



## Indipendenza del pubblico ministero e cooperazione internazionale in materia penale nello scenario giuridico europeo

DI ANTONELLA FALCONE\*

**Sommario:** 1. Introduzione - 2. Il ruolo e le funzioni del pubblico ministero in Europa. - 2.1 Il pubblico ministero nel contesto giuridico europeo e la pluralità di concezioni attorno alla sua indipendenza. 2.2 Ricerca di uno *standard* di tutela uniforme. L'assenza di uno "statuto paneuropeo" del pubblico ministero. - 3. Dall'extradizione al mandato d'arresto europeo: il principio di indipendenza nelle procedure di consegna internazionale. - 4. L'evoluzione della nozione di "autorità giudiziaria emittente" secondo la Corte di giustizia e le garanzie di indipendenza del pubblico ministero: coordinate ermeneutiche comuni, soluzioni opposte. - 4.1 Il quadro di partenza. - 4.2 L'assenza "in astratto" di garanzie di indipendenza della *Staatsanwaltshaft* tedesca e l'indipendenza "in concreto" della *Staatsanwaltshaft* austriaca. - 4.3 Legittimità del procedimento di emissione del mandato d'arresto europeo da parte del pubblico ministero francese. - 5. La nozione di "autorità giudiziaria d'esecuzione" secondo i giudici di Lussemburgo. La Procura olandese e la dipendenza dal Ministro della giustizia. - 6. Mandato d'arresto europeo, indipendenza del pubblico ministero e tutela dei diritti fondamentali: considerazioni critiche. - 7. Indipendenza del pubblico ministero e ordine europeo di indagine penale. - 8. Conclusioni.

### 1. Introduzione.

Nel recente dibattito giuridico europeo si osserva la crescente attenzione dedicata al pubblico ministero nell'ambito dei procedimenti penali transnazionali<sup>1</sup>. Basti pensare alla

---

\* Dottoranda in Scienze giuridiche presso l'Università degli studi di Messina.

<sup>1</sup> Sebbene ad oggi non esista a rigore un modello di riferimento di "processo penale transnazionale", tuttavia, «un modo di intendere condiviso lo descrive come l'insieme di procedimenti che coinvolgono più ordinamenti giuridici, solitamente nella fase delle indagini o per arrestare un indagato. È nella contrapposizione tra giudizio penale nazionale e procedimento penale che coinvolge o può coinvolgere tutti, o solo alcuni Stati dell'Europa, che si sviluppa la vicenda della giustizia penale europea e, con essa, quella della tutela dei diritti dell'indagato e/o imputato e/o accusato, della vittima, delle parti processuali in generale». Così F. RUGGIERI, relazione al Convegno "L'Europa e i diritti: che cosa ha fatto l'Unione Europea e che cosa resta da fare. Le sfide della Presidenza

centralità rivestita dalle attività investigative condotte dalla pubblica accusa in seguito all'introduzione dell'ordine europeo di indagine penale (OEI) o, ancora, alla vasta mole di indagini attorno alla neonata struttura dell'*European Public Prosecutor's Office* (EPPO)<sup>2</sup>. L'ambito tematico che più da vicino interessa l'analisi che s'intende svolgere nel presente scritto, peraltro, concerne il ruolo e le funzioni del pubblico ministero nell'ambito delle procedure del mandato d'arresto europeo.

L'occasione per una riflessione così orientata su tale organo nel contesto della cooperazione giudiziaria penale in Europa è rappresentata dalle pronunce della Corte di Lussemburgo, intervenuta tra il 2019 ed il 2020 per chiarire se alcune Procure europee offrano garanzie di indipendenza dal potere esecutivo sufficienti per poter emettere o eseguire un mandato europeo diretto all'arresto e alla consegna da parte di altro Stato membro di un soggetto ricercato ai fini dell'esercizio dell'azione penale o per l'esecuzione di una condanna, di una misura cautelare o di sicurezza<sup>3</sup>.

Solo come base di partenza della presente analisi si ricorda che il mandato d'arresto europeo fu introdotto per superare il "paradosso dell'extradizione"<sup>4</sup> nel contesto del mutuo riconoscimento in campo penale. Sostituendo il previgente meccanismo regolato dalla Convenzione europea di estradizione del 13 dicembre 1957, infatti, la decisione quadro del quadro 2002/584/GAI (d.q. MAE) ha fornito agli Stati membri uno strumento più rapido nel perseguimento dei reati in quanto imperniato sulla consegna diretta tra autorità giudiziarie di indagati, imputati e condannati<sup>5</sup>.

Le sentenze emesse di recente dalla Corte di giustizia dell'Unione europea si giustificano alla luce di un contesto normativo contraddistinto da disposizioni che, benché formulate per tenere conto delle specificità organizzative dei singoli sistemi giudiziari, sono foriere di differenti interpretazioni circa il significato da attribuire ad «autorità giudiziaria» di uno Stato membro *ex art. 6* della decisione quadro.

Indossando le lenti del pratico potremmo rimarcare subito che, sebbene una serena collaborazione tra il pubblico ministero e gli organi di indirizzo politico nell'amministrazione della giustizia sia sempre auspicabile, la mera eventualità che le autorità di pubblica accusa, emittenti e destinatarie di un mandato d'arresto, ricevano istruzioni e sollecitazioni precise o

---

*italiana*", Roma, 2014. L'approccio descritto muove dalla prospettiva secondo la quale il procedimento transnazionale è basato sulla divisione delle varie fasi e competenze tra le autorità coinvolte nella cooperazione internazionale. La dottrina tedesca parla a tal proposito di "*international-arbeitssteiliges Verfahren*". Cfr. W. SCHOMBURG, O. LAGODNY, S. GLESS, T. HACKNER, *Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, Kommentar, Einleitung*, in W. SCHOMBURG, O. LAGODNY, S. GLESS, T. HACKNER (eds.), *Internationale Rechtshilfe in Strafsachen*, München, 2020, VI ed., p. 1 ss.

<sup>2</sup> Tra tutti cfr. L. BACHMAIER, *The European Public Prosecutor's Office*, Cham, 2019.

<sup>3</sup> Art. 1, par. 1, d.q. 2002/584/GAI.

<sup>4</sup> L. SALAZAR, *La decisione quadro sul mandato d'arresto europeo: genesi, contenuto e finalità del nuovo sistema normativo*, incontro di studio sul tema "Cooperazione Giudiziaria Europea: dall'extradizione al mandato d'arresto europeo", Roma, 2003.

<sup>5</sup> Nella nuova procedura fissata dalla decisione quadro sul mandato d'arresto europeo i governi non ricoprono più il ruolo centrale riscontrabile nell'extradizione, con alcun eccezioni, come per il caso dell'Italia dove le corti nazionali sono obbligate «*to channel their contacts abroad through the Ministry of Justice*». Così S. OUBIÑA BARBOLLA, *The European Arrest Warrant in Law and Practice*, in S. RUGGERI (ed.), *Liberty and Security in Europe*, Osnabrück, 2012, p. 49 s. Cfr., ancora, M. PLACHTA, *European Arrest Warrant: Revolution in Extradition?*, in *Eu.J.Crime Cr.L.Cr.J.*, 2003, p. 178 s., per il quale nelle procedure di cui alla d.q. MAE il ruolo delle autorità centrali è stato significativamente ridotto e privato di responsabilità significative.

generiche da parte del Governo di appartenenza rischia di inficiare la loro indipendenza<sup>6</sup>, con ripercussioni non solo sulle posizioni di indagati, imputati, condannati ma anche sull'accogliabilità e l'esecuzione di provvedimenti incidenti sulle libertà fondamentali, a partire da quella personale<sup>7</sup>. Tali ipotesi non sono affatto remote visto che le soluzioni organizzative delle magistrature adottate nei Paesi europei non sempre offrono la possibilità di accertare agevolmente se l'indipendenza formale dei pubblici ministeri trovi concreta rispondenza nella realtà giuridica e viceversa. Ciò dipende dalla circostanza che alcuni ordinamenti offrono una configurazione prevalentemente politica del pubblico ministero (si veda il caso della Germania); altri lo inquadrano nell'ordine giurisdizionale estendendovi garanzie già previste per i giudici<sup>8</sup>; mentre altri ancora gli attribuiscono una "veste giurisdizionale" a cui, però, nei fatti corrisponde una subordinazione al potere esecutivo<sup>9</sup>.

Queste battute introduttive basterebbero a porre i termini del problema sul quale si intende fare luce in ragione del mantenimento della giustizia penale in Europa. A fronte delle diverse configurazioni del concetto di indipendenza del pubblico ministero si profila la necessità pratica, oltre che valoriale, di predisporre uno *standard* di tutela che riduca al minimo gli elementi di politicità in capo all'organo di pubblica accusa, pena lo snaturamento di quella "neutralità tecnico-giudiziaria" che è la quintessenza del mandato d'arresto europeo.

Il problema, in verità, non riguarda solo l'indipendenza esterna dal potere politico, ma anche quella interna, sul piano, cioè, della gestione della fase investigativa e dei poteri decisori che incidono su libertà fondamentali. La Corte di Giustizia dell'Unione europea si è mossa solo nella prima direzione con risultati applicativi diversi, seppure informati a coordinate ermeneutiche uniformi tese alla valorizzazione del su descritto meccanismo alla base del mandato europeo.

Alla luce di tutto ciò vale la pena chiedersi se gli interventi della Corte, in ogni caso destinati ad innescare profondi cambiamenti nelle legislazioni nazionali con riguardo alla posizione giuridica interna dei pubblici ministeri, siano di per sé soddisfacenti o se, al contrario, lasciando margini di incertezza finiscano per rendere più ardua la cooperazione interstatale.

Ancor più a fondo ci si potrebbe interrogare se questo indirizzo, imperniato sulla individuazione di criteri generali per enucleare il concetto di indipendenza in vista di una proficua cooperazione, possa finire per alimentare la pratica del "*race to the bottom*" rispetto a livelli di garanzia più elevati assicurati nelle Costituzioni per casi domestici. A tal proposito si rivela essenziale mettere a confronto i sistemi nazionali di giustizia penale non solo con le Carte costituzionali dei Paesi membri, ma anche con le soluzioni elaborate di volta in volta dalla Corte europea. Le dialettiche interpretative innescate dal caso *Melloni*<sup>10</sup> ci ricordano, infatti, che a

---

<sup>6</sup> Più in generale per i giudici di Lussemburgo la nozione di indipendenza è espressiva della terzietà dell'organo giudicante intesa sia quale capacità di resistere a pressioni provenienti da terzi, sia quale imparzialità ed equidistanza dalle parti della controversia. Cfr. Corte giust., febbraio 2017, causa C-503/15, *Margarit Panicello*, ECLI:EU:C:2017:126.

<sup>7</sup> Cfr. Carta di Roma, paragrafo V.

<sup>8</sup> Artt. 104 e 108 Costituzione italiana, art. 78 Costituzione spagnola.

<sup>9</sup> L. VIOLINI, *Separazione delle carriere e indipendenza della magistratura: riflessioni di diritto comparato*, in *Dir. pen. cont.*, 2011, p. 56 ss.

