

STRATEGIE E TECNICHE PER L'ARMONIZZAZIONE DELLA PROVA*

Sabine Gless

Professore ordinario di Diritto penale e processo, Università di Basilea

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Necessità di armonizzazione della prova. – 3. Fattibilità dell'armonizzazione della prova. – 4. Differenti metodi di armonizzazione. – 5. Conclusioni.

1. Introduzione

Un dibattito sulle strategie e sulle tecniche per l'armonizzazione della disciplina della prova penale parte dalle seguenti premesse:

- 1) l'armonizzazione della disciplina delle prove è necessaria;
- 2) l'armonizzazione della disciplina delle prove è possibile;
- 3) noi sappiamo che cos'è l'armonizzazione e dove essa conduce.

2. Necessità di armonizzazione della prova

Gran parte degli operatori del diritto, inclusi gli avvocati, concorderanno – sia per ragioni pratiche che teoriche – con l'esigenza di armonizzazione della disciplina che governa la prova penale.

* Traduzione del testo in lingua inglese a cura di Ilaria Boiano.

a) In pratica

Le autorità giudiziarie a livello nazionale hanno sempre più a che fare con prove raccolte all'estero¹. Questa situazione si riflette anche a livello europeo, dove molte istituzioni, quali l'Europol, l'OLAF e l'Eurojust, affrontano la sfida costante della raccolta e del trattamento di prove provenienti da differenti ordinamenti giuridici nazionali².

Con l'aumento dei reati transnazionali, molti legislatori pongono ora sempre più in prima linea nei progetti di riforma la necessità di un'armonizzazione della disciplina delle prove, con il comune obiettivo di garantire agli organi competenti la possibilità di svolgere efficacemente la propria attività.

L'art. 82 del Trattato di Lisbona, soprattutto, richiama l'impegno ad una cooperazione transnazionale che è difficile da rispettare, se la prova che è pensata per stabilire la colpevolezza non ha il valore probatorio richiesto dalla giurisdizione penale dinanzi alla quale un imputato dovrà essere processato³.

Oggi sono ancora numerosi gli esempi di problemi causati dalla circolazione sovranazionale delle prove, quando i giudici si trovano a confrontarsi con l'impiego di prove raccolte in uno Stato estero.

Scenario dell'acquisizione della prova testimoniale

Consideriamo, ad esempio, il caso di un'indagine su un reato transnazionale riguardante la Germania e l'Austria.

Le autorità tedesche, nel raccogliere dichiarazioni testimoniali, sono tenute ad informare l'imputato e il suo difensore dell'interrogatorio e, se hanno intenzione di produrre il verbale dinanzi al tribunale per la decisione, devono permettere loro di assistere e porre domande⁴. Qualora, infatti, la difesa non venga messa al corrente dell'interrogatorio, le dichiarazioni rese, in linea di principio, non sono successivamente utilizzabili nel giudizio⁵. Le autorità austriache, dall'altro lato, procederanno in base alle norme interne, che – prima di una recente modifica – non prevedevano

¹ V., per esempio, in una prospettiva europea W. HETZER, *National Criminal Prosecution and European Tendering of Evidence*, *European Journal of Crime*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2004, p. 166 s. Per la recente giurisprudenza tedesca, v. *Urteile des Bundesgerichtshofs veröffentlicht*, in *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, NStZ 2008, 109; BGH NStZ 2007, 349, 350; BGH NJW 2005, 2322, 2323 BGH NStZ 1994, 448.

² F.H. BRUENER, W. HETZER, *Nationale Strafverfolgung und Europäische Beweisführung?*, in *Neue Zeitschrift für Strafrecht* (NStZ), 2003, p. 113 s.; R. TRASCĂ, *La place de l'Office Européen de Lutte Antifraude dans la repression de la fraude au budget communautaire*, in *Cahiers de droit européen*, 2008, Volume 44, N° 1-2, p. 65 s.

³ V. S. GLESS, *Beweisrechtsgrundsätze einer grenzüberschreitenden Strafverfolgung*, Nomos, 2006, p. 141 s.

⁴ Così il § 168 *Strafprozessordnung* (StPO), nonché § 251.1 *StPO*.

