

LA METAMORFOSI DEL DIRITTO DELLE PROVE NELLA DIRETTIVA SULL'ORDINE EUROPEO DI INDAGINE PENALE*

Marcello Daniele

ABSTRACT

Solo in apparenza limitandosi a riproporre soluzioni già sperimentate in passato, la nuova direttiva sull'ordine europeo di indagine penale (o.e.i.) genera una vera e propria metamorfosi delle prescrizioni probatorie previste dal nostro ordinamento. Da “regole” a struttura chiusa, imperniata su bilanciamenti tra i valori in gioco prestabiliti in astratto dal legislatore, queste prescrizioni si trasformano in “principi” a struttura aperta, il cui contenuto può essere individuato dal giudice in ciascuna vicenda concreta in base ad un proprio temperamento tra le varie esigenze che si contrappongono nella raccolta transnazionale delle prove. Di qui il rischio che le autorità giudiziarie chiamate a raccogliere e ad utilizzare prove in base alla direttiva eccedano i poteri loro conferiti. È un pericolo che, come dimostrano alcune decisioni in tema di mandato di arresto europeo, non sempre la Corte di giustizia dell'Unione Europea è in grado di fronteggiare. Un possibile antidoto è rinvenibile nello stesso diritto UE: si identifica con il rispetto del principio di equivalenza con gli *standards* di protezione dei diritti fondamentali rinvenibili nella CEDU e nelle Costituzioni nazionali e del principio di proporzionalità, statuiti dagli artt. 52 e 53 Carta di Nizza. Ne discende che l'Unione non tollera restrizioni dei diritti fondamentali non finalizzate a proteggere interessi degni di rilevanza, non controbilanciate da adeguate garanzie processuali e non strettamente necessarie. Alle luce di queste coordinate di fondo è possibile delineare alcune *guidelines* operative nell'impiego degli o.e.i. tali da interferire, in particolare, con il diritto al confronto ed il diritto alla riservatezza.

SOMMARIO

1. Una mutazione genetica nella raccolta transnazionale delle prove. – 2. Prima della mutazione: la sopravvivenza della conformazione di *regola probatoria*. – 3. Il salto evolutivo della direttiva: la trasformazione delle regole probatorie nazionali in *principi*. – 4. Razionalizzare i principi probatori creati dalla direttiva: gli stabilizzatori dell'equivalenza e della *proporzionalità*. – 5. Bilanciamenti virtuosi e vuoti di proporzionalità della Corte di giustizia. – 6. Embrioni di *guidelines* per l'impiego degli o.e.i. nel rispetto dei diritti fondamentali. – 6.1. La tutela del diritto al confronto: la gerarchia delle modalità di esame dei dichiaranti. – 6.2. La tutela del diritto alla riservatezza: le garanzie ineliminabili. – 6.3. L'inutilizzabilità *ex art. 729 c.p.p.* rivitalizzata. – 7. Conclusioni.

* L'articolo è frutto dell'attività di ricerca condotta nell'ambito del progetto di Ateneo “La rilevanza e i diversi profili del principio di proporzionalità nel diritto pubblico interno, europeo ed internazionale” (Dipartimento di Diritto pubblico, internazionale e comunitario, Università di Padova, CPDA139930), diretto dal prof. Francesco Volpe.

1. Una mutazione genetica nella raccolta transnazionale delle prove.

La direttiva sull'ordine europeo di indagine penale (dir. o.e.i.)¹ contiene la più avanzata disciplina sulla raccolta transnazionale delle prove mai espressa dall'Unione Europea².

Essa ha il merito³ di introdurre un unico strumento acquisitivo⁴ valido per qualsiasi tipo di prova⁵, tale da sostituirsi alle tradizionali rogatorie⁶ nonchè ai provvedimenti di blocco e di sequestro⁷ e al mandato europeo di ricerca delle prove⁸.

Al di là di questo evidente tratto innovativo la direttiva, perlomeno ad una prima occhiata, non sembra possedere un contenuto rivoluzionario. Non ne deriva un'unificazione e neppure una compiuta armonizzazione delle legislazioni⁹. Lo scenario di fondo è sempre quello – di tipo orizzontale e non verticale – per cui ciascuno Stato mantiene il proprio diritto delle prove, e in questa prospettiva la direttiva ripropone alcune soluzioni già sperimentate in precedenza.

Se, tuttavia, la si considera nelle sue implicazioni operative, emerge che la direttiva potrebbe avere un effetto molto più profondo: cambiare la conformazione delle prescrizioni in tema di prova previste dal nostro sistema, mutandole da precise regole legislative in principi flessibili il cui contenuto deve essere riempito caso per caso dalla giurisprudenza. Un obiettivo che si colloca perfettamente nelle strategie dell'Unione *post-Lisbona*, volte ad una progressiva erosione delle competenze dei legislatori nazionali anche in campo penale.

Scopo del presente articolo è analizzare come questa metamorfosi sia suscettibile di avvenire, e quali potrebbero essere le sue ripercussioni sul diritto delle prove. È una vera e propria mutazione genetica che, se non avverrà nel solco di alcuni criteri di razionalità postulati, come vedremo, dallo stesso diritto dell'Unione, potrebbe peggiorare gli *standards* di protezione dei diritti fondamentali finora accolti dalla disciplina nazionale.

2. Prima della mutazione: la sopravvivenza della conformazione di regola probatoria.

Fino a quando non matureranno le condizioni per una vera e propria unificazione normativa, qualunque disciplina in tema di raccolta transnazionale delle prove deve fare i conti con un dato di partenza, tanto ovvio quanto ineludibile: le regole probatorie previste dai vari ordinamenti statali sono diverse; ciascuna di esse esprime i bilanciamenti tra i valori in gioco – il conseguimento del miglior accertamento dei fatti possibile, la tutela dei diritti fondamentali, l'efficienza processuale – ritenuti più corretti dai singoli legislatori nazionali.

Se questa è la premessa, ai fini della cooperazione giudiziaria non resta che una via: sta-

¹ Direttiva 2014/41/UE del 3 aprile 2014.

² La cui operatività è posticipata al 22 maggio 2017, la data in cui la direttiva entrerà in vigore (art. 34 dir. o.e.i.). Fino a quel momento la raccolta transnazionale delle prove continuerà ad essere disciplinata dai vigenti atti normativi (art. 35 dir. o.e.i.).

³ 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 and Multicultural Inquiries in Europe*, Cham-Heidelberg-New York-Dordrecht-London, 2014, p. 54.

⁴ Questa opzione, postulata dal § 3.1.1 del *Programma di Stoccolma* (2010/C 115/01), era già stata esplorata in via preventiva dal *Libro verde sulla ricerca delle prove in materia penale tra Stati Membri e sulla garanzia della loro ammissibilità* dell'11 novembre 2009 (COM(2009)624).

⁵ Con l'eccezione degli atti istruttori compiuti nell'ambito delle squadre investigative comuni (art. 3 dir. o.e.i.).

⁶ Disciplinate in particolare dalla convenzione di assistenza giudiziaria in materia penale del Consiglio d'Europa del 20 aprile 1959 (c.a.g. 1959), ratificata dall'Italia con la l. 23 febbraio 1961 n. 215, dalla convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen del 19 giugno 1990 e dalla convenzione di assistenza giudiziaria in materia penale dell'Unione Europea del 29 maggio 2000 (c.a.g. 2000).

⁷ Decisione-quadro 2003/577/GAI del 22 luglio 2003 (d.q. b.s.).

⁸ Decisione-quadro 2008/978/GAI del 18 dicembre 2008 (d.q. m.e.r.).

⁹ Vi è chi critica questo approccio: cfr., *ex plurimis*, M. BARGIS, *La cooperazione giudiziaria penale nell'Unione Europea tra mutuo riconoscimento e armonizzazione: analisi e prospettive*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 920; L. CAMALDO, *La Direttiva sull'ordine europeo di indagine penale (OEL): un congegno di acquisizione della prova dotato di molteplici potenzialità, ma di non facile attuazione*, in *Dir. pen. cont.*, 27 maggio 2014; V. CAMPILONGO, *La circolazione della prova nel contesto europeo, tra mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie ed armonizzazione normativa*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 715 s.; M.M. PISANI, *Problemi di prova in materia penale. La proposta di direttiva sull'Ordine Europeo di Indagine*, in *Arch. pen.*, 2011, p. 934 s. Ma quella dell'armonizzazione è una prospettiva tuttora di difficile attuazione, a causa delle resistenze che gli Stati continuano a manifestare in materia: cfr. J.R. SPENCER, *The Green Paper on obtaining evidence from one Member State to another and securing its admissibility: the Reaction of one British Lawyer*, in *www.zis-online.com*, 9, 2010, p. 604 s.

bilire se devono prevalere le regole dello Stato in cui le prove sono situate (*lex loci*), oppure le regole dello Stato in cui è in corso il procedimento, nell'ambito del quale le prove dovranno essere utilizzate (*lex fori*).

È ben noto come la soluzione tradizionalmente accolta e tuttora prevalente sia la prima, che trova espressione in particolare nell'art. 3.1 c.a.g. 1959¹⁰. Del tutto chiara ne appare la finalità: tutelare al massimo grado la sovranità nazionale, assicurando che le prove siano acquisite in base alle regole che attuano i bilanciamenti tra i valori considerati preferibili dal legislatore dello Stato in cui esse sono reperibili.

Altrettanto evidenti sono gli effetti della prevalenza della *lex loci* sulla struttura delle regole probatorie nazionali. Dal punto di vista dello Stato in cui le prove si trovano, la conseguenza è un fenomeno di conservazione: le regole probatorie nazionali vengono applicate integralmente, come se l'acquisizione della prova riguardasse un processo interno.

