba poi "rispettare la Carta e la CEDU, come interpretate dalla Corte di giustizia e dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, in particolare relativamente al diritto a un equo processo", non è francamente dato comprendere.

2.2.

Il diritto della vittima a partecipare al procedimento penale.

L'evoluzione della normativa dell'Unione con riguardo alla tutela della vittima e l'attenzione rivolta a questo soggetto processuale nel TFUE impone oggi di verificare se ed entro che limiti è oggi configurabile un diritto della vittima a partecipare personalmente al procedimento penale, nonché quali differenze si colgono rispetto alla posizione dell'imputato, nei termini in cui abbiamo visto definito il suo diritto a prendere parte al processo penale.

La Direttiva del 2012 sui diritti della vittima di reato presenta un approccio molto cauto quanto al ruolo della persona offesa nel procedimento penale. Il diritto a partecipare al procedimento penale dipende da molte variabili, perlopiù discendenti dalla fisiologica diversità delle soluzioni offerte dagli ordinamenti nazionali, quanto alla posizione della vittima, al suo *status* formale, e così via – criteri, questi, che gli Stati Membri devono considerare nel definire la portata dei diritti della vittima riconosciuti dal nuovo testo sovranazionale³⁹. La valenza di quest'affermazione non è del tutto chiara e, nella misura in cui rinvia al diritto nazionale, può essere vanificata dalla circostanza che quest'ultimo per avventura non assegni alcun ruolo alla vittima⁴⁰.

³⁷ Art. 446 co. 5 c.p.p.

³⁸ Per un esame più dettagliato della questione mi permetto di rinviare al mio *Il procedimento per decreto penale*, in G. Di Chiara (coord.), *Eccezioni al contraddittorio e giusto processo. Un itinerario attraverso la giurisprudenza*, Torino, pp. 133 ss.

³⁹ Considerando n. 20 DirVR.

⁴⁰ S. ALLEGREZZA, *op. cit.*, p. 6.

Ciò posto, si tratta di verificare come il diritto dell'Unione configuri specificamente la partecipazione personale della vittima al procedimento penale. A primo acchito, la Direttiva sembra assumere una posizione neutra al riguardo, come sembra ricavarsi dall'affermazione del Considerando n. 47, secondo cui le spese dovrebbero essere rimborsate solo nella misura in cui la vittima è obbligata o invitata dalle autorità competenti ad essere presente e a partecipare al procedimento penale. A ben guardare, la partecipazione personale della vittima al procedimento penale è senz'altro vista con favore dal legislatore sovranazionale, purché alla partecipazione personale si accompagni un ruolo attivo della persona offesa. In questi termini si esprime la Direttiva nel legittimare la vittima a richiedere la traduzione di documenti da essa considerati fondamentali per la propria difesa, all'interno dei quali non sussiste tuttavia alcun obbligo di traduzione dei passaggi che non sono rilevanti allo scopo di consentire alle vittime di partecipare attivamente al procedimento penale⁴¹. Analogamente la Direttiva del 2012 richiede che gli Stati Membri concedano alle vittime che partecipino al procedimento penale la possibilità di ottenere il rimborso delle spese sostenute a seguito della loro attiva partecipazione⁴².

Tale approccio appare insidioso. Cosa s'intende per partecipazione attiva? E soprattutto, chi dovrebbe decidere se una partecipazione lo è o meno? La nettezza di tali riconoscimenti è peraltro considerevolmente smorzata dal fatto che la partecipazione personale della vittima al procedimento resta comunque condizionata al ruolo della vittima nei vari sistemi nazionali di giustizia penale⁴³ e soprattutto che molte delle garanzie difensive, come vedremo, sono condizionate all'iniziativa della difesa, non incombendo alcun obbligo di promuoverne l'attivazione in capo all'autorità procedente.

3. Diritto al contraddittorio e garanzie difensive.

3.1. *Contraddittorio e diritto alla comprensione linguistica delle attività processuali.*

3.1.1. *Il diritto dell'accusato alla comprensione linguistica.*

Si è osservato che l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona ha segnato l'avvio di un'intensa stagione di iniziative normative da parte delle istituzioni dell'Unione europea, volte all'attuazione di un programma avente l'obiettivo di potenziare le garanzie difensive, specie dell'accusato, all'interno del processo penale. Qui emerge una ben più lineare continuità con l'impostazione della Corte di Strasburgo e con la costante sottolineatura da parte di quest'ultima delle necessità di assicurare all'imputato non una partecipazione purchessia al procedimento penale bensì una partecipazione effettiva e potenzialmente attiva.

È significativo che in un'area geopolitica fisiologicamente caratterizzata da una spiccata tendenza multilinguistica, dove convivono oggi 24 lingue ufficiali, la prima Direttiva emanata dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, volta a fissare *standard* minimi valevoli anzitutto per le procedure nazionali, abbia avuto ad oggetto, conformemente allo scadenziario fissato nella *Roadmap* del 2009, il diritto alla traduzione e interpretazione nei procedimenti penali. Tale provvedimento riveste un indubbio interesse anche nella prospettiva del diritto al contraddittorio. Del resto, come si è notato, la giurisprudenza di Strasburgo insiste sul fatto che la base per instaurare un effettivo contraddittorio processuale sia data dalla possibilità di una realistica comprensione del procedimento⁴⁴. La Direttiva del 2010 attinge a quest'eredità culturale sul piano del diritto sia all'interpretazione che alla traduzione. Il primo deve essere assicurato con riguardo non solo ad attività processuali che direttamente coinvolgono

⁴¹ Art. 7 c. 5 DirVR.

⁴² Art. 14 DirVR.

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ Tale legame appare chiaro nella formulazione dell'art. 3 c. 1 DirIT.

l'imputato, dall'interrogatorio di polizia all'esame giudiziale⁴⁵, ma anche a tutte le udienze giurisdizionali, ivi comprese quelle delle fasi intermedie⁴⁶. L'adeguata comprensione linguistica è senz'altro funzionale a consentire la partecipazione dialettica dell'accusato alla formazione della prova e, in questa prospettiva, il riconoscimento del diritto all'interprete pone le basi per la migliore comunicazione tra imputato e difensore nelle attività di udienza⁴⁷.

D'altra parte è chiaro che il contraddittorio può compiutamente realizzarsi solo con riguardo a un certo addebito. Notevole rilevanza riveste così l'obbligo, che la Direttiva fa gravare sulle legislazioni nazionali, di assicurare al destinatario dell'indagine penale la traduzione di tutti gli atti essenziali del procedimento – una categoria la definizione dei cui contenuti è in gran parte rilasciata alle competenti autorità nazionali ma che certamente comprende l'addebito⁴⁸. La portata di questa fondamentale garanzia non è peraltro riconosciuta uniformemente in tutte le versioni linguistiche ufficiali di questo testo normativo e da ciò dipende in buona misura la possibilità di partecipare attivamente ai giudizi intermedi, come riconosciuto per il diritto all'interpretazione. Ad esempio, sia nella versione inglese che in quella francese⁴⁹, la traduzione dell'addebito viene garantita con riguardo tanto all'imputazione formale accusa quanto all'addebito formulato nella fase preliminare, mentre in altre versioni linguistiche nessuna distinzione viene fatta⁵⁰, anzi vengono adoperate espressioni che puntualmente rimandano all'imputazione formale⁵¹. Un'interpretazione del testo sovranazionale in quest'ultima direzione non sarebbe tuttavia consona all'impostazione generale di questo provvedimento normativo, che ha inteso riconoscere il diritto alla traduzione non solo all'accusato ma anche all'indagato⁵². Il risultato di un'interpretazione restrittiva sarebbe quello di privare l'indagato della possibilità di fornire il proprio contributo in quelle decisioni intermedie che, incidendo sui propri diritti fondamentali, presuppongono la formulazione di un addebito provvisorio e un giudizio di qualificata *suspicion of guilt*.

3.1.2. *Il diritto della vittima alla comprensione linguistica.*

Del diritto all'interpretazione e traduzione nella prospettiva della vittima da reato si occupa specificamente la Direttiva 2012/29/UE. Alla comprensione linguistica della persona offesa è dedicato ampio spazio in questo provvedimento normativo, che richiede dagli Stati Membri un impegno attivo volto ad assicurare alla vittima, fin dal primo contatto con le autorità e la presentazione della denuncia⁵³, il diritto a comprendere e a essere compresa⁵⁴, diritto che deve essere garantito nella sua massima effettività, fornendo tra l'altro alla vittima informazioni in una lingua il più semplice e accessibile possibile⁵⁵.

All'interno di questa cornice, specifiche garanzie concernono il diritto alla comprensione linguistica finalizzata alla partecipazione della vittima al procedimento. La Direttiva del 2012 dedica un'ampia previsione al diritto all'interpretazione e traduzione nel procedimento penale, che in buona misura riprende i contenuti delle analoghe previsioni contenute nella Direttiva del 2010 sul diritto dell'accusato all'interpretazione e traduzione nelle procedure penali. Ma subito ci si avvede di alcuni elementi differenziali, che depotenziano la portata di questo riconoscimento. Così, la Direttiva del 2012 impegna sì gli Stati Membri ad assicurare alla persona offesa, che lo richieda, il diritto ad essere affiancata gratuitamente da un'interprete in

⁴⁵ Può sorprendere il mancato riferimento agli interrogatori condotti dal pubblico ministero, di particolare delicatezza specie in quegli ordinamenti in cui la collocazione di quest'organo, separato dalla magistratura, non consente di costruirne le funzioni in termini di garante della legalità processuale, evidenziandone piuttosto sin da subito le spiccate fattezze di accusatore pubblico. Ma, a ben vedere, si tratta di una lacuna solo apparente, che può essere colmata mediante il richiamo generale alla necessità di assicurare l'interpretazione durante il procedimento penale davanti ad autorità con funzioni investigative e giudicanti (art. 2 c. 1).

⁴⁶ Art. 2 c. 1 DirIT.

⁴⁷ Art. 2 c. 2 DirIT.

⁴⁸ Art. 3 c. 3 DirIT.

⁴⁹ Nel testo inglese la formula è “any charge or indictment”, mentre in quello francese “toutes charges ou tout acte d'accusation”.

⁵⁰ Nessuna distinzione figura invece, ad esempio, nel testo italiano (“gli atti contenenti i capi d'imputazione”) e in quello tedesco (“jegliche Anklageschrift”).

⁵¹ Ad es., nel testo spagnolo si parla di “escrito de acusación”.

⁵² Art. 3 c. 1 DirIT.

⁵³ Art. 5 c. 1 DirVR.

⁵⁴ Art. 3 DirVR.

⁵⁵ Art. 3 c. 2 DirVR.

tutte le udienze, anche preliminari, e in ogni interrogatorio o audizione, anche da parte degli organi inquirenti e della polizia; ciò, tuttavia, compatibilmente col ruolo della vittima previsto nel sistema giudiziario penale del Paese di riferimento⁵⁶. La normativa UE legittima peraltro l'uso di tecnologie di comunicazione quali la videoconferenza, il telefono o internet, a meno che la presenza fisica dell'interprete non sia necessaria perché la vittima possa esercitare correttamente i propri diritti o comprendere il procedimento⁵⁷. Questa precisazione – introdotta da una clausola che, nel fare salvi i diritti della difesa, impegna al rispetto della discrezionalità giudiziale – è abbastanza oscura ma lascia intendere che si possa prescindere dalla presenza fisica dell'interprete purché ciò non comprometta i diritti di difesa. Nonostante ciò sia oggi tecnicamente possibile, il sol fatto che la vittima – spesso costretta, a seconda dello *status* che ricopre nel procedimento nazionale⁵⁸, a presentarsi all'autorità procedente e gravata dell'obbligo di rispondere compiutamente e secondo verità alle domande che le vengono poste – non possa contare sulla presenza *in loco* dell'interprete, con cui potere direttamente dialogare e cui poter chiedere delucidazioni su specifiche questioni o domande, sembra tuttavia essere in sé pregiudizievole per il pieno esercizio del diritto di difesa. D'altra parte, non si vede con quali altri interessi il diritto alla comprensione linguistica possa essere discrezionalmente bilanciato per ottenere questo risultato. Senza contare che tale impostazione finisce per essere in contraddizione col riconoscimento alla vittima del diritto di essere accompagnata da parte di una persona di fiducia al primo contatto con l'autorità, contatto che ben può coincidere con l'interrogatorio condotto dagli organi inquirenti.

