

MICHELE CAIANELLO

*Professore associato di Procedura penale – Alma Mater Studiorum – Università degli Studi di Bologna*

## La nuova direttiva UE sull'ordine europeo di indagine penale tra mutuo riconoscimento e ammissione reciproca delle prove

### *The new directive on the european investigation order between mutual recognition and mutual admissibility of evidence*

---

L'ordine europeo di indagine penale costituisce uno strumento dalle molteplici potenzialità, nel campo della cooperazione giudiziaria per la raccolta e lo scambio delle prove tra gli Stati Membri dell'Unione europea. Esso ha il merito di operare una considerevole semplificazione del sistema vigente, sostituendo con una sola direttiva le tante fonti normative che si erano accumulate in questo settore. Al tempo stesso, sembra recepire soluzioni efficaci tratte sia dal modello ispirato al mutuo riconoscimento, sia dalle previsioni adottate in materia di tradizionale assistenza giudiziaria. Alcuni aspetti, tuttavia, appaiono maggiormente criticabili. In primo luogo, l'eccessiva discrezionalità attribuita al potere giudiziario, nel mettere in opera questo nuovo sistema di cooperazione; in secondo, la posizione della difesa, sulla quale grava un deficit informativo che ne compromette fortemente la possibilità di coltivare con efficacia la propria strategia. Infine, non va trascurata la capacità della direttiva OEI di favorire un'approssimazione in materia di ammissibilità delle prove.

*The European investigation order is a new instrument of great potential in the field of judicial cooperation in the gathering and exchange of evidence among the Member States of the European Union. It must be positively welcomed for the simplification it ensures, thanks to the fact that the EIO directive replaces the numerous sources that previously regulated judicial cooperation in evidence matters. Moreover, the EIO adopts several good solutions inspired both to the mutual recognition principle and to the more traditional mutual legal assistance regime. However, some aspects of the EIO appear certainly more problematic. The first concern regards the excessive discretion left to the judiciary when applying the new system in the practice. The second one regards the position of the defense, which is left in a structural inferior position with respect to the prosecution, as it suffers from a lack of information due to the transnational nature of the proceeding. Eventually, the EIO directive can be regarded, at least potentially, as a first step in the direction of a European system of mutual admissibility of evidence.*

---

#### UN NUOVO STRUMENTO PER LA COOPERAZIONE GIUDIZIARIA

A partire dalla primavera scorsa, l'Unione europea si è dotata di un nuovo strumento normativo, con il proposito di farne il cardine della cooperazione giudiziaria in materia di raccolta di prove e scambio di informazioni. Si tratta della direttiva n. 41/2014/UE, relativa all'ordine europeo di indagine penale (OEI), pubblicata nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea il 1° maggio 2014. Gli Stati membri hanno tempo sino al 22 maggio 2017 per recepirla (mentre, dopo quella data, opererà senza riserva *l'acquis communautaire*<sup>1</sup>, vale a dire la possibilità di applicarne direttamente le disposizioni

---

<sup>1</sup> Si fa ovviamente riferimento al metodo elaborato con la sentenza emessa dalla Corte di Giustizia nel caso *Francovich*. C. giust. CE, sent. 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e C-9/90, *Francovich*. Cfr. R. Bin-G. Pitruzzella, *Diritto costituzionale*, Torino, 2010, XI ed., p. 408.

ove sufficientemente precise e non condizionate<sup>2</sup>.

La nuova direttiva non giunge inaspettata, anche se, come noto, rappresenta il frutto, da un lato, di un compromesso, dall'altro, di una fuga in avanti, sul piano politico. Sin dall'adozione del Programma di Stoccolma, la Commissione non aveva fatto mistero di lavorare all'adozione di un testo normativo in grado di attuare in modo quanto più pieno possibile sia il metodo del riconoscimento reciproco, sia l'obiettivo, posto dall'art. 82, par. 2 TFUE, della libera circolazione delle prove<sup>3</sup>. In sostanza, l'esecutivo europeo avrebbe ambito ad avviare la riforma del sistema probatorio penale nell'Unione tanto a livello orizzontale (vale a dire sul piano della cooperazione giudiziaria), favorendo, quanto più possibile, un'agile collaborazione tra gli Stati attraverso la logica del mutuo riconoscimento, quanto a livello verticale (cioè attraverso l'armonizzazione<sup>4</sup>), adottando alcune previsioni comuni in materia di ammissibilità della prova. A poca distanza dall'avvio del Programma, tuttavia, alcuni Paesi coglievano l'occasione per presentare una proposta di direttiva che si prefiggeva come obiettivo la sola semplificazione e uniformazione della cooperazione orizzontale tra Stati in materia di prove, sostituendo così, con un unico testo normativo, le tante fonti che, nel corso degli anni, si erano affastellate a livello continentale<sup>5</sup>. Veniva invece lasciato del tutto in disparte il tema delle regole comuni in materia d'ammissibilità reciproca delle prove, che come noto costituisce uno dei settori più delicati della giustizia penale di ogni Stato, giacché fortemente legato alle scelte politiche della comunità e alle tradizioni giuridiche e culturali di ogni popolo<sup>6</sup>.

Vale dunque la pena operare una prima lettura della nuova fonte europea, ponendosi due quesiti, che fungano da guida nella pur sintetica e non esaustiva analisi del testo: in prima battuta, quanto essa risulti innovativa<sup>7</sup>, rispetto agli strumenti esistenti, e ad ogni modo quali ne appaiano gli aspetti più positivi (e per converso, i tratti meno convincenti); successivamente, nonostante il dichiarato intento, da parte dei proponenti, di non volersi occupare di questo tema, se essa si presti a essere letta anche come un primo passo nella direzione di un futuro regime di reciproca ammissibilità della prova (o, per dirla diversamente, di armonizzazione verticale dei sistemi). Non si deve dimenticare che, come sempre quando si abbia a che fare con il diritto UE, ogni riforma, quand'anche di portata limitata, reca con sé in potenza i presupposti per rafforzare e sviluppare l'armonizzazione tra i diversi sistemi giuridici degli Stati membri (spesso oltre gli stessi limiti formali posti dalla nuove fonte).

---

<sup>2</sup> Per alcuni commenti "a caldo" sulla nuova direttiva, cfr. M. Daniele, *La metamorfosi del diritto delle prove nella direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), in particolare pp. 6-10. Si rinvia inoltre a A. Ryan, *Towards a System of European Criminal Justice. The problem of admissibility of evidence*, London & New York, 2014, pp. 24-26, p. 31; L. Camaldo, *La Direttiva sull'ordine europeo di indagine penale (OIE): un congegno di acquisizione della prova dotato di molteplici potenzialità, ma di non facile attuazione*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

<sup>3</sup> Il dibattito aveva preso l'avvio con la presentazione di un Libro verde sulla ricerca delle prove in materia penale tra gli Stati Membri e sulla garanzia della loro ammissibilità. (11 novembre 2009, COM(2009) 624 final). Esso era poi stato proseguito con il Programma di Stoccolma. Sul tema cfr. S. Allegrezza, *Critical remarks on the Green paper on obtaining evidence in criminal matters from one Member State to another and securing its admissibility*, in *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2009, n. 9, p. 569. V. per un'analisi complessiva della cooperazione giudiziaria in materia di prove, R. Belfiore, *La prova penale "raccolta" all'estero*, Roma, 2014, pp. 206-207.