Nella prospettiva dello Stato in cui si celebrerà il giudizio, invece, l'esito è perlopiù un fenomeno di sostituzione, più o meno ampio a seconda del grado di omogeneità degli ordinamenti coinvolti: le fattispecie probatorie nazionali cedono il posto alle fattispecie straniere, in un processo di adattamento indispensabile per assicurare il rispetto della sovranità altrui al contempo garantendo che l'attività istruttoria compiuta all'estero sia validamente spendibile anche all'interno del proprio territorio.

Lo Stato in cui si svolgerà il processo può conservare integre tutte le proprie regole probatorie solo quando si devono svolgere attività istruttorie che possono essere compiute attraverso modalità tecnologiche tali da annullare le distanze spaziali. È il caso, in particolare, dell'assunzione a distanza delle prove dichiarative tramite videoconferenza¹¹ e delle intercettazioni di comunicazioni¹².

Diverse prescrizioni, nel nostro sistema, sanciscono la sostituzione delle regole probatorie nazionali con quelle straniere¹³.

La lett. *d* dell'art. 431.1 c.p.p. prevede l'utilizzabilità nei processi italiani dei documenti e dei verbali degli atti non ripetibili raccolti all'estero, e la lett. *f* aggiunge che sono acquisibili gli atti ripetibili "assunti all'estero a seguito di rogatoria internazionale ai quali i difensori sono stati posti in grado di assistere e di esercitare le facoltà loro consentite dalla legge italiana". Quest'ultima è una prescrizione compromissoria¹⁴, che ha consentito alla giurisprudenza di mantenere un consolidato criterio operativo: le prove raccolte all'estero in forza della *lex loci* sono inutilizzabili in Italia solo quando sono assunte 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"¹⁵.

In secondo luogo l'art. 512 *bis* c.p.p. prevede l'utilizzabilità delle dichiarazioni raccolte nel corso delle indagini dalle persone residenti all'estero, anche tramite una rogatoria internazionale, qualora l'esame in dibattimento del dichiarante risulti assolutamente impossibile.

Inoltre l'art. 78.1 disp. att. c.p.p. prevede l'utilizzabilità delle prove già autonomamente raccolte all'estero alle condizioni fissate dall'art. 238 c.p.p., ovvero formate in giudizio o in

¹⁰ Ai sensi del quale le rogatorie vanno eseguite dall'autorità giudiziaria a cui sono rivolte "nelle forme previste dalla sua legislazione". Nello stesso senso si veda l'art. 752.2 c.p.p.

¹¹ Si veda l'art. 10 c.a.g. 2000, il quale prevede che l'audizione in videoconferenza deve essere autorizzata dallo Stato in cui il dichiarante si trova, e deve essere condotta "direttamente dall'autorità giudiziaria dello Stato membro richiedente o sotto la sua direzione, secondo il proprio diritto interno" (prescrizioni analoghe discendono dall'art. 11 c.a.g. 2000 in rapporto all'audioconferenza).

¹² Espressamente disciplinate dagli artt. 18-20 c.a.g. 2000, dai quali discende il dovere di osservare, riguardo alla loro ammissibilità, anche il diritto dello Stato da cui vengono richieste. Non va però trascurato come nella prassi (v. ad es. Cass., sez. I, 4 marzo 2009, Barbaro e altri, n. 13972) le norme in questione vengano spesso eluse tramite il c.d. instradamento, ossia il convogliamento nei nodi di comunicazione situati in Italia e la captazione a strascico delle chiamate in partenza dall'estero. V. le osservazioni critiche di M. PANZAVOLTA, *Intercettazioni e Spazio di Libertà, Sicurezza e Giustizia*, in F. RUGGERI e L. PICOTTI (a cura di), *Nuove tendenze della giustizia penale di fronte alla criminalità informatica*, Torino, 2011, p. 71 s.

¹³ Cfr. Cass., S. U., 25 febbraio 2010, Mills, n. 15208, § 10.4: l'adesione agli atti internazionali in tema di cooperazione giudiziaria comporta l'"implicito riconoscimento della diversità dei singoli ordinamenti e dell'impegno a riconoscere gli atti compiuti secondo i diversi sistemi, in armonia con il principio di prevalenza delle norme pattizie su quelle interne riconosciuto dall'art. 696 c.p.p.". Qualcosa di analogo avviene, ad esempio, in Germania (cfr. S. GLESS, *Transnational Cooperation in Criminal Matters and the Guarantee of a Fair Trial: Approaches to a General Principle*, in 9 *Utrecht L. Rev.*, 2013, p. 95) e in Spagna (v. L. BACHMAIER WINTER, *European investigation order for obtaining evidence in the criminal proceedings. Study of the proposal for a European directive*, in www.zis-online.com, 9, 2010 p. 588).

¹⁴ Cfr. F. CAPRIOLI, *Il processo penale dopo la "legge Carotti" (II). K) Artt. 25-26*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, p. 294 s.; A. SCELLA, *La formazione in contraddittorio del fascicolo per il dibattimento*, in F. PERONI (a cura di), *Il processo penale dopo la riforma del giudice unico*, Padova, 2000, p. 433 s.

¹⁵ Cass., S. U., 25 febbraio 2010, Mills, cit., § 10.3. V. anche Corte cost. 13 luglio 1995 n. 379.

un incidente probatorio, con la partecipazione del difensore dell'interessato qualora si tratti di dichiarazioni¹⁶. Tale prescrizione ha finito con il legittimare la prassi della trasmissione spontanea di informazioni tra le autorità giudiziarie¹⁷, la quale, avendo ad oggetto prove già formate negli altri sistemi, incrementa le *chances* che le medesime siano acquisite in base a regole diverse da quelle nazionali.

Infine l'art. 729.1 c.p.p. prescrive l'inutilizzabilità delle rogatorie svolte in violazione delle "norme di cui all'articolo 696, comma 1, riguardanti l'acquisizione o la trasmissione di documenti o di altri mezzi di prova a seguito di rogatoria all'estero". Tale divieto probatorio discende dall'inosservanza degli atti internazionali sottoscritti dall'Italia¹⁸, il più importante dei quali – ossia la convenzione di assistenza giudiziaria del 1959 – prescrive, come si è già detto, l'impiego della *lex loci*. In un contesto del genere, si comprende come esso non potrebbe arrivare a sanzionare la violazione di tutte le regole probatorie italiane¹⁹.

Muovendo da questo quadro normativo, la prassi operativa delle rogatorie ha condotto all'individuazione di alcune modalità istruttorie previste dalla legge italiana ritenute non necessarie quando le prove siano raccolte all'estero.

È il caso, in particolare, dell'adozione dell'esame incrociato nell'assunzione delle prove dichiarative, considerata non indispensabile nelle situazioni in cui non risultasse oggettivamente possibile ottenere la comparizione del dichiarante nel processo italiano e neppure svolgere l'esame all'estero mediante una rogatoria "concelebrata"²⁰, integrandosi la deroga al metodo dialettico prevista dall'art. 111 comma 5 Cost.²¹.

Non dissimile il discorso per le modalità di svolgimento delle perquisizioni e ai sequestri, le quali possono essere contestate solo di fronte alla competente autorità giudiziaria dello Stato di esecuzione²². La conseguenza è che l'inosservanza delle prescrizioni nazionali – ad esempio, la norma in base alla quale al difensore deve essere assicurata la possibilità di partecipare – non necessariamente influirebbe sulla validità della prova ottenuta.

Per quanto possano comportare un peggioramento dei nostri *standards* di raccolta delle prove²³, in ogni caso le sostituzioni delle disposizioni nazionali con quelle straniere non mutano la natura delle fattispecie istruttorie. Anche se imposte da altri ordinamenti europei, sempre di regole si tratta: vale a dire, secondo una nota qualificazione di teoria generale²⁴, di prescrizioni normative imperniate su bilanciamenti tra i valori in gioco prestabiliti in astratto da un legislatore²⁵. Le autorità giudiziarie chiamate ad applicarle non potrebbero discostarsi da tali bilanciamenti, adottando modalità istruttorie capaci di realizzare diversi contemperamenti tra i valori ritenuti più corretti.

¹⁶ L'art. 78.2 disp. att. aggiunge che gli atti non ripetibili compiuti dalla polizia giudiziaria sono acquisibili "dopo l'esame testimoniale degli autori degli stessi, compiuto anche mediante rogatoria all'estero in contraddittorio". Tutti questi requisiti, ragionevolmente intesi, non vanno applicati alla lettera, ma adattati alle caratteristiche dell'ordinamento straniero coinvolto: cfr. F. SIRACUSANO, *Tra mutuo riconoscimento e armonizzazione preventiva: quali prospettive per la circolazione della prova dichiarativa nell'ambito dell'Unione europea?*, in *Arch. pen.*, 1, 2012, p. 9.

¹⁷ Cfr. ad esempio Cass., 8 marzo 2002, Pozzi, n. 20100, in *Cass. pen.*, 2003, p. 451 s.

¹⁸ L'art. 696.1 c.p.p. prescrive che la raccolta transnazionale delle prove è disciplinata "dalle norme della convenzione europea di assistenza giudiziaria" "firmata a Strasburgo il 20 aprile 1959 e dalle altre norme delle convenzioni internazionali in vigore per lo Stato e dalle norme di diritto internazionale generale".

¹⁹ Cfr. F. CORDERO, *Precedenti costituzionali e rogatorie, ovvero: l'arte della mannaia*, in *Dir. e giust.*, n. 43, 2001, p. 11; M.R. MARCHETTI, *L'assistenza giudiziaria internazionale*, Milano, 2005, p. 149 s.

²⁰ Ad esempio perché quest'ultima non fosse prevista dall'ordinamento dello Stato di esecuzione, oppure non venisse autorizzata dall'autorità di esecuzione, secondo quanto consentito dall'art. 4 c.a.g. 1959. V. Cass., sez. un., 25 febbraio 2010, Mills, cit., § 10.4; Id., sez. un., 25 novembre 2010, De Francesco, n. 27918, § 4 s. del *considerato in diritto*.