Analoghe perplessità valgono per il diritto alla traduzione, riconosciuto anch'esso gratuitamente, analogamente a quanto avviene per l'accusato, in relazione alle informazioni essenziali ad assicurare il diritto di difesa. Nuovamente, la portata di tale riconoscimento è considerevolmente smorzata dal fatto che il diritto alla traduzione delle informazioni essenziali deve essere garantito compatibilmente col ruolo assegnato alla vittima dal diritto nazionale e nella misura in cui esso permetta alla persona offesa l'accesso a tali informazioni⁵⁹. La Direttiva del 2012 menziona alcune informazioni considerate presuntivamente essenziali tra le quali significativamente, a differenza di quanto previsto per l'accusato, non figura l'imputazione, sebbene palesemente si tratti di un'informazione senza la quale nessuna strategia difensiva può essere per definizione approntata. Nell'ipotesi in cui l'addebito non dovesse essere considerata un'informazione essenziale, risulterebbe in buona misura frustrata la traduzione della *vocatio in iudicium*, assicurata dall'art. 7 c. 4 DirVR. La disciplina diviene nuovamente criptica nella parte in cui esime dall'obbligo di traduzione di passaggi non fondamentali ai fini di una partecipazione attiva della persona offesa. Se l'obbligo di traduzione scatta solo per i documenti essenziali all'esercizio del diritto di difesa, come possono poi esserci passaggi non fondamentali ad assicurare la partecipazione attiva della persona offesa?

La disciplina sul diritto della vittima alla traduzione e interpretazione si espone poi complessivamente a ulteriori e più gravi rilievi critici. A differenza di quanto avviene per l'accusato, il diritto alla comprensione linguistica è assicurato solo a richiesta dell'interessato, laddove in assenza di qualunque iniziativa di quest'ultimo non incombe alcun obbligo per l'autorità procedente di verificare la sua capacità di comprendere le dinamiche processuali e, quando le difficoltà linguistiche risultino agli atti, di disporre la nomina di un interprete. Né si richiede all'autorità procedente di verificare la volontarietà dell'eventuale rinuncia da parte della vittima all'assistenza linguistica, nonché soprattutto la sua consapevolezza delle conseguenze di questa scelta, cosa che appare in aperto contrasto col proclamato obiettivo di garantire la partecipazione attiva ed effettiva della persona offesa al procedimento penale.

D'altra parte, la Direttiva del 2012 conclude chiarendo che l'esercizio del diritto all'interpretazione e traduzione non può pregiudicare irragionevolmente la durata del procedimento penale⁶⁰. A questo riguardo, il Considerando n. 36 precisa che la circostanza che la vittima

⁵⁶ Art. 7 c. 1 DirVR.

⁵⁷ Art. 7 c. 2 DirVR.

⁵⁸ Nel sistema processuale italiano, l'esame dibattimentale della parte civile segue la disciplina prevista per l'esame delle parti se questa non deve essere sentita come testimone (art. 208 c.p.p.). Nelle indagini preliminari la persona offesa è esaminata col regime previsto per le persone informate sui fatti, disciplina che comporta la possibilità di ottenere coattivamente la sua presenza e la delimitazione del diritto al silenzio ai soli profili concernenti la propria posizione soggettiva.

⁵⁹ Art. 7 c. 3 DirVR.

⁶⁰ Art. 7 c. 8 DirVR.

parli una lingua non di uso esteso non dovrebbe costituire di per sé un motivo per decidere che l'interpretazione o la traduzione prolungherebbero irragionevolmente il procedimento penale. Nondimeno, il riferimento alla necessità di bilanciare il diritto alla comprensione linguistica con la ragionevole durata del procedimento – riferimento significativamente assente nella disciplina concernente l'imputato – mortifica il senso dell'assistenza linguistica, dando luogo al rischio di attuazioni da parte delle legislazioni nazionali che riducano al minimo la sua portata garantistica in nome dell'esigenza di non frustrare la ragionevole durata del procedimento. D'altronde, la Direttiva – pur riconoscendo alla vittima, sulla falsariga di quanto previsto per l'imputato, il diritto a un ricorso avverso la decisione che le nega l'assistenza linguistica – chiarisce che ciò non implica per gli Stati Membri l'obbligo di prevedere un mezzo di reazione *ad hoc*⁶¹. Sennonché è evidente il pregiudizio che deriva per la vittima dalla scelta di sottoporre tale ricorso al regime previsto per i ricorsi avverso decisioni incidentali, laddove il sistema nazionale prescriva che queste possano essere impugnate solo con l'impugnazione della decisione conclusiva del giudizio⁶². Una simile soluzione, nell'evitare la frammentazione del procedimento in rivoli impugnatori, priverebbe la persona offesa dell'assistenza linguistica per l'intero (grado di) giudizio.

3.2. *Contraddittorio e diritto all'informazione nel procedimento penale.*

3.2.1. *Diritto dell'imputato all'informazione processuale.*

3.2.1.1. *Diritto all'informazione sull'accusa.*

Notoriamente un'adeguata informazione è essenziale per assicurare al destinatario di un'indagine penale l'effettiva partecipazione al procedimento. La recente Direttiva 2012/13/UE sul diritto all'informazione nei procedimenti penali⁶³ persegue quest'obiettivo principalmente in un duplice direzione, garantendo all'imputato il diritto ad essere informato sull'accusa e a conoscere i risultati dell'accertamento penale.

Con riguardo al primo profilo, la Direttiva propone una nozione di "*accusation*" in linea col concetto autonomo di "*charge*" elaborato dalla Corte di Strasburgo con riguardo all'art. 6 c. 1 CEDU⁶⁴. Più specificamente, il legislatore europeo garantisce a indagati e imputati un doppio livello di informazione sull'addebito: una prima e immediata informazione sul fatto di reato, che va fornita a tal punto dettagliata da assicurare l'esercizio di difesa e la complessiva *fairness* processuale⁶⁵ e un'informazione sull'accusa, da fornire al più tardi al momento della formulazione dell'imputazione che dà corpo al processo giurisdizionale, informazione quest'ultima che deve includere la natura e qualificazione giuridica del fatto, nonché la natura della partecipazione del singolo imputato all'*affair* criminoso⁶⁶. Sebbene la distinzione tra le due tipologie di atto imputativo (e conseguentemente tra le due tipologie d'informazione) non sia del tutto lineare⁶⁷, risulta chiara l'intenzione delle istituzioni UE di potenziare il diritto al contraddittorio nella fase preliminare mediante un'informazione che, a seconda dell'evoluzione del procedimento, ben può raggiungere i livelli di completezza richiesti dall'art. 6 c. 3 DirIPP. Tale

⁶¹ Considerando n. 35.

⁶² In Italia, ad esempio, a meno che non sia diversamente previsto, l'impugnazione contro le ordinanze emesse nel corso degli atti preliminari ovvero nel dibattimento può essere proposta, a pena di inammissibilità, soltanto con l'impugnazione contro la sentenza (art. 586 c.p.p.).

⁶³ Direttiva 2012/13/UE (di seguito, DirIPP). Per un'analisi di questo provvedimento normativo cfr. S. QUATTROCOLO, *The Right to Information in EU Legislation*, in S. RUGGERI (COORD.), *Human Rights in European Criminal Law*, cit., pp. 81 ss.

⁶⁴ Considerando n. 14.

⁶⁵ Art. 6 c. 1 DirIPP.

⁶⁶ Art. 6 c. 3 DirIPP.

⁶⁷ Per un verso, non si può escludere che le più qualificate informazioni dell'art. 6 c. 3 siano necessarie, sia pur a un livello più embrionale, per assicurare l'esercizio dei difesa ai sensi del paragrafo 1 dello stesso articolo. Per altro verso, l'informazione sull'accusa qualificata, sia all'interno della fase preliminare che successivamente, ben può assumere diverse valenze a seconda dello stadio di avanzamento dell'accertamento penale, come esplicitamente riconosciuto dal Considerando n. 28 DirIPP. Per un approfondimento sulla questione cfr. S. QUATTROCOLO, *op. cit.*, pp. 87 s.

informazione, seppur dotata del necessario tecnicismo⁶⁸, deve comunque essere assicurata in una lingua “accessibile” all’indagato in modo da assicurare l’esercizio del diritto di difesa e la *fairness* del procedimento; ed è chiaro che l’accessibilità dell’addebito deve passare anzitutto attraverso la comprensione linguistica dell’addebito.

Insomma, superando rigide distinzioni, la normativa sovranazionale sembra complessivamente adottare, lungo il filo rosso della nozione di “accusa”, una concezione graduale e flessibile di contraddittorio, destinata a variare, quanto a contenuti, a seconda dello stadio di avanzamento del procedimento penale, imponendo quindi alle autorità procedenti diversi livelli di dettaglio nell’informazione dovuta⁶⁹. Così un’informazione inevitabilmente essenziale è dovuta in caso di arresto, data la ristrettezza tempistica dello stesso, mentre un maggiore onere di dettaglio è richiesto in caso di detenzione procedimentale, specie in quegli ordinamenti fondati su uno *strong suspicion of guilt*, quantunque diversamente qualificato⁷⁰.

Un profilo particolarmente delicato, nel rapporto tra contraddittorio e diritto di difesa, attiene alle garanzie da assicurare all’imputato nel caso di mutamento dell’addebito. Se la partecipazione dialettica al procedimento dipende anzitutto da una conoscenza della direzione dell’indagine penale, è chiaro che, al variare quest’ultima, alle parti deve essere assicurata l’opportunità di conoscere per tempo eventuali modifiche intervenute nell’addebito e adeguare la propria strategia difensiva. La disciplina sovranazionale, con una formula abbastanza equivoca, si limita a stabilire che di ogni eventuale cambio venga prontamente informato l’imputato se ciò è necessario ad assicurare la *fairness* del procedimento⁷¹. Non vedo francamente quando ciò non possa avvenire: persino nella fase preliminare, laddove il bilanciamento di interessi con la segretezza investigativa non osti alla comunicazione dell’informazione prevista nell’art. 6 c. 1 DirIPP, è evidente che la difesa non potrà essere frustrata dalla mancata comunicazione di eventuali cambi nell’addebito provvisorio. La Direttiva omette invece di considerare profili di estrema delicatezza nell’ottica del contraddittorio probatorio e spetta così ai legislatori nazionali definire i limiti entro cui l’addebito può essere modificato e i precisi diritti che spettano all’imputato una volta ridefinita l’accusa. La normativa sovranazionale appare essere in ciò carente e non sembra dunque coltivare adeguatamente l’esigenza di un’armonizzazione anche solo per *standard* minimi. Se non altro, ad esempio, sarebbe stato opportuno assicurare che all’imputato fosse garantita la traduzione di ogni eventuale modifica dell’addebito e che, all’esito del mutamento dell’addebito, gli venissero riconosciute le stesse facoltà ordinariamente spettantigli con riguardo all’addebito originario, secondo quanto previsto dalla legislazione nazionale.

3.2.1.2. *Contraddittorio e conoscenza degli atti processuali.*

L’esigenza di un contraddittorio informato non può considerarsi appagata garantendo la sola informazione sull’accusa e sulle sue eventuali modifiche. Un altro aspetto di grande rilevanza concerne l’accesso agli atti e dunque la conoscenza delle risultanze investigative. Del resto, la giurisprudenza di Strasburgo ha in più occasioni riconosciuto che la partecipazione dialettica risulta retorica se la difesa non dispone dell’adeguata conoscenza della traiettoria della strategia del pubblico ministero e dei risultati dell’accertamento⁷². La disciplina dell’Unione europea riconosce tale fondamentale garanzia a un doppio livello, assicurando una pronta informazione anzitutto alla persona arrestata o detenuta, al fine di consentirle un’efficace contestazione dell’ordine detentivo⁷³, e in generale all’accusato non in stato di arresto o detenzione⁷⁴. La distinzione perde comunque la sua rilevanza quanto alla possibilità per l’autorità proceden-

⁶⁸ Per la *Letter of rights* è specificamente previsto che l’informazione sia garantita in modo non tecnico e con un linguaggio accessibile a una persona non dotata di competenze giuridiche. Cfr. Considerando n. 38.

⁶⁹ Considerando n. 29 DirIPP.

⁷⁰ Art. 6 c. 2 DirIPP.

⁷¹ Art. 6 c. 3 DirIPP.

⁷² Anche in questa prospettiva, comunque, i rapporti tra diritto al contraddittorio e diritto di difesa non sono improntati ad assoluta coerenza nel sistema della CEDU. Così la Corte europea non irrigidisce il diritto a preparare la difesa al punto da ritenere convenzionalmente illegittima la limitazione di accesso agli atti del procedimento al solo legale. Cfr. CtEDU, 21 settembre 1993, *Kremzow v. Austria*.

⁷³ Art. 7 c. 1 DirIPP.

⁷⁴ Art. 7 c. 2 DirIPP.

te di negare l'accesso agli atti, possibilità che in ambedue le ipotesi è legata al bilanciamento tra il diritto all'informazione e altri valori, quale la tutela della vita o integrità fisica di altri soggetti e la tutela di interessi pubblici quale il regolare svolgimento di un'indagine in corso⁷⁵.