<sup>10</sup> Corte giust., 26 febbraio 2013, causa C-399/11, *Melloni*, ECLI:EU:C:2013:107, in [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu). I giudici di Lussemburgo avevano sostenuto che nella misura in cui il diritto europeo rispetta i diritti fondamentali tutelati dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, lo Stato membro non può rifiutare di adempiere gli obblighi che ne derivano, nemmeno nell'ipotesi in cui tali obblighi risultino in contrasto con i diritti

prescindere dalle vicende che hanno interessato l'evoluzione della giurisprudenza di Lussemburgo<sup>11</sup>, il rapporto tra la normativa europea ed i principi fondamentali di uno Stato non è sempre pacifico e coinvolge situazioni di rimarchevole importanza negli assetti costituzionali interni, proprio quelli suscettibili di attivare nella cornice del mutuo riconoscimento l'*Identitätskontrolle*<sup>12</sup> da parte delle autorità coinvolte nella cooperazione.

## 2. Il ruolo e le funzioni del pubblico ministero in Europa.

### 2.1 Il pubblico ministero nel contesto giuridico europeo e la pluralità di concezioni attorno alla sua indipendenza.

Nel panorama dei sistemi europei di giustizia penale il pubblico ministero gode di una considerazione variabile e dipendente da una serie di fattori, quali anzitutto le funzioni a lui attribuite in ordine all'avvio dell'azione penale, il grado di coinvolgimento nelle indagini e il rapporto con le altre parti processuali. Tutte circostanze, queste, idonee ad incidere sulla forma del procedimento penale stesso e a cui, naturalmente, si aggiungono le diverse declinazioni continentali dell'esercizio dell'azione penale: obbligatorietà e discrezionalità<sup>13</sup>.

Non può trascurarsi poi il fatto che il pubblico ministero giochi ulteriori e fondamentali ruoli negli ordinamenti giuridici interni. Basti pensare che nei sistemi ispirati al principio di opportunità tale organo è stato paragonato ad un "guardiano dei cancelli"<sup>14</sup>, specie con riguardo al momento decisionale che precede la formulazione dell'accusa, non soltanto sul singolo caso, ma anche come prassi generalizzata idonea ad incidere, per giunta, sulla c.d. *substantive criminalisation*, ovvero sul diritto penale applicato dai giudici nelle aule dei tribunali in contrapposizione a quello consacrato nei codici<sup>15</sup>.

I profili appena accennati sono certamente interessanti nel dibattito attorno alla centralità del pubblico ministero nei procedimenti penali in Europa; eppure, ai fini della presente indagine, va approfondita la prospettiva di una lettura costituzionalmente e convenzionalmente orientata del ruolo di questo organo in materia penale. Essa porta a considerare che, se in generale l'ordinamento penale ha un peso predominante per la salvaguardia dello Stato di diritto, più specificamente nei sistemi liberaldemocratici la interazione dinamica tra gli organi requirenti e giudicanti, da un lato, e il potere esecutivo, dall'altro, rappresenta un punto nevralgico nel garantire l'effettività del principio di separazione dei poteri. A tal proposito la Corte europea dei diritti dell'uomo ha ritenuto necessario sottolineare che «in una società democratica sia i

---

fondamentali garantiti dal proprio ordinamento costituzionale. In questo senso anche Corte giust., 26 febbraio 2013, *Åkerberg Fransson*, causa C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105, secondo la quale «l'applicabilità del diritto dell'Unione implica quella dei diritti fondamentali garantiti dalla Carta».

<sup>11</sup> Si veda più *infra* Corte giust., *Aranyosi e Căldăraru e LM*.

<sup>12</sup> *BVerfGE*, 15 dicembre 2015, *Solange III*, nr. 2735/14.

<sup>13</sup> Per una recente analisi comparatistica sul ruolo del pubblico ministero nella fase investigativa cfr. S. RUGGERI, *Public Prosecutors in Criminal Investigations: a Comparative Law Study*, in R. F. WRIGHT, K. L. LEVINE, R. M. GOLD (eds.), *The Oxford Handbook of Prosecutors and Prosecution*, Oxford, 2021, p. 1 s.

<sup>14</sup> *House of Commons Justice Committee, The Crown Prosecution Service: Gatekeeper of the Criminal Justice System*, 6 August 2009, HC 168 2008-09.

<sup>15</sup> Si veda in tal senso M. L. MARSTALLER, *The Legality Principle: An Effective Way to Minimise the European Prosecutors' Influence on Substantive Criminalisation? Comparing the German Staatsanwaltschaft and the Crown Prosecution Service in England and Wales*, in *EuCLR*, 2016, p. 62 s.

tribunali che le autorità investigative devono rimanere liberi da pressioni politiche»<sup>16</sup>. In tempi recenti, anche la Corte di giustizia dell'Unione europea si è interessata, seppure in generale, al tema dell'indipendenza, come dimostrano le denunce sulle derive illiberali del sistema giudiziario in Polonia<sup>17</sup> o le sentenze *ASJP*<sup>18</sup> e *Land Hassen*<sup>19</sup> che hanno esplicitato il legame tra le garanzie d'indipendenza dei giudici e lo Stato di diritto.

Se in alcuni Stati membri l'indipendenza dei pubblici ministeri è garantita dalla Carta costituzionale (ad es. Croazia, Grecia, Slovenia, Italia, Portogallo), in altri è statuita dalla legge ordinaria (ad es. Estonia, Romania); in alcuni Paesi esistono ordini di autogoverno separati per la pubblica accusa (ad es. Croazia, Portogallo); mentre in altri esiste un ordine unico tanto per i giudici quanto per i pubblici ministeri (ad es. Belgio, Bulgaria, Francia, Italia, Romania, Spagna)<sup>20</sup>.

Questa eterogeneità nell'assetto istituzionale degli organi delle magistrature requirenti nazionali e, soprattutto, nell'atteggiarsi del rapporto tra gli organi titolari del potere di pubblica accusa e gli organi di indirizzo politico rappresenta un ostacolo per la cooperazione giudiziaria penale, chiamata oggi a coniugare la tutela dei diritti e delle libertà fondamentali<sup>21</sup> con la necessità di perseguire il crimine transnazionale. Rischiano di essere violate, infatti, la riserva di legalità e di giurisdizione se, per fare un esempio calzante al nostro discorso, nel vaglio del *fumus commissi delicti* e dei *pericula libertatis* – preordinato all'emanazione di una misura cautelare a sua volta presupposto di un mandato – il pubblico ministero potesse subire l'influenza, anche solo mediata, dell'autorità governativa, senza che possa intervenire alcun controllo giudiziario.

Emerge così un quadro che va analizzato non solo sul piano del tecnicismo normativo. Osservazioni di ampio respiro potrebbero appuntarsi, infatti, su un duplice tema quale è quello della traduzione di principi di rimarchevole importanza per il sopravvivere dello Stato di diritto in norme e regole procedurali e quello della possibilità che le stesse norme e regole siano arricchite, se lacunose, dal ricorso ai principi da cui sono scaturite.

## **2.2 Ricerca di uno *standard* di tutela uniforme. L'assenza di uno “statuto paneuropeo” del pubblico ministero.**

---

<sup>16</sup> Corte Edu, 14 febbraio 2008, *Guja c. Moldova*, ric. n. 14277/04.

<sup>17</sup> *Ex multis*, Corte giust., 19 novembre 2019, cause riunite C-585/18, C-624/18 e C-625/18, *A.K.* (Indipendenza della Sezione disciplinare della Corte suprema), ECLI:EU:C:2019:982; Corte giust., 8 aprile 2020, causa C-791/19, Commissione/Polonia (Regime disciplinare dei giudici), ECLI:EU:C:2020:277.

<sup>18</sup> Corte giust., 27 febbraio 2018, causa C-64/16, *ASJP*, ECLI:EU:C:2018:117.

<sup>19</sup> Corte giust., 9 luglio 2020, causa C-272/19, *Land Hassen*, ECLI:EU:C:2020:535, in cui si è riconosciuto nel principio di indipendenza un valore fondante dell'UE necessario per una tutela giurisdizionale effettiva (art. 19 TUE), per garantire il rispetto del diritto fondamentale a un giudice indipendente e imparziale di cui all'articolo 47 della Carta di Nizza e assicurare l'operatività del meccanismo del rinvio pregiudiziale (art. 267 TFUE).

<sup>20</sup> Nell'ordinamento giuridico italiano, come noto, quando la Costituzione o la legge ordinaria utilizzano l'espressione “autorità giudiziaria” si riferiscono sia al giudice, sia al pubblico ministero; se poi intendono operare un distinguo a livello di persone fisiche individuano ora il magistrato giudicante ora quello requirente. Inoltre, la Carta fondamentale quando all'art. 104, co. 1, utilizza l'espressione «ordine» piuttosto che potere, lo fa per precisare che la magistratura non partecipa alla funzione di indirizzo politico, semmai ad essa è attribuita una funzione di garanzia. Cfr. P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2018, p. 73 s.

<sup>21</sup> Sul tema, T. KRÜSSMANN, *Transnationales Strafprozessrecht*, Baden-Baden, 2009.



Problemi così complessi come quelli descritti troverebbero certamente soluzione in uno “statuto” europeo incentrato sulla figura del pubblico ministero che definisse l’impianto istituzionale, le regole organizzative e di condotta nei rapporti con altri poteri dello Stato e, soprattutto, con le parti in quella particolare esperienza che è il processo penale. Tuttavia, non solo un tale assetto normativo non esiste, ma non si rinviene neppure alcuna competenza delle istituzioni dell’Unione europea nel settore della organizzazione della giustizia interna, né tantomeno avuto riguardo alla figura del pubblico ministero.

È noto che gli artt. 82 e ss. del TFUE legittimano il legislatore europeo ad intervenire solamente su alcuni profili della materia penale<sup>22</sup>, come ad esempio quelli inerenti all’ammissibilità reciproca delle prove, ai diritti della persona nella procedura penale, ai diritti delle vittime, fino ad ogni altro aspetto processuale che possa essere ritenuto rilevante. Tale base legale è finalizzata ad un’opera di armonizzazione del tipo *salami tactics* agganciata, in ultima analisi, alla cooperazione giudiziaria e di polizia piuttosto che ad un intervento capillare come quello richiesto da un’architettura legislativa di diritto interno.

Proprio in ordine al rapporto tra il pubblico ministero e le parti del procedimento penale si potrebbe, tuttavia, rimarcare che le sei direttive del Programma di Stoccolma<sup>23</sup> – nel riconoscere diritti e garanzie procedurali alle vittime, agli imputati e agli accusati – lo fanno anche in relazione ai poteri e a precisi doveri che ricadono sul pubblico ministero nell’esercizio delle sue funzioni. Si pensi, a titolo esemplificativo, al diritto all’assistenza di un interprete fin dai primi interrogatori condotti anche dal pubblico ministero<sup>24</sup>; e ancor più, forse, al diritto, riconosciuto già all’indagato, di essere informato dell’addebito formulato nei suoi confronti, nonché di eventuali modifiche dello stesso, ciò che si traduce appunto nel riconoscimento di puntuali obblighi a carico dell’organo che abbia il potere di elevare e modificare accuse in materia penale (salvi i casi di azioni penali private, nei Paesi che le ammettono).