<sup>4</sup> Per ragioni di semplificazione, si farà uso dei termini armonizzazione e approssimazione come sinonimi, considerato che una parte rilevante della dottrina tende a consentire simile sovrapposizione (cfr. V. Mitsilegas, *EU Criminal Law*, Oxford, p. 59 e nota 1; A. Klip, *European Criminal Law*, II ed., Antwerp/Oxford/Portland, 2012, p. 31-34). La questione è in certa misura controversa, intravedendo alcuni nella approssimazione un fenomeno spontaneo tra ordinamenti già omogenei di partenza, e nella armonizzazione, per converso, un movimento prodotto dall'intervento normativo della Unione europea (e dunque implicante effetti anche su sistemi tra loro più lontani per tradizioni e caratteristiche). Sul punto, cfr. S. Allegrezza, *Critical remarks on the Green paper on obtaining evidence in criminal matters from one Member State to another and securing its admissibility*, cit., p. 574.

<sup>5</sup> Si tratta di Regno del Belgio, della Repubblica di Bulgaria, della Repubblica di Estonia, del Regno di Spagna, della Repubblica d'Austria, della Repubblica di Slovenia e del Regno di Svezia. Sul tema, v. R. Belfiore, *La prova penale*, cit., p. 207.

<sup>6</sup> 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 Law Review*, n. 1, 2014, p. 119.

<sup>7</sup> A tal proposito si può richiamare come già alcuni commentatori abbiano considerato la direttiva in esame come non particolarmente innovativa. Cfr. M. Daniele, *La metamorfosi del diritto delle prove*, cit., p. 2.

## I TRATTI PRINCIPALI DELLA NUOVA DIRETTIVA

Come osservato, la direttiva OEI ambisce ad istituire un nuovo strumento omnicomprensivo in materia di raccolta e scambio di informazioni e prove a livello penale, caratterizzato, in linea prevalente ma non esclusiva, dal principio del reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie. In altre parole, l'auspicio del legislatore è quello di dar vita a un sistema che consegua risultati equiparabili, nel campo un tempo disciplinato dal sistema delle rogatorie, a quelli raggiunti dal mandato d'arresto europeo nel settore delle procedure in senso lato estradizionali.

Un primo tratto caratteristico dell'OEI è dunque quello della semplificazione. Esso infatti sostituisce, secondo quanto previsto dall'art. 34, la convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale del Consiglio d'Europa, del 20 aprile 1959 (e i relativi due protocolli aggiuntivi); la convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen; la convenzione relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea e relativo protocollo; la decisione quadro 2008/978/GAI, in tema di mandato europeo di ricerca delle prove; la decisione quadro 2003/577/GAI relativa all'esecuzione dei provvedimenti di blocco dei beni o di sequestro probatorio. Simili fonti permangono in vigore per quel che concerne i rapporti tra Stati dell'Unione europea e Paesi terzi, nonché, *ex art.* 35, sino all'entrata in vigore della direttiva stessa (fissata, come visto, per il 22 maggio 2017). Lo sforzo semplificatorio non può che essere valutato positivamente, considerato come l'affastellarsi di previsioni normative in materia di cooperazione probatoria avesse prodotto risultati non soddisfacenti, sul piano dell'efficienza. Solo per citare l'esempio più evidente, la decisione quadro del 2003 sul congelamento dei beni si prestava a un intervento veloce quanto alla apprensione della *res* oggetto di un ipotetico provvedimento di sequestro; tuttavia, non risultava poi invocabile per quel che concerne la successiva consegna, obbligando le istituzioni giudiziarie interessate a ricorrere o ai vecchi meccanismi delle rogatorie, o, successivamente all'entrata in vigore del mandato di ricerca delle prove, a questo nuovo strumento di cooperazione giudiziaria, per quei Paesi che lo avessero recepito<sup>8</sup>.

Un secondo tratto caratteristico dell'OEI è la sua omnicomprensività: l'ordine si presta a essere usato tendenzialmente per qualunque prova si voglia ottenere da un altro ordinamento. Esso dunque è adottabile per le prove reali e per quelle in senso lato documentali (così coprendosi l'area delle due decisioni quadro sul congelamento e la confisca dei beni, e sul mandato di ricerca delle prove); ancora, può essere emesso per acquisire una prova dichiarativa – da un potenziale testimone o da un imputato – così come per ottenere dati in tempo reale (ivi comprese le intercettazioni di comunicazioni). Infine, all'OEI si può ricorrere per effettuare un'operazione sotto copertura. Sul piano formale, l'unica esclusione esplicita concerne le squadre investigative comuni, lasciate alla disciplina della vecchia decisione quadro<sup>9</sup>, e all'opera di coordinamento di Eurojust. In sostanza, ogni atto a fine probatorio può costituire l'oggetto dell'OEI: in questo modo, le istituzioni giudiziarie dei Paesi UE dovranno prendere confidenza e abituarsi a far uso di un solo strumento normativo, per qualunque forma di assistenza in campo probatorio possa risultare necessaria (salvo le menzionate squadre investigative comuni).

Dal punto di vista del metodo adottato, l'OEI si segnala per il suo sincretismo. Da un lato, infatti, esso appare in linea con lo sviluppo del mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie, così come pretesto dall'art. 82, par. 2 TFUE. Al tempo stesso, tuttavia, in diversi passaggi si rinvengono soluzioni adottate sotto l'egida del regime delle rogatorie. Del resto, questo dato non deve destare stupore. Il riconoscimento reciproco, come elaborato in astratto nei Consigli che si succedettero alla fine del secolo scorso, rappresenta un modello ideale, mai in concreto sinora realizzato, nelle diverse fonti adottate dall'Unione in materia di cooperazione giudiziaria penale: nella pratica, ci si trova sempre di fronte a disposizioni che combinano il "nuovo" sistema con quello più tradizionale legato alla *mutual legal assistance*<sup>10</sup>. Vale quindi, anche in questo settore, quanto si osserva per la distinzione tra accusatorio e inquisitorio: mutuo riconoscimento e procedure tradizionali di assistenza giudiziaria nelle fonti esistenti si combinano, dando vita a soluzioni normative ibride, caratterizzate a seconda del tasso d'influenza dell'uno o dell'altro modello.

<sup>8</sup> Cfr. in tal senso 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. 3511; V. Campilongo, *La circolazione della prova nel contesto europeo, tra mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie ed armonizzazione normativa*, *ivi*, 2014, p. 707.

<sup>9</sup> Decisione quadro del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa alle squadre investigative comuni DQ 2002/465/GAI.

<sup>10</sup> L'osservazione è di J.A.E. Vervaele, *Il progetto di decisione quadro sul mandato di ricerca delle prove*, in G. Illuminati (a cura di), *Prova penale e Unione europea*, Bologna, 2009, p. 154.

