

L'impatto dell'ordine europeo di indagine penale sulle regole probatorie nazionali*

*The Impact of the European Investigation Order in Criminal Matters on National Evidentiary Rules**

MARCELLO DANIELE

Professore di diritto processuale penale presso l'Università degli Studi di Padova

ORDINE EUROPEO DI INDAGINE PENALE,
PROCEDIMENTO PROBATORIO, PRINCIPIO DI LEGALITÀ
PROCESSUALE, PRINCIPIO DI PROPORZIONALITÀ

EUROPEAN INVESTIGATION ORDER IN CRIMINAL MATTERS,
EVIDENTIARY PROCEEDING, PRINCIPLE OF PROCEDURAL
LEGALITY, PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY

ABSTRACT

È difficile cogliere a pieno le future ripercussioni dell'ordine europeo di indagine penale sul nostro sistema. Già si intravede, nondimeno, una parte più rassicurante della nuova disciplina, laddove la direttiva 2014/41 assicura la salvaguardia delle regole nazionali di ammissibilità degli atti istruttori, ed una, invece, più preoccupante, relativa alle modalità di raccolta delle prove. La direttiva non garantisce, a quest'ultimo riguardo, che tutte le norme interne saranno rigorosamente osservate. Ma qui viene in soccorso il principio di proporzionalità previsto dall'art. 52 § 1 della carta di Nizza, mirato ad assicurare un ragionevole bilanciamento fra la conservazione delle garanzie nazionali e il raggiungimento degli obiettivi dell'Unione, a pena dell'inutilizzabilità delle prove raccolte. Non è un antidoto infallibile. Ma in un sistema giuridico globalizzato che ha perso la guida delle tradizionali fattispecie legislative, esso perlomeno postula l'onere di motivare qualunque allontanamento dai nostri standard. La speranza è che ne derivino regole probatorie che, per quanto di matrice giurisprudenziale, risultino sufficientemente equilibrate e prevedibili nel loro esito, così come esige il principio di legalità processuale.

It is difficult to fully understand the future impact of the European investigation order in criminal matters on our legal system. We can already see, nevertheless, a reassuring part of the new EU Directive 2014/41, which ensures the protection of national rules of admissibility of investigation proceedings, and one, however, more worrisome, relating to evidence collection methods. The Directive does not guarantee, regarding the latter, that all of the national regulations will be strictly followed. However, the principle of proportionality which is set forth in Article 52 §1 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union assists us, as it is aimed at ensuring a reasonable balance between the preservation of national security and the achievement of the European Union objectives, under penalty of exclusion of the evidence collected. This is not a perfect remedy, but - in a globalized legal system that has lost control of the traditional legislative matters in question - it assumes the burden of justifying any departure from our standards. The hope is that the rules of evidence that will derive are sufficiently balanced and predictable in their outcome, as is required by the principle of procedural legality.

*Testo della relazione, integrata e corredata di bibliografia, svolta al XXX Convegno nazionale dell'Associazione tra gli Studiosi del Processo Penale ("Investigazioni e prove transnazionali", Roma, 20-21 ottobre 2016).

SOMMARIO

1. Un'inedita grammatica del procedimento probatorio. – 2. L'ammissione degli atti istruttori: l'approssimazione all'ideale della doppia legalità. – 2.1. La clonazione delle regole di ammissibilità previste dalla *lex fori*. – 2.2. La clonazione delle regole di ammissibilità previste dalla *lex loci*. – 2.3. Il contraddittorio sul vaglio di ammissibilità in base alla *lex loci*: l'impugnazione dell'*exequatur*. – 3. La raccolta delle prove: l'ibridazione fra la *lex fori* e la *lex loci*. – 4. L'utilizzazione delle prove. – 4.1. I divieti di ammissione impliciti nella direttiva. – 4.2. La sorte delle regole di esclusione nazionali che dipendono dalle modalità di raccolta delle prove. – a) Prima soluzione: la replica delle regole di esclusione nazionali previste per i casi interni analoghi. – b) Seconda soluzione: la replica delle regole di esclusione delle prove raccolte con le rogatorie previste dagli artt. 431 e 512 *bis* c.p.p. – c) Terza soluzione: la previsione di una regola di esclusione discrezionale. – 5. Il controlimite della legalità processuale. – 6. La bussola della proporzionalità: l'onere di motivare il distacco dalle garanzie nazionali.

1.

Un'inedita grammatica del procedimento probatorio.

Il prossimo futuro della raccolta eurolunitaria delle prove nell'Unione Europea ha un nome, ma non ancora un volto preciso. La direttiva 2014/41 sull'ordine europeo di indagine penale (OEI) fotografa uno strumento dai tratti sfocati. Solo quando verrà trasposta nel nostro sistema o, comunque, a partire dal 22 maggio 2017, comincerà ad esplicare la sua efficacia diretta, se ne potranno cogliere a pieno le conseguenze.

Per il momento, essa solleva un fondamentale interrogativo: una volta che l'OEI sarà entrato in vigore, che cosa ne sarà del patrimonio di garanzie difensive ed epistemiche che gli Stati, nel campo del diritto delle prove, hanno faticosamente costruito nel corso dei secoli? L'atteggiamento che la Corte di giustizia dell'Unione Europea ha mostrato nella sentenza *Melloni*¹ suscita più di un dubbio in merito alla sua capacità di sopravvivenza. Essenziale, dunque, interpretare la direttiva in modo da ridurne il più possibile l'erosione. A questo riguardo, molto dipende dalla prospettiva adottata.

Osservandola nell'ottica delle categorie dogmatiche interne, la direttiva appare disorientante. Nemmeno uno dei trentanove articoli che la compongono prevede vere e proprie fattispecie probatorie. Si rinviengono, piuttosto, norme processuali in bianco, che rinviano a seconda dei casi alla *lex fori* (il diritto dello Stato di emissione dell'OEI, dove si svolge il procedimento in cui la prova dovrà essere utilizzata) o alla *lex loci* (il diritto dello Stato di esecuzione), o forme solo embrionali di armonizzazione². Gli aspetti più qualificanti delle operazioni istruttorie sono imperniati su parametri del tutto indeterminati, come i "principi fondamentali" degli ordinamenti nazionali e i "diritti fondamentali", tali da richiedere un'opera di eterointegrazione da parte della giurisprudenza³. Sono, al contempo, trascurati i poteri della difesa e, soprattutto, il regime di utilizzabilità delle prove⁴. Un'omissione, quest'ultima, che non sorprende, stante l'annosa e perdurante incapacità degli Stati di accordarsi su una disciplina comune; ma che appare problematica, se si considera che le regole di esclusione probatoria, bilanciando fra loro il metodo di accertamento dei fatti da adottare, la tutela dei diritti fondamentali e le esigenze repressive, rappresentano il baricentro di qualsiasi sistema processuale.

Per comprendere l'autentico significato della direttiva è indispensabile allargare il punto di vista, partendo dal presupposto che essa contiene un'autonoma ed inedita grammatica del diritto delle prove. A cominciare dagli snodi del procedimento probatorio⁵, inquadrabili in tre momenti essenziali: l'ammissione degli atti istruttori indicati negli OEI, la raccolta e l'utilizzazione delle prove. Adottando questo più ampio angolo visuale, vedremo come la direttiva

¹ Cfr. C. giust. UE, 26 febbraio 2013, *Melloni c. Ministero Fiscal*, C-399/11, su cui v. *infra*, nota 59.

² Rinvenibili in particolare nelle disposizioni specifiche per i singoli atti istruttori (artt. 22 s.).

³ Un tratto, questo, ricorrente nel diritto dell'Unione: v. M. BONTEMPELLI, *Le garanzie processuali e il diritto dell'Unione Europea, fra legge e giudice*, in *Proc. pen. giust.*, 2014, f. 3, p. 82 s.; F.R. DINACCI, *Interpretazione "europeisticamente" orientata: tra fonti normative e resistenze giurisprudenziali*, in A. GAITO (a cura di), *I principi europei del processo penale*, Roma, 2016, p. 57 s.; A. GAITO, *L'adattamento del diritto interno alle fonti europee*, in AA.Vv., *Procedura penale*, IV ed., Torino, 2015, p. 38 s.; R.E. KOSTORIS, *Diritto europeo, processo penale e nuovi paradigmi del pluralismo giuridico postmoderno*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 1181 s.

⁴ Cfr. T. BENE, *L'ordine europeo di indagine: criticità e prospettive*, in T. BENE-L. LUPÁRIA-L. MARAFIOTI (a cura di), *L'ordine europeo di indagine. Criticità e prospettive*, Torino, 2016, p. 1 s.; L. CAMALDO-F. CERQUA, *La direttiva sull'ordine europeo di indagine penale: le nuove prospettive per la libera circolazione delle prove*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 3526.

⁵ Per la cui trattazione dogmatica classica v. F. CORDERO, *Tre studi sulle prove penali*, Milano, 1963, p. 52 s.

presenti una parte rassicurante ed una, invece, preoccupante.

2. L'ammissione degli atti istruttori: l'attuazione dell'ideale della doppia legalità.

La direttiva mostra il suo lato più tranquillizzante in rapporto all'ammissione degli atti istruttori. Qui vengono in gioco le regole che indicano i requisiti indispensabili affinché talune prove possano essere raccolte; i requisiti, in altri termini, che attengono all'*an* delle operazioni istruttorie.

Questi ultimi sono tipicamente previsti dai diritti nazionali in rapporto agli atti istruttori che determinano la compressione di uno o più diritti fondamentali. *In primis*, gli atti che interferiscono con il diritto alla riservatezza: le perquisizioni nei luoghi fisici o informatici e i conseguenti sequestri, che nel nostro sistema necessitano di un'autorizzazione o, perlomeno, di una convalida di un pubblico ministero e una base probatoria (artt. 247 s. e 253 s. c.p.p.); nonché le intercettazioni di comunicazioni e i prelievi biologici coattivi, che richiedono l'autorizzazione o la convalida di un giudice, una base probatoria e l'attinenza del procedimento a determinati reati (artt. 266 s., 224 *bis* e 359 *bis* c.p.p.).

Regole di ammissibilità, poi, valgono in relazione alle prove dichiarative. Alcune di esse mirano a salvaguardare il diritto di difesa, il contraddittorio e il corretto accertamento dei fatti, vietando la testimonianza di determinate persone (artt. 62, 195 comma 4 e 197 c.p.p.), oppure consentendo al dichiarante di non deporre (art. 199 c.p.p.). Altre sono volte a tutelare i valori costituzionali connessi ai segreti, rendendo facoltativa (art. 200 c.p.p.) o proibendo la testimonianza su determinati fatti (artt. 201-202 c.p.p.).

La direttiva conferisce il vaglio di ammissibilità di cui si discute tanto all'autorità di emissione dell'OEI quanto all'autorità di esecuzione. Come ora vedremo, sotto questo profilo essa arriva ad attuare l'ideale della doppia legalità, che esige l'osservanza delle regole previste sia dalla *lex fori* che dalla *lex loci*.