⁵ Per un'analisi dettagliata, S. GLESS, *Das Verhältnis von Beweiserhebungs und Beweisverwertungsverboten und das Prinzip "locus regit actum"*, in E. SAMSON, F. DENCKER, P. FRISCH et al. (ed.), *Festschrift für Gerald Grünwald*, Nomos, 1999, p. 208 s.

l'obbligo, come regola generale, di informare l'imputato o il suo difensore dell'interrogatorio⁶.

In altre parole, i requisiti di una prova affidabile (e dunque ammissibile) e le condizioni per la relativa acquisizione sono specifici di ogni sistema legislativo e sono abbastanza differenti tra i diversi Stati europei⁷.

Scenario dell'esame dell'imputato

Interessante può essere, ancora, il caso di due soggetti sospettati di contrabbando di armi nel territorio dell'Unione europea e imputati, rispettivamente, il primo a Londra ed il secondo a Berlino.

Dinanzi al giudice inglese all'imputato si chiede se vuole rendere dichiarazioni, rinunciando così alla garanzia che il diritto al silenzio assicura contro l'autoincriminazione e diventando, in questo modo, testimone nel proprio processo⁸. Così facendo, l'imputato, in caso di false dichiarazioni, potrebbe essere accusato anche di intralcio alla giustizia⁹. Nel caso portato ad esempio, il soggetto, perciò, decide di non rendere dichiarazioni.

Anche in Germania, nel procedimento penale, si chiede all'imputato se voglia o meno rendere dichiarazioni in merito alle imputazioni. Tuttavia, in base all'interpretazione che l'ordinamento tedesco dà alla garanzia contro l'autoincriminazione, è permesso anche rendere false dichiarazioni in tribunale¹⁰. Il soggetto imputato in Germania, pertanto, può attribuire tutta la responsabilità all'imputato inglese e, mentre i due procedimenti sono ancora pendenti, i due imputati potrebbero anche essere esaminati attraverso una videoconferenza per ottenere informazioni utili per i rispettivi processi.

Tali scenari dimostrano che le condizioni per una prova correttamente acquisita (e dunque ammissibile) sono peculiari di ogni ordinamento giuridico e possono variare da uno Stato all'altro dell'Unione europea¹¹. La prova penale, quindi, sembra essere più una costruzione giuridica che un elemento del mondo fattuale.

⁶ In questo senso, il vecchio testo del § 97.2 *Austrian Criminal Procedure*. Oggi, il diritto di interrogare il testimone secondo quanto previsto dall'art. 6 § 3 lett. d C.e.d.u. è disciplinato dal § 165 *Austrian Criminal Procedure*.

⁷ In termini più ampi, v. J. SPENCER, *Evidence*, in AA.VV., *European Criminal Procedures*, a cura di Delmas-Marty, Spencer, Cambridge University Press, 2002, p. 594 s.

⁸ J. ANDREWS, M. HIRST, *Andrews & Hirst on Criminal Evidence*, 3ª ed., Sweet & Maxwell, 1997, § 8-020.

⁹ *Blackstone's Criminal Practice 2000*, 10ª ed., Blackstone, 2000, §§ 14.1/14.9/14.17.

¹⁰ *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen* (BGHSt), vol. 3, p. 152 e vol. 27, p. 379; T. KLEINKNECHT, L. MEYER-GOßNER, *Strafprozeßordnung*, 45ª ed., C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung.

¹¹ In termini più ampi, v. J. SPENCER, *op. cit.*, p. 594 s.

b) In teoria

Proprio la conclusione che la prova nei processi penali sembra essere una costruzione legale piuttosto che una parte del mondo fattuale ci riconduce alla teoria.

Bisogna chiedersi, infatti, le ragioni per le quali nascono delle difficoltà allorché una prova sia stata raccolta in uno Stato ma poi debba essere utilizzata davanti all'autorità giurisdizionale di un altro paese.

A prima vista, questo problema è duplice: innanzitutto, è la legge stessa che stabilisce il grado di attendibilità di un elemento di prova, poiché tale profilo non costituisce un attributo fattuale. La legge definisce quale prova si possa ritenere affidabile per dimostrare la colpevolezza e quale no. Molte giurisdizioni, per esempio, riconoscono maggiore attendibilità alla testimonianza resa davanti ad un giudice piuttosto che a quella resa in un ufficio di polizia o in forma riservata.