Per quel che concerne dunque nello specifico la direttiva OEI, è dato trovare nel testo alcune disposizioni che recepiscono le soluzioni più convincenti introdotte con le ultime convenzioni in materia di assistenza giudiziaria, in particolare con la Convenzione di Bruxelles del 2000<sup>11</sup>. Tra queste, meritano di essere segnalate le previsioni che promuovono l'adozione della *lex fori*, nell'esecuzione dell'ordine d'indagine, da parte dello Stato richiesto. In particolare, l'art. 9, par. 2 dispone che «l'autorità di esecuzione si attiene alle formalità e alle procedure espressamente indicate dall'autorità di emissione», sempre che esse non si pongano in contrasto con i principi fondamentali del suo ordinamento. Frutto dello stesso indirizzo politico appaiono anche i successivi parr. 4 e 5, che legittimano lo Stato richiedente a proporre che un suo rappresentante partecipi alle attività probatorie da compiere, e impongono allo Stato richiesto di accogliere la domanda nei limiti in cui – ancora – ciò non risulti incompatibile con i propri principi fondanti: si noti che questa partecipazione può ben avere un carattere attivo, e non esclusivamente passivo. Lo si desume in particolare dal par. 5, che pone dei limiti stringenti alle sole attività “di contrasto” (cioè di carattere repressivo) realizzabili dai rappresentanti dello Stato emittente<sup>12</sup>: da ciò indirettamente si deduce che altri tipi di operazioni – esulanti da ciò che possa essere ricondotto al *law enforcing* – sono liberamente effettuabili in territorio alieno, fino a quando ciò non si ponga in conflitto con i principi di base dello Stato d'esecuzione<sup>13</sup>.

D'altro canto, trovano conferma anche diversi tratti caratterizzanti del mutuo riconoscimento: per esempio, il dovere di dar esecuzione all'OEI senza richiedere il vaglio della doppia incriminazione, per la lista dei 32 reati già individuati con la decisione quadro sul mandato di arresto europeo (art. 11, par. 1 lett. g – con riferimento all'allegato D<sup>14</sup>); ancora, il dovere di dar seguito al provvedimento dello Stato emittente “senza imporre ulteriori formalità” e assicurandone l'esecuzione «secondo le stesse modalità con cui si procederebbe se l'atto d'indagine fosse stato disposto da un'autorità dello Stato di esecuzione» (art. 9 par. 1). Nella stessa linea si pone la previsione per cui, per certi tipi di prove – in generale quelle precostituite e quelle non implicanti “coercizione”<sup>15</sup> – i motivi di rifiuto sono ridotti all'essenziale, prescrivendosi il principio della libera disponibilità e del libero accesso (art. 11 par. 2). Queste disposizioni recepiscono i principali aspetti che avevano connotato le due fonti precedenti improntate al reciproco riconoscimento in ambito probatorio – la decisione quadro sul congelamento dei beni e il mandato europeo di ricerca delle prove – spingendosi oltre, fino a ricomprendere la prova dichiarativa, le prove o gli atti atipici (purché non coercitivi), e alcuni tipi di prove informatiche.

Se coniughiamo questa previsione con la pratica, sempre più diffusa, dello scambio spontaneo di informazioni e delle indagini parallele<sup>16</sup>, è facile comprendere come le autorità inquirenti paiano in grado di vedere sensibilmente potenziata la propria capacità di ottenere oltre confine in tempi rapidi informazioni spendibili nel procedimento penale. Come noto, la richiesta di assistenza costituisce sempre più spesso il punto di arrivo di una strategia che si costruisce prima, tra autorità inquirenti di Paesi diversi,

<sup>11</sup> Cfr. sul punto R. Belfiore, *La prova penale*, cit., p. 147 s.

<sup>12</sup> Il par. 5, in particolare, si premura di operare una divisione dei compiti, qualora all'attività probatoria partecipino rappresentanti dello Stato richiedente: durante l'esecuzione dell'OEI le autorità dello Stato di emissione presenti nello Stato di esecuzione si attengono al diritto dello Stato di esecuzione. Inoltre, esse non hanno in linea di massima alcuna competenza a svolgere attività «di contrasto» nel territorio dello Stato di esecuzione, salvo che una simile attività sia compatibile con il diritto dell'ordinamento richiesto, e ad ogni modo negli stretti limiti concordati tra le autorità di emissione e di esecuzione.

<sup>13</sup> Per esempio, non sembra precluso il potere di formulare domande durante l'audizione di una persona, né pare proibita la partecipazione di un rappresentante dello Stato emittente a una perquisizione o a un'ispezione. Ma sembra altresì possibile l'assistenza, e anche l'indicazione di prescrizioni da seguire, in relazione a un prelievo di un campione del DNA (salvo ovviamente l'eventuale apprensione materiale dell'interessato e la sua conduzione forzosa davanti all'autorità giudiziaria).

<sup>14</sup> L'allegato D riporta la ben nota lista delle ipotesi criminose che escludono il vaglio sulla doppia incriminazione.

<sup>15</sup> Si noti che il concetto è da intendere in senso lato, includente l'interferenza anche con il diritto di proprietà, come emerge dal considerando n. 16. In particolare, la direttiva prevede che debbano sempre essere disponibili: le informazioni o le prove già in possesso dell'autorità di esecuzione; le informazioni contenute in banche dati della polizia o delle autorità giudiziarie cui l'autorità di esecuzione può accedere direttamente nel quadro di un procedimento penale; l'audizione di un testimone, di un esperto, di una vittima, di una persona sottoposta ad indagini o di un imputato o di terzi nel territorio dello Stato di esecuzione; gli atti d'indagine non coercitivi, così come definiti dal diritto dello Stato di esecuzione; l'individuazione di persone titolari di un abbonamento a uno specifico numero telefonico o indirizzo IP.

<sup>16</sup> Cfr. Sul tema V. Melillo, *Tecniche investigative speciali e squadre investigative comuni*, in G. Illuminati (a cura di), *Prova penale e Unione europea*, cit., p. 93 s., in particolare pp. 97-100; M. Simonato, *The “Spontaneous Exchange of Information” between European Judicial Authorities from the Italian Perspective*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2011, n. 2, p. 220 s.

attraverso l'attivazione di "buone prassi", quali lo scambio spontaneo di informazioni e l'avvio di indagini parallele, sullo stesso fatto o su vicende connesse (ovviamente, spesso le due pratiche sono poste in essere congiuntamente). In sostanza, nel momento in cui l'autorità emittente si rivolge a quella di esecuzione per ottenere formalmente dei dati probatori, essa ne è già al corrente, avendo avuto la possibilità di seguire in via informale e attraverso la collaborazione spontanea lo sviluppo delle indagini condotte altrove. L'art. 11, par. 2 della direttiva OEI sembra in grado di potenziare una modalità operativa quale quella descritta, e di farla consolidare in maniera stabile.

