

***La cooperazione giudiziaria dalla Convenzione europea
di estradizione all'ordine di indagine europeo
(Francesco Trapella)
Relazione al Convegno
La cooperazione giudiziaria. Tutela della sovranità nazionale
e esigenze di coordinamento tra sistemi
(Milano, 6 febbraio 2018)***

1. Premessa ... di metodo.

La storia della cooperazione europea in ambito penale ha inizio in tempi più recenti di quella degli omologhi strumenti nel settore civile e commerciale. È un dato noto a tutti ed è, in fondo, la critica che più di frequente viene mossa all'Unione: l'integrazione europea nasce e cresce come fenomeno di aggregazione economica, toccando, solo in momenti successivi, settori tradizionalmente riferibili al singolo individuo, inteso come titolare di posizioni giuridiche degne di comune tutela, ben al di là dei confini nazionali.

Attorno a questa idea svilupperò la mia relazione. Più che compiere una semplice cronistoria dei singoli provvedimenti che hanno segnato l'evolversi della cooperazione giudiziaria europea, mi occuperò di scandire le fasi di quell'*iter* – la prima (1957-1992), segnata da provvedimenti convenzionali, solo in parte riferibili all'allora Comunità europea; la seconda (1992-2009), del metodo intergovernativo; la terza (2009-oggi), della comunitarizzazione – per poi guardare all'avvenire, e cercare di offrire argomenti a favore della mia tesi: il futuro dell'Unione va costruito attorno alla nozione di *ordine pubblico europeo*, che deve informare anche il settore penale, costituendo l'ossatura di ogni forma di collaborazione interstatuale.

Va, infine, premesso che, come ogni tentativo di periodizzazione, quello al quale ci si avvia impone solo indicative cadenze.

Su un piano generale, l'integrazione europea è fenomeno da leggersi di concerto con la storia degli ultimi decenni, anche perché, sul piano penale, spesso – forse: sempre – nuovi strumenti di mutua assistenza vengono approntati in risposta ad episodi eclatanti: si pensi all'uccisione degli atleti della squadra israeliana all'Olimpiade di Monaco (1972), che fu utile spunto per la creazione del TREVI di lì a tre anni.

Sotto un profilo più specifico, va sin d'ora evidenziato che le date che ho poco più sopra esposto, in via meramente indicativa, non tengono conto dei ritardi legati ai tempi con cui gli Stati adottano, ciascuno nel proprio ordinamento, i provvedimenti attuativi degli atti unionisti. Con un esempio, nella primavera del 2017 l'Italia ha adottato il d.lgs. n. 52, che recepisce la Convenzione di Bruxelles del 2000: il nostro Paese ha dato seguito ad una normativa europea "di terzo pilastro" – nata ben prima del Trattato di Lisbona – in un momento storico nel quale la medesima materia regolata dalla Convenzione è disciplinata dalla direttiva 2014/41/UE sull'ordine europeo d'indagine – atto, quest'ultimo, "comunitarizzato" –, peraltro da noi recepita a pochissimo tempo di distanza dal d.lgs. n. 52 con il d.lgs. n. 108 del 2017. Insomma, il decreto che attua la Convenzione di Bruxelles è nato vecchio, è anacronistico, sfugge alle scansioni poco fa proposte e tanto va probabilmente ricondotto alla sciattezza del legislatore nostrano.

In definitiva, allora, una nota di metodo: quanto ora esporrò va ovviamente coniugato con il susseguirsi degli eventi che hanno segnato il nostro Paese e il nostro Continente, e che rappresentano ora il principale stimolo, ora l'ostacolo più difficile alla creazione di una giustizia penale europea.

2. La prima fase: cooperazione per convenzioni.

L'idea di un'Europa unita nella salvaguardia delle posizioni giuridiche individuali rappresenta l'antidoto più forte al reiterarsi di episodi sanguinosi quali furono quelli che colpirono il Continente nella prima metà del XX Secolo.

Obiettivo ambizioso, esso sfuggiva ai connotati di quell'organismo che, negli anni Cinquanta, delineava la propria fisionomia di Comunità economica europea (1957), preceduta, qualche anno prima, dalla Comunità europea per il carbone e per l'acciaio (1952).

Per tale ragione, almeno inizialmente, il progetto europeo di una coalizione funzionale a cooperare al di là di iniziative capaci di rendere più fluido il commercio e, quindi, il mercato di beni e lavoro non poté essere coltivato in seno alla Comunità economica europea. Il luogo più idoneo per sviluppare un proposito del genere appariva piuttosto il Consiglio d'Europa, istituito nel 1949 come soggetto abilitato a risolvere i problemi sociali del Continente mediante la promozione della democrazia e dei diritti fondamentali dell'uomo.