Al fine di stabilire se una prova possa essere considerata attendibile, bisogna risolvere alcuni nodi cruciali. Nel caso delle intercettazioni telefoniche, per esempio, si pongono problemi che riguardano chi ha registrato le telefonate, chi è stato incaricato della trascrizione, a chi rispondono del loro operato gli agenti di polizia e così via. Nel caso, poi, dell'interrogatorio di un testimone, è fondamentale sapere se il difensore abbia avuto o meno la possibilità di esaminarlo.

In secondo luogo, e questo aspetto è forse ancor più importante, la disciplina della prova delinea il "giusto processo", bilanciando attentamente, da un lato, le libertà civili (come ad esempio il diritto alla *privacy* della persona che è protetta, ad esempio, dalle perquisizioni) o le garanzie dell'imputato (come il diritto al silenzio) e, dall'altro, la necessità di assicurare efficacia all'attività di indagine e all'esercizio dell'azione penale¹².

I problemi che emergono dalla circolazione sovranazionale delle prove attengono, generalmente, a due ordini di questioni:

- 1) la questione dell'attendibilità della prova;
- 2) la questione della *fairness* del processo.

La questione della *fairness* del processo impone una valutazione circa l'effettivo soddisfacimento delle condizioni che integrano la nostra nozione di "giusto processo".

Per esempio, nel caso delle intercettazioni telefoniche, è fondamentale sapere se sia stato rispettato o meno il principio del *nemo tenetur se detegere*. Per quanto concerne l'esame testimoniale, è importante stabilire se il testimone gode di certe garanzie, come, per esempio, la facoltà di astenersi dal testimoniare nei confronti dell'imputato prossimo congiunto.

¹² V. McBRIDE, *The continuing refinement of criminal due process*, in *European Law Review*, 1997, 22, p. 1 s.; D. ORMEROD, A. ROBERTS, *The Trouble with Teixeira: Developing a Principled Approach to Entrapment*, in *The International Journal of Evidence & Proof*, 2002, p. 38 ss.; A. SANDERS, in A. ESER, C. RABENSTEIN (ed.), *Strafjustiz im Spannungsfeld*, Duncker & Humblot, 2004, in *Crim. L.R.*, 1997, p. 848 s.; B. DE SMET, *La défense face aux témoins anonymes et les exigences d'un procès équitable dans la jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme*, in *Revue internationale de droit pénale*, 1999, p. 761 s.

Il bilanciamento tra l'esigenza di effettività della legge ed i diritti individuali è fissato nei diversi sistemi processuali nazionali attraverso differenti strumenti giuridici¹³. Se il quadro normativo per l'acquisizione o l'utilizzazione delle prove fosse il medesimo in tutti gli Stati dell'Unione europea, non si presenterebbero più tali problemi. Sarebbe possibile condividere un comune quadro normativo tale da assicurare l'attendibilità delle prove e un medesimo livello di garanzie del "giusto processo".

Al contrario la disciplina delle prove è molto differente. Di conseguenza, una prova legittimamente acquisita in uno Stato membro dell'Unione europea, se è comunque contraria alle disposizioni legislative di un altro Stato membro, potrà essere oggetto di obiezioni in tribunale. Questa è la ragione per la quale le autorità giudiziarie, così come i difensori, invocano "l'armonizzazione della disciplina della prova"¹⁴.

3. Fattibilità dell'armonizzazione della prova

Stabilita la necessità dell'armonizzazione, si pone il seguente problema: è possibile l'armonizzazione della disciplina della prova? Cosa significa in realtà armonizzazione della prova? Quali strategie e tecniche possono condurre a tale armonizzazione? Ed ancora, l'armonizzazione è il risultato di un processo o è il processo stesso?

Per rispondere a tali domande, è necessario, innanzitutto, definire il concetto di armonizzazione della disciplina della prova e illustrare, allo stato attuale, i differenti approcci all'armonizzazione. Successivamente, sarà possibile valutare la probabilità che tali approcci diventino realtà.

a) Che cos'è l'armonizzazione? Che cos'è la prova?