Nel quadrante giuridico dell’Unione un complesso organico di regole è, peraltro, rappresentato dal Regolamento EPPO<sup>25</sup> che ex art. 86 TFUE ha solo competenza ad indagare e perseguire gli autori di reati che ledono gli interessi finanziari dell’Unione, quali frode, corruzione, riciclaggio, frodi IVA transfrontaliere, nonché condotte di partecipazione ad un’organizzazione criminale (di cui alla decisione quadro 2008/841/GAI) incentrata sulla commissione dei reati PIF.

A questo proposito è importante sottolineare che l’indipendenza dell’EPPO, sia come Ufficio globalmente considerato, sia dei suoi organi, è affermata in modo solenne dall’art. 6 Reg. EPPO. È facile avvedersi, tuttavia, di come il rimando a tale struttura possa risultare infruttuoso, in particolar modo perché manca, ad oggi, un quadro concreto sull’attività dell’EPPO, entrato in azione solo dal 1° giugno 2021. Preme in ogni caso rimarcare la natura ibrida dell’organo investigativo che denota tutto sommato una riluttanza dei Paesi membri ad

---

<sup>22</sup> Per un approfondimento, cfr. C. AMALFITANO, *La competenza penale dell’Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, in L. CAMALDO (a cura di), *L’istituzione del Procuratore europeo e la tutela penale degli interessi finanziari dell’Unione europea*, Torino, 2014, p. 3 ss.

<sup>23</sup> Sul diritto all’interpretazione e alla traduzione, sul diritto all’informazione sul diritto di avvalersi di un difensore, sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare ai processi penali, sulle garanzie procedurali per i minori, sull’ammissione al patrocinio a spese dello Stato.

<sup>24</sup> Art. 3 direttiva 2012/13/UE.

<sup>25</sup> Cfr. artt. 14, 16, 17 Reg. EPPO e Regolamento interno integrativo che definiscono nomina, poteri, funzioni, revoca del Procuratore capo, dei procuratori europei e dei procuratori delegati.

abbandonare schemi e prassi tipici della propria giustizia penale. Ne è chiara testimonianza la coesistenza, nei centoventi articoli del Regolamento EPPO, di nuovi meccanismi processuali assieme ad altri che, sulla falsariga delle tradizioni continentali di giustizia penale, confermano principi largamente condivisi, come l'imparzialità del pubblico ministero. Specie con riferimento ai procuratori delegati, la cui individuazione ricade in prima battuta sugli Stati, può notarsi che mentre per taluni Paesi membri vi sarà un ruolo centrale degli organi di autogoverno (CSM per l'Italia), in altri casi i procuratori verranno selezionati all'esito di procedure gestite da un organo politico. Ma un dato che può significare molto per l'autonomia dei singoli membri si rinviene all'art. 96, par. 6, secondo cui «le autorità nazionali competenti dotano i procuratori europei delegati delle risorse e attrezzature necessarie per l'esercizio delle loro funzioni ai sensi del presente regolamento»<sup>26</sup>.

Da ultimo, si deve rilevare che la Procura europea nasce all'interno di un quadrante geografico limitato come quello della cooperazione rafforzata. Il che è prova della difficoltà di rinvenire su temi così delicati, come quello rappresentato dall'indipendenza, una visione condivisa.

Neppure l'ordinamento del Consiglio d'Europa consente di delinare una disciplina unitaria sul pubblico ministero, esistendo soltanto linee-guida e raccomandazioni che dettano una equiparazione alla posizione del giudice sotto il profilo della indipendenza<sup>27</sup>. Meritano menzione a tal proposito la Raccomandazione n. 19 del 2000 del Consiglio dei Ministri e la Magna Carta dei giudici adottata il 17 novembre del 2010 dal Consiglio consultivo dei giudici europei presso il Consiglio d'Europa (CCJE) le quali, estendendo garanzie già solennemente proclamate per i giudici, fissano con estrema chiarezza la necessità di assicurare che il lavoro dei pubblici ministeri sia svolto senza interferenze ed esposizioni al potere politico per il tramite di uno statuto interno agli ordinamenti gravitante attorno al concetto di indipendenza<sup>28</sup> ordinamentale, ma anche funzionale e finanziaria.

Escludendo dunque la possibilità di porre le basi per una disciplina organica su scala europea, la via percorribile rimane, ancora una volta, quella di enucleare alcuni principi direttivi che definiscano un pubblico ministero anzitutto politicamente neutrale nell'esercizio delle funzioni a cui è destinato e che si ergano al di sopra del divario delle culture giudiziarie d'Europa per garantire una stabile operatività *pro futuro*. Un traguardo ancora fin troppo ambizioso?

Il mosaico che si presenta ai nostri occhi è abbastanza variegato. Eppure sembra difficile contestare che nel tempo i diversi modelli di giustizia penale si sono ampiamente influenzati vicendevolmente, grazie anche all'opera della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale ha delineato un modello di accertamento penale orientato alla tutela dei diritti umani che supera la distinzione tra paradigmi accusatori e inquisitori. Ai giudici di Strasburgo si deve, infatti, un'importantissima opera di armonizzazione culturale delle

---

<sup>26</sup> Cfr. A. MARTÍNEZ SANTOS, *The Status of Independence of the European Public Prosecutor's Office and its Guarantees*, in L. BACHMAIER (ed.), *The European Public Prosecutor's Office*, cit., p. 1 ss.

<sup>27</sup> Così A. BALSAMO, *Il rapporto tra indipendenza del pubblico ministero e tutela della libertà personale nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 1129 s.

<sup>28</sup> Mandati, mobilità, reclutamento, formazione, promozione, trasferimenti, retribuzioni adeguate, libertà di espressione, di opinione, di associazione e di riunione, garanzie di trasparenza e di equità sono i profili per lo più attenzionati negli atti richiamati.

legislazioni sotto il profilo dei diritti fondamentali di indagati, accusati e condannati<sup>29</sup>, tale per cui quale che sia il sistema di azione penale adottato dai singoli Stati contraenti, la previsione di garanzie fondamentali fa sorgere in capo all'autorità competente dei doveri. Per fare un esempio, al diritto all'informazione dettagliata sull'accusa corrisponde il dovere d'informare la persona accusata in una lingua a lui comprensibile non solo dei profili fattuali e giuridici dell'accusa ma anche di eventuali sue modifiche.

Partendo da queste premesse sembra allora possibile costruire nel tempo i tratti caratteristici comuni da attribuire agli uffici della pubblica accusa, pur in assenza di una precisa competenza in tal senso rinvenibile nelle fonti sovranazionali (al di fuori dell'EPPO). Ed un immancabile elemento è proprio rappresentato dal principio di indipendenza, il quale non solo protegge il pubblico ministero nei confronti di influenze esterne<sup>30</sup> ed interne<sup>31</sup>, ma garantisce a tutti i consociati uguaglianza di trattamento dinanzi alla legge e tutela delle libertà fondamentali. Queste ultime possono essere limitate solo da decisioni emesse da un organo indipendente, pena la violazione del diritto all'equo processo *ex art. 6 Cedu*<sup>32</sup> (art. 47 Carta di Nizza).

Identificato in questi termini il nucleo minimo del concetto di indipendenza resta da chiedersi se esso sia comunque sufficiente ad agevolare la cooperazione tra Stati e se, sul fronte delle garanzie di indagati, imputati e soggetti coinvolti nelle procedure transnazionali, si richieda un *quid pluris* o qualcosa in meno o di diverso.

### **3. Dall'extradizione al mandato d'arresto europeo: il principio di indipendenza nelle procedure di consegna internazionale.**

L'indipendenza degli organi giudicanti e requirenti è principio estraneo alla cooperazione internazionale penale più risalente, di cui l'extradizione è lo strumento più tipico<sup>33</sup>. Storicamente le procedure di consegna nacquero come scambio di cortesie tra sovrani e tramutarono poi in un congegno dal carattere amministrativo tra i poteri esecutivi degli Stati.

---

<sup>29</sup> *Ex multis*, Corte Edu, 12 febbraio 1985, *Colozza c. Italia*, ric. n. 9024/80; Corte Edu, 16 dicembre 1992, *Hadjianastassiou c. Grecia*, ric. n. 12945/87; Corte Edu, 27 marzo 2008, *Peric c. Croazia*, ric. n. 34499/06; Corte Edu, 2 novembre 2010, *Sakhnovskiy c. Russia*, ric. n. 21272/03; Corte Edu, 24 gennaio 2019, *Knox c. Italia*, ric. n. 76577/13.

<sup>30</sup> Di recente la Corte di Strasburgo ha collegato l'indipendenza dei pubblici ministeri al diritto di espressione di questi ultimi di cui all'art. 10 Cedu: [...] «*prosecutors should have the right to take part in public discussions on matters concerning the law, the administration of justice and the promotion and protection of human rights, and they should be in a position to prosecute without obstruction public officials for offences committed by them, particularly corruption*». Corte Edu, 5 maggio 2020, *Kovesi c. Romania*, ric. n. 3594/19.

<sup>31</sup> La Corte Edu ha anche fatto riferimento all'esigenza di assicurare l'indipendenza funzionale del pubblico ministero entro la scala gerarchica dell'Ufficio di appartenenza, come per il caso in cui nessun procuratore possa muovere un'accusa contro il Procuratore generale che abbia «il pieno controllo su qualsiasi indagine in corso nel Paese». Cfr. Corte Edu, 5 febbraio 2010, *Kolevi c. Bulgaria*, ric. n. 1108/02.

<sup>32</sup> Per i giudici di Strasburgo i pubblici ministeri devono essere «autonomi nel loro processo decisionale, pur cooperando con altre istituzioni e organi», essendo chiamati ad «adempiere ai propri rispettivi compiti senza pressioni esterne o interferenze da parte del potere esecutivo o del Parlamento». Corte Edu, *Guja c. Moldova*, cit. Cfr. *ex multis*, Corte Edu, *Kolevi c. Bulgaria*, cit.; Corte Edu, 22 maggio 1998, *Vasilescu c. Romania*, ric. n. 53/1997/837/1043; Corte Edu, 3 settembre 2003, *Pantea c. Romania*, ric. n. 33343/96; Corte Edu, 23 febbraio 2011, *Moulin c. France*, ric. n. 37104/06.

<sup>33</sup> I primi Stati in Europa a dotarsi di una normativa interna che regolasse l'extradizione riconoscendo espressamente dei poteri all'autorità giudiziaria furono il Belgio (1833), il Lussemburgo (1841) e l'Olanda (1849). Cfr. E. MARZADURI, *Libertà personale e garanzie giurisdizionali nel procedimento di estradizione passiva*, Milano, 1992, p. 23 s.



Solo successivamente si sarebbe valorizzato un coinvolgimento delle autorità giudiziarie nelle scelte operate dal Governo sulle consegne internazionali<sup>34</sup>; coinvolgimento che, comunque, non avrebbe protetto dalle derive arbitrarie della politica poiché conta anche come l'intervento di tali autorità si espliciti in questo specifico terreno procedurale<sup>35</sup>.