²¹ Cfr. F. CAPRIOLI, *Report on Italy*, in S. RUGGERI (a cura di), *Transnational Inquiries and the Protection of Fundamental Rights in Criminal Proceedings*, Heidelberg-New York-Dordrecht-London, 2013, p. 443; C. VALENTINI, *Le Sezioni Unite e i testimoni residenti all'estero: una preziosa occasione per precisare i confini del contraddittorio nella formazione della prova*, in *Proc. pen. giust.*, 2012, p. 62 s. Sia consentito rinviare anche a M. DANIELE, *Il contraddittorio "impossibile" nell'assunzione delle testimonianze penali all'estero*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 208 s.

²² Cfr. Cass., sez. un., 16 aprile 2003, Monnier, n. 21420, § 5 s., la quale aggiunge che resta salva la possibilità di proporre una richiesta di riesame *ex art.* 257 c.p.p. nei confronti dell'autorità italiana in relazione alla presenza dei presupposti per l'adozione e il mantenimento del sequestro.

²³ Cfr. F. CAPRIOLI, *Report on Italy*, cit., p. 445 s.; G. UBERTIS, *La prova acquisita all'estero e la sua utilizzabilità in Italia*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 702 s.

²⁴ Sul concetto di "regola", da distinguere dal concetto di "principio", la letteratura è vastissima. Ci si limita qui a rinviare a R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio* (1977), Bologna, 2010, p. 48 s., e a R. ALEXYS, *Teoria dei diritti fondamentali* (1994), Bologna, 2012, p. 101 s.

²⁵ Il che vale non solo per gli ordinamenti dell'Europa continentale, inquadrabili nella famiglia di *civil law*, ma anche per l'ordinamento inglese, laddove il diritto delle prove è da tempo prevalentemente di emanazione parlamentare: cfr. P. ROBERTS e P. ZUCKERMAN, *Criminal Evidence*, II ed., Oxford, 2010, p. 30 s.

3.

Il salto evolutivo della direttiva: la trasformazione delle regole probatorie nazionali in *principi*.

La direttiva sull'o.e.i. vede la luce in un momento in cui la sovranità nazionale – ossia il valore di cui la *lex loci* è manifestazione – è in profonda crisi. Non è questa la sede per approfondirne le cause. Tra esse rilevano il superamento del concetto di spazio generato dalla globalizzazione e dalle innovazioni tecnologiche, capaci di ridurre le distanze geografiche e di favorire una sempre più rapida circolazione delle persone e delle informazioni, e il conseguente trasferimento di quote di sovranità dagli Stati nazionali all'Unione Europea, imposto dall'adesione ai Trattati UE.

Non stupisce che in un contesto del genere sia nato il mutuo riconoscimento²⁶: un criterio che, applicando sul terreno del diritto la logica, di derivazione economica, del libero movimento dei beni e dei servizi, mira ad eludere i confini geografici imponendo a ciascuno Stato di considerare valide ed efficaci le decisioni giudiziarie degli altri Stati, anche se emesse sulla base di norme giuridiche diverse dalle proprie²⁷.

Trasposto nel contesto della raccolta transnazionale delle prove, in teoria il mutuo riconoscimento comporterebbe l'obbligo per ciascuno Stato di eseguire all'interno del proprio territorio le richieste istruttorie degli altri Stati in applicazione della *lex fori*²⁸. Nessuna delle vigenti normative, tuttavia, ha codificato questa sua implicazione. Lo ha impedito la comprensibile riluttanza degli Stati in cui si trovano le prove da acquisire ad azzerare la propria sovranità, rinunciando alle proprie regole e alle proprie garanzie²⁹.

La direttiva sull'o.e.i. non si discosta da questa tendenza. Essa mira ad istituire un sistema di raccolta transnazionale delle prove che, pur ispirandosi al principio del mutuo riconoscimento, “tenga conto altresì della flessibilità del sistema tradizionale di assistenza giudiziaria”³⁰. Ciò spiega perché il suo nucleo centrale sia composto da disposizioni spesso sovrapponibili a quelle degli atti normativi che l'hanno preceduta³¹.

Contiene una prescrizione già rinvenibile nella decisione-quadro sul mandato europeo di ricerca della prova l'art. 6.1 dir. o.e.i., ai sensi del quale gli ordini di indagine vanno disposti non solo in base alle regole nazionali che si dovrebbero applicare in un caso interno analogo, ma anche alla condizione che la loro emissione sia “necessaria” e “proporzionata” ai fini del procedimento³².

Lo stesso vale per l'art. 1.4 dir. o.e.i., il quale prevede che la direttiva non può avere l'effetto di modificare “l'obbligo di rispettare i diritti fondamentali” e i “principi giuridici” sanciti dall'art. 6 TUE, in cui è contenuto un rinvio alla Carta di Nizza³³, alla CEDU e alle “tradizioni costituzionali comuni” agli Stati nazionali³⁴.

Risale alla decisione-quadro sul m.e.r. pure la prescrizione dell'art. 9.2 dir. o.e.i., il quale, nel tentativo di attenuare il criterio della *lex loci*, prevede che la raccolta delle prove deve avvenire in base alle formalità e alle procedure espressamente indicate dall'autorità di emissione, salvo che queste siano in conflitto con i principi fondamentali dell'ordinamento dello Stato di

²⁶ Previsto in ambito penale dall'art. 67.3 TFUE.

²⁷ Si rinvia, sul punto, a C. JANSSENS, *The Principle of Mutual Recognition in EU Law*, Oxford, 2013.

²⁸ Cfr. A. KLIP, *European Criminal Law. An integrative approach*, II ed., Cambridge-Antwerp-Poland, 2012, p. 356 s., 362 s.; J.R. SPENCER, *Il principio del mutuo riconoscimento*, in R.E. KOSTORIS (a cura di), *Manuale di procedura penale*, Milano, 2014, p. 236 s.

²⁹ Cfr., fra i molti, T. RAFARACI, *General Considerations on the European Investigation Order*, in S. RUGGERI (a cura di), *Transnational Evidence*, cit., p. 38; A. SCHELLA, *Verso le squadre investigative comuni: lo scenario italiano*, in T. RAFARACI (a cura di), *La cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale nell'Unione Europea dopo il Trattato di Lisbona*, Milano, 2011, p. 229; B. SCHÜNEMANN, *Solution Models and Principles Governing the Transnational Evidence-Gathering in the EU*, in S. RUGGERI (a cura di), *Transnational Evidence*, cit., p. 168 s.; J.A.E. VERVAELE, *Il progetto di decisione-quadro sul mandato di ricerca della prova*, in G. ILLUMINATI (a cura di), *Prova penale e Unione Europea*, Bologna, 2009, p. 154 s.

³⁰ Considerando n. 6. Cfr. 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. 9 s.

³¹ Cfr. G. DARAIO, *La circolazione della prova nello spazio giudiziario europeo*, in L. KALB (a cura di), “Spazio europeo di giustizia” e procedimento penale italiano, Torino, 2012, p. 580 s.; M.R. MARCHETTI, *Dalla convenzione di assistenza giudiziaria in materia penale dell'Unione Europea al mandato europeo di ricerca delle prove e all'ordine europeo di indagine penale*, in T. RAFARACI (a cura di), *La cooperazione di polizia*, cit., p. 167.

³² Così anche l'art. 7 d.q. m.e.r.

³³ Ossia la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (2010/C 83/02).

³⁴ Si vedano il considerando n. 27 e l'art. 1.3 d.q. m.e.r. Di tenore analogo il considerando n. 6 e l'art. 1 d.q. b.s.

esecuzione³⁵.

Altre disposizioni sembrerebbero contenere delle novità. L'art. 11.1 *f* dir. o.e.i. prescrive che l'esecuzione degli ordini può essere rifiutata quando sussistono "seri motivi" per ritenere che essa "sia incompatibile con gli obblighi dello Stato di esecuzione" imposti dall'art. 6 TUE e dalla Carta di Nizza. L'art. 10.3 dir. o.e.i. specifica che l'autorità di esecuzione può ricorrere ad un atto istruttorio diverso da quello indicato nell'o.e.i., alla condizione che esso "assicuri lo stesso risultato" "con mezzi meno intrusivi"³⁶. L'art. 14.7 dir. o.e.i. aggiunge che gli Stati, "fatte salve le norme procedurali nazionali", devono assicurare che "nei procedimenti penali dello Stato di emissione siano rispettati i diritti della difesa e sia garantito un giusto processo nel valutare le prove acquisite tramite l'o.e.i."

Con ciò il legislatore dell'Unione ha accolto l'auspicio, formulato da una parte degli studiosi³⁷, della previsione di clausole esplicite di salvaguardia dei diritti fondamentali. Ma le si può ritenere prescrizioni pleonastiche³⁸: l'obbligo di rispettare i diritti fondamentali è previsto dal più sopra menzionato art. 1.4 dir. o.e.i., ed inoltre è statuito in modo chiaro dai Trattati³⁹ nonchè ribadito costantemente dalla Corte di giustizia, ad esempio nella decisione *Åkerberg Fransson*⁴⁰.

È dunque necessario concludere che la direttiva sull'o.e.i. non muova nessun passo in avanti nell'evoluzione della disciplina della raccolta transnazionale delle prove? La risposta al quesito, come si accennava in apertura, è negativa. L'autentica forza innovatrice della direttiva sta nella peculiare conformazione delle sue prescrizioni. Queste ultime, nel postulare il rispetto, al contempo, delle formalità e delle procedure indicate dall'autorità di emissione, dei principi fondamentali dell'ordinamento dello Stato di esecuzione e dei diritti fondamentali delle persone, integrano norme a struttura aperta. In altri termini, norme che vanno riempite di contenuto caso per caso dalle autorità giudiziarie chiamate a raccogliere e a utilizzare le prove, in base ad autonomi bilanciamenti tra i valori in gioco, e tenendo conto delle indicazioni del giudice supremo in tema di interpretazione del diritto dell'Unione: la Corte di giustizia, con la quale le autorità giudiziarie sono in grado di dialogare direttamente attraverso lo strumento del rinvio pregiudiziale.