I concetti di "armonizzazione" e di "prova" sono abbastanza complessi e sono stati ampiamente discussi¹⁵.

1) "Armonizzazione".

Secondo una definizione formulata da Boodman nel 1991, armonizzazione significa in termini generali «un processo nel quale diversi elementi sono combinati o adattati l'uno all'altro, in modo da formare un insieme coerente, conservando la loro peculiarità»¹⁶.

¹³ V. S. GLESS, *Beweisrechtsgrundsätze*, cit., p. 195 s.

¹⁴ V. W. HETZER, *National Criminal Prosecution*, cit., p. 167 s.

¹⁵ In particolare sulla prova, v. A. KLIP, H. VAN DER WILT, *Harmonisation and harmonising measures in criminal law*, Royal Netherlands Academy of Arts and Sciences, 2002. In un contesto più ampio di "armonizzazione" ed integrazione, A. WEYEMBERGH, G. DE KERCHOVE, *L'harmonisation des législations: condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, Editions de l'Université de Bruxelles, 2004; D. CURTIN, A. KLIP, J. SMITS, J.A. MC CAHERY, *European Integration and Law*, Intersentia, 2006.

¹⁶ M. BOODMAN, *The Myth of Harmonisation of Laws*, in *The American Journal of Comparative Law*, 1991, vol. 39, p. 700.

Dieci anni più tardi Felicitas Tadic ha usato tale approccio per analizzare l'armonizzazione del diritto (compreso il diritto delle prove) nell'Unione europea, ponendosi la seguente domanda: quanto armoniosa può effettivamente essere l'armonizzazione?¹⁷

Ella sostiene che la definizione di Boodman in realtà non dica molto «salvo che l'armonizzazione è un processo, non uno stato definito delle cose». Non ci dice, però, quali siano gli elementi che devono essere combinati né in che modo debba avvenire tale combinazione o cosa si intenda per «insieme coerente».

Tuttavia, ella precisa giustamente che armonia non significa uniformità, la quale è spesso percepita come un qualcosa di negativo. «L'uniformità è stata associata all'idea di fare ogni cosa allo stesso modo e di non lasciare alcuno spazio per la differenza e la peculiarità. Apparentemente, si è ritenuto che l'armonizzazione sia un meccanismo attraverso il quale le cose possono funzionare in modo efficiente e senza conflitti, lasciando intatte le differenze e le scelte individuali!»¹⁸.

Nella sua analisi, Tadic ricorre all'analogia con la musica. Sostiene, infatti, che la condizione di armonia dovrebbe essere un suono simultaneo e sincronizzato di note differenti, piuttosto che una ripetizione monotona di note identiche. Si rende conto, tuttavia, che in ambito giuridico l'armonia è percepita spesso come una condizione di piccola o nessuna variazione tra ordinamenti giuridici differenti. A suo avviso, i giuristi concepiscono l'armonia come una condizione di uniformità parziale o totale, che, nella sua interpretazione, non ha nulla in comune con il significato di armonia proprio del linguaggio naturale¹⁹.

Nasce spontanea la domanda: perché prevale tale percezione di armonia nel dibattito giuridico? La risposta della Tadic è che l'armonizzazione, nell'ambito giuridico, è vista principalmente come un meccanismo di riforma della legge. Gli attriti ed i problemi in ambito giuridico sono spesso addebitati (giusto o sbagliato che sia) alle differenze che esistono tra gli ordinamenti giuridici, cosa che è certamente vera se ci si riferisce alla cooperazione in materia penale nell'Unione europea.

La tesi della Tadic a prima vista sembra convincente, ma ha sollevato delle obiezioni una volta sottoposta agli esperti del settore giuridico, soprattutto perché l'autrice focalizza l'attenzione sul risultato dell'armonizzazione, non sul processo.

Ursula Nelles, per esempio, non vede contraddizione fra il significato giuridico e quello naturale di armonizzazione, ove si ritorni alle radici e si definisca l'armonizzazione nel contesto giuridico: «Se l'armonia non è altro che uno stato di ordine in accordo con un ordine autonomo, allora armonizzazione significa il processo mediante il quale le cose sono messe in ordine con il peculiare ordine della legge, così che (o come un sistema del quale) il risultato è un ordinato complesso di regole»²⁰.