Non stupisce, allora, che i primi due accordi di cooperazione penale europea – quello di estradizione (Parigi, 1957) e quello di assistenza giudiziaria in materia penale (Strasburgo, 1959) – siano stati conclusi proprio tra i membri del Consiglio d'Europa. Il legame tra la tutela dei diritti individuali e la materia penale è evidente: solo azioni comuni contro il crimine transfrontaliero conducono all'unanime protezione delle situazioni giuridiche lese dai reati commessi.

Come si può intuire, si tratta di ambiti completamente diversi da quelli di pertinenza della Comunità economica; ne deriva che, nemmeno volendolo, gli allora sei Stati che la formavano avrebbero potuto adottare atti in materia penale, secondo il metodo che definiamo "comunitario", ossia in base alle regole di manifestazione della volontà normativa degli organi istituzionali: Commissione, Parlamento e Consiglio.

Alla diversità di obiettivi s'aggiunga, infine, quella della piattaforma delle Nazioni aderenti ora alla Comunità economica europea, ora al Consiglio d'Europa. Un quadro difforme che esiste ancora oggi – beninteso se rapportato all'Unione – tanto che, solo sul finire del 2014, con il parere 2/13, la Corte di Lussemburgo negava la compatibilità dell'accordo sull'adesione dell'Unione europea alla Convenzione e.d.u., così sancendo definitivamente l'attuale divergenza di sostanza tra la Piccola Europa – quella a ventotto, dell'Unione – e la Grande Europa, a quarantasette.

Sulle ragioni sottese al parere 2/13 si è detto parecchio: la critica più frequente era che l'Unione è un organo che mal sopporterebbe ingerenze esterne, ed allora nel Continente ad oggi abbiamo, appunto, due Europe vocate alla salvaguardia dei diritti umani, e il rapporto tra loro non è sempre facile. Questa è, in un *flash*, la situazione oggi, e – come vedremo a breve – è ben più complicata di quella che era negli anni Cinquanta, allorquando – è utile ribadirlo – la Comunità economica europea non si occupava né di diritti individuali, né di diritto penale, e a farlo era semmai il Consiglio d'Europa.

Lo strumento con cui tale istituzione auspicava di realizzare un obiettivo siffatto era la convenzione internazionale, tale essendo quell'atto che sintetizza una prospettiva di agire comune tra due o più Stati, ma che necessita di uno specifico provvedimento interno per tradursi in disposizione vigente negli ordinamenti nazionali.

Il Consiglio d'Europa non è un soggetto sovrano e, per tale ragione, mai avrebbe potuto – né può oggi – sostituirsi ai parlamenti e ai governi statali, imponendosi su di essi. Il Consiglio offre, infatti, un indirizzo, ma sono le singole Nazioni che scelgono di seguirlo, ratificando le convenzioni cui intendono aderire e mantenendo comunque un duplice controllo – l'uno, di tipo *politico-amministrativo*, e l'altro, di matrice *giurisdizionale* – sugli atti di mutua assistenza che potranno compiere in forza degli accordi ratificati.

Stiamo sempre discutendo di cooperazione penale, e quindi è persino ovvio che, in una prospettiva di metodo intergovernativo, gli Stati siano abilitati ad un controllo *in primis* politico-amministrativo. Qui il termine "politico" va inteso nel suo significato etimologico, da *polis*, ossia "comunità". Lo Stato che aderisce ad una convenzione non sta prestando il proprio assenso incondizionato ad ogni forma di esercizio dei poteri che il detto trattato conferisce a lui o ad altre Nazioni; più semplicemente, sta accettando di regolare i propri futuri rapporti con gli altri firmatari secondo una certa direzione. Ne deriva che, di fronte

alla singola altrui richiesta di consegna o di compimento di un atto probatorio o d'indagine, lo Stato si mantiene sempre nella possibilità di valutare se quanto richiesto sia o meno conforme ai principi fondamentali che reggono il proprio ordinamento. In questo sta il riferimento alla comunità: mai uno Stato potrebbe accettare di collaborare ad un atto che, nel proprio interno, sarebbe vietato, giacché contrastante con principi o interessi comuni e ritenuti essenziali.

In definitiva, allora, in questa primissima fase orientiamo l'analisi a due livelli. Da un lato, l'invito a collaborare in ambito penale proviene non dalla Comunità economica europea, ma dal Consiglio europeo; dall'altro, ogni Stato decide se vincolarsi o meno e, in caso di ratifica della convenzione, mantiene comunque pieni poteri circa il proprio attivarsi a fronte dell'altrui istanza di assistenza. Lo farà, insomma, nei casi in cui un comportamento siffatto sia di suo interesse.