2.1. La clonazione delle regole di ammissibilità previste dalla *lex fori*.

Il vaglio di ammissibilità devoluto all'autorità di emissione si compone della classica valutazione logica di rilevanza della prova da raccogliere (definita come "necessità" dall'art. 6 § 1 *a* della direttiva), nonché di una valutazione giuridica: la "possibilità" di disporre l'atto istruttorio "alle stesse condizioni in un caso interno analogo" (art. 6 § 1 *b*).

È una prescrizione condivisibilmente volta ad evitare che l'OEI possa essere impiegato quale mezzo per eludere la corrispondente normativa nazionale⁶. Il suo esito è la clonazione a livello eurounitario di tutte le regole di ammissibilità previste dalla *lex fori*. Il che in particolare comporta, oltre all'emissione o alla convalida da parte di un magistrato (così come previsto dall'art. 2 *c*), anche la necessità dell'autorizzazione preventiva o della convalida da parte di un giudice laddove quest'ultima fosse richiesta in rapporto all'omologo atto nazionale. Una condizione che nel sistema italiano sarebbe indispensabile, ad esempio, per disporre un'intercettazione transnazionale ai sensi degli artt. 30 s.

Né la direttiva omette di prevedere la facoltà per la persona sottoposta a procedimento o, comunque, interessata di contestare nello Stato di emissione il provvedimento di ammissione tramite un'impugnazione. Quest'ultima deve essere di tipo "equivalente" a quella disponibile in un caso interno analogo, e risultare proponibile in rapporto alle "ragioni di merito" dell'emissione dell'OEI (art. 14 § 1 e 2). Un rimedio che, nel nostro ordinamento, potrebbe concretizzarsi nel riesame dei sequestri probatori all'estero disposti dalle autorità italiane, già ammesso dalla giurisprudenza in rapporto alle rogatorie⁸.

Infine non va trascurato che, come vedremo meglio in seguito, il requisito della possibilità di emettere l'atto istruttorio alle stesse condizioni in un caso interno analogo ha una rilevante

⁶ A favore del quale cfr. E. AMODIO, *Diritto di difesa e diritto alla prova nello spazio giudiziario europeo*, in *Foro ambr.*, 2001, p. 552.

⁷ Cfr. I. ARMADA, *The European Investigation Order and the Lack of European Standards for Gathering Evidence: Is a Fundamental Rights-Based Refusal the Solution?*, in *New Journ. Eur. Crim. Law*, 2015, p. 18.

⁸ Cfr. Cass., sez. un., 16 aprile 2003, Monnier, n. 21420.

implicazione in ordine al regime di utilizzabilità delle prove raccolte con l'OEI: esso determina l'applicabilità di tutte le regole di esclusione previste dalla *lex fori* dipendenti dall'*an* delle operazioni istruttorie⁹. Con la conseguenza che, laddove non fosse esperibile nessun mezzo di impugnazione, sarebbe perlomeno consentito eccepire l'invalidità delle prove raccolte in violazione di tali regole.

2.2.

La clonazione delle regole di ammissibilità previste dalla lex loci.

Più complesso il discorso relativo al vaglio di ammissibilità dell'atto istruttorio operato dall'autorità di esecuzione, il quale si articola in una serie di valutazioni finalizzate a salvaguardare i tratti più importanti della *lex loci*, in modo da rispettare i connotati essenziali della sovranità dello Stato in cui si trova la prova da raccogliere.

Queste prescrizioni dimostrano come la direttiva non abbia accolto integralmente il principio del mutuo riconoscimento. Inteso nel senso stretto del termine, quest'ultimo pretenderebbe il ferreo rispetto della *lex fori*, anche nelle situazioni in cui la *lex loci* prevedesse regole istruttorie diverse. Non sarebbe una soluzione auspicabile¹⁰. Anzitutto perché sterilizzerebbe ogni tentativo di armonizzare le discipline nazionali¹¹: confidando nella spendibilità delle proprie norme ai fini della raccolta delle prove all'estero, gli Stati perderebbero interesse ad accordarsi per la previsione di norme comuni. Ne discenderebbe, inoltre, un sistema ad alto tasso di complessità e a rischio di incoerenza. In ciascun ordinamento nazionale verrebbero a convivere forzatamente regole diverse, variabili a seconda delle peculiarità della *lex fori* dello Stato straniero di volta in volta interessato alla raccolta della prova. Nè va trascurato il pericolo delle distorsioni applicative che eventuali regole straniere irrispettose di adeguati *standard* epistemici o garantistici potrebbero esercitare nei confronti delle regole interne, favorendo prassi devianti volte a privilegiare le esigenze repressive anche nei procedimenti relativi ai reati a dimensione strettamente nazionale.

La direttiva ha, per converso, adottato un'impostazione "che, pur ispirandosi al principio del riconoscimento reciproco", tiene "conto altresì della flessibilità del sistema tradizionale di assistenza giudiziaria"¹². Ne è scaturita una disciplina che consente all'autorità di esecuzione, laddove possibile, di adottare un atto istruttorio "alternativo" a quello indicato dall'autorità di emissione e capace di produrre il medesimo risultato (art. 10) o, addirittura, di rifiutare l'esecuzione (art. 11)¹³.

Quali sono questi tratti della *lex loci* considerati indefettibili dal legislatore eurounitario? Alcuni di essi vengono individuati in modo ragionevolmente preciso. Si pensi ai motivi di rifiuto legati all'assenza di legittimazione in capo allo Stato di emissione ad esercitare la propria pretesa punitiva¹⁴, all'impossibilità oggettiva di eseguire l'OEI¹⁵, alla tutela della sicurezza nazionale¹⁶, e al mancato consenso della persona coinvolta nella raccolta della prova richiesto in rapporto a certi atti istruttori¹⁷.

Non difficile da decifrare è anche un'ulteriore condizione: la "previsione" dell'atto istruttorio dal diritto dello Stato di esecuzione (art. 10 § 1 a). Quest'ultima si concretizza nella possibilità di rinvenire nella *lex loci* la disciplina dell'atto considerato nella sua sostanza, indipendentemente dal nome con cui esso sia identificato. La si potrebbe considerare integrata anche nelle situazioni in cui l'atto, sebbene non espressamente previsto, trovasse comunque una regolamentazione, come quella rinvenibile nel nostro art. 189 c.p.p. in merito alle prove atipiche.

⁹ V. *infra*, § 4.1.

¹⁰ Cfr. V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law after Lisbon: Rights, Trust and the Transformation of Justice in Europe*, Oxford, 2016, p. 128 s.

¹¹ Sulla sterilizzazione dell'armonizzazione determinata dal mutuo riconoscimento v. O. MAZZA, *Presunzione d'innocenza e diritto di difesa*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 1401 s.

¹² *Considerando* n. 6.

¹³ V. G. FIORELLI, *I motivi di rifiuto dell'ordine investigativo europeo, "quando fidarsi è bene, ma non fidarsi è meglio"*, in T. BENE-L. LUPÁRIA-L. MARAFIOTI (a cura di), *L'ordine europeo*, cit., p. 79 s.

¹⁴ In quanto il reato sia già stato giudicato nello Stato di esecuzione, operando il *ne bis in idem* (art. 11 § 1 d), oppure non rientri nella giurisdizione dello Stato di emissione (art. 11 § 1 e).

¹⁵ Ad esempio, a causa della previsione di immunità o privilegi nello Stato di esecuzione (art. 11 § 1 a).

¹⁶ Si veda l'art. 11 § 1 b.

¹⁷ In particolare, il consenso del detenuto ai fini del trasferimento temporaneo nello Stato di emissione per compiere un atto istruttorio (art. 22 § 2 a), e il consenso della persona sottoposta a procedimento ai fini dell'audizione in videoconferenza (art. 24 § 2 a).

Più ambiguo appare, invece, un altro requisito: la “disponibilità” dell’atto istruttorio in un “caso interno analogo” (art. 10 § 1 *b*)¹⁸. La quale, ribadita dalla direttiva anche in relazione ad alcuni atti specifici¹⁹, è richiesta in relazione agli atti qualificati come “coercitivi”: in altre parole, gli atti che hanno un impatto sui diritti fondamentali, come il diritto alla riservatezza o il diritto di proprietà²⁰.

Il *considerando* n. 10 della direttiva precisa come tale disponibilità dovrebbe riferirsi ai casi in cui l’atto istruttorio “è previsto dal diritto dello Stato di esecuzione, ma è legittimo solo in determinate circostanze”; ad esempio, l’atto che potrebbe “essere svolto solo per reati di una certa gravità, contro persone rispetto alle quali grava già un certo grado di sospetto o con il consenso della persona interessata”. Vengono pertanto in gioco anche qui i requisiti di ammissibilità degli atti istruttori previsti dal diritto nazionale. Non è chiaro, tuttavia, se tutti, o solo alcuni di essi.

Si è sostenuto che il vaglio di disponibilità riguarderebbe unicamente i requisiti attinenti alla tipologia di reato oggetto del procedimento²¹. Lo si ricaverebbe dal fatto che l’art. 11 della direttiva, nell’elencare i motivi di rifiuto, al § 1 *b* menziona espressamente fra i requisiti di ammissibilità degli atti coercitivi²² solo i presupposti penalistici²³.

È una tesi che, pur avendo il comprensibile intento di rafforzare l’efficacia della cooperazione, trova un ostacolo in un altro motivo di rifiuto: quello attinente alla presenza di “serie ragioni” per ritenere che l’esecuzione “sia incompatibile con gli obblighi dello Stato di esecuzione ai sensi dell’art. 6 TUE” (art. 11 § 1 *f*). Vale a dire, il dovere di osservare i diritti fondamentali degli individui garantiti dalla Carta di Nizza, dalla CEDU e dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati.

Tale controllo, ribadito anche dall’art. 1 § 4, dovrebbe essere compiuto pure se non fosse espressamente contemplato: l’art. 6 TUE pone un dovere generale immanente in tutto il sistema eurounitario. Nondimeno, la sua espressa inclusione in una norma di diritto derivato è significativa del fatto che la fiducia reciproca fra gli Stati non è ancora un dato acquisito. La creazione di uno spazio di libertà, di sicurezza e di giustizia” – si legge del resto nel *considerando* n. 19 della direttiva – si fonda su una “presunzione di conformità, da parte di tutti gli Stati membri, al diritto dell’Unione e, in particolare, ai diritti fondamentali. Tuttavia, tale presunzione è *relativa*”.

Ciò detto, tutto si gioca intorno al concetto di “diritto fondamentale”, che risulta fra i più ambigui. L’effettivo contenuto di ciascun diritto dipende dall’esito del bilanciamento con i valori contrapposti, e sotto questo profilo le indicazioni della giurisprudenza della Corte di giustizia dell’Unione, della Corte europea dei diritti dell’uomo e delle Corti costituzionali nazionali non sempre sono convergenti.