Sempre in chiave storica, può osservarsi ancora che nei meccanismi di assistenza giudiziaria gli estradandi sono stati considerati spesso come "oggetti"<sup>36</sup> di un rapporto politico internazionale fondato ora sulle ragioni di Stato informate a relazioni di cortesia ora sugli obblighi imposti da fonti di diritto internazionale<sup>37</sup>. Meno considerato è stato il profilo attinente alla titolarità in capo ai soggetti coinvolti nell'extradizione di una serie di diritti e facoltà che integrano i requisiti di un processo equo, tra cui rientra appunto il diritto a che le decisioni sulla propria libertà, destinate a circolare oltre i confini dello Stato sovrano, siano emesse da un organo indipendente.

Dalla seconda metà del Novecento in poi si inizia a registrare una riconsiderazione dell'extradizione verso tratti orientati alla tutela dei diritti della persona come testimoniano, tra l'altro, i rifiuti di consegne in caso di violazione della "*human rights exception clause*" o della "*public policy/order reservation*"<sup>38</sup>. D'altra parte appare significativo il fatto che in quegli anni su scala internazionale sia maturata la consapevolezza dell'importanza del principio di

---

<sup>34</sup> M. R. MARCHETTI, *Estradizione (dir. proc. pen.)*, in *ED*, Annali, III, 2010, p. 300 ss.; G. DI CHIARA, *Rapporti giurisdizionali con autorità straniere*, in *ED*, agg., II, 1998, p. 1 s. A voler essere ancora più precisi il coinvolgimento delle autorità giudiziarie nasce, prima ancora che con una funzione garantista, dalla necessità di risolvere questioni rigorosamente giuridiche, come quelle attinenti alla cittadinanza o meno dei soggetti estradabili o alla definizione del reato politico. Così E. MARZADURI, *Libertà personale e garanzie giurisdizionali nel procedimento di estradizione passiva*, cit., p. 23 s.

<sup>35</sup> Pensiamo al regime previsto nel codice Rocco per la disciplina dell'extradizione passiva durante il periodo fascista. Secondo l'art. 663, co 1, c.p.p. «la persona di cui si intendeva offrire o di cui si era domandata l'extradizione era arrestata a richiesta del ministro di grazia e giustizia mediante ordine di cattura emesso dal Procuratore generale presso la Corte d'appello o dal Procuratore della Repubblica del luogo in cui la persona medesima si trovava». Così E. MARZADURI, *Libertà personale e garanzie giurisdizionali nel procedimento di estradizione passiva*, cit., p. 123 ss., il quale mette a fuoco l'impossibilità di consentire all'autorità giudiziaria di decidere effettivamente ed autonomamente in tema di custodia dell'extradando, posto che all'epoca l'art. 129 dell'ordinamento giudiziario individuava nel pubblico ministero un rappresentante del potere esecutivo presso l'autorità giudiziaria sotto la direzione del Ministro di giustizia e, pertanto, un organo privo di discrezionalità. Per giunta, quanto ai presupposti dell'emissione dell'ordine di cattura del pubblico ministero, precisa l'autore, mancavano indicazioni precise, sicché la loro valutazione finiva per ricadere sul Guardasigilli. Nel vigente codice di rito la situazione non è poi così diversa quanto al soggetto titolato a richiedere, ad esempio, una misura cautelare: a norma dell'art. 714 c.p.p., infatti, «la persona della quale è domandata l'extradizione può essere sottoposta, a richiesta del Ministro della Giustizia, a misure coercitive». Anche se la richiesta del Ministro non obbliga la Corte d'appello ad emettere la misura, ne è tuttavia presupposto processuale idoneo ad incidere sulla validità del provvedimento cautelare.

<sup>36</sup> A. ESER, O. LAGODNY, C. L. BLAKESLEY, *The Individual as Subject of International Cooperation in Criminal Matters: A Comparative Study*, Baden-Baden, 2002. Di diverso avviso è J. L. BRIERLY, per il quale gli estradandi sarebbero titolari di diritti e facoltà; cfr. J. L. BRIERLY, *Le fondement du caractère obligatoire du droit international*, in *Recueil des Cours (Académie de droit international de La Haye)*, 1928, p. 530 s.

<sup>37</sup> Nella procedura estradizionale classica viene fatta una distinzione tra *Bewilligung* (approvazione) e *Zulässigkeit* (ammissibilità). Il primo termine si riferisce ad una procedura che sfocia in una pronuncia del tribunale, il secondo indica una procedura culminante in una decisione intergovernativa discrezionale. Cfr., O. SCHOMBURG, W. LAGODNY, S. GLESS, T. HACKNER, *Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, Kommentar, Einleitung*, cit., Rn-29-56.

<sup>38</sup> S. MAFFEI, *Extradition Law and Practice*, Zutphen, 2019, p. 24 s.

indipendenza, anche se limitatamente alle figure dei giudici e al di fuori delle procedure transnazionali<sup>39</sup>.

La giurisprudenza Cedu ha fornito un importantissimo contributo quanto alla definizione dell'equità processuale nelle procedure di consegna internazionali. Nel caso *Soering* i giudici di Strasburgo, nel quadro di un ragionamento in cui individuaronò nella consegna di un cittadino tedesco alle autorità giudiziarie americane la violazione dell'art. 3 Cedu, riconobbero inoltre la possibilità di violazione da parte del Regno Unito dell'art. 6 Cedu «*if the fugitive suffered or risks suffering a flagrant denial of a fair trial in the requesting country*»<sup>40</sup>. È storia che la decisione non fu accolta favorevolmente da tutti<sup>41</sup>, non solo perché si intravide un tentativo della Corte di rivolgersi ad uno Stato non parte della Convenzione, quale gli Stati Uniti, ma anche perché riguardò una futura e non attuale violazione stante la formulazione generica e incapace di spiegare il concetto di «*flagrant denial of justice*». La pronuncia, tuttavia, ha impresso un cambio di rotta alla tutela delle garanzie del giusto processo rispetto ad un orientamento che aveva ignorato per decenni il principio della *fairness* processuale nel campo dell'extradizione con l'argomentazione tecnica secondo cui la persona ricercata non poteva essere considerata «*charged with an offence*» nello Stato richiesto<sup>42</sup>.

Ancorché sotto le spoglie di una *limited inquiry* la sentenza *Soering* opera comunque per la prima volta un rinvio al principio dell'equità processuale per i casi transfrontalieri<sup>43</sup>, aprendo le porte al rispetto del *rule of law* nello Stato richiedente la consegna, tra cui potrebbe farsi rientrare certamente l'indipendenza del pubblico ministero. Negli anni poi si è assistito ad una attenuazione della dottrina *Soering* attraverso la sostituzione del *check* sulla «*flagrant denial of justice*» con quello sui «*credible grounds*» connessi al rischio di detrimento dei diritti fondamentali che garantiscono un processo *fair* all'estero<sup>44</sup>.

---

<sup>39</sup> Questa consapevolezza è sfociata nell'emanazione di atti internazionali. Il riferimento va alla Dichiarazione Universale dei Diritti dell'uomo (1948) secondo cui ciascuno ha il diritto di essere giudicato da «un tribunale indipendente ed imparziale» (art. 10); al Patto internazionale sui diritti civili e politici (New York, 16 dicembre 1966); ai Principi fondamentali sull'indipendenza della magistratura elaborati nel 1985 dall'ONU e alle Procedure per la loro effettiva applicazione (1989); alla Raccomandazione n. R (94) 12 del Comitato dei ministri del Consiglio dell'Europa agli Stati membri «sull'indipendenza, l'efficienza ed il ruolo dei giudici». Si rammentano ancora la Carta europea sullo statuto dei giudici, approvata dal Consiglio d'Europa a Strasburgo il 10 luglio 1998; la risoluzione del Parlamento Europeo sul rapporto annuale circa il rispetto dei diritti umani nell'Unione Europea del 1998 e del 1999 (11350/1999 - C5-0265/1999 -1999/2001 (INI), adottata il 16 marzo 2000). Ricordiamo anche la Relazione della *European Commission for Democracy through Law-Venice Commission* del Consiglio d'Europa sull'indipendenza del sistema giudiziario (parere n. 494/2008).

<sup>40</sup> Corte Edu, 7 luglio 1989, *Soering c. Regno Unito*, ric. n. 14038/88.

<sup>41</sup> Fra tutti, cfr. R. VOGLER, *Transnational inquiries and the protection of human rights in the case-law of the European court of human rights*, in S. RUGGERI (ed.), *Transnational inquiries and the protection of fundamental rights in criminal proceedings. A study in memory of Vittorio Grevi and Giovanni Tranchina*, Heidelberg, 2013, p. 27 ss.

<sup>42</sup> Commissione eur., 6 luglio 1976, *X c. Paesi Bassi*, ric. n. 7512/76, che riprendeva il modello tedesco della *Rechtshilfe* secondo il quale le procedure di assistenza giudiziaria reciproca altro non erano che una forma di assistenza amministrativa.

<sup>43</sup> Alcuni anni dopo, i giudici di Strasburgo confermarono la linea *Soering* nella decisione *Drozd & Janousek c. Francia e Spagna* con riferimento però non ad una futura violazione, ma in relazione all'esecuzione di una sentenza avverso una persona già processata in uno Stato non Parte della Convenzione (Andorra). Si leggeva, infatti, che: «*[as] France was not obliged to verify whether the proceedings which resulted in the conviction were compatible with all the requirements of Article 6 of the Convention [...] the contracting States are, however, obliged to refuse their co-operation if it emerges that the conviction is the result of a flagrant denial of justice*».

<sup>44</sup> Cfr. Corte Edu, 8 luglio 2004, *Ilașcu e altri c. Moldavia e Russia*, ric. n. 48787/99; Corte Edu, 6 febbraio 2003, *Mamatkulov e Abdurasulovic c. Turchia*, ric. nn. 46827/99 e 46951/99.

Benché a distanza di molto tempo dalla pronuncia *Soering*, è significativo che l'evoluzione della giurisprudenza di Strasburgo sul giusto processo abbia spianato la strada alla Corte di giustizia, la quale nel 2018 ha collegato in maniera esplicita l'indipendenza dell'autorità giudiziaria emittente all'"equità processuale" per la duplice importanza nel tutelare sia i diritti individuali, sia i valori comuni dell'Unione europea. Il mancato rispetto della *fairness* nello Stato emittente non è previsto come condizione di rifiuto di esecuzione del mandato d'arresto europeo negli artt. 3 e 4 della decisione quadro, ma l'art. 1, par. 3, precisa che «l'obbligo di rispettare i diritti fondamentali e i fondamentali principi giuridici di cui all'art. 6 del TUE non può essere modificato per effetto della decisione quadro». Sulla scorta di tale formulazione e segnando uno stacco rispetto a quanto statuito in precedenza nel caso *Melloni*, i giudici di Lussemburgo hanno chiarito che «qualora l'autorità giudiziaria dell'esecuzione, chiamata a decidere sulla consegna di una persona oggetto di un mandato d'arresto europeo emesso ai fini dell'esercizio di un'azione penale, disponga di elementi idonei a dimostrare l'esistenza di un rischio reale di violazione del diritto fondamentale a un equo processo garantito dall'articolo 47, co. 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, a causa di carenze sistemiche o generalizzate riguardanti l'indipendenza del potere giudiziario dello Stato membro emittente, detta autorità deve verificare in modo concreto e preciso se [...] vi siano motivi seri e comprovati di ritenere che, in caso di consegna a quest'ultimo Stato, detta persona corra un siffatto rischio»<sup>45</sup>. In tal modo significativamente la Corte ha esteso l'applicazione del test *Aranyosi e Căldăraru* a violazioni sistemiche o generalizzate del diritto a un processo equo<sup>46</sup>.