Nonostante i suoi meriti, quest'assetto normativo presta il fianco ad abusi da parte delle autorità procedenti e al mantenimento di deficienze strutturali da parte delle legislazioni nazionali. A chi è privato del proprio diritto alla libertà personale non è assicurato l'accesso integrale agli atti ma solo l'accesso agli atti essenziali per contestare la legalità della detenzione – formula non poco equivoca, la cui portata garantistica è ulteriormente smorzata dall'ulteriore riferimento a quanto previsto dalla legislazione nazionale. Non è invece prevista una disciplina per le ipotesi di limitazioni di altri diritti fondamentali dell'imputato (proprietà, libertà delle comunicazioni, ecc.). Esse quindi ricadono nella previsione generale dell'art. 7 c. 3 DirIPP, con la conseguenza che l'accesso ben potrà essere garantito in un tempo ragionevolmente utile da consentire l'esercizio effettivo del diritto di difesa ovvero al più tardi al momento della formulazione dell'imputazione formale. Sennonché, mentre la prima formula appare eccessivamente vaga e può rimanere lettera morta in quegli ordinamenti che per misure non detentive non ammettono una completa *disclosure* alla difesa in nome di esigenze legate all'accertamento penale, il termine-ultimo dell'accusa formale può risultare, in base alla struttura e all'estensione delle indagini preliminari, fortemente pregiudizievole per l'indagato⁷⁶, frustrando il suo possibile contributo dialettico nelle decisioni volte, secondo i casi, ad adottare o contestare misure restrittive di diritti fondamentali (ad es., un sequestro dei beni).

Del resto, persino la soglia dell'imputazione formale può essere superata laddove l'autorità procedente ritenga che l'accesso agli atti possa pregiudicare diritti individuali o interessi pubblici. Tuttavia questa valvola di bilanciamento – pur in sé legittima e addirittura essenziale in una prospettiva complessiva di *fairness* processuale – reca con sé il rischio che il presupposto conoscitivo per l'esercizio del diritto al contraddittorio sia ulteriormente frustrato dalla tardività del rimedio. Se è previsto che il diniego di accesso sia disposto o rivisto dall'autorità giudiziale⁷⁷, la Direttiva esclude che ciò comporti l'obbligo per gli Stati membri di costruire un rimedio *ad hoc*⁷⁸. Il risultato è che, in quegli ordinamenti che di regola assoggettano la contestazione dei provvedimenti interinali emessi nella fase del giudizio all'impugnazione della decisione conclusiva della relativa fase, la verifica circa la correttezza del bilanciamento non sempre potrà rimediare alla carenza di effettivo contraddittorio⁷⁹.

3.2.2. *Diritto della vittima all'informazione processuale.*

Il diritto all'informazione processuale assume per la vittima del reato una portata molto sfaccettata nella disciplina del 2012. Essenziale è anzitutto per la vittima un'informazione preparatoria, che le fornisca un quadro più possibile esaustivo delle vie procedurali praticabili e dell'assistenza di cui può godere nel concreto⁸⁰. All'interno della sfera del processo penale, anche per la vittima è fondamentale potere godere di un'informazione che le consenta di partecipare attivamente al procedimento, se consentito dal diritto nazionale. L'onere di dettaglio per le autorità procedenti e il rispetto verso la persona della vittima sono condizioni essenziali per un'informazione che permetta all'offeso scelte consapevoli a questo riguardo⁸¹. Non c'è dubbio che per la legislazione UE quest'informazione rivesta importanza fin dalla fase preprocessuale, dove maggiore è la tensione tra l'obbligo informativo e l'esigenza di non compromettere l'indagine in corso⁸². In questa prospettiva assume grande rilevanza l'esigenza di fornire alla vittima che lo richieda le informazioni necessarie per reagire alla decisione di

⁷⁵ Art. 7 c. 4 DirIPP.

⁷⁶ Per una critica analoga cfr. S. QUATTROCOLO, *op. cit.*, pp. 88 s.

⁷⁷ Art. 7 c. 4 DirIPP.

⁷⁸ Considerando n. 36 DirIPP.

⁷⁹ Per la puntuale sottolineatura dei rischi derivanti dal Considerando n. 36 cfr. G.L. CANDITO, *The Influence of the Directive 2012/13/EU on the Italian System of Protection of the Right to Information in Criminal Procedures*, in S. RUGGERI (coord.), *Human Rights in European Criminal Law*, cit., p. 235.

⁸⁰ Art. 4 DirVR.

⁸¹ Considerando n. 26 DirVR.

⁸² Considerando n. 28 DirVR.

non esercitare l'azione penale⁸³. Una volta esercitata l'azione penale, alla vittima deve essere assicurata una puntuale informazione sul processo conseguente alla denuncia del reato, a partire dalla data e luogo dell'udienza⁸⁴.

Nonostante tali condivisibili previsioni, la normativa appare ancora insoddisfacente. Mentre a processo avviato si richiede che alla vittima sia assicurata un'informazione sul tempo e luogo del giudizio, nonché sui capi d'imputazione, abbastanza vaghe restano le indicazioni quanto agli esatti contenuti dell'informazione processuale nella fase preliminare. Non è specificato se e quanto dell'addebito preliminare debba essere data notizia alla persona offesa né in che misura quest'ultima debba essere tenuta al corrente con esattezza quanto all'evoluzione dello stato del procedimento⁸⁵. Neppure l'informazione sull'archiviazione del procedimento appare adeguata a consentire un'effettiva reazione della persona offesa, reazione che presupporrebbe un'informazione sull'istanza archiviativa, non potendo sempre compiutamente realizzarsi, a seconda del sistema processuale, con un'informazione sulla decisione di non esercitare l'azione penale⁸⁶. Altrettanto blanda rimane la tutela della vittima quanto al diritto ad essere informata sulla scarcerazione del (presunto) autore del reato⁸⁷, previsione che rispecchia la scarsa attenzione ad oggi rivolta alla partecipazione della vittima nelle procedure cautelari negli ordinamenti nazionali, ancora culturalmente poco preparati, se non più a farsi carico degli interessi della vittima attraverso apposite misure coercitive nei confronti dell'imputato⁸⁸, a dare voce alla vittima che ne abbia interesse, in momenti particolarmente delicati, quale quello della liberazione dell'accusato o della sostituzione della custodia in carcere con misure alternative che riespano i suoi spazi di libertà.

Un ultimo profilo è degno di nota. Non meno degno di tutela che il diritto ad essere informati è il suo rovescio, ossia il diritto a non essere informati e, più specificamente, a mantenersi lontani dalla scena processuale, per dimenticare ed essere dimenticati. Dell'importanza di questo risvolto erano consapevoli i redattori della Direttiva del 2012⁸⁹, che hanno pressoché sempre condizionato l'esercizio del diritto all'informazione della vittima alla sua esplicita richiesta. Ciò è in sé condivisibile ma può produrre risultati controproducenti, come abbiamo constatato con riguardo al diritto all'interpretazione e traduzione. *De lege ferenda* e in una prospettiva più ampia, andrebbe introdotto un meccanismo di verifica delle ragioni e dell'effettiva volontarietà dell'inerzia della vittima nelle scelte processuali che possono comportare ripercussioni sui suoi diritti fondamentali.

3.3. *Fairness processuale e diritto a essere ascoltati nel procedimento penale.*

3.3.1. *Premessa.*

Tra le più autentiche manifestazioni della *fairness* processuale si staglia il diritto a che la propria voce sia ascoltata in modo rispettoso per la propria persona. In questa sua basilare espressione, un *right to be fairly heard* certamente spetta non solo all'imputato ma, seppur con diverse caratterizzazioni, anche ad altri soggetti processuali, come la vittima, nonché a soggetti coinvolti, senza avere alcun vincolo col reato indagato, nell'accertamento penale, quali i testi-

⁸³ Considerando n. 26 DirVR.

⁸⁴ Considerando n. 31 DirVR.

⁸⁵ Considerando n. 26 DirVR.

⁸⁶ Ad esempio, in Italia la decisione archiviativa può essere ad oggi impugnata solo per vizi attinenti alla mancata realizzazione del contraddittorio (art. 409 c. 6 c.p.p.).

⁸⁷ Art. 6 c. 5 DirVR.

⁸⁸ In Italia, ad esempio, da oltre dieci anni è stato implementato il sistema cautelare mediante l'introduzione di apposite misure coercitive volte a una maggior tutela della vittima di particolari forme delittuose. Tra i primi interventi si annovera la misura dell'allontanamento dalla casa familiare, introdotta dalla legge 154/2001 (art. 282-*bis* c.p.p.) e successivamente riformata dal decreto-legge 93/2013, convertito in legge 119/2013, contenente la nuova disciplina sulla violenza di genere. Recentemente, mediante il decreto-legge 11/2009, convertito in legge 38/2009, è stato poi introdotto uno strumento di più ampia portata, cioè il divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa (art. 282-*ter* c.p.p.).

⁸⁹ Considerando n. 29.

moni o periti. Le istituzioni dell'Unione hanno peraltro disciplinato in modo sensibilmente diverso il diritto all'ascolto dell'imputato e della vittima, mentre ancora nessun intervento di armonizzazione concerne altri soggetti processuali.

3.3.2. *La voce dell'imputato.*

Certamente molte delle garanzie difensive riconosciute nei provvedimenti normativi dell'Unione considerati finora hanno una specifica rilevanza nella prospettiva del diritto dell'imputato ad essere ascoltato in modo *fair* nel corso del procedimento penale. Dal diritto a conoscere l'addebito e gli sviluppi del procedimento al diritto a essere affiancato da un'interprete fin dagli interrogatori di polizia e in tutte le audizioni di fronte all'autorità giudiziaria, fino al più specifico diritto all'assistenza difensiva durante gli interrogatori e a comunicare col proprio legale negli interrogatori – queste ed altre simili garanzie contribuiscono a definire il volto di un diritto dell'accusato a essere ascoltato in modo *fair*.

La normativa appare tuttavia ancora frammentaria e sarebbe senz'altro auspicabile un intervento normativo riunificatore, certamente legittimato, come si è notato, dall'art. 82 c. 2 TFUE. Esso dovrebbe anzitutto specificare con maggiore precisione i diversi livelli di garanzia richiesti per differenti tipologie di interrogatori, definendo poi profili di altrettanto interesse, come i limiti d'intervento dell'autorità procedente e gli obblighi minimi d'informazione, specificamente concernenti l'interrogatorio. Andrebbero poi affrontate problematiche connesse con la gestione di tecnologie ormai ampiamente utilizzate, come la videoconferenza. È significativo che alcune di queste regole siano state dettate, sulla scorta delle previsioni introdotte già 15 anni or sono dalla Convenzione di Bruxelles, dalla recente Direttiva EIO, che impone precisi obblighi all'autorità procedente, quale quello d'informare in anticipo l'imputato da ascoltare in videoconferenza sui suoi diritti, a partire dal diritto al silenzio – obblighi la cui sfera di operatività rimane tuttavia vincolata alle sole procedure transnazionali.

3.3.3. *La voce della vittima.*

Ancora più carente è la normativa dell'Unione con riguardo al diritto della vittima a essere sentita nel rispetto delle regole della *fairness* processuale. È vero, come si è osservato, che la Direttiva del 2012 ha dedicato un'apposita previsione al diritto della vittima ad essere ascoltata. Essa non si spinge tuttavia molto oltre questo generico riferimento e anzi, col richiamare l'impegno degli Stati Membri di garantire che la vittima “possa fornire elementi di prova”, sembra legittimare il mantenimento di soluzioni normative quali quelle adottate da Paesi, come l'Italia, che impongono alla vittima pressoché gli stessi obblighi di completezza e verità previsti per il testimone. È vero che la Direttiva richiama la necessità di una particolare attenzione per la vittima minorenn⁹⁰, richiedendo inoltre agli Stati Membri l'adozione di misure per consentire alla vittima di essere sentita in aula senza essere fisicamente presente, in particolare ricorrendo ad appropriate tecnologie di comunicazione⁹¹. Alcune delle garanzie già considerate valgono indubbiamente a rafforzare il diritto all'ascolto della vittima, prime fra tutte il diritto a comprendere ed essere compresa, il diritto all'interpretazione nelle attività d'udienza, e così via. Tuttavia, per quanto concerne la determinazione delle modalità con cui la vittima può essere sentita nel procedimento penale, la Direttiva si limita a rinviare alla disciplina nazionale⁹².

In ciò essa adotta dunque un approccio che non discosta minimamente dalla Decisione-quadro del 2001, che anzi richiedeva agli Stati Membri l'impegno d'interrogare la vittima soltanto per quanto fosse necessario alle esigenze del procedimento penale⁹³. Tale impostazione è del resto conforme alla giurisprudenza della Corte di giustizia⁹⁴ che, in particolare

⁹⁰ Art. 10 c. 1 DirVR.

⁹¹ Art. 23 c. 3 lett. b DirVR.

⁹² Art. 10 c. 2 DirVR.

⁹³ Art. 3 c. 2 DQ VPP.

⁹⁴ T. RAFARACI, *New Perspectives for the Protection of the Victims in the EU*, in S. RUGGERI (coord.), *Human Rights in European Criminal Law*, cit., p. 218.

nel noto caso *Katz*⁹⁵, ha riconosciuto che dalla previsione contenuta nella Decisione-quadro del 2001 sul diritto all'ascolto non discende l'obbligo, se non previsto dal diritto nazionale, di sentire come testimone la persona offesa che abbia dato avvio al processo penale con un'azione penale sostitutiva. Al contempo, peraltro, la Corte di giustizia ha significativamente affermato in questa vicenda giudiziaria che, laddove il diritto nazionale non consenta tale possibilità, alla vittima deve essere comunque data l'opportunità di dare il proprio contributo alla prova dei fatti – un messaggio che il legislatore dell'Unione avrebbe dovuto compiutamente sviluppare.

