

Quaderni di

DIRITTO PENALE COMPARATO, INTERNAZIONALE ED EUROPEO

SECONDA SERIE

Collana diretta da A. Bernardi, M. Donini, V. Militello, M. Papa, S. Seminara

Ciro Grandi

MUTUO RICONOSCIMENTO IN MATERIA PENALE E DIRITTI FONDAMENTALI

Il nodo delle confische



6 DIRITTO
PENALE EUROPEO



G. GIAPPICHELLI EDITORE

Ringraziamenti

Esprimo anzitutto la più viva gratitudine al professor Alessandro Bernardi, Maestro insostituibile senza il quale il mio percorso nemmeno sarebbe iniziato.

Manifesto altresì tutta la mia riconoscenza al professor Donato Castronuovo, per i consigli preziosi e il costante incoraggiamento prima e nel corso di questa ricerca.

Sono sinceramente grato all'amico e collega Marco Venturoli, per il sostegno impareggiabile nella revisione critica del volume e per il dialogo continuo in tanti anni di attività accademica fianco a fianco.

Ringrazio infine la dottoressa Anna Francesca Masiero, per l'aiuto prestato mentre questa indagine volgeva al termine; nonché il dottor Gianmarco Bondi e la dottoressa Linda Pincelli, per la generosa assistenza nel perfezionamento del lavoro.

Dedico questo scritto a Elena e Ludovico, ciò che più conta; e a Giuliano, al cui esempio devo quel che conta.

Ferrara, aprile 2023

Introduzione

«Nonostante gli sforzi compiuti, a vari livelli, il crimine ancora oggi paga»: questa la «amara verità» segnalata nella *Relazione del membro nazionale – anno 2022* del Desk italiano presso Eurojust, diffusa mentre questo libro volgeva al termine.

I risultati deludenti nell'attività di recupero dei proventi illeciti in ambito nazionale e transnazionale, denunciati da istituzioni e dottrina, hanno sollecitato molteplici progetti di ricerca, uno dei quali (*Improving Confiscation Procedures in the European Union*, coordinato da Alessandro Bernardi nel triennio 2017-2019) rappresenta il terreno di coltura di questa indagine.

Con l'obiettivo di approfondire lo studio iniziato in quella sede, dedicato ai limiti della disciplina sulle confische senza condanna delineata nelle fonti sovranazionali, si opererà per una scelta radicale: risalire *alle origini* del principio di riconoscimento reciproco in materia penale, rievocandone le radici politico-criminali, perlustrandone i percorsi evolutivi, setacciandone i punti di forza e le debolezze. I risultati di questo primo segmento della ricerca (idealmente la sua “parte generale”, capitoli I-III) saranno valorizzati in quello successivo, riservato per l'appunto al mutuo riconoscimento *delle confische*, con particolare riguardo a quelle *non-conviction-based* (idealmente la sua “parte speciale”, capitoli IV-VI).

La biografia del mutuo riconoscimento ricostruita nel capitolo I contestualizzerà l'analisi del rapporto anfibologico tra le due tracce lungo le quali si svolge il cammino dell'integrazione penale europea: la *cooperazione* e l'*armonizzazione legislativa*.

Se per un verso il principio del riconoscimento reciproco è chiamato a lubrificare i meccanismi della cooperazione quando le regole nazionali sono difformi, per altro verso divergenze *eccessive* tra le soluzioni domestiche rischiano di nuocere alla *fiducia reciproca* tra gli Stati chiamati a collaborare; proprio quest'ultima, indispensabile presuppo-

sto della cooperazione, è stata in effetti compromessa dal sistematico fallimento dei tentativi di armonizzare catalogo e quotazioni delle garanzie penalistiche esperiti sin dal Trattato di Amsterdam. Il mutuo riconoscimento vive insomma la propria nemesi: arruolato per ovviare alla mancanza di armonizzazione, in assenza di quest'ultima fatica ad operare.

Nel capitolo II emergerà come la retorica della *mutual trust* propalata nel lessico delle istituzioni europee, sin dall'epocale Consiglio di Tampere, abbia dovuto ben presto confrontarsi con le difficoltà sperimentate dal vessillo della cooperazione penale, ovvero il *mandato d'arresto europeo*.

L'attuazione della relativa decisione quadro negli ordinamenti nazionali si è infatti rivelata a dir poco tormentata: sia per la formulazione di liste pletoriche di motivi di rifiuto da parte dei legislatori interni, sovente preoccupati della sorte dei diritti fondamentali del destinatario; sia per la persistente ritrosia, esibita anche da diverse Corti nazionali (*Bundesverfassungsgericht in primis*), ad obliterare il divieto di estradizione dei cittadini, manifestazione quintessenziale della sovranità penale dello Stato.

In entrambi i casi, si è trattato di segnali non certo espressivi di quello spirito di fiducia reciproca decantato nelle fonti del terzo pilastro.

Al capitolo III verrà affidata l'analisi critica della strenua difesa del mutuo riconoscimento apprestata dalla Corte di Giustizia, la quale ha prediletto a lungo logiche securitarie ed esigenze efficientiste, a scapito della tutela effettiva dei diritti individuali.

In un clima che – secondo una metafora diffusa in dottrina – *trasudava diffidenza*, gli automatismi funzionali alla cooperazione interstatale sono stati custoditi a Lussemburgo mediante la ripetizione, quasi ossessiva, di una *doppia presunzione*: da un lato la *presunta esistenza* della fiducia reciproca tra partner europei; dall'altro lato il *rispetto presunto* dei diritti fondamentali nei Paesi membri, quale conseguenza automatica dell'assoggettamento ai principi sanciti nell'art. 6 TUE, incluso l'*acquis* convenzionale.

Queste presunzioni hanno conservato per molto tempo *natura assoluta*, nel quadro di una retorica che ha finito per convertire la fiducia reciproca in un vero e proprio *obbligo* nei rapporti tra Stati; con il conseguente annientamento degli spazi per verificare in concreto il rispetto delle prerogative dell'individuo coinvolto, suo malgrado, negli ingranaggi della cooperazione.

Un filo rosso attraverserà questa fase dell'indagine: il monitoraggio del confronto serrato tra la Corte di Giustizia e la Corte costituzionale tedesca su chi detenga l'ultima parola in materia di tutela dei diritti nello spazio giuridico eurounitario.

Proprio questo confronto ha bruscamente interrotto l'epifania della *mutual trust* celebrata nella pronuncia *Melloni*, e catturata nell'immagine suggestiva della “fiducia reciproca *cieca*” dinanzi alle innumerevoli violazioni dei diritti perpetrate nei Paesi membri: il Tribunale di Karlsruhe non ha esitato a reagire dissotterrando lo strumento del controllo di identità costituzionale (*Identitätskontrolle*), per escludere che l'obbligo di mutuo riconoscimento possa pregiudicare i diritti individuali così come calibrati nella *Grundgesetz*, la cui *primauté* sulle fonti UE, anche di rango primario, è fuori discussione.

Questa risposta muscolare (i cui toni così perentori le sono valsi l'etichetta di *Solange III*, evocativa della celeberrima pronuncia del 1974) ha stimolato la svolta dei giudici di Lussemburgo, finalmente convinti a relativizzare la presunzione circa il rispetto dei diritti, così “aprendo gli occhi” sul sentimento di fiducia reciproca.

Il nuovo corso inaugurato dalla Corte di Giustizia a partire dal *leading case Aranyosi*, in materia di condizioni detentive, ha senz'altro contribuito a smorzare i toni dello scontro; senza tuttavia impedire al *Bundesverfassungsgericht* di paventare, anche di recente, l'impiego dell'*Identitätskontrolle* ove indispensabile a paralizzare una richiesta di cooperazione contraria ai principi intangibili della Legge fondamentale.

Dall'osservazione delle schermaglie tra Lussemburgo e Karlsruhe emergerà un punto di convergenza significativo per il prosieguo dell'indagine: gli standard nazionali in materia di diritti fondamentali riacquistano spessore – anche in funzione di ostacolo al mutuo riconoscimento – quanto più sia difettoso il livello di armonizzazione conseguito su scala europea.

Quest'ultimo profilo verrà ulteriormente messo in luce nella seconda parte del volume, a partire dal capitolo IV, dedicato alle fonti sovranazionali in materia di recupero dei proventi illeciti.

Nel tentativo di *bypassare* gli insuccessi registrati sul fronte del ravvicinamento delle *tipologie* e degli *ambiti applicativi* dei provvedimenti di confisca (specie senza previa condanna), il legislatore europeo ha infine rotto gli indugi. Più in particolare, con il Regolamento (UE) 2018/1805 è stata imposta la cooperazione pur senza previa armonizzazione: in altre parole, il riconoscimento reciproco alla sua *akmé*; una scelta

senz'altro coraggiosa, della quale tuttavia, sulla scorta dei risultati raccolti nella prima parte della ricerca, si evidenzieranno le incognite.

La modestissima armonizzazione in materia di *non-conviction-based confiscation* rispecchia infatti la mancanza di un *accordo politico* sulle garanzie applicabili ai relativi procedimenti, in un settore ove il panorama comparatistico è quanto mai frammentato. Tanto è vero che, durante il negoziato propedeutico al varo della fonte europea, l'emendamento volto a intercettare (anche) le confische adottate al di fuori dei *procedimenti penali in senso stretto* ha destato le perplessità di diverse delegazioni nazionali; tra di esse quella tedesca, la quale ha voluto denunciare in termini particolarmente espliciti l'incompatibilità del testo definitivo con le esigenze di tutela dei diritti fondamentali.

La ricerca si gioverà dunque dell'attenzione all'esperienza germanica da molteplici punti di vista: non solo per l'autorevolezza del *Bundesverfassungsgericht* nel panorama della giustizia costituzionale comparata, ma anche per la rilevanza delle vicende d'oltralpe nel settore specifico del mutuo riconoscimento delle confische, la quale verrà puntualizzata anche in seguito.

Ebbene, l'ampliamento del raggio d'azione del mutuo riconoscimento fino a includervi forme di ablazione patrimoniale (percepite) dall'incerto statuto garantistico – confisca di prevenzione italiana *in primis* – è stato bilanciato dalla comparsa nel Regolamento di un apposito motivo di rifiuto, opponibile qualora i diritti dell'individuo risultino esposti a gravi rischi di violazione.

In questa fase dell'indagine ci si soffermerà in particolare sul controverso ambito applicativo della fonte europea, contraddistinta da un lessico ambiguo e da concetti sfuggenti: “procedimento *in materia penale*”; “garanzie *essenziali* applicabili ai procedimenti penali”; “*ferma restando*” la giurisprudenza CEDU. Il loro combinato disposto finisce così per scaricare a valle, sull'interprete, il compito di perimetrare l'obbligo di mutuo riconoscimento, specie in relazione alle confische senza condanna.

Pur tra numerose incertezze, verrà prospettato un esito ermeneutico a tratti paradossale, peraltro non privo di riscontri in dottrina: proprio la confisca di prevenzione, per intercettare la quale il testo del Regolamento è stato appositamente modificato, potrebbe *non rientrare* nel circuito della cooperazione, poiché inconciliabile con le garanzie la cui osservanza è richiesta dalla stessa fonte europea.

Le ragioni di tale paradosso verranno approfondite nel capitolo V,

appositamente dedicato alla misura di prevenzione patrimoniale disciplinata dal d.lgs. 159/2011.

Sull'istituto in questione la letteratura è oramai non più dominabile. La prospettiva di ricerca privilegiata in questa sede si colloca in funzione complementare rispetto alle numerose indagini tradizionali. La confisca di prevenzione sarà infatti inquadrata con l'obiettivo orientato non già all'interno dei confini domestici, per (ri)valutarne i profili di legittimità costituzionale, bensì al di fuori di tali confini, onde ipotizzarne il destino nei circuiti della cooperazione disciplinati dalle fonti dell'Unione.