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

##### **4.1 Il quadro di partenza.**

A primo acchito le soluzioni da ultimo elaborate dalla Corte di giustizia non sembrano così dirompenti perché tracciano una linea di continuità con quanto statuito in passato. Nel 2016 essa considerò la nozione di «autorità giudiziaria emittente» un concetto autonomo del diritto dell'UE, con la conseguenza che la sua definizione non avrebbe dovuto essere rilasciata alla valutazione degli Stati membri, restando comunque escluse le autorità amministrative e di polizia – in quanto legate da una dipendenza gerarchica all'Esecutivo – e il Ministro della giustizia dal novero dei legittimati all'emissione del mandato europeo<sup>47</sup>. Un mandato emesso

---

<sup>45</sup> Corte giust., 25 luglio 2018, causa C-216/18, *LM*, ECLI:EU:C:2018:586.

<sup>46</sup> Corte giust., 5 aprile 2016, cause riunite C-404/15 e C-659/15 PPU, *Aranyosi e Căldăraru*, ECLI:EU:C:2016:198 che imponeva all'autorità giudiziaria di esecuzione «di verificare, in modo concreto e preciso, la sussistenza di motivi seri e comprovati tali di ritenere che la persona colpita da un mandato d'arresto a causa delle condizioni di detenzione in tale Stato membro, corra un rischio concreto di trattamento inumano o degradante». Sul punto T. WAHL, *Refusal of European Arrest Warrants Due to Fair Trial Infringements*, in *Eu crim*, 2020, p. 321 ss.

<sup>47</sup> Corte giust., 10 novembre 2016, causa C-452/16 PPU, *Poltorak*, ECLI:EU:C:2016:858; Corte giust., 10 novembre 2016, causa C-477/16, *Kovalkovas*, ECLI:EU:C:2016:861; Corte giust., 10 novembre 2016, causa C-453/16 PPU, *Özçelik*, ECLI:EU:C:2016:860.

da tali soggetti non può, pertanto, essere considerato «decisione giudiziaria» ai sensi dell'art. 1, par. 1<sup>48</sup>, cosicché lo Stato membro dell'esecuzione può negarne il riconoscimento senza incorrere in alcuna responsabilità. È opportuno peraltro ricordare che, con i limiti e le esclusioni su esplicitate, le autorità giudiziarie non sono solo rappresentate dai giudici, ma anche da organi operanti nell'amministrazione della giustizia penale di uno Stato membro, ivi compresi quelli competenti all'esercizio dell'azione penale.

Nel 2016 e poi nel 2018 si esigeva solamente che fosse condotta un'indagine concreta sulla effettiva indipendenza degli uffici giudiziari deputati all'emissione di un mandato al fine di escludere che un'autonomia formalmente dichiarata venisse alterata da prassi di segno opposto. Gli interventi di più recente conio, invece, si spingono oltre ponendo l'accento – e qui risiede la novità – sulla necessità di vagliare l'indipendenza anche “in astratto” del pubblico ministero. Risulta pertanto necessario approfondire i termini della questione attraverso l'analisi di alcuni tra i casi più significativi.

#### **4.2 L'assenza “in astratto” di garanzie di indipendenza della *Staatsanwaltschaft* tedesca e l'indipendenza “in concreto” della *Staatsanwaltschaft* austriaca.**

La sentenza che ha inaugurato il nuovo filone giurisprudenziale è stata pronunciata dalla Grande Camera in risposta ai giudici del rinvio irlandesi – nel contesto di due mandati emessi dai pubblici ministeri tedeschi – che hanno chiesto se essi potessero essere considerati «autorità giudiziarie emittenti» ai sensi dell'art. 6, par. 1, d.q. MAE<sup>49</sup>, nella misura in cui sono gerarchicamente subordinati al Ministro della giustizia, il quale può esercitare, in relazione a tali procuratori, direttamente o indirettamente, un potere “esterno” di supervisione e direzione, o anche istruzione, in relazione all'adozione di una decisione di emettere un mandato<sup>50</sup>.

Il caso della Germania è davvero emblematico. Per la Corte europea lo *Staatsanwalt* prende parte all'amministrazione della giustizia: la fase investigativa è nelle mani del pubblico ministero (sostanzialmente *dominus* delle indagini, anche se in pratica è la polizia a svolgerle, per la maggior parte agendo sotto la sua autorità)<sup>51</sup> così come l'esercizio dell'azione penale,

---

<sup>48</sup> A meno che non intervenga una convalida da parte del pubblico ministero di una richiesta, per esempio, emessa dalla polizia. Così Corte giust., *Özçelik*, cit.

<sup>49</sup> Corte giust., 27 maggio 2019, cause riunite C-508/18 e C-82/19 PPU, *OG e PI*, ECLI:EU:C:2019:456.

<sup>50</sup> Vigé nell'ordinamento tedesco una netta separazione fra giudici e pubblici ministeri che trova un fondamento costituzionale all'art. 92 *GG* secondo cui il potere giudiziario è attribuito ai giudici, e rispetto ad essi sono previste garanzie di indipendenza e soggezione soltanto alla legge, garanzie di cui non godono, invece, i magistrati dell'accusa considerati quali *politische Beamter*. L'Ufficio dello *Staatsanwalt* è subordinato al potere esecutivo dello Stato e dei *Länder*: il modello è quello della “doppia piramide direttiva” (*Weisungspyramide*) al vertice della quale si trovano rispettivamente il Ministro della giustizia e il Ministro della giustizia del singolo *Land*. Così dispone l'art. 147 del *GVG* il quale attribuisce un potere di vigilanza e sostituzione (*Devolutionsrecht* e *Substitutionsrecht* ex art. 145 *GVG*) e di direzione (*Anweisungsrecht* ex art. 146 *GVG*, secondo il quale i funzionari dell'Ufficio della procura devono attenersi alle istruzioni ufficiali dei loro superiori) in capo al *Bundesminister der Justiz und für Verbraucherschutz* (Ministro federale della giustizia e della Tutela dei consumatori) nei confronti del Procuratore generale federale e dei procuratori federali; in capo alla *Landesjustizverwaltung* (Amministrazione della giustizia del *Land*) nei confronti di tutti i funzionari dell'Ufficio della procura del *Land* interessato; in capo al funzionario di grado più elevato dell'Ufficio della procura presso i tribunali superiori del *Land* e i tribunali del *Land* verso tutti i funzionari dell'Ufficio della procura del rispettivo distretto.

<sup>51</sup> Cfr. B. HUBER, *Germany*, in B. HUBER, R. VOGLER (eds.), *Criminal Procedure in Europe*, Berlin, 2008, p. 296 ss.

regolato dal principio di obbligatorietà (*Legalitätsprinzip*)<sup>52</sup>. Il pubblico ministero tedesco sarebbe quindi astrattamente deputato ad emettere un mandato d'arresto europeo.

A fronte di uno scenario di questo tipo i dubbi si condensano, però, attorno al grado di effettività dei diritti fondamentali e delle garanzie procedurali che la Germania può assicurare nelle more dell'emissione del mandato europeo.

Come ricordato dai giudici di Lussemburgo nella decisione sul caso *Niculaie Aurel Bob-Dogi*<sup>53</sup>, pronuncia richiamata nella causa in esame, la tutela delle persone coinvolte nella cooperazione passa attraverso un doppio livello di protezione. Il primo è assicurato dalle autorità dello Stato emittente in base alla normativa nazionale applicabile per il "mandato d'arresto nazionale" (art. 8; par. 1, lett. c che sembra presupporre uno *standard* comune di garanzie in Europa); il secondo livello deve essere garantito, invece, nel momento dell'emissione del mandato europeo, quando «l'organo competente deve verificare, in particolare, l'osservanza delle condizioni necessarie per l'emissione del mandato ed esaminare la proporzionalità dello stesso» (ad esempio la gravità del reato, la possibile sanzione che verrebbe applicata in caso di riconoscimento della colpevolezza)<sup>54</sup>.

In che modo agiscono dunque la proporzionalità e il principio di legalità? Sostengono i giudici di Lussemburgo imponendo alle autorità emittenti di considerare tutti gli elementi a carico e a discarico senza che questo processo decisionale sia contaminato da ordini, istruzioni, sollecitazioni dirette e indirette provenienti dal potere esecutivo. Nel caso specifico lo *Staatsanwalt* è obbligato a valutare ogni elemento; si deve altresì rilevare che il diritto tedesco organicamente considerato presenta comunque un rimedio per circoscrivere il potere di impartire indicazioni specifiche del Ministero della giustizia nei confronti del pubblico ministero, potere raramente utilizzato. Il riferimento va al generale principio di legalità in virtù del quale gli ordini del Ministro devono rispettare «le norme di legge e i principi del diritto» secondo quanto stabilisce l'art. 20 III *GG*, disposizione di immediata applicazione. Inoltre, gli *Staatsanwälte* possono opporsi all'esecuzione di un ordine che giudichino illegale, opposizione che potrà dare vita eventualmente ad una controversia dinnanzi ad un organo indipendente qual è il tribunale disciplinare. Per giunta, il Ministro che avesse intenzione di impartire istruzioni – come accade nello *Schleswig-Holstein* – dovrebbe informare preventivamente il *Landtag* ottenendo così una copertura legislativa; mentre per alcuni *Länder* tale ingerenza è esclusa da un patto politico, seppure solo per alcuni casi.

---

<sup>52</sup> Giova precisare che il c.d. *Legalitätsprinzip*, stabilito in parallelo con il principio di legalità dei delitti e delle pene, non è scritto come tale nella Costituzione e viene piuttosto ricavato da altri principi ivi contenuti (tra i quali, appunto, quello di uguaglianza e dello Stato di diritto) e riconosciuto ugualmente ai §§ 152 I, 170 I *StPO*. Il principio di opportunità convive con il primo rappresentando una forma di esercizio discrezionale dell'azione penale, come per alcune ipotesi archiviale. Ad esempio ai §§ 153 ss. si giustifica l'archiviazione in presenza di un reato di lieve entità (*Vergehen*), in cui l'offesa non raggiunge un livello di anti giuridicità tale da necessitare di un accertamento penale; o perché la colpevolezza (*Schuld*) in capo all'autore del reato è considerata di scarsa entità o ancora non vi è alcun interesse pubblico nell'esercizio dell'azione penale in considerazione di alcune circostanze e caratteristiche del fatto di reato.