4. Contraddittorio e libertà personale.

4.1. *Garanzie partecipative nelle procedure di consegna tramite il mandato d'arresto europeo.*

4.1.1. *La disciplina UE del 2002.*

Si è osservato che lo svolgimento di indagini transnazionali pone sfide ulteriori per le garanzie partecipative della difesa, rese ancor più peculiari dalle caratteristiche dello scenario giuridico europeo, nel quale la mutua assistenza con altri Paesi s'iscrive all'interno di una cornice improntata al comune obiettivo di costantemente promuovere l'area comune di libertà, sicurezza e giustizia. Un ambito particolarmente delicato, in cui occorre analizzare le dinamiche del contraddittorio all'interno della cooperazione endoeuropea, attiene alle procedure di consegna, nelle quali si acutizza la relazione dialettica tra il perseguimento di un'efficiente persecuzione penale transnazionale e il rispetto di libertà fondamentali, a partire dalla libertà personale.

Abbiamo notato che la Decisione-quadro MAE prevedeva originariamente una disciplina assai vaga quanto alle implicazioni dell'assenza dell'imputato nel procedimento principale sulla procedura di consegna, una disciplina che, nel rilasciare ampia discrezionalità alle autorità coinvolte nella procedura di cooperazione, lasciava tuttavia residuare grande incertezza quanto alle ripercussioni sulla libertà personale della persona richiesta. La regolamentazione del 2009 ha cercato di restringere gli spazi di discrezionalità delle autorità procedenti, pur non approdando a risultati soddisfacenti e anzi condizionando, quanto ad impostazione, le proposte normative successive. Si tratta ora di analizzare se ed entro che limiti la disciplina sul MAE valorizza la partecipazione attiva degli imputati alla procedura di consegna, offrendo loro un'opportunità di essere ascoltati in modo *fair*.

Senonché anche in questa prospettiva la Decisione-quadro MAE conteneva inizialmente una normativa assai scarna, riconoscendo in modo estremamente generico alla persona richiesta che non acconsentisse alla propria consegna il diritto ad essere esaminata dall'autorità giudiziaria nel Paese di esecuzione e rilasciando la definizione delle modalità in cui tale diritto avrebbe dovuto essere garantito al diritto dello Stato di esecuzione⁹⁶. È pur vero che la normativa del 2002 non era rimasta del tutto insensibile alla necessità di stabilire requisiti qualitativi minimi dell'esame della persona richiesta. Essa si limitava tuttavia a riconoscerle genericamente il diritto a essere assistita da un difensore e un interprete, senza specificare minimamente con quali modalità l'assistenza difensiva e linguistica avrebbe dovuto esercitarsi e quali tempi avrebbero dovuto riconoscersi alla preparazione della difesa – profili questi demandati alla legislazione dello Stato di esecuzione⁹⁷. A fronte all'indeterminatezza delle indicazioni del legislatore europeo, non sorprende quindi che alcuni Paesi abbiano adottato

⁹⁵ CGUE, 9 settembre 2008, *Katz*, C-404/07.

⁹⁶ Art. 14 DQ_MAE.

⁹⁷ Art. 11 c. 2 DQ_MAE.

un approccio altrettanto minimalista⁹⁸.

4.1.2. *Il rafforzamento delle garanzie informative e partecipative della persona richiesta nella recente legislazione dell'Unione.*

Le iniziative normative emanate in forza della *Roadmap* del 2009 hanno irrobustito le garanzie partecipative della persona sottoposta a una procedura di consegna in forza del MAE, unica procedura transnazionale affrontata da provvedimenti, perlopiù rivolti a rafforzare le garanzie della difesa nell'ambito di procedimenti penali nazionali. Così, un certo impulso per una base informativa più esaustiva rispetto a quella contenuta nella Decisione-quadro MAE proviene dalla Direttiva 2013/13/UE. In effetti, la disciplina del 2002 si limitava a richiedere all'autorità di esecuzione d'informare (sempre peraltro in conformità col proprio diritto interno) la persona richiesta sull'esistenza di un mandato d'arresto europeo e sul suo contenuto, nonché sulla possibilità di acconsentire alla propria consegna all'autorità giudiziaria emittente⁹⁹. Si trattava di previsioni fin troppo generiche, che non davano conto di profili di enorme importanza ai fini di un'effettiva partecipazione della persona richiesta, quale quello concernente le conseguenze dell'eventuale consenso alla consegna. Per la verità, non si può dire che a undici anni di distanza il legislatore dell'Unione sia stato assai più prodigo di indicazioni. Così, a parte il riferimento alla necessità di un'informazione semplice e accessibile, requisiti che attengono alle modalità più che ai contenuti dell'informazione, la Direttiva del 2013 si limita a richiedere un'informazione tempestiva sui diritti spettanti alla persona arrestata ai fini dell'esecuzione di un MAE, riproponendo dunque l'ambigua dizione della Decisione-quadro del 2002, che letteralmente lega le garanzie difensive all'esistenza di una coercizione personale in atto. Il richiamo generale ai diritti consente comunque di ricomprendere nella *letter of rights* anche ulteriori informazioni, essenziale all'esercizio di un effettivo contraddittorio, come quella sul diritto della persona richiesta a un'udienza davanti all'autorità giudiziaria nel caso in cui non presti il proprio consenso¹⁰⁰.

A differenza di quanto previsto per i procedimenti nazionali, nessuna informazione è richiesta sia sull'accusa formulata nel procedimento in corso nell'ordinamento ordinante sia sul *fumus delicti* che costituisce la base giustificativa indispensabile della procedura di consegna, laddove essa tenda all'esecuzione di misure coercitive procedurali nel Paese ordinante. Certamente ciò ha inciso, e continua a incidere, negativamente sull'effettività della tutela della persona richiesta, i cui poteri di reazione alla procedura di consegna presuppongono che ad essa sia fornita adeguata conoscenza delle ragioni che hanno determinato l'avvio del procedimento transnazionale¹⁰¹. Né una soluzione adeguata sembra provenire dalla Direttiva 2013/48/UE (di seguito DirAD) che, per ovviare a uno degli inconvenienti più denunciati nell'esperienza del MAE, impone all'autorità di esecuzione d'informare la persona richiesta della facoltà di nominare un difensore nel Paese di emissione, il cui ruolo è quello di assistere il legale nello Stato di esecuzione fornendogli le informazioni necessarie per consentirgli di esercitare al meglio la propria assistenza difensiva nella procedura di consegna¹⁰². In effetti,

⁹⁸ Così, la legge italiana di attuazione della Decisione-quadro sul MAE ha previsto, riproducendo l'impostazione adottata per le procedure estradizionali, che la corte d'appello debba sentire il Procuratore generale e il difensore della persona richiesta, mentre quest'ultima e il rappresentante dello Stato richiedente devono essere ascoltati solo se compaiono (art. 17 c. 1 legge 69/2005). Peraltro, la normativa del 2005, riconoscendo in modo altrettanto generico il diritto all'interprete nelle procedure di consegna, ha ommesso di specificare con esattezza sulla base di quali presupposti esso debba essere garantito alla persona richiesta, il che ha condotto la giurisprudenza a riconoscerle solo il diritto a nominare un interprete di fiducia che l'affianchi nell'esame presso le autorità italiane senza comportare indebiti ritardi per la procedura di consegna. Cfr. M. CHIAVARIO, *Manuale dell'extradizione e del mandato d'arresto europeo*, Torino 2013, p. 259.

⁹⁹ Art. 11 c. 1 DQMAE.

¹⁰⁰ L'attuazione da parte degli ordinamenti nazionali non sempre assicura alla persona richiesta la completezza d'informazione voluta dal testo sovranazionale. Così, la normativa italiana di attuazione, contenuta nel decreto legislativo 101/2014, ha emendato la legge 69/2005, esigendo già dall'autorità di polizia che consegnino alla persona richiesta una comunicazione scritta, redatta in forma chiara e precisa, che la informi della possibilità di acconsentire alla propria consegna all'autorità giudiziaria emittente e la avverta della facoltà di nominare un difensore di fiducia e del diritto di essere assistita da un interprete (nuova redazione dell'art. 12 legge 69/2005). La persona richiesta resta però all'oscuro delle conseguenze sia della consegna sia della mancata consegna, ovvero, in quest'ultimo caso, del diritto ad essere ascoltata dall'autorità giudiziaria.

¹⁰¹ L. BACHMAIER WINTER, *The EU Directive on the Right to Access to a Lawyer: A Critical Assessment*, in S. RUGGERI (coord.), *Human Rights in European Criminal Law*, cit., p. 122.

¹⁰² Art. 10 c. 4 DirAD.

l'effettività di tale soluzione dipende da molte variabili, quali la qualità dell'informazione, la possibilità per la persona richiesta di nominare un difensore nel Paese di emissione, nonché soprattutto la possibilità per quest'ultimo, secondo la *lex fori*, di procurarsi le informazioni e comunicare agevolmente col collega nominato nello Stato di esecuzione¹⁰³.

Quest'assetto si riverbera inevitabilmente sull'effettività della partecipazione difensiva e sul diritto della persona richiesta a essere ascoltata in modo *fair* in una procedura che incide in modo così pesante sulla sua libertà personale. A questo riguardo bisogna comunque riconoscere che la Direttiva 2013/48/UE ha compiuto passi avanti rispetto alla scarsa normativa del 2002 che, come si è notato, non specificava in alcun modo le modalità dell'audizione della persona richiesta nell'ambito della procedura di consegna. La disciplina del 2013 non si limita a riconoscere il diritto ad accedere a un'assistenza legale ma impone agli Stati Membri l'obbligo di assicurare adeguate comunicazioni tra la persona richiesta e il suo legale, nonché soprattutto l'obbligo di assicurare la presenza del difensore all'esame della persona richiesta¹⁰⁴. Nonostante l'indubbio intento di fornire alla persona sottoposta al MAE una tutela non inferiore a quella assicurata all'imputato in procedimenti penali nazionali, le modalità con cui il difensore può partecipare all'esame del proprio assistito rimangono soggette alle regole del diritto nazionale dello Stato di esecuzione. Diversamente, per i procedimenti nazionali la Direttiva insiste sull'effettività della partecipazione difensiva e sulla necessità che le scelte del legislatore nazionale non pregiudichino l'effettività della tutela del diritto di difesa¹⁰⁵. Non si tratta di cosa da poco, né si vedono ragioni per le quali chi per avventura si veda sottoposto a un procedimento transnazionale debba essere privato di una simile garanzia.

Lo scarto tra procedure nazionali e procedimento transnazionale di consegna è stato invece ridotto dalla recente legislazione UE con riguardo al diritto all'assistenza linguistica. In effetti, la Direttiva 2010/64/UE impone alle autorità dello Stato di esecuzione di garantire l'interpretazione nel corso della procedura di esecuzione a chi non parla o non conosce la lingua del procedimento, un riferimento che non può peraltro essere letto, a differenza di quanto prevedeva la Decisione-quadro del 2002, come un generico rinvio alle garanzie contemplate dal diritto nazionale¹⁰⁶. Il riconoscimento di quest'obbligo è infatti legato alle nuove prescrizioni sul diritto all'interpretazione nei procedimenti nazionali¹⁰⁷. Significativo è che tale diritto debba essere garantito non solo davanti all'autorità giudiziaria ma anche nel corso degli interrogatori di polizia, prescrizione di considerevole importanza anche nell'ambito delle procedure internazionali di consegna che possono prendere avvio attraverso l'arresto di polizia¹⁰⁸ a seguito di segnalazione effettuata mediante lo *Schengen Information System* (SIS)¹⁰⁹. Essenziale è anche che venga garantita l'interpretazione di ogni colloquio tra la persona richiesta e il suo difensore, preparatorio al suo interrogatorio nel corso della procedura di consegna. Conformemente all'impostazione generale della Direttiva, la verifica circa la necessità di nominare un interprete costituisce l'oggetto di un preciso obbligo che ricade sull'autorità procedente, con la conseguenza che è discutibile la legittimità di quelle prassi nazionali che continuano a sottoporre il riconoscimento del diritto all'interpretazione e traduzione alla condizione che la persona richiesta ne faccia espressa e motivata richiesta¹¹⁰. Riveste infine un ruolo di notevole importanza la previsione che impone agli Stati Membri di garantire alla persona richiesta una via di ricorso avverso la decisione che le neghi il diritto all'interpretazione, assicurandole inoltre strumenti per contestare la qualità dell'interpretazione fornita¹¹¹.

¹⁰³ Rilievi critici su questa soluzione sono stati espressi anche da L. BACHMAIER WINTER, *op. cit.*, p. 123.

¹⁰⁴ Art. 10 c. 2 lett. b-c DirAD.

¹⁰⁵ Per l'opportuna sottolineatura di questo profilo cfr. L. BACHMAIER WINTER, *op. cit.*, p. 123 s.

¹⁰⁶ Art. 2 c. 7 DirIT.

