

ORDINE EUROPEO DI INDAGINE E POTERI SANZIONATORI DEL GIUDICE

di Rosita Del Coco

Abstract. Finalizzata ad introdurre un nuovo strumento omnicomprensivo, volto all'acquisizione e circolazione di materiale probatorio in ambito europeo, la Direttiva 2014/41/UE sull'Ordine investigativo europeo sconta la mancanza di espresse previsioni normative che disciplinino l'ammissibilità e l'utilizzabilità della prova ultra fines formata. A fronte di tale lacuna, la scelta dei criteri sanzionatori risulta, di fatto, affidata all'opera interpretativa dei giudici nazionali che vengono, così, investiti di un'inedita funzione di supplenza nell'ottica di tutela dei diritti e delle garanzie. Dietro le nuove opzioni sanzionatorie si celano, tuttavia, insidie che non possono essere sottovalutate. Da un lato, infatti, vi è il pericolo di accentuare la componente creativa dell'attività di interpretazione. Dall'altro lato, si prospetta il pericolo che, nella delicata opera di bilanciamento tra valori ed esigenze contrapposte, possano prevalere letture "funzionali" dei diritti individuali.

SOMMARIO: 1. Mutuo riconoscimento, armonizzazione e reciproca ammissibilità della prova. – 2. Ordine europeo di indagine e tutela dei diritti nello "Spazio di libertà, sicurezza e giustizia". – 3. Ammissibilità della prova allogena e controlli giurisdizionali. – 4. L'inutilizzabilità della nuova prova europea.

1. Mutuo riconoscimento, armonizzazione e reciproca ammissibilità della prova.

Evocato per la prima volta in occasione del Consiglio europeo di Cardiff del 15 e 16 giugno 1998, il principio del mutuo riconoscimento¹ – il quale postula che le autorità di uno Stato membro riconoscano come se fossero interne le decisioni giudiziarie adottate in altri Paesi membri – ha trovato esplicita consacrazione ufficiale nelle Conclusioni del Consiglio Europeo di Tampere del 1999, che lo ha eletto a

¹ Cfr. C. JANSSENS, *The principle of Mutual Recognition in EU Law*, Oxford, 2013; J. R. SPENCER, *Il principio del mutuo riconoscimento*, in R. E. KOSTORIS (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, 2ª ed., Milano, 2014, p. 235 ss. Sul principio del mutuo riconoscimento delle decisioni penali, v., senza alcuna pretesa di completezza, anche C. AMALFITANO, *Spazio giudiziario europeo e libera circolazione delle decisioni penali*, in S. CARBONE, M. CHIAVARIO (a cura di), *Cooperazione giudiziaria civile e penale nel diritto dell'Unione europea*, Torino, 2008, p. 1 ss.; O. MAZZA, *Il principio del mutuo riconoscimento nella giustizia penale, la mancata armonizzazione e il mito taumaturgico della giurisprudenza europea*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 398 ss.

«fondamento della cooperazione giudiziaria dell'Unione (tanto in materia civile quanto in materia penale)»² e, successivamente, definitiva sistemazione normativa nel Trattato di Lisbona.

Ed infatti, a partire proprio dalla fine degli anni novanta, in concomitanza anche con l'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam³, - che ha fissato l'obiettivo di realizzare uno «Spazio di Libertà, Sicurezza e Giustizia»⁴ -, quella generica linea di indirizzo programmatico si è progressivamente trasformata nel fondamento su cui edificare tutta la legislazione dell'Unione in materia di giustizia, determinando, così, un radicale processo di modifica degli istituti della cooperazione giudiziaria⁵.

Proiettato nell'ambito della circolazione della prova, il principio in esame comporta, in particolare, che «le prove legalmente raccolte dalle autorità di uno Stato membro, [debbano] essere ammissibili dinanzi ai Tribunali degli altri Stati membri, tenuto conto delle norme ivi applicabili»⁶.

In altri termini, anche se formata in altro Stato, pure caratterizzato da un differente sistema processuale, la prova è suscettibile di essere ammessa ed utilizzata dalle autorità giudiziarie di ciascuno dei Paesi membri, ai fini della decisione.

Si tratta, com'è intuibile, di un principio destinato ad avere un impatto dirompente, soprattutto nella repressione della criminalità avente dimensione transfrontaliera, rispetto alla quale si rivelano del tutto inadeguati i tradizionali strumenti di cooperazione interstatale⁷.

² Così, il punto 33 delle Conclusioni del Consiglio europeo di Tampere (15 e 16 ottobre 1999), pubblicate in *Cass. pen.*, 2000, p. 302 ss.

³ Al riguardo, v. R. E. KOSTORIS, *Diritto europeo e giustizia penale*, in R. E. KOSTORIS (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, cit., p. 6 ss.; A. TIZZANO, *Il Trattato di Amsterdam*, Cedam, Padova, 1998.

⁴ Sulla enucleazione del concetto di spazio penale europeo già a partire dagli anni Settanta e sulle successive evoluzioni, si vedano A. BERNARDI, *L'armonizzazione delle sanzioni in Europa: linee ricostruttive*, in G. GRASSO, R. SICURELLA (a cura di), *Per un rilancio del progetto europeo*, Milano, 2008, p. 381 ss.; R. SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione europea. Linee guida di un sistema integrato di tutela dei beni giuridici sovranazionali e dei beni giuridici di interesse comune*, Milano, 2005.

⁵ Sulla dimensione prevalentemente repressiva dei primi sviluppi relativi alla costruzione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, v. T. RAFARACI (a cura di), *L'area di libertà sicurezza e giustizia: alla ricerca di un equilibrio fra priorità repressive ed esigenze di garanzia*, Milano, 2007.

⁶ In questi termini, il punto 36 delle Conclusioni del Consiglio europeo di Tampere, cit. Al riguardo, v. S. ALLEGREZZA, *Cooperazione giudiziaria, mutuo riconoscimento e circolazione della prova nello spazio giuridico europeo*, in T. RAFARACI (a cura di), *L'area di libertà, sicurezza e giustizia*, cit., p. 691 ss.; G. MELILLO, *Il mutuo riconoscimento e la circolazione della prova*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 2265 ss.

⁷ Sulla necessità di adottare una strategia comune di cooperazione e collaborazione tra i diversi Stati dell'Unione, soprattutto nella repressione della criminalità transfrontaliera, tra i tanti, E. ANODINA, *Cooperazione-integrazione penale nell'Unione Europea*, in *Cass. pen.*, 2001, p. 2899; G. DE AMICIS, *Cooperazione giudiziaria e criminalità transnazionale: l'esigenza del coordinamento investigativo*, in *Giur. Merito*, 2003, 12, p. 2654; P. BARCELLONA, *Crisi della sovranità statale, territorialità della giurisdizione e processo di globalizzazione*, in T. RAFARACI (a cura di), *L'area di libertà, sicurezza e giustizia*, cit., p. 89 ss.; E. PISTOIA, *Cooperazione penale nei rapporti tra diritto dell'Unione Europea e diritto statale*, Napoli, 2008.

La realizzazione di un tale ambizioso obiettivo di libera circolazione della prova⁸ si fonda, prioritariamente, sulla reciproca fiducia tra gli Stati dell'Unione, tanto che, proprio facendo leva su un clima di *confiance mutuelle*, la Corte Suprema Spagnola, già nel 1995, aveva statuito l'ammissibilità delle prove formate all'estero secondo la procedura dello Stato di esecuzione, precorrendo, di fatto, gli strumenti del mutuo riconoscimento⁹. Anche in Italia, la giurisprudenza di legittimità, dal canto suo, ha avuto modo di sostenere, ben prima dell'affermazione del canone in esame a livello europeo, che l'adesione agli atti internazionali 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.»¹⁰. Nelle ipotesi richiamate, dunque, a dare concreto impulso al mutuo riconoscimento è stata la fiducia e il naturale pragmatismo dei giudici nazionali, piuttosto che l'adesione di questi ultimi ad obblighi imposti a livello comunitario¹¹.