Il quadro così delineato si arricchisce della prassi, vigente già nel 1961, delle riunioni informali dei cd. vertici europei: si parla del "Consiglio europeo", che entra nel quadro istituzionale solo con il Trattato di Lisbona. Ebbene, nella fase che qui ci interessa, il consiglio europeo rappresenta l'altro fattore di stimolo per la creazione di una politica – diremmo – non solo economica dell'allora Comunità. In apertura citavo l'episodio delle Olimpiadi di Monaco del 1972: ebbene, la nascita del TREVI va fatta risalire al Consiglio europeo di Roma del 1°-2 dicembre 1975, come risposta alla minaccia terroristica che aveva cagionato la strage degli atleti di cui si è appena detto. Sempre in un Consiglio europeo – quello di Stoccolma del 1983 – fu dato incarico ad un apposito soggetto, il Comitato Dooge, di elaborare soluzioni capaci di fronteggiare la crisi economica degli anni Settanta, implementando la cooperazione tra Stati europei anche oltre le materie indicate nei Trattati: è il primo embrione di Unione, e i rapporti del Comitato saranno vagliati in un altro Consiglio europeo, quello di Milano del 1985, i cui lavori costituiranno la base dell'Atto unico europeo (1986).

Frutto dei lavori di una Commissione Intergovernativa, l'Atto unico prevedeva una prima definizione della politica di sicurezza comune. Si noti come lo strumento non sia mutato: anche il Consiglio europeo procede mediante accordi convenzionali: del resto, esso non rispecchia un organo dotato di sovranità o al quale gli Stati hanno deciso di conferire poteri sovrani. Esso fornisce, però, il segnale di un cambiamento, di un'Europa che non aspira più solo ad essere luogo di scambi economici, ma che vuole estendere oltre – guardando al TREVI e all'atto unico, alla politica di sicurezza, soprattutto – le proprie potestà.

3. Seconda fase: metodo intergovernativo interno al terzo pilastro.

L'atto unico europeo segna la volontà di attribuire all'integrazione europea funzioni esorbitanti la mera gestione di comuni interessi economici; inizia, allora, a parlarsi di sicurezza comune, di crimine transfrontaliero, di difesa dei confini esterni. Sono gli anni dell'Accordo di Schengen (1985) e della successiva, relativa Convenzione (1990), che legava, dapprima, solo Belgio, Olanda, Lussemburgo, Germania Occidentale e Francia e che progressivamente ha esteso ad altri Paesi della Comunità le misure per l'eliminazione dei controlli alle frontiere e, quindi, per favorire la libera circolazione delle persone. L'*acquis* di Schengen è, poi, parte integrante del diritto eurounitario, grazie ad apposito protocollo al Trattato di Amsterdam (1997).

A maggiore facilità di spostamento, però, corrisponde una più efficace diffusione degli apparati criminali che, dapprima, limitati dai netti confini da uno Stato e un altro, ora possono allargarsi senza troppi problemi alle vicine Nazioni. Si pone, allora, il problema della lotta alla criminalità transfrontaliera interna all'Unione europea, che va ad affiancarsi all'annosa questione della sicurezza esterna, affrontata – si vedeva – dall'Europa almeno dalla metà degli anni Settanta.

Sono queste le basi della giustizia penale europea, che trova la propria, naturale *sedes materiae* in quella parte dei Trattati che disciplina il cd. terzo pilastro. Ci si riferisce ovviamente al Trattato di Maastricht

(1992) e alla creazione di un'Unione costruita sull'immagine di un tempio greco: alla colonna centrale – le Comunità – s'affiancano i due pilastri laterali, l'uno – il secondo – della politica estera e della sicurezza comune, e l'altro – il terzo – della cooperazione, investigativa e giudiziaria, nel settore penale.

L'immagine, in effetti, è evocativa e spiega bene l'allargamento di funzioni ricollegabili al fenomeno dell'integrazione europea: non solo interessi economici, ma anche politica estera e giustizia penale, nel segno di quell'evoluzione che sin qui s'è rammentata.

Ma l'idea di un'Unione a pilastri va considerata nel segno di un rilievo ricollegabile al discorso della sovranità nazionale, attorno al quale questo incontro si sviluppa. Ed, infatti, ai tre settori testé menzionati corrispondono due metodi di funzionamento, quello comunitario e quello intergovernativo.

La ritrosia degli Stati a cedere porzioni della propria sovranità a soggetti esterni in un settore così delicato come la materia penale riconduceva il terzo pilastro al metodo intergovernativo, laddove l'istituzione europea dominante era il Consiglio – *id est*, la riunione dei rappresentanti degli esecutivi nazionali – e la regola decisoria era l'unanimità. Di contorno, il Parlamento manteneva un ruolo perlopiù consultivo e la Corte di giustizia si esprimeva unicamente in funzione nomofilattica sull'interpretazione e sull'applicazione delle disposizioni regolanti, appunto, il terzo pilastro.

La considerazione non è di poco momento. Giustizia penale significa decidere che cosa rappresenta una violazione suscettibile di pena e in che modo si possa accertarla: il tema si incrocia con l'altro, poco fa debitamente approfondito, della tutela delle posizioni giuridiche individuali. A ben pensarci, infatti, fissare un certo interesse come degno di protezione penale o intendere in un modo piuttosto che in un altro le garanzie dell'indagato o quelle delle parte processuale significa esprimere una certa opzione proprio sul tema dei diritti dei singoli.