Sulla scorta dell'analisi pregressa – dedicata alle dinamiche triangolari tra mutuo riconoscimento fiducia reciproca e tutela dei diritti fondamentali – e in attesa di conferme dalla prassi applicativa del Regolamento (ancora in fase embrionale), verranno quindi mappati molteplici ostacoli, capaci di impedire l'esecuzione transfrontaliera dei relativi provvedimenti.

L'ultima frazione di questa mappatura chiamerà in causa, ancora una volta, l'esperienza tedesca, dalla quale si ricava un ulteriore frammento dello scenario paradossale già evocato: le perplessità manifestate durante i lavori preparatori del Regolamento sono state formulate dalla delegazione tedesca nonostante il *Bundestag* avesse appena varato un modello di ablazione patrimoniale senza previa condanna (*Selbständige Einziehung*, § 76a *StGB*) ispirato, almeno in parte, proprio alla confisca di prevenzione italiana. Alla luce delle incertezze che tutt'ora contraddistinguono anche il dibattito d'oltralpe su natura e presupposti applicativi del nuovo istituto, verranno dunque congetture le sorti della richiesta di esecuzione di una confisca di prevenzione trasmessa in Germania ai sensi del Regolamento europeo.

Le riflessioni conclusive formulate nel capitolo VI si gioveranno del recente rapporto del membro italiano presso Eurojust menzionato in apertura; questi, oltre a denunciare i tassi insoddisfacenti di *enforcement* transfrontaliero dei provvedimenti di *asset recovery*, ha pure individuato nelle *misure di prevenzione* il settore più sofferente.

A partire da tale quadro così aggiornato non verranno solamente ricavati elementi a sostegno delle ipotesi (pessimistiche) formulate in precedenza, ma verranno altresì tracciate prospettive *de iure condendo*, in vista del confronto tra la misura di prevenzione italiana e il futuribile modello europeo prefigurato nella proposta di Direttiva sul recupero e la confisca dei beni del 2022.

L'esame dei contenuti (audaci) di tale proposta consentirà di evidenziare la perseveranza della Commissione, tutt'altro che rassegnata ai fallimenti dei pregressi tentativi di armonizzazione sul fronte delle confische senza condanna. Al contempo, ci si interrogherà sulle effettive *chances* di approvazione della figura di "confisca di patrimonio ingiustificato", la quale – forgiata dalla proposta sulla falsariga della *Selbständige Einziehung* introdotta in Germania nel 2017 – assumerebbe contorni rivoluzionari per gli ordinamenti di molti Stati membri.

D'altro canto il varo di questo modello, in combinato disposto con alcune delle innovazioni apportate dalla c.d. "riforma Cartabia", potrebbe ripercuotersi in positivo sulla confisca di prevenzione nostrana: la diffusione su scala europea di procedure di ablazione patrimoniale riprodotte di alcune cadenze tipiche della misura domestica attenuerebbe, verosimilmente, il sentimento di sfiducia che ancora ne pregiudica l'esecuzione transfrontaliera.

Il destino della proposta di Direttiva non riuscirà, in ogni caso, ad intaccare la conclusione secondo la quale il *modello legislativo* del procedimento di prevenzione resta inidoneo a generare provvedimenti di ablazione patrimoniale rispettosi del perimetro garantistico disegnato dal Regolamento, in ossequio al diritto primario dell'Unione.

Alle plurime riserve manifestate in dottrina sulla compatibilità costituzionale della confisca c.d. antimafia, si affiancano dunque ulteriori buone ragioni, di matrice euronitaria, a sostegno di una riforma non più rinviabile onde scongiurare il rischio della sua esclusione dai circuiti di cooperazione transnazionale.

Parte I

**Radici ed evoluzione storica
del mutuo riconoscimento
nel dialogo multipolare**

Capitolo I

L'ascesa del mutuo riconoscimento tra fiducia reciproca e osservanza dei diritti fondamentali

Sommario: 1. L'integrazione europea nel settore penale tra armonizzazione e cooperazione. – 2. Agli albori del mutuo riconoscimento. – 3. La svolta di Tampere: un viaggio nell'ignoto? – 4. Il “principio alla base del principio”. La simbiosi tra mutuo riconoscimento e fiducia reciproca. – 5. Ambiguità della fiducia reciproca in materia penale e sue precoci screpolature.

1. L'integrazione europea nel settore penale tra armonizzazione e cooperazione

L'integrazione dei sistemi penali nazionali in Europa ha seguito due principali percorsi strategici: l'armonizzazione legislativa e la cooperazione interstatale¹.

¹ L'interesse della dottrina italiana ai profili di intersezione tra diritto (allora) comunitario e diritto punitivo nazionale si era concentrato inizialmente sui c.d. “effetti riflessi” del primo sul secondo (sul tema C. PEDRAZZI, *L'influenza della produzione giuridica CEE sul diritto penale italiano*, in AA.VV., *L'influenza del diritto europeo sul diritto italiano*, Milano, 1982, p. 610 ss.; *amplius*, R. RIZ, *Diritto penale e diritto comunitario*, Padova, 1984), nonché sulla problematica individuazione di una base giuridica per il riconoscimento alla Comunità di una competenza legislativa in materia penale (in argomento v., per tutti, S. RIONDATO, *Competenza penale della Comunità europea. Problemi di attribuzione attraverso la giurisprudenza*, Padova, 1996). Nondimeno, che pure la *cooperazione* tra le autorità – di polizia e, soprattutto, giurisdizionali – degli Stati membri figurasse tra i principali vettori del processo di europeizzazione della giustizia criminale veniva già evidenziato nella letteratura classica sul diritto penale europeo, anche precedente l'istituzione del terzo pilastro: in tale prospettiva v., emblematicamente, G. GRASSO, *Comunità europee e diritto penale. I rapporti tra l'ordinamento*

Ancorché strategie intimamente correlate², fin da principio il ravvicinamento delle legislazioni nazionali nell'ordinamento della Comunità (e in seguito dell'Unione) europea ha scontato difficoltà maggiori, per lo più riconducibili alla riluttanza di molti Paesi membri ad accettare modifiche degli assetti punitivi interni – vuoi sul fronte delle condotte illecite, vuoi su quello degli apparati sanzionatori – sollecitate da obblighi di matrice sovranazionale: ancora all'alba del Trattato di Lisbona si osservava infatti che «un primo freno ai processi di armonizzazione pe-

comunitario e i sistemi penali degli Stati membri, Milano, 1989, p. 1 e 25. Dopo Maastricht, v. in particolare A. BERNARDI, *I tre volti del diritto penale comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1999, p. 336 e bibliografia ivi segnalata. Nel periodo intercorrente i Trattati di Amsterdam e Lisbona, e limitandosi ai contributi monografici, v. la ricostruzione panoramica di R. SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione europea. Linee guida di un sistema integrato di tutela dei beni giuridici sovranazionali e dei beni giuridici di interesse comune*, Milano, 2005, spec. p. 94 ss.; v. altresì, più in sintesi, A. BERNARDI, *L'uropeizzazione del diritto e della scienza penale*, Torino, 2002, par. 9 (altresì in *Quaderni fiorentini*, XXXI, 2002, p. 509 ss.); C. SOTIS, *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano, 2007, p. 178 ss.

Per una sottolineatura plastica del connubio tra armonizzazione e cooperazione penale, nella manualistica contemporanea v. V. MANES, M. CAIANIELLO, *Introduzione al diritto penale europeo. Fonti, metodi, casi*, Torino, 2020 (ove ai due “cammini” – della «armonizzazione in materia penale» e «della cooperazione giudiziaria» – vengono appositamente dedicati i capitoli II e III dell'opera). Sul medesimo aspetto, nel panorama continentale, v. K. AMBOS, *European Criminal Law*, Cambridge, 2018, p. 317 ss., p. 411 ss.; A. KLIP, *European Criminal Law. An integrative approach*⁴, Cambridge, 2021, p. 221 ss. e p. 441 ss.; M. MUÑOZ DE MORALES ROMERO, *Derecho penal europeo*, Valencia, 2020, p. 33 ss. e 91 ss.

Per una ricostruzione completa dello sviluppo della cooperazione giudiziaria e di polizia nell'Unione europea v. C. FIJNAULT, *A Peaceful Revolution. The Development of Police and Judicial Cooperation in the European Union*, Antwerpen, 2019.

² Si che la rinuncia all'una ripercuote inevitabili effetti negativi sull'altra: in argomento cfr., *ex multis*, AA.VV., *L'intégration pénale indirecte. Interactions entre droit pénal et coopération judiciaire au sein de l'Union européenne*, a cura di G. Giudicelli, S. Manacorda, con il coordinamento di J. Tricot, Paris, 2005; A. BERNARDI, *Sull'opportunità di una armonizzazione europea delle scelte sanzionatorie nazionali*, in AA.VV., *Diritto penale comparato, europeo e internazionale: prospettive per il XXI secolo. Omaggio a Hans-Heinrich Jescheck per il 92° compleanno*, a cura di L. Foffani, Milano, 2006, p. 109 ss. (già in *Annali dell'Università di Ferrara – Scienze Giuridiche*, vol. XIX, 2005, p. 278 ss.); ID., *L'armonizzazione delle sanzioni in Europa: linee ricostruttive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 76 ss.; S. MANACORDA, *Diritto penale europeo*, in *Enciclopedia Treccani on-line*, 2014; A. WEYEMBERGH, *L'harmonisation des sanctions pénales en Europe: condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, Bruxelles, 2004; EAD, *The Functions of Approximation of Penal Legislation within the European Union*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 12, 2005, p. 149 ss.; A. WILLEMS, *The Principle of Mutual Trust in EU Criminal Law*, p. 129 ss.

nale è indubbiamente costituito dalla concezione in base alla quale il diritto criminale, in quanto espressione (sia pure 'in negativo') dei valori essenziali di una data società e delle istituzioni su cui essa si fonda, costituirebbe il nucleo centrale della sovranità statale, e in quanto tale andrebbe sottratto ad ogni competenza di natura sovranazionale»³.

Nello stadio di evoluzione del diritto penale dell'Unione europea caratteristico dell'ultimo decennio del secolo scorso, per giunta, a questo ostacolo tratlazio di ordine politico-culturale⁴ se ne affiancavano altri, di natura più squisitamente giuridica e afferenti allo stesso contesto istituzionale dell'UE, allora caratterizzato, come noto, da un significativo *deficit* democratico e da numerose incertezze sulle base giuridica per l'adozione di atti legislativi nel settore penale⁵.

³ Così A. BERNARDI, *Politiche di armonizzazione e sistema sanzionatorio penale*, in AA.VV., *L'area di libertà, sicurezza e giustizia: alla ricerca di un equilibrio fra priorità di sicurezza ed esigenze di garanzia*, a cura di T. Rafaraci, Milano, 2007, p. 210 s. Sugli ostacoli frapposti dalle istanze di conservazione della sovranità statale allo sviluppo della politica criminale europea v. altresì, diffusamente, V. MITSILEGAS, *The constitutional implications of mutual recognition*, in ID., *Justice and Trust in the European Legal Order. The Copernicus Lectures*, a cura di C. Grandi, Napoli, 2016, p. 3 ss. (già in *Common Market Law Review*, vol. 43, 2006, p. 1277 ss.) e, più di recente, ID., *EU Criminal Law*, II ed., Oxford-New York-Dublino, 2022, p. 67 ss. (opera di seguito indicata come *EU Criminal Law*²).

⁴ Peraltro non del tutto archiviato, a dispetto dell'oramai avvenuta attribuzione al legislatore continentale di una esplicita competenza penale indiretta, ai sensi degli artt. 82-83 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), come osserva R. SICURELLA, *Il diritto penale europeo dopo Lisbona. Dall' "ossimoro poliseno" al diritto penale di un sistema di ordinamenti integrati. Ancora a metà del guado*, in AA.VV., *I volti attuali del diritto penale europeo. Atti della giornata di studi per Alessandro Bernardi*, a cura di C. Grandi, Pisa, 2021, p. 47 ss. Sulla persistenza delle istanze statocentriche quale motivo di frizione anche nei rapporti tra Consiglio d'Europa e rispettivi Paesi membri v. A. BERNARDI, *La sovranità penale tra stato e Consiglio d'Europa*, Napoli, 2019, *passim*.