¹⁷ F.M. TADIC, *How harmonious can harmonisation be? A theoretical approach towards harmonisation of (criminal) law*, in A. KLIP, H. VAN DER WILT, *op. cit.*, p. 1 s.

¹⁸ F.M. TADIC, *op. cit.*, p. 4.

¹⁹ F.M. TADIC, *op. cit.*, p. 8.

²⁰ U. NELLES, *Definitions of harmonisation*, in A. KLIP, H. VAN DER WILT, *op. cit.*, p. 34.

Questa proposta differisce dalla definizione adottata dalla Tadic anche nella misura in cui sottolinea l'aspetto positivo, invece di porre l'accento su quello negativo, che è "l'eliminazione delle disparità". Soprattutto, infatti, si evidenzia il processo: «l'armonizzazione è il processo mediante il quale si stabilisce un sistema coerente di programmi condizionali che risale a principi gerarchicamente ordinati e si rivolge ai medesimi soggetti».²¹

In definitiva si potrebbe affermare che l'armonizzazione è entrambe le cose, sia una determinata procedura che una condizione da realizzare. Per la nostra analisi, siamo interessati ad entrambi gli aspetti, sia al processo che al risultato.

2) Prova – Distinzione tra mezzi di prova (*evidence*) e risultato probatorio (*proof*).

Nei procedimenti penali, quando si parla di prova, si deve distinguere tra mezzi di prova (*evidence*) e risultato probatorio (*proof*)²².

I mezzi di prova, da una parte, includono, nel senso più ampio, qualsiasi strumento che viene impiegato per determinare o dimostrare la verità di un asserto, come la prova testimoniale, che è stata oggetto di molte relazioni in questo convegno, o le prove scientifiche come il confronto delle impronte digitali. D'altra parte, prova è anche il risultato probatorio che, in un procedimento penale, può condurre all'accertamento della colpevolezza. Mezzi di prova e risultato probatorio rappresentano, entrambi, una costruzione giuridica²³.

È abbastanza interessante che, in ambito europeo, non si parli di armonizzazione della prova come risultato probatorio (*proof*), ma solo dell'armonizzazione dei mezzi di prova (*evidence*).

Ciò perché si ritiene che i mezzi di prova, ad esempio il concetto giuridico di informazione che asserisce un determinato fatto, sono suscettibili di essere armonizzati, mentre armonizzare il concetto di risultato probatorio al fine di stabilire la colpevolezza implicherebbe un compito ulteriore.

b) Che cos'è l'armonizzazione della disciplina della prova?

Se per armonizzazione si intende «un processo nel quale diversi elementi sono combinati o adattati l'uno all'altro, in modo da formare un insieme coerente, conservando la loro peculiarità», allora l'armonizzazione della disciplina relativa ai mezzi di prova deve significare «l'armonizzazione di tutti i sistemi normativi nazionali relativi alla raccolta e alla presentazione, almeno fino a raggiungere uno standard minimo

²¹ U. NELLES, *op. cit.*, p. 34 e p. 37.

²² V. S. SEABROOKE, J. SPRACK, *Criminal Evidence & Procedure: The Essential Framework*, 2ª ed, Blackstone, 1996, p. 10 s.

²³ Per un approccio comparativo, J. SPENCER, *op. cit.*, p. 594 s.

tale da formare un insieme coerente di regole per l'applicazione sovranazionale della legge, conservando – i singoli sistemi – la loro peculiarità»²⁴.

Non è necessario, tuttavia, che sia usata una determinata procedura o che tutti gli Stati membri abbiano la medesima disciplina della prova. È imprescindibile soltanto che essi diano vita ad un corpo coerente di norme per l'effettività delle leggi a livello transnazionale. L'armonizzazione è possibile, infatti, anche con leggi differenti se almeno esse risultano collegate tra di loro da un dispositivo che ne permetta un'armonizzazione funzionale. Tale collegamento potrebbe essere individuato nel principio del mutuo riconoscimento (o qualsiasi altro legame utile a tale scopo).