¹⁰⁷ Il diritto all'interpretazione nelle procedure di consegna deve essere assicurato "a norma" di quanto previsto dallo stesso art. 2 DirIT.

¹⁰⁸ Cfr., ad es., l'art. 11 legge 69/2005.

¹⁰⁹ Art. 9 c. 2 DQMAE.

¹¹⁰ Così, per l'Italia, cfr. Cass., sez. VI, 13 gennaio 2015, n. 1190, *Ivanescu*.

¹¹¹ Purtroppo, l'attuazione della Direttiva da parte di alcuni Paesi non ha riconosciuto tali garanzie persino in relazione alle procedure nazionali. Così, in Italia, la riforma operata dal decreto legislativo 32/2014 non solo non ha in alcun modo modificato la disciplina sul mandato d'arresto europeo ma, anche in relazione ai procedimenti nazionali, continua a rilasciare all'autorità giudiziaria il potere insindacabile di valutare la comprensione della lingua italiana da parte dell'imputato, presupposto necessario per la nomina dell'interprete (art. 143 c. 4 c.p.p.).

4.2.

Garanzie partecipative e supervisione di misure restrittive del diritto di libertà in altri Stati Membri.

La scelta metodologica operata dal legislatore dell'Unione, che nell'ambito della cooperazione internazionale in materia penale ha limitato i propri interventi normativi basati sulla *Roadmap* del 2009, come si è notato, alle sole procedure di consegna mediante il MAE, si riverbera in modo inevitabilmente negativo su altri procedimenti transnazionali che comportano interventi altrettanto invasivi sui diritti fondamentali della persona. Un ambito particolarmente sensibile e strettamente connesso a quello delle procedure di consegna concerne la supervisione di misure restrittive del diritto di libertà e della libertà di movimento in altri Stati Membri. La materia ha costituito uno degli ultimi campi disciplinati dalle istituzioni dell'Unione nell'ambito del precedente III Pilastro. Peraltro, la Decisione-quadro 2009/829/GAI, pur dichiaratamente orientata a estendere il principio del mutuo riconoscimento al delicato settore delle misure alternative alla detenzione procedimentale, rivela i chiari segni di un mutamento in atto nel modo di concepire tale principio, proiettandosi verso la nuova stagione normativa che di lì a poco si sarebbe avviata con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona e della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea¹¹².

Il principale obiettivo perseguito da tale intervento normativo consisteva nel porre rimedio alle situazioni discriminatorie tra imputati residenti e imputati non residenti nel Paese del processo¹¹³. A tali discriminazioni diede paradossalmente luogo l'introduzione della disciplina sul mandato d'arresto europeo. L'applicazione di tale strumento – in assenza di una disciplina che consentisse il ricorso a misure alternative nell'ambito delle procedure transnazionali – condusse a un aumento esponenziale di consegne volte a dar luogo a situazioni detentive per fronteggiare casi caratterizzati da rischi, più o meno concreti ed effettivi, per il procedimento penale, sebbene tali da giustificare, in un'analoga procedura nazionale, il ricorso a misure non privative della libertà personale.

Nonostante i suoi indubbi meriti, la Decisione-quadro del 2009 – oltre ad avere considerevoli difetti sul piano di un corretto temperamento tra l'esigenza di agevolare le procedure avviate nei confronti di imputati non residenti nello Stato del procedimento e la necessità di assicurare un livello di tutela della libertà personale proporzionale al livello di restrizione operata¹¹⁴ – mostra chiare lacune quanto alle garanzie partecipative della difesa. Così, innovando rispetto al tradizionale approccio al principio del mutuo riconoscimento, la disciplina del 2009 consente all'autorità di esecuzione di adattare il contenuto della richiesta mediante l'esecuzione di una misura di vigilanza diversa ogniqualvolta quella richiesta sia incompatibile col proprio diritto, col solo limite costituito dal divieto di applicare una misura più invasiva di quella adottata nello Stato del processo¹¹⁵. Si tratta di una scelta assai delicata, che implica complesse valutazioni di adeguatezza rispetto a pericoli cautelari inerenti al procedimento condotto nel Paese di emissione, valutazioni che difficilmente potrà effettuare la sola autorità di esecuzione, spesso completamente all'oscuro delle dinamiche inerenti, e delle informazioni ottenute, nel procedimento principale. Di più, il legislatore sovranazionale non ha in alcun modo coinvolto la difesa in questa difficile decisione, sebbene da essa possano discendere conseguenze assai pesanti per la sfera di libertà della persona: così, per quanto simili possano essere nel concreto gli effetti di due misure restrittive, il loro regime giuridico può essere profondamente diverso¹¹⁶. L'aver omesso di prevedere il benché minimo ruolo della difesa, e più specificamente l'obbligo di sentire previamente la persona sottoposta alla misura di coercizione da monitorare all'estero, comporta non solo una grave violazione del diritto di difesa

¹¹² Per un'analisi di tale strumento normativo si rinvia a R. BELFIORE, *Mutuo riconoscimento delle decisioni sulle misure alternative alla detenzione cautelare*, in T. RAFARACI (coord.), *La cooperazione di polizia e giudiziaria*, cit., pp. 105 ss.; T. RAFARACI, *The application of the principle of mutual recognition to decisions on supervisions measures as an alternative to provisional detention*, in S. RUGGERI (coord.), *Liberty and security. Liberty and security in Europe. A comparative analysis of pre-trial precautionary measures in criminal proceedings*, Göttingen/Osnabrück 2012, pp. 67 ss.

¹¹³ Considerando n. 4.

¹¹⁴ Per qualche considerazione critica v., volendo, S. RUGGERI, *Libertà personale e procedimento penale nel diritto comparato: tutela del processo e tutela della persona in Europa*, in *Revista de Estudos Criminais* 2012, pp. 27 ss.

¹¹⁵ Art. 13. Cfr. R. BELFIORE, *op. cit.*, pp. 113 s.

¹¹⁶ In Italia, ad es., l'obbligo di dimora può nel concreto comportare restrizioni assai simili agli arresti domiciliari (cfr. gli artt. 283 c. 4 e 284 c. 3 c.p.p.), ma profonde restano le differenze tra le due misure cautelari sul piano del regime giuridico, dalla durata ai tempi previsti per l'interrogatorio di garanzia, e così via.

ma riflette anche la chiara sottovalutazione del contributo difensivo ai fini dell'adozione della misura che comporti un livello di coercizione tollerabile e rispettoso della presunzione d'innocenza dell'imputato. Né è richiesta agli Stati Membri la previsione di una qualunque forma di coinvolgimento successivo della difesa, ovvero la previsione di uno strumento di reazione alla scelta della diversa misura, avallata dall'acquiescenza dell'autorità ordinante. Altrettanto assente il riferimento alla necessità di ascoltare la difesa nella decisione sul prolungamento del periodo di monitoraggio, che viene direttamente richiesto, se ritenuto necessario, dall'autorità emittente a quella di esecuzione.

Che questo dialogo diretto tra autorità giudiziarie, senza il coinvolgimento della difesa, sia una conseguenza del principio di mutuo riconoscimento e sia da considerare un avanzamento nell'ottica della mutua fiducia tra le autorità degli Stati Membri, è assai dubbio. Ancor più grave appare poi l'aver omesso qualunque riferimento alla necessità di lasciare spazio a un contributo difensivo nella decisione, spettante all'autorità ordinante, sull'adozione di una misura più grave, ivi compresa l'emanazione di un mandato d'arresto europeo – una carenza accentuata dalla circostanza che il passaggio da una procedura di vigilanza a una di consegna non necessariamente discende da violazioni delle prescrizioni inerenti alla misura originariamente monitorata in altro Stato Membro¹¹⁷. Su questo delicato terreno la normativa sovranazionale tradisce i propri propositi di fornire un'armonizzazione rispettosa dei diritti fondamentali della persona e la possibilità di un coinvolgimento della difesa rimane dipendente dalla circostanza, del tutto eventuale, che ciò sia previsto dalla *lex fori*.

5. Contraddittorio e prova penale. Il diritto di difesa nell'assunzione della prova penale in altri Stati Membri.

5.1. Premessa.

Nessun provvedimento normativo dell'Unione disciplina ad oggi esaustivamente il contributo della difesa (specie dell'imputato) all'assunzione della prova penale nell'ambito di procedimenti puramente nazionali, sebbene un'incidenza indiretta esercitino gli interventi normativi esaminati finora anche in ambito probatorio. La materia è demandata alle legislazioni nazionali ma pare ragionevole ipotizzare che sussista anche una legittimazione del legislatore dell'Unione a disciplinare anche l'assunzione della prova nell'ambito di processi nazionali in forza dalle previsioni generali dell'art. 82(2) TFUE che, come si è osservato, autorizzano interventi di armonizzazione volti a rafforzare la tutela della persona nel processo penale e specificamente della vittima del reato.

Significative sono invece le novità apportate negli ultimi due decenni dalle istituzioni dell'Unione europea – in forza dell'esplicita competenza a varare misure di armonizzazione della prova transnazionale¹¹⁸ – sul fronte delle indagini transfrontaliere. Tali interventi mostrano tuttavia una notevole arretratezza nella tutela del contraddittorio e del diritto di difesa nell'ambito delle procedure di cooperazione in relazione a profili di fondamentale importanza. Scarsa attenzione è stata finora dedicata all'effettiva partecipazione difensiva all'assunzione della prova in un altro Stato Membro, né sembra essere stato realmente ricercato un equilibrio tra il diritto di difesa dell'imputato e la tutela di interessi legati all'accertamento penale.

¹¹⁷ In effetti, la formula dell'art. 19 c. 3 della Decisione-quadro è per definizione aperta, legando i provvedimenti dell'art. 18 c. 1, ivi compresa l'emanazione di un MAE, non solo a una violazione delle prescrizioni ma a "qualsiasi altro elemento tale da comportare l'adozione di un'ulteriore decisione". L'emanazione del MAE e con esso la sottoposizione dell'imputato a una detenzione cautelare ben potrebbe così avvenire a séguito "dell'inosservanza di una citazione a comparire a un'udienza o al processo nel corso del procedimento penale" (Considerando n. 9).

¹¹⁸ Art. 82 c. 2 lett. a TFUE. Anche sotto questo riguardo, comunque, si rende necessaria un'opera ermeneutica volta a ricostruire la portata e limiti d'intervento del legislatore dell'Unione con riguardo alla problematica della mutua ammissibilità della prova tra gli Stati membri. In proposito mi permetto di rinviare al mio *Horizontal cooperation, obtaining evidence overseas and the respect for fundamental rights in the EU. From the European Commission's 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 (coord.), *Transnational Inquiries and the Protection of Fundamental Rights in Criminal Proceedings. A Study in Memory of Vittorio Grevi and Giovanni Tranchina*, Heidelberg 2013, pp. 287 s.

5.2.

Garanzie partecipative e prova penale nella Convenzione di Bruxelles.

Proprio sul versante delle garanzie partecipative, già la Convenzione di mutua assistenza tra gli Stati Membri dell'Unione europea (di séguito, EU CMAMP), siglata a Bruxelles nel 2000 col dichiarato fine di varare uno strumento generale di assistenza giudiziaria valevole all'interno del circuito dell'Unione europea, conteneva una disciplina carente e ambigua. Non solo nessuna disposizione prevedeva la partecipazione di soggetti privati alle attività rogatorie ma tale partecipazione – pur non esclusa e anzi astrattamente possibile laddove rientrante tra le forme procedurali previste dallo Stato rogante – non era garantita in modo certo¹¹⁹, essendo sottoposta all'esplicita richiesta dell'autorità giudiziaria procedente ovvero di un'autorità centrale amministrativa del Paese richiedente¹²⁰. È vero che la Convenzione – in quanto dichiaratamente rivolta a integrare e non a sostituire la “Convenzione-madre” di assistenza giudiziaria del Consiglio di Europa del 1959¹²¹ (di séguito, CoE CMAMP) – lascia inalterata la possibilità di effettuare rogatorie in forma “concelebrata”¹²², ossia in una forma che consente (anche) a soggetti privati di prendere parte alle attività di assunzione della prova all'estero. Tuttavia, il riconoscimento di tale facoltà non solo non apportava alcuna novità rispetto all'assetto del 1959 ma appariva dissonante rispetto al nuovo scenario normativo dell'Unione europea, verso il quale già inequivocabilmente si rivolgeva la Convenzione di Bruxelles. Nel sistema delle rogatorie concelebrate, così come disciplinate dalla Convenzione del 1959, la partecipazione della difesa era concepita come una presenza passiva, consentita peraltro solo a condizione che vi acconsentisse lo Stato richiesto – condizione, quest'ultima, ben poco consona alla nuova logica del mutuo riconoscimento.