Di qui un evidente mutamento di paradigma. Con i precedenti strumenti di assistenza giudiziaria le fattispecie probatorie nazionali, come si è visto, possono essere sostituite da fattispecie straniere, le quali però costituiscono sempre regole emesse da un legislatore. Con la direttiva sull'o.e.i. le regole nazionali possono essere disapplicate⁴¹, per cedere il posto a principi probatori monopolizzati dalla giurisprudenza⁴².

Le insidie di questo cambiamento non vanno sottovalutate. Non dovendo strettamente rapportarsi alle fattispecie nazionali, capaci di prestabilire assetti di valori cristallizzati, ciascun giudice, a causa delle proprie preferenze soggettive, potrebbe abusare del potere di concretizzazione dei principi probatori delineati dalla direttiva; magari privilegiando le esigenze della rapida acquisizione delle prove al prezzo della totale negazione dei diritti fondamentali delle persone, o al contrario compromettendo l'accertamento dei fatti per la concessione di un'eccessiva protezione dei diritti.

Né si può sempre sperare che le indicazioni della Corte di giustizia compensino l'arbitrio

³⁵ La medesima verifica di compatibilità con i principi fondamentali del diritto dello Stato di esecuzione è prevista, superflualmente, anche per l'esecuzione concelebrata dell'o.e.i. (art. 9.4) e per l'audizione dei dichiaranti in videoconferenza (art. 24.2 *b*). La stessa soluzione è accolta dall'art. 12 d.q. m.e.r. e dall'art. 5.1. d.q. b.s. Essa inoltre figura, in rapporto alle rogatorie, nell'art. 4.1. c.a.g. 2000, nonchè nella seconda frase dell'art. 725.2 c.p.p.

³⁶ In tale evenienza l'autorità di emissione, che deve essere previamente informata, può decidere di ritirare o di integrare l'ordine (art. 10.4 dir. o.e.i.), in modo da non pregiudicare l'attività di indagine: cfr. L. BACHMAIER WINTER, *The Proposal for a Directive on the European Investigation Order and the Grounds for Refusal: A Critical Assessment*, in S. RUGGERI (a cura di), *Transnational Evidence*, cit., p. 76.

³⁷ Cfr. per tutti C. HEARD-D. MANSSELL, *The European Investigation Order: Changing the Face of Evidence-gathering in EU Cross-Border Cases*, in *2 New Journ. Eur. Crim. Law.*, 2011, p. 365; 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 *10 Utrecht L. Rev.*, 2014, p. 130 s.

³⁸ Ciò vale anche per la decisione-quadro sul m.e.r.: C. JANSSENS, *The Principle*, cit., p. 202 s.

³⁹ Artt. 6 e 21.1 TUE, nonché 67.1 TFUE.

⁴⁰ Cfr. C. Giust. UE, 26 febbraio 2013, *Åklagaren c. Åkerberg Fransson*, C-617/10, § 45 s., secondo cui i giudici nazionali hanno il potere di "valutare pienamente", se del caso con la "collaborazione" della Corte di giustizia, la compatibilità del diritto interno attuativo del diritto dell'Unione con le prescrizioni della Carta di Nizza. Cfr. S. MANACORDA, *Dalle Carte dei diritti a un diritto penale "à la carte"*, in *Dir. pen. cont.*, 17 maggio 2013, p. 11 s.

⁴¹ La disapplicazione è adottabile nei confronti delle prescrizioni nazionali che non recepiscano le prescrizioni delle direttive nei limiti temporali prefissati: v. R.E. KOSTORIS, *Diritto europeo e giustizia penale*, in Id. (a cura di), *Manuale*, cit., p. 24, 35 s.

⁴² Per il concetto di "principio", distinto da quello di "regola", v. gli autori citati nella nt. 24.

dei giudici comuni. Non va dimenticato che la Corte è, geneticamente, un organo volto alla protezione dei diritti fondamentali non in sé considerati, ma in funzione della realizzazione degli obiettivi dell'Unione⁴³. Un organo, dunque, che nel contesto della cooperazione giudiziaria potrebbe essere portato ad applicare una logica economicistica laddove dovrebbero prevalere considerazioni di ben altro tipo.

4. Razionalizzare i principi probatori creati dalla direttiva: gli stabilizzatori dell'equivalenza e della proporzionalità.

Sono, del resto, gli stessi Trattati UE a richiedere un ragionevole bilanciamento tra gli obiettivi dell'Unione e i diritti fondamentali, evitando che gli uni o gli altri siano completamente azzerati.

Questa è, anzitutto, la finalità del principio di equivalenza, previsto dagli artt. 52.3 e 4 e 53 della Carta di Nizza. Ne deriva che il diritto UE dovrebbe in linea di massima garantire ai diritti fondamentali un livello di tutela non inferiore a quello che essi ricevono dagli altri ordinamenti con cui l'Unione si trova ad interagire: il sistema della CEDU⁴⁴, gli ordinamenti nazionali e l'ordinamento internazionale.

Ma non deve sfuggire come questo principio rappresenti più un'aspirazione ideale che una soluzione sempre concretamente praticabile: sono ipotizzabili situazioni in cui l'equivalenza potrebbe essere realizzata solo al costo della vanificazione degli obiettivi dell'Unione.

Ciò spiega perché il principio di equivalenza trovi un correttivo nell'art. 52.1 della Carta di Nizza⁴⁵: quello del principio di proporzionalità, capace di fissare un ineludibile metodo di controllo della corretta attuazione dei diritti fondamentali anche nell'ambito del processo penale⁴⁶. Non è questa la sede per approfondirne il fondamento e le implicazioni. Qui è sufficiente osservare come l'art. 52.1 imponga di adottare un processo di razionalizzazione del bilanciamento tra i valori in gioco sintetizzabile in una triplice verifica:

- la limitazione del diritto fondamentale prevista da una norma UE persegue "finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione" o l'"esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui";
- esistono fattori di compensazione capaci di "rispettare il contenuto essenziale" del diritto fondamentale;
- la limitazione è strettamente "necessaria", non esistendo alternative meno invasive per il diritto fondamentale ugualmente capaci di assicurare l'obiettivo perseguito.

Solo rispettando rigorosamente queste condizioni il diritto dell'Unione potrebbe comprimere i diritti fondamentali, al limite anche arrivando a fissarne livelli di protezione inferiori a quelli stabiliti dalla CEDU, dalle Costituzioni nazionali o dal diritto internazionale.

5. Bilanciamenti virtuosi e vuoti di proporzionalità della Corte di giustizia.

Alcune decisioni mostrano come la Corte di giustizia sia consapevole di queste fondamentali coordinate.

Si pensi alla sentenza *Digital Rights Ireland Ltd*, nella quale l'applicazione del controllo di proporzionalità ha portato la Corte a dichiarare l'invalidità della direttiva sulla conservazione

⁴³ Cfr. R.E. KOSTORIS, *La tutela dei diritti fondamentali*, in ID. (a cura di), *Manuale*, cit., p. 65 s.

⁴⁴ Rispetto al quale è in corso un procedimento di adesione da parte della UE ai sensi dell'art. 6.2 TUE. Si veda il *final agreement* del 10 giugno 2013 sull'adesione (47+1(2013)008rev2). In dottrina cfr. S. ALLEGREZZA, *The Interaction between the ECJ and the ECtHR with Respect to the Protection of Procedural Safeguards after Lisbon: the Accession of the EU to the ECHR*, in C. LIGETI (a cura di), *Toward a Prosecutor for the European Union*, Oxford, 2013, p. 905 s., e P. GRAGL, *A Giant Leap for European Human Rights? The Final Agreement on the European Union's Accession to the European Convention on Human Rights*, in *51 Comm. Mark. Law Rev.*, 2014, p. 13 s.

⁴⁵ V. anche gli artt. 5.1 e 5.4 TUE.

⁴⁶ Cfr. M. CAIANIELLO, *Il principio di proporzionalità nel procedimento penale*, in *Dir. pen. cont.*, 18 giugno 2014, p. 1 s. Sia consentito rinviare anche a M. DANIELE, *Testimony through a Live Link in the Perspective of the Right to Confront Witnesses*, in *Crim. Law Rev.*, 2014, p. 196 s.

dei dati di traffico⁴⁷ per violazione dei diritti al rispetto della vita privata, alla protezione dei dati a carattere personale e alla libertà di espressione (artt. 7, 8 e 11 Carta di Nizza)⁴⁸, finendo con il ribadire *standards* di tutela analoghi a quelli apprestati dalla Corte europea dei diritti dell'Uomo nella decisione *Marper c. Regno Unito*⁴⁹.

Le stesse considerazioni valgono per le sentenze che hanno contraddistinto la vicenda *Kadi*, con le quali la Corte di giustizia ha chiarito che le Risoluzioni con cui il Consiglio di sicurezza dell'ONU inserisce le persone sospettate di terrorismo nelle c.d. *black lists*, con il conseguente congelamento dei beni ai sensi della normativa UE⁵⁰, devono realizzare una restrizione proporzionata del diritto di difesa e del diritto alla tutela giurisdizionale (artt. 41.2 e 47 Carta di Nizza)⁵¹.