Di qui una non facile triangolazione fra diverse declinazioni dei diritti fondamentali, in rapporto a cui è però consentito individuare un criterio minimale che non soffre eccezioni: si devono perlomeno raggiungere gli *standard* di tutela delineati dal *case-law* della Corte europea²⁴. Lo si evince dalla inequivocabile prescrizione dell’art. 52 § 3 della Carta di Nizza, ai sensi della quale il “significato” e la “portata” dei diritti richiamati dalla legislazione dell’Unio-

¹⁸ Analoga la previsione dell’art. art. 11 § 1 *c* quando venga in gioco un procedimento civile o amministrativo che possa sfociare in un procedimento penale.

¹⁹ Ossia le informazioni sui conti e sulle operazioni bancarie e finanziarie (artt. 26 § 6 e 27 § 5), le operazioni di infiltrazione (art. 29 § 3 *a*) e le intercettazioni transnazionali (artt. 30 § 5 e 31 § 3).

²⁰ Si veda il *considerando* n. 16 della direttiva.

²¹ Cfr. M. PANZAVOLTA, *Ordine di indagine europeo e indagini bancarie: spunti di riflessione sul concetto di caso interno analogo e atto di indagine alternativo*, in A. DI PIETRO e M. CAIANIELLO (a cura di), *Indagini penali e amministrative in materia di frodi IVA e di imposte doganali. L’impatto dell’European Investigation Order sulla cooperazione*, Bari, 2016, in corso di pubblicazione.

²² Si veda l’art. 11 § 2.

²³ Ossia la limitazione del ricorso all’atto da parte del diritto dello Stato di esecuzione “a un elenco o a una categoria di reati o a reati punibili entro una certa soglia fra cui non figura il reato oggetto dell’OEI”.

Sempre in rapporto agli atti coercitivi, l’art. 11 § 1 *g* consente il rifiuto quando “la condotta riguardo alla quale è stato emesso l’OEI non costituisca reato in base al diritto dello Stato di esecuzione, a meno che riguardi un reato elencato nelle categorie figuranti nell’allegato D, come indicato dall’autorità di emissione, qualora sia punibile nello Stato di emissione con una pena o una misura di sicurezza detentiva della durata massima di almeno tre anni”. Si tratta del classico requisito della doppia incriminazione, ora ribadito dalla delega al Governo per la riforma del libro XI c.p.p. (art. 4 comma 1 lett. *c* n. 5.2 l. n. 149 del 2016), che trova un’eccezione in rapporto ai reati elencati dalla lista. Quest’ultima è volta a favorire l’esecuzione dell’OEI. Ma contribuisce a limitarne la portata la circostanza che tale motivo di rifiuto va posto in correlazione con quello della lett. *b*: l’OEI non potrebbe essere eseguito qualora riguardasse un reato che, sebbene elencato nella lista, non permettesse l’adozione dell’atto indicato in base alla *lex loci*.

²⁴ Una conclusione analoga si ricava dall’art. 3 comma 1 lett. *b* l. n. 149 del 2016: v. N. GALANTINI, *Rogatoria internazionale e “giusto processo”*, in *Proc. pen. giust.*, 2016, f. 6, p. 174.

ne devono essere “uguali” a quelli conferiti dalla CEDU²⁵.

Ebbene, il dovere di osservare i diritti fondamentali nella configurazione offerta dalla Corte europea determina la clonazione di tutte le regole di ammissibilità previste dalla *lex loci* che risultino tali da integrare modalità di protezione dei diritti equivalenti a quelle rinvenibili nella giurisprudenza di Strasburgo. E se si guarda alle tutele che la Corte da tempo richiede in rapporto agli atti coercitivi che incidono sul diritto alla riservatezza previsto dall'art. 8 CEDU, è agevole notare come esse non si esauriscano nell'attinenza del procedimento a certi reati, ma implicino ulteriori condizioni: l'autorizzazione o il controllo successivo di un giudice indipendente, la presenza di una base probatoria e la possibilità, specie in mancanza di un vaglio giurisdizionale, di contestazioni successive da parte della difesa²⁶.

La disponibilità in un caso interno analogo di cui all'art. 10 § 1 *b*, dunque, non può che comportare il rispetto di tutti questi requisiti. Vale a dire, per quanto concerne il nostro sistema, di tutte regole di ammissibilità delle perquisizioni e dei sequestri, delle intercettazioni e dei prelievi biologici coattivi²⁷. La loro inosservanza determinerebbe una sicura violazione della CEDU e, quindi, anche del diritto dell'Unione²⁸.

L'art. 10 § 2 aggiunge che il parametro della disponibilità in un caso interno analogo non vale per una serie di atti istruttori, che dovrebbero essere sempre ammissibili in base alla *lex loci*. Tra questi rilevano gli atti “non coercitivi definiti dal diritto dello Stato di esecuzione”²⁹ e, più specificamente, l'audizione dei testimoni, degli esperti, delle vittime e delle persone sottoposte a procedimento. Ciò significa che, qualora un OEI avesse ad oggetto una prova dichiarativa, non si applicherebbero gli eventuali divieti di ammissione previsti dal diritto dello Stato di esecuzione in rapporto alla medesima?

Una conclusione del genere non terrebbe conto di ulteriori prescrizioni della direttiva. Si pensi anzitutto al motivo di rifiuto statuito dall'art. 11 § 1 *a*, relativo alla previsione da parte della *lex loci* di “immunità o privilegi che rendono impossibile l'esecuzione dell'OEI”: locuzioni che includono le nostre regole di ammissibilità delle testimonianze fondate sul privilegio familiare e sui segreti (artt. 199-202 c.p.p.)³⁰. Vi è poi la previsione dell'art. 24 § 5 *e*, ai sensi della quale i dichiaranti esaminati in videoconferenza possono avvalersi del “diritto di non testimoniare eventualmente previsto dal diritto dello Stato di esecuzione”, dovendo esserne informati prima dell'inizio dell'audizione. È una prescrizione che, dettata per l'esame a distanza, opera a maggior ragione anche per l'esame fisico del dichiarante che si trovi nello Stato di esecuzione. E se vale il diritto di non testimoniare, deve valere pure l'obbligo di non testimoniare, con la conseguenza che vanno ritenuti applicabili anche i divieti di testimonianza statuiti dalla legge italiana (artt. 62, 195 comma 4, 197 c.p.p.).

Stabilito il perimetro del vaglio di ammissibilità che spetta all'autorità di esecuzione, resta da considerarne le modalità di svolgimento. A questo riguardo un fondamentale supporto è offerto dal contenuto dell'OEI, così come delineato dall'art. 5: l'“oggetto” e i “motivi” dell'ordine, le “informazioni” necessarie sulle persone coinvolte, la “descrizione della condotta penale”

²⁵ V., *amplius*, M. DANIELE, *La triangolazione delle garanzie processuali fra diritto dell'Unione europea, CEDU e sistemi nazionali*, in *Dir. pen. cont.*, 6 aprile 2016, p. 8 s. Tale criterio vale indipendentemente dall'adesione dell'Unione alla CEDU, prevista dall'art. 6 § 2 TUE. Una volta avvenuta, quest'ultima determinerà la formale sottoposizione delle norme dell'Unione e delle loro interpretazioni da parte della Corte di giustizia al controllo esterno della Corte europea; ma non è indispensabile ai fini dell'obbligo di osservare la CEDU, che risulta già previsto dai Trattati dell'Unione.

²⁶ Cfr. Corte EDU, 4 dicembre 2015, *Zakharov c. Russia*, § 227 s., in rapporto alle intercettazioni.

²⁷ A questo proposito, si veda la delega al Governo per la riforma del libro XI c.p.p., la quale richiede di prevedere, se la richiesta di assistenza riguarda “acquisizioni probatorie da compiere davanti al giudice ovvero attività che secondo la legge dello Stato non possono svolgersi senza l'autorizzazione del giudice”, che la competente procura distrettuale “presenti senza ritardo le proprie richieste al giudice per le indagini preliminari” (art. 4 comma 1 lett. c n. 3 l. n. 149 del 2016). Al riguardo cfr. N. TRIGGIANI, *In divenire la disciplina dei rapporti giurisdizionali con autorità straniere: appunti sulla l. 21 luglio 2016, n. 149*, in *Dir. pen. cont.*, 5 ottobre 2016, p. 7 s.

Va peraltro notato che, qualora la *lex fori* lo consentisse, l'OEI potrebbe essere emesso da un pubblico ministero, e che, laddove ciò fosse previsto dalla *lex loci*, potrebbe al contempo essere eseguito dalla sola polizia (art. 2 *c* della direttiva). In casi del genere, venendo a mancare un controllo giurisdizionale, sarebbe prospettabile una declaratoria di illegittimità della direttiva da parte della Corte di giustizia per violazione del diritto alla riservatezza ex art. 8 CEDU e 7 Carta di Nizza.

²⁸ Di qui il criterio direttivo della delega al Governo per la riforma del libro XI c.p.p. statuito dall'art. 4 comma 1 lett. c n. 5.1. l. n. 149 del 2016: “prevedere che l'autorità giudiziaria non dia corso alla domanda di assistenza giudiziaria” “se gli atti richiesti sono vietati dalla legge”.

²⁹ A tale proposito R. BELFIORE, *Riflessioni a margine della direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 3292 s., rileva come tale rinvio alla *lex loci* sia suscettibile di generare disparità di trattamento: alcuni Stati potrebbero qualificare come non coercitivi e, quindi, accettare incondizionatamente atti ritenuti, invece, coercitivi da altri Stati. Si tratta di un problema connesso ai diversi tassi di garanzia adottati nei singoli ordinamenti, che appare ineliminabile fino a quando non verranno adottate regole probatorie unificate valide per tutti gli Stati dell'Unione.

³⁰ Si veda il *considerando* n. 20 della direttiva, secondo cui il motivo di rifiuto in questione potrebbe ad esempio ricomprendere “la protezione che si applica alle professioni mediche e legali”.

oggetto del procedimento e le “disposizioni di diritto penale applicabili nello Stato di emissione”, la “descrizione” degli atti istruttori richiesti e degli elementi di prova da ottenere.

Esso permette all'autorità di esecuzione di garantire il rispetto dei requisiti di ammissibilità previsti dalla *lex loci*, con un'eccezione: non offrirebbe sufficienti informazioni nelle situazioni in cui il diritto dello Stato di esecuzione prevedesse la necessità di una base probatoria³¹. A tale ultimo proposito appare indispensabile un ulteriore adempimento: la trasmissione all'autorità di esecuzione degli atti del procedimento. Esso non è espressamente previsto dalla direttiva; ma può farsi rientrare nelle procedure di consultazione *ex artt.* 6 § 3 e 9 § 6, nonché nei doveri di informazione di cui agli artt. 11 § 4 e 16³², e dovrebbe essere introdotto a chiare lettere nella normativa italiana di trasposizione.