Per un'analisi sempre attuale ad ampio spettro sui limiti e aspetti critici del processo di armonizzazione, specie nella prospettiva del diritto sostanziale, v. altresì A. NIETO MARTÍN, *An approach to current problems in European criminal law*, in AA.VV., *European Criminal Law: An Overview*, a cura di L. Arroyo Zapatero, A. Nieto Martín, Cuenca, 2010, p. 49 ss.

⁵ Su questi profili v. ancora A. BERNARDI, *Politiche di armonizzazione e sistema sanzionatorio penale*, cit., 216 ss., ove l'A. illustra le molteplici «difficoltà di derivazione europea» al processo di armonizzazione punitiva. Al medesimo riguardo ulteriori spunti critici venivano già formulati da M. KAIAFA-GBANDI, *The Development towards Harmonization with Criminal Law in the European Union – A Citizen's Perspective*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, vol. 9, 2001, n. 4, p. 239 ss., ove l'A. in particolare sottolineava come l'ordinamento giuridico dell'Unione

Il complesso di tali fattori critici finì dunque per rallentare assai, almeno in quella fase storica, l'andatura del lungo «cammino dell'armonizzazione penale»⁶.

Più in particolare, da un lato la novità epocale rappresentata dalla elevazione del c.d. “terzo pilastro” dell'Unione europea nell'architettura del Trattato di Maastricht aveva in seguito partorito un numero esiguo di strumenti di armonizzazione normativa, peraltro tutti caratterizzati all'atto pratico da assai flebile efficacia cogente: un corollario del “compromesso al ribasso” tra le istanze innovatrici propuginate dalla Commissione, volte all'estensione del c.d. “metodo comunitario” anche all'ambito della Giustizia e affari interni, e le posizioni conservatrici espresse dalla maggioranza degli Stati membri, favorevoli invece al mantenimento del metodo intergovernativo⁷.

fosse all'epoca ancora carente di un sistema effettivo di tutela dei diritti fondamentali dell'individuo, quale indispensabile contrappeso al potenziamento in senso efficientista dell'azione comune nel settore penale. Sulla *vexata quaestio* relativa al c.d. “deficit democratico” dell'Unione europea v. infine, con varietà di accenti, C. CUPELLI, *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge nel diritto penale*, Napoli, 2012, spec. p. 293 ss.; C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, Pisa, 2009, spec. p. 22 ss.; volendo, C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, Milano, 2010, spec. p. 131 ss., con ulteriori riferimenti bibliografici.

⁶ Per riprendere l'evocativo titolo del monumentale progetto *Les chemins de l'harmonisation pénale*, a cura di M. Delmas-Marty, M. Pieth, U. Sieber, Parigi, 2008.

⁷ È appena il caso di rammentare che tra le fonti giuridiche della versione originaria del terzo pilastro congeniata nel Titolo VI del Trattato di Maastricht (rubricato «Disposizioni relative alla cooperazione nei settori della giustizia e degli affari interni») figuravano le *convenzioni*, le *posizioni comuni* e le *azioni comuni*. Quanto alle *convenzioni* (art. K.3 lett. c), l'indispensabilità delle ratifiche da parte degli Stati membri ne ha in molti casi oltremodo ritardato, se non addirittura impedito, l'entrata in vigore: delle otto convenzioni adottate nell'era di Maastricht, sei solamente hanno raggiunto la soglia minima di ratifiche, all'esito di un periodo di gestazione oscillante tra quattro e undici anni (sul punto v. il quadro aggiornato tratteggiato da A. WILLEMS, *The principle of mutual trust*, cit., p. 35). Quanto alle *posizioni comuni* e alle *azioni comuni* (art. K.3 lett. a) e b), se alle prime veniva riservato il ruolo di meri atti di indirizzo e promozione di ulteriori futuribili iniziative di cooperazione settoriale, pure le seconde restavano caratterizzate da un'efficacia vincolante oltremodo incerta, in assenza di indicazioni precise al riguardo tra le stesse disposizioni del Trattato. Rispetto a tutte queste tipologie di fonti, peraltro, non risultava attivabile la procedura d'infrazione, che rimaneva ad esclusivo appannaggio degli strumenti di primo pilastro (regolamenti e direttive); infine, quale effetto principale del permanere del metodo intergovernativo, la procedura di adozione di tali atti prevedeva di regola l'unanimità in seno al Consiglio (cfr. artt. K.3 lett. b) e K4 par. 3), con la conseguenza per cui il veto di un singolo membro sarebbe stata sufficiente a precludere l'approvazione. In argomento cfr. A. BERNARDI, *Il ruolo del terzo*

Dall'altro lato, ulteriori e ancor più ambiziosi percorsi di armonizzazione o (addirittura) unificazione – seppur settoriale – delle legislazioni penali nazionali, prefigurati in autorevoli progetti quali il *Corpus Juris*⁸, gli *Euro-Delikte*⁹, nonché – qualche anno dopo – il Progetto Co-

pilastro UE nella europeizzazione del diritto penale. Un sintetico bilancio alla vigilia della riforma dei Trattati, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2007, p. 1157 ss., spec. 1165 ss.; R. SICURELLA, *Il titolo VI del Trattato di Maastricht e il diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 1310 ss.; *amplius* AA.VV., *Giustizia e affari interni nell'Unione europea: il terzo pilastro del Trattato di Maastricht*, a cura di N. Parisi, D. Rinoldi, Torino, 1998.

Più in particolare, in ordine ai limitati poteri di controllo giurisdizionale della Corte di Giustizia sugli strumenti giuridici del terzo pilastro, v. M. CONDINANZI, *La (fantomatica) competenza della Corte di giustizia delle Comunità europee nelle Convenzioni concluse dagli Stati membri ai sensi dell'articolo K3., lett. c) del Trattato sull'Unione*, in *Dir. un. eur.*, 1996, p. 579 ss.; V. MILITELLO, *Agli albori di un diritto penale comune in Europa: il contrasto al crimine organizzato*, in AA.VV., *Il crimine organizzato come fenomeno transnazionale*, a cura di V. Militello, L. Paoli, J. Arnold, Milano, 2000, p. 40, con ulteriori riferimenti bibliografici; L. SALAZAR, *Il controverso ruolo della Corte di giustizia nel «terzo pilastro»: prime applicazioni dell'art. K3 del Trattato sull'Unione europea*, in AA.VV., *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*, vol. II, Milano, 1998, p. 905 ss.

⁸ AA.VV., *“Corpus Juris” portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union européenne*, a cura di M. Delmas-Marty, Parigi, 1997 (per la traduzione italiana, a cura di R. Sicurella, cfr. *Verso uno spazio giudiziario europeo. Corpus Juris contenente disposizioni penali per la tutela degli interessi finanziari dell'Unione europea*, Milano, 1997). Varato su impulso della Commissione europea, tale progetto si prefiggeva l'obiettivo di assicurare una tutela più efficace delle finanze dell'Unione, sia attraverso l'introduzione di un ristretto nucleo di fattispecie incriminatrici unificate a livello europeo (corredate da norme volte ad armonizzare i rispettivi profili di parte generale), sia attraverso l'istituzione di un ufficio di *European Public Prosecutor* competente a svolgere le relative indagini. Su tale progetto, in sintesi, v. F. DE ANGELIS, *Il Corpus Juris recante disposizioni penali per la protezione degli interessi finanziari dell'Unione europea: origine e prospettive*, in AA.VV., *La lotta contro la frode agli interessi finanziari della Comunità europea tra prevenzione e repressione*, a cura di G. Grasso, Milano, 2000, p. 351 ss. Per la seconda e ultima versione del medesimo progetto (il c.d. *Corpus juris 2000*), cfr. AA.VV., *La mise en oeuvre du Corpus Juris dans les États membres*, a cura di M. Delmas-Marty, J.A.E. Vervaele, Antwerpen-Groningen-Oxford, 2000, vol. I (per la traduzione italiana, cfr. *Corpus juris 2000. Un modello di tutela penale dei beni giuridici comunitari*, a cura di G. Grasso, R. Sicurella, Milano, 2003, p. 195 ss.); sul tema v. anche *Il Corpus juris 2000. Nuova formulazione e prospettive di attuazione*, a cura di L. Picotti, Padova, 2004.

⁹ Progetto, contrariamente al *Corpus Juris*, di matrice esclusivamente dottrinale e proiettato all'unificazione su scala europea del diritto penale commerciale, mediante l'introduzione di un nutrito novero di (trentacinque) fattispecie incriminatrici, ambientate in un quadro di parte generale assai più articolato rispetto a quella, solamente embrionale, prospettata dal *Corpus Juris* medesimo: in argomento v., fundamentalmente,

mune Europeo di contrasto alla criminalità organizzata¹⁰ e il c.d. *Alternatiuentwurf Europäischen Strafverfolgung*¹¹, non condussero a risultati tangibili, per lo meno nel breve periodo¹².

K. TIEDEMANN, *Die Regelung von Täterschaft und Teilnahme im europäischen Strafrecht – Stand, Harmonisierungstendenzen und Modellvorschläge*, in AA.VV., *Festschrift für Haruo Nishihara zum 70. Geburtstag*, a cura di A. Eser, Baden Baden, 1998, p. 496 ss.; v. altresì L. FOFFANI, *L'armonizzazione del diritto penale dell'economia nell'Unione europea: il progetto "Eurodelitti"*, in AA.VV., *Diritto penale europeo, comparato e internazionale: prospettive per il XXI secolo*, cit., 143 ss. Per un raffronto tra *Corpus Juris* ed *Euro-Delikte*, v. A. BERNARDI, *L'uropeizzazione del diritto e della scienza penale*, cit., p. 509 ss.

¹⁰ AA.VV., *Towards a European Criminal Law Against Organised Crime. Proposals and Summaries of the Joint European Project to Counter Organised Crime*, a cura di V. Militello, B. Huber, Freiburg, 2001. In argomento v. V. MILITELLO, *Partecipazione all'organizzazione criminale e standards internazionali d'incriminazione. La proposta del Progetto comune europeo di contrasto alla criminalità organizzata*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, p. 184 ss.

¹¹ La cui versione originale (discussa al Convegno di Dresda del 7-8 novembre 2003, con atti pubblicati in *ZStW*, 2004, n. 2, p. 376 ss.), assunse in seguito la veste definitiva illustrata in *Alternatiuentwurf Europäischen Strafverfolgung*, a cura di B. Schunemann, Colonia-Berlino-Monaco, 2004 (versione italiana *Un progetto alternativo di giustizia penale europea*, a cura di V. Militello, Milano, 2007). Tale progetto si innestava sulla scia di alcune precedenti elaborazioni (in specie il *Corpus Juris*), suggerendo, per l'appunto, soluzioni alternative e integrative, quali ad esempio: affiancare ai delitti contro gli interessi finanziari dell'Unione europea anche i delitti dei funzionari pubblici europei contro beni giuridici afferenti all'Unione stessa; introdurre forme di responsabilità da reato delle persone giuridiche; affrontare il nodo delle garanzie difensive, colmando una lacuna comune a tutti gli altri progetti. Su tali aspetti v., in sintesi, V. MILITELLO, *Un progetto alternativo europeo in materia penale fra luci ed ombre*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 1456 ss.