Si può addirittura pensare – e la cosa del resto non deve destare stupore – che si venga profilando una sorta di doppio binario o doppio regime d'indagine transazionale, a seconda che le operazioni investigative coinvolgano o meno atti coercitivi. Nell'ipotesi di procedimenti in cui rilevino essenzialmente prove precostituite, o dichiarazioni per il cui ottenimento non è necessario adottare provvedimenti coattivi, pare trovare attuazione piena il reciproco riconoscimento: sembra questo poter essere l'ambito di numerose ipotesi criminose per così dire "d'impresa", o rientranti in senso lato nell'area del diritto penale dell'economia. Solo a titolo d'esempio, paiono rientrare in questa tipologia le frodi fiscali e doganali, le condotte fraudolente (in senso atecnico) poste in essere ai danni degli interessi finanziari dell'Unione (per ottenere indebitamente finanziamenti, o per farne un uso diverso da quello per il quale essi sono stati erogati). Viceversa, qualora vi sia necessità di un intervento coercitivo, il metodo imposto dall'OEI si allontana dal puro mutuo riconoscimento, per riprendere alcune soluzioni tipiche della tradizionale assistenza giudiziaria, sia pur rivedute attraverso alcune efficaci soluzioni (una più diffusa applicazione della *lex fori*, e la partecipazione attiva di magistrati dello Stato emittente nel corso dell'assunzione della prova).

Infine, con la direttiva in esame si effettuano scelte rilevanti verso una migliore armonizzazione dei sistemi in campo probatorio, qualora si interferisca con i diritti fondamentali (in particolare, con la libertà personale, la tutela della segretezza e della *privacy*, il diritto di difesa): da qui il Capo IV della direttiva, con cui si dettano disposizioni comuni per uniformare le procedure riguardanti le informazioni bancarie, quelle legate alle operazioni sotto copertura, le intercettazioni, e il trasferimento delle persone detenute al fine di poterne raccogliere le dichiarazioni. In sostanza, il legislatore sembra voler recepire, sia pur parzialmente, l'argomento, tante volte sollevato dagli studiosi, per cui nessun pieno mutuo riconoscimento sia possibile sinché non si riesca a operare una rilevante opera di ravvicinamento e armonizzazione delle legislazioni nazionali in ambito probatorio, troppo diverse apparendo, allo stato le tradizioni statuali in materia<sup>17</sup>.

## ALCUNI ASPETTI POSITIVI

Altri aspetti positivi che meritano di essere messi in evidenza sono rappresentati dal richiamo costante al principio di proporzionalità, dallo scrupolo per il rispetto dei diritti fondamentali e da un relativo rafforzamento – benché ancora insufficiente – del diritto di difesa.

Quanto alla proporzionalità, la sua esplicita menzione è certamente dovuta a una presa d'atto della giurisprudenza sviluppata in materia di mandato d'arresto europeo<sup>18</sup>, e alla necessità di evitare che stru-

<sup>17</sup> Cfr. C. Clavier-Rousset, *The admissibility of evidence in criminal proceedings between European Union Member States*, in *European Criminal Law Review*, 2013, n. 2, p. 152 s. Si veda inoltre S. Allegranza, *Critical remarks on the Green paper on obtaining evidence in criminal matters from one Member State to another*, cit., pp. 574-576. La medesima tesi è sostenuta da A. Ryan, *Toward a System of European Criminal Justice*, cit., p. 238 s. (in particolare pp. 247-249).

<sup>18</sup> Si richiama qui la ben nota sentenza del Oberlandesgericht Stuttgart, del 25 febbraio 2010, 1 Ausl (24) 1246/09, *General Prosecution Service c. C.* pubblicata, nella traduzione inglese di J. Vogel (relatore nella causa) ed annotazione di J. Spencer, in *Criminal Law Review*, 2010, p. 474. Per un commento italiano alla pronuncia cfr. L. Romano, *Principio di proporzionalità e mandato d'arresto europeo: verso un nuovo motivo di rifiuto?*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 2013, vol. 1, p. 250 s. Va ricordato, al tempo stesso, la Relazione della Commissione L.i.b.e. del Parlamento europeo recante raccomandazioni alla Commissione sul riesame del mandato d'arresto europeo (2013/2109(INL) – consultabile sul sito: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A7-2014-0039+0+DOC+XML+V0//IT#title1> – che in più passaggi (si veda per tutto il punto 7) invoca una migliore e più estesa tutela del principio di proporzionalità. Prima ancora, a mettere in evidenza il problema era stata la Commissione, nella sua relazione del 2011 (*“Relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio sull'attuazione dal 2007 della decisione quadro del Consiglio del 13 giugno 2002 relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri”* – documento COM (2011) 175 dell'11 aprile 2011): in particolare, si veda il § 5 della Relazione, tutto dedicato al «problema della proporzionalità».

menti di impatto così rilevante sulle posizioni dei singoli siano usati per casi di piccolo rilievo. Tuttavia, il suo recepimento nella direttiva OEI va ben oltre il mero raffronto del rapporto tra mezzi e fini, per spingersi a un sindacato sullo strumento probatorio richiesto dallo Stato emittente assimilabile a quello conosciuto a livello interno per alcune misure potenzialmente lesive dei diritti fondamentali: di fronte a una richiesta di assistenza per l'acquisizione di un atto probatorio, sia lo Stato emittente che quello di esecuzione devono porre in essere il triplice vaglio implicato dal canone di proporzione (idoneità; necessità; proporzionalità in senso stretto). Lo confermano le disposizioni di riferimento: l'atto richiesto deve essere, secondo l'art. 6, par. 1 lett a), "necessario", ove tale parametro sembra identificare, quanto meno, la capacità del dato probatorio in astratto di raggiungere l'obiettivo prefissato. Inoltre, lo Stato di esecuzione deve valutare se sia possibile raccogliere le informazioni attraverso operazioni meno invasive per i diritti individuali (art. 10, par. 3). Infine, la proporzionalità in senso stretto può realisticamente ritenersi recepita, da un lato, in forza del richiamo generale al principio in questione, operato nelle due diverse disposizioni richiamate; dall'altro, grazie alla giurisprudenza consolidata sotto l'egida del mandato d'arresto europeo, e valorizzata dai rapporti della Commissione e del Parlamento su quello strumento di cooperazione giudiziaria<sup>19</sup>. Vale la pena rimarcare che il vaglio di proporzionalità deve essere operato sia nella fase di emissione che in quella di attuazione: a tal proposito, ove lo Stato di esecuzione nutra dei dubbi circa il rispetto del principio in esame, deve consultarsi con le autorità emittenti (art. 6, par. 2). In sostanza, in materia di proporzionalità ci troviamo di fronte ad una deroga al mutuo riconoscimento, dal momento che entrambe le autorità giudiziarie devono separatamente effettuare lo stesso controllo, provvedendo a consultarsi in caso di contrasto. Un simile *modus operandi* dovrebbe favorire il ravvicinamento e l'uniformazione applicativa di un metodo – quello implicato dal canone di proporzione – che inevitabilmente riconosce al potere giudiziario un considerevole margine discrezionale, attenuando le distanze prasseologiche tra i diversi ordinamenti nazionali<sup>20</sup>.