2.3.

Il contraddittorio sul vaglio di ammissibilità in base alla lex loci: l'impugnazione dell'exequatur.

Un ultimo profilo del vaglio di ammissibilità degli atti istruttori da parte dell'autorità di esecuzione ai sensi della *lex loci* concerne la facoltà della persona sottoposta a procedimento o, comunque, coinvolta nelle operazioni istruttorie di contestarlo.

In linea teorica, ciò potrebbe avvenire sottoponendolo al contraddittorio, attraverso un'apposita udienza a cui fosse data la facoltà di partecipare a tutti gli interessati³³. Ma è chiaro che una soluzione del genere, comunque non attuabile in rapporto agli atti che, come le perquisizioni e le intercettazioni, non consentissero il preavviso della difesa, rischierebbe di rallentare la cooperazione. Tanto è vero che non è stata adottata dalla direttiva, la quale ha preferito delineare un controllo di tipo posticipato: la possibilità di impugnare nello Stato di esecuzione il provvedimento di ammissibilità dell'atto istruttorio (il c.d. *exequatur*) attraverso mezzi di critica “equivalenti a quelli disponibili in un caso interno analogo” (art. 14 § 1).

Si tratta, almeno in apparenza, di un'arma spuntata. La prima parte dell'art. 14 § 2 precisa che le “ragioni di merito” dell'emissione dell'OEI (ossia la presenza dei requisiti di ammissibilità) sono contestabili “soltanto mediante un'azione introdotta nello Stato di emissione”³⁴. Il che, preso alla lettera, potrebbe determinare un non trascurabile *vulnus* alla difesa, considerati i costi e le difficoltà di proporre un'impugnazione in uno Stato straniero³⁵.

Fortunatamente la perentorietà della prima parte dell'art. 14 § 2 viene contraddetta dalla seconda parte: vanno comunque “fatte salve le garanzie dei diritti fondamentali dello Stato di esecuzione”. Se ne può ricavare, perlomeno per gli atti coercitivi che, come le perquisizioni e i sequestri nel nostro sistema, spettano al pubblico ministero, la facoltà per la difesa di contestare l'inosservanza delle regole di ammissibilità previste dalla *lex loci*. Diversamente non verrebbe assicurato un diritto considerato irrinunciabile dalla giurisprudenza della Corte europea³⁶.

Un ulteriore problema è legato alle carenze informative che affliggono la difesa, a favore della quale non è espressamente contemplato l'accesso al fascicolo del procedimento instaurato nello Stato di emissione. Purtroppo il legislatore eurounitario non l'ha considerato nella direttiva 2012/13 sul diritto all'informazione, omettendo di estendere il diritto alla conoscibilità degli atti di indagine previsto all'art. 7 anche ai procedimenti di tipo sovranazionale; e neppure nella direttiva 2013/48 sul diritto al difensore, mancando di istituire una procedura di coordinamento fra il difensore dello Stato di esecuzione e quello dello Stato di emissione³⁷.

Anche questa omissione non risulta insuperabile. Il diritto alla *disclosure* degli atti del procedimento è patrocinato con forza dal *case law* della Corte europea, trovando fondamento nel

³¹ Si pensi ai gravi indizi di reato richiesti per le intercettazioni dall'art. 267 comma 1 c.p.p.

³² Cfr. I. ARMADA, *The European Investigation Order*, cit., p. 27.

³³ In questo senso, in rapporto alle rogatorie, v. A. GAITO, *Rogatorie*, in AA.VV., *Procedura*, cit., p. 1002 s.

³⁴ Similmente, in rapporto alle rogatorie passive è riconosciuta solo la possibilità di proporre incidente di esecuzione, per contestare le mere modalità di attuazione della raccolta delle prove: v. Cass., sez. I, 14 novembre 2014, n. 51839

³⁵ Cfr. B. SCHÜNEMANN, *The European Investigation Order: A Rush into the Wrong Direction*, in S. RUGGERI (a cura di), *Transnational Evidence and Multicultural Inquiries in Europe*, Berlino-Heidelberg, 2014, p. 33.

³⁶ Cfr. *supra*, § 2.2.

³⁷ Così M. CAIANIELLO, *La nuova direttiva UE sull'ordine europeo di indagine penale tra mutuo riconoscimento e ammissione reciproca delle prove*, in *Proc. pen. giust.*, 2015, f. 3, p. 8 s.

principio della parità delle armi e nell'equità processuale ex art. 6 § 1 CEDU³⁸. Ed esso è suscettibile di essere attuato grazie all'art. 14 § 3 della direttiva sull'OEI, che obbliga le autorità di emissione e di esecuzione a fornire "in tempo utile" le "informazioni in merito alle possibilità di impugnazione disponibili ai sensi del diritto nazionale": le quali, a pena di vanificare la garanzia richiesta dai giudici di Strasburgo, dovrebbero ricomprendere gli atti procedurali rilevanti, salva la necessità di preservare la segretezza delle indagini.

3. La raccolta delle prove: l'ibridazione fra la *lex fori* e la *lex loci*.

Una volta che l'atto istruttorio indicato in un EIO venga ritenuto ammissibile, si entra nella fase della raccolta della prova, tendenzialmente di competenza dell'autorità di esecuzione. È a questo riguardo che la direttiva mostra la sua parte più preoccupante. Inutile, qui, andare alla ricerca di fattispecie rigide paragonabili a quelle rinvenibili nell'ordinamento interno. Non è neppure regolata la facoltà del difensore di partecipare alle operazioni istruttorie³⁹.

Il fulcro normativo della raccolta è concentrato nell'art. 9 § 2, ai sensi del quale l'autorità di esecuzione deve attenersi alle "formalità" e alle "procedure" espressamente indicate dall'autorità di emissione, salvo che queste ultime siano in conflitto con i "principi fondamentali" del diritto dello Stato di esecuzione. Sempre la necessità di osservare tali "principi fondamentali" può giustificare il divieto alle autorità dello Stato di emissione di partecipare alle operazioni istruttorie (art. 9 § 4)⁴⁰, oppure il rifiuto di adottare la modalità della videoconferenza per la raccolta delle dichiarazioni (art. 24 § 2 b).

Tale prescrizione, rinvenibile anche nell'art. 4 § 1 della convenzione di assistenza giudiziaria che l'Unione aveva redatto nel 2000 in merito alle rogatorie⁴¹, determina un'ibridazione fra la *lex fori* e la *lex loci*⁴². L'intento è quello di contemperare le esigenze procedurali dello Stato di emissione con il rispetto della sovranità dello Stato di esecuzione; al prezzo, però, di una certa oscurità precettiva.

Anzitutto perché non viene prefissato nessun parametro per orientare la scelta delle modalità istruttorie da richiedere. In sé considerato, l'art. 9 § 2 parrebbe conferire all'autorità di emissione la massima libertà⁴³. Al limite anche consentirle, per velocizzare la cooperazione, di non dare nessuna indicazione, lasciando piena operatività alla *lex loci*⁴⁴.

È evidente come un'interpretazione del genere concederebbe un eccessivo margine di discrezionalità. Appare dunque preferibile un'altra lettura: quella secondo cui l'art. 9 § 2 permette di richiedere esclusivamente le modalità istruttorie necessarie ai fini della spendibilità processuale nello Stato di emissione delle prove raccolte all'estero⁴⁵. Così inteso, però, esso pone una prescrizione priva di autosufficienza. Le sue implicazioni dipendono dal tenore di

³⁸ V. Corte EDU, 16 febbraio 2000, *Fitt c. Regno Unito*, § 43 s. In dottrina cfr. S. ALLEGREZZA, *La conoscenza degli atti nel processo penale fra ordinamento interno e Convenzione europea*, in A. BALSAMO e R.E. KOSTORIS (a cura di), *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, Torino, 2008, p. 143 s.

³⁹ Un'omissione stigmatizzata da S. RUGGERI, *Introduction to the Proposal of a European Investigation Order: Due Process Concerns and Open Issues*, in Id. (a cura di), *Transnational Evidence*, cit., p. 14 s. V. anche G. DE AMICIS, *Limiti e prospettive del mandato europeo di ricerca della prova*, in *Dir. pen. cont.*, 5 aprile 2011, p. 37 s.

⁴⁰ Cfr. M.R. MARCHETTI, *Oltre le rogatorie: i nuovi strumenti per la circolazione degli atti investigativi e delle prove penali*, in AA.VV., *I nuovi orizzonti della giustizia penale europea*, Giuffrè, 2015, p. 217, 224, secondo cui sarebbe stato preferibile rendere obbligatoria la partecipazione dell'autorità di emissione, nonché quella della difesa.

⁴¹ Ora recepita dall'Italia con la l. 21 luglio 2016, n. 149, che ha disposto all'art. 3 una delega al Governo per la sua "compiuta attuazione". A favore di tale soluzione v. M. PISANI, *Rogatorie internazionali e videoconferenze*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, p. 984 s.

⁴² Cfr. L. MARAFIOTI, *Orizzonti investigativi europei, assistenza giudiziaria e mutuo riconoscimento*, in T. BENE-L. LUPÁRIA-L. MARAFIOTI (a cura di), *L'ordine europeo*, cit., p. 22 s.

⁴³ Cfr. T. RAFARACI, *General Considerations on the European Investigation Order*, in S. RUGGERI (a cura di), *Transnational Evidence*, cit., p. 42 s.

⁴⁴ In un caso del genere, l'esecuzione dell'OEI dovrebbe essere assicurata nello "stesso modo" e secondo le "stesse modalità" con cui si procederebbe se l'atto fosse stato disposto da un'autorità dello Stato di esecuzione (art. 9 § 1).

⁴⁵ Vale a dire che esso pone una prescrizione analoga a quella rinvenibile nell'art. 727 comma 5 bis c.p.p. in merito alle rogatorie: "quando, a norma di accordi internazionali, la domanda di assistenza giudiziaria può essere eseguita secondo modalità previste dall'ordinamento dello Stato, l'autorità giudiziaria, nel formulare la domanda di assistenza, ne specifica le modalità indicando gli elementi necessari per l'utilizzazione processuale degli atti richiesti".

tali regole di utilizzabilità⁴⁶.

Al contempo non va trascurato che, come vedremo in seguito, anche il controllo del rispetto dei principi fondamentali della *lex loci* ha dei contorni piuttosto imprecisi⁴⁷.

4. L'utilizzazione delle prove.

Viene a questo punto in evidenza l'ultimo *step* del procedimento probatorio: il vaglio di utilizzabilità della prova raccolta tramite l'OEI nel processo instaurato nello Stato di emissione. Anche esso non trova un'esplicita regolamentazione. Dalla direttiva, nondimeno, emergono in controluce alcune indicazioni, di cui il legislatore nazionale dovrebbe tenere conto.