¹² Non deve invece essere sottaciuta l'influenza esercitata da tali iniziative progettuali sul dibattito degli anni seguenti, propedeutico alla elaborazione di molteplici soluzioni poi accolte nel Trattato di Lisbona e nei successivi atti di diritto derivato. Si allude anzitutto alla notevole espansione dell'azione a tutela degli interessi finanziari dell'Unione europea, concretizzatasi nell'adozione del Regolamento (UE) 2017/1939, relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata sull'istituzione della Procura europea («EPP»), e della Direttiva (UE) 2017/1371, relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale (c.d. Direttiva PIF): sull'eredità trasmessa dai progetti passati v., in sintesi, A. BERNARDI, *Note telegrafiche su genesi, evoluzione e prospettive future della Procura europea*, in *Sistema penale*, 25 novembre 2021; *amplius* AA.VV., *Tutela penale degli interessi finanziari dell'Unione Europea. Stato dell'arte e prospettive alla luce della creazione della Procura Europea*, a cura di G. Grasso, R. Sicurella, F. Bianco, V. Scalia, Pisa, 2018 e ivi in particolare L. PICOTTI, *La protezione penale degli interessi finanziari dell'unione europea nell'era post-Lisbona: la direttiva PIF nel contesto di una riforma di "sistema"*, p. 17 ss.

2. Agli albori del mutuo riconoscimento

Sul proscenio dei limitati successi delle iniziative di ravvicinamento normativo, già al tramonto degli anni '90 si affermò l'idea per cui l'integrazione europea nel settore penale potesse svolgersi più agevolmente sul fronte alternativo della cooperazione interstatale, promuovendo il superamento degli schemi tradizionali adagiati sulla mera "assistenza reciproca"¹³.

Tradizionalmente ostile all'obiettivo dell'armonizzazione legislativa, spettò al Regno Unito evidenziare come le notevoli differenze riscontrabili tra i sistemi giuridici degli Stati membri rendesse tale obiettivo poco realistico e in ogni caso defaticante: anziché insistere su questo binario morto, meglio dunque procedere nel campo largo della cooperazione giudiziaria, in particolare avvalendosi dell'esempio offerto dall'impiego del principio del mutuo riconoscimento quale rimedio capace, già nel corso degli anni '80, di lubrificare gli ingranaggi del mercato unico¹⁴.

È assai noto, infatti, come il meccanismo di riconoscimento reciproco sia stato dapprima messo a punto in ambito *comunitario* dalla Corte di Giustizia, in via propedeutica alla piena realizzazione di una delle libertà fondamentali sancite dai Trattati, quella relativa alla circolazione delle merci: per favorire quest'ultima, si statui l'obbligo generale di accettazione, da parte di ogni Stato membro, dei prodotti legalmente fabbricati e/o commercializzati in un altro Stato membro, a prescindere dal controllo pedissequo sul rispetto delle prescrizioni normative e degli standard qualitativi dettati dall'ordinamento giuridico del luogo di importazione¹⁵.

¹³ Schemi disciplinati, in seno al Consiglio d'Europa, dalla risalente Convenzione di assistenza giudiziaria in materia penale del 1958, e dal Protocollo addizionale del 1978, entrambi imperniati sul c.d. "principio della richiesta" (cfr. *infra*, nota 22).

¹⁴ In questo senso, V. MITSILEGAS, *The constitutional implications of mutual recognition*, cit., p. 3, ove viene ricordata la posizione del *Home Secretary* del governo britannico (allora Jack Straw).

¹⁵ V., fondamentalmente, Corte Giust. CEE, 20 febbraio 1979, C-120/78, *Rewe-Zentral AG v Bundersmonopolverwaltung für Branntwein*, pronuncia sul celeberrimo caso *Cassis de Dijon*: in argomento cfr., *ex plurimis*, nella più recente manualistica, AA.VV., *Diritto dell'Unione europea. Parte speciale*, a cura di G. Strozzi, R. Mastroianni, Torino, 2021, p. 28 ss. con ulteriori rinvii bibliografici; R. SCHÜTZE, *European Union Law*, Oxford University Press, Oxford, 2018, p. 522 ss.; *amplius*, AA.VV., *Cassis de Dijon. 40 Years On*, a cura di A. Albors-Llorens, C. Barnard and B. Leucht, Oxford, 2021. Più in generale, sul ruolo essenziale svolto dal principio del mutuo rico-

L'attitudine del meccanismo del mutuo riconoscimento ad agevolare la cooperazione interstatale senza forzare la mano sul fronte dell'armonizzazione delle legislazioni nazionali ne rendeva particolarmente allettante la sperimentazione anche nel settore penale, specie agli occhi dei Paesi membri tradizionalmente più refrattari alle iniziative di ravvicinamento legislativo¹⁶.

Non a caso, proprio durante il semestre britannico di presidenza del Consiglio europeo, immediatamente successivo alla sottoscrizione del Trattato di Amsterdam e alla conseguente ristrutturazione del terzo pilastro, venne per la prima volta espressamente patrocinata l'estensione dell'ambito applicativo del meccanismo in questione dal contesto originario del mercato interno al nuovo ambito di cooperazione riguardante il settore penale¹⁷: più precisamente, nelle conclusioni del *meeting* di Cardiff (1998), il riconoscimento reciproco delle decisioni degli organi giurisdizionali nazionali venne identificato quale strumento principale nella strategia di rafforzamento dell'azione di contrasto ai fenomeni criminali di natura transnazionale¹⁸.

A stretto giro, nell'ambito del Piano d'azione per l'attuazione del

noscimento nel mercato unico, P. GRASSI, *Il principio del mutuo riconoscimento delle legislazioni nazionali nel diritto comunitario*, in AA.VV., *L'ordinamento europeo. Le politiche dell'Unione*, a cura di S. Mangiameli, Milano, 2008, p. 391 ss.; *amplius*, C. JANSSENS, *The Principle of Mutual Recognition in EU Law*, Oxford University Press, Oxford, 2013; S. NICOLIN, *Il mutuo riconoscimento tra mercato interno e sussidiarietà*, Padova, 2005; W. VAN BALLEGOOIJ, *The Nature of Mutual Recognition in European Law*, Antwerpen, 2015. Più di recente, con ulteriori rinvii bibliografici, R. M. GERACI, *Il mutuo riconoscimento nella cooperazione processuale: genesi, sviluppi, morfologie*, Bari, 2020; E. GIORGI, *Il principio del mutuo riconoscimento nel diritto dell'Unione europea*, Firenze, 2017.

¹⁶ In questo senso, specificamente, V. MITSILEGAS, *Mutual recognition, mutual trust and fundamental rights after Lisbon*, in AA.VV., *Research Handbook on European Criminal Law*, a cura di V. Mitsilegas, M. Bergström, T. Konstadinides, Cheltenham, 2016, p. 149.

¹⁷ Allargando lo sguardo alla "grande Europa", è stato evidenziato come taluni embrionali elementi di mutuo riconoscimento fossero per vero già rintracciabili nella Convenzione europea sul trasferimento dei procedimenti penali (firmata a Strasburgo il 15 maggio 1972): sul punto v. A. WILLEMS, *The Principle of Mutual Trust in EU Criminal Law*, cit., p. 48.

¹⁸ «*The European Council underlines the importance of effective judicial cooperation in the fight against cross-border crime. It recognises the need to enhance the ability of national legal systems to work closely together and asks the Council to identify the scope for greater mutual recognition of decisions of each others*» (Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo di Cardiff, 15-16 giugno 1998, Doc. SN 150/1/98 REV 1, § 39).

Trattato di Amsterdam, il Consiglio stesso prospettò entro il biennio seguente il decollo di «un processo inteso a facilitare il reciproco riconoscimento delle decisioni e l'esecuzione delle sentenze in materia penale»¹⁹.

Il piano inclinato verso le epocali dichiarazioni programmatiche di Tampere era imboccato.

3. La svolta di Tampere: un viaggio nell'ignoto?

La consacrazione del principio del riconoscimento reciproco a «fondamento» («*cornerstone*», nella più evocativa versione anglosassone) «della cooperazione giudiziaria nell'Unione tanto in materia civile quanto in materia penale», suscettibile di trovare applicazione, in linea di principio, «sia alle sentenze sia alle altre decisioni delle autorità giudiziarie»²⁰, giunse come noto all'esito della riunione straordinaria del Consiglio europeo dell'ottobre 1999. Sulla base di tali premesse, l'organo di vertice dell'Unione sollecitò il Consiglio dei Ministri e la Commissione UE a non indugiare, esortando l'adozione entro l'anno seguente di «un programma di misure per l'attuazione del principio» medesimo²¹.

In ossequio a un mandato tanto stringente, in una comunicazione di poco successiva la Commissione – dopo aver evidenziato le inefficienze del sistema tradizionale di mutua assistenza imperniato sul “principio della richiesta”²² – non esitò a condividere espressamente l'ipotesi

¹⁹ *Piano d'azione del Consiglio e della Commissione sul modo migliore per attuare le disposizioni del trattato di Amsterdam concernenti uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, adottato dal Consiglio GAL, 3 dicembre 1998, in *GUCE* C19 del 23 gennaio 1999, punto 45/f.

²⁰ Consiglio europeo di Tampere 15-16 ottobre 1999, Conclusioni della presidenza, § 33. È significativo osservare i toni assai meno enfatici impiegati per evidenziare come, oltre a rafforzare il reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie, si rendesse pure necessario procedere al «ravvicinamento delle legislazioni» e come «la tutela giudiziaria dei diritti dei singoli [...] faciliterebbe la cooperazione fra le autorità».

²¹ *Ivi*, § 37.

²² Che caratterizzava, ad esempio, la Convenzione del Consiglio d'Europa in materia di estradizione del 1957, nonché la Convenzione del Consiglio d'Europa sulla assistenza reciproca in materia penale, in relazione alle rogatorie (cfr. *supra*, nota 13). In base a tale principio, sulla richiesta di assistenza inoltrata da Stato a Stato, la decisione del ricevente sul relativo accoglimento resta rimessa a valutazioni in larga parte discrezionali ed espressive della sovranità nazionale, eventualmente agevolate da specifici

di replicare nell'area di libertà, sicurezza e giustizia il meccanismo già collaudato in seno al primo pilastro: «sulla base di concetti che sono stati molto utili per la creazione del mercato unico, è nata l'idea che la cooperazione giudiziaria potrebbe anch'essa trarre vantaggio dalla nozione del riconoscimento reciproco che, in parole povere, significa che una determinata misura, per esempio, una decisione adottata da un giudice [...] sarebbe *automaticamente* accettata in tutti gli Stati membri»²³.

Ora, non v'è dubbio che l'importazione in materia penale del principio del mutuo riconoscimento rispondesse appieno all'esigenza di agevolare la libera circolazione delle decisioni giudiziarie nello spazio giuridico europeo, nel quadro di quelle "misure compensative" indispensabili a bilanciare i vantaggi che i traffici illeciti transnazionali potevano lucrare dall'abolizione dei controlli alle frontiere interne, a seguito dell'attuazione dell'accordo di Schengen²⁴.

Eppure, il pedissequo trapianto in ambito penalistico del sistema impiegato nel mercato unico non mancò di suscitare diffuse perplessità²⁵: nonostante la logica comune del ricorso a tale sistema in entrambi

accordi internazionali (bilaterali o multilaterali), volti a stabilire determinati presupposti oggettivi e soggettivi (ad esempio, il principio di doppia incriminazione o quello di reciprocità in materia di estradizione). Per giunta, anche i meccanismi attraverso cui le richieste vengono inoltrate e processate risultano variabili a seconda degli ordinamenti giuridici dei Paesi riceventi, i quali restano caratterizzati da diversi livelli di formalismo e rigidità, con le conseguenti incertezze sulle *chances* di accoglimento della richiesta e sulle relative tempistiche; sul punto v. le osservazioni critiche formulate dalla Commissione della Commissione "sul riconoscimento reciproco delle decisioni definitive in materia penale", COM(2000) 495 def., 26 luglio 2000, p. 2. In dottrina v. H.G. NILSSON, *From classical judicial cooperation to mutual recognition*, in *Revue internationale de droit pénal*, vol. 77, 2006, p. 53 ss.; H. SATZGER, F. ZIMMERMANN, *From traditional models of judicial assistance to the principle of mutual recognition: new developments of the actual paradigm of the European cooperation in penal matters*, in AA.VV., *European cooperation in penal matters: issues and perspectives*, a cura di M.C. Bassiouni, V. Militello, H. Satzger, Padova, 2008, p. 350.