Nelle decisioni che riguardano più specificamente la cooperazione giudiziaria, per converso, la Corte di giustizia ha mostrato una spiccata sensibilità per gli obiettivi dell'Unione, spesso invocando la formula della tutela del "primato", dell'"unità" e dell'"effettività" del diritto UE. E non sempre essa ha adeguatamente giustificato le restrizioni dei diritti fondamentali che ne sono discese alla luce dei principi di equivalenza e di proporzionalità.

Questo è il difetto, in particolare, della sentenza *Melloni*⁵², la quale ha ritenuto compatibile con i diritti di difesa e all'equo processo (artt. 47 e 48.2 Carta di Nizza) l'art. 4 *bis* della decisione-quadro sul mandato di arresto europeo⁵³. Vi si prevede che l'autorità di esecuzione non potrebbe rifiutare la consegna di una persona condannata in contumacia quando quest'ultima avesse conferito un mandato ad un difensore dal quale fosse stata rappresentata nel corso del giudizio. In questo caso la Corte ha ritenuto di non applicare il più elevato *standard* previsto dal sistema spagnolo, secondo cui la consegna avrebbe potuto essere disposta solo laddove al condannato *in absentia* fosse stata concessa un'ulteriore possibilità di impugnare la decisione⁵⁴.

La Corte di giustizia ha, così, privilegiato l'obiettivo dell'Unione della rapida consegna dei condannati al prezzo della rinuncia al più alto livello di protezione dei diritti fondamentali contemplato dall'ordinamento di esecuzione⁵⁵. Tale risultato è stato motivato essenzialmente sulla base di un duplice argomento⁵⁶: la presenza di una precisa disposizione UE come quella dell'art. 4 *bis* d.q. m.a.e., la quale rifletterebbe "il consenso raggiunto dagli Stati membri nel loro insieme a proposito della portata da attribuire" ai diritti fondamentali in gioco; il fatto che l'art. 4 *bis* imporrebbe uno *standard* analogo a quello richiesto dalla Corte europea dei diritti dell'uomo⁵⁷.

Per quanto le conclusioni della sentenza *Melloni* possano risultare condivisibili⁵⁸, la Corte di giustizia non ha però pienamente giustificato la rinuncia al più elevato *standard* spagnolo

⁴⁷ Direttiva 2006/24/CE del 15 marzo 2006.

⁴⁸ Cfr. C. giust. U.E., 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., la quale ha rilevato come la direttiva consenta di conservare una massa illimitata di dati attinenti alla vita privata delle persone per un tempo irragionevole in lesione del criterio della stretta necessità, per la mancanza di norme che obblighino ad accertare che la conservazione dei dati è realmente indispensabile per la lotta alla criminalità.

⁴⁹ Cfr. Corte EDU, 4 dicembre 2008, *S. e Marper c. Regno Unito*, § 66 s.

⁵⁰ Nella specie, il Reg. (CE) n. 881/2002 del 27 maggio 2002.

⁵¹ Cfr. C. giust. UE, 18 settembre 2013, *Commissione europea e altri c. Kadi*, C-584/10 P, C-593/10 P e C-595/10 P, § 97 s. (c.d. *Kadi III*), nella quale la Corte afferma come l'omessa comunicazione delle ragioni dell'inclusione nella lista deve essere giustificata da specifici motivi, tra cui rileva l'insufficienza della comunicazione parziale delle medesime. V. anche Id., 3 settembre 2008, *Kadi e altro c. Consiglio dell'Unione europea e Commissione delle Comunità europee*, C-402/05 P e C-415/05 P, § 278 s. (c.d. *Kadi II*).

⁵² Relativa alla consegna da parte della Spagna all'Italia di una persona condannata in contumacia per il reato di bancarotta fraudolenta.

⁵³ Decisione-quadro 2002/584/GAI del 13 giugno 2002 (d.q. m.a.e.). L'art. 4 *bis* è stato introdotto dall'art. 2 decisione-quadro 2009/299/GAI del 26 febbraio 2009.

⁵⁴ In questo senso le sentenze del Tribunal Constitucional spagnolo del 5 giugno 2006 (177/2006) e del 28 settembre 2009 (199/2009).

⁵⁵ Cfr. S. CIVELLO CONIGLIARO e S. LO FORTE, *Cooperazione giudiziaria in materia penale e tutela dei diritti fondamentali nell'Unione Europea*, in *Dir. pen. cont.*, 3 giugno 2013, p. 5 s.; T. EPIDENDIO, *Il caso Melloni: il nodo irrisolto del massimo standard di tutela dei diritti fondamentali*, in *Quad. cost.*, 2013, p. 453.

⁵⁶ Cfr. C. giust. UE, 26 febbraio 2013, *Melloni c. Ministerio Fiscal*, C-399/11, § 40 s.

⁵⁷ La quale afferma costantemente che il diritto dell'accusato di partecipare al processo, che costituisce un'espressione del diritto di difesa e all'equo processo *ex art.* 6 CEDU, non è inderogabile, ma può essere oggetto di una rinuncia anche implicita (un esempio della quale è proprio il conferimento di un mandato ad un difensore da parte del contumace): cfr., fra le molte, Corte EDU, 1° marzo 2006, *Sejdovic c. Italia*, § 84 s.

⁵⁸ Come rileva F. VIGANÒ, *Obblighi di adeguamento al diritto UE e 'controlimiti': la Corte costituzionale spagnola si adegua, bon gré mal gré, alla sentenza dei giudici di Lussemburgo nel caso Melloni*, in *Dir. pen. cont.*, 9 marzo 2014, uno Stato che accetti di prestare assistenza giudiziaria ad un altro Stato non può pretendere che quest'ultimo preveda un livello di tutela dei diritti fondamentali coinvolti perfettamente coincidente con il proprio. Cfr. anche C. AMALFITANO, *Mandato d'arresto europeo: reciproco riconoscimento vs diritti fondamentali?*, in *Dir. pen. cont.*, 4 luglio 2013, p. 11 s.; G. DE AMICIS, *All'incrocio tra diritti fondamentali, mandato di arresto europeo e decisioni contumaciali: la Corte di giustizia e il 'caso Melloni'*, in *Dir. pen. cont.*, 7 giugno 2013, p. 12 s.

sulla scorta del principio di proporzionalità. La Corte non ha chiarito perchè l'attribuzione del mandato al difensore – ben diversa dalla partecipazione personale del condannato al giudizio – nel caso concreto era stata sufficiente ad assicurare l'esercizio del diritto di difesa e del diritto all'equo processo almeno nel loro nucleo essenziale, integrando un accettabile surrogato dell'impugnazione della sentenza da parte del condannato *in absentia*.

Ancora più grave la violazione del principio di proporzionalità da parte della sentenza *Radu*, con la quale la Corte di giustizia ha statuito che l'esecuzione di un mandato di arresto europeo emesso ai fini dell'esercizio dell'azione penale non potrebbe essere rifiutata per la sola ragione che il ricercato non sia stato preventivamente sentito dall'autorità di emissione. La previa audizione del ricercato – rileva la Corte – eliminerebbe l'effetto sorpresa dell'arresto e favorirebbe la fuga, vanificando l'obiettivo della rapida consegna. Sarebbero sufficienti a garantire il rispetto del diritto all'equo processo, del diritto di difesa e del diritto alla libertà personale (artt. 48.2 e 6 Carta di Nizza) gli artt. 14 e 19 d.q. m.a.e., i quali prevedono l'audizione del ricercato da parte dell'autorità di esecuzione in seguito all'arresto⁵⁹.

Si deve replicare che l'audizione in questione non salvaguarda il nucleo essenziale dei diritti del ricercato: essa risulta una garanzia incompleta, considerato che l'autorità di esecuzione non ha la possibilità di verificare la presenza dei requisiti fattuali che giustificano l'emissione del m.a.e.⁶⁰. Non la si potrebbe, dunque, ritenere capace di integrare l'effettivo controllo giurisdizionale sulla legittimità della restrizione del diritto alla libertà personale *ex art. 5 CEDU* richiesto dalla Corte europea dei diritti dell'uomo⁶¹.

6. Embrioni di *guidelines* per l'impiego degli o.e.i. nel rispetto dei diritti fondamentali.

Replicate nel contesto della raccolta transnazionale delle prove, simili *défaillances* nell'applicazione del principio di proporzionalità profilerebbero uno scenario inquietante: quello di una protezione dei diritti fondamentali più bassa della tutela che attualmente discende dalla normativa in vigore.

Si comprende, dunque, come sia della massima importanza che le autorità giudiziarie nazionali che saranno chiamate ad applicare la direttiva sull'o.e.i. osservino con estremo rigore gli artt. 52 e 53 Carta di Nizza. La direttiva sull'o.e.i. contiene lo strumento per raggiungere tale obiettivo: un controllo di proporzionalità frazionato tra le autorità di emissione e di esecuzione⁶², che si snoda attraverso le verifiche previste dai più sopra menzionati artt. 6.1, 1.4, 9.2, 11.1 *f*, 10.3⁶³ e 14.7 dir. o.e.i., e che consente di ovviare alle numerose lacune della direttiva in tema di garanzie difensive⁶⁴.

A questo riguardo potrebbe essere utile tentare di abbozzare alcune *guidelines* operative⁶⁵ per le situazioni in cui la raccolta transnazionale di una prova coinvolgesse l'Italia: criteri che

⁵⁹ C. Giust. UE, 29 gennaio 2013, *Radu*, C-396/11, § 38 s.

⁶⁰ Lo si evince dall'art. 8.1 c d.q. m.a.e., il quale prescrive che i mandati devono limitarsi a contenere "l'indicazione dell'esistenza" di un provvedimento di arresto emesso dall'autorità giudiziaria interessata alla consegna di una persona, senza recare una motivazione sull'esistenza dei fatti che legittimano l'arresto.