All'inizio degli anni Novanta – ma, in realtà, nemmeno oggi – ai governi nazionali piaceva poco l'idea di privarsi della possibilità di decidere in ambiti così delicati; fino a quel momento, infatti, la materia, quando regolata a livello internazionale, era stata affidata a convenzioni, quindi, ad accordi cui lo Stato sceglieva di vincolarsi, per decidere, poi, caso per caso, in che modo tradurre in decisione concreta le norme, comunque astratte, recepite dai trattati.

Il metodo intergovernativo, almeno nei primi anni riconducibili a questa fase del percorso europeo di integrazione, non muta le cose: sono sempre gli esecutivi nazionali a decidere se e in che misura vincolarsi a scelte comuni, avendo in ogni caso la possibilità di discostarsene.

Dico “nei primi anni”, in quanto con i Consigli Europei di Cardiff (1998) e di Tampere (1999) l'azione dei governi unionisti vira altrove, verso il nuovo obiettivo del mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie in materia penale. In questo rinnovato clima collaborativo va collocata, ad esempio, la decisione-quadro 2002/584/GAI sul mandato d'arresto europeo: essa crea un solo strumento, condiviso da tutti gli Stati aderenti, e idoneo a sostituire le vecchie convenzioni, bi- o plurilaterali in materia di estradizione. La vera novità è questa: il mandato è un mezzo che garantisce la circolazione delle decisioni applicative di una cautela carceraria o di una sanzione detentiva, già rese dinanzi al giudice di uno Stato membro, su tutto il territorio dell'Unione. In sostanza, i Paesi europei manifestano fiducia gli uni verso gli altri, si dimostrano consapevoli che le decisioni delle varie corti nazionali poggiano su valori condivisi e, allora, coniano un attrezzo capace di garantire la consegna del custodito o del condannato, senza, però, l'esigenza di transitare attraverso un controllo di tipo politico-amministrativo.

La vera novità del mandato è questa: non c'è più bisogno, almeno in linea di principio, di verificare la compatibilità dell'istanza allogena rispetto ai valori essenziali dello Stato richiesto, perché si dà per scontato che i Paesi coinvolti nel rapporto di assistenza riconoscano e garantiscano i medesimi principi fondamentali, *in primis* attinenti alla salvaguardia dell'individuo.

Altro aspetto di sicuro interesse – e che ci dimostra come ancora si versi in una fase di transizione – è che il mandato d'arresto europeo è istituito con decisione-quadro. È atto del terzo pilastro, e quindi

assoggettato al volere degli esecutivi, che lo hanno approvato in seno al Consiglio, secondo la regola dell'unanimità, con un ruolo marginale del Parlamento e relegando la Corte di giustizia unicamente ad organo di nomofilachia.

Quest'ultimo passaggio è importante. Se la Corte di giustizia – com'era ai sensi dell'art. 35 del Trattato sull'Unione europea, beninteso *ante* Lisbona – si limita al solo controllo sull'interpretazione e sull'applicazione delle regole che governano il terzo pilastro e, quindi, nel caso di specie, della decisione-quadro ora in esame, significa – ed è abbastanza ovvio – che ad essa non vengono riconosciuti i più ampi poteri che la stessa esplicava in ambito comunitario.

Ad esempio, sarebbe irricevibile un ricorso alla Corte, motivato dall'inadeguata attuazione nazionale della decisione-quadro 2002/584/GAI, e tanto perché non esiste l'idea di un ricorso per inadempimento nella logica del terzo pilastro. Ecco, allora, che gli Stati rimangono piuttosto liberi di organizzare l'attuazione delle norme sulla cooperazione investigativa e giudiziaria europea, e in questo – è forse bene ribadirlo – risiede il nostro giudizio iniziale, che quella in parola è una fase di transizione: sono gli esecutivi nazionali a decidere se legarsi o meno ai vari progetti di collaborazione penale che dagli anni Novanta in poi si susseguono sulla scena europea; sono sempre gli Stati ad elaborare forme e modalità di recepimento dei *dicta* europei *in subjecta materia*, al più esponendosi ai pronunciamenti di Lussemburgo sull'interpretazione e sull'applicazione, ritenute corrette, del diritto derivato del terzo pilastro.