²³ V. la già citata Comunicazione COM(2000) 495 def., p. 2 (enfasi aggiunta).

²⁴ Cfr., nel quadro di un'amplissima bibliografia, V. MITSILEGAS, *Mutual recognition, mutual trust and fundamental rights after Lisbon*, cit., p. 148 ss.; A. WEYEMBERGH, *History of the Cooperation*, in AA.VV., *Handbook of European Criminal Procedure*, a cura di R. Kostoris, New York, 2018, 173 ss. Sul punto v. altresì le Conclusioni del Consiglio di Tampere, cit.: «Per godere della libertà è necessario uno spazio autentico di giustizia, in cui i cittadini possano rivolgersi ai tribunali e alle autorità di qualsiasi Stato membro con la stessa facilità che nel loro. I criminali non devono poter sfruttare le differenze esistenti tra i sistemi giudiziari degli Stati membri» (§ 5).

²⁵ Ampiamente illustrate e condivise in letteratura: v. soprattutto V. MITSILEGAS,

i settori – favorire la *libertà di circolazione*, dei *beni* nel mercato unico, dei *provvedimenti giurisdizionali* nello spazio giudiziario europeo – ben diverso ne appariva l'impatto sistematico, specie sui diritti dell'individuo.

Più in particolare, la dottrina più avveduta si preoccupò di evidenziare come nel mercato interno il riconoscimento mutuo produca l'effetto benefico di fluidificare il movimento di beni e persone, favorendo dunque la piena esplicazione di libertà comunitarie risalenti ai Trattati istitutivi. Tutt'al contrario, nel settore penale il principio medesimo agevola la circolazione nello spazio giudiziario europeo di provvedimenti volti a *comprimere* i diritti fondamentali, libertà personale *in primis*: con sintesi icastica, «altro è favorire l'esercizio del diritto alla libera circolazione di un individuo, altro è agevolare l'attuazione di una decisione capace in ultima istanza di limitare quello stesso diritto, unitamente ad altri»²⁶.

Di conseguenza, se per un verso l'esigenza di speditezza dei traffici commerciali all'interno del mercato unico può in fin dei conti giustificare l'istanza di flessibilità nell'applicazione degli *standard* nazionali, per altro verso quando si maneggiano provvedimenti giurisdizionali – specie, ma non solo, in materia *de libertate* – le potenziali implicazioni sui diritti dell'individuo dovrebbero invece imporre maggiore cautela; anche al costo di una certa rigidità sul rispetto delle regole (sostanziali e procedurali) che nei singoli ordinamenti disciplinano presupposti di adozione e meccanismi di esecuzione dei medesimi provvedimenti, garantendone al contempo certezza, prevedibilità e intellegibilità. Senza

The constitutional implication of mutual recognition, cit., p. 6 ss.; inoltre, *ex multis*, S. LAVENEX, *Mutual recognition and the monopoly of force: limits of the single market analogy*, in *Journal of European Public Policy*, vol. 14, 2007, p. 762 ss.; L. MÖSTL, *Preconditions and limits of mutual recognition*, in *Common Market Law Review*, 2010, p. 408 ss. Per ulteriori spunti bibliografici v. più di recente, A. WILLEMS, *The Principle of Mutual Trust in EU Criminal Law*, cit., p. 178 s.

²⁶ V. MITSILEGAS, *The constitutional implication of mutual recognition*, cit., p. 8 (traduzione nostra), ove l'A. evidenzia le ulteriori significative differenze tra le modalità operative del meccanismo in esame nei due diversi settori: mentre nell'ambito del mercato interno il mutuo riconoscimento opera rispetto a standard tecnico-qualitativi *di matrice legislativa*, in sede di cooperazione penale esso riguarda *provvedimenti giurisdizionali*; di conseguenza, se nel primo caso il meccanismo in parola si limita a rimuovere, con effetto immediato, un ostacolo normativo alla libera circolazione del prodotto, nel secondo caso esso rende indispensabile ulteriori attività coattive per l'esecuzione (*enforcement*) di ordini giudiziari, il cui esito è, come già rilevato, la compressione dei diritti individuali.

contare che la limitazione dei diritti dell'individuo conseguenti all'adozione di strumenti in materia penale – che si tratti vuoi di misure di armonizzazione sostanziale in grado di condizionare le opzioni incriminatrici, vuoi di strumenti di cooperazione capaci di agevolare la circolazione dei provvedimenti giurisdizionali – implicherebbe il più elevato coefficiente di legittimazione democratica delle relative procedure decisionali²⁷, esattamente il profilo rispetto al quale le fonti di terzo pilastro risultavano più carenti.

Ed invece, proprio le ragioni per le quali l'opzione del mutuo riconoscimento è stata privilegiata – *bypassare* le insormontabili difficoltà sperimentate sul fronte dell'armonizzazione – hanno finito per trasformarne l'applicazione, talvolta, in un «viaggio nell'ignoto»²⁸: in ossequio a tale meccanismo, si è osservato, le autorità di uno stato membro sono chiamate ad eseguire provvedimenti adottati in base alle regole vigenti in un altro stato membro²⁹, pur in mancanza – pressoché assoluta quanto meno nello scenario di inizio secolo – di standard comuni, stabiliti a livello continentale, in materia di procedure e garanzie. Solo molti anni dopo, infatti, l'adozione di queste ultime è divenuta un preciso obiettivo programmatico dell'Unione³⁰, peraltro ancora lungi dall'essere realizzato³¹.

Proprio sotto questo profilo si era in effetti segnalata un'ulteriore distinzione rilevante rispetto alla settore dell'integrazione europea dal quale si intendeva derivare il principio del mutuo riconoscimento: il ponderoso *acquis* legislativo riguardante il mercato unico stratificatosi

²⁷ In questo senso A. WEYEMBERGH, S. KHABIPOUR, *Quelle Confiance Mutuelle Ail- leurs?*, in AA.VV., *La Confiance Mutuelle dans l'Espace Pénal Européen/Mutual Trust in the European Criminal Area*, a cura di G. de Kerchove, A. Weyembergh, Bruxelles, 2005, p. 265.

²⁸ «[...] a journey into the unknown» (V. MITSILEGAS, *The constitutional implication of mutual recognition*, cit., p. 8).

²⁹ Sicché, in definitiva, il mutuo riconoscimento «genera la extraterritorialità delle regole nazionali» (K. NICOLAIDIS, G. SHAFFER, *Transnational Mutual Recognition Regimes: Governance without Global Government*, in *Law and Contemporary Problems*, vol. 68, 2005, p. 267).

³⁰ Si allude alla Risoluzione del Consiglio UE del 30 novembre 2009, relativa a una tabella di marcia per il rafforzamento dei diritti procedurali di indagati o imputati in procedimenti penali, in *GUCE*, C/295, del 4 dicembre 2009, preludio alle direttive di armonizzazione adottate sulla base dell'art. 82 par. 2 TFUE: in argomento cfr. *infra*, capitolo IV, par. 6.2.

³¹ Specie, come si avrà modo di sottolineare, in materia di provvedimenti ablativi della proprietà (cfr. *infra*, parte II, capitolo IV).

nei decenni attraverso regolamenti e direttive – dunque fonti dotate di forza cogente assai più incisiva rispetto a quelle di terzo pilastro – aveva determinato livelli di ravvicinamento legislativo tra gli ordinamenti nazionali incomparabili rispetto a quelli, ancora embrionali, raggiunti nel settore della cooperazione in materia penale³².

Senonché, il clima favorevole al principio del mutuo riconoscimento finì per propagarsi tra i Paesi UE, i quali nel 2001 adottarono un apposito e dettagliato “Programma di attuazione” di tale principio, ove si individuavano specificamente ben ventiquattro misure propedeutiche, la cui messa a punto veniva demandata a ulteriori iniziative del Consiglio Giustizia e affari interni³³.

D'altronde, se il riconoscimento reciproco si lasciava preferire – come è stato già osservato – nell'ottica degli Stati meno propensi all'armonizzazione legislativa, dall'altro lato esso nemmeno era osteggiato dai più convinti sostenitori di quest'ultima.

Da un lato, infatti, tale strumento appariva in grado di riaccendere i motori della cooperazione penale, arenatasi nelle ambiguità del Terzo pilastro disegnato a Maastricht.

Dall'altro lato, come puntualmente evidenziato dalla stessa Commissione, il meccanismo del mutuo riconoscimento non è autosufficiente, giacché il suo funzionamento richiede quantomeno la fissazione di standard minimi comuni nelle legislazioni degli Stati membri, vuoi sul versante dei sistemi punitivi sostanziali, vuoi sul versante delle regole procedurali e delle garanzie difensive: seppure collocata in posizione ancillare, l'armonizzazione legislativa può dunque beneficiare di una sorta di “effetto di trascinamento” dell'accelerazione impressa all'integrazione penale sul versante del riconoscimento reciproco³⁴.

³² Per spunti critici v. S. PEERS, *Mutual recognition and criminal law in the European Union: has the Council got it wrong?*, in *Common market Law Review*, vol. 41, 2004, p. 5 ss. Sul punto v. altresì, *amplius*, paragrafo successivo.

³³ Programma di misure per l'attuazione del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni penali, in *GUCE*, C12/02, 15 gennaio 2001.

³⁴ Cfr. La già menzionata Comunicazione COM(2000) 495 def., cit., § 11. Sul medesimo punto in dottrina v., specificamente, V. MITSILEGAS, *Trust-building Measures in the European Judicial Area in Criminal Matters: Issues of Competence, Legitimacy and Inter-institutional Balance*, in AA.VV., *Security versus Freedom: A Challenge for Europe's Future*, a cura di S. Carrera, T. Balzacq, Londra-New York, 2006, p. 282 ss.; A. WEYEMBERGH, *La peine dans l'Union européenne: quel équilibre entre reconnaissance mutuelle et rapprochement de législations*, in AA.VV., *La peine dans tous ses états. Hommage a Michel van de Kerchove*, a cura di F. Tulkens, Y. Cartuyvels, C. Guillain, Bruxelles, 2011, p. 163 ss.

4. Il “principio alla base del principio”. La simbiosi tra mutuo riconoscimento e fiducia reciproca

Per quanto nella ricostruzione della fase ascendente della parabola del mutuo riconoscimento venga solitamente enfatizzato il ruolo delle affermazioni programmatiche formulate nelle conclusioni del Consiglio europeo di Tampere, anche in ragione delle evidenti ripercussioni sugli atti d'indirizzo varati in seguito, proprio questi ultimi hanno introdotto ulteriori e significativi profili di novità, sui quali è opportuno soffermare l'attenzione.

Si deve infatti alla già menzionata Comunicazione della Commissione UE del 2000 e al Programma d'attuazione adottato dagli Stati membri l'anno seguente l'identificazione dello postulato di politica del diritto sul quale il principio mutuo riconoscimento si fonda: si allude al mantra della *fiducia reciproca* tra gli Stati membri, il cui ruolo giustificativo negli sviluppi successivi del principio in parola è tale per cui essa è stata emblematicamente definita «*the principle behind the principle*»³⁵; quando non è stata apertamente indicata quale formulazione alternativa del principio medesimo³⁶.

Più precisamente, proprio là dove viene delineato il concetto stesso di “riconoscimento reciproco delle decisioni definitive in materia penale” la Commissione ne intreccia per la prima volta il nesso di interdipendenza con il concetto di fiducia reciproca: «La reciproca fiducia, non solo nell'adeguatezza della normativa dei propri partner, bensì anche nella corretta applicazione di tale normativa, è un fattore importante del riconoscimento reciproco. Sulla base di tale idea d'equivalenza e della fiducia reciproca, le conclusioni alle quali è giunto un altro Stato membro possono avere effetto sulla sfera d'influenza giuridica dello Stato membro interessato»³⁷.