Che gli Stati membri e le istituzioni europee, nel redigere il Trattato di Lisbona, avessero in mente il criterio del mutuo riconoscimento appare evidente nel capitolo 4 del Trattato, relativo alla cooperazione giudiziaria in materia penale: secondo le disposizioni introdotte, infatti, il Parlamento e il Consiglio possono stabilire i principi generali che assicurino la mutua ammissibilità delle prove tra gli Stati membri e che, al contempo, tengano in considerazione le differenze tra le tradizioni giuridiche e gli ordinamenti degli Stati membri.

4. Differenti metodi di armonizzazione

In generale, si possono distinguere due metodi per armonizzare la disciplina della prova.

a) L'armonizzazione come approccio "globale".

Così intesa, l'armonizzazione implica che le medesime regole governino, in tutti gli Stati, l'acquisizione delle prove.

Il Trattato di Lisbona, tuttavia, non intende l'armonizzazione in questo senso. Ciò in quanto, ad oggi, il principio sotteso all'integrazione europea negli affari interni e in materia di giustizia è quello del mutuo riconoscimento.

b) L'armonizzazione attraverso il mutuo riconoscimento.

Il principio del mutuo riconoscimento si differenzia dall'"armonizzazione"? L'armonizzazione, da un lato, ed il mutuo riconoscimento, dall'altro, non sono due modelli di circolazione della prova reciprocamente indipendenti; al contrario, essi sono, per così dire, "fratello e sorella". Affronterò questo tema solo brevemente.

Cosa significa mutuo riconoscimento della prova? Un elemento di prova raccolto in un determinato sistema giuridico è "trasferito" in un altro ordinamento dove è riconosciuto ed accettato come prova.

²⁴ Ad ogni modo può porsi la necessità di distinguere questo concetto dall'idea di approssimazione nella legislazione dell'Unione Europea: v. al riguardo, A. WEYEMBERGH, *Approximation of criminal laws, the Constitutional Treaty and the Hague Programme*, in *Common Market Law Review*, 2005, 42, p. 1567.

Abbiamo avuto modo di ascoltare interventi su alcune forme di mutuo riconoscimento di prove: Daniele Vicoli ha parlato di ammissibilità della prova testimoniale e divieti probatori, cioè di riconoscimento di prove, Luca Bresciani ha affrontato il tema della circolazione della prova dichiarativa, cioè di una forma di mutuo riconoscimento all'interno della cornice giuridica nazionale.

Ci sono altre forme di mutuo riconoscimento delle prove in uno Stato, nell'ambito della stessa cornice nazionale: per esempio se il telefono di una persona è sotto controllo ad opera della polizia per ragioni di prevenzione di attacchi terroristici, ma il mezzo di prova rivela una truffa, si pone il problema: può l'intercettazione compiuta dalla polizia essere utilizzata in un processo penale?

Vi è, inoltre, un mutuo riconoscimento delle prove tra Stati, cioè tra un sistema giuridico e l'altro, come ho spiegato all'inizio: un elemento di prova, come una dichiarazione testimoniale, che è assunta e trascritta in un verbale – poniamo svedese – può essere presentata come prova in un procedimento penale in qualsiasi altro paese, per esempio in Spagna; oppure un coltello con valenza indiziaria, in quanto macchiato di sangue, che è rinvenuto durante la perquisizione dell'abitazione di una persona sottoposta alle indagini, diciamo, in Polonia, può essere presentato, senza ulteriori condizioni, come prova in un processo che si celebra in Germania.

In ogni caso, il giudice avrà sempre il potere di pronunciarsi sull'ammissibilità e sul valore probatorio della prova addotta, in quanto non c'è un mutuo riconoscimento del risultato probatorio.

c) L'armonizzazione: la Convenzione europea dei diritti dell'uomo come elemento di connessione.

Considerando i diversi approcci all'armonizzazione, non si può trascurare che abbiamo già a disposizione un elemento di connessione tra le procedure penali europee: la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e, in futuro, la Carta europea dei diritti fondamentali, che sarà integrata dal Trattato di Lisbona, entrambi a garanzia del giusto processo.