<sup>53</sup> Corte giust., 1° giugno 2016, causa C-241/15, *Bob-Dogi*, ECLI:EU:C:2016:385. È essenziale che il mandato sia «preceduto da un provvedimento nazionale soggetto a controllo giurisdizionale rispetto al quale la persona nei cui confronti è stato emesso possa beneficiare di tutte le garanzie procedurali conformemente ai diritti e ai principi fondamentali di cui all'art. 1, par. 3 della decisione quadro 2002/584, tra cui appunto il diritto ad un *effective remedy* di cui all'art. 47 della Carta di Nizza.

<sup>54</sup> La necessità di un duplice livello di protezione è ribadita di recente in Corte giust., 13 gennaio 2021, causa C-414/20 PPU, *MM*, ECLI:EU:C:2021:4.



Tutto ciò premesso non convince appieno il ragionamento seguito dalla Corte del Lussemburgo per la quale va considerata tanto l'ingerenza sul piano concreto quanto quella sul piano astratto del potere politico. Pertanto la *Staatsanwaltschaft* tedesca è esclusa dal novero delle autorità competenti ad emettere un mandato d'arresto europeo per gli ampi margini di manovra che residuano entro il principio di legalità – soprattutto quando entra in campo la discrezionalità che attiene alla verifica della proporzionalità – e per l'assenza di tipizzazione delle condizioni e delle finalità dell'*Anweisungrecht* nel *GVG*<sup>55</sup>.

Se questa posizione può sembrare rigorosa, alla luce soprattutto di una interpretazione complessiva del sistema di giustizia penale tedesco, ancor di più lo è quella dell'Avvocato generale Campos Sánchez-Bordona nelle sue conclusioni, sulla scorta delle quali il termine "autorità giudiziaria emittente" non contempla il pubblico ministero, essendo solo i giudici gli unici in grado di garantire un sufficiente livello di indipendenza nelle decisioni riguardanti la privazione della libertà della persona interessata per un periodo di tempo significativo e valutarne la proporzionalità<sup>56</sup>.

All'indomani della decisione la Germania, in cui la maggioranza dei mandati era stata emessa da pubblici ministeri, ha dovuto trovare un rapido *escamotage* giuridico per rimediare all'invalidità improvvisa di un gran numero di provvedimenti: piuttosto che adottare una riforma radicale della struttura gerarchica degli uffici della *Staatsanwaltschaft*, abolendo il potere di istruzione dell'Esecutivo, si è modificata la legge di attuazione della decisione quadro rendendo obbligatoria l'emanazione del mandato europeo solo da parte dei tribunali. Esempio seguito a catena per evitare eventuali censure future da altri Stati<sup>57</sup>, come l'Olanda che il 3 luglio 2019 ha recepito il dettato della Corte di Lussemburgo, sostituendo la competenza del pubblico ministero (*officier van justitie*) ad emettere mandati d'arresto europei con quella di un giudice (*rechter-commissaris*).

Più complessa è stata la questione affrontata con riferimento a un caso che ha coinvolto l'Austria dove i provvedimenti di consegna sono emessi dai pubblici ministeri, con successiva convalida da parte di un tribunale. Il fatto che il pubblico ministero sia soggetto a ordini o istruzioni individuali provenienti dal Ministro federale della giustizia fa chiaramente venir meno il carattere di indipendenza, ma la Corte europea salva tale soggetto sul presupposto che l'autorità giurisdizionale che interviene a convalidare il mandato e a vagliarne la proporzionalità non è vincolata ad indicazioni provenienti dall'Esecutivo, essendo per giunta chiamata a controllare anche le eventuali istruzioni del Ministro al pubblico ministero<sup>58</sup>.

---

<sup>55</sup> Lo stesso giorno in cui è stata emanata la sentenza sopra analizzata la Grande Camera della Corte di giustizia nella causa C-508/18, 27 maggio 2019, *PF*, ECLI:EU:C:2019:456, ha ritenuto che il Procuratore generale della Lituania rientrasse nel concetto di «autorità giudiziaria emittente». In effetti, tale Procura partecipa all'amministrazione della giustizia penale e soddisfa il requisito di indipendenza poiché, sebbene sia istituzionalmente indipendente dalla magistratura, la sua posizione giuridica garantisce nel complesso l'indipendenza dall'esecutivo, consentendole di agire senza influenze esterne nell'esercizio delle proprie funzioni.

<sup>56</sup> Conclusioni dell'Avvocato generale Campos Sánchez-Bordona, 30 aprile 2019, cause riunite C-508/18 e C-82/19 PPU, *OG e PI*, ECLI:EU:C:2019:337.

<sup>57</sup> All'indomani della pronuncia Germania e l'Italia fecero pervenire al COPEN delle note esplicative su come intendessero intervenire nei propri sistemi di giustizia penale cfr. <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-9974-2019-INIT/en/pdf>.

<sup>58</sup> Corte giust., 9 ottobre 2019, causa C-489/19 PPU, *NJ*, ECLI:EU:C:2019:849.

### 4.3 Legittimità del procedimento di emissione del mandato d'arresto europeo da parte del pubblico ministero francese.

Secondo l'Avvocato generale nel caso *OG e PI* quando si tratta di valutare l'indipendenza di un pubblico ministero, rileva non solo il potere dell'Esecutivo di impartire istruzioni specifiche, ma anche quello di rivolgere direttive generali, così come la subordinazione gerarchica dei pubblici ministeri ai superiori dei loro uffici. Profili che sono rimasti in ombra nella sentenza sulla Procura tedesca e che sono stati affrontati più a fondo in una fase successiva con riguardo all'ordinamento giuridico francese.

Indipendenza della pubblica accusa e proporzionalità del mandato europeo ritornano all'attenzione dei giudici europei in relazione ad un contesto giuridico davvero singolare come quello della Francia, in cui è diffusa una prassi di attività direzionale da parte dell'Esecutivo sui procuratori e i pubblici ministeri, esiste un'organizzazione strettamente gerarchizzata dell'Ufficio di procura e non vige il principio di obbligatorietà dell'azione penale<sup>59</sup>.

Nel giudicare la legislazione francese in materia di ordinamento giudiziario e processuale i giudici di Lussemburgo hanno sostenuto la idoneità del sistema ad assicurare il rispetto dei requisiti di indipendenza del *parquet* francese sul presupposto che «il pubblico ministero eserciti le sue funzioni in modo obiettivo e al riparo da qualsiasi istruzione individuale proveniente dal potere esecutivo, in quanto il Ministro della giustizia può soltanto rivolgere ai magistrati della procura istruzioni generali di politica penale al fine di assicurare la coerenza di tale politica in tutto il territorio»<sup>60</sup>.

La Corte di giustizia, aderendo alla impostazione seguita dal Governo francese intervenuto nella procedura, prosegue sostenendo che le indicazioni di politica generale «non possono in alcun caso avere l'effetto di impedire a un magistrato della procura di esercitare il proprio potere discrezionale riguardo alla proporzionalità dell'emissione di un mandato»<sup>61</sup>.

Alcuni rilevi critici possono essere certamente mossi per il fatto che attribuendo al Ministro un potere di indirizzo all'organo di accusa, seppur di carattere generale, permane il problema dell'indipendenza dello stesso, la quale non può essere aprioristicamente esclusa, soprattutto alla luce di un cumulo del potere sanzionatorio e di promozione in capo all'Esecutivo che si va a sommare a quello di indirizzo. Cosa si debba intendere poi per istruzioni generali è quesito dai toni chiaroscurali.

Le soluzioni a cui si è pervenuti con riguardo allo *Staatsanwalt* tedesco, e che richiedevano espressamente un vaglio anche in astratto della indipendenza, suggerivano un approccio risolutivo diverso, più consono alle coordinate di fondo offerte dall'assetto dei poteri politici e giudiziari in Francia, segnatamente per i profili della sottoposizione all'autorità del Ministro della giustizia nel quadro di una struttura gerarchica. Non si può trascurare che fino al 2013 il Guardasigilli francese era legittimato ad intervenire sui singoli casi giudiziari al punto che la Corte Edu nel caso *Moulin c. Francia* aveva affermato la mancanza di imparzialità in

---

<sup>59</sup> In particolare, veniva censurata la normativa risultante dal combinato disposto degli artt. 30 e ss. del c.p.p. francese e della legge sull'ordinamento giudiziario. In forza dell'art. 5 della legge sull'ordinamento giudiziario francese «i magistrati del pubblico ministero sono sottoposti alla direzione ed al controllo dei rispettivi capi gerarchici e sotto l'autorità del Ministro della giustizia». Ex art. 30 del c.p.p., il Ministro della giustizia impartisce istruzioni generali ai magistrati del pubblico ministero per assicurare la coerente applicazione della politica penale del Governo su tutto il territorio.

<sup>60</sup> Corte giust., *NJ*, cit.

<sup>61</sup> Corte giust., *NJ*, cit.

capo al procuratore francese ai fini del rispetto del diritto a comparire davanti all'autorità giudiziaria, attribuito a ogni persona in stato di arresto o di custodia cautelare in forza dell'art. 5, par. 3, della Convenzione<sup>62</sup>. Già all'epoca la dottrina francese riconobbe che «più si trasferiscono poteri al pubblico ministero, più la sua indipendenza diviene necessaria»<sup>63</sup>.

Infine, dietro ad istruzioni di carattere generale che mascherano indicazioni *ad hoc*, magari destinate a categorie generali di reati, potrebbe pertanto celarsi un apprezzamento politico tipico delle procedure estradizionali.

##### **5. La nozione di “autorità giudiziaria d'esecuzione” nella giurisprudenza di Lussemburgo. La Procura olandese e la sua dipendenza dal Ministro della giustizia.**

Più di recente la Corte si è occupata della garanzia di indipendenza dell'autorità dell'esecuzione *ex art. 6 par. 2* con particolare riguardo al pubblico ministero olandese. Dopo aver precisato, ancora una volta, che si tratta di una nozione autonoma del diritto dell'Unione, i giudici di Lussemburgo hanno trasposto la pregressa giurisprudenza sul concetto di “autorità giudiziaria emittente” a quello di “autorità giudiziaria dell'esecuzione”, poiché lo *status* e la natura di tali organi sono identici, partecipando entrambi all'amministrazione della giustizia penale nello Stato membro interessato, pur con funzioni diverse, e perché capaci di incidere in ugual modo sulla libertà personale (dalla esecuzione si procederà all'arresto ai fini della consegna). Pertanto, «le decisioni relative all'esecuzione di un mandato d'arresto europeo devono essere sottoposte a un controllo sufficiente» in modo che «l'intera procedura di consegna tra Stati membri prevista dalla medesima decisione quadro sia esercitata sotto controllo giudiziario»<sup>64</sup> e sia garantita non solo una tutela giurisdizionale effettiva, ma anche la garanzia di indipendenza dell'organo cooperante.