Lo si vedrà meglio tra poco: questa conclusione produce pesanti ripercussioni, ad esempio, sulla disciplina dei rifiuti alla cooperazione. La decisione-quadro 2002/584/GAI contiene un elenco di pochi motivi in relazione ai quali il giudice dello Stato richiesto può rifiutare la consegna dell'interessato: alcuni motivi sono obbligatori, altri sono facoltativi. Rimettere agli Stati la possibilità di decidere come concretizzare le – invero, generalissime – previsioni della decisione-quadro, significa creare forti difformità tra le diverse normative interne, con il risultato di un possibile blocco del virtuoso rapporto collaborativo che, invece, il mandato d'arresto europeo aspira ad imporre. E che fare, poi, se uno Stato rifiuta di cooperare in modo ingiustificato per la Nazione che ha posto la richiesta? Una soluzione sarebbe quella di permettere al giudice interno di quest'ultima di avanzare una questione interpretativa davanti alla Corte di giustizia: va, però, sottolineato che l'oggetto della domanda sarebbe il diritto di un altro Stato, e né gli artt. 34 e 35 del Trattato sull'Unione europea (vecchio testo), né l'art. 234 del Trattato istitutivo della Comunità europea, né l'art. 267 dell'odierno Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, regolando la funzione nomofilattica della Corte, ammettono o rifiutano esplicitamente un'ipotesi del genere. Per tal ragione, quindi, bisognerebbe forse porre una questione pregiudiziale, sulla possibilità di interpretare i disposti suddetti nella direzione di ammettere la possibilità di ricorrere alla funzione nomofilattica della Corte anche in rapporto alle norme interne di uno Stato straniero, laddove – è chiaro – la loro dubbia applicazione vulneri interessi della Nazione richiedente.

4. Terza fase: comunitarizzazione.

Il Trattato di Lisbona cambia lo scenario che si è appena descritto. Cessa l'Europa a pilastri e, salvi gli ambiti della politica estera e di sicurezza comune (PESC) e di quella di difesa (PESD), il metodo comunitario diventa la regola.

Dal 1° dicembre 2009, quindi, esiste una giustizia penale scritta mediante direttive e, in base agli artt. 9 e 10 del Protocollo n. 36, è formulato un invito a riscrivere gli atti dell'ex terzo pilastro secondo il nuovo modulo istituzionale, nell'arco di un quinquennio dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona; gli atti intergovernativi che fossero sopravvissuti a quest'opera di ristrutturazione, sarebbero stati trattati, a far data dal 1° dicembre 2014, come provvedimenti comunitarizzati.

La chiosa non è di poco momento. Si ripensi alle funzioni della Corte di giustizia: ristrettissime, nel vecchio terzo pilastro, e quanto mai ampie, per le politiche comunitarie. Trattare gli atti *ante* Lisbona come

se fossero stati concepiti in base al metodo comunitario significa rendere operanti meccanismi di controllo, per mezzo della Corte, che prima del 2014 non erano concepibili. Con il simmetrico risultato di erodere le potestà nazionali in materia penale.

Riprendendo l'esempio di poco fa, è oggi ammissibile in materia penale un procedimento per infrazione nei riguardi di quello Stato che attui in modo incompleto e/o scorretto un atto europeo nel settore penale. Si pensi alla direttiva sull'ordine europeo di protezione della vittima, la 2011/99/UE: all'art. 5 essa contiene tutta una serie di requisiti che caratterizzano la misura di protezione il cui riconoscimento è chiesto dal giudice di uno Stato al collega straniero. Il nostro d.lgs. n. 9 del 2015, all'art. 5, traduce questi requisiti con un lapidario riferimento agli artt. 282-bis e 282-ter c.p.p., di talché, ad oggi, solo le ordinanze applicative dell'allontanamento dalla casa familiare e del divieto di frequentare i luoghi della vittima possono essere riconosciute all'estero con lo strumento dell'ordine di protezione; analogamente, l'art. 9 impone che il procedimento di riconoscimento di un ordine straniero si traduca nell'emissione, per mano del giudice nostrano, di un'ordinanza applicativa delle misure previste dagli artt. 282-bis e 282-ter c.p.p.

La prima volta che ho letto il d.lgs. n. 9 del 2015 mi sono chiesto se fosse possibile, per noi italiani, utilizzare l'ordine di protezione per fare circolare un'ordinanza di arresti domiciliari. La questione è più attuale di quel che si pensi: solo la normativa che attua il mandato d'arresto europeo in Italia (la l. n. 69 del 2005) equipara custodia cautelare e arresti domiciliari; ne risulta che, laddove il giudice italiano emetta un'ordinanza di arresti domiciliari da eseguirsi mediante mandato d'arresto europeo, una buona parte dei giudici stranieri, investiti della richiesta, saranno abilitati a rigettarla poiché, nel loro ordinamento custodia cautelare in carcere e arresti domiciliari non sono equiparati, almeno ai fini della consegna dell'interessato ad uno Stato estero.

Ciò che mi domandavo, quindi, era se fosse possibile sopperire al problema di coordinamento tra normativa interna ed unionista in punto di arresti domiciliari attraverso l'ordine di protezione europeo. Eppure, gli arresti domiciliari – almeno leggendo il nostro art. 284 c.p.p. – sono senz'altro una misura capace di limitare gli spostamenti dell'indagato, i suoi contatti con terzi e i suoi rapporti con la persona offesa, come in fondo prevede l'art. 5 della direttiva 2011/99/UE nel descrivere che cosa sia una misura di protezione. Logica vorrebbe, allora, che si potesse inquadrare gli arresti domiciliari tra le misure riconoscibili mediante l'ordine: così non è, e da qui può nascere, a mio avviso, un giudizio di insufficienza della normativa di diritto interno rispetto a quella unionista. Il che, forse, potrebbe motivare l'avvio di una procedura di infrazione ai sensi degli artt. 258 ss. del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea contro l'Italia.