Quanto al rispetto dei diritti della difesa, è vero che si tratta di un riferimento pleonastico – in fondo, lo impongono la Carta dei diritti (art. 48) e i principi fondamentali posti all'art. 6 TUE – nonché generico, nella sua formulazione. Non si deve dimenticare, tuttavia, che in questo settore dovrebbero trovare attuazione le regole espresse dalle nuove direttive in materia di diritti dell'imputato<sup>21</sup>, considerato che l'OEI può trovare applicazione in un procedimento penale o in una procedura non penale in grado di dar origine nel suo sviluppo a un successivo procedimento penale.

Per fare un esempio, ove occorra sentire la persona sottoposta ad indagini, bisognerà dare attuazione all'art. 3 della direttiva sull'accesso a un difensore, che impone (par. 3, lett. a-b), prima che l'audizione cominci, il diritto di incontrare il difensore in privato e di comunicarvi, nonché, durante l'operazione probatoria, la sua partecipazione attiva. Si dovrà inoltre procedere nel rispetto della direttiva 2012/13/UE, che prescrive il dovere d'informazione a chi si trovi sottoposto a un procedimento penale: in particolare, l'autorità sarà tenuta a rendere l'interessato edotto del diritto ad avvalersi di un difensore, del diritto al silenzio, di quello a poter usufruire di un interprete – per il quale dovrà trovare esecuzione quanto previsto dalla direttiva 2010/64/UE – nonché, infine, della natura e dei motivi dell'accusa.

Importante appare, sotto altro profilo, il dovere, per lo Stato che esegua l'ordine, di apprestare le stesse tutele e gli stessi mezzi d'impugnazione predisposti per un atto adottato all'interno del proprio ordinamento. Così, ipotizzando che un'autorità italiana riceva un ordine di sequestro probatorio, e di perquisizione prodromica al rinvenimento e all'apprensione della *res*, occorrerebbe riconoscere all'inte-

<sup>19</sup> Basti qui il richiamo al rapporto del 2011 della Commissione, in precedenza richiamato (p. 8 del documento): «Quando mandati d'arresto europei vengono emessi per casi in cui una misura detentiva cautelare risulterebbe inappropriata, si produce un effetto sproporzionato sulla libertà delle persone ricercate».

<sup>20</sup> Sul tema si rinvia alle osservazioni di M. Daniele, *La metamorfosi del diritto delle prove nella direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, cit., pp. 9-13.

<sup>21</sup> Le direttive sui diritti dell'imputato sono specificamente: Direttiva 2010/64/EU sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali; Direttiva 2012/13/EU sul diritto all'informazione nei procedimenti penali; Direttiva 2013/48/EU relativa al diritto di avvalersi di un difensore nel procedimento penale e nel procedimento di esecuzione del mandato d'arresto europeo, al diritto di informare un terzo al momento della privazione della libertà personale e al diritto delle persone private della libertà personale di comunicare con terzi e con le autorità consolari. In tema, sia consentito il rinvio a M. Caianiello, *Dal terzo pilastro ai nuovi strumenti: diritti fondamentali, "road map" e l'impatto delle nuove direttive*, in *www.penalecontemporaneo.it*.

Per uno sguardo lucido e originale, cfr. T. Rafaraci, *Diritti fondamentali, giusto processo e primato del diritto UE*, in *questa Rivista*, 2014, n. 3, p. 1 s.

ressato i diritti attribuitigli dall'ordinamento per l'atto interno omologo, con qualche inevitabile adattamento legato al contesto transnazionale<sup>22</sup>. Al tempo stesso, ove sia l'Italia a emettere l'OEI, la tutela delle prerogative difensive in maniera adeguata, accettabile secondo i canoni del nostro ordinamento, dovrebbe essere assicurata da due fattori (la cui operatività, tuttavia, va riconosciuto, è *a priori* difficilmente decifrabile<sup>23</sup>), costituiti dal combinarsi della prevalenza (tendenziale – art. 9, par. 2) della *lex fori*, e dall'applicazione delle tre direttive in materia di diritti della difesa in precedenza richiamate<sup>24</sup>.

Infine, è di indubbio rilievo la possibilità riconosciuta alla difesa di promuovere un atto d'indagine all'estero attraverso l'OEI: l'art. 1, par. 3 attribuisce all'indagato o al suo difensore la legittimazione ad agire per l'emissione di un euro-ordine «nel quadro dei diritti della difesa applicabili conformemente al diritto e alla procedura penale nazionale». Si tratta di un'apertura importante, benché di certo ancora insufficiente nell'ottica di una parità delle armi tra organi inquirenti e difesa<sup>25</sup>. Occorre considerare infatti che nei tradizionali meccanismi di assistenza giudiziaria la difesa giocava un ruolo del tutto marginale, non vedendosi riconosciuta una formale legittimazione ad agire (potendosi al più spingere a sollecitare il pubblico ministero affinché si attivasse in suo aiuto)<sup>26</sup>. Se proviamo a ipotizzare come l'art. 1, par. 3 della direttiva OEI potrebbe essere recepito dal nostro ordinamento, paiono plausibili due soluzioni, l'una di carattere minimale e l'altra di portata più espansiva (sebbene entrambe migliorative, rispetto allo *status quo* in cui versa attualmente l'imputato). Nell'ottica più riduttiva, si potrebbe prevedere, per il giudice chiamato a considerare la richiesta di un OEI avanzata dall'imputato, un dovere di decidere attraverso un provvedimento motivato. In un'ottica più espansiva, e volta a dare piena attuazione al diritto alla prova, si potrebbe introdurre una forma di richiesta quasi-recettizia, quali quelle previste agli ultimi due commi dell'art. 391-*bis* c.p.p. Una soluzione del genere parrebbe preferibile, perché consentirebbe, da un lato, di avvicinare sul piano sostanziale le prerogative di pubblico ministero e difesa (oggi largamente sbilanciate a favore dell'organo pubblico quando l'indagine sia di carattere transnazionale<sup>27</sup>); dall'altro, di incanalare verso un maggiore equilibrio, quella giurisprudenza che nega in radice la possibilità per il difensore di effettuate indagini all'estero sulla base del Titolo VI *bis* del codice<sup>28</sup>. Quella preclusione, certo controversa sul piano ermeneutico<sup>29</sup>, potrebbe trovare una parziale giustificazione attraverso l'attribuzione alla parte privata di una legittimazione ad agire, al fine di tutelare il diritto alla prova. Si badi, anche nella migliore delle ipotesi sarebbe avventato parlare di realizzazione di un pieno equilibrio: chiedere una prova attraverso l'OEI – o anche ottenerla, come avverrebbe introducendo una fattispecie del tenore di quelle previste all'art. 391-*bis* comma 10 e 11 c.p.p.<sup>30</sup> – impone comunque alla difesa di scoprire le proprie carte, e con esse la propria strategia; ancora, presuppone una capacità di orientarsi, nella preparazione del proprio caso ben difficile da realizzare in concreto. Occorre infatti disporre di strumenti e reti di informazione tali da consentire di venire a conoscenza,

<sup>22</sup> In particolare, occorrerebbe riconoscere all'interessato il diritto a partecipare, e quello di farsi assistere da una persona di fiducia. A tal fine, l'autorità procedente dovrebbe consegnare una copia dell'OEI, e dei documenti ad esso allegati, eventualmente integrati dall'avviso di cui all'art. 247 c.p.p. Andrebbe inoltre comunque riconosciuto il diritto del difensore ad assistere all'atto. Occorrerebbe, inoltre, anche in ottemperanza alla direttiva 2012/13/UE, provvedere a notificare gli avvisi di cui agli artt. 369 e 369-*bis* c.p.p. Infine, l'imputato manterrebbe il diritto a richiedere la restituzione delle cose sequestrate (che, sebbene non costituisca una impugnazione, può essere ricondotto al concetto di rimedio evocato dalla versione inglese del testo della direttiva), e di impugnare il provvedimento di sequestro, con gli stessi strumenti apprestati dal codice per l'analogo atto.