4.1. I divieti di ammissione impliciti nella direttiva.

Talune ipotesi di inutilizzabilità possono considerarsi implicite nella direttiva⁴⁸. Non vale, in questo caso, la tesi in base alla quale i divieti probatori dovrebbero essere espressamente previsti attraverso formule normative tali da individuare chiaramente l'assenza di un potere istruttorio⁴⁹. Si tratta di un approccio ermeneutico sostenibile in rapporto alle regole di esclusione nazionali, nell'ambito di un sistema chiuso contraddistinto da invalidità tassativamente previste. Più difficile invocarlo in relazione a norme sovranazionali come quelle della direttiva, rispetto alla quali sarebbe eccessivo pretendere lo stesso livello di precisione delle norme nazionali, o comunque l'adozione di determinati schemi sanzionatori⁵⁰. L'essenziale, qui, è che i divieti non derivino da preferenze di valore dell'interprete, ma siano ricollegabili ad inequivocabili scelte del legislatore eurounitario.

È il caso, anzitutto, della possibilità di emettere l'atto istruttorio indicato nell'OEI "solamente" "alle stesse condizioni in un caso interno analogo" (art. 6 § 1 *b*), che come abbiamo visto si concretizza nella necessità di rispettare tutte le regole di ammissibilità previste dalla *lex fori*⁵¹. Ne discende l'inutilizzabilità delle prove raccolte in violazione di queste regole: se esse venissero impiegate nel processo instaurato nello Stato di emissione, si determinerebbe una sicura violazione della direttiva.

Analoghe considerazioni valgono per le prove raccolte attraverso un'elusione delle prescrizioni della direttiva. Si pensi alle prove già in possesso dell'autorità di esecuzione. Anche esse vanno acquisite tramite l'OEI (*considerando* n. 7, artt. 1 § 1 e 10 § 2 *a*). Sarebbero pertanto inutilizzabili qualora, adottando la prassi operante in materia di rogatorie⁵², fossero oggetto di una trasmissione informale fra gli Stati.

Deve ritenersi parimenti vietato dalla direttiva il c.d. instradamento delle intercettazioni, ossia il convogliamento nei nodi di comunicazione situati in Italia e la conseguente captazione a strascico delle chiamate in partenza dall'estero, effettuato senza il coinvolgimento dello Stato

⁴⁶ Non dissimile il discorso quanto alla possibilità di svolgere indagini difensive all'estero. A questo riguardo l'art. 1 § 3 si attesta sulla logica della c.d. "canalizzazione": la persona sottoposta a procedimento o il suo difensore possono chiedere alla competente autorità nazionale di emettere un OEI. Ciò non vieta che, a fronte del rifiuto di quest'ultima, il difensore compia direttamente atti di indagine che, come l'assunzione di informazioni, non richiedono l'autorizzazione o la partecipazione di un magistrato in base alla *lex fori* o alla *lex loci*. I margini di utilizzabilità di questi ultimi nello Stato di emissione sono, però, rimessi alle scelte dei legislatori interni. Cfr. al riguardo le osservazioni critiche di F.M. GRIFANTINI, *Ordine europeo di indagine e investigazioni difensive*, in *Proc. pen. giust.*, 2016, f. 6, p. 5 s.

⁴⁷ In merito all'analogia previsione dell'art. 723 comma 2 c.p.p. relativa alle rogatorie v. C. VALENTINI, *I principi di diritto interno. In particolare: i limiti alle rogatorie passive*, in G. LA GRECA-M.R. MARCHETTI (a cura di), *Rogatorie penali e cooperazione giudiziaria internazionale*, Torino, 2003, p. 155 s.

⁴⁸ Sulla possibilità di ricavare divieti probatori impliciti o indiretti nell'ambito del sistema interno v. M. NOBILI, *Art. 191 c.p.p.*, in M. CHIAVARIO (coord. da), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, vol. II, Torino, 1990, p. 408 s.

⁴⁹ Così F. CORDERO, *Procedura penale*, IX ed., Milano, 2012, p. 612 s.; A. SCELLA, *Prove penali e inutilizzabilità. Uno studio introduttivo*, Torino, 2000, p. 159 s.

⁵⁰ Cfr. M. CAIANIELLO, *To Sanction (or not to Sanction) Procedural Flaws at eu Level? A Step forward in the Creation of an EU Criminal Process*, in *Eur. Journ. Crime Crim. Law Crim. Just.*, 2014, p. 322 s.

⁵¹ Cfr. *supra*, § 2.1. e 2.2. In senso analogo, in rapporto alle rogatorie, v. F. CORDERO, *Precetti costituzionali e rogatorie, ovvero: l'arte della mannaia*, in *Dir. giust.*, 2001, f. 43, p. 11: "la prova vietata dalle norme italiane resta tale anche se fosse ammessa nella *lex loci*".

⁵² Imperniata sulla possibilità di acquisire gli atti già autonomamente compiuti dalle autorità straniere in base all'art. 78 disp. att. c.p.p.: cfr. S. ALLEGREZZA, A. MOSNA e F. NICOLICCHIA, *L'acquisizione della prova all'estero e i profili transnazionali*, in G. CANZIO, L.D. CERQUA e L. LUPARIA (a cura di), *Diritto penale delle società. Accertamento delle responsabilità individuali e processo alla persona giuridica*, II ed., Assago, 2016, p. 172 s. Più in generale, sulle deformalizzazioni che contraddistinguono le rogatorie v. D. VIGONI, *Dalla rogatoria all'acquisizione diretta*, in G. LA GRECA e M.R. MARCHETTI (a cura di), *Rogatorie penali e cooperazione giudiziaria internazionale*, Torino, 2003 p. 417 s.

interessato. Tale metodo, pure esso da tempo diffuso⁵³, si concretizzerebbe nell'aggiramento dell'art. 31 della direttiva: il quale prescrive che sia data notifica delle operazioni allo Stato straniero dove si trova l'indirizzo di comunicazione intercettato e di cui non sia necessaria l'assistenza tecnica.

In tale ultima evenienza opera pure un'esplicita regola di esclusione, che discende dall'inservanza della *lex loci*: qualora l'intercettazione non sia "ammessa in un caso interno analogo", la competente autorità dello Stato notificato può comunicare all'autorità di emissione che, "se necessario", i risultati della captazione già ottenuti "non possono essere utilizzati o possono essere utilizzati solo alle condizioni da essa specificate" (art. 31 § 3).

Tutti questi divieti probatori, anche se impliciti, dovrebbero essere recepiti dalla normativa nazionale di trasposizione. Diversamente sarebbe ipotizzabile la disapplicazione del diritto interno alla luce della direttiva.

4.2.

La sorte delle regole di esclusione nazionali che dipendono dalle modalità di raccolta delle prove.

Più complesso il discorso per il regime di utilizzabilità delle prove sulla base delle modalità di raccolta impiegate: ossia le regole di esclusione che dipendono dal *quomodo* delle operazioni istruttorie. La materia sembrerebbe rientrare nella piena discrezionalità degli ordinamenti statali. Lo suggerisce l'ultima frase dell'art. 14 § 7: va assicurato che "nei procedimenti penali nello Stato di emissione siano rispettati i diritti della difesa e sia garantito un giusto processo nel valutare le prove acquisite tramite l'OEI", fatte "salve le norme procedurali nazionali"⁵⁴.

Si tratta, in realtà, di un'apparenza di libertà. Sono prospettabili almeno tre soluzioni che il legislatore italiano potrebbe adottare a questo riguardo. Ma come ora vedremo, non tutte sono compatibili con gli obiettivi della direttiva e, più in generale, dell'Unione.

A.

Prima soluzione: la replica delle regole di esclusione nazionali previste per i casi interni analoghi.

Una prima soluzione consisterebbe nella previsione di regole di esclusione di tipo rigido, tali da replicare tutti i divieti probatori operanti nei casi interni analoghi⁵⁵: in particolare, le regole volte ad assicurare l'adozione dell'esame incrociato nella formazione delle prove dichiarative, la partecipazione del difensore ed ogni altra modalità di assunzione prevista dalla legge italiana a pena di invalidità.

Si tratta dell'opzione idealmente preferibile. Ma purtroppo presenta un alto rischio di fallimento, per la ragione che potrebbe innescare nella giurisprudenza un meccanismo di rigetto⁵⁶. Non va dimenticato che le autorità nazionali, nell'applicare la direttiva e la relativa normativa di trasposizione, sarebbero eterodirette dalla Corte di giustizia; la quale è, geneticamente, un organo volto non alla protezione dei diritti fondamentali, ma alla realizzazione degli obiettivi

⁵³ Cfr., fra le molte, Cass., sez. VI, 22 settembre 2015, n. 39925. Essa è stata giudicata conforme alla CEDU da Corte EDU, 23 febbraio 2016, *Capriotti c. Italia*, § 41 s.

⁵⁴ Prescrizioni simili si rinvengono in rapporto alla "valutazione delle dichiarazioni rese da indagati o imputati o delle prove raccolte in violazione del loro diritto di accesso a un difensore", o nei casi in cui è stata autorizzata una deroga a tale diritto per la "necessità impellente di evitare gravi conseguenze negative per la vita, la libertà o l'integrità fisica di una persona", o per la "necessità indispensabile di un intervento immediato delle autorità inquirenti per evitare di compromettere in modo sostanziale un procedimento penale" (art. 12 § 2 della direttiva 2013/48 sul diritto al difensore); nonché in rapporto alla "valutazione delle dichiarazioni rese da indagati o imputati o delle prove raccolte in violazione del diritto al silenzio o del diritto di non autoincriminarsi" (art. 10 § 2 della direttiva 2016/343 sulla presunzione di innocenza).

⁵⁵ Per un'analoga posizione in rapporto alle rogatorie, sia pure con varie sfumature, v. A. GAITO, *Rogatorie*, cit., p. 1011 s.; G. UBERTIS, *La prova acquisita all'estero e la sua utilizzabilità in Italia*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 703 s.; C. VALENTINI, *L'acquisizione della prova tra limiti territoriali e cooperazione con autorità straniere*, Padova, 1998, p. 209. Si veda anche S. MARCOLINI, *La circolazione della prova nello spazio giudiziario europeo tra vecchi e nuovi modelli: la difficile convivenza tra efficienza e tutela*, in G. GRASSO, L. PICOTTI e R. SICURELLA (a cura di), *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Milano, 2011, p. 553 s., il quale suggerisce, in rapporto alla raccolta delle prove dichiarative, l'adozione di regole di esclusione che assicurino perlomeno l'assunzione di fronte ad un giudice e la partecipazione della difesa.