Ora, com'è agevole intuire, la creazione di un clima di reciproca fiducia tra i diversi Stati dell'Unione presume «che le varie culture giudiziarie condividano il medesimo percorso evolutivo democratico proteso al rispetto dei diritti fondamentali»¹². Solo la condivisione, tra i diversi ordinamenti, di uno *standard* tendenzialmente uniforme di garanzie può, invero, certificare la genuinità e, dunque, l'intrinseca affidabilità del dato probatorio, necessarie ai fini della trasmigrazione ed utilizzazione dello stesso in un diverso ordinamento. Com'è stato correttamente sostenuto, «le garanzie procedurali individuali assicurate entro gli ordinamenti nazionali ai fini della celebrazione del processo penale rappresent[a]no il banco di prova del funzionamento del reciproco riconoscimento»¹³.

Da questo specifico angolo visuale, occorre riconoscere i passi avanti compiuti nella creazione di uno statuto europeo delle garanzie individuali, attuato, in particolare, attraverso l'approvazione di direttive volte a stabilire, tra l'altro, norme minime in materia di diritti sia dell'imputato¹⁴, sia della vittima nel processo penale¹⁵.

⁸ Sulla cooperazione giudiziaria in ambito probatorio, si rinvia, ampiamente, a R. BELFIORE, *La prova penale "raccolta" all'estero*, Roma, 2014.

⁹ Cfr. Corte Suprema Spagnola (penale), decisione del 19 gennaio 1995 – STS 13/1995; Id., decisione del 20 settembre 2005 – STS 1142/2005, entrambe citate da BACHMAIER WINTER L., *European investigation order for obtaining evidence in the criminal proceedings. Study of the proposal for a European directive*, in *Zeitschrift für die internationale Strafrechtsdogmatik*, 2010, p. 588.

¹⁰ Cass. pen., sez. VI, 4 marzo 1994, Palamara, in *Cass. pen.*, 1995, p. 2647. Negli stessi termini, di recente, Id., sez. un., 25 febbraio 2010, Mills, par. 10.4, *ivi*, 2010, p. 3008.

¹¹ In tal senso, BACHMAIER WINTER L., *European investigation order*, loc. cit.

¹² Così, G. FIORELLI, *Nuovi orizzonti investigativi: l'ordine europeo di indagine*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, p. 707.

¹³ In questi termini, N. PARISI, *Riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie penali, confiance mutuelle e armonizzazione delle garanzie procedurali negli Stati membri dell'Unione europea*, in N. PARISI, M. FUMAGALLI MERAVIGLIA, D. RINOLDI, A. SANTINI (a cura di), *Scritti in onore di Ugo Draetta*, Napoli, 2011, p. 505.

¹⁴ Il riferimento è, in particolare, alla Direttiva 2010/64/UE sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali; Direttiva 2012/13/UE sul diritto all'informazione nei procedimenti penali; Direttiva 2014/43/UE, 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

Senonchè, in un sistema comunitario caratterizzato da una profonda disomogeneità tra le diverse legislazioni, ispirate a modelli processuali tra loro molto differenti, l'instaurazione di un clima di reciproca fiducia, seppure rafforzato da una progressiva armonizzazione delle garanzie, può risultare condizione necessaria, ma non sufficiente ai fini del reciproco riconoscimento in ambito probatorio, ben potendo il "trapianto" della prova allogena provocare vere e proprie «crisi di rigetto»¹⁶, se non accompagnato anche da una preventiva armonizzazione almeno di un nucleo minimo di regole probatorie, intese a disciplinare l'ammissione e la conseguente utilizzazione della prova stessa¹⁷.

Proprio nella prospettiva di una preventiva armonizzazione in tal senso si colloca, a ben vedere, il Trattato di Lisbona, il cui art. 82, par. 2 stabilisce che al fine di «facilitare il riconoscimento delle sentenze e delle decisioni giudiziarie e la cooperazione di polizia e giudiziaria nelle materie aventi dimensione transnazionale, il Parlamento europeo e il Consiglio» possano adottare «norme minime» finalizzate a disciplinare, tra l'altro, «l'ammissibilità reciproca delle prove tra gli Stati membri». Analoghi obiettivi si rinvencono anche nel programma di Stoccolma¹⁸, con cui la

della privazione della libertà personale e al diritto delle persone private della libertà personale di comunicare con terzi e con le autorità consolari. Sull'impatto delle nuove Direttive, v. C. AMALFITANO, *Le prime Direttive europee sul ravvicinamento "processuale": il diritto all'interpretazione, alla traduzione e all'informazione nei procedimenti penali*, in R. DEL COCO, E. PISTOIA (a cura di), *Stranieri e giustizia penale. Problemi di perseguibilità e di garanzie nella normativa nazionale ed europea*, Bari, 2014, p. 1 ss.; M. CAIANIELLO, [Dal Terzo Pilastro ai nuovi strumenti: diritti fondamentali, "Road Map" e l'impatto delle nuove Direttive](#), in questa *Rivista*, 4 febbraio 2015; T. RAFARACI, *Diritti fondamentali, giusto processo e primato del diritto UE*, in *Proc. pen. e giust.*, 2014, n. 3, p. 1 ss. Per importanti indicazioni esegetiche provenienti dalla Corte di Giustizia in relazione alle Direttive sui diritti dell'imputato, v. [C. giust. UE, 15 ottobre 2015, Covaci, causa C-216/14, in questa Rivista, 11 novembre 2015, con nota di M. GIALUZ, Dalla Corte di Giustizia importanti indicazioni esegetiche in relazione alle prime due Direttive sui diritti dell'imputato](#).

¹⁵ Direttiva 2012/29/EU, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato, e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI. Al riguardo, cfr. M. SIMONATO, *Deposizione della vittima e giustizia penale. Una lettura del sistema italiano*, Cedam, Padova, 2014, p. 103 ss.

¹⁶ V. S. ALLEGREZZA, *Cooperazione giudiziaria, mutuo riconoscimento e circolazione della prova nello spazio giudiziario europeo*, in T. RAFARACI (a cura di), *L'area di libertà, sicurezza e giustizia*, cit., p. 712.

¹⁷ Sui rapporti tra mutuo riconoscimento e armonizzazione, v., tra i tanti, S. ALLEGREZZA, *L'armonizzazione della prova penale alla luce del Trattato di Lisbona*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 3882 ss.; M. BARGIS, *La cooperazione giudiziaria penale nell'Unione Europea tra mutuo riconoscimento e armonizzazione: analisi e prospettive* in *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 90; S. GLESS, *Strategie e tecniche per l'armonizzazione della prova*, in G. ILLUMINATI (a cura di), *Prova penale e Unione europea*, Bologna, 2009, p. 141 ss.; B. HECKER, *Mutual Recognition and the Transfer of Evidence. The European Evidence Warrant*, in S. RUGGERI (coordinato da), *Transnational Inquiries and the Protection of Fundamental Rights in Criminal Proceedings*, Heidelberg, 2013, p. 269 ss.; L. MARAFIOTI, *Armonización y proceso penal europeo: la perspectiva italiana*, in V. MANNINO (a cura di), *Miscellanea sul fenomeno giuridico*, Napoli, 2012, p. 23 ss.; 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 e giudiziaria in materia penale nell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, Milano, 2011, p. 135 ss.; F. SIRACUSANO, *Tra mutuo riconoscimento e armonizzazione preventiva: quali prospettive per la prova dichiarativa nell'ambito dell'Unione europea?*, in *Arch. pen.*, 2012, n. 1, p. 1 ss.

¹⁸ Programma di Stoccolma del 10-11 dicembre 2009, in G.U.U.E., 4 maggio 2010, C 115/1.

Commissione è invitata a proporre «un sistema generale di acquisizione delle prove, nelle cause aventi dimensione transfrontaliera, basato sul principio del riconoscimento reciproco»¹⁹.

Simili proclamazioni di intenti a livello di programmazione legislativa hanno, tuttavia, stentato fortemente a tradursi in una concreta opera di armonizzazione dei sistemi e delle regole probatorie, anche a causa della resistenza dei singoli Stati, poco disposti a cedere una porzione della loro sovranità in un settore, come quello delle prove, espressione dei valori e delle tradizioni giuridiche e culturali che caratterizzano ciascun ordinamento²⁰. Così, in concreto, i criteri di ammissibilità ed utilizzabilità della prova *ultra fines* formata continuano ad essere affidati all'opera interpretativa dei giudici nazionali. Con il duplice rischio di pregiudicare, da un lato, i diritti e le garanzie dell'imputato; dall'altro lato, il promovimento di un sistema processuale unitario ed identitario dell'organismo sovranazionale²¹.

Pur nella consapevolezza delle molteplici difficoltà e resistenze che si frappongono alla realizzazione di un simile obiettivo di armonizzazione, appare, tuttavia, corretto sostenere che solo attraverso un sistema condiviso di reciproca ammissibilità della prova, il mutuo riconoscimento può essere effettivamente ed efficacemente funzionale al miglioramento della cooperazione giudiziaria, nella prospettiva di rafforzare lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia²².

Da questo specifico angolo visuale, occorre ribadire che il processo di ravvicinamento tra le diverse legislazioni deve necessariamente prendere le mosse dalla creazione di una piattaforma unitaria di matrice europea, che contenga norme minime volte non solo a disciplinare i criteri di ammissione della prova, ma anche a «dettare un *numerus clausus* di regole di esclusione di determinate fonti di prova dal panorama cognitivo sottoposto alla prudente valutazione dell'autorità giudiziaria»²³.

¹⁹ A seguito del Programma di Stoccolma, la Commissione ha avviato un programma di consultazione all'interno dei Paesi dell'Unione europea, tramite il "*Libro verde sulla ricerca delle prove in materia penale tra Stati membri e sulla garanzia della loro ammissibilità*", 11 novembre 2009 (COM [2009] 624 def.).

²⁰ 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 ss.

²¹ Al riguardo, v. S. ALLEGREZZA, *L'armonizzazione della prova penale alla luce del Trattato di Lisbona*, cit., p. 3882, la quale sottolinea, tuttavia, come l'attività interpretativa dei giudici possa, di fatto, favorire una «progressiva osmosi fra i diversi ordinamenti»; analogamente, S. GLESS, *Strategie e tecniche per l'armonizzazione della prova*, loc. cit.

²² M. CHIAVARIO, *Giustizia europea e processo penale: nuovi scenari e nuovi problemi*, in *Leg. pen.*, 2008, p. 468: «tra fiducia e armonizzazione ci deve essere interazione, non contrapposizione o sovrapposizione dell'una sull'altra».

²³ Così, [G. DE AMICIS, *Limiti e prospettive del mandato europeo di ricerca della prova*](#), in *questa Rivista*, 5 aprile 2011.

2. Ordine europeo di indagine e tutela dei diritti nello “Spazio di libertà, sicurezza e giustizia”.

Contravvenendo ai buoni propositi sull’armonizzazione espressi nei diversi documenti programmatici dell’Unione, il Parlamento e il Consiglio europeo hanno adottato, pure in assenza di un regime unitario di ammissibilità ed utilizzabilità del materiale probatorio²⁴, la Direttiva 2014/41/UE²⁵, con cui si è inteso realizzare un «sistema globale di acquisizione della prova nelle fattispecie aventi dimensione transfrontaliera», tale da sostituire «tutti gli strumenti esistenti nel settore» e da utilizzare «per tutti i tipi di prova» (v. Considerando n. 5 e 6).

La direttiva, - che prende le mosse da una iniziativa avviata il 28 aprile 2010 da otto Paesi membri dell’U.E. -, trova la sua base normativa nell’art. 82, par. 1, lett. a) del Trattato di Lisbona²⁶ ed introduce un nuovo strumento omnicomprensivo, l’ordine investigativo europeo, finalizzato all’acquisizione e circolazione delle prove, siano esse precostituite o costituende²⁷, con la sola eccezione espressamente prevista degli atti istruttori compiuti nell’ambito delle squadre investigative comuni. Al di fuori di questa ipotesi specifica, per la quale continua, dunque, a trovare applicazione il regime di assistenza giudiziaria vigente²⁸, la Direttiva in esame è destinata a sostituire gli altri meccanismi di cooperazione intergovernativa, nonché la decisione quadro 2003/577/GAI del 22 luglio 2003 relativa al blocco e congelamento di beni²⁹ e la successiva decisione quadro 2008/978/GAI del 18 dicembre 2008 sul mandato di ricerca

²⁴ Al riguardo, v. G. DE AMICIS, *Limiti e prospettive del mandato europeo di ricerca della prova*, cit., p. 33.

²⁵ Per alcuni commenti, v., M. CAIANIELLO, *La nuova direttiva UE sull’ordine europeo di indagine penale tra mutuo riconoscimento e ammissione reciproca delle prove*, in *Proc. pen. e giust.*, 2015, n. 3, p. 1 ss.; [L. CAMALDO, La Direttiva sull’ordine europeo di indagine penale \(OEI\): un congegno di acquisizione della prova dotato di molteplici potenzialità, ma di non facile attuazione](#), in questa Rivista, 27 maggio 2014; L. CAMALDO, F. CERQUA, *La direttiva sull’ordine europeo di indagine: 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 ss.; [M. DANIELE, La metamorfosi del diritto delle prove nella direttiva sull’ordine europeo di indagine penale](#), in questa Rivista, 20 novembre 2014; M. R. MARCHETTI, *Oltre le rogatorie: i nuovi strumenti per la circolazione degli atti investigativi e delle prove penali*, in AA. VV., *I nuovi orizzonti della giustizia penale europea*, Milano, 2015, p. 215 ss.

²⁶ Al riguardo, v. M. M. PISANI, *Problemi di prova in materia penale. La proposta di direttiva sull’Ordine Europeo di Indagine*, in *Arch. pen.*, 2011, n. 3, p. 1 ss.

²⁷ Sul carattere di “omnicomprensività” dell’Ordine europeo di indagine, v. M. CAIANIELLO, *La nuova direttiva UE sull’ordine europeo di indagine*, cit., p. 3, il quale precisa che il nuovo strumento è adottabile «per le prove reali e per quelle in senso lato documentali (così comprendosi 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».

²⁸ DQ2002/465/GAI, del 13 giugno 2002. Al riguardo, cfr. V. MELILLO, *Tecniche investigative speciali e squadre investigative comuni*, in G. ILLUMINATI (a cura di), *Prova penale e Unione europea*, cit., p. 93 ss.

²⁹ DQ 2003/577/GAI. Al riguardo, v. E. CALVANESE, *Perquisizione e sequestri*, in R. E. KOSTORIS (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, cit., p. 317 ss.

della prova³⁰, ponendo, così, fine alla frammentarietà dell'attuale sistema giuridico in materia probatoria³¹.

In particolare, l'ordine europeo di indagine si sostanzia in una "decisione giudiziaria" emessa dalla competente autorità di uno Stato membro – "Stato di emissione" -, affinché siano compiuti uno o più atti di indagine specifici in altro Stato membro - "Stato di esecuzione" - ai fini dell'acquisizione di prove.

Di duplice ordine le condizioni alle quali l'art. 6 della Direttiva subordina l'emissione del nuovo strumento probatorio: oltre al rispetto delle regole nazionali applicabili in un caso interno analogo³², incombe sullo Stato richiedente un preliminare vaglio in ordine alla necessità dell'attività richiesta ai fini del procedimento ed alla proporzionalità della stessa in relazione allo scopo al quale è preordinata.

Come correttamente rilevato, il richiamo alla proporzionalità³³ assume, nell'ipotesi in esame, un significato che va ben oltre il semplice rapporto tra mezzi e fini, alludendo, piuttosto, ad un sindacato ampio e complesso, che coinvolge la idoneità, necessità e proporzionalità del dato probatorio, nella prospettiva di garantire la minore lesione possibile dei diritti fondamentali³⁴. Una tale verifica non è, peraltro, circoscritta al solo momento di emissione dell'ordine di indagine, ma si estende anche a quello della sua esecuzione, come confermato, tra l'altro, dall'art. 10, par. 3, il quale statuisce che spetta pure allo Stato in cui la prova deve essere acquisita verificare la possibilità di raccogliere le informazioni richieste attraverso operazioni meno invasive per i diritti individuali. Si delinea, per tale via, un controllo frazionato e congiunto sulla proporzionalità, rafforzato dalla possibilità di un confronto tra lo Stato di esecuzione e quello di emissione, all'esito del quale lo Stato richiedente può decidere di desistere dalla propria iniziativa.

Per quanto riguarda, invece, le modalità di esecuzione dell'OEI, la Direttiva in esame offre all'interprete un prodotto ibrido, in cui si coniugano tratti caratterizzanti del mutuo riconoscimento con soluzioni già sperimentate in materia di assistenza giudiziaria "tradizionale"³⁵.

³⁰ DQ 2008/978/GAI. Sul tema, v. S. GLESS, *Strategie e tecniche per l'armonizzazione della prova*, loc. cit.; E. VERVAELE, *Il progetto di decisione quadro sul mandato di ricerca della prova*, in G. ILLUMINATI (a cura di), *Prova penale e Unione europea*, cit., p. 153 ss.

³¹ Sulla frammentarietà dell'attuale sistema di acquisizione delle prove, v. G. FIORELLI, *Dimensione transfrontaliera della giustizia penale: l'ordine investigativo europeo*, in R. DEL COCO, E. PISTOIA (a cura di), *Stranieri e giustizia penale*, cit., p. 90 ss.

³² V. M. DANIELE, *Ricerca e formazione della prova*, in R. E. KOSTORIS (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, cit., p. 311, secondo cui tale condizione è «volta ad evitare che la ricerca di una prova all'estero si trasformi in una occasione per eludere la corrispondente normativa interna».

³³ V. M. CAIANIELLO, *Il principio di proporzionalità nel procedimento penale*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 3-4, 2014, p. 143 ss.

³⁴ In tal senso, v. M. CAIANIELLO, *La nuova direttiva UE sull'ordine europeo di indagine*, cit., p. 6. Sottolinea l'importanza del principio di proporzionalità nell'ambito della Direttiva sull'ordine investigativo europeo, M. DANIELE, *La metamorfosi del diritto delle prove*, loc. cit.

³⁵ Cfr. R. BELFIORE, *La prova penale*, cit., p. 147 ss.; M. CAIANIELLO, *La nuova direttiva UE sull'ordine europeo di indagine*, cit., p. 4.

Così, ad esempio, sotto il primo profilo, riecheggiano scelte rinvenibili nelle precedenti fonti improntate al mutuo riconoscimento: l'eliminazione del vaglio della doppia incriminazione per la lista dei trentadue reati individuati con la decisione quadro sul mandato d'arresto europeo; la riduzione dei motivi di rifiuto opponibili dallo Stato di esecuzione; nonché, lo snellimento delle procedure che quest'ultimo è tenuto a rispettare per dare seguito al provvedimento dello Stato emittente, «senza imporre ulteriori formalità», mediante l'adozione immediata di tutte le misure necessarie.

Sotto il secondo profilo evidenziato, invece, ricalca il modello di cooperazione già sperimentato con l'art. 4 della Convenzione di Bruxelles del 29 maggio 2000, la norma contenuta nell'art. 9, par. 2 della Direttiva, la quale dispone che «l'autorità di esecuzione si attiene alle formalità e alle procedure espressamente indicate dall'autorità di emissione», sempre che le stesse non collidano, di fatto, con i principi fondamentali dello Stato di esecuzione.

Il prodotto dell'ibridazione così definito è arricchito, infine, da disposizioni volte a regolamentare l'acquisizione di taluni atti investigativi suscettibili di ripercuotersi, violandoli, su diritti fondamentali della persona. A tal fine, il Capo IV della Direttiva ha cura di definire procedure comuni per il trasferimento temporaneo di persone detenute ai fini dell'indagine; per l'audizione in videoconferenza o mediante teleconferenza; per l'acquisizione di informazioni bancarie e finanziarie; per le intercettazioni di comunicazioni; per il compimento di atti di indagine che comportino l'acquisizione di elementi di prova in tempo reale e in modo continuativo, nonché, da ultimo, per le procedure di infiltrazione.

Com'è agevole intuire, la scelta in favore di una sostanziale omologazione delle procedure di acquisizione di tali elementi investigativi, funzionale ad obiettivi di tutela dei diritti e delle garanzie dei soggetti a vario titolo coinvolti, costituisce un importante passo avanti verso il raggiungimento dell'auspicata armonizzazione. Essa è, tuttavia, ancora ben lontana dal garantire la reciproca ammissione della prova e, soprattutto, un sistema unitario e condiviso di sanzioni che garantiscano l'effettività di una tutela multilivello delle garanzie stesse³⁶.

Proprio con riguardo a quest'ultimo profilo, merita attenzione particolare l'art. 31, par. 3, b), il quale prevede una specifica ipotesi sanzionatoria, statuendo che l'intercettazione di comunicazioni è inutilizzabile o è utilizzabile solo a determinate condizioni se sia stata ottenuta in un terzo Stato membro in cui l'intercettazione non è ammessa in un caso interno analogo. Come appare evidente, si tratta di una forma di inutilizzabilità circoscritta ad una fattispecie ben precisa, la quale suppone che l'intercettazione sia stata regolarmente autorizzata dall'autorità competente di uno Stato membro (Stato membro di intercettazione), ma la persona da intercettare si trovi

³⁶ Facendo leva prevalentemente sul rilievo secondo cui il sistema di mutuo riconoscimento può determinare un effetto indiretto di uniformare la materia dei vizi degli atti, M. CAIANIELLO, *La nuova direttiva UE sull'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 10, ravvisa nella Direttiva sull'ordine investigativo europeo «spunti nella direzione di un modello armonizzato di invalidità probatorie».

sul territorio di un terzo Stato membro (Stato membro notificato), per il quale l'intercettazione è preclusa in un caso interno simile.

Ad un'attenta analisi del dato normativo, non deve sfuggire che il richiamato art. 31, par. 3, b) contempla la sola ed unica figura sanzionatoria espressamente prevista non soltanto all'interno della Direttiva sull'ordine investigativo europeo, ma anche nell'ambito delle altre, diverse Direttive approvate nel settore processuale, successivamente al Trattato di Lisbona, secondo le varie tappe indicate nel programma di Stoccolma³⁷. Il che è, evidentemente, destinato a ripercuotersi in maniera decisiva sulla effettività dell'intero sistema di garanzie che l'Europa ha predisposto in ambito processuale. Non foss'altro perché la sanzione rappresenta il principale presidio apprestato da ogni ordinamento per tutelare gli interessi ed i valori che esso intende perseguire.

Quest'ultimo rilievo schiude squarci prospettici di più ampia portata: nell'ambito dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, l'azione dell'Unione Europea volta ad introdurre norme minime di garanzia nell'ottica del rafforzamento dei diritti individuali rischia, di fatto, di essere vanificata dalla mancanza di conseguenze sanzionatorie ricollegabili all'inosservanza delle nuove norme.

Seppure fortemente pregiudizievole per l'effettività delle garanzie, una tale lacuna risulta, peraltro, agevolmente comprensibile ove si consideri che la scelta della tipologia sanzionatoria applicabile nei singoli casi è intimamente connessa al modello processuale di riferimento ed alle «direttrici epistemologiche ed etiche sulle quali si fonda l'opzione cognitiva accolta»³⁸ dai diversi ordinamenti. Da qui discende, per un verso, che la disomogeneità che caratterizza il sistema processuale dei singoli Stati è di ostacolo ad una sistemazione unificante della materia a livello sovranazionale; per l'altro verso, che gli stessi Paesi membri potrebbero percepire la previsione di un sistema di sanzioni comuni come un attentato alla loro sovranità nazionale³⁹. Non basta.

Ad accentuare viepiù le criticità che si frappongono ad un percorso di omologazione delle sanzioni processuali a livello europeo contribuisce anche l'"indeterminatezza prescrittiva" che connota le norme delle Direttive in materia processuale penale, le quali, lungi dal tipizzare in modo chiaro le fattispecie processuali, si limitano a stabilire principi di *soft law*, suscettibili di essere declinati, da

³⁷ Al riguardo, v., ampiamente, M. CAIANIELLO, To sanction (or not to sanction) procedural Flaws at EU level? A step forward in the creation of an EU criminal process, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2014, p. 317 ss.

³⁸ Così, C. CONTI, voce *Inutilizzabilità*, in *Enc. giur.*, vol. VII, Roma, 2004, p. 1.

³⁹ Tra i tanti, v. M. DANIELE, *La metamorfosi del diritto delle prove*, loc. cit.; T. RAFARACI, General Considerations on the European Investigation Order, in S. RUGGERI (a cura di), *Transnational Evidence and multicultural Inquiries in Europe*, Heidelberg, 2013, p. 37 ss.; A. SCCELLA, *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.

parte dei singoli legislatori nazionali, in altrettante regole codificate⁴⁰. Da qui, la difficoltà di prevedere specifiche sanzioni che colpiscano la violazione di non meglio precisate clausole di salvaguardia dei diritti fondamentali⁴¹. Tali rilievi valgono anche e, soprattutto, con riferimento alle disposizioni contenute nella Direttiva sull'ordine investigativo europeo, la quale ha determinato una vera e propria «metamorfosi del diritto delle prove»⁴², sostituendo le regole⁴³ che presidiavano la circolazione transnazionale di materiale probatorio, tradizionalmente scandite dalla *lex fori* o dalla *lex loci*, in «norme a struttura aperta»⁴⁴, in cui si postula genericamente il rispetto delle formalità e delle procedure indicate dall'autorità di emissione; dei principi dell'ordinamento dello Stato di esecuzione e dei diritti fondamentali delle persone. Così, in assenza di modelli probatori tipizzati cui attenersi nell'acquisizione dell'atto investigativo e di divieti probatori espressi, diventa difficile sia in sede legislativa, sia in sede interpretativa, apprestare gli opportuni rimedi sanzionatori.

Le cennate difficoltà non devono, tuttavia, indurre a sottovalutare il rilievo secondo cui nessun sistema processuale può fare a meno di un certo grado di formalismo accompagnato da sanzioni⁴⁵, coesenziali alla stessa idea di processo inteso quale sequenza cronologicamente ordinata di atti, diretti alla emanazione di un provvedimento finale. In questa prospettiva, le sanzioni, al pari delle regole processuali, appaiono strumentali ad assicurare il regolare svolgimento del procedimento, garantendo, anche e soprattutto, la tutela dei diritti delle parti⁴⁶.

Regole e sanzioni costituiscono, dunque, un binomio inscindibile, essendo le stesse legate da un rapporto biunivoco di reciproca implicazione: per un verso, solo il formalismo della regola tipizzata consente la messa a fuoco del rimedio applicabile in caso di sua violazione; per l'altro verso, proprio la sanzione rappresenta l'elemento che qualifica il carattere inderogabile e cogente della regola. In altri termini, in assenza della sanzione, la regola perderebbe la propria identità, risolvendosi, di fatto, in una semplice raccomandazione, in quanto tale sempre derogabile in sede applicativa⁴⁷.

Emblematica conferma della fondatezza di quest'ultimo assunto si può rinvenire nella recente giurisprudenza formatasi in materia di diritto alla

⁴⁰ Al riguardo, v., ampiamente, N. PARISI, *Tecniche di costruzione di uno spazio penale europeo. In tema di riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie di armonizzazione delle garanzie processuali*, in *I Quaderni europei*, 2012, n. 38, p. 5 ss.

⁴¹ Sul tema, v. P. SPAGNOLO, *Il modello europeo delle garanzie minime e il regime delle invalidità: un binomio conciliabile?*, in A. MARANDOLA (a cura di), *Le invalidità processuali*, Torino, 2015, p. 17 ss., cui si rinvia anche per gli opportuni riferimenti bibliografici.

⁴² L'espressione è di M. DANIELE, *La metamorfosi del diritto delle prove*, loc. cit.

⁴³ Sulla distinzione tra regola e principio, si rinvia a R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio* (1977), Bologna, 2010, p. 48 ss.

⁴⁴ Così, M. DANIELE, *La metamorfosi del diritto delle prove*, cit., p. 9.

⁴⁵ Cfr. P. SPAGNOLO, *Il modello europeo delle garanzie minime e il regime delle invalidità*, cit., p. 28.

⁴⁶ A. MARANDOLA, *Il modello sanzionatorio tra vecchio e nuovo sistema processuale*, in A. MARANDOLA (a cura di), *Le invalidità processuali*, cit., p. 6: «l'osservanza delle regole garantisce quindi certamente i protagonisti e comprimari della vicenda procedurale, ma garantisce anche quelli che osservano gli sviluppi del procedimento che l'esito perseguito si è realizzato regolarmente».

⁴⁷ V. A. MARANDOLA, *Il modello sanzionatorio tra vecchio e nuovo sistema processuale*, cit., p. 7.

interpretazione ed alla traduzione, di recente consacrato nella direttiva 2010/64/UE, cui è stata data attuazione con il D. Lgs. n. 32 del 2014. In particolare, in assenza di espresse previsioni sanzionatorie sia nella normativa sovranazionale, sia in quella nazionale, i giudici della Corte di Cassazione hanno sostanzialmente confermato tutti gli orientamenti cristallizzati anteriormente all'entrata in vigore dei nuovi provvedimenti normativi. Sottraendosi, in tal modo, all'obbligo di implementare, anche a livello interpretativo, gli strumenti posti a presidio del più alto livello di tutela di tali diritti prescritto a livello sovranazionale. Così, ad esempio, in una recente sentenza, i giudici di legittimità hanno statuito che pure a seguito dell'entrata in vigore del D. Lgs. n. 32 del 2014, «la omessa traduzione in una lingua nota all'imputato delle dichiarazioni rese da una persona informata sui fatti determina una nullità di ordine generale a regime intermedio, non deducibile nel giudizio abbreviato quando l'imputato abbia chiesto la definizione del processo nelle forme di rito speciale consapevolmente astenendosi dal formulare eccezioni»⁴⁸. Sulla stessa linea si collocano quelle pronunce secondo cui «la traduzione scritta dell'ordinanza applicativa di misura cautelare personale, emessa all'esito di udienza di convalida alla quale lo straniero alloggato in stato di fermo o arresto abbia partecipato con la regolare assistenza di un interprete, non è necessaria in quanto l'indagato è stato reso edotto degli elementi di accusa a suo carico ed è posto in grado di proporre ricorso al tribunale del riesame»⁴⁹. Ad analoga lettura riduttiva delle garanzie relative all'assistenza linguistica risulta, infine, improntata un'ulteriore decisione che ha reputato legittima la convalida dell'arresto dello straniero alloggato, senza che si fosse preventivamente proceduto al suo interrogatorio per l'impossibilità di reperire tempestivamente un interprete, essendo stato rinvenuto, in tale eventualità, «un caso di forza maggiore che non impedisce la decisione del giudice sulla legittimità dell'operato della polizia giudiziaria»⁵⁰. Insomma, oltre al danno di essere privato del diritto all'interprete, per l'imputato anche la beffa di dover subire ulteriori conseguenze pregiudizievoli per l'esercizio del proprio diritto di difesa.

Com'è reso evidente dall'esame delle sentenze richiamate, dunque, pure in presenza di altisonanti affermazioni di principio a livello sovranazionale e nazionale, nulla sembra essere cambiato nelle concrete dinamiche applicative del diritto alla traduzione e all'interpretazione. Il che, al di là delle specifiche vicende relative all'assistenza linguistica, consente di sostenere che ogni tentativo di rafforzare diritti e

⁴⁸ Così, Cass. pen., sez. II, 9 aprile 2014, Masciullo, in *CED Cass.*, n. 259523.

⁴⁹ Cass. pen., sez. I, 20 novembre 2014, n. 48299, in *CED Cass.*, n. 261162; analoga impostazione è rinvenibile in Cass. pen., sez. VI, 24 novembre 2014, Carbonaro, *ivi*, n. 261139, che ha escluso conseguenze sanzionatorie derivanti dalla omessa traduzione dell'avviso di fissazione dell'udienza di riesame in lingua comprensibile all'indagato alloggato; Cass. pen., sez. II, 29 gennaio 2015, Paszowski e altro, *ivi*, n. 263191, secondo cui la mancata traduzione del decreto di convalida non comporta «alcuna conseguenza giuridica o influenza sulla decorrenza del termine per proporre impugnazione al tribunale del riesame»; Id., sez. I, 29 aprile 2015, Koval, *ivi*, n. 263318, che ha statuito che l'omessa traduzione dell'ordinanza del tribunale del riesame non determina l'inefficacia della misura cautelare.

⁵⁰ Cass. pen., sez. IV, 30 gennaio 2015, P.M. in proc. Baatar, in *CED Cass.*, n. 262034

garanzie si rivela, in fin dei conti, mera apparenza se non accompagnato da un adeguato arsenale sanzionatorio, che ne garantisca l'effettività.

3. Ammissibilità della prova allogena e controlli giurisdizionali.

Replicate nello specifico settore della circolazione transnazionale delle prove, simili *défaillances* nell'esplicazione pratica delle facoltà concesse all'imputato potrebbero aprire scenari piuttosto inquietanti, trasformando la trasmigrazione probatoria in una «forzata omologazione suscettibile di comportare arretramenti sul piano delle garanzie»⁵¹ nazionali.

Di fronte a tale prospettiva, si coglie, all'orizzonte, il consistente pericolo di creare corsie probatorie differenziate, destinate ad acquisire materiale formato in violazione dei diritti e dei principi fondamentali riconosciuti dal nostro ordinamento. Tali rischi sono stati, peraltro, da tempo segnalati da attenta dottrina, la quale non ha mancato di rilevare che sarebbe davvero «poco confortante scoprire che una prova illegittima [possa diventare] utilizzabile solo perché battezzata come “europea”»⁵².

Proprio al fine di garantire, per quanto possibile, una sostanziale omogeneità tra gli *standards* di qualità della prova allogena ed i criteri che presiedono alla formazione del corrispondente mezzo probatorio previsto dall'ordinamento interno, l'art. 9, par. 2 della Direttiva del 2014 sancisce, come rilevato, una tendenziale prevalenza della *lex fori*, imponendo alle autorità di esecuzione il dovere di attenersi alle formalità ed alle procedure espressamente indicate dalle autorità dello Stato di emissione, purchè non siano in contrasto con i principi fondamentali dello Stato di esecuzione. Per tale via si è inteso, dunque, contemperare la necessità di salvaguardare il diritto applicabile nello Stato richiesto con quella di garantire l'ammissione delle prove nel Paese richiedente. E', infatti, ragionevole prevedere che l'autorità di emissione avrà cura di indicare espressamente il rispetto di quelle formalità e procedure che sono essenziali al fine di garantire l'efficacia dell'atto, a presidio della quale è, inoltre, riconosciuta alla stessa autorità richiedente, la possibilità di partecipare all'acquisizione della prova, per prestare assistenza all'autorità di esecuzione⁵³.

A quest'ultimo riguardo, è significativo osservare che il carattere discrezionale che connota la scelta di presenziare alle operazioni esecutive riporta in superficie le

⁵¹ Così, E. AMODIO, *Giusto processo, procès équitable e fair trial: la riscoperta del giusnaturalismo processuale in Europa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, p. 106-107.

⁵² In questi termini, E. AMODIO, *Diritto di difesa e diritto alla prova nello spazio giudiziario europeo*, in A. LANZI, F. RUGGERI, L. CAMALDO (a cura di), *Il difensore e il pubblico ministero europeo*, Padova, 2002, p. 107.

⁵³ Sul punto, v. le osservazioni di M. CAIANIELLO, *La nuova direttiva UE sull'ordine europeo di indagine*, cit., p. 4, secondo cui: «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: 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».

perplexità sollevate dalla disomogeneità riscontrata, a livello comunitario, tra le vigenti prassi applicative in tema di ricerca della prova⁵⁴. Disomogeneità che è destinata ad assumere un carattere irreversibile nei casi in cui lo Stato di esecuzione ritenga di optare in favore di un atto diverso da quello richiesto.

Al di fuori di specifiche ipotesi tassativamente previste⁵⁵, infatti, lo Stato in cui il dato probatorio deve essere acquisito ben potrebbe decidere di fare ricorso ad un atto differente rispetto a quello indicato nell'ordine. Due, in particolare, le ipotesi di «flessibilità a rime obbligate»⁵⁶ previste dall'art. 10, par. 1: nel caso in cui la prova richiesta non sia «prevista dalla legislazione dello Stato nazionale», ovvero non sia «disponibile in un caso nazionale analogo». Accanto alle situazioni appena indicate si colloca, poi, una ipotesi di flessibilità facoltativa, disciplinata dal par. 3 della medesima disposizione, che ricorre qualora l'autorità di esecuzione ritenga di dover fornire un atto di indagine diverso, che possa garantire il medesimo risultato «con mezzi meno intrusivi».

Seppure strumentale ad assicurare il più alto livello di tutela dei diritti, tale generico controllo di proporzionalità, affidato in via esclusiva allo Stato di esecuzione, può aprire cospicui spazi all'applicazione della *lex loci*, con intuibili conseguenze sul piano dell'ammissibilità ed utilizzabilità del dato probatorio. Il che, ancora una volta, pone l'accento sulla necessità di garantire un efficace controllo del rispetto delle garanzie fondamentali.

A fronte dell'assenza di previsioni sanzionatorie al riguardo, sono i giudici nazionali che si trovano, di fatto, investiti di un'inedita funzione di supplenza nell'ottica di tutela dei diritti nell'ambito della circolazione delle prove. Situazione obiettivamente anomala, ma che diventa sbocco naturale in un sistema in cui la base normativa non è più limitata al diritto interno, ma risulta ampliata alle fonti sovranazionali dell'Unione Europea.

A ben vedere, già nel 1995, la Corte costituzionale aveva avallato un simile ruolo di garanzia della giurisprudenza, statuendo che compete «all'autorità giudiziaria italiana di accertare, caso per caso, se il contenuto [di ciascun atto probatorio compiuto all'estero], per le modalità con cui si è formato, possa o meno essere utilizzato»⁵⁷. Seppure specificamente riferita alle ipotesi di rogatoria disciplinate dagli artt. 3 e 4 della Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale, la sentenza appena richiamata assume una portata molto più ampia, in quanto finalizzata a

⁵⁴ Così, G. FIORELLI, *Nuovi orizzonti investigativi: l'ordine europeo di indagine*, cit., p. 712. Secondo 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*, cit., p. 224, «indipendentemente dal mutuo riconoscimento si sarebbe forse potuto operare in maniera più incisiva imponendo espressamente alle autorità dello Stato emittente di presenziare all'esecuzione e stabilendo una loro effettiva partecipazione al compimento degli atti: una sorta di *revival* delle rogatorie concelebtrate».

⁵⁵ Espressamente indicate dall'art. 10, par. 2 della Direttiva sull'ordine investigativo europeo.

⁵⁶ L'espressione è di G. FIORELLI, *Nuovi orizzonti investigativi: l'ordine europeo di indagine*, cit., p. 711.

⁵⁷ Corte cost., sent. 13 luglio 1995, n. 379, in *Giur. cost.*, 1995, p. 2773.

tutelare il rispetto dei principi fondamentali, rappresentando, così, un riferimento interpretativo obbligato per ogni forma di collaborazione probatoria interstatale⁵⁸.

In questa prospettiva, occorre, allora, prendere atto del mutamento del ruolo del giudice, trasformato sempre più da custode della legge in tutore dei diritti individuali, esercente un potere sanzionatorio delegato in bianco, genericamente ancorato alla tutela effettiva dei diritti, piuttosto che a rigidi criteri, normativamente predeterminati. Queste nuove opzioni sanzionatorie esprimono, a ben vedere, un radicale ribaltamento di impostazione culturale e ideologica, destinato a trovare riscontro in un mutamento strutturale dell'intera architettura del processo. Per tale via, si delinea, infatti, un nuovo modello processuale che prende forma attraverso l'emergere dei diritti fondamentali della persona come risultanti dalle fonti nazionali e sovranazionali⁵⁹.

Dallo specifico angolo visuale probatorio, il giudice italiano passa, così, da un sistema fondato sulla legalità⁶⁰ e tassatività, incentrato sul concetto di fattispecie probatoria (rispetto ad un modello legale astrattamente tipizzato dal legislatore), e su una conseguente nozione di invalidità, (intesa proprio come mancata corrispondenza al modello legale), ad un sistema connotato da un approccio antiformalistico e sostanziale, orientato a verificare non già la deviazione della prova dallo schema tipico, ma le conseguenze lesive in concreto prodotte dall'atto probatorio sulle garanzie⁶¹.

A ben vedere, la tendenza a valorizzare una metodologia di controllo precipuamente empirico e pragmatico, pronto a vagliare l'effettività del pregiudizio arrecato alla tutela dei diritti, piuttosto che la singola violazione della norma, è riscontrabile anche all'interno degli ordinamenti nazionali di molti Paesi membri dell'Unione⁶².

La stessa Convenzione europea dei diritti dell'Uomo, dal canto suo, affida ai giudici di Strasburgo una preliminare verifica in ordine alla effettività del pregiudizio lamentato dal ricorrente, quale condizione di ricevibilità del ricorso individuale dinanzi alla Corte europea. In particolare, l'art. 35, par. 3, lett. b) statuisce che la Corte dichiara irricevibile ogni ricorso presentato ai sensi dell'art. 34 Cedu, se ritiene che il ricorrente non abbia subito alcun pregiudizio importante.

Un analogo approccio sostanzialistico ispira anche l'art. 69, par. 7, lett. b) dello Statuto della Corte Penale Internazionale, che esclude l'ammissibilità degli elementi probatori assunti in violazione dello Statuto o dei diritti dell'uomo internazionalmente riconosciuti, solo nel caso in cui la stessa ammissione dovesse compromettere o

⁵⁸ Così, G. UBERTIS, *La prova acquisita all'estero e la sua utilizzabilità in Italia*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 696 ss.

⁵⁹ Al riguardo, v. P. SPAGNOLO, *Il modello europeo delle garanzie minime e il regime delle invalidità*, cit.; nonché, M. CAIANIELLO, *Dal Terzo Pilaastro ai nuovi strumenti*, cit., spec. p. 9 ss.

⁶⁰ Sul ruolo fondamentale che il principio di legalità esplica in ambito processuale, v., C. IASEVOLI, *La nullità nel sistema processuale penale*, Padova, 2008, p. 63 ss.

⁶¹ Ampiamente, sul tema, v. M. CAIANIELLO, *Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo nelle invalidità processuali penali*, Bologna, 2012.

⁶² Per un'indagine al riguardo, si rinvia a M. CAIANIELLO, *To sanction (or not to sanction) procedural Flaws at EU level? A step forward in the creation of an EU criminal process*, cit.

pregiudicare gravemente l'integrità del procedimento. Come appare evidente, dunque, nell'ipotesi appena richiamata, la sanzione dell'inammissibilità non colpisce il dato probatorio per la sola inosservanza delle regole, quanto, piuttosto, per la sua concreta idoneità a pregiudicare lo svolgimento di un *fair trial*⁶³.

Anche nel nostro ordinamento, connotato da una rigida applicazione dei principi di legalità e di tassatività dei vizi procedurali, la Corte di Cassazione ha iniziato a sperimentare una lettura sostanzialistica delle disposizioni sanzionatorie, facendo leva, prevalentemente, su una interpretazione costituzionalmente orientata delle stesse⁶⁴. Il riferimento è, in particolare, ad una recente sentenza con cui le Sezioni unite, pur in presenza di una sanzione (la nullità) normativamente prevista, hanno escluso qualsiasi effettivo pregiudizio per il diritto di difesa dell'imputato, ravvisando, piuttosto, nel caso concreto, un *vulnus* del diritto alla celebrazione di un giudizio equo in tempi ragionevoli, dal momento che la definizione del processo di primo grado era stata ostacolata da un numero esagerato di iniziative difensive⁶⁵. In altri termini, a fronte di una espressa opzione sanzionatoria manifestata dal legislatore, i giudici di legittimità hanno inteso privilegiare una lettura efficientistica ed antiformalistica, addirittura eversiva dello stesso dato normativo.

4. L'inutilizzabilità della nuova prova europea.

Dinanzi all'*horror vacui* determinato da tale deriva sostanzialistica ed aggravato dalla mancanza di regole probatorie all'interno della Direttiva sull'ordine investigativo europeo è, allora, necessario individuare «criteri di razionalità»⁶⁶ alla stregua dei quali orientare l'operazione valutativa del giudice nazionale, intesa a precludere l'ammissione e la conseguente utilizzazione di prove illegittimamente formate *ultra fines*. Invero, non ci vuole molto senso pratico per rendersi conto che dietro le nuove frontiere che si schiudono all'attività interpretativa possano celarsi insidie di non poco momento. Da un lato, vi è, infatti, il rischio che si accentui la componente creativa dell'attività interpretativa, agevolando, così, il processo disgregativo di un'auspicabile certezza a livello ermeneutico, soprattutto in ambito comunitario. Dall'altro lato, non può essere sottovalutato il pericolo che, nel bilanciamento tra esigenze contrapposte, possano prevalere letture "funzionali" in tema di diritti individuali. Un pericolo che non è poi così remoto, se solo si considerano le indicazioni provenienti proprio in ordine alla proporzionalità, dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, organo supremo in tema di interpretazione dei diritti dell'Unione.

⁶³ Al riguardo, v. V. FANCHIOTTI, *Il dibattito e le impugnazioni*, in V. FANCHIOTTI, M. MIRAGLIA, J. P. PIERINI (a cura di), *La Corte penale internazionale. Profili sostanziali e processuali*, Giappichelli, Torino, 2014, pgg. 150-151.

⁶⁴ Ampiamente, sul tema, v. A. MARANDOLA, *Il modello sanzionatorio tra vecchio e nuovo sistema processuale*, cit., spec. p. 15.

⁶⁵ Cass. pen, sez. un., 10 gennaio 2012, Rossi, in *CED Cass.*, n. 251496.

⁶⁶ Così, M. DANIELE, *La metamorfosi del diritto delle prove*, loc. cit.

In particolare, in molteplici occasioni⁶⁷, i giudici di Lussemburgo hanno ribadito con fermezza che il livello di tutela dei diritti fondamentali fissati dalla stessa Corte di Giustizia deve prevalere su eventuali *standards* interni più elevati, tutte le volte in cui l'attuazione delle maggiori tutele finirebbe per pregiudicare l'efficacia dei diritti e degli scopi dell'Unione⁶⁸.

Secondo la prospettiva privilegiata dall'orientamento richiamato, dunque, all'interno dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, le più elevate garanzie costituzionali possono essere invocate solo a condizione che non pregiudichino il primato del Diritto dell'Unione Europea. Per tale via, si è, di fatto, avallata una lettura strumentale della tutela dei diritti dell'individuo, idonea a provocare un livellamento al ribasso delle garanzie, in evidente contrasto con lo spirito dell'art. 82, par. 2, ultimo co. del TFUE, in forza del quale le norme minime all'interno dell'Unione non possono impedire agli Stati membri la possibilità di introdurre uno *standard* più elevato di tutela delle persone. Una lettura che ha, peraltro, rischiato di vedere ulteriormente amplificati i propri effetti perversi, con la Proposta di Direttiva sulla presunzione di non colpevolezza che, in una originaria versione, dopo aver riconosciuto agli Stati membri la possibilità di implementare i diritti minimi definiti dalla stessa Direttiva, aveva cura di precisare, nel considerando 29, che «tale livello di tutela più elevato non [avrebbe dovuto] costituire un ostacolo al reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie che [le] norme minime mirano a facilitare». Insomma, ancora una volta, i diritti delle persone erano destinati ad arretrare a fronte di superiori obiettivi comunitari⁶⁹.

Dinanzi a simili insidie, occorre, allora, districarsi nell'ambito del complesso ed articolato sistema di fonti nazionali e sovranazionali, al fine di individuare, per un verso, il livello di lesione dei diritti e delle garanzie da reputarsi in concreto invalidante; per l'altro verso, eventuali riferimenti normativi, all'interno del nostro sistema processuale, che possano presiedere al vaglio giurisdizionale in ordine alla utilizzabilità della nuova prova europea.

⁶⁷ Il riferimento è, in particolare, alle conclusioni della sentenza Melloni: [C. giust. UE \(Grande Sezione\), 26 febbraio 2013, Melloni, causa C-399/11, in questa Rivista, 3 giugno 2013, con commento di S. CIVELLO CONIGLIARO, S. LO FORTE](#). Nel caso in esame, in particolare, la Corte, chiamata per la prima volta a pronunciarsi sull'interpretazione dell'art. 53 della Carta di Nizza, ha escluso la possibilità per lo Stato membro (la Spagna) di rifiutare l'esecuzione di un mandato di arresto europeo adducendo che il diritto dello Stato di esecuzione imponesse una tutela più elevata del diritto al giusto processo (richiedendo in ogni caso la possibilità per l'imputato giudicato *in absentia* di ottenere la rinnovazione del processo) rispetto a quella offerta dalla fonte europea (art. 4-bis Decisione quadro mandato di arresto europeo) e ritenuta conforme agli *standards* fissati dalla stessa Carta di Nizza. Per ulteriori commenti, tra i tanti, v. [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 questa Rivista, 9 marzo 2014](#). Cfr. anche [C. AMALFITANO, Mandato d'arresto europeo: reciproco riconoscimento vs diritti fondamentali?, ivi, 4 luglio 2013](#).

⁶⁸ Cfr., C. giust. UE (Grande Sezione), 26 febbraio 2013, Melloni, causa C-399/11, cit.; [C. giust. UE, 29 gennaio 2013, Radu, C-396/11, in questa Rivista, 3 giugno 2013, con commento di S. CIVELLO CONIGLIARO, S. LO FORTE](#); [C. giust. UE \(Grande Sezione\), 26 febbraio 2013, Åkerberg Fransson, causa C-617/10, in questa Rivista, 15 aprile 2013, con nota di D. VOZZA](#).

⁶⁹ V. al riguardo, T. RAFARACI, *Diritti fondamentali, giusto processo e primato del diritto UE*, cit., p. 4.

Per quanto concerne il primo profilo, merita rilevare che la Direttiva in esame, oltre ad imporre il rispetto dei diritti fondamentali e dei principi generali sanciti dalla Carta di Nizza, dalla Cedu e dalle tradizioni costituzionali dei Paesi membri, sancisce, altresì, l'obbligo di assicurare che nei procedimenti penali dello Stato di esecuzione vengano rispettati i diritti della difesa e sia garantito un giusto processo nella valutazione delle prove.

Ora, mentre il generico riferimento ai diritti della difesa è destinato ad arricchirsi di contenuti soprattutto a seguito delle richiamate Direttive sui diritti dell'imputato, con riguardo alle tematiche del giusto processo, la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo è sicuramente chiamata a rappresentare, in modo sempre più incisivo, la principale «fonte indiretta di ravvicinamento»⁷⁰ delle regole procedurali dei diversi Stati europei.

A ben vedere, la stessa Corte di Cassazione appare già orientata ad individuare nelle linee interpretative fornite dai giudici di Strasburgo lo *standard* comune di garanzie processuali che rende possibile la libera circolazione delle prove e dei provvedimenti giudiziari in ambito penale all'interno dell'Unione europea⁷¹. Così, ad esempio, pronunciandosi in tema di mandato di arresto europeo, le Sezioni Unite hanno ritenuto di parametrare il livello di tutela delle garanzie proprio sui principi sanciti dall'art. 6 della Cedu, così come interpretati dalla giurisprudenza della Corte europea⁷².

Al riguardo, tuttavia, non può essere sottaciuto che il riferimento a tale formante giuridico reca con sé pesanti ipoteche di cui occorre farsi carico.

Innanzitutto, va rilevato che il carattere casistico della giurisprudenza della Corte, impegnata a valutare l'equità del singolo caso⁷³, non si presta a fornire indicazioni interpretative univoche in ordine al contenuto concreto che le singole garanzie di matrice sovranazionale possono assumere in rapporto ai diversi ordinamenti⁷⁴. Il che rischia di accentuare le divergenze esegetiche da parte dei giudici nazionali.

⁷⁰ G. DE AMICIS, *Limiti e prospettive del mandato europeo di ricerca della prova*, cit., pg. 28. In particolare, sui criteri adottati dalla Corte per accertare l'incidenza delle prove illegali sul carattere equo del processo, v. M. A. LOIODICE, *L'utilizzabilità dei mezzi di prova nel processo penale secondo la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 45 ss.

⁷¹ Cfr. M. CAIANIELLO, *To sanction (or not to sanction) procedural Flaws at EU level? A step forward in the creation of an EU criminal process*, cit.

⁷² Cfr. Cass. pen., sez. un., 30 gennaio 2007, Ramoci, in *Cass. pen.*, 2007, p. 1911; Id., sez. VI, 8 maggio 2007, Melina, in *CED Cass.*, n. 237078.

⁷³ Secondo F. M. IACOVIELLO, *La Cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, Milano, 2013, p. 882, «la Corte europea è giudice del caso, dei diritti e procede secondo il principio di proporzionalità; il giudice interno, e segnatamente la Corte di cassazione, è giudice del sistema, delle regole».

⁷⁴ V. al riguardo, A. BALSAMO, *Verso un modello di prova dichiarativa europea: il nesso tra acquisizione e impiego della prova*, in AA. VV., *I nuovi orizzonti della giustizia penale europea*, cit., p. 233. Sui fondamenti epistemologici del ragionamento della Corte, v. M. VOGLIOTTI, *La logica floue della Corte europea dei diritti dell'uomo tra tutela del testimone e salvaguardia del contraddittorio: il caso delle "testimonianze anonime"*, in *Giur. it.*, 1998, p. 851 ss.

A ciò si aggiunga, in diversificata prospettiva, che l'adesione agli *standards* di garanzia elaborati dalla Corte europea è suscettibile di provocare un arretramento delle tutele previste dal nostro ordinamento, soprattutto nella formazione della prova dichiarativa⁷⁵. Come noto, infatti, mentre l'art. 111, co. 4 Cost. esige che il confronto dialettico si espliciti nel momento di formazione della prova, nella prospettiva europea ci si "accontenta" anche di un contraddittorio differito, asincrono rispetto alla dichiarazione, a condizione, però