⁶¹ Cfr., fra le molte, Corte EDU, 3 ottobre 2006, *McKay c. Regno Unito*, § 35 s. Sulle lacune motivazionali della sentenza *Radu* cfr. S. CIVELLO CONIGLIARO e S. LO FORTE, *Cooperazione giudiziaria*, cit., p. 9 s.

⁶² Cfr. S. ALLEGREZZA, *Collecting Criminal Evidence*, cit., p. 59, 62 s.

⁶³ L'art. 10.3, nonostante il suo tenore letterale ("l'autorità di esecuzione può anche ricorrere ad un atto d'indagine diverso" da quello richiesto nell'ordine d'indagine "quando l'atto scelto dall'autorità di esecuzione assicuri lo stesso risultato" "con mezzi meno intrusivi"), in realtà pone non una mera facoltà (v. al riguardo le opportune osservazioni critiche di T. RAFARACI, *General Considerations*, cit., p. 41), ma un vero e proprio dovere, che discende dall'obbligo di rispettare i diritti fondamentali previsto dalla direttiva e, più in generale, dai Trattati.

⁶⁴ Segnalate, fra i molti, da R. BELFIORE, *Critical Remarks on the Proposal for a European Investigation Order and Some Considerations on the Issue of Mutual Admissibility of Evidence*, in S. RUGGERI (a cura di), *Transnational evidence*, cit., p. 101 s.; L. CAMALDO, *The European Investigation Order*, in F. RUGGERI (a cura di), *Criminal Proceedings, Languages and the European Union*, Heidelberg-New York-Dordrecht-London, 2014, p. 208; G. DE AMICIS, *Limiti e prospettive del mandato europeo di ricerca della prova*, in *Dir. pen. cont.*, 5 aprile 2011, p. 37 s.; G. FIORELLI, *Nuovi orizzonti investigativi: l'ordine europeo di indagine penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, p. 714 s.; B. SCHÜNEMANN, *The European Investigation Order: A Rush into the Wrong Direction*, in S. RUGGERI (a cura di), *Transnational Evidence*, cit., p. 31 s.

⁶⁵ In questo senso v. anche S. ALLEGREZZA, *Collecting Criminal Evidence*, cit., p. 61 s. Più in generale, per la necessità di costruire principi capaci di bilanciare in modo adeguato i valori in gioco nell'ambito della cooperazione internazionale v. S. GLESS, *Transnational Cooperation*, cit., p. 106 s.

devono essere ricavati da un'interazione tra le indicazioni della Costituzione, della CEDU⁶⁶ e della carta di Nizza da una parte⁶⁷, e le prescrizioni della direttiva e il diritto nazionale dall'altra.

Senza pretesa di completezza, in questa sede è opportuno limitare l'analisi alle operazioni di ricerca e formazione della prova che interferiscono con il diritto al confronto e con il diritto alla riservatezza.

6.1.

La tutela del diritto al confronto: la gerarchia delle modalità di esame dei dichiaranti.

Previsto dagli artt. 111.3 e 4 Cost. e dall'art. 6.3 d CEDU, il diritto dell'accusato di esaminare i testimoni a carico (il c.d. diritto al confronto) ha una funzione garantista ed epistemica allo stesso tempo: non solo consente alla difesa di contestare le prove dichiarative portate dall'accusa, aumentando le *chances* dell'accusato di ottenere una decisione favorevole; permette anche di raccogliere dichiarazioni più attendibili dal punto di vista cognitivo, in quanto dialetticamente testate⁶⁸.

Questa sua duplice natura spiega perché il diritto al confronto sia suscettibile di concretizzarsi in modi diversi. L'art. 111.4 Cost., nel prevedere il principio del "contraddittorio nella formazione della prova", lo declina in una versione forte, richiedendo l'impiego dell'esame incrociato: un metodo che, operando il criterio della *lex loci*, andrebbe applicato anche quando la richiesta di esaminare un dichiarante provenisse da un'autorità giudiziaria straniera.

L'art. 6.3 d CEDU, per converso, al pari dell'art. 111.3 Cost., si accontenta di uno *standard* inferiore: nelle parole della Corte europea dei diritti dell'uomo, l'"occasione *adeguata* e *sufficiente*" per l'accusato di contestare una testimonianza a carico e di esaminarne l'autore "al momento della deposizione o in seguito». La violazione di tale prescrizione – aggiunge la Corte europea – determina un'attenuazione del peso conoscitivo delle dichiarazioni, le quali non potrebbero fondare "*unicamente* o in *misura determinante*" una sentenza di condanna⁶⁹.

Tale ambiguità di fondo del diritto al confronto si riflette sulla raccolta transnazionale delle prove dichiarative in base alla direttiva sull'o.e.i. Mancando un'esplicita precisazione al riguardo da parte della direttiva, quale *standard* di protezione del diritto al confronto dovrebbe essere attuato? L'art. 48.2 Carta di Nizza ha senz'altro accolto il diritto al confronto nella sua versione debole⁷⁰. Ma ciò significa che il diritto al confronto, nei casi in cui la raccolta transnazionale di una prova dichiarativa coinvolgesse l'Italia, non potrebbe mai entrare in gioco nella sua versione forte postulata dalla nostra Costituzione?

Gli artt. 52 e 53 Carta di Nizza offrono una risposta a tali quesiti: sarebbe consentito rinunciare all'equivalenza con il più alto *standard* italiano solo qualora fossero rispettate tutte le condizioni richieste dal principio di proporzionalità per una limitazione del diritto al confronto; vale a dire, a fronte dell'esigenza di efficienza nella raccolta transnazionale delle dichiarazioni⁷¹, la salvaguardia del nucleo essenziale del diritto e la stretta necessità della restrizione. Se ne può indurre una vera e propria gerarchia delle modalità di esame adottabili⁷², modulata in base alla capacità delle medesime di preservare il più possibile lo *standard* italiano.

La *golden rule* è rappresentata dall'esame incrociato fisico, da attuare in prima battuta mediante la comparizione del dichiarante in Italia adottando "ogni ragionevole sforzo" necessario

⁶⁶ Cfr. Corte EDU, 27 ottobre 2011, *Stojkovic c. Francia e Belgio*, § 55, la quale rileva che le autorità chiamate ad eseguire le richieste di assistenza giudiziaria provenienti da altri Stati non possono esimersi dal garantire l'osservanza delle regole del giusto processo (nella specie, il diritto ad essere assistito da un difensore in capo ad un imputato esaminato sulla responsabilità di altre persone).

⁶⁷ I soli criteri elaborati dalla Corte europea, in quanto espressione di un *minimum standard*, non sempre sarebbero sufficienti a tal fine: così, in generale, O. MAZZA, *Il garantismo al tempo del giusto processo*, Milano, 2011, p. 61 s.

⁶⁸ Cfr. N. GALANTINI, *Giusto processo e garanzia costituzionale del contraddittorio nella formazione della prova*, in *Dir. pen. cont.*, 7 settembre 2011, p. 3 s.

⁶⁹ V. Corte EDU, 15 dicembre 2011, *Al Kharwaja e Tabery c. Regno Unito*, § 118 s.

⁷⁰ Lo si ricava dalle Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali (2007/C 303/02), p. 30 (che vanno tenute in conto ai sensi dell'art. 6.1 TUE), in base alle quali le garanzie previste dall'art. 48.2 corrispondono a quelle dell'art. 6.3 CEDU.

⁷¹ La quale rientra nell'obiettivo generale dell'Unione di garantire ai propri cittadini uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia (artt. 3.2 TUE e 67.1 TFUE).

⁷² In senso analogo v. L. BACHMAIER WINTER, *Transnational Criminal Proceedings, Witness Evidence and Confrontation: Lessons from the ECtHR's Case Law*, in *9 Utrecht L. Rev.*, 2013, p. 143 s.

al riguardo⁷³.

La seconda modalità è quella dell'esame concelebrato *ex art.* 9.4 e 5 dir. o.e.i. nello Stato in cui si trova il dichiarante, possibilmente anche con la partecipazione del difensore⁷⁴: quest'ultima evenienza, sebbene non espressamente contemplata⁷⁵, non è nemmeno esclusa dalla direttiva, e quindi potrebbe costituire oggetto di una richiesta da parte dell'autorità giudiziaria italiana ai sensi dell'art. 9.2⁷⁶.

La terza modalità è quella dell'esame incrociato a distanza tramite videoconferenza e, in subordine, tramite teleconferenza prevista dagli artt. 24 e 25 dir. o.e.i., condotto dall'autorità italiana in base al proprio diritto interno⁷⁷. È una forma di esame – soprattutto se svolta con un mero collegamento sonoro⁷⁸ – meno rispettosa del diritto al confronto, per la ragione che l'assenza di un'interazione fisica tra il dichiarante e le persone che lo esaminano potrebbe distorcere gli indicatori di veridicità della deposizione⁷⁹.

L'*extrema ratio* – considerato che comporta una dissociazione fra chi raccoglie le dichiarazioni e le parti del processo nazionale⁸⁰ – è quella dell'esame da parte della sola autorità giudiziaria di esecuzione (ossia la modalità usualmente praticata con le rogatorie), la quale dovrebbe essere un organo giurisdizionale⁸¹ o, comunque, in una posizione di imparzialità.

La scelta delle modalità più lesive del diritto al confronto dovrebbe essere giustificata dall'accertamento motivato sulla base delle circostanze concrete, in alternativa:

- dell'impossibilità oggettiva di adottare le modalità meno lesive⁸², come del resto discende pure dall'eccezione al contraddittorio prevista dall'art. 111.5 Cost.;
- del fatto che l'adozione delle modalità meno lesive allungherebbe in modo eccessivo i tempi della raccolta delle dichiarazioni e rischierebbe di pregiudicare le indagini, tenendo conto anche della gravità del reato e dell'importanza delle dichiarazioni ai fini dell'accertamento;
- del fatto che l'adozione delle modalità meno lesive per il diritto al confronto pregiudicherebbe altri diritti fondamentali⁸³.