⁵⁶ Si ricordi quanto avvenuto in rapporto al requisito dei gravi indizi di colpevolezza per la cattura delle persone coinvolte da un mandato di arresto europeo, previsto dall'art. 17 l. 22 aprile 2005, n. 69, ma in seguito eluso da Cass., sez. un., 30 gennaio 2007, n. 4614.

eurounitari⁵⁷, perseguiti mediante l'impiego dello strumento ermeneutico dell'interpretazione teleologica⁵⁸. Non è inusuale rinvenire nelle decisioni dei giudici di Lussemburgo la disapplicazione delle norme nazionali motivata dalla necessità di tutelare il "primato", l'"unità" e l'"effettività" del diritto dell'Unione⁵⁹: un'impostazione che potrebbe condurre ad una riduzione delle garanzie nel nome di una più rapida ed efficiente raccolta transnazionale delle prove⁶⁰.

Alla luce dell'approccio della Corte di giustizia, non è difficile immaginare le conseguenze che la soluzione di cui si discute potrebbe determinare. Le autorità italiane dovrebbero indicare ai sensi dell'art. 9 § 2 tutte le modalità istruttorie previste dalla legge nazionale a pena di invalidità. Le autorità straniere, dal canto loro, potrebbero facilmente disattendere le richieste italiane grazie al grimaldello offerto dalla ambigua clausola del rispetto dei principi fondamentali della *lex loci*.

Quest'ultima mira principalmente ad evitare che, a fronte di OEI provenienti da Stati meno garantistici, l'autorità di esecuzione sia costretta ad adottare modalità di raccolta delle prove incapaci di assicurare un'adeguata tutela dei diritti. Non sarebbe consentito, in ogni caso, scendere al di sotto dei livelli di protezione assicurati dalla CEDU⁶¹.

Di qui la messa al bando delle tecniche istruttorie tali integrare vere e proprie forme di tortura, radicalmente incompatibili con l'art. 3 CEDU⁶², nonché delle modalità capaci di pregiudicare il nucleo essenziale del diritto al silenzio, le quali sarebbero irrispettose del diritto all'equità processuale *ex art. 6 § 1 CEDU*⁶³. Il che significa che senz'altro rientrano tra i principi fondamentali previsti dalla *lex loci* i divieti probatori a tutela della libertà di autodeterminazione⁶⁴.

Al di là di queste ipotesi, però, gli *standard* di raccolta delle prove considerati indefettibili dalla giurisprudenza della Corte europea spesso si attestano su livelli minimali. In molti casi di violazione della CEDU, i giudici di Strasburgo non pretendono l'esclusione delle prove, ma si accontentano dell'osservanza di regole di valutazione volte ad attenuarne il peso conosciuto. Basti pensare al diritto al confronto previsto dall'art. 6 § 3 *d*, che nel *case-law* della Corte non si identifica con l'esame incrociato, ma si scolora nell'"occasione adeguata e sufficiente" di rivolgere domande al dichiarante anche in una fase successiva del procedimento, ed è comunque surrogabile dal divieto di fondare "in modo esclusivo o determinante" la condanna sulle dichiarazioni raccolte dalla sola accusa⁶⁵.

Ciò dimostra come la clausola del rispetto dei principi fondamentali non sia in grado di assicurare una protezione sufficiente. Nulla vieterebbe di intendere tali principi in senso recessivo, includendovi anche le esigenze di efficienza della cooperazione, ed impiegandoli così come barriera nei confronti delle modalità istruttorie indicate dall'autorità di emissione che, per quanto più garantistiche, non fossero contemplate dalla *lex loci*, non risultassero imposte dalla CEDU e rischiassero di pregiudicare la rapidità della raccolta delle prove⁶⁶.

A seguito dell'inosservanza di tali modalità, i giudici italiani, a questo punto tenuti a dichiarare le prove inutilizzabili in base alla legge nazionale, potrebbero proporre una questione pregiudiziale di fronte alla Corte di giustizia. E non ci sarebbe da stupirsi qualora i giudici di Lussemburgo consentissero la disapplicazione delle regole di esclusione italiane, in quanto

⁵⁷ Cfr. R.E. KOSTORIS, *La tutela dei diritti fondamentali*, in ID. (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, II ed., Milano, 2015, p. 80 s.

⁵⁸ Si veda T. RAFARACI, *Diritti fondamentali, giusto processo e primato del diritto UE*, in *Proc. pen. giust.*, 2014, f. 3, p. 3 s.

⁵⁹ V., fra le molte, C. giust. UE, 26 febbraio 2013, *Melloni*, cit., § 60, la quale, in rapporto alla consegna in esecuzione di un mandato di arresto europeo delle persone condannate *in absentia*, ha ritenuto prevalente lo *standard* di tutela dei diritti fondamentali predisposto dalla disciplina eurounitaria su quello, più garantistico, assicurato dall'ordinamento spagnolo. Si tratta, però, di una sentenza fornita di una peculiare *ratio decidendi*, in quanto relativa ad una situazione oggetto di un'armonizzazione da parte dell'Unione; un risultato che, come si è detto, non è conseguito dalla direttiva sull'OEI: v. I. ARMADA, *The European Investigation Order*, cit., p. 29.

⁶⁰ V. R. DEL COCO, *Ordine europeo di indagine e poteri sanzionatori del giudice*, in *Dir. pen. cont.*, 21 dicembre 2015, p. 15 s.; F. SIRACUSANO, *Procedure di cooperazione giudiziaria e garanzie difensive: lungo la strada, a piccoli passi*, in *www.archiviopenale.it*, 2016, f. 3, p. 12 s.; S. TESORIERO, *Processo penale e prova multidisciplinare europea per la tutela degli interessi finanziari dell'Unione: tra effettività e proporzionalità*, in corso di pubblicazione in *Riv. dir. proc.*, 2016.

⁶¹ V. *supra*, § 2.2.

⁶² Cfr. Corte EDU, 11 luglio 2006, *Jalloh c. Germania*, § 105.

⁶³ V. Corte EDU, 11 luglio 2006, *Jalloh*, cit., § 101 s. In dottrina cfr. A. DE CARO, *Presunzione d'innocenza, oneri probatori e regole di giudizio*, in A. GAITO (a cura di), *I principi europei*, cit., p. 420 s.; F. ZACCHE, *Gli effetti della giurisprudenza europea in tema di privilegio contro le autoincriminazioni e diritto al silenzio*, in A. BALSAMO e R.E. KOSTORIS (a cura di), *Giurisprudenza europea*, cit., p. 181 s.

⁶⁴ Si pensi ai divieti previsti dai nostri artt. 188 e 189 c.p.p., sempre applicabili ai fini dell'esecuzione degli OEI provenienti dall'estero.

⁶⁵ V. Corte EDU, 15 dicembre 2011, *Al Khawaja e Tahery c. Regno Unito*, § 118 s. In rapporto alle rogatorie, cfr. ID., 14 dicembre 1999, *A.M. c. Italia*, § 26 s., relativa ad un caso in cui un dichiarante era stato esaminato negli Stati Uniti in assenza del difensore italiano. In dottrina v. L. FILIPPI, *Vincoli probatori e regole di esclusione*, in A. GAITO (a cura di), *I principi europei*, cit., p. 549 s.

⁶⁶ Anche tenendo conto dei termini fissati dall'art. 12 della direttiva.

incompatibili con l'obiettivo dell'effettività del diritto dell'Unione.

B.

Seconda soluzione: la replica delle regole di esclusione delle prove raccolte con le rogatorie previste dagli artt. 431 e 512 bis c.p.p.

In alternativa, si potrebbero estendere alle prove raccolte con gli OEI le regole di esclusione attualmente previste dagli artt. 431 e 512 *bis* c.p.p. in merito alle prove raccolte con le rogatorie.

Sarebbe una soluzione probabilmente accettabile dal punto di vista eurounitario, ma insoddisfacente da quello interno. Si tratta di divieti probatori che affievoliscono non poco la protezione delle garanzie epistemiche e difensive previste dal nostro ordinamento per i casi nazionali analoghi⁶⁷.

Ciò è dovuto al fatto che la giurisprudenza tende a dichiarare l'inutilizzabilità degli atti istruttori acquisiti all'estero solo quando sono assunti tramite modalità in contrasto con "norme inderogabili di ordine pubblico e buon costume", che però "non si identificano necessariamente con il complesso delle regole dettate dal codice di rito e, in particolare, con quelle relative all'esercizio dei diritti della difesa"⁶⁸.

Quanto, poi, all'assunzione delle prove dichiarative, l'art. 431 comma 1 lett. *fc*.c.p.p. non garantisce l'adozione dell'esame incrociato, limitandosi a prevedere l'esercizio delle facoltà conferite al difensore dalla legge italiana. L'art. 512 *bis* c.p.p., dal canto suo, prescrive l'utilizzabilità delle dichiarazioni raccolte nel corso delle indagini dalle persone residenti all'estero, anche tramite una rogatoria, qualora l'esame in dibattimento del dichiarante risulti assolutamente impossibile: il che ne legittima l'impiego anche a fronte del solo rifiuto immotivato dell'autorità straniera di adottare l'esame incrociato o, perlomeno, la partecipazione dell'autorità italiana all'audizione del dichiarante⁶⁹.

C.

Terza soluzione: la previsione di una regola di esclusione discrezionale.

La soluzione che appare maggiormente compatibile con il diritto dell'Unione è un'altra ancora, e muove dal rilievo che, come abbiamo visto, la direttiva non prevede regole precise di raccolta delle prove ma clausole elastiche, imperniate sul rispetto dei principi fondamentali degli ordinamenti nazionali e dei diritti fondamentali.

Questo connotato suggerisce l'adozione di regole di esclusione simmetricamente dotate di una struttura non rigida⁷⁰ ma discrezionale, sulla falsariga di un paradigma non ignoto a taluni ordinamenti europei⁷¹. Tale sarebbe, in particolare, una regola che prescriverebbe l'inutilizzabilità delle prove raccolte tramite l'OEI in violazione dei diritti fondamentali richiamati dall'art. 6 TUE: ossia considerati nelle loro implementazioni convenzionali, eurounitarie e nazionali.

Che sia una soluzione non sgradita alla Corte di giustizia emerge dalla sentenza *WebMindLicenses*, relativa ad un caso di trasferimento di prove all'interno di un medesimo ordinamento⁷². Vi si legge che, quando non sia possibile contestare le operazioni istruttorie attraverso un "effettivo" ricorso giurisdizionale, "o in caso di violazione di un altro diritto garantito dal

⁶⁷ V. R. BELFIORE, *La prova penale "raccolta" all'estero*, Roma, 2014, p. 61 s.; G. DARAIO, *Le rogatorie*, in G. SPANGHER, A. MARANDOLA, G. GARUTI e L. KALB (diretto da), *Procedura penale. Teoria e pratica del processo*, vol. IV, Assago, 2015, p. 1135 s.; F. CAPRIOLI, *Report on Italy*, in S. RUGGERI (a cura di), *Transnational Inquiries and the Protection of Fundamental Rights in Criminal Proceedings*, Berlino-Heidelberg, 2013, p. 445 s.; M.R. MARCHETTI, *L'assistenza giudiziaria internazionale*, Milano, 2005, p. 140 s.