<sup>23</sup> Così, giustamente, M. Daniele, *La metamorfosi del diritto delle prove*, cit., p. 9.

<sup>24</sup> Cfr. M. Caianiello, *Dal terzo pilastro ai nuovi strumenti*, cit., pp. 16-23, per un'analisi degli effetti delle nuove direttive in materia di diritti della difesa nell'ambito delle procedure nazionali.

<sup>25</sup> Critica sulla posizione deteriorata in cui viene lasciata la difesa R. Belfiore, *La prova penale*, cit., p. 221.

<sup>26</sup> Come osserva A. Mangiaracina, *A New and Controversial Scenario in the Gathering of Evidence at the European Level*, cit., p. 123-124, la difesa nel tradizionale sistema di assistenza giudiziaria doveva canalizzare la propria domanda verso il pubblico ministero, cui solo spettava l'iniziativa per avviare la procedura di assistenza.

<sup>27</sup> Così V. Melillo, *Tecniche investigative speciali e squadre investigative comuni*, cit., pp. 100-102.

<sup>28</sup> Il riferimento è a Cass., sez. I, 29 maggio 2007, n. 23967, in *Cass. pen.*, 2009, p. 2035, con nota di M. Bordieri, *Brevi note sull'inutilizzabilità di atti di investigazione svolti all'estero dal difensore dell'imputato senza passare attraverso una rogatoria internazionale*.

<sup>29</sup> Si veda anche, in materia, E. Selvaggi, *Noi e gli altri: appunti in tema di atti processuali all'estero*, *ivi*, 2009, p. 2049; D. Curtotti Nappi, *I nuovi orizzonti investigativi del difensore: le informazioni assunte all'estero*, in *Giur. it.*, 2008, p. 986; C. Angeloni, *L'inammissibilità di investigazioni difensive all'estero: una ricostruzione plausibile?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1383 s.

<sup>30</sup> In tema, senza pretesa di completezza, per uno sguardo complessivo, cfr. P. Ventura, *sub art. 391-bis c.p.p.*, in G. Conso-G. Illuminati (coordinato da), *Commentario breve al codice di procedura penale*, Padova, II ed., 2015, pp. 1664-1667.

prima di presentare la richiesta di OEI all'autorità giudiziaria, di quali prove all'estero meriterebbero essere acquisite.

## ASPETTI CRITICI

Un primo profilo che appare poco convincente concerne le clausole di rifiuto, che appaiono ancora troppo legate al modello della mutua assistenza giudiziaria. In particolare, le ipotesi di non esecuzione legate alla territorialità (art. 11 par. 1 lett. e)) risultano criticabili, proprio perché mettono particolarmente a repentaglio l'efficacia della misura (così come del resto è avvenuto con il mandato di arresto europeo<sup>31</sup>). La critica è legata a due aspetti, l'uno teorico, l'altro pratico. In primo luogo, le clausole di rifiuto legate alla territorialità contraddicono la costruzione ideale dello spazio giudiziario europeo, che, per l'appunto, va inteso come un'unica area nella quale opera in prima battuta il diritto dell'Unione<sup>32</sup>. Negare l'attuazione dell'OEI perché un fatto è stato commesso, in tutto o in parte, sul territorio dello Stato dell'esecuzione ripristina quei confini che la costruzione dello spazio comunque vuole abbattere in radice. Ci troviamo quindi di fronte a una previsione che si pone in conflitto con le fondamenta della cooperazione giudiziaria fondata sul reciproco riconoscimento. Sul lato pratico, d'altro canto, si tratta di una disposizione che non pare tener conto di come, sempre più spesso, le condotte e le vicende criminose siano, per l'appunto, transnazionali, e dunque inevitabilmente portate a trovare realizzazione in diversi ordinamenti statuali. In sostanza, la previsione in esame pare un tributo alla sovranità dello Stato che smentisce la ragion d'essere del modello nuovo di cooperazione giudiziaria. È possibile che una clausola del genere sia posta dal legislatore per apprestare un rimedio al problema della litispendenza transnazionale, cioè al *overlapping of jurisdictions*<sup>33</sup>. Sinceramente, non pare questa una risposta adeguata ad un problema che in effetti è reale. La soluzione migliore, come efficacemente è stato sottolineato, risiede nell'individuare chiare regole di attribuzione della giurisdizione: risolto quell'aspetto, vale a dire assicurato che l'imputato non sia sottoposto a plurimi procedimenti per un medesimo fatto, non v'è ragione per consentire a un ordinamento di non cooperare solo perché la vicenda per cui si procede ha avuto luogo, in tutto o in parte, sul suo territorio.

Un altro profilo quantomeno controverso concerne la posizione della difesa. Al di là della legittimazione al difensore a domandare un OEI, l'imputato si trova, nel quadro di un procedimento transnazionale, in una posizione immensamente svantaggiata rispetto alle autorità inquirenti. Il problema centrale, sotto questo punto di vista, è costituito – dando per superato il tema della determinazione del giudice precostituito per legge – dalla *disclosure*, cioè dalla possibilità per la difesa di avere contezza degli elementi a carico raccolti da chi conduce le indagini. È facile osservare come, in inchieste di carattere transnazionale, *the right counsel is in the wrong place*: il difensore cui viene consentito di mettere in discussione il risultato probatorio non dispone delle conoscenze necessarie per coltivare efficacemente l'eventuale eccezione processuale<sup>34</sup>. In tal senso, ad esempio, la difesa non può strutturalmente essere al corrente di quella comunicazione di informazioni spontanee tra le autorità inquirenti che, come si è osservato in precedenza, tipicamente antecede l'emissione di atti di assistenza giudiziaria a carattere probatorio. Né essa ha alcun accesso ai dati scambiati nel corso dell'attività di coordinamento favorita e supportata da Eurojust. Elementi del genere sarebbero essenziali per consentire all'imputato di mettere in discussione la rilevanza dell'operazione, o la sua necessità (si pensi all'indispensabilità nel caso sia posta in essere una operazione di intercettazione transnazionale). Rimanendo all'oscuro di una porzione così determinante dell'inchiesta, è chiaro che ben difficilmente sarà possibile contrastare con efficacia l'azione repressiva quanto all'*an* della prova, cioè al verificarsi delle condizioni inerenti alla sua ammissione. Si noti, ancora, che, nel caso di investigazioni coordinate tra più ordinamenti, a differenza di

<sup>31</sup> Si veda, a tal proposito, Cass., sez. VI, 14 maggio 2014., n. 20526, in *CED Cass.*, 259784.