³⁵ A. WILLEMS, *Mutual Trust as a Term of Art in EU Criminal Law: Revealing its Hybrid Character*, in *European Journal of Legal Studies*, vol. 9, 2016, n. 1, p. 213 s. e, *amplius*, ID., *The principle of Mutual Trust*, cit., p. 46 ss.

³⁶ Si vedano al proposito le conclusioni dell'Avvocato Generale Sharpston in C-467/04, *Gasparini*: «Nelle sue sentenze, la Corte parla di “fiducia reciproca” piuttosto che di “reciproco riconoscimento”, che è l'espressione utilizzata dal Consiglio europeo, dal Consiglio e dalla Commissione [...]. Presumo tuttavia che si tratti di denominazioni diverse dello stesso principio» (nota 87).

³⁷ COM(2000) 495 def., cit., § 3. Ed è nel medesimo contesto che la Commissione valorizza il ruolo dell'armonizzazione, reputando «necessario determinare in quali settori [le] norme minime comuni sono necessarie per garantire la fiducia reciproca necessaria all'applicazione del riconoscimento reciproco» (§ 11).

Ancor più espliciti i termini impiegati dal Programma approvato dai Paesi membri l'anno successivo: «L'attuazione del principio di reciproco riconoscimento delle decisioni penali presuppone una fiducia reciproca degli Stati membri nei rispettivi ordinamenti penali. Tale fiducia si fonda in particolare sulla base comune costituita dal loro attaccamento ai principi della libertà, della democrazia e del rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali nonché dello stato di diritto»³⁸.

A ben vedere, si tratta di una terminologia inedita rispetto alle conclusioni adottate dal Consiglio europeo a Cardiff e Tampere, la cui importanza non è forse stata sufficientemente evidenziata in letteratura. Sono proprio queste fonti, infatti, ad inaugurare quella “narrativa” della *mutual trust* tra gli Stati membri che opererà da catalizzatore in vista dell'adozione delle prime fonti di terzo pilastro *post* Amsterdam, tese ad attuare *in concreto* il principio del mutuo riconoscimento: prima – in ordine cronologico e di importanza – la Decisione quadro sul mandato d'arresto europeo³⁹; in seguito, un'ampia gamma di Decisioni quadro volte a tessere un *network* tentacolare di riconoscimento reciproco, operante in fase pre-processuale e processuale (in materia di ricerca delle prove⁴⁰, di sequestro dei beni⁴¹, di misure alternative alla detenzione

³⁸ Così recita l'introduzione del Programma di misure per l'attuazione del principio del reciproco riconoscimento, cit., p. 11.

³⁹ Decisione quadro del Consiglio 2002/584/GAI del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri. Nell'ambito di una bibliografia sterminata, per limitarsi ai volumi di poco successivi al varo della Decisione quadro, AA.VV., *Il mandato di arresto europeo e l'estradizione: profili costituzionali, penali, processuali ed internazionali* a cura di E. Roza Acuña, Padova, 2004; AA.VV., *Mandato d'arresto europeo: dall'estradizione alle procedure di consegna*, a cura di M. Bargis, E. Selvaggi, Torino, 2005, con un focus sulla normativa di attuazione in Italia (l. 22 aprile 2005, n. 69); nella letteratura straniera, AA.VV., *La orden de detencion y de entrega europea*, a cura di L. Arroyo Zapatero, A. Nieto Martin, Cuenca, 2006; AA.VV., *Handbook on the European Arrest Warrant*, a cura di R. Blextoon, W. Van Ballegooij, L'Aia, 2005. Successivamente, con copiosi rinvii bibliografici, A. CHELO, *Il mandato d'arresto europeo*, Padova, 2010; M. CHIAVARIO, *Manuale dell'estradizione e del mandato d'arresto europeo*, Torino, 2013; M. FICHERA, *The implementation of the European Arrest Warrant in the European Union: law, policy and practice*, Antwerpen, 2011; L. KLIMEK, *The European Arrest Warrant*, Cham-Heidelberg-New York-Dordrecht-London, 2014.

⁴⁰ Decisione quadro 2008/978/GAI del Consiglio, del 18 dicembre 2008, relativa al mandato europeo di ricerca delle prove diretto all'acquisizione di oggetti, documenti e dati da utilizzare nei procedimenti penali.

⁴¹ Decisione quadro 2003/577/GAI del Consiglio, del 22 luglio 2003, relativa all'esecuzione nell'Unione europea dei provvedimenti di blocco dei beni o di sequestro probatorio, sulla quale v. *amplius, infra*, parte II, capitolo IV.

cautelare⁴²), o anche post-processuale (in materia di confisca⁴³, di sanzioni pecuniarie⁴⁴, di misure sospensive e sanzioni sostitutive⁴⁵, di pene privative della libertà personale in vista del trasferimento dei condannati⁴⁶, di decisioni *in absentia*⁴⁷).

Parimenti, sono le stesse succitate fonti di *soft law* a individuare la ragione giustificatrice (o «base comune», nel lessico del Programma del 2001) della fiducia reciproca nel «rispetto dei diritti dell'uomo [...] nonché dello stato di diritto» da parte di tutti gli Stati membri.

Ebbene, come rilevato in dottrina, si trattava di una *duplice presunzione*⁴⁸.

La *prima presunzione* concerneva, per l'appunto, il rispetto generalizzato dei diritti fondamentali nello spazio giuridico europeo. All'epoca, come già anticipato, fonti UE deputate specificamente alla tutela delle garanzie individuali ovvero all'armonizzazione delle medesime, con un grado di vincolatività sufficiente ad imporre agli Stati membri il rispetto di un minimo comune denominatore, semplicemente *non esistevano*⁴⁹.

⁴² Decisione quadro 2009/829/GAI del Consiglio, del 23 ottobre 2009, sull'applicazione tra gli Stati membri dell'Unione europea del principio del reciproco riconoscimento alle decisioni sulle misure alternative alla detenzione cautelare.

⁴³ V. la Decisione quadro 2006/783/GAI del Consiglio, del 6 ottobre 2006, relativa all'applicazione del riconoscimento reciproco dei provvedimenti di confisca. sulla quale v. *amplius, infra*, parte II, capitolo IV.

⁴⁴ Decisione quadro 2005/214/GAI del Consiglio, del 24 febbraio 2005, relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sanzioni pecuniarie.

⁴⁵ Decisione quadro 2008/947/GAI del Consiglio, del 27 novembre 2008, relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sentenze e alle decisioni di sospensione condizionale in vista della sorveglianza delle misure di sospensione condizionale e delle sanzioni sostitutive.

⁴⁶ Decisione quadro 2008/909/GAI del Consiglio, del 27 novembre 2008, relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sentenze penali che irrogano pene detentive o misure privative della libertà personale, ai fini della loro esecuzione nell'Unione europea.

⁴⁷ Decisione quadro 2009/299/GAI del Consiglio, del 26 febbraio 2009, che modifica le Decisioni quadro 2002/584/GAI, 2005/214/GAI, 2006/783/GAI, 2008/909/GAI e 2008/947/GAI, rafforzando i diritti processuali delle persone e promuovendo l'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle decisioni pronunciate in assenza dell'interessato al processo.

⁴⁸ Sul punto v., per tutti, V. MITSILEGAS, *The Limits of Mutual Trust in Europe's Area of Freedom, Security and Justice: From Automatic Inter-State Cooperation to the Slow Emergence of the Individual*, in ID., *Justice and Trust in the European Legal Order*, cit. (già in *Yearbook of European Law*, vol. 31, 2012, p. 319 ss.) 39 ss., spec. p. 43.

⁴⁹ Per critiche corrosive sul punto v. J. SPENCER, *States of injustice: a guide to human rights and civil liberties in the European Union*, Londra, 1995. È quasi superfluo

Lo stesso Programma di attuazione del 2001 affermava come il principio del mutuo riconoscimento dovesse «consentire di rafforzare non solo la cooperazione tra Stati membri, ma anche la protezione dei diritti delle persone»⁵⁰; tuttavia, l'irrobustimento delle garanzie individuali finiva per apparire niente più che un effetto collaterale di secondaria importanza, al quale non veniva dedicata alcuna delle (ben) ventiquattro misure attuative del principio stesso. L'osservanza generalizzata dei diritti poteva allora solamente essere riconosciuta in automatico (dunque, *presunta*) in ragione della stessa appartenenza di tutti gli Stati all'Unione europea, e al contempo alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo⁵¹.

ricordare che solo il Trattato di Lisbona (art. 6 § 1) ha conferito alla Carta europea dei diritti fondamentali quell'efficacia vincolante invece assente (o quanto meno assai controversa) all'atto della sua adozione Trattato di Nizza (dicembre 2000): in argomento v., per tutti, AA.VV., *I diritti fondamentali nell'Unione europea: la Carta di Nizza dopo il Trattato di Lisbona*, a cura di P. Gianniti, Roma, 2013; AA.VV., *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, a cura di R. Mastroianni, O. Pollicino, S. Allegrezza, F. Pappalardo, O. Razzolini, Milano, 2017. V. altresì, emblematicamente, G. T. TOGGENBURG, *The EU Charter: Moving from a European Fundamental Rights Ornament to a European Fundamental Rights Order*, in AA.VV., *Making the Charter of Fundamental Rights a Living Instrument*, a cura di G. Palmisano, Leiden, 2014, p. 10 ss., ove l'A. rievoca la nutrita bibliografia, coeva all'adozione della Carta, assai scettica sulla sua efficacia cogente, se non addirittura sulla stessa necessità od opportunità che l'Unione si dotasse di un proprio strumento a tutela dei diritti: in questa prospettiva v., *ex multis*, l'autorevole intervento di J.H.H. WEILER, *Editorial: Does the European Union truly need a Charter of Rights?*, in *European Law Journal*, vol. 6, 2000, n. 2, p. 95 ss.

Più in sintesi M. CARTABIA, *I Diritti fondamentali e la cittadinanza dell'Unione*, in AA.VV., *Le nuove istituzioni di Lisbona. Commento al Trattato di Lisbona*, a cura di F. Bassanini, G. Tiberi, Bologna, 2010, p. 67 ss.

⁵⁰ V. ancora il Programma di misure per l'attuazione del principio del reciproco riconoscimento, cit., paragrafo introduttivo.

⁵¹ In dottrina, con sintesi cristallina. V. MITSILEGAS, *The Limits of Mutual Trust in Europe's Area of Freedom, Security and Justice*, cit., p. 43: «*Membership of the European Union presumes the full respect of fundamental rights by all Member States, which creates mutual trust which in turn justifies automaticity in inter-state cooperation in the Area of Freedom, Security and Justice*».

Anticipando in larga parte la formulazione dell'art. 6 del Trattato sull'Unione europea varata a Lisbona, l'omologo Art. 6 nella precedente versione di Amsterdam come noto già prevedeva infatti che l'Unione «si fonda sui principi di libertà, democrazia, rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e dello stato di diritto, principi che sono comuni agli Stati membri» (§ 1) e «rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla» CEDU e quali «risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario» (§ 2). Tale formulazione peraltro mutuava a sua volta quella dell'art. F del Trattato sull'Unione europea nella versione di Maastricht; la quale, come è pure assai noto, aveva recepito la giurisprudenza tralatizia della Corte di Lussemburgo, cui si deve l'incorporazione tra i prin-

La seconda presunzione atteneva invece l'esistenza stessa della fiducia reciproca tra gli Stati membri, continuamente oscillante tra dimensione ontica e deontica. In altre parole, sin dagli esordi del suo impiego a sostegno del mutuo riconoscimento, e durante tutto il corso del decennio contrassegnato dall'approvazione delle Decisioni quadro poc' anzi rievocate, la fiducia reciproca è parsa oggetto di una retorica in metamorfosi: dapprima se ne è presunta l'esistenza, poi la sua inesistenza, o quanto meno l'incompiutezza⁵². In questo secondo scenario, essa è stata innalzata ad elemento imprescindibile nel sistema di cooperazione penale, da (perseguire e/o) consolidare attraverso una serie di interventi di *trust building*, accomunati dalla medesima strategia: risalire alla sorgente della fiducia stessa, ovvero il rispetto dei diritti fondamentali, e alimentarne la vitalità attraverso interventi volti a garantire un effettivo minimo denominatore comune in materia⁵³.

cipi generali di diritto europeo (anche) dei diritti fondamentali ricavabili dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri e dalle convenzioni internazionali da questi ultimi sottoscritte. Si allude in particolare alle miliari pronunce della Corte di Giustizia 12 novembre 1969, C-29/69, *Stauder*, nonché 14 maggio 1974, C-4/73, *Nold*, e 13 dicembre 1979, C-44/79, *Hauer*, sulle quali in dottrina v., per tutti, A. BERNARDI, "Principi di diritto" e diritto penale europeo, in *Annali dell'Università di Ferrara – Scienze giuridiche*, vol. 11, 1988, p. 177 ss.