Se la decisione giudiziaria diretta alla consegna di una persona in esecuzione di un mandato d'arresto europeo non crea problemi interpretativi di sorta, dal momento che è adottata dal *Rechtbank* (Tribunale), la cui qualità di «autorità giudiziaria» ai sensi della decisione quadro 2002/584 non è affatto contestata, diverso è il discorso per i pubblici ministeri olandesi. Secondo la Corte di giustizia questi non possano essere legittimati all'esecuzione di un provvedimento di consegna vista la loro soggezione al potere di indirizzo e di istruzione del Ministro della giustizia conformemente all'art. 127 della *wet op de rechterlijke organisatie* (legge sull'ordinamento giudiziario). Risultato, questo, a cui si è approdati trattando dell'assenso all'esecuzione di un mandato d'arresto europeo in deroga al criterio di specialità *ex art. 27, parr. 2-3, lett. g, e 4* della decisione quadro, sulla scorta del quale una persona che sia consegnata allo Stato membro di emissione in esecuzione di un mandato europeo non può essere sottoposta a procedimento penale, condannata o privata della libertà personale da parte delle autorità giudiziarie di tale Stato membro per reati anteriori alla consegna diversi da quelli che l'avevano giustificata, a meno che appunto non intervenga il consenso dell'autorità dell'esecuzione (c.d. assenso per consegna successiva).

---

<sup>62</sup> La Cassazione francese nella sentenza n. 7177, 15 dicembre 2010, caso *Creissen*, seguiva la via di Strasburgo e si pronunciava sulla mancata indipendenza del *Ministère Public*.

<sup>63</sup> M. DELMAS-MARTY, intervista a *Le Monde* del 24 novembre 2010, in [www.lemonde.fr](http://www.lemonde.fr).

<sup>64</sup> Corte giust., 24 novembre 2020, causa C-510/19, *AZ*, ECLI:EU:C:2020:953.

Immediata conseguenza di tale decisione è che, ad esempio, la *Staatsanwaltschaft* tedesca non sarebbe un'autorità giudiziaria dell'esecuzione. Lo sarebbero quelle francesi, belghe, lituane, svedesi.

Prima ancora che si pronunciasse i giudici europei era stata la Cassazione italiana ad interrogarsi sulla possibilità che il pubblico ministero olandese potesse essere considerato autorità dell'esecuzione idoneo ad accordare l'assenso alla successiva consegna in deroga al principio di specialità: limitandosi però a sostenere che «la tipologia e l'ampiezza delle valutazioni affidate all'autorità di esecuzione per accordare l'assenso alla successiva consegna del ricercato rientrano nella sfera di un apprezzamento di natura tipicamente giurisdizionale e sostanzialmente sovrapponibile al vaglio deliberativo richiesto ai fini della decisione sulla consegna»<sup>65</sup>. È così mancato in quell'occasione il riferimento ulteriore al requisito dell'indipendenza dell'autorità chiamata a dare esecuzione al mandato d'arresto europeo; anzi, la Cassazione riteneva sufficiente che l'ordinamento olandese prevedesse «la possibilità di attivare un successivo controllo avvalendosi di strumenti di impugnazione del provvedimento dinanzi ad un organo giurisdizionale». Per i giudici di Lussemburgo, invece, l'esistenza di un ricorso giurisdizionale soddisfa solo il requisito della tutela effettiva, non ponendo di per sé al riparo dalle interferenze del potere politico.

## **6. Mandato d'arresto europeo, indipendenza del pubblico ministero e tutela dei diritti fondamentali: considerazioni critiche.**

Dal punto di vista della tutela dei diritti e delle libertà fondamentali nell'ambito delle procedure di cooperazione internazionale nel quadrante regionale europeo, il fatto che solo un organo indipendente, anche in astratto, possa emettere un mandato e vagliarne la proporzionalità – efficacemente considerato il vero «anticorpo contro il pericolo dell'arbitrarietà ovvero canone utile alla protezione dei diritti fondamentali»<sup>66</sup> – induce a ritenere in prima battuta soddisfacenti le soluzioni a cui sono pervenuti i giudici di Lussemburgo. Per la giurisprudenza europea i sistemi di giustizia penale che escludono *in nuce* ingerenze dell'Esecutivo e dei superiori gerarchici nelle attività inquirenti e requirenti, come evidenziato nel caso francese, sono conformi allo *standard* di indipendenza richiesta, sia quando si tratti di mandati esecutivi di decisioni *de libertate*, sia quando si eseguono mandati diretti all'avvio dell'azione penale.

Si lascia anche libera la possibilità che gli Stati prevedano maggiori garanzie, come per il caso dell'Italia, in cui è richiesta una pronuncia giurisdizionale. Nella fase attiva il giudice delle indagini preliminari che ha già emanato l'ordinanza cautelare emette, infatti, il mandato; mentre il pubblico ministero è deputato all'emissione del mandato d'arresto in seguito ad una sentenza di condanna già definitiva<sup>67</sup>. Al contrario, nella procedura passiva c'è un controllo giudiziale da parte della Corte di appello sulla “consegnabilità”, che di certo non pone al riparo dalla conseguenza che lo stesso sia chiamato a pronunciarsi sulla base di informazioni parziali

---

<sup>65</sup> Corte Cass., 5 marzo 2020, nr. 9582.

<sup>66</sup> Così M. DANIELE, *L'impatto dell'ordine europeo di indagine penale sulle regole probatorie nazionali*, in *Dir. pen. cont., Riv. trim.*, 2016, p. 76 ss, reperibile su [www.dpc-rivista-trimestrale.criminaljusticenetwork.eu](http://www.dpc-rivista-trimestrale.criminaljusticenetwork.eu).

<sup>67</sup> Tale ipotesi è stata avallata dalla Corte con riguardo al pubblico ministero belga; cfr. Corte giust., 12 dicembre 2019, causa C-627/19 PPU, ZB, ECLI:EU:C:2019:1079.

tali da rendere la sua valutazione monca. Non è comunque ammesso il rifiuto di un mandato estero che promani da un procuratore munito dei requisiti dell'indipendenza.

Anche il richiamo operato spesso dalla Corte di giustizia al doppio livello di protezione sembra assicurare una certa tutela ai soggetti destinatari di un mandato d'arresto europeo. Eppure, le criticità sono in agguato.

Entro il primo livello di protezione giova ricordare che in diversi Stati membri i diritti processuali previsti dagli atti del diritto europeo nella *Roadmap* di Stoccolma, come il diritto all'assistenza legale prima della consegna, il diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva, la presunzione di innocenza ed il diritto ad essere presenti, richiedono ancora una effettiva implementazione<sup>68</sup>.

Con riguardo al secondo livello di protezione, le autorità chiamate a dare esecuzione sono invitate a domandarsi se i criteri elaborati dalla Corte siano soddisfatti: l'autorità dell'esecuzione non solo dovrà avere cura di vagliare se esistano seri e comprovati rischi che il processo equo nello Stato d'emissione sia violato o se il *test* della proporzionalità sia stato operato nello Stato membro emittente, ma anche se l'Ufficio del pubblico ministero che abbia emesso il mandato d'arresto europeo sia dotato di garanzie di indipendenza all'interno dell'ordinamento giuridico di appartenenza. È lecito dubitare che questa ultima valutazione possa considerarsi immediata ed agevole poiché presuppone una profonda conoscenza del diritto straniero, cosicché il tempo necessario per analizzare l'altrui ordinamento potenzialmente espone l'esecuzione del provvedimento ad un ritardo, finendo per indebolire ancor di più la persona già privata della sua libertà personale ed eventualmente lasciata senza mezzi e rimedi contestativi per tutto il tempo necessario alla decisione sulla consegna. In effetti, la Corte europea ammette che la proporzionalità della decisione di emettere un mandato d'arresto europeo, che nella fattispecie ha i tratti di un giudizio prognostico-valutativo, possa essere oggetto di un sindacato giurisdizionale, a seconda dei casi, prima, contemporaneamente o dopo la consegna della persona ricercata<sup>69</sup>. In questa ultima ipotesi, peraltro, nell'arco temporale utile alla consegna possono essersi verificati fatti e circostanze nuovi e rilevanti per la proporzionalità dell'emissione di un mandato e che ne giustificerebbero una sua revoca.

A maggior ragione occorre una verifica da parte di un organo giurisdizionale quando l'autorità a cui lo Stato membro conferisce la competenza a emettere un mandato d'arresto europeo non è un giudice. La precisazione trova rispondenza nelle conclusioni dell'Avvocato generale Sánchez-Bordona il quale ha puntualizzato nelle cause riunite *OG e PI* che una persona richiesta ai sensi di un mandato europeo emesso da un pubblico ministero deve essere in grado di impugnare immediatamente il provvedimento che la priva della sua libertà dinanzi a un giudice o a un tribunale nello Stato membro emittente.

Più recentemente la Corte ribadisce che «lo Stato membro emittente ha l'obbligo di predisporre uno o più mezzi di ricorso effettivi al fine di consentire un controllo giurisdizionale delle condizioni per l'emissione di un mandato da parte di un'autorità o organo giudiziari. Tale

---

<sup>68</sup> Cfr. T. WAHL, *FRA Report on Presumption of Innocence and Right to Be Present - More Needs to Be Done in Practice*, in [www.eucrim.eu](http://www.eucrim.eu).

<sup>69</sup> Corte giust., 12 dicembre 2019, cause riunite C-566/19 PPU e C-626/19 PPU, *JR e YC*, ECLI:EU:C:2019:1077; Corte giust., 12 dicembre 2019, causa C-625/19 PPU, *XD*, ECLI:EU:C:2019:1078.



obbligo deriva dal sistema istituito da tale decisione quadro conformemente ai requisiti dell'articolo 47 della Carta di Nizza»<sup>70</sup>.

Tuttavia, nonostante il consolidato filone giurisprudenziale, vale la pena segnalare che l'esistenza di uno o più mezzi di ricorso, ancorché effettivi e celeri, non pone certamente al riparo dal problema della dipendenza ordinamentale e funzionale: altrimenti detto il diritto della persona interessata di impugnare la decisione non garantisce il recupero dell'indipendenza, né dell'imparzialità, posto che lo stesso organo giurisdizionale dell'impugnazione potrebbe difettare di tali requisiti. E il pensiero va subito alla Polonia, contraddistinta da una forte e sistematica carenza di indipendenza di tutto l'ordinamento giudiziario.

## **7. Indipendenza del pubblico ministero e ordine europeo di indagine penale.**

Oltre ai tanto discussi effetti sulle prassi giudiziarie in materia di mandato d'arresto europeo, l'evoluzione della giurisprudenza di Lussemburgo ha avuto conseguenze indirette anche sull'emissione degli ordini di indagine europei posto che l'art. 2 della Dir. OEI consente all'autorità giudiziaria, compreso il pubblico ministero, di emettere e convalidare gli ordini in questione. L'ipotesi descritta interessa di nuovo la Germania in cui il § 91j Abs. 2 I IRG riconosce tali poteri alla *StA*. La dottrina tedesca, in verità, si era domandata se la censura mossa dalla Corte di giustizia nel 2019 riguardasse, seppur in via mediata stante la portata limitata al caso deciso della decisione, anche la fase delle attività investigative dell'ordine europeo d'indagine penale<sup>71</sup>.

L'incongruenza sollevata da Lussemburgo ha trovato soluzione nella causa *Staatsanwaltschaft Wien/A. e.a.*: per la Corte di giustizia «l'ordine europeo di indagine può essere disposto dalla Procura di uno Stato membro ancorché questa sia esposta al rischio di essere soggetta ad istruzioni individuali provenienti dal potere esecutivo»<sup>72</sup>. A questa soluzione i giudici sono pervenuti attraverso argomentazioni di carattere testuale e teleologico.