⁶⁸ V. Cass., S.U., 25 febbraio 2010, Mills, n. 15208. V. anche Corte cost. 13 luglio 1995, n. 379.

⁶⁹ Cfr. Cass., S.U., 25 novembre 2010, De Francesco, n. 27918.

⁷⁰ In merito alle differenze tra le regole di esclusione rigide e discrezionali si rinvia a M. DANIELE, *Regole di esclusione e regole di valutazione della prova*, Torino, 2009, p. 3 ss., 37 ss.

⁷¹ Cfr. C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, Milano, 2007, p. 337 s.; G. ILLUMINATI, *L'armonizzazione della prova penale nell'Unione Europea*, in Id. (a cura di), *Prova penale e Unione Europea*, Bologna, 2009, p. 13. Si pensi, ad esempio, alla regola prevista dalla *sec. 78 del Police and Criminal Evidence Act 1984* inglese, ai sensi della quale il giudice può dichiarare inammissibile una prova se risulta che, avuto riguardo a tutte le circostanze del caso concreto, l'impiego della medesima potrebbe pregiudicare l'equità processuale ("the fairness of the proceedings").

⁷² In particolare, da un procedimento penale ad un procedimento tributario instaurati in Ungheria.

diritto dell'Unione", le prove ottenute *non dovrebbero* "essere ammesse"⁷³.

Per ottenere questo risultato sarebbe sufficiente estendere all'OEI i divieti probatori dettati dall'art. 729 c.p.p. in merito alle rogatorie. Anzitutto quello rinvenibile nel comma 1, statuito in caso di violazione delle regole sull'"acquisizione" delle prove all'estero statuite dalle norme sovranazionali. Poi quello di cui al comma 1 *bis*, relativo agli atti eseguiti dall'autorità straniera con modalità diverse da quelle indicate dall'autorità italiana. Quest'ultimo, da ritenere operante a seguito dell'inosservanza delle sole modalità istruttorie richieste dalla legge italiana a pena di inutilizzabilità⁷⁴, in questo caso sanzionerebbe l'impiego delle modalità tali da determinare una violazione dei diritti fondamentali.

5.

Il controlimite della legalità processuale.

Come è facile immaginare, l'introduzione di una regola di esclusione discrezionale imperniata sul rispetto dei diritti fondamentali sarebbe fonte di controversie. Spetterebbe alla giurisprudenza il compito di specificarla, statuendo l'esclusione di ciascuna prova sulla base di un bilanciamento fra i valori in gioco effettuato in base alle peculiarità del caso concreto. Non sfugge il pericolo che si nasconde dietro una soluzione del genere: svincolata dalla guida di norme precise come quelle dettate dalle fattispecie nazionali, la raccolta transnazionale delle prove potrebbe determinare esiti irragionevoli.

È inevitabile chiedersi se sia il caso di invocare il controlimite del principio di legalità, che la nostra Costituzione riferisce non solo al diritto penale sostanziale (art. 25 comma 2) ma anche al diritto processuale (art. 111 comma 1), e che si ricollega al principio della soggezione del giudice alla "sola" legge (art. 101 comma 2). Ne discende, in primo luogo, l'esigenza che le regole probatorie esprimano bilanciamenti fra i valori in gioco prestabiliti da organi che, come i parlamenti nazionali, siano forniti di una diretta legittimazione democratica.

Visto sotto questo aspetto, tuttavia, il controlimite in questione non appare irresistibile. Anche la normativa eurounitaria, con tutte le clausole elastiche e le aperture al diritto giurisprudenziale che ne discendono, appare dotata di una propria democraticità⁷⁵. Essa è il frutto di una parziale cessione di sovranità all'Unione determinata da precise deliberazioni del Parlamento italiano⁷⁶. Né va dimenticato che la direttiva OEI è stata emessa in seguito ad un procedimento legislativo⁷⁷ che ha visto la partecipazione del Consiglio (espressione dei governi degli Stati) e del Parlamento Europeo (composto da persone direttamente elette dai cittadini dell'Unione)⁷⁸.

È un altro il profilo sotto il quale si determina una seria tensione con l'art. 111 comma 1 Cost.: la necessità che le regole probatorie, comunque vengano formulate, siano in grado di evitare l'arbitrio, e assicurino la parità di trattamento e la prevedibilità delle decisioni. Proprio in ciò sta il nucleo fondamentale del principio di legalità⁷⁹, come anche la Corte europea dei diritti dell'uomo ha riconosciuto in più occasioni⁸⁰. Ecco, pertanto, la vera domanda cruciale: la regola di esclusione discrezionale di cui si discute è capace di conseguire questo effetto?

⁷³ Cfr. C. giust. UE, 17 dicembre 2015, *WebMindLicenses Kft.*, C-419/14, § 89.

⁷⁴ Per questa lettura dell'art. 729 comma 1 *bis* c.p.p. v. P. FERRUA, *Rogatorie: una legge che smentisce la riforma del giusto processo*, in *Dir. giust.*, 2001, f. 36, p. 36; A. PRESUTTI, *Legge sulle rogatorie internazionali e inutilizzabilità della prova*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, p. 1179; A. SCELLA, *L'inutilizzabilità delle prove raccolte all'estero mediante rogatoria*, in G. LA GRECA-M.R. MARCHETTI (a cura di), *Rogatorie penali*, cit., p. 366 s.

⁷⁵ V. al riguardo M. VOGLIOTTI, *Legalità*, in *Enc. dir.*, annali VI, Milano, 2013, p. 410 s. Striderebbe irrimediabilmente con il principio di legalità, per converso, l'impiego dei parametri elastici enucleabili dalla giurisprudenza della Corte europea, non dotati della medesima forza dei parametri eurounitari, per aggirare le fattispecie nazionali: cfr. O. MAZZA, *Cedu e diritto interno*, in A. GAITO (a cura di), *I principi europei*, cit., p. 13 s.

⁷⁶ Basti ricordare la l. 2 agosto 2008 n. 130, che ha ratificato il Trattato di Lisbona ed è stata approvata all'unanimità.

⁷⁷ Su cui v. in generale R.E. KOSTORIS, *Diritto europeo e giustizia penale*, in Id. (a cura di), *Manuale*, cit., p. 14 s.

⁷⁸ Il quale non ha mancato di proporre numerosi emendamenti al testo originariamente proposto. V. in particolare la relazione pubblicata in <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A7-2013-0477+0+DOC+XML+V0//IT#title2>.

⁷⁹ Cfr. R.E. KOSTORIS, *Processo penale*, cit., p. 1196 s. Più in generale, G. PINO, *Legalità penale e Rule of Law*, in G. PINO e V. VILLA (a cura di), *Rule of Law, L'ideale della legalità*, Bologna, 2016, p. 218 s.

⁸⁰ V. per tutte Corte EDU, 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia*, § 99 s.

6.

La bussola della proporzionalità: l'onere di motivare il distacco dalle garanzie nazionali.

È consentito azzardare una risposta affermativa se si tiene conto del fatto che il sistema dell'Unione possiede un anticorpo contro il pericolo dell'arbitrarietà. Si allude al criterio fondamentale che deve orientare gli organi giudiziari nell'applicazione del diritto eurounitario: il principio di proporzionalità, la cui osservanza è imposta dalla direttiva tanto alle autorità di emissione quanto alle autorità di esecuzione⁸¹, e che in ogni caso discende dalla previsione generale rinvenibile nell'art. 52 § 1 della Carta di Nizza.

Il suo contenuto non è difficile da identificare: esso postula che le restrizioni dei diritti fondamentali siano strettamente necessarie, privilegiando le misure meno invasive capaci di raggiungere l'obiettivo perseguito, e al contempo applicando garanzie tali da preservare il nucleo essenziale dei diritti coinvolti⁸².

Non è, inoltre, un principio del tutto inedito per il nostro sistema. È da tempo già adottato dal legislatore nazionale come guida per i bilanciamenti fra la protezione dei diritti fondamentali e le esigenze connesse alla soddisfazione della pretesa punitiva⁸³. La logica della proporzionalità, inoltre, orienta il giudice nella scelta delle misure cautelari personali (art. 275 c.p.p.), obbligandolo a graduare la restrizione della libertà personale sulla base dell'intensità degli indizi di colpevolezza e dei *pericula libertatis*⁸⁴. È chiaro, però, come nel caso della raccolta transnazionale delle prove assuma una dimensione più ampia, comportando una non agevole analisi dell'impatto delle modalità istruttorie di volta in volta adottabili sui diritti fondamentali, sugli *standard* epistemici e sulle esigenze di efficienza della cooperazione.

Non si tratta certamente di uno strumento infallibile. Esso non vale sempre ad assicurare il rispetto degli *standard* di raccolta delle prove più garantistici, specie se strettamente nazionali. Non è un caso se nella direttiva sull'OEI manca una clausola di non regressione come quelle rinvenibili nelle direttive sui diritti delle persone sottoposte ai procedimenti interni: vale a dire il divieto di interpretare le norme eurounitarie in modo tale da "limitare o derogare ai diritti e alle garanzie procedurali" assicurate "dal diritto di qualsiasi Stato membro che assicurino un livello di protezione più elevato"⁸⁵.

Del resto, la rinuncia agli *standard* nazionali non sarebbe in radicale conflitto con i trattati dell'Unione. È vero che l'art. 53 della Carta di Nizza prescrive il divieto di applicare il diritto eurounitario in modo "limitativo" o "lesivo" dei diritti fondamentali riconosciuti non solo dalla CEDU, ma anche dalle "Costituzioni degli Stati membri". L'art. 52 § 4, tuttavia, non prevede che gli *standard* UE debbano essere "uguali" a quelli nazionali⁸⁶. Esso si limita a postulare che i diritti previsti dalla Carta vengano solo interpretati "in armonia" con le "tradizioni costituzionali comuni" agli Stati, mentre il § 6 aggiunge che è sufficiente "tenere conto" delle "legislazioni e prassi nazionali".

Neppure va sottovalutato l'alto tasso di discrezionalità che il principio di proporzionalità presenta, considerata la sua pretesa di misurare le differenze fra l'importanza di valori in realtà non suscettibili di un'esatta quantificazione⁸⁷.