La Corte europea dei diritti dell'uomo ha individuato uno standard uniforme e vincolante di "due process" proprio sulla base della Convenzione europea. Al riguardo, c'è un'ampia discussione sul ruolo che la Convenzione europea può svolgere nell'armonizzazione delle procedure penali in Europa²⁵.

La giurisprudenza della Corte, comunque, può servire come ulteriore elemento di connessione, come "sistema europeo di riferimento", a condizione che la Convenzione europea indichi uno standard minimo. Ma così non è. La Convenzione europea non stabilisce un organico e detagliato sistema che disciplini l'ammissibilità o la rilevanza di una prova come tale, neppure in ordine all'attendibilità o alla *fairness* della medesima²⁶.

²⁵ Si veda per la dottrina tedesca B. HECKER, *Europäisches Strafrecht*, Springer, 2007, 2ª ed., p. 113 s.

²⁶ V. S. GLESS, *Beweisrechtsgrundsätze*, cit., p. 173 s.

Ci sono, tuttavia, vari riferimenti ai divieti probatori in caso di processo ingiusto, soprattutto se è violato il diritto al controesame di un testimone²⁷ o venga in altro modo violato il diritto di difesa²⁸.

Ma riguardo ad altri aspetti la Convenzione europea tace completamente. Un punto oscuro, per esempio, è il tema del diritto di astenersi dal testimoniare ("*Zeugni sverweigerungsrechte*")²⁹: tutti i membri della famiglia dell'imputato possono invocare tale facoltà, così come il ministro di culto e il redattore del giornale locale? Questo è, infatti, ciò che è previsto dalla legge tedesca³⁰. Ma non dall'ordinamento inglese³¹.

Con in mente questo esempio, non sembrano esserci ragioni per presumere standard omogenei nell'ambito della disciplina della prova. La Convenzione europea, quindi, lascia senza risposta l'interrogativo se un elemento di prova – raccolto legalmente o illegalmente in un paese – sia ammissibile davanti al giudice di un altro paese.

5. Conclusioni

Quali strategie e quali tecniche possono condurre ad un'armonizzazione della prova?

L'armonizzazione della prova, intesa nel senso che le stesse norme governano l'acquisizione e la valutazione delle prove in tutti gli Stati europei, non costituisce una risposta accettabile ai problemi della raccolta transnazionale delle prove in un futuro prossimo dell'Unione europea, perché è impossibile una completa unificazione delle procedure penali.

La questione che dunque si pone è la seguente: il mutuo riconoscimento della prova, come singolo elemento di informazione nel processo di accertamento del fatto, è un'opzione possibile?

La risposta è: forse. Una risposta del tutto affermativa è impossibile perché ancora non sappiamo cosa il concetto di mutuo riconoscimento possa significare per la disciplina delle prove³².

²⁷ GMR [Barberà, Messegué e Jabardo/Spagna] Serie A/146, § 78; [Kostovski/Olanda] Serie A/166, § 41 = StV 1990, 481; [Windisch/Austria] Serie A/186, § 26 = StV 1991, 193; [Delta/Francia] Serie A/191-A, § 36; [Isgrò/Italia] Serie A/194-A, § 34; [Asch/Austria] Serie A/203, § 27 = EuGRZ 1992, 474; [Saïdi/Francia] Serie A/261-C, § 43 = (1994) 17 EHRR 251; [Ferrantelli e Santangelo/Italia] Reports 1996-III, § 51; [van Mechelen/Olanda] Reports 1997-III = StV 1997, 617 ss. Nella giurisprudenza tedesca, BGH NStZ 1993, 292; BGH NStZ-RR 1996, 334; *Beulke*, FS Rieß, S. 6 s.

²⁸ EGMR [Imbrioscia/Schweiz] Serie A/275 (1993), § 36; [Murray/Vereinigtes Königreich] Reports 1996-I, § 62: «*applies even at the stage of the preliminary investigation into an offence by the police*».

²⁹ Per un'analisi comparativa dei principi si veda J. SPENCER, *op. cit.*, p. 610 s.

³⁰ V. §§ 52 e 53 StPO.

³¹ V. *Honeyghon and Sayles*, in *Crim. L. R.*, 1999, p. 221; *Thompson* in *Cr. App. R.*, 1976, 64, p. 96; *Attorney General v Clough*, Q. B., 1963, 1, p. 773.