L'esame da parte della sola autorità giudiziaria di esecuzione, inoltre, dovrebbe essere coniugato all'adozione di garanzie processuali capaci di assicurare il diritto al confronto almeno nel suo nucleo essenziale: si pensi alla videoregistrazione dell'esame, volta a conferire alla difesa maggiori possibilità di contestare la veridicità delle dichiarazioni⁸⁴, nonché al criterio della Corte europea dei diritti dell'uomo in base al quale la condanna non potrebbe fondarsi in misura esclusiva o determinante su dichiarazioni raccolte in violazione del diritto al confronto⁸⁵. Garanzie del genere, pur non specificamente previste dalla direttiva⁸⁶, rientrano nel più sopra menzionato obbligo generale di osservanza del diritto di difesa e del giusto processo

⁷³ Cfr. Corte EDU, 3 marzo 2011, *Zbukovskiy c. Ucraina*, § 43 s.

⁷⁴ Analogamente G. DARAIO, *La circolazione*, cit., p. 586 s.

⁷⁵ Cfr. A. MANGIARACINA, *A New and Controversial Scenario*, cit., p. 121; M.R. MARCHETTI, *Dalla convenzione di assistenza*, cit., p. 163.

⁷⁶ Cfr. Corte EDU, 14 dicembre 1999, A.M. c. Italia, § 26 s., la quale ha riscontrato una violazione del diritto al confronto in un caso in cui la mancata convocazione del difensore italiano all'esame di un dichiarante negli Stati Uniti – prevista dal trattato di mutua assistenza fra l'Italia e gli USA – non era stata motivata, e le dichiarazioni erano state la prova principale a sostegno della condanna.

⁷⁷ Art. 25.5 c dir. o.e.i.

⁷⁸ V. A. MANGIARACINA, *A New and Controversial Scenario*, cit., p. 122.

⁷⁹ Sia consentito rinviare a M. DANIELE, *La formazione digitale delle prove dichiarative*, Torino, 2012, p. 19 s. Senza inoltre trascurare che, in molte situazioni, la comparizione fisica del dichiarante nello Stato in cui si svolge il processo potrebbe essere economicamente meno onerosa dell'esame a distanza: cfr. J.R. SPENCER, *The Problems of Trans-border Evidence and European Initiatives to Resolve Them*, in G. GRASSO e R. SICURELLA (a cura di), *Per un rilancio del progetto europeo. Esigenze di tutela degli interessi comunitari e nuove strategie di integrazione penale*, Milano, 2008, p. 489 s.

⁸⁰ Cfr. M. MENNA, *Mandato di ricerca della prova e sistemi probatori*, in T. RAFARACI (a cura di), *La cooperazione di polizia*, cit., p. 171 s.

⁸¹ Cfr. 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. 546.

⁸² Si pensi all'impossibilità di movimento del dichiarante a causa di un'infermità fisica o di un'indisponibilità di mezzi di trasporto, oppure alla mancanza della tecnologia necessaria per effettuare l'esame a distanza. Cfr. Corte EDU, 3 marzo 2011, *Zbukovskiy*, cit., § 45 s.; Id., 17 novembre 2005, *Haas c. Germania*. In dottrina L. BACHMAIER WINTER, *Transnational Criminal Proceedings*, cit., p. 137 s.

⁸³ Ad esempio l'integrità fisica o il benessere del dichiarante, qualora quest'ultimo potrebbe essere sottoposto a violenza o minaccia, oppure si trovasse in una situazione di vulnerabilità. In tale ultima evenienza le prescrizioni della direttiva sull'o.e.i. vanno integrate dalle prescrizioni rinvenibili negli artt. 17, 20 e 23 della direttiva 2012/29/UE del 25 ottobre 2012 sulla protezione della vittima.

⁸⁴ Cfr. L. BACHMAIER WINTER, *Transnational Criminal Proceedings*, cit., p. 138, 144 s.

⁸⁵ Da intendere in modo elastico, quale dovere – comunque imposto dalla logica induttiva che governa la ricostruzione dei fatti nel processo – di rinvenire una solida rete inferenziale a sostegno delle dichiarazioni.

⁸⁶ Così A. MANGIARACINA, *A New and Controversial Scenario*, cit., p. 124 s., in rapporto alla documentazione degli atti istruttori.

nella valutazione delle prove *ex art. 14.7 dir. o.e.i.*⁸⁷.

6.2.

La tutela del diritto alla riservatezza: le garanzie ineliminabili.

A differenza del diritto al confronto, il diritto alla riservatezza vede una convergenza fra lo *standard* nazionale (artt. 14 e 15 Cost.) e lo *standard* convenzionale (art. 8 CEDU) di tutela, ai quali deve pertanto tendenzialmente allinearsi anche lo *standard* UE *ex art. 7 Carta di Nizza*⁸⁸.

Ciò significa che anche nell'ambito della raccolta transnazionale delle prove la restrizione del diritto alla riservatezza deve trovare una previsione legislativa dotata di sufficiente precisione, ed in ogni caso avvenire nel rispetto delle condizioni imposte dal principio di proporzionalità, il quale trova un'esplicita statuizione anche nella clausola *ex art. 8.2. CEDU* della "necessità in una società democratica" dello scopo perseguito dal legislatore.

Di qui la possibilità di ovviare ad alcune lacune della direttiva, fissando le garanzie ineliminabili che le operazioni istruttorie che si pongono in tensione con il diritto alla riservatezza – in particolare le perquisizioni e i sequestri in luoghi privati e le intercettazioni di comunicazioni – devono osservare.

Una prima garanzia è di tipo giurisdizionale: la raccolta delle prove deve essere autorizzata o almeno sottoposta ad un controllo successivo da parte di un giudice indipendente⁸⁹.

Sotto questo profilo la direttiva non è sufficientemente netta⁹⁰. L'art. 2 *c* prevede che ad emettere un o.e.i. potrebbe essere non solo un giudice, ma anche un "magistrato inquirente o un pubblico ministero competente nel caso interessato". L'art. 2 *d*, dal canto suo, identifica l'autorità di esecuzione con l'autorità competente in base "alle procedure applicabili in un caso interno analogo"⁹¹: anche, pertanto, un pubblico ministero o addirittura un membro della polizia, laddove ciò fosse previsto dal diritto nazionale. Evidente la tensione con l'art. 7 Carta di Nizza, considerato che l'art. 2 *d* porterebbe ad eludere le garanzie giurisdizionali statuite dal nostro ordinamento – in particolare in rapporto alle intercettazioni⁹² – qualora le operazioni istruttorie venissero eseguite in sistemi che non richiedessero la supervisione di un giudice.

In secondo luogo, la raccolta delle prove tale da interferire con il diritto alla riservatezza non deve determinare abusi e non deve avvenire in modo arbitrario⁹³.

Ne deriva che le perquisizioni non possono che fondarsi sul ragionevole sospetto della presenza in un dato luogo di cose pertinenti al reato⁹⁴. Le intercettazioni, dal canto loro, devono possedere presupposti il più possibile precisi e dettagliati⁹⁵, come l'esistenza di indizi di reato e la necessità – e non la mera rilevanza, come invece sembra presupporre l'art. 30.4 dir. o.e.i.⁹⁶ – ai fini dello svolgimento delle indagini.

Tali requisiti, rappresentando un'implicazione del principio di proporzionalità, devono es-

⁸⁷ Di qui la possibilità per l'autorità giudiziaria di esecuzione di integrare le disposizioni della direttiva con le prescrizioni nazionali capaci di assicurare tali garanzie. Si pensi al nostro art. 134 c.p.p., il quale consente la documentazione tramite videoregistrazione se "assolutamente indispensabile": un requisito in linea di massima rinvenibile nella raccolta transnazionale delle prove, in cui la ricerca e la formazione degli atti istruttori non possono essere direttamente gestite e controllate dalle autorità giudiziarie dei processi in cui i medesimi verranno utilizzati. **Il criterio della Corte europea della misura esclusiva o determinante, dal canto suo**, trova una sostanziale convergenza con lo *standard* dell'oltre ogni ragionevole dubbio statuito dall'art. 533.1 c.p.p.: così P. FERRUA, *Il 'giusto processo'*, III ed., Bologna, 2012, p. 201 s. Nel senso, invece, della possibilità di ricavarlo da un'applicazione diretta dell'art. 111.3 Cost. v. O. MAZZA, *La procedura penale, in Europa e giustizia penale, spec. dir. pen. proc.*, 2011, p. 43, nonché R. DEL COCO, *L'utilizzabilità contra reum delle dichiarazioni rese in assenza di contraddittorio da persone residenti all'estero*, in ID. e E. PISTOIA (a cura di), *Stranieri e giustizia penale: problemi di perseguibilità e di garanzie nella normativa nazionale ed europea*, Bari, 2014, p. 81 s.

⁸⁸ Si vedano le Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali, cit., p. 20.

⁸⁹ Cfr. Corte EDU, 15 febbraio 2011, *Harju c. Finlandia*, § 39 s. e Id., 7 giugno 2007, *Smirnov c. Russia*, § 45, in rapporto alle perquisizioni; nonché Id., 18 maggio 2010, *Kennedy c. Regno Unito*, § 167, e Id., 14 settembre 2009, *Iordachi c. Moldavia*, § 40 s. in rapporto alle intercettazioni. Si tratta di una riserva di giurisdizione analoga a quella prescritta dagli artt. 14.2 e 15.2 Cost.

⁹⁰ Cfr. T. RAFARACI, *General Considerations*, cit., p. 39; B. SCHÜNEMANN, *The European Investigation Order*, cit., p. 32.

⁹¹ Aggiungendo che tali procedure "potrebbero comportare l'autorizzazione di un organo giurisdizionale nello Stato di esecuzione, ove previsto dal diritto nazionale".