⁵² Esattamente in questi termini R. SICURELLA, *Fostering a European criminal law culture: In trust we trust*, in *New Journal of European Criminal Law*, vol. 9, 2018, p. 317. In argomento v., *amplius*, A. WILLEMS, *Mutual Trust as a Term of Art in EU Criminal Law*, cit., pp. 156 ss. e 215 ss., ove l'A. segnala l'ulteriore – e per certi versi ancor più radicale – problema riguardante le incertezze sulla *definizione* e sugli stessi *contenuti* della fiducia reciproca: in che cosa, esattamente, la fiducia reciproca dovrebbe consistere nell'ambito specifico della cooperazione penale europea?

Nella stessa prospettiva problematica v. già E. HERLIN-KARNELL, *Constitutional principles in the Area of Freedom Security and Justice*, in AA.VV., *EU Security and Justice after Lisbon and Stockholm*, a cura di D. Acosta e C. Murphy, Londra, 2014, p. 42 s., ove l'A. individua nell'insufficiente "concettualizzazione" della fiducia reciproca una lacuna nel processo di integrazione europea in materia penale, il quale si è dunque sviluppato, a partire da Tampere, in assenza di precisi presupposti di politica del diritto. Analogamente v. T. OSTROPOLSKI, *The CJEU as a Defender of Mutual Trust*, in *New Journal of European Criminal Law*, vol. 6, 2015, p. 166, ove l'A., pur riconoscendo l'importanza della fiducia reciproca ne evidenzia la «mancanza di esplicita base normativa». Per ulteriori approfondimenti sul punto v. anche V. MITSILEGAS, *Eu Criminal Law after Lisbon*, cit., p. 124 s.

Per una impostazione radicale, secondo la quale invece la fiducia reciproca semplicemente *non esiste(va)*, v. U. SIEBER, *Die Zukunft des Europäischen Strafrechts*, in *ZIS*, vol. 121, 2009, p. 33 s.

⁵³ Sul fatto che la costruzione della fiducia reciproca mediante la fissazione di standard garantistici comuni dovrebbe essere un *presupposto* – e non certo un contrafforte

5. Ambiguità della fiducia reciproca in materia penale e sue precoci screpolature

La presunzione di *confidence mutuelle* ha senz'altro trovato la rappresentazione più plastica nel principale istituto attuativo del mutuo riconoscimento, ovvero il mandato d'arresto: il Preambolo della Decisione quadro istitutiva si limita infatti a rilevare che «il meccanismo del mandato d'arresto europeo si basa su un elevato livello di fiducia tra gli Stati membri» (§ 10); parallelamente, come noto, la lista dei motivi di rifiuto dell'esecuzione del mandato (artt. 3-4) non annovera l'ipotesi di violazione dei diritti fondamentali del destinatario del provvedimento, il rispetto dei quali nell'ambito del nuovo istituto è oggetto di una mera petizione di principio (sempre nel Preambolo, n. 12)⁵⁴.

Eppure, all'indomani della proclamazione della fiducia reciproca quale presupposto *effettivo* del mandato d'arresto – e prima ancora dell'entrata in vigore di quest'ultimo⁵⁵ – la Commissione riconobbe, nel Libro verde sulle garanzie processuali pubblicato nel 2003, la necessità di assicurare ed accrescere tale sentimento di fiducia, il quale poteva risultare compromesso dall'esistenza di “pratiche divergenti” tra gli Stati membri in materia di diritti degli individui coinvolti nei procedimenti penali⁵⁶.

elevato *ex post* – del mutuo riconoscimento v. già S. ALLEGREZZA, *Cooperazione giudiziaria, mutuo riconoscimento e circolazione della prova nello spazio giudiziario europeo*, in AA. VV., *L'area di libertà sicurezza e giustizia: alla ricerca di un equilibrio fra priorità repressive ed esigenze di garanzia*, cit., ove l'A. evidenzia come la fiducia reciproca «non è un dogma assoluto, ma andrebbe coltivata sulla base di un'integrazione normativa almeno minimale» (p. 694). Nello stesso senso, in seguito, v. L. MANCANO, *Trust Thy Neighbour? Compliance and Proximity to the EU through the Lens of Extradition*, in *Yearbook of European Law*, vol. 40, 2021, p. 486; M. MÖSTL, *Preconditions and Limits of Mutual Recognition*, in *Common Market Law Review*, vol. 47, 2010, p. 405, spec. p. 412 s.; G. VERMEULEN, *Flaws and Contradictions in the Mutual Trust and Recognition Discourse: Casting a Shadow on the Legitimacy of EU Criminal Policy Making and Judicial Cooperation in Criminal Matters?*, in AA.VV., *Legitimacy and Trust in Criminal Law*, a cura di N. Persak, Farnham (UK) 2014, p. 157 ss.

⁵⁴ Sul tema si tornerà ampiamente in seguito, anche per rilevare come secondo talune letture il testo della Decisione quadro contenga invece plurimi indizi idonei a revocare in dubbio l'esistenza di una fiducia reciproca senza riserve (cfr. *infra*, capitolo II).

⁵⁵ Calendarizzata il primo gennaio 2004 dall'art. 31 della Decisione quadro 2002/584/GAI.

⁵⁶ Libro verde della Commissione denominato “Garanzie procedurali a favore di indagati e imputati in procedimenti penali nel territorio dell'Unione europea”, COM(2003) 75, 19 marzo 2003, § 1.7.

Per scongiurare tale esito, l'anno successivo la Commissione esperì un tentativo di concretizzare le premesse formulate nel Libro verde, avanzando una proposta di Decisione quadro avente ad oggetto un ampio ventaglio di diritti procedurali⁵⁷.

La proposta della Commissione ricevette l'autorevole avallo dal Consiglio europeo nell'ambito del piano quinquennale che raccolse il testimone di Tampere: il Programma dell'Aia⁵⁸, oltre a ribadire il ruolo del mutuo riconoscimento quale *cornerstone* della cooperazione giudiziaria nel settore penale, aveva espressamente riconosciuto come il funzionamento del relativo meccanismo non potesse prescindere dalla «elaborazione di norme equivalenti in materia di diritti processuali nei procedimenti penali»; per tale ragione il Consiglio aveva espresso l'auspicio che fosse approvato «entro la fine del 2005 il progetto di Decisione quadro in materia di determinati diritti processuali in procedimenti penali nel territorio dell'Unione europea» (§ 3.3.1).

Ciononostante, sin da principio il negoziato procedette a rilento, a causa essenzialmente di due ordini di obiezioni: da un lato, a dispetto del livello davvero minimale della disciplina di armonizzazione prefigurata dalla Commissione, diversi Stati membri ritennero che la proposta contenesse previsioni difficilmente recepibili all'interno dei rispettivi sistemi processuali; dall'altro lato, venne sollevata una riserva di carattere generale ancor più insidiosa, in quanto tesa a revocare in dubbio l'esistenza di un'adeguata base giuridica nei Trattati per l'adozione di –

⁵⁷ Proposta di Decisione quadro del Consiglio in materia di determinati diritti processuali in procedimenti penali nel territorio dell'Unione europea, COM(2004) 328 def., 28 aprile 2004, le cui previsioni spaziavano dal diritto alla difesa tecnica, al diritto all'interprete/traduttore, al diritto all'informazione delle prerogative spettanti a indagati ed imputati, nonché alla garanzia di protezione adeguata di questi ultimi ove appartenenti a categorie vulnerabili. In argomento v. M. JIMENO-BULNES, *The Proposal for a Council Framework Decision on Certain Procedural Rights in Criminal Proceedings Throughout the European Union*, in AA.VV., *Security versus Justice? Police and Judicial Cooperation in the European Union*, a cura di E. Guild, F. Geyer, Farnham, 2008, p. 171 ss.; C. MORGAN, *Proposal for a Framework Decision on procedural safeguards for suspects and defendants in criminal proceedings throughout the European Union*, in *ERA-Forum*, 2003, n. 4, p. 91 ss.

⁵⁸ Programma dell'Aia: rafforzamento della libertà, della sicurezza e della giustizia nell'unione europea, in *GUUE C/53* del 3 marzo 2005. In argomento v. L. SALAZAR, *La lotta alla criminalità nell'Unione: passi in avanti verso uno spazio giudiziario comune prima e dopo la Costituzione per l'Europa ed il programma dell'Aia*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 3533 ss.; *amplius*, AA.VV., *Freedom, Security and Justice in the European Union. Implementation of the Hague Programme*, a cura di J.W. De Zwaan, F.A.N.J. Goudappel, L'Aia, 2006.

queste come di altre – misure di ravvicinamento sulle garanzie difensive nei procedimenti penali⁵⁹. Sotto questo profilo, non venne infatti ritenuta perspicua la base giuridica individuata dalla proposta, ovvero l'art. 31 par. 1 lett. c) TUE che includeva nella «azione comune nel settore della cooperazione penale» anche la generica «garanzia della compatibilità delle normative applicabili negli Stati membri, nella misura necessaria per migliorare la suddetta cooperazione»⁶⁰.

Le persistenti resistenze di alcuni Stati membri – peraltro in parte condivise da autorevole dottrina⁶¹ – impedì il raggiungimento del consenso unanime necessario al varo delle fonti di terzo pilastro ai sensi dell'art. 34 del Trattato di Amsterdam⁶², cosicché la definizione di standard minimi in materia di garanzie procedurali venne ulteriormente rimandata.

Anche in virtù di queste persistenti difficoltà, il tono della retorica elogiativa della *mutual trust* inizia a mutare, a partire da una Comunicazione adottata dalla Commissione nel 2005, dedicata proprio alle misure attuative del Programma dell'Aia⁶³. In questa occasione venivano identificati gli interventi necessari ad «*instaurare* la fiducia reciproca e *propiziare* il reciproco riconoscimento» (p. 6, enfasi aggiunta); tra di essi spiccano quelli volti a definire «norme procedurali minime», nonché a garantire un «elevato livello qualitativo dei sistemi giudiziari, in particolare per quel che riguarda l'equità di trattamento e il rispetto dei

⁵⁹ Per ulteriori dettagli v. EU Council doc. 12353/05. In dottrina V. MITSILEGAS, *The constitutional implications of mutual recognition*, cit., p. 31 ss.

⁶⁰ Nell'ottica della Commissione, tale compatibilità avrebbe necessariamente dovuto includere anche le garanzie individuali, giacché «il reciproco riconoscimento può realizzarsi soltanto in uno spirito di fiducia, cioè se non solo le autorità giudiziarie, ma tutti gli operatori del procedimento penale considereranno le decisioni delle autorità giudiziarie degli altri Stati membri equivalenti alle proprie e non metteranno in questione la loro competenza giudiziaria e il rispetto del loro diritto a un processo equo»; COM(2004) 328 def., cit., par. 28.

⁶¹ Cfr. V. MITSILEGAS, *Trust-building Measures in the European Judicial Area in Criminal Matters*, cit.