E lo stesso meccanismo potrebbe valere per eventuali lacune nelle normative di diritto interno che hanno attuato la decisione-quadro 2002/584/GAI, giacché non sostituita da più recenti novelle nel termine imposto dagli artt. 9 e 10 del Protocollo n. 36.

Questo, insomma, significa "comunitarizzazione del terzo pilastro". Parlando di questo argomento non bisogna limitarsi a cogliere, esaltandolo, il particolare delle direttive di armonizzazione: è sicuramente un elemento importante dell'epoca che stiamo vivendo, tuttavia non è il solo. È vero: c'è l'esigenza di creare un diritto penale condiviso, almeno nell'identificazione dei beni giuridici da tutelare dall'attività criminale, tuttavia questo non è il solo tratto caratterizzante il fenomeno in argomento.

Comunitarizzazione significa anche maggiore ingerenza delle istituzioni unioniste nelle scelte, passate e future, degli Stati circa l'applicazione delle garanzie più tipiche del procedimento penale o di un'indagine o in ordine al modo stesso di procedere all'accertamento di un reato.

E qui i motivi di possibile scontro si duplicano. Da un lato, gli Stati ormai condividono la propria sfera sovrana con l'Unione, e dall'altro quest'ultima si pone a tutrice dei diritti individuali in diretta concorrenza con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Ritorna, sotto quest'ultimo profilo, la vicenda del parere 2/13 datato 18 dicembre 2014: si trattava di comprendere se vi fosse un margine per l'Unione europea di entrare a fare parte dei soggetti aderenti al sistema Cedu. La risposta, fornita proprio dalla Corte di giustizia, è stata negativa, e non tanto per la negazione di una prospettiva capace di condividere la medesima missione di salvaguardia dei diritti umani, tra Unione e giustizia strasburghese, quanto piuttosto per l'evidente incapacità del primo soggetto di accettare le ingerenze che, in modo evidente, sarebbero su di esso gravate da pronunce della Corte edu di censura delle modalità di gestione dei rapporti tra il singolo e il pubblico potere, per mano unionista.

Quindi, da un lato l'Unione ha negato la possibilità di fare parte del sistema strasburghese, adducendo l'incompatibilità tra i valori che la fondano e alcuni Paesi che già aderiscono alla Corte edu; dall'altro, traluce in modo evidente dal parere in argomento la ragione di matrice politica, che segna il desiderio di indipendenza dell'Unione e la sua assoluta incapacità di vincolarsi a soggetti esterni.

Ma la ritrosia che l'Unione ha manifestato si riflette in modo analogo nel rapporto tra certi contesti nazionali e la produzione normativa eurounitaria: si pensi agli *opt-out* irlandesi e danesi rispetto alla direttiva 2014/41/UE, che siglano l'intento dei due Paesi di custodire gelosamente la loro sovranità in rapporto a questioni di assistenza, questa volta, investigativa. D'altro canto è negli stessi artt. 82-87 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea che si prevede la possibilità per gli Stati di estromettersi dagli effetti della normazione unionista in ambito penale.

Giunge, allora, il momento di tirare le fila sul presente della giustizia penale europea: le regole, sia dei Trattati che di diritto derivato, vanno intese tenendo bene a mente i giochi di potere che rimangono sullo sfondo. Parlare di sovranità nazionale o di indipendenza di un soggetto sovrastatale significa, nei fatti, discutere di opzioni politiche, utilizzando, stavolta, il termine *polis* riferendolo al potere politico più che alla comunità. E se l'Unione ci sembra ancora un'opera incompiuta, almeno guardando al settore della cooperazione penale, tanto accade per l'incapacità degli Stati di fidarsi compiutamente l'uno dell'altro e di affidare ad un soggetto esterno e comune a tutti la possibilità di decidere che cosa sia – o non sia – penalmente illecito e in che modo esso vada accertato e giudicato.

5. Un'ipotesi per il futuro: costruire il diritto penale unionista attorno alla nozione di ordine pubblico europeo.

Il titolo della mia relazione propone una panoramica dell'evoluzione degli strumenti europei di collaborazione penale fino alla direttiva 2014/41/UE sull'ordine europeo d'indagine. Appare senza dubbio una scelta condivisibile, quello essendo il più giovane tra tutti i mezzi di assistenza conati dalle istituzioni unioniste.

Dalla lettura complessiva del materiale richiamato in queste pagine – appunto, dalla convenzione europea di estradizione fino a giungere alla direttiva sull'ordine europeo d'indagine – mi pare, però, di cogliere un'indicazione che, opportunamente declinata e tradotta in effetto concreto, potrebbe rappresentare *l'in se* di quel concetto di reciproca fiducia che, a sua volta, è anima dell'assistenza giudiziaria e investigativa interna all'Unione.