<sup>32</sup> Per tutti A. Klip, *European Criminal Law*, cit., p. 19 s.

<sup>33</sup> Sul tema cfr. ampiamente, L. Luparia, *La litispendenza internazionale: tra ne bis in idem europeo e processo penale italiano*, Giuffrè, Milano, 2012.

<sup>34</sup> A tal proposito, va evidenziato che, in linea di prima approssimazione, le questioni riguardanti l'ammissione della prova – intesa come l'insieme delle condizioni alla stregua delle quali la prova può essere presentata e introdotta nel processo (pertinenza-rilevanza, da un lato, e divieti probatori, dall'altro) – devono essere decise dallo Stato emittente (art. 6 par. 2); quelle invece attinenti all'assunzione della prova, devono essere contestate nello Stato di esecuzione.

quanto avviene di fronte ad un procedimento con carattere esclusivamente nazionale, la difesa è realisticamente destinata a non venire mai a conoscenza di un determinato contesto di informazioni (cioè nemmeno a operazioni concluse). L'indagine parallela e lo scambio spontaneo di dati e prove consente alle autorità inquirenti di operare una sorte di *cherry picking*, cioè di scegliere, fior da fiore, gli elementi utili al perseguimento dell'imputato nell'alveo di un ben più vasto insieme di notizie, destinate a rimanere sempre nella disponibilità – e nella segreta custodia – degli inquirenti di altro ordinamento che si pongono in collaborazione spontanea con chi procede.

La carenza informativa si ripercuote sulla possibilità di operare una verifica effettiva, ad opera dello Stato di esecuzione, sul rispetto dei diritti fondamentali e del principio di proporzionalità, così come previsto dall'art. 6 par. 3: i dubbi, all'occorrere dei quali l'autorità di esecuzione può mettersi in contatto con quella di emissione, possono realisticamente sorgere solo ove, nell'ordinamento richiesto, sia coinvolto un difensore capace e consapevole, in grado cioè in concreto di sollevare tempestivamente una eccezione quanto alla legittimità della prova oggetto dell'OEI. Tuttavia, la direttiva non prevede né un dovere di *full disclosure* quanto agli elementi alla base delle richieste probatorie veicolate dall'OEI, né un sistema di eurodifesa capace di operare un tempestivo e efficace contatto tra difensori operanti nei diversi ordinamenti. In questo senso, sarebbe stato opportuno interpolare l'art. 10, direttiva 2013/48/UE, sull'accesso a un difensore, con il quale, per la prima volta, si impone la nomina di un difensore nello Stato di esecuzione del mandato, e si dettano, sia pur molto genericamente (al par. 4), le linee di un coordinamento tra difese operanti nell'ordinamento *a quo* e in quello *ad quem*. Ancora, si sarebbe potuto intervenire sull'art. 7, direttiva 2012/13/UE, per chiarire i modi e i tempi di accesso al fascicolo nei casi in cui le operazioni investigative abbiano dimensione transnazionale. Il silenzio del legislatore quanto agli aspetti messi in rilievo va considerato come un'occasione deplorabilmente mancata, cui è difficile supporre possa trovare rimedio la giurisprudenza.

#### VERSO UN REGIME DI MUTUA AMMISSIBILITÀ DELLA PROVA?

Nei primi commenti sulla nuova direttiva, si è tendenzialmente sostenuto che essa non tocchi il tema dell'ammissibilità reciproca delle prove, né si presti indirettamente a essere letta in tal senso. Le ragioni addotte, con qualche approssimazione, sono legate a due motivi: da un lato, l'evoluzione storica della nuova fonte, che, abbandonando il disegno normativo originario, appare tutta focalizzata solo sulla cooperazione in materia di scambio e acquisizione di informazioni e prove; dall'altro, da una posizione teorica di fondo che contesta il legame tra mutuo riconoscimento e un regime eurolunitario di ammissibilità delle prove. Per dirla diversamente, il metodo della *mutual recognition* concernerebbe esclusivamente la cooperazione tra Stati per la conduzione di inchieste giudiziarie, sostituendo progressivamente il vecchio sistema di carattere rogatorio: è dunque operazione indebita ricavare da previsioni dettate per questo settore spunti con riguardo al tema della mutua ammissibilità in campo probatorio.

Questo approccio non pare potersi condividere. Come sempre avviene per il diritto europeo – i cui piccoli passi nascondono disegni molto più grandi – dipende dalla prospettiva adottata. Se osserviamo il meccanismo varato con la direttiva OEI in chiave retrospettiva, non c'è dubbio che esso nulla dica, o quasi, quanto al tema della *mutual admissibility of evidence*. Se invece ci poniamo in chiave prospettica, o di potenziale evoluzione favorita da questa nuova fonte, il discorso cambia sensibilmente. Un efficace sistema di mutuo riconoscimento rappresenta infatti, come da lungo tempo riconosciuto dalla dottrina, uno dei mezzi attraverso i quali, in via indiretta, il legislatore europeo può conseguire il risultato di condizionare la materia delle invalidità probatorie, portandola lentamente a uniformità<sup>35</sup>. Non dobbiamo mai dimenticare il contesto storico e politico nel quale queste nuove disposizioni si trovano ad operare, caratterizzato da due fenomeni in grado di scardinare le divisioni tra ordinamenti nazionali e sistemi sovranazionali: da un lato, quella che è stata definita la «*global community of judges, sharing the same project for the international entrenchment of human rights*»<sup>36</sup> (cioè in sostanza il senso di comunanza globale della comunità giudiziaria, favorito da un crescente e inarrestabile dialogo tra le corti); dall'al-

<sup>35</sup> Così S. Gless, *Strategie e tecniche per l'armonizzazione della prova*, in G. Illuminati (a cura di), *Prova penale e Unione europea*, cit., p. 141 s.; S. Allegrezza, *L'armonizzazione della prova penale alla luce del Trattato di Lisbona*, *ivi*, p. 161 s. (in particolare pp. 165-169).

<sup>36</sup> La definizione è di R. Vogler, *Criminal Evidence and Respect for Fair Trial Guarantees in the Dialogue Between European Court of Human Rights and National Courts*, in S. Ruggeri (ed.), *Transnational Evidence and Multicultural Inquiries in Europe*, Berlin, 2014, p. 181 s.

tro, il venir meno della divisione tra diritto interno e diritto internazionale, cagionato dalla globalizzazione dei sistemi<sup>37</sup>. In questo quadro, di fronte a una nuova fonte normativa adottata da un organismo sovranazionale, ci si deve sempre chiedere quali possano essere le ripercussioni per quello che, un tempo, avremmo considerato mero diritto interno.

Nella prospettiva che si è appena indicata, sembrano potersi cogliere diversi spunti nella direzione di un modello armonizzato di invalidità probatorie.