⁶² Sul fallimento della lunga procedura di negoziazione protrattasi tra il 2004 e il 2007 v. anche M. JIMENO-BULNES, *The Proposal for a Council Framework Decision on Certain Procedural Rights*, cit., p. 172 s.; nonché House of Lords, European Union Committee, *Breaking the Deadlock: What Future for EU Procedural Rights?*, 2nd Report, session 2006-07, HL Paper 20.

⁶³ Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo, «Il programma dell'Aia: dieci priorità per i prossimi cinque anni. Partenariato per rinnovare l'Europa nel campo della libertà, sicurezza e giustizia», COM(2005) 184 def., 10 maggio 2005.

diritti della difesa» (p. 11). Al contempo, si preannunciava l'imminente adozione di un'ulteriore Comunicazione, appositamente dedicata all'endiadi mutuo riconoscimento a fiducia reciproca fra Stati membri⁶⁴.

Nell'ambito di quest'ultima – oltre a individuare gli ambiti del procedimento penale ancora non attinti dalle misure di *mutual recognition*⁶⁵ – la Commissione riannoda i fili del discorso impostato nel Libro verde del 2003, prospettando un'articolata strategia tesa a «rafforzare la fiducia reciproca con misure legislative» (§ 3.1), tra le quali spiccano quelle di «armonizzazione del diritto processuale penale» (§ 3.1.1), focalizzate per la maggior parte al ravvicinamento delle legislazioni nazionali in materia di garanzie processuali, anche oltre i confini già tracciati in precedenza⁶⁶; seppur in termini assai meno stringenti, viene inoltre formulato il proposito di «continuare il ravvicinamento del diritto penale sostanziale» (§ 3.1.2).

Trova così ulteriore conferma la sensazione per cui proprio la necessità di favorire la cooperazione sul piano del mutuo riconoscimento sovente funge da volano per l'armonizzazione legislativa⁶⁷.

Sotto questo profilo non si è allora mancato di rilevare un paradosso: come più volte ricordato, nel persistere delle disomogeneità tra legislazioni statuali e degli ostacoli ai processi di ravvicinamento, il mutuo riconoscimento ha rappresentato la strada *alternativa* più agevole per il funzionamento della cooperazione penale.

Tuttavia, proprio per puntellarne il postulato, ovvero la fiducia reciproca, nel corso del tempo è divenuta impellente l'esigenza di stabilire standard comuni tra i sistemi nazionali. Ci si è dunque chiesti se la fiducia reciproca non abbia finito per richiamare dalla porta di servizio proprio quel processo di ravvicinamento legislativo che rappresenta

⁶⁴ Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo, sul «reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie in materia penale e il rafforzamento della reciproca fiducia tra Stati membri», COM(2005) 195 def., 19 maggio 2005.

⁶⁵ Con particolare riferimento alla fase cautelare, alla ricerca della prova e ai provvedimenti definitivi di condanna, temi poi disciplinati da alcune delle Decisioni quadro già rievocate (v. *supra*, par. 4, note 39 ss.).

⁶⁶ Oltre a ribadire la necessità di misure di ravvicinamento rispetto alle garanzie difensive già contemplate nel Libro verde del 19 marzo 2003 (cfr. *supra*, nota 56), vengono espressamente menzionate la presunzione di innocenza (§ 3.1.1.2) e il canone del *ne bis in idem* (§ 3.1.1.5), preludio al varo successivo del Libro verde «sulla presunzione di non colpevolezza», COM(2006) 174 def., 26 aprile 2006, e del Libro verde «sui conflitti di giurisdizione e sul principio del *ne bis in idem* nei procedimenti penali» COM(2005) 696 def.

⁶⁷ Cfr. *supra*, nota 34 e relativo testo.

l'alternativa – e in certa misura, la negazione della logica fondativa – dello stesso principio del mutuo riconoscimento⁶⁸.

Ad ogni buon conto, mentre negli anni successivi le sollecitazioni della Commissione europea sono state accolte, grazie all'adozione di numerose Decisioni quadro sia sul fronte del mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie⁶⁹, sia su quello dell'armonizzazione del diritto penale sostanziale⁷⁰, ancora una volta è invece rimasto disatteso l'auspicio riguardante la fissazione di un minimo comune denominatore in materia di garanzie procedurali⁷¹.

Si è trattato di un esito tanto più inopinato ove si tenga conto dell'importanza riconosciuta dalla Commissione a tale profilo nell'ambito della strategia di *trust strengthening* necessaria al superamento delle criticità registratesi sin dalle prime fasi di messa in opera del meccanismo di mutuo riconoscimento attraverso il mandato d'arresto europeo, come si avrà modo di rilevare tra breve⁷². Fatalmente, il ritardo progressivamente accumulatosi sul fronte dell'armonizzazione dei diritti individuali rispetto a quello della cooperazione giudiziaria⁷³ non ha fatto altro che aggravare tali criticità.

⁶⁸ A. WILLEMS, *Mutual Trust as a Term of Art in EU Criminal Law*, cit., p. 214. D'altronde, come verrà ricordato in seguito, questo paradosso viene formalizzato nel Trattato di Lisbona: in particolare la funzionalizzazione della tutela dei diritti individuali rispetto all'obiettivo ultimo della efficienza dei meccanismi di mutuo riconoscimento troverà la sua più esplicita – e gerarchicamente elevata – consacrazione nell'art. 82 TFUE, il quale subordina l'adozione di misure di armonizzazione sui «diritti della persona nella procedura penale» alla circostanza che esse siano necessarie «per facilitare il riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie e la cooperazione di polizia e giudiziaria nelle materie penali aventi dimensione transnazionale». Sul punto v. *amplius, infra*, capitolo IV, par. 6.2.

⁶⁹ Si vedano ancora una volta le fonti segnalate, *supra*, alle note 39 ss.

⁷⁰ Per un quadro di sintesi su entrambi in versanti cfr. V. MITSILEGAS, *The third wave of third pillar law: which direction for EU criminal justice?*, in *European Law Review*, vol. 34, 2009, p. 534 ss.

⁷¹ La questione tornerà all'ordine del giorno solamente nell'anno dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, con il Programma di Stoccolma e con la Risoluzione del Consiglio del 30 novembre 2009, «relativa a una tabella di marcia per il rafforzamento dei diritti procedurali di indagati o imputati in procedimenti penali» (in argomento v. *infra*, capitolo IV, par. 6.1).

⁷² Cfr. COM(2005) 195 def., cit., § 3.1, punto 19: «Le prime applicazioni del principio di reciproco riconoscimento, in particolare con il mandato d'arresto europeo, hanno fatto emergere una serie di difficoltà che potrebbero essere in parte risolte con l'adozione a livello dell'Unione, di misure legislative d'armonizzazione».

⁷³ Scolpito dal titolo prescelto da S. MANACORDA, *Reconnaissance mutuelle et droits fondamentaux dans l'Espace de liberté, de sécurité et de justice de l'Union européenne: un développement inégal*, in *Rev. sc. crim.*, 2006, p. 881 ss.

Di pari passo con le difficoltà sperimentate sia nella formalizzazione di standard garantistici comuni, sia sul fronte dell'attuazione del mandato d'arresto, anche la retorica ottimistica sull'esistenza della fiducia reciproca tra i Paesi membri dell'Unione progressivamente pare appannarsi.

Nella Decisione quadro sul mandato d'arresto neppure si alludeva al meccanismo della presunzione per affidarsi alla fiducia reciproca: quest'ultima veniva semplicemente avvertita come un *dato di fatto* e dunque posta a fondamento del nuovo istituto⁷⁴.

Nella successiva Decisione quadro del 2003 su blocco dei beni e sequestro probatorio, l'allusione alla fiducia reciproca lascia il posto alla «sicurezza» che i provvedimenti di ablazione patrimoniale siano adottati in conformità con i «principi di legalità, sussidiarietà e proporzionalità» quale necessario presupposto del meccanismo mutuo riconoscimento⁷⁵: un conto è fondare il mutuo riconoscimento sul dato di fatto della fiducia reciproca, altro conto e condizionare il meccanismo in esame al rispetto di determinati principi penalistici, specificamente individuati.

Analogamente, la Decisione quadro sul mutuo riconoscimento dei provvedimenti di confisca subordina l'operatività del meccanismo alla circostanza che «le decisioni da riconoscere ed eseguire siano presumibilmente sempre prese in conformità dei principi di legalità, sussidiarietà e proporzionalità»⁷⁶: in tal caso compare per la prima volta il riferimento alla *presunzione* sul rispetto dei principi fondamentali. Nella stessa fonte viene inoltre per la prima volta evocato il rispetto dei «diritti delle parti» quale presupposto della cooperazione tra Stati basata sul mutuo riconoscimento.

Se nella Decisione quadro sul riconoscimento delle sanzioni pecuniarie⁷⁷ scompare qualsivoglia riferimento a fiducia reciproca e (presunto) rispetto dei principi, la più emblematica metamorfosi lessicale riguarda le ultime fonti di terzo pilastro varate all'indomani della sottoscrizione (ma prima dell'entrata in vigore) del Trattato di Lisbona.

⁷⁴ «Il meccanismo del mandato d'arresto europeo si basa su un elevato livello di fiducia tra gli Stati membri» (Preambolo della Decisione quadro, § 10).

⁷⁵ Decisione quadro 2003/577/GAI, cit., § 4 del Preambolo: per vero nella versione in lingua inglese viene utilizzato il termine “*confidence*”, corrispondente a quello utilizzato nel Preambolo della Decisione quadro sul MAE, in quella sede tradotto con “fiducia” nella versione italiana.

⁷⁶ Decisione quadro 2006/783/GAI, cit., § 9 del Preambolo.

⁷⁷ Decisione quadro 2005/214/GAI, cit.

Nel Preambolo della Decisione quadro 2008/909, sul riconoscimento reciproco delle sentenze di condanna⁷⁸, si rammenta che i rapporti tra gli Stati membri sono «fondati su una particolare fiducia reciproca» e che il mutuo riconoscimento «*dovrebbe* diventare il fondamento della cooperazione giudiziaria nell'Unione» (enfasi aggiunta)⁷⁹.

Nelle successive Decisioni quadro 2008/947 e 2009/829⁸⁰, mentre scompare di nuovo ogni riferimento alla fiducia reciproca, viene addirittura meno qualsivoglia riferimento al ruolo basilare del mutuo riconoscimento nell'ambito dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia,

Come osservato in dottrina, nemmeno dieci anni dopo le solenni affermazioni di Tampere, dei toni euforici che introducevano il principio del mutuo riconoscimento, negli atti di indirizzo e nelle prime fonti di terzo pilastro varate all'indomani di Amsterdam, non v'era più traccia⁸¹.

⁷⁸ Decisione quadro 2008/909/GAI del 27 novembre 2008, cit., sulla quale v. A. MARTUFI, *Assessing the resilience of 'social rehabilitation' as a rationale for transfer: a commentary on the aims of the Framework Decision 2008/909/JHA*, in *New Journal of European Criminal Law*, vol. 9, 2018, p. 43 ss.; T. VANDER BEKEN, G. VERMEULEN, *The transfer of sentenced persons in Europe: Much ado about reintegration*, in *Punishment & Society (P&S)*, 2009, p. 111 ss.

⁷⁹ Questo deciso "cambio di tono" della narrativa sul mutuo riconoscimento viene puntualmente rilevato anche da O. LOSY, A. PODOLSKA, *The principle of mutual trust in the area of freedom, security and justice. Analysis of selected case law*, in *Adam Mickiewicz University Law Review*, vol. 8, 2018, p. 187 s.

⁸⁰ Dedicare rispettivamente alle misure sospensive e alle misure cautelari non custodiali (cit. *supra*, par. 4, note 42 e 47).

⁸¹ Precisamente in questo senso A. WILLEMS, *Mutual Trust as a Term of Art in EU Criminal Law*, cit., p. 218 s.