Quanto al dato letterale, la Grande sezione rileva che ai sensi della direttiva 2014/41/UE un ordine europeo di indagine può essere eseguito solo se l'autorità che l'ha emanato è un'«autorità di emissione», ovverosia un giudice, un organo giurisdizionale, un magistrato inquirente e finanche un pubblico ministero; in seconda battuta precisa che lo stesso ordine deve essere in ogni caso convalidato da un'«autorità giudiziaria» prima di essere trasmesso ai fini della sua esecuzione in un altro Stato membro. Anche il pubblico ministero rientra tra le «autorità giudiziarie» abilitate a «convalidare un ordine europeo di indagine qualora questo sia stato emesso da un'autorità di emissione diversa da un giudice, da un organo giurisdizionale, da un magistrato inquirente o da un pubblico ministero competente nella causa di cui trattasi»<sup>73</sup>.

Inoltre, per la Corte di giustizia i diritti fondamentali della persona interessata dall'ordine di indagine sono sufficientemente tutelati sia nella fase di emissione che in quella di esecuzione

---

<sup>70</sup> Corte giust., *MM*, cit.

<sup>71</sup> K. PETERS, *Das Unabhängigkeitserfordernis der ausstellenden Justizbehörde eines Europäischen Haftbefehls Auswirkungen auf die Anordnung einer Europäischen Ermittlungsanordnung?*, in *ZIS*, 2020, p. 508 ss.; M. SEHL, *Gefährliches Misstrauen* su <https://www.lto.de/recht/justiz/j/staatsanwaelte-weisungsrecht-externes-justizminister-behoerde-unabhaengigkeit/>.

<sup>72</sup> Corte giust., 8 dicembre 2020, causa C-584/19, *Staatsanwaltschaft Wien/A. e.a.*, ECLI:EU:C:2020:1002.

<sup>73</sup> La Direttiva concede espressamente ad indagati, accusati e ai loro avvocati la possibilità di richiedere il rilascio di un ordine (art. 1, par. 3).

in un altro Stato membro. Infatti, «nell’emettere o convalidare l’ordine il pubblico ministero deve tener conto del principio di proporzionalità e dei diritti fondamentali dell’interessato, al quale deve poter essere assicurato un mezzo di impugnazione effettivo almeno equivalente a quello disponibile in un procedimento nazionale analogo, allo stesso modo l’autorità di esecuzione è chiamata a verificare, mediante vari meccanismi, il rispetto di detto principio e dei diritti fondamentali dell’interessato»<sup>74</sup>.

Per suggellare il percorso motivazionale la Corte distingue sul piano teleologico il fine perseguito da un ordine europeo di indagine da quello perseguito da un mandato: mentre questo ultimo è diretto all’arresto e alla consegna di una persona ricercata ai fini dell’esercizio di un’azione penale o dell’esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza privative della libertà, il secondo è volto invece all’esecuzione di uno o più atti di indagine specifici al fine di acquisire prove o ottenere quelle già in possesso delle autorità estere. Secondo la Corte di Lussemburgo, anche se taluni atti di indagine possono essere intrusivi, un ordine europeo di indagine, a differenza di un mandato, non è suscettibile di ledere il diritto alla libertà dell’interessato<sup>75</sup>.

Se la valorizzazione del dato letterale della direttiva e del doppio livello di protezione è tutto sommato accettabile, alla luce soprattutto di esigenze concrete<sup>76</sup>, quanto al dato teleologico possono nutrirsi alcuni dubbi. A ben vedere, infatti, le libertà fondamentali (personale, ma anche di domicilio o delle comunicazioni, fino ai diritti fondamentali di relativo nuovo conio come la riservatezza informatica) sembrano avallare un assetto “a geometria variabile” di una garanzia, come quella espressa dall’indipendenza, riconoscendo implicitamente che l’indipendenza esterna del pubblico ministero sia funzionalmente connessa alla sola libertà personale. Se così fosse, sarebbe il caso di chiedersi prima se esistano libertà che sono “fondamentali” più di altre e se sia legittima una loro graduazione.

## 8. Conclusioni.

Fin dalla sua emanazione la d.q. sul MAE ha sollevato complesse questioni interpretative in cui la Corte di giustizia si è trovata spesso a dover coniugare il principio del mutuo riconoscimento con la tutela dei diritti fondamentali<sup>77</sup>, considerata a lungo un dato consolidato

---

<sup>74</sup> La legge processuale interna potrebbe non contemplare alcun tipo di ricorso o impugnazione senza che ciò si ponga in contrasto con la Direttiva. Cfr. Corte giust., 24 ottobre 2019, causa C-324/17, *Ivan Gavanov*, ECLI:EU:C:2019:892.

<sup>75</sup> D’altro canto la Corte sembra non tenere in considerazione che la direttiva OEI ammette una compromissione della libertà personale nel prevedere all’art. 23 il trasferimento temporaneo nello Stato di esecuzione di persone detenute ai fini del compimento di un atto di indagine. Lesioni non trascurabili sono arrecate anche dalla perquisizione, dalla sorveglianza video, audio o delle telecomunicazioni.

<sup>76</sup> È facile avvedersi del fatto che il requisito dell’indipendenza anche per l’emissione dell’ordine europeo di indagine penale avrebbe comportato l’intervento di un giudice istruttore al fine di salvare gli ordini pendenti al momento della pronuncia, almeno per quanto riguarda la richiesta di quegli atti per i quali già non sia richiesta autorizzazione dal Tribunale secondo il diritto processuale tedesco. Gli effetti discriminatori rispetto a situazioni meramente interne avrebbero richiesto a quel punto un intervento del legislatore tedesco o eventualmente un riassetto del rapporto accusa-esecutivo sul piano costituzionale. È agevole altresì intuire che sulla decisione della Corte abbia influito l’esigenza pratica di scongiurare rinvii pregiudiziali a catena, come accaduto per il mandato d’arresto europeo e la necessità di assicurare una cooperazione penale celere ed efficace, onde evitare soprattutto la dispersione delle prove.

<sup>77</sup> «Elemento essenziale a mantenere operativi gli strumenti di reciproco riconoscimento quali la decisione quadro del Consiglio». Così, Relazione della Commissione sull’attuazione della d.q. MAE, 2011, p. 10 s.

nello spazio giuridico europeo<sup>78</sup>. Le stesse vicende da cui sono scaturite le sentenze della Corte europea esaminate sono il prodotto di un nuovo modo di intendere la fiducia reciproca, la quale non può più essere considerata quale fiducia cieca e volta ad escludere qualsiasi vaglio sulle scelte e le valutazioni condotte dalle autorità di altri Stati membri. Le pronunce esaminate, peraltro, impongono un raffronto tra i diversi ordinamenti il cui risultato rende attuale le conclusioni di Antoinette Perrodet che, nel suo ormai ventennale «*étude pour un ministère public européen*», aveva messo in luce la eterogeneità degli organi requirenti in Europa<sup>79</sup>. Occorrerebbe uno “statuto” a vocazione paneuropea, ma i tempi per una siffatta opera non sono probabilmente ancora maturi.

È vero, però, che nel panorama delle forme ordinamentali dei Paesi europei alcuni principi come, *inter alia*, l'imparzialità e l'indipendenza del giudice, la pubblicità delle udienze e l'inviolabilità della difesa appaiono oggi indefettibili per ogni sistema che sia orientato alle garanzie della persona<sup>80</sup>. La circolazione delle decisioni che incidono sulla libertà personale richiede, pertanto, un certo *status* di indipendenza del pubblico ministero sia in concreto sia in astratto.

Può notarsi che, se la tassatività dei motivi di rifiuto di esecuzione di cui alla decisione quadro 2002/584/GAI è stata talvolta corroborata dai giudici di Lussemburgo, come attestano alcune pronunce restrittive degli elementi che ostacolano la circolazione del mandato<sup>81</sup>, al contrario essa non sembra aver trovato applicazione con riguardo al requisito della indipendenza della pubblica accusa. E ciò perché ogni interferenza della politica segna la cifra differenziale tra il mandato d'arresto europeo e l'extradizione, oltre al fatto di mettere a repentaglio il giusto processo e la tutela giurisdizionale.

A tutt'altre conclusioni, abbiamo visto, si è giunti in materia di ordine d'indagine penale in virtù di considerazioni di rilevante natura pratica, ma con forti ripercussioni sulle libertà fondamentali, potendosi così riconoscere anche in capo ai giudici dell'Unione europea una logica c.d. *flou*<sup>82</sup> e di bilanciamento degli interessi in gioco, tipiche della Corte Edu.

Sempre sul piano dell'indipendenza ordinamentale risulta poco chiaro, ad oggi, quando le istruzioni provenienti dagli organi politici siano specifiche e quando rientrino in un più ampio potere di indirizzo. Dove finisca il controllo richiesto dallo Stato di diritto e dove inizi il controllo politico è un discrimine che non si traccia agevolmente nel contesto di una società civile frammentata e di una politica non sempre all'altezza delle proprie funzioni, sì da minare l'effettività del principio di separazione teorizzato nell'età dei Lumi.

Ma più dell'indipendenza esterna del pubblico ministero preoccupa il problema dell'assenza di indipendenza funzionale, difficile da sondare nelle procedure di assistenza giudiziaria internazionale e perciò lasciata in ombra. Se la figura del pubblico ministero “accusatore” impone una riflessione sul suo rapporto con il potere politico, la considerazione

---

<sup>78</sup> Sul punto M. LUGATO, *La tutela dei diritti fondamentali rispetto al mandato d'arresto europeo*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2003, 27 ss.; 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 *Yearbook of European Law*, 2012, p. 319 ss.

<sup>79</sup> A. PERRODET, *Étude pour un ministère public européen*, Paris, 2001.

<sup>80</sup> G. UBERTIS, *Argomenti di Procedura Penale*, Milano, 2006, p. 5 s.

<sup>81</sup> Corte giust., 10 agosto 2017, causa C-579, *Poplawski*, ECLI:EU:C:2017:503; Corte giust., causa C-270/17 PPU, *Tupikas*, ECLI:EU:C:2017:628.

<sup>82</sup> M. DELMAS-MARTY, *Le flou du droit. Du code pénal aux droits de l'homme*, Paris, 1986.

dell'organo d'accusa come "parte" della dialettica processuale al pari della difesa richiederebbe un'indagine sulla sua imparzialità, requisito che lo rende non del tutto equiparabile al giudice, per definizione *super partes*.

Concludendo, resta da sottolineare che le procedure di cooperazione internazionale si sono mostrate ancora una volta un valido laboratorio di analisi delle interazioni, degli incontri e delle distonie tra i sistemi giudiziari d'Europa, del quale non possiamo negare l'utilità nell'ottica di un dialogo tra gli stessi sul massimo delle garanzie possibili nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia. D'altronde, «dal travaglio della libertà sono nati tutti i principi sui quali si regge il processo penale»<sup>83</sup>.

---

<sup>83</sup> S. SATTA, *Il mistero del processo*, rist., Milano, 1994, p. 75 s.