Per altro verso, la Convenzione del 2000 ha disciplinato per la prima volta in termini generali nuovi strumenti dotati di enormi potenzialità anche nella prospettiva del diritto di difesa e del diritto al contraddittorio, quali le squadre investigative comuni e gli interrogatori in videoconferenza. Tuttavia, proprio nell'ottica delle garanzie difensive, la regolamentazione contenuta nella Convenzione di Bruxelles con riguardo a questi specifici strumenti investigativi appariva ancora molto scarna. In particolare, la disciplina sulle squadre investigative comuni ha costituito un'importante evoluzione del modello delle indagini extraterritoriali, fornendo per la prima volta una cornice normativa unitaria per la conduzione di indagini transfrontaliere nelle ipotesi di complesse vicende criminose aventi dimensione transnazionale o un'azione investigativa concertata. Sennonché la normativa del 2000 non contiene alcuna previsione volta ad assicurare la partecipazione della difesa alle attività investigative comuni, una partecipazione garantita – in base al riferimento alla sola *lex loci*¹²³ – solo se e nella misura consentita dal diritto processuale dello Stato nel cui territorio la squadra opera.

Analoghe riserve valgono per gli interrogatori in videoconferenza, per i quali la Convenzione di Bruxelles stabilisce, tra altri requisiti, che l'esame venga direttamente condotto o comunque diretto, secondo quanto previsto dal diritto nazionale, dall'autorità giudiziaria dello Stato richiedente¹²⁴, con ciò rilasciando dunque alle soluzioni adottate dall'ordinamento nazionale le modalità e la stessa possibilità di partecipazione della difesa. Carente appare inoltre l'assistenza difensiva riconosciuta al soggetto da esaminare. Sebbene a quest'ultimo debba essere assicurato il diritto all'interprete (peraltro, solo se ritenuto necessario¹²⁵), singolarmente non figura il diritto a essere affiancato da un difensore, garanzia essenziale invece in alcuni ordinamenti giuridici, specie in relazione a situazioni particolari, come quella dell'esame del coimputato che, quand'anche acconsenta o addirittura richieda di essere esaminato sulla responsabilità altrui, rimane comunque un soggetto gravato da indizi di reità spesso rispetto alla stessa vicenda criminosa¹²⁶. Ancora una volta l'effettività dell'assistenza difensiva è rilasciata

¹¹⁹ Art. 4 c. 1 EU CMAMP.

¹²⁰ Art. 6 c. 2 EU CMAMP.

¹²¹ Art. 1 c. 1 EU CMAMP.

¹²² Art. 4 CoE CMAMP.

¹²³ Art. 13 c. 3 lett. b EU CMAMP.

¹²⁴ Art. 10 c. 5 lett. c EU CMAMP.

¹²⁵ Art. 10 c. 5 lett. d EU CMAMP.

¹²⁶ In Italia, come è noto, il coimputato ha diritto di essere affiancato da un legale già nella fase preliminare, laddove venga ascoltato dalla polizia giudiziaria (art. 351 c. 1-*bis* c.p.p.).

alle scelte operate dal diritto nazionale. Ne consegue che, a meno che l'autorità giudiziaria del Paese richiesto presente durante l'interrogatorio sia dell'avviso che un principio fondamentale del proprio ordinamento sia stato violato¹²⁷, la persona interrogata in videoconferenza in un'indagine transnazionale può essere privata dell'assistenza difensiva anche in casi che nel contesto di indagini nazionali ne garantirebbero la presenza secondo il diritto dello Stato richiesto.

5.3. *Contraddittorio e prova transnazionale.*

Tali difetti non sono stati emendati dalla successiva normativa dell'Unione. Così, nel riprodurre integralmente i contenuti della regolamentazione del 2000 sulle squadre investigative comuni in vista della completa attuazione della medesima¹²⁸, la Decisione-quadro del 2002 sulle squadre investigative comuni¹²⁹ sottopose la possibilità di partecipare dialetticamente all'assunzione della prova, di regola, alla previsione del diritto nazionale dello Stato nel cui territorio l'indagine transnazionale ha luogo. Tale disciplina è tuttora vigente, essendo espressamente esclusa dall'ambito applicativo della recente Direttiva sull'ordine d'indagine europeo (EIO)¹³⁰, che ha istituito uno strumento unico volto all'assunzione e trasferimento di pressoché ogni tipo di prova, destinato a sostituire le procedure rogatorie all'interno del circuito dell'Unione¹³¹.

L'introduzione di questo nuovo strumento – specie in considerazione del suo amplissimo ambito applicativo, relativo pressoché a ogni attività investigativa, peraltro nell'ambito non solo di procedimenti penali ma anche di procedimenti amministrativi funzionali all'accertamento di violazioni di legge tali da poter determinare l'avvio di un'indagine penale¹³² – ha costituito il culmine di un lungo percorso volto a estendere la logica del mutuo riconoscimento alla cooperazione investigativa e alla prova transnazionale. Tale percorso, avviato nel 2003 con la proposta di Decisione-quadro su un mandato probatorio destinato a far da *pendant* al mandato di arresto europeo nell'ambito della cooperazione rogatoria, si è faticosamente concluso dapprima con l'emanazione, sebbene a cinque anni di distanza dalla proposta iniziale¹³³, dello strumento intermedio del mandato di ricerca della prova (MERP) e, dopo quasi quattro anni dalla presentazione della proposta di Direttiva sull'EIO nell'aprile 2010¹³⁴, con l'emanazione di quest'ultimo strumento.

Già la Decisione-quadro sul MERP rivela subito una ben più scarsa attenzione per le garanzie partecipative dei soggetti privati coinvolti nell'assunzione della prova all'estero rispetto a quanto prevedeva l'iniziale proposta del 2003. Così, manca qualunque riferimento al principio del *nemo tenetur se detegere*, garanzia considerata scontata nel corso della procedura legislativa dai rappresentanti di molti Stati membri, che ritennero superfluo il suo inserimento nel testo definitivo¹³⁵. Né è prevista alcuna forma di partecipazione della difesa nello svolgimento delle attività probatorie nell'altro Stato membro, partecipazione considerata probabilmente superflua dato l'ambito applicativo dell'MERP, circoscritto all'assunzione di prove già in possesso dell'autorità estera. Ciò non sempre tuttavia avviene¹³⁶, col risultato che il coinvolgimento della difesa dipende interamente dalle richieste dell'autorità di emanazione o da quanto prevede il diritto dello Stato di esecuzione.

Una ben maggiore attenzione verso le garanzie partecipative ci si sarebbe attesi dalla Di-

¹²⁷ Art. 10 c. 5 lett. a EU CMAMP.

¹²⁸ Art. 5 DQ SIC.

¹²⁹ Decisione-quadro 2002/465/GAI (di séguito, DQ SIC).

¹³⁰ Direttiva 2014/41/UE (di séguito, DirEIO).

¹³¹ In proposito, tra i molti, cfr. M. DANIELE, *La metamorfosi del diritto delle prove nella Direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, in *questa Dir. pen. cont.*, 24 novembre 2014.

¹³² Art. 4 DirEIO.

¹³³ Per un'analisi di questo strumento cfr., tra i molti, R. BELFIORE, *Movement of evidence in the EU: The Present Scenario and Possible Future Developments*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 2009, pp. 1 ss.; S. GLESS, *Europäisches Beweisrecht*, in U. SIEBER-F.H. BRÜNER-H. SATZGER-B. VON HEINTSCHELL-HEINEGG (coord.), *Europäisches Strafrecht*, II ed. Baden-Baden 2014, pp. 596 ss.

¹³⁴ Interinstitutional File: 2010/0817 (COD), COPEN 115 EJM 12 CODEC 363 EUROJUST 47. Per un esame di molte fra le problematiche sorte durante l'esame della proposta si rinvia a S. RUGGERI (coord.), *Transnational Evidence and Multicultural Inquiries in Europe: Developments in EU Legislation and New Challenges for Human Rights-oriented Criminal Investigations in Cross-border Cases*, Heidelberg 2014.

¹³⁵ S. GLESS, *op. cit.*, p. 689.

¹³⁶ In particolare, l'art. 4 c. 6 DQ_MERP consente l'assunzione di dichiarazioni delle persone presenti se richiesto dallo Stato ordinante e purché si tratti di dichiarazioni collegate all'oggetto della prova documentale oggetto del mandato probatorio.

rettiva sull'EIO, essendo tale strumento fisiologicamente deputato principalmente all'assunzione di prove dinamiche. Tuttavia le aspettative legate al nuovo istituto sono probabilmente destinate a essere frustrate nella prospettiva del diritto al contraddittorio e delle garanzie difensive, garanzie che pur figurano, mediante il generale richiamo ai diritti fondamentali della persona coinvolta in un'indagine transnazionale¹³⁷, tra gli obiettivi primari dell'EIO. Fedele all'impostazione della Convenzione di Bruxelles, la Direttiva EIO riproduce la (potenziale) combinazione tra forme procedurali quale metodologia privilegiata di assunzione della prova in altri Stati Membri, indipendentemente dallo strumento investigativo utilizzato¹³⁸. In conseguenza di tale approccio, le possibilità di contraddittorio legate all'assunzione di prove dinamiche continuano dunque a dipendere dalla circostanza che esse siano previste dal diritto dello Stato di esecuzione o che esplicitamente vengano richieste dall'autorità ordinante.

Un'attenta analisi del testo normativo mette peraltro in luce nuovi rischi per i diritti partecipativi della difesa, rischi che mostrano un netto arretramento nella tutela del diritto di difesa rispetto agli strumenti finora vigenti. Un ambito particolarmente problematico concerne le modalità di esecuzione dell'indagine transfrontaliera. La Direttiva prevede espressamente la possibilità che l'autorità emittente richieda che autorità del proprio Paese, delle quali non è specificata né la natura né il rapporto con l'autorità procedente, prendano parte all'attività investigativa, una richiesta che l'autorità di esecuzione può rigettare solo postulando la violazione di principi fondamentali del proprio ordinamento¹³⁹. Nulla si dice invece circa la possibilità di un'analoga partecipazione da parte della difesa che, seppur non esclusa, non viene dunque riconosciuta dal nuovo testo normativo. Né tale lacuna pare possa essere colmata mediante il richiamo al sistema delle rogatorie concelebtrate disciplinate dalla Convenzione del 1959, dato il generale carattere sostitutivo, non integrativo, della Direttiva EIO¹⁴⁰. Ciò provoca un evidente squilibrio a danno della difesa, reso ancora più intollerabile dalla possibilità che le autorità dello Stato emittente coinvolte non solo assistano le autorità locali nelle attività investigative¹⁴¹ ma, laddove sia conforme al diritto del Paese di esecuzione e su accordo con l'autorità di esecuzione, esercitino anche poteri coercitivi nel territorio dello Stato di esecuzione, con ciò dunque potendo incidere su diritti fondamentali dello stesso indagato o di terzi¹⁴².

La disattenzione di questo strumento normativo verso le garanzie difensive si manifesta peraltro già a uno stadio procedimentale anteriore, relativo alla valutazione di ammissibilità della misura investigativa richiesta. Innovando rispetto alla Decisione-quadro EEW e, più genere, rispetto alla logica di altri precedenti strumenti di cooperazione basati sul principio di riconoscimento mutuo, la Direttiva EIO demanda la scelta e l'esame dell'ammissibilità della misura all'autorità ordinante. A compensazione di quest'opzione, la Direttiva contempla, analogamente a quanto previsto dalla Decisione-quadro sulle misure di vigilanza alternative alla detenzione procedimentale, la possibilità che l'autorità di esecuzione adotti una misura diversa¹⁴³, senza tuttavia minimamente preoccuparsi di coinvolgere in quest'importante decisione la difesa tanto dell'imputato quanto, cosa ancor più grave, del destinatario della diversa misura investigativa. Né si tratta di valutazioni sempre condotte su basi obiettive o che necessariamente richiedono competenze che fisiologicamente sono della sola autorità di esecuzione. Tra l'altro, il ricorso a una misura diversa può dipendere dal fatto che l'obiettivo investigativo possa essere raggiunto con un diverso strumento meno invasivo¹⁴⁴, risultato che implica palesemente una valutazione con un margine di discrezionalità, ora maggiore ora minore. In definitiva, la

¹³⁷ Accompanying Document to the Proposal for a Council Directive regarding an European Investigation Order in criminal matters, Detailed Statement, 9288/10 ADD 2, COPEN 117 EJM 185 CODEC 384 EUROJUST 217, § 1.

¹³⁸ Art. 9 c. 2 Dir. EIO.

¹³⁹ Art. 9 c. 4 Dir. EIO.

¹⁴⁰ Diversamente M.R. MARCHETTI, *Dalla Convenzione di assistenza giudiziaria in materia penale dell'Unione europea al mandato europeo di ricerca delle prove e all'ordine europeo di indagine penale*, in T. RAFARACI (coord.), *La cooperazione di polizia e giudiziaria*, cit., pp. 163 s., sul presupposto che già la proposta di Direttiva contenesse una previsione (ora inserita nell'art. 34), che chiariva l'obiettivo di sostituzione da parte della Direttiva solo delle corrispondenti disposizioni contenute nella Convenzione del 1959. Tale conclusione non può essere condivisa, oltre che per quanto rilevato nel testo, anche per il diverso e più ampio ambito applicativo della Direttiva rispetto a quello della Convenzione del 1959, circoscritto alle sole procedure penali. In ogni caso, anche applicando la Convenzione del 1959, non si avanzerebbe di molto nella tutela del diritto di difesa, dal momento che qui, come si è notato, la partecipazione di soggetti privati non si spinge oltre la presenza all'attività rogatoriale, sottoposta peraltro alla condizione che lo Stato richiesto vi acconsenta.