⁹² Le quali, richieste dal pubblico ministero, di regola devono essere autorizzate dal giudice per le indagini preliminari (art. 267 c.p.p.).

⁹³ La medesima imposizione discende dall'obbligo di motivazione *ex artt. 14.2 e 15.2 Cost.*

⁹⁴ V. Corte EDU, 3 luglio 2012, *Robathin c. Austria*, § 44 s.

⁹⁵ Cfr. Corte EDU, 14 settembre 2009, *Iordachi*, cit., § 37 s. Di qui l'illegittimità della tecnica dell'instradamento, la quale comporta l'intercettazione indiscriminata di un numero indefinito di utenze e, quindi, una violazione del principio di proporzionalità.

⁹⁶ Il quale prevede che l'autorità di emissione deve indicare le ragioni per cui considera l'intercettazione "utile" al procedimento penale interessato.

sere oggetto di uno specifico controllo da parte dell'autorità di esecuzione anche se non sono espressamente previsti dalla direttiva⁹⁷.

Infine va garantito il controllo sulle operazioni istruttorie da parte della difesa, secondo quanto richiesto anche dall'art. 48 Carta di Nizza. Esso deve tradursi nella partecipazione attiva del difensore o, laddove questa non fosse possibile, nella possibilità di esperire adeguati mezzi di impugnazione⁹⁸.

Ciò significa che il controllo della difesa va realizzato perlomeno dopo lo svolgimento delle attività istruttorie⁹⁹, le quali dovrebbero essere integralmente documentate; solo così si realizzerebbe il contraddittorio posticipato imposto dalla clausola *ex art.* 14.7 dir. o.e.i. del rispetto del diritto di difesa e del giusto processo ai fini della valutazione delle prove.

6.3.

L'inutilizzabilità ex art. 729 c.p.p. rivitalizzata.

Qualora una prova venisse raccolta tramite un o.e.i. ed utilizzata in violazione dei principi di equivalenza e di proporzionalità, dopo il passaggio in giudicato della sentenza il condannato potrebbe rivolgersi alla Corte europea dei diritti dell'uomo al fine di ottenere, ricorrendone i presupposti, una riapertura del processo. Ma è ipotizzabile anche un rimedio processuale preventivo, finalizzato all'estromissione della prova così ottenuta dalla piattaforma conoscitiva a sostegno della decisione di merito¹⁰⁰?

Al di là di una specifica prescrizione relativa alle intercettazioni rinvenibile nella stessa direttiva¹⁰¹, nel nostro sistema viene in gioco il divieto probatorio previsto dall'art. 729.1 c.p.p. in caso di violazione delle norme richiamate dall'art. 696.1 c.p.p., ossia le prescrizioni degli atti internazionali recepiti dall'Italia. Si è visto come esso, innestato nel tradizionale sistema delle rogatorie, abbia un ambito limitato: si tratta di un'inutilizzabilità che sorge in seguito all'inosservanza di atti che perlopiù prevedono il criterio della *lex loci*, svincolando così le autorità di esecuzione dall'obbligo di osservare tutte le regole probatorie italiane¹⁰². Ma è consentito attribuirgli uno spazio operativo anche nel contesto della disciplina dell'o.e.i.?

In generale le direttive, in quanto emesse sulla base dei Trattati dell'Unione – i quali rappresentano accordi multilaterali volti a disciplinare rapporti giuridici intercorrenti fra più Stati – possono farsi rientrare nella categoria delle “norme delle convenzioni internazionali in vigore per lo Stato” a cui allude l'art. 696.1 c.p.p.

Si potrebbe obiettare che l'inutilizzabilità *ex art.* 729.1 c.p.p. attiene alle prove trasmesse o acquisite “a seguito di rogatoria”: una precisazione che, formalmente parlando, la escluderebbe dall'area applicativa dell'o.e.i. Ma non si deve dimenticare che le prescrizioni della direttiva sull'o.e.i. sono destinate a sostituire le corrispondenti previsioni degli atti normativi in tema di raccolta transnazionale delle prove attualmente in vigore¹⁰³. Lo scopo del divieto probatorio *ex art.* 696.1 c.p.p., dal canto suo, è di sanzionare l'inosservanza di tutte le regole valide per l'Italia in questa materia. Dunque il divieto va rapportato a qualsiasi strumento di ricerca e di formazione delle prove all'estero¹⁰⁴. Un'interpretazione strettamente letterale, in questo caso, vanificherebbe l'obiettivo perseguito dal legislatore italiano.

La direttiva sull'o.e.i. ha, così, l'effetto di rivitalizzare l'inutilizzabilità prevista dall'art. 729.1 c.p.p.: quest'ultimo arriva a conferire al giudice del dibattimento il potere di dichiarare l'invalidità delle prove acquisite o trasmesse in violazione dei principi di equivalenza e di

⁹⁷ Gli artt. 30.5 e 31.3 dir. o.e.i. si limitano a prevedere un motivo di rifiuto qualora l'intercettazione non sarebbe ammessa dal diritto dello Stato di esecuzione in un caso interno analogo.

⁹⁸ Cfr. Corte EDU, 3 luglio 2012, *Robathin*, cit., § 50 s. per le perquisizioni, e Corte EDU, 14 settembre 2009, *Iordachi*, cit., § 39 s. per le intercettazioni.

⁹⁹ Cfr. S. MARCOLINI, *La circolazione della prova*, cit., p. 550 s.

¹⁰⁰ In questo senso, in una prospettiva *de iure condendo*, v. S. MARCOLINI, *La circolazione della prova*, cit., p. 553 s.

¹⁰¹ Si allude al divieto probatorio *ex art.* 31.3 *b* dir. o.e.i., il quale contempla la possibilità che il materiale intercettato non sia utilizzabile, o lo sia solo a certe condizioni, quando le intercettazioni non sarebbero ammissibili in un caso nazionale analogo in base al diritto interno dello Stato in cui si trova l'utenza da intercettare. Ma è evidente come si tratti di un divieto dalla portata ristretta, e comunque dal contenuto variabile a seconda dei presupposti legali delle intercettazioni dello Stato in questione.

¹⁰² Cfr. *supra*, § 2.

¹⁰³ Così l'art. 34.1 dir. o.e.i.

¹⁰⁴ Analogamente M.R. MARCHETTI, *Dalla convenzione di assistenza*, cit., p. 163, nt. 72, in riferimento all'inutilizzabilità *ex art.* 431.1 *f.c.p.p.*

proporzionalità¹⁰⁵.

È un'inutilizzabilità di tipo discrezionale, diversa dai divieti probatori a struttura rigida normalmente previsti dal nostro sistema¹⁰⁶. Come tale, potrebbe causare errori e disparità di trattamento. Ma è un rischio inevitabile, se non si vuole azzerare il livello di tutela dei diritti fondamentali nel momento in cui, a causa della globalizzazione, il potere legislativo statale sta progressivamente cedendo le sue prerogative al potere giudiziario.

7. Conclusioni.

Quale atteggiamento adottare nei confronti dei mutamenti di non poco conto che discendono dalla direttiva sull'ordine europeo di indagine penale?

È anzitutto ipotizzabile una reazione di chiusura finalizzata alla massima difesa della sovranità nazionale e delle regole probatorie interne, specie laddove queste ultime fossero ritenute capaci di tutelare i diritti fondamentali in modo efficace. Anche se vanta ottimi argomenti a suo sostegno, tuttavia, a lungo andare tale approccio rischia di diventare una battaglia di retroguardia. La marginalizzazione dei legislatori nazionali che deriva dalla direttiva e, più in generale, dal diritto dell'Unione non è l'imposizione unilaterale di un legislatore capriccioso: è la strada obbligata di un sistema sovranazionale che sta cercando di adattarsi alle profonde trasformazioni tecnologiche ed economiche generate dalla globalizzazione.

Ciò non significa che sia necessario accogliere entusiasticamente i poteri conferiti alla magistratura dalla direttiva, accettando in modo acritico qualsiasi impiego dell'o.e.i. a prescindere dalle sue ripercussioni per i diritti fondamentali.

In questo articolo si è cercato di prospettare una via intermedia: un attento monitoraggio caso per caso delle implementazioni della direttiva, ponendo le decisioni delle autorità giudiziarie chiamate a raccogliere e ad utilizzare le prove tramite l'o.e.i. sotto la lente dei principi di equivalenza e di proporzionalità. Qualunque restrizione dei diritti fondamentali imposta nel nome del primato, dell'unità e dell'effettività del diritto dell'Unione deve essere rigorosamente motivata sulla base delle peculiarità della situazione concreta. Se non appare più possibile rifiutare aprioristicamente il passaggio dalle regole legislative ai principi postulato dalla direttiva, è necessario però minimizzarne i difetti di assestamento, senza mai dimenticare quali sono i valori in gioco nel processo penale.

¹⁰⁵ Lo stesso risultato ermeneutico può essere raggiunto in relazione al divieto probatorio previsto dall'art. 729.1 *bis* c.p.p., il quale, in presenza di un accordo internazionale che lo consenta, sanziona l'inosservanza da parte dell'autorità straniera delle modalità istruttorie specificamente indicate dall'autorità giudiziaria italiana: si veda l'art. 727.5 *bis* c.p.p., a cui l'art. 729.1 *bis* rinvia. Questo è, per l'appunto, il caso dell'art. 9.2 dir. o.e.i., che come si è detto obbliga l'autorità di esecuzione ad attenersi a tali modalità salvo che contrastino con i principi fondamentali del proprio diritto, da intendere alla luce dei parametri dell'equivalenza e della proporzionalità.

¹⁰⁶ Su tale differenza ci si permette di rinviare a M. DANIELE, *Regole di esclusione e regole di valutazione della prova*, Torino, 2009, p. 37 s.