A ben leggere l'art. 11 della direttiva 2014/41/UE, ad esempio, ci si accorge che uno dei motivi che conduce al rifiuto all'indagine, da parte dello Stato richiesto, è il contrasto tra i principi fondamentali di quest'ultimo e l'attività investigativa o probatoria dedotta in istanza. Analoga *ratio* è soddisfatta da quelle norme della direttiva 2011/99/UE che impedisce il riconoscimento di un ordine di protezione riferibili ad un fatto non costituente reato nello Stato richiesto. E attorno ad una simile previsione è, infine, costruita tutta la disciplina della doppia incriminazione (art. 2, paragrafo 4, decisione-quadro 2002/584/GAI) e dei motivi di rifiuto (artt. 3 e 4, decisione quadro 2002/584/GAI) nel provvedimento sul mandato d'arresto europeo.

Insomma, la cooperazione penale è possibile finché non scalfisce i principi fondamentali dello Stato richiesto. Credo che l'espressione generalissima appena utilizzata vada intesa in una duplice direzione: da

un lato, in riferimento alle prerogative soggettive dell'individuo, e dall'altro, guardando all'interesse, tutto statale, di stabilire che cosa vada punito penalmente e che cosa, invece, vada lasciato indenne da sanzione, e come i reati debbano essere accertati e repressi.

Il punto d'incontro tra questi due punti di vista è individuabile nell'impossibilità per lo Stato richiesto di collaborare per un fatto che esso non intenda reato: è in gioco, infatti, il diritto di chiunque a non essere assoggettato a procedimento penale per fatti che non integrano illecito; del pari, è in gioco la sovranità dello Stato quando si estrinsechi nell'attitudine a scrivere norme penali: quel che fonda, poi, il principio di legalità formale, posto alla base del più moderno (e garantito) diritto penale.

Ugualmente, altro punto d'incontro tra le due esigenze ora in analisi riguarda l'accertamento: mai lo Stato richiesto accetterebbe di collaborare all'esecuzione di una misura cautelare, di un atto investigativo, di un atto probatorio in processo o di una pena allorché gli fosse comandato di attivarsi in spregio alle proprie regole inderogabili di procedura. E, guardando all'Europa, tra esse vi sono senz'altro quelle in grado di esaltare i diritti processuali e le libertà di chiunque sia coinvolto nelle attività di accertamento.

In una battuta, quindi, la cooperazione penale è possibile solo quando lo Stato richiedente e il richiesto convergano circa il loro modo di intendere l'esercizio dei diritti individuali nel quadro delle manifestazioni di sovranità nazionale imposte dall'esigenza di definire la sfera dell'illiceità penale e le sue modalità di accertamento e di repressione.

Questa regola generale si colora di peculiarità riferibili ai particolari connotati dell'esperienza unionista: di fatto, l'Europa esiste in quanto chi vi appartiene condivide una certa visione dell'individuo e del suo rapporto con lo Stato; più in generale, con il potere pubblico. Un discorso del genere vale, in fondo, tanto per la Piccola Europa, quanto per la Grande: anni fa una sentenza strasburghese (*Loizidou c. Turchia*, 1995) affermò che la Convenzione europea per i diritti dell'uomo è uno strumento di salvaguardia di questa visione del mondo tutta europea.

A ben vedere, molte – anzi, tutte – delle posizioni giuridiche soggettive in elenco nella Convenzione europea per i diritti dell'uomo compaiono tali e quali nella Carta di Nizza (2000), segno ulteriore che il contrasto tra Unione europea e sistema di Strasburgo riposa più su argomenti politici che su divergenze concettuali verso la dimensione dell'individuo.

È per questa ragione che può affermarsi che la visione europea dei rapporti tra sfera privata e poteri pubblici sia rinvenibile nella sintesi di quanto è scritto nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo e nella Carta di Nizza, oltre che delle tradizioni costituzionali comuni ai vari Stati del Continente.

Ad una sintesi del genere può ben darsi un nome: quello di ordine pubblico europeo. Il concetto ha avuto senz'altro più fortuna nel diritto privato che in quello pubblico; tuttavia, intendendolo come la base del rapporto tra individuo e il potere statale, esso non può non avere una sua versione, diremmo, processuale penale. E, così, non può che fondare i rapporti tra gli Stati anche nell'ambito dell'assistenza contro il crimine transfrontaliero.

Se si pone il concetto di ordine pubblico europeo alla base della cooperazione penale interna agli Stati dell'Unione, allora, possono rivedersi alcune categorie processuali in base ad esso. Si pensi, per tutte, all'inutilizzabilità. È noto che, nel sistema processuale nostrano, la prova acquisita in contrasto alla legge non possa fondare la decisione del giudice: è, in estrema sintesi, quanto previsto dall'art. 191 c.p.p.; ugualmente, la Corte costituzionale, nel 1973, con la sentenza n. 34, parlò della prova incostituzionale, creando, allora, una categoria in parte nuova, di quel contributo, cioè, il cui ingresso nel processo vulnera i diritti fondamentali del cittadino, sì come espressi dalla nostra Carta fondamentale. Anche quella è una prova non utilizzabile ai fini decisori.