¹⁴¹ Art. 9 c. 4 Dir. EIO.

¹⁴² Art. 9 c. 5 Dir. EIO.

¹⁴³ Art. 10 Dir. EIO.

¹⁴⁴ Art. 10 c. 3 Dir. EIO.

decisione di ricorrere a una misura diversa da quella richiesta è interamente rilasciata all'autorità di esecuzione, senza che peraltro sia richiesto che si (ri)valuti la proporzionalità e ammissibilità della nuova misura. Ciò ovviamente non può non avvenire, il che pone ulteriori delicati problemi, dei quali non si può dar conto in questa sede.

6. *EU law, Convenzione europea dei diritti dell'uomo, diritto nazionale.*

6.1. *Premessa.*

Si è osservato che la competenza dell'Unione europea ad armonizzare il diritto penale processuale nei settori indicati dall'art. 82 c. 2 TFUE può essere legittimamente esercitata nel rispetto di due obiettivi primari: la necessità di assicurare la massima tutela dei diritti fondamentali e il rispetto delle diversità tra gli ordinamenti giuridici nazionali e delle loro tradizioni giuridiche. D'altra parte, la riforma operata dal Trattato di Lisbona non solo fa dei diritti fondamentali, così come riconosciuti dalla Convenzione europea, principi generali del diritto dell'Unione ma ha anche fornito la base giuridica (almeno sul versante dell'Unione europea) per l'accessione dell'Unione alla Convenzione europea. Ciò è estremamente significativo perché mostra quanto l'Unione, proprio nel momento in cui si è dotata di una propria Carta dei diritti fondamentali, si sia mostrata aperta verso altre esperienze giuridiche e disposta quindi ad arricchirsi grazie alle soluzioni offerte dagli ordinamenti giuridici nazionali così come da altri strumenti internazionali di tutela dei diritti della persona¹⁴⁵. Tale approccio appare confermato dagli interventi normativi varati dopo il 2009, tutti puntualmente dotati di una clausola di non regressione, che attesta la chiara volontà del legislatore dell'Unione di non abbassare la soglia di tutela rispetto a quella fornita dalla Convenzione europea e dal diritto nazionale.

In definitiva, l'Unione europea presenta una normativa composita che, nell'attingere in particolare alla poderosa opera di armonizzazione giurisprudenziale progressivamente compiuta dalla Corte di Strasburgo, si prefigge dichiaratamente di non scendere al di sotto dei livelli di tutela previsti dagli ordinamenti nazionali e dalla stessa Convenzione europea dei diritti dell'uomo, pur senza ambire di superare necessariamente tali soglie. Su questo poggia programmaticamente la sussistenza e soprattutto la sopravvivenza nel tempo dell'area di libertà, sicurezza e giustizia. L'effettiva corrispondenza della normativa sovranazionale a questi propositi va peraltro accuratamente vagliata nella prospettiva della presente ricerca. L'analisi comparativa sarà condotta sulla base di un caso paradigmatico, concernente il diritto a partecipare personalmente al processo.

6.2. *EU law a confronto con la Convenzione europea.*

L'esame della normativa UE alla luce della giurisprudenza della Corte europea rivela preoccupanti scollamenti dagli *standard* di tutela della CEDU quanto al diritto a partecipare personalmente al processo. Che l'assetto normativo introdotto nel 2009 per le procedure transnazionali e confermato dalla recente iniziativa legislativa per i procedimenti nazionali sia in linea con la giurisprudenza di Strasburgo, è legittimo dubitare in base a quanto esposto¹⁴⁶. In effetti, la Corte europea insiste sulla necessità che l'effettività del diritto a partecipare al processo sia assicurata da apposite garanzie, quale in primo luogo un'adeguata informazione dell'avvio del procedimento penale, tale da garantire all'imputato la conoscenza del procedimento. Nella giurisprudenza europea la realizzazione di un'adeguata informazione non è tuttavia sufficiente a salvare la *fairness* delle procedure *in absentia*. Tradizionalmente la Corte europea ammette, quantunque non sempre con perfetta linearità, la legittimità della rinuncia dell'imputato al

¹⁴⁵ Art. 53 CDFUE.

¹⁴⁶ Diversamente, almeno per alcuni profili, F. SIRACUSANO, *op. cit.*, p. 96 nt. 35.

proprio diritto a partecipare al processo¹⁴⁷. Tuttavia la rinuncia deve essere, se non espressa, comunque univoca. Per la verità, essa non è sempre vista con favore dalla giurisprudenza di Strasburgo, che concepisce la partecipazione difensiva personale dell'imputato come la soluzione privilegiata specie quando l'accusato stesso sia dotato di competenze legali¹⁴⁸, invitando anzi il legislatore nazionale a scoraggiare assenze ingiustificate¹⁴⁹. Il che non implica tuttavia che la legislazione nazionale possa adottare misure drastiche per ottenere in forma coercitiva la presenza dell'imputato, come quella di richiedere che questi, nell'appellare una decisione condannatoria emessa nei suoi confronti, presti se stesso come garanzia sottoponendosi a uno stato di detenzione¹⁵⁰.

In definitiva, dalla Corte europea sembrano ricavarsi indicazioni chiare a favore di un sistema che accompagni all'informazione da parte delle autorità procedenti una scelta inequivoca da parte dell'imputato che scelga di non prendere parte al processo penale. Altrettanto chiaro è lo sfavore mostrato dalla giurisprudenza di Strasburgo nei confronti di rinunce ingiustificate al processo, specie da parte di imputati che abbiano le capacità e conoscenze legali adeguate per potere seguire la propria vicenda processuale. Al contempo emerge una soglia-limite oltre la quale l'imputato che non può essere sanzionato per la propria assenza processuale. Da escludere è così che l'ordinamento possa penalizzare l'imputato che decida di non partecipare al processo al punto di negargli basilari garanzie difensive come il diritto di scegliere un legale di propria fiducia, scelta che, per costante giurisprudenza europea, deve rimanere impregiudicata¹⁵¹.

Proprio in questo sembra emergere una ben diversa impostazione da parte del legislatore dell'Unione. Le soluzioni elaborate dalle istituzioni UE e quelle in cantiere sembrano assumere una posizione assiologicamente neutra quanto alla partecipazione dell'imputato a una procedura di cooperazione transnazionale che deve preferibilmente seguire il proprio corso. È vero che la Decisione-quadro del 2009 espressamente richiama l'opera interpretativa della Corte di Strasburgo quanto alla definizione delle condizioni affinché il diritto al processo sia esercitato in modo *fair*. Ciò vale anzitutto per l'informazione sul processo: sebbene le forme mediante le quali l'imputato debba essere reso edotto dello svolgimento di un processo penale nei suoi confronti siano demandate al diritto nazionale, esse devono comunque rispettare i requisiti stabiliti dalla Convenzione, da intendere sempre attraverso un'analisi del diritto convenzionale vivente¹⁵². Nonostante tali premesse programmatiche, si è osservato che l'attuale disciplina sul MAE, così come emendata da questa Decisione-quadro, si presenta ben lontana dal raggiungere gli obiettivi di un'effettiva informazione dell'imputato nell'ambito delle procedure transnazionali. Così l'aver legittimato, quale alternativa all'informazione personale dell'imputato, la notifica ufficiale con altri mezzi, conformemente al diritto interno dello Stato membro emittente, costituisce una soluzione a tal punto flessibile da essere compatibile con una pluralità di eterogenee situazioni, col rischio di produrre una pericolosa equiparazione tra conoscenza legale e conoscenza effettiva¹⁵³.

Ma soprattutto abbiamo notato che la normativa UE concepisce l'informazione e la rinuncia al processo come requisiti fungibili, come si evince dall'analisi delle condizioni affinché l'imputato possa rinunciare al diritto al processo salvaguardando la *fairness* della procedura. Anche su questo profilo, per la verità, la Decisione-quadro del 2009 non omette un'espressa sottolineatura dell'importanza del lavoro svolto dalla Corte europea nell'individuazione dei requisiti per la rinuncia al diritto al processo, rinuncia che deve essere spontanea e inequivocabile¹⁵⁴. Ma tali condizioni non sempre ricorrono in base a quanto previsto da questo provvedimento normativo. A ben vedere, persino la scelta di dar mandato a un legale non attesta necessariamente una libera scelta, ovvero la volontà dell'imputato senza costrizioni, dirette o

¹⁴⁷ Ciò era già stato espresso dalla Corte europea in *Neumeister v. Austria* (27 giugno 1968). In *Colozza v. Italia* (12 febbraio 1985), la questione è invece lasciata aperta. Cfr. S. TRECHSEL, *Human rights in criminal proceedings*, Oxford 2005, p. 255 s.

¹⁴⁸ In *Franquesa Freixas v. Spagna* (21 novembre 2000), la Corte ha considerato con sfavore la scelta dell'imputato di non difendersi da sé essendo un legale.

¹⁴⁹ CtEDU, 23 novembre 1993, *Poitrimol v. Francia*.

¹⁵⁰ *Ibid.*

¹⁵¹ Per tutte cfr. CtEDU, 22 settembre 1994, *Lala v. Paesi Bassi*.

¹⁵² Considerando n. 8.

¹⁵³ In tal senso, puntualmente, F. SIRACUSANO, *op. cit.*, p. 99.

¹⁵⁴ Considerando n. 1.

indirette, di rinunciare a partecipare al procedimento¹⁵⁵. Il che basta a dimostrare quanto lontana sia ancora culturalmente la disciplina UE dai bilanciamenti giurisprudenziali raggiunti dalla Corte di Strasburgo.

6.3. EU law a confronto col diritto nazionale.

Si tratta ora di vedere se e in che misura la disciplina europea rispetti le soglie di tutela previsti dagli ordinamenti nazionali, specie quando esse, all'interno di questi, attestano soluzioni espressive di puntuali requisiti di ordine costituzionale. Proprio questa delicata questione ha visto confrontarsi e scontrarsi nel 2013 la Corte di giustizia dell'Unione europea e il *Tribunal constitucional* spagnolo nel noto caso *Melloni*¹⁵⁶, un caso di estrema rilevanza dal punto di vista sistematico in quanto ha posto sul tappeto il problema del se il sistema costituzionale nazionale possa derogare al diritto dell'Unione laddove sia in grado d'innalzare il livello di tutela di diritti fondamentali. Il che si può anche esprimere nella direzione inversa, se cioè il diritto dell'Unione possa e debba recedere se conduce a un abbassamento della soglia di tutela offerta dagli ordinamenti nazionali, ovvero addirittura da requisiti qualitativi in base ai quali si definisce il modello costituzionale di processo secondo un dato ordine giuridico.

La vicenda prende avvio dall'*amparo* proposto dal Signor Melloni contro l'ordinanza della *Audiencia Nacional* che aveva autorizzato, sulla base della nuova disciplina del 2009, l'esecuzione del MAE emesso nei suoi confronti. Investito della questione, il *Tribunal constitucional* spagnolo ha riconosciuto che il carattere vincolante dei diritti fondamentali, laddove applicati esternamente in ipotesi di indagini transnazionali, possa subire una certa attenuazione nel senso che solo il nucleo delle garanzie costituzionali produrrebbe una violazione della Costituzione. Tuttavia, laddove l'autorità giudiziaria consentisse la consegna di una persona che per reati di notevole gravità producesse l'esecuzione di una condanna emessa *in absentia* senza la possibilità di ottenere una revisione della stessa, ciò produrrebbe una violazione indiretta del diritto di difesa e, per suo tramite, della dignità della persona, così come consacrati nella Costituzione spagnola. I giudici costituzionali spagnoli investono quindi la Corte di giustizia della seguente triplice questione: *a*) se, nonostante la riforma del 2009, l'autorità di esecuzione possa subordinare la consegna alla circostanza che all'imputato sia data la possibilità di ottenere una revisione della decisione resa *in absentia*; *b*) se tale normativa assicuri adeguatamente il diritto al *fair trial* e il diritto a un ricorso giurisdizionale effettivo, così come riconosciuti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione; *c*) se l'autorità di esecuzione possa subordinare la consegna a tale condizione in modo da evitare una violazione del proprio ordine costituzionale, laddove esso fornisca un più alto livello di tutela rispetto a quello dell'Unione.