³² Per ulteriori informazioni sul mandato europeo di ricerca della prova allo scopo di acquisire oggetti, documenti e dati da usare in procedimenti penali, v. J. VERVAELE, *Il progetto di decisione quadro*

Il mutuo riconoscimento è una pietra angolare, è la principale strategia per una migliore cooperazione tra gli Stati membri dell'Unione europea in vista della realizzazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia³³.

Partiamo, però, dal presupposto che richiediamo solo il mutuo riconoscimento dei mezzi di prova e non del risultato probatorio e che siamo consapevoli del problema che nel concetto di "libera circolazione della prova" l'oggetto dell'auspicata circolazione non è un qualcosa di reale ma una costruzione giuridica rispondente a determinate esigenze giuridiche o, per meglio dire, astratte, e non a bisogni essenziali come possono essere quelli dei consumatori.

A differenza dei bisogni dei consumatori, che rappresentano la principale forza propulsiva del mercato comune e del principio di libera circolazione delle merci, dei servizi, delle persone e del capitale, la prova deve realizzare uno scopo prettamente giuridico nel quadro di un ordinamento giuridico nazionale in prevalenza improntato ad una certa tradizione, la quale genera – tra l'altro – fiducia in una determinata procedura di accertamento del fatto.

Quale ruolo può avere il mutuo riconoscimento in tale contesto? La questione può essere affrontata sotto molteplici punti di vista: John Vervaele parlerà, ad esempio, del progetto di una decisione quadro sulla prova europea. La decisione quadro non armonizza la disciplina della prova in sé, ma autorizza ciascuno Stato membro a raccogliere prove in un altro Stato membro.

La strategia seguita a proposito del mandato europeo di ricerca della prova è, dunque, quella del mutuo riconoscimento degli ordini di ricerca della prova.

Sebbene tutti gli Stati membri dell'Unione europea siano vincolati al rispetto della Convenzione europea, ciascuno ha ancora la propria disciplina della prova che regge l'accertamento del fatto di reato nei processi penali.

Come regola generale, solo la procedura di acquisizione delle prove e non la disciplina della prova di per sé sono rilevanti alla luce della Convenzione europea per valutare se nel complesso il diritto dell'imputato ad un giusto processo è stato rispettato. Solo in tale ambito, la Convenzione europea ha avuto un grande impatto sulle procedure penali degli Stati europei³⁴. La Convenzione europea, così com'è, non può fungere da sistema di riferimento per l'armonizzazione.

sul mandato di ricerca della prova, *infra*, nonché WILLIAMS, *The European Evidence Warrant*, in *Revue internationale de droit pénal*, 2006, 77, p. 155 s.

³³ Per ulteriori informazioni sul mutuo riconoscimento nelle strategie europee, si veda H. SATZGER, F. ZIMMERMANN, *The protection of EC Financial Interests by Means of Penal Law*, in BASSIOUNI-MILITELLO-SATZGER, *European Cooperation in Penal Matters: Issues and Perspectives*, Padova, 2008; S. PEERS, *Mutual Recognition and Criminal Law in the European Union: Has the council got it wrong?*, in *Common Market Law Review*, 2004, p. 5 s.

³⁴ H. JUNG, "Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege" contra "schützende Formen" ein prozessualer Klassiker im Lichte der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrecht, in *Goltdammer's Archiv*, 2003, p. 198; I. PERSAUD, *The reconstruction of human rights in the European legal order*, in AA.VV., *European Civil Liberties and the European Convention on Human Rights*, a cura di Gearty, 1997,

La pena applicata dallo Stato si giustifica solo se la colpevolezza è provata. La prova della colpevolezza deve basarsi su di una prova attendibile e “giusta” dal punto di vista di coloro che formulano l'imputazione a carico di chi è ritenuto responsabile.

Se si viola questa semplice regola di buon senso – armonizzando la prova senza fornire un efficace contesto di armonizzazione – il sistema della giustizia penale rischia di perdere il proprio fondamento.

p. 356 s.; U. SIEBER, Memorandum für ein Europäisches Modellstrafgesetzbuch, in *Juristen-Zeitung*, Mohr, 1997, p. 375.