Innanzitutto, va messo in luce il dovere di far uso della *lex fori*, quanto più possibile, con il limite costituito dai principi fondamentali dello Stato di esecuzione. Questa operazione dovrebbe favorire proprio quel ravvicinamento tra sistemi che è prodromico a un regime uniformato in campo probatorio. L'approssimazione tra i sistemi dovrebbe poter essere raggiunta intervenendo su due piani diversi: quello dei principi, attraverso l'elaborazione di soluzioni ermeneutiche in grado di favorire la cooperazione (si pensi ai limiti massimi della carcerazione preventiva come interpretati dalle Sezioni Unite nei casi Ramoci); quello delle regole, attraverso un'opera di sintesi, implicata in concreto dal dovere per lo Stato di esecuzione di applicare la *lex fori*: occorre infatti evitare di porre le autorità chiamate a dar seguito all'OEI di fronte a troppe difficoltà, limitando per quanto possibile il rischio di errori. In questo senso, sarà inevitabile per lo Stato richiedente individuare con l'emissione dell'OEI quelle (sole) disposizioni il cui rispetto appare cruciale ai fini di salvaguardare la validità dell'atto. Da questo punto di vista, anche l'estesa possibilità di magistrati dell'ordinamento emittente di affiancare le autorità giurisdizionali dello Stato di esecuzione ben dovrebbero prestarsi a quella reciproca conoscenza – e indirettamente, a quella reciproca ibridazione – che costituisce il presupposto di un regime armonizzato nel settore in esame<sup>38</sup>.

In secondo luogo, un linguaggio comune pare destinato a formarsi in materia di proporzionalità, con inevitabili effetti *à rebours* sul piano interno: se si dovesse raggiungere un'accezione condivisa – per esempio – in materia di necessità e proporzionalità in senso stretto in relazione alle intercettazioni di comunicazioni, a livello europeo, è difficile pensare che ciò non comporti implicazioni quanto agli omologhi presupposti sul piano nazionale. In altre parole, è realistico supporre che l'applicazione dei due parametri – quello europeo e quello statale – tenderanno ad avvicinarsi (nel senso che l'ermeneutica sulla disposizione nazionale tenderà a riprodurre quella sviluppatasi in sede europea).

Infine, abbiamo un quadro della divisione dei compiti abbastanza chiaro, che pare potersi prestare a fungere da canovaccio per una futuribile direttiva in materia di *mutual admissibility of evidence*. Allo Stato di emissione vengono attribuiti i poteri di sindacare l'ammissione della prova da richiedere *aliunde*, in termini di pertinenza-rilevanza e di divieti probatori. Lo Stato d'esecuzione – pur con l'eccezione inescutibile dalla possibilità di "consultarsi" con quello d'emissione quanto al rispetto della proporzionalità e dei diritti umani – è *dominus* della esecuzione, e dei vizi che dovessero insinuarsi in questa fase: i rimedi, infatti, sono quelli previsti dal suo ordinamento, in misura uguale a quelli predisposti per le operazioni aventi mera rilevanza interna. Si badi, e qui s'insinua un paradosso, che le regole alla cui osservanza lo Stato richiesto deve vigilare potrebbero essere costituite in gran parte se non *in toto* da disposizioni dello Stato richiedente, posto il generale dovere di attuare quanto più possibile la *lex fori*.

Infine, nessuna delle previsioni sovranazionali si occupa delle regole di valutazione: il che è del tutto coerente con la necessità di non interferire in un settore ove lo iato incolmabile è costituito dalla *summa divisio* tra sistemi con giuria e sistemi con giudici togati.

## CONCLUSIONI

L'ordine europeo di indagine penale rappresenta uno strumento dalle molteplici potenzialità, i cui contorni precisi sono ancora lontani dall'essere colti, dal momento che, per la prima volta, con una diretti-

<sup>37</sup> In tal senso, oltre a R. Vogler, *op. ult. cit.*, si veda A.M. Slaughter, *A global community of courts*, in *Harvard International Law Journal*, 44, 2003, pp. 191-219; M.A. Waters, *Creeping monism: the judicial trend toward interpretative incorporation of human rights treaties*, in *Columbia Law Review*, 107, 2007, pp. 628-705. Sul piano interno V. Manes, *I principi penalistici nel network multilivello: trapianto palingenesi, cross-fertilization*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, p. 839 s.

<sup>38</sup> Anche sotto questo aspetto, appare essenziale un tempestivo coinvolgimento della difesa, senza la quale è irrealistico pensare di riuscire a effettuare in modo proficuo quella semplificazione indispensabile affinché la *lex fori* possa essere facilmente attuata da parte dello Stato di esecuzione.

va, l'Unione cerca di operare una *reductio ad unum* delle tante e diverse fonti in materia di cooperazione nel campo probatorio.

Gli aspetti che – a prima vista – appaiono più critici concernono il ruolo fortemente creativo del giudice (legato alla capacità dell'OEI di favorire una ibridazione dei modelli probatori europei), nonché la posizione della difesa e la tutela dei suoi diritti<sup>39</sup>. Quanto al primo, sarà necessario elaborare una metodologia condivisa sotto almeno due profili: le modalità di attuazione della *lex fori*, da un lato, e l'applicazione del *test* di proporzionalità, dall'altro. Con riguardo al secondo, non sbaglia chi evoca l'intervento del legislatore per introdurre nuove previsioni in materia di *legal aid* e di istituzione di un meccanismo di difesa europea<sup>40</sup> (nonché di *disclosure* degli elementi utili alla difesa). Nel frattempo, gli sforzi maggiori dovrebbero essere profusi sul piano ermeneutico per coniugare la direttiva OEI con quelle riguardanti le prerogative dell'imputato, di modo da offrire, in ognuno dei molteplici passaggi critici che la cooperazione giudiziaria può porre, un'adeguata tutela dei diritti difensivi: non va dimenticato che la posizione di svantaggio di chi è accusato, ove la dimensione del caso sia transnazionale, è pesantemente accentuata da un deficit informativo strutturale, in grado in ogni momento di minare le fondamenta di un processo che si voglia effettivamente giusto.

Infine, non vanno trascurate le potenzialità che la direttiva presenta quanto alla capacità di favorire un'approssimazione, e addirittura la costruzione di una strada comune, in materia di "ammissibilità" delle prove. Non cogliere gli spunti traibili dal testo di questa fonte significa, verosimilmente, perdere l'occasione di contribuire a determinare quello che costituirà, in un futuro non lontano, il sistema probatorio europeo in ambito penale.

---

<sup>39</sup> Vale la pena, in aggiunta a quanto osservato sinora, rimarcare che il solenne richiamo al rispetto dei principi fondamentali non può dirsi del tutto tranquillizzante, sinché la Corte di Giustizia non interverrà a rivedere alcuni limiti posti con le sentenze *Melloni* e *Åkerberg Fransson*. In sostanza, sebbene si evochi il rispetto delle tutele essenziali dell'imputato nel testo delle previsioni normative, grava sul punto l'ombra dei controlimiti ricavati dalle due pronunce evidenziate, le quali, in estrema sintesi, pongono un freno all'espansione dei diritti individuali là dove essa possa vanificare i fini – evidentemente considerati superiori – della cooperazione e dell'efficacia del diritto dell'Unione. In tal senso, cfr. T. Rafaraci, *Diritti fondamentali, giusto processo e primato del diritto UE*, cit., pp. 3-5.

<sup>40</sup> A. Mangiaracina, *A New and Controversial Scenario*, cit., pp. 124-125.