Sono rilievi che ne colgono i limiti, e consigliano di maneggiarlo con la massima cautela. Non appaiono, però, sufficienti a suggerirne l'abbandono. Nonostante i suoi inconvenienti, il principio di proporzionalità appare irrinunciabile grazie alla sua valenza sovranazionale. Esso prescinde dalle specificità dei singoli ordinamenti statali, e rappresenta una bussola indispen-

⁸¹ Si vedano, rispettivamente, l'art. 6 § 1, e gli artt. 11 § 1 fe 10 § 3 (quest'ultimo obbliga l'autorità di esecuzione ad impiegare gli atti istruttori "meno intrusivi" di quelli indicati negli OEI che siano capaci di assicurare il medesimo risultato). Cfr. S. ALLEGREZZA, *Collecting Criminal Evidence Across the European Union: The European Investigation Order Between Flexibility and Proportionality*, in S. RUGGERI (a cura di), *Transnational Evidence*, cit., p. 62 s.

⁸² Si rinvia alla ricostruzione di M. CAIANIELLO, *Il principio di proporzionalità nel procedimento penale*, in questa Rivista, n. 3-4, 2014, p. 144 ss.

⁸³ Cfr. R. ORLANDI, *La riforma del processo penale fra correzioni strutturali e tutela "progressiva" dei diritti fondamentali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 1157 s.

⁸⁴ Cfr. D. NEGRI, *Fumus commissi delicti. La prova per le fattispecie cautelari*, Torino, 2004, p. 13 s.

⁸⁵ Si veda l'art. 13 della direttiva 2016/343 sulla presunzione di innocenza, l'art. 14 della direttiva 2013/48 sul diritto al difensore, l'art. 10 della direttiva 2012/13 sul diritto all'informazione nei procedimenti penali e l'art. 8 della direttiva 2010/64 sul diritto alla traduzione.

⁸⁶ Come, per converso, fa l'art. 52 § 3 in rapporto agli *standard* CEDU: v. *supra*, § 2.2.

⁸⁷ Cfr. L. BACHMAIER, *Towards the Transposition of Directive 2014/41 Regarding the European Investigation Order in Criminal Matters*, in *Eucrim*, 2015, f. 2, p. 51 s.; A. MANGIARACINA, *A New and Controversial Scenario in the Gathering of Evidence at the European Level: The Proposal for a Directive on the European Investigation Order*, in *Utrecht L. Rev.*, 2014, p. 132 s. Più in generale v. S. TSAKYRAKIS, *Proportionality: An assault on human rights?*, in *Int. Journ. Const. Law*, 2009, p. 468 s.

sabile per orientarsi nel sistema globalizzato in cui si colloca la direttiva. Postula un percorso metodologico fruibile da tutti gli attori della cooperazione giudiziaria, che si concretizza nell'adozione di criteri razionali volti ad impedire che i diritti fondamentali siano oggetto di una compressione ingiustificata, in modo da conferire la più solida piattaforma assiologica possibile a ciascun bilanciamento⁸⁸.

Di qui la sua preziosa funzione di evitare che alle superiori garanzie nazionali sia agevole rinunciare, magari con il solo apodittico richiamo alla formula stereotipa dell'"effettività" del diritto dell'Unione⁸⁹; o, ancora peggio, alla necessità di reprimere le attività illegali che ledono gli interessi finanziari dell'Unione mediante misure "dissuasive e tali da permettere una protezione efficace" (art. 325 TFUE)⁹⁰. Il principio di proporzionalità esige che qualunque deroga venga pienamente giustificata caso per caso, sulla scorta della sua stretta necessità per il conseguimento dei valori confliggenti. Anzitutto, da parte dell'autorità di emissione, tenuta ad indicare i "motivi" dell'OEI⁹¹ e, quindi, le ragioni per cui sarebbe necessario o no adottare determinate modalità istruttorie previste dalla *lex fori*. Poi, da parte dell'autorità di esecuzione, la quale, anche sulla scorta degli atti del procedimento⁹², deve giustificare la sua intenzione di non attenersi alle modalità indicate in attuazione degli obblighi di informazione previsti dall'art. 16 della direttiva.

Si tratta di una motivazione indispensabile ai fini dell'applicazione delle regole di esclusione: dovrebbero infatti essere dichiarate inutilizzabili tutte le prove raccolte sulla base di modalità tali da determinare una violazione sproporzionata dei diritti fondamentali⁹³, in quanto non debitamente giustificata nel singolo caso concreto⁹⁴. Inoltre è una motivazione utile ai fini dell'impugnazione degli atti istruttori ai sensi dell'art. 14 della direttiva.

Una regola di esclusione discrezionale costruita sulla base del principio di proporzionalità originerebbe, in questo modo, dei canoni operativi che, per quanto parametrati dalla giurisprudenza sui singoli casi e quindi forniti di un ridotto margine applicativo (in quanto soggetti alla tecnica del *distinguishing*), risulterebbero sufficientemente stabili, prevedibili ed equilibrati da preservare il nucleo essenziale del principio di legalità⁹⁵, ed assicurare un risultato complessivamente improntato ad equità⁹⁶. Senza trascurare che essi sarebbero modellati dai precedenti della Corte di giustizia e della Corte europea, composte da giudici di designazione statale e, pertanto, dotate della legittimazione necessaria per gestire la componente politica insita nei bilanciamenti di cui si discute⁹⁷.

⁸⁸ Per un'apprezzabile applicazione del principio di proporzionalità ad opera della Corte di giustizia si veda, nell'ambito della conservazione dei dati di traffico, la decisione dell'8 aprile 2014, *Digital Rights Ireland Ltd c. Minister for Communications, Marine and Natural Resources e altri e Kärntner Landesregierung e altri*, C-293/12 e C-594/12, § 26 s. V. anche Id., 5 aprile 2016, *Aranyosi e Căldăraru*, C-404/15 e C-659/15, § 86 s., in rapporto all'esecuzione del mandato di arresto europeo, la quale ha richiesto all'autorità di esecuzione di valutare, "in modo concreto e preciso", se sussistono "motivi gravi e comprovati" di ritenere che l'interessato corra il rischio di trattamento inumano o degradante dovuto alle condizioni generali di detenzione nello Stato di emissione: cfr. al riguardo C. SCACCIAOCE, *Condizioni di detenzione e cooperazione giudiziaria: verso una rafforzata tutela della dignità del detenuto*, in www.archiviopenale.it, 2016, f. 2.

⁸⁹ Si veda C. giust. UE, 26 febbraio 2013, *Melloni*, cit., § 60.

⁹⁰ Questo è il difetto essenziale di C. giust. UE, 8 settembre 2015, *Taricco e altri*, C-105/14, § 34 s., relativa alla disciplina italiana della prescrizione, la quale ha preteso di conferire un potere normativo alla giurisprudenza sulla base della mera esigenza di perseguire un obiettivo di politica criminale: v. A. CAMON, *La torsione d'un sistema. Riflessioni intorno alla sentenza Taricco*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2016, p. 5 s.; D. NEGRI, *Il dito della irretroattività sfavorevole e la luna della garanzia giurisdizionale: la posta in gioco dopo la sentenza Taricco*, in C. PAONESSA e L. ZILETTI (a cura di), *Dal giudice garante al giudice disapplicatore delle garanzie. I nuovi scenari della soggezione al diritto dell'Unione europea: a proposito della sentenza della Corte di giustizia Taricco*, Pisa, 2016, p. 72 s.

⁹¹ Si veda l'art. 5 § 1 b della direttiva.

⁹² I quali, come si è visto *supra*, § 2.2., devono esserle trasmessi dall'autorità di emissione.

⁹³ V. R. DEL COCO, *Ordine europeo*, cit., p. 20. Più in generale, sulla possibilità di costruire le sanzioni processuali sulla base del principio di proporzionalità, v. M. CAIANIELLO, *To Sanction (or not to Sanction)*, cit., p. 326 s.

⁹⁴ Nella medesima prospettiva v. Cass., sez. IV, 26 maggio 2010, n. 25050, che ha ritenuto inutilizzabile ai sensi dell'art. 729 comma 1 bis c.p.p. una testimonianza acquisita all'estero per la ragione che l'autorità straniera, non attenendosi a quanto indicato nella rogatoria, non aveva informato la parte richiedente sui tempi e sui luoghi della raccolta delle dichiarazioni.

⁹⁵ Potrebbe addirittura derivarne, in alcuni casi, un potenziamento degli *standard* nazionali. Si pensi alle dichiarazioni raccolte all'estero con le rogatorie, pienamente utilizzabili a fronte del solo rifiuto immotivato dell'autorità straniera di adottare l'esame incrociato in forza dell'art. 512 bis c.p.p. Il principio di proporzionalità, per converso, imporrebbe di esplicitare le ragioni per cui il contraddittorio non potrebbe essere pienamente attuato, in modalità fisica o, perlomeno, digitale, tramite la raccolta a distanza delle dichiarazioni: v. al riguardo M. DANIELE, *La metamorfosi del diritto delle prove nella direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, in *questa Rivista*, n. 4, 2015, p. 95 s. In prospettiva non dissimile cfr. M. MENNA, *Mandato di ricerca della prova e sistemi probatori*, in T. RAFARACI (a cura di), *La cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale nell'Unione Europea dopo il Trattato di Lisbona*, Giuffrè, 2011, p. 181 s.; A. SCCELLA, *L'inutilizzabilità*, cit., p. 364.

⁹⁶ Sulla rinnovata importanza del concetto di equità nei sistemi sovranazionali cfr. R.E. KOSTORIS, *Equità, processo penale, diritto europeo. Riflessioni di un giurista di civil law*, in <http://www.studiosiprocessopenale.it/laurea-ad-honorem-al-prof-roborto-kostoris-dall-univerist-di-timisoara-ottobre-2016.html>.

⁹⁷ Si veda l'intervento di M. MENNA al XXX Convegno nazionale dell'Associazione tra gli Studiosi del Processo Penale, cit., in <https://www.youtube.com/watch?v=HHHDefBxurg>.

Così operando, il principio di proporzionalità è anche, allo stato, l'unica reale opportunità per giungere, perlomeno dal basso⁹⁸, al ravvicinamento delle regole di ammissibilità reciproca delle prove richiesto dall'art. 82 § 2 *a* TFUE⁹⁹: un bersaglio fortemente auspicabile¹⁰⁰, ma che, dall'alto, purtroppo gli organi legislativi dell'Unione non sono ancora in grado di centrare.

⁹⁸ Ossia attraverso il progressivo affinamento di un diritto comune di matrice giurisprudenziale: v. A. BALSAMO, *Verso un modello di prova dichiarativa europea: il nesso tra acquisizione e impiego della prova*, in AA.Vv., *I nuovi orizzonti*, cit., p. 239.

⁹⁹ Si veda M. CAIANIELLO, *La nuova direttiva UE*, cit., p. 10.

¹⁰⁰ Cfr. M.R. MARCHETTI, *Oltre le rogatorie*, cit., p. 225; L. MARAFIOTI, *Orizzonti investigativi*, cit., p. 15 s.; G. UBERTIS, *Conclusioni del XXX Convegno nazionale dell'Associazione tra gli Studiosi del Processo Penale*, cit., in <https://www.youtube.com/watch?v=rdpjveLzc6w>.