La risposta della Corte di giustizia è sintetica e *tranchant* in senso negativo. La Decisione-quadro del 2009 non consentirebbe tale possibilità, rientrando le quattro situazioni considerate nel generale obbligo di esecuzione e consegna. Né l'art. 53 CDFUE potrebbe essere interpretato nel senso di legittimare che le autorità nazionali invocino requisiti del proprio diritto e persino del proprio ordinamento costituzionale se essi consentono un più alto livello di tutela. Tale interpretazione condurrebbe a un'applicazione diseguale e frastagliata della normativa sovranazionale, che frusterebbe il primato e l'uniforme applicazione del diritto dell'Unione, mettendo inoltre a repentaglio la mutua fiducia tra gli Stati Membri e, con essa, l'intero sistema di riconoscimento reciproco. Nell'uniformarsi alla decisione della Corte di Lussemburgo, il *Tribunal constitucional* spagnolo risolve dunque la questione senza affrontare il problema del rapporto tra diritto UE e Costituzione. Dalla recente sentenza 26/2014 si ricava che lo *standard* costituzionale di tutela esterna del diritto di difesa, così come riconosciuto dall'art. 24 della Costituzione spagnola, potrebbe considerarsi rispettato per il fatto che il ricorrente sarebbe stato informato del procedimento presso i due legali da lui nominati sarebbe stato così posto in condizione di partecipare al processo per loro tramite.

Quale che sia il giudizio che si voglia formulare su questa vicenda giudiziaria e sull'adeguatezza sostanziale della soluzione decisoria raggiunta rispettivamente dalla Corte di Giustizia

¹⁵⁵ M. BÖSE, *Human Rights Violations and Mutual Trust: Recent Case Law on the European Arrest Warrant*, in S. RUGGERI (coord.), *Human Rights in European Criminal Law*, cit., p. 142.

¹⁵⁶ CGUE, Grande Camera, 26 febbraio 2013, *Melloni v. Ministerio Fiscal*.

e dal *Tribunal constitucional* spagnolo¹⁵⁷, essa si è caratterizzata per un vero e proprio gioco di forza, nel quale peraltro lo scontro tra le due Corti non ha messo a raffronto solo due ordinamenti bensì due concezioni culturali. In effetti, a prescindere da considerazioni legate al caso concreto, emerge da questa vicenda una profonda spaccatura culturale tra due visioni molto diverse di “ordinamento giuridico” e persino di “sistema costituzionale”. A una visione nella quale l’ordine costituzionale nazionale viene inteso quale fonte di arricchimento della tutela dei diritti fondamentali fornita dall’Unione, che tramite il suo contributo fa e deve fare sistema, si contrappone una visione nella quale l’affermazione del sistema costituzionale di tutela dei diritti fondamentali viene intesa quale ostacolo a un modello in sé esaustivo e autosufficiente, e ogni ordine giuridico può sopravvivere, col proprio sistema di tutela delle garanzie individuali, all’interno della propria sfera di operatività senza subire interferenze dall’altro¹⁵⁸.

In quest’ultimo senso si è espresso, nella vicenda in questione, l’Avvocato Generale Bot, ritgettando l’interpretazione, avanzata tra le possibili dai giudici costituzionali spagnoli, secondo cui il diritto dell’Unione fornirebbe solo una soglia minima di tutela, che potrebbe essere innalzata dagli ordinamenti nazionali. Decisivo sarebbe, ad avviso dell’Avvocato Generale Bot, il riferimento, previsto dall’art. 53 CDFUE, al riparto di competenze che giustificerebbe la prevalenza del diritto dell’Unione, con la propria soglia di tutela delle garanzie individuali, per l’appunto, all’interno della propria sfera di operatività. Insomma, al fine di non frustrare un’inefficiente cooperazione internazionale, si tornerebbe al sistema di riparto di ambiti di competenze, per il quale l’Unione, nel proprio ambito, imporrebbe i propri *standard* di tutela che neppure vincoli di ordine costituzionale potrebbero scalfire. Ma quest’impostazione è plausibile oggi quando sono in gioco diritti individuali?

6.4.

Decostruzione degli ordini giuridici e definizione di nuovi modelli di tutela integrata dei diritti della persona.

A ben guardare, che anche la concezione prescelta dallo stesso diritto dell’Unione corrisponda a un modello transculturale e non autoreferenziale si evince da non pochi dati normativi, contrariamente alle conclusioni cui è pervenuta la Corte di Giustizia nella vicenda *Melloni* che, al di là dell’adeguatezza della soluzione decisoria adottata nel caso concreto, ha mortificato il sistema nazionale di tutela e, con ciò, ha finito per imprimere staticità allo stesso ordinamento dell’Unione impoverendone le risorse. Si è notato che non solo l’art. 53 CDFUE riflette in termini chiarissimi il carattere per definizione aperto e flessibile dell’ordinamento dell’Unione nella definizione degli *standard* di tutela: non meno significativo è l’art. 4 c. 2 TUE, in forza del quale l’Unione si impegna a rispettare l’identità nazionale degli Stati Membri, identità che non può non estendersi all’identità costituzionale degli Stati membri, da intendere non solo con riferimento all’apparato statale ma al complessivo assetto di tutela dei diritti stabilito dalle Costituzionali nazionali¹⁵⁹. Ma soprattutto, per quel che concerne la cooperazione internazionale tra i Paesi dell’Unione, abbiamo visto che l’area di sicurezza libertà e giustizia in tanto può esistere in quanto venga assicurato il massimo rispetto dei diritti fondamentali, il che mostra inequivocabilmente che, quando è in gioco la tutela dei diritti della persona, considerazioni di rispetto di un sistema giuridico, così come tradizionalmente inteso, devono inevitabilmente recedere.

Ciò posto, s’impone una delicata opera di ricostruzione sistematica della normativa da applicare al caso concreto, un’operazione che deve impegnare tutti gli attori istituzionali alla ricerca di soluzioni volte a conseguire il massimo livello di tutela delle garanzie individuali senza frustrare gli obiettivi di cooperazione internazionale promossi dall’Unione. Il che deve portare a rivedere criticamente ogni soluzione giuridica che, nel confronto con altre esperienze

¹⁵⁷ Così, il riferimento fatto dai giudici costituzionali spagnoli alla giurisprudenza di Strasburgo, per sostenere l’argomentazione addotta, appare inappropriato poiché l’informazione presso il legale on è certo indice della sicura conoscenza del procedimento e, ancor meno, può essere considerato alla stregua di una rinuncia inequivoca a prendere parte personalmente al processo.

¹⁵⁸ Per un inquadramento sistematico della questione cfr. A. RUGGERI, “Dialogue” Between European and National Courts, in the Pursuit of the Strongest Protection of Fundamental Rights (with Specific Regard to Criminal and Procedural Law), in S. RUGGERI (coord.), *Human Rights in European Criminal Law*, cit., pp. 10 ss.

¹⁵⁹ Per un’opportuna sottolineatura di questo riferimento normativo, singolarmente assente nel contesto della decisione in questione, cfr. A. RUGGERI, *op. cit.*, p. 23.

giuridiche, non può pretendere di affermarsi in senso assoluto ma costituisce solo il vettore di una data composizione tra interessi confliggenti da sottoporre al confronto con altre, talora molto diverse. In questa prospettiva il problema della conservazione del volto del singolo ordine giuridico è certamente un problema che come tale non può sopravvivere nell'attuale scenario multiculturale europeo e, più che alla ricostruzione dei lineamenti dell'ordinamento in quanto tale, l'operatore è oggi chiamato al difficile compito di definire la complessiva tutela dei diritti soggettivi in relazione alle specifiche esigenze in gioco nell'ambito di una vicenda concreta. Volendo mantenere i termini di una prospettiva strutturalista, si potrebbe dire che dalla decostruzione dei singoli sistemi giuridici, per come tradizionalmente concepiti, emerge oggi la necessità di costruire un sistema di protezione delle garanzie della persona, che possa ritenersi sostenibile in base agli equilibri che ogni modello di tutela offre. Ma, a ben guardare, anche una simile spiegazione può essere fuorviante perché sul piano dei diritti della persona la ricerca di un assetto tollerabile tra gli interessi in conflitto sfugge alle geometrie di un ordine preconstituito e può realizzarsi solo mediante un dialogo umile e costruttivo.

In questa delicatissima verifica, le soluzioni dei singoli fronti ordinamentali costituiscono null'altro che vettori espressivi di certi equilibri fra interessi confliggenti, equilibri chiamati al confronto costruttivo con quelli di altre esperienze giuridiche. A questa verifica non può ovviamente sottrarsi il diritto nazionale e, al suo interno, persino requisiti di ordine costituzionale vanno sottoposti al confronto esterno. Così, nell'ambito delle procedure *in absentia*, per quanto ciò implichi una talora drastica ridefinizione del sistema nazionale delle notifiche, il legislatore nazionale non potrà adagiarsi sul mantenimento delle notifiche ufficiali esistenti, laddove esse non soddisfino gli *standard* qualitativi dell'informazione previsti dalla stessa Decisione-quadro del 2009, che invoca la necessità di assicurare in ogni caso l'inequivoca conoscenza della *vocatio in iudicium* da parte dell'imputato. Ancor più complessi i compiti demandati alle autorità nazionali. Grande attenzione dovrà così essere rivolta agli strumenti informativi del diritto al *retrial* che, se previsto dal diritto nazionale, deve essere portato a conoscenza dell'imputato non solo espressamente ma anche personalmente. Essenziale è poi che dalla certezza dell'informazione non si faccia discendere una presunzione di rinuncia al processo al *retrial*. A questo proposito sarebbe molto utile che il legislatore dell'Unione emenda la disciplina del 2009, richiedendo agli Stati Membri l'adozione di una procedura *ad hoc* che demandi a un'autorità giurisdizionale la verifica della volontarietà della rinuncia, secondo un modello già contemplato in termini analoghi dal diritto dell'Unione in tema di rinuncia al diritto alla traduzione¹⁶⁰. In alternativa, l'autorità di esecuzione dovrebbe sempre essere gravata del compito di verificare d'ufficio se la mancata proposizione del ricorso restitutorio sia stato il frutto di una precisa opzione dell'imputato – soluzione che potrebbe essere costruita facendo della rinuncia al processo una condizione di procedibilità.

A ben vedere, pure la condizione della revisione della condanna emessa *in absentia* può rivelarsi inadeguata. Anche mantenendo modelli processuali che consentano di procedere in assenza di un'espressa rinuncia, attestata attraverso una procedura *ad hoc*, non è ammissibile che l'autorità nazionale possa invocare la possibilità di un rimedio successivo, comunque venga strutturato, laddove non abbia fatto ogni sforzo per assicurare sin dall'inizio la partecipazione dell'imputato creando tutte le condizioni per una realistica conoscibilità del processo. In ogni caso, resta metodologicamente inaccettabile che l'autorità procedente possa alternativamente scegliere quale condizione soddisfare per vincolare l'autorità di altri Stati Membri alla consegna dell'imputato, specie a fronte di puntuali requisiti costituzionali nello Stato di esecuzione.

7.

Conclusioni.

L'impegno dell'Unione nella tutela delle garanzie individuali inerenti al diritto di difesa nel processo penale è indubitabile e considerevoli passi in avanti sono stati fatti negli ultimi

¹⁶⁰ Art. 3 c. 8 DirIT. In proposito cfr. M. Böse, *op. cit.*, p. 142.

anni¹⁶¹. L'Unione stabilisce i propri programmi di tutela e, sebbene non si possa certo parlare di un diritto processuale penale dell'Unione, possono già nitidamente vedersi i tratti di un modello partecipativo dell'Unione che va ormai al di là della sfera delle sole procedure transnazionali. Questi risultati certamente positivi si accompagnano tuttavia al rischio, che le vicende giudiziarie più recenti hanno posto in evidenza, che l'Unione imponga soglie di tutela che, all'interno del proprio ambito d'intervento, si sottraggano al dialogo interculturale, inevitabile dove è in gioco la protezione di diritti individuali.

In una prospettiva dinamicamente interordinamentale della tutela dei diritti, il problema concernente il se l'ordinamento nazionale possa invocare *standard* di tutela più elevati in quanto richiesti dal proprio sistema costituzionale è in realtà un falso problema e come tale andrebbe trattato. In effetti, abbiamo osservato che lo stesso diritto primario dell'Unione pone le basi normative per l'affermazione di un complessivo sistema interculturale con altre esperienze giuridiche e gli ordinamenti degli Stati Membri. Un ulteriore argomento a favore di quest'approccio è ricavabile dal principio di leale cooperazione, sancito dall'art. 4 c. 3 TUE, che obbliga tanto l'Unione quanto gli Stati Membri a supportarsi reciprocamente nel perseguimento degli obiettivi stabiliti dai Trattati, impegnando pertanto tutte le istituzioni, sia sovranazionali che nazionali, alla ricerca della massima tutela dei diritti fondamentali dei soggetti coinvolti nelle indagini penali, anche e soprattutto di quelle transnazionali. Anche nella prospettiva del diritto sovranazionale, l'arricchimento valoriale da parte degli ordinamenti nazionali dunque non tanto è consentito quanto è istituzionalmente richiesto.

¹⁶¹ Cfr. lo stato della normativa UE sul diritto di difesa in materia penale nel 2011, accuratamente monitorato da T. RAFARACI, *Il diritto di difesa nelle procedure di cooperazione giudiziaria nel contesto dell'Unione europea*, in T. RAFARACI (coord.), *La cooperazione di polizia e giudiziaria*, cit., pp. 119 ss.; T. RAFARACI, *The Right of Defence in EU Judicial Cooperation in Criminal Matters*, in S. RUGGERI (coord.), *Transnational Inquiries*, cit., pp. 331 ss.