Accettando l'esistenza di un ordine pubblico europeo come *in se* della cooperazione penale unionista, allora, esiste anche una prova inutilizzabile poiché contraria a quel concetto. E tale è, ad

esempio, quella che fa ingresso nello Stato richiesto e che si è formata, in tutto o in parte, all'estero, ma sulla scorta di regole non unanimemente riconosciute e che, anzi, violano i principi affermati nell'ordinamento di destinazione. Come avvocato ho affrontato una situazione del genere in un caso di sottrazione e trattenimento di minore all'estero: la difesa dell'imputata intendeva provare che la conduzione dei figli in Germania, a dispetto della volontà paterna, era motivata dal fatto che là i minori avrebbero trovato condizioni migliori che in Italia. E tanto sarebbe stato dimostrato dalla circostanza che effettivamente i giovani si erano ambientati bene, come pure stabiliva una relazione del locale servizio sociale. La prova di ciò era, quindi, fornita dal documento – l'anzidetta relazione – che la difesa intendeva produrre, consegnandolo *brevi manu* al giudice. Con un po' di ricerche sul codice civile e sulle leggi di famiglia tedesche è stato abbastanza facile comprendere come il servizio sociale tedesco fondi il proprio agire su regole completamente diverse da quelle applicate all'omologa struttura italiana; in particolare, esso può interagire con uno solo dei genitori, può acquisire il ruolo di terzo genitore e può stare in giudizio anche in sostituzione dei genitori (appunto, perché tutore), così essendogli attribuita una sfera di poteri molto più ampia a quelli concessi agli assistenti sociali italiani. L'incompatibilità, poi, sfocia nell'essere un tale soggetto in parte in contrasto con i concetti di "educazione" e di "bi genitorialità" sanciti tanto dalla Carta di Nizza (almeno agli artt. 14, 24 e 33), quanto alla Convenzione europea per i diritti dell'uomo, all'art. 8. Tanto basta per sostenere almeno l'esistenza di un dubbio sull'utilizzabilità di quella relazione che, in assenza di ulteriori accertamenti giudiziali, rischiava di essere un documento attestante un certo fatto, scritto da un soggetto ufficiale tedesco, ma non riconosciuto in Italia, e senza la partecipazione di uno dei genitori in quel contraddittorio sull'interesse dei figli che, invece, contempla la presenza, direi obbligatoria, sia del padre che della madre.

Quella relazione, nella mia prospettazione difensiva, era una prova contraria all'ordine pubblico europeo e, come tale, inutilizzabile. Giustamente il giudice, cogliendo le mie perplessità, l'ha considerata alla stregua della prova dell'unico fatto dimostrabile attraverso di essa: che nel giorno X, in luogo Y, il servizio sociale tedesco ha compiuto un'osservazione sui minori. Fatto, ovviamente, ininfluenza a dimostrare qualsivoglia stato di necessità nella sottrazione e nel trattenimento di quei ragazzi in Germania.

Procedendo velocemente verso le conclusioni, l'affermazione in materia penale di un concetto come quello di ordine pubblico europeo consente realmente di conferire effettività all'assistenza giudiziaria e investigativa nel territorio dell'Unione. Un concetto di questo genere completerebbe le attuali previsioni sul rifiuto all'indagine o alla protezione della vittima o, anche, alla consegna, già previsto sulla base di un frammentario elenco di circostanze (la "non doppia" incriminazione, la lesione dei diritti individuali, ecc.) che, s'è visto, già sono riconducibili a quella comune ed europea visione dei rapporti tra il singolo e lo Stato.

Chiudo, allora, ricordando un episodio, occorso al termine di una mia relazione al Parlamento europeo, durante i lavori del tavolo sul *Child Welfare*, nel settembre 2016. Esponevo concetti molto simili a quelli di cui ho parlato oggi. Al termine, un'eurodeputata chiede la parola e mi domanda: "ma, allora, la Sua idea sarebbe uniformare ventotto ordinamenti diversi? Lo sa che è impossibile?". Ebbene, oggi come allora, mi sento di rispondere di sì, questa è la mia idea, e l'uniformazione non può avvenire nell'imposizione di un unico modello processuale o investigativo: questo non accade nemmeno all'interno delle federazioni più moderne; l'uniformazione deve avvenire sulla base dei diritti, concepiti e applicati allo stesso modo da tutti i protagonisti dell'integrazione europea. Questo è l'ordine pubblico europeo declinato in ambito penale, e solo questa è, a mio avviso, la ricetta per garantire un futuro ad un'Unione che sappia andare oltre alla semplice condivisione di interessi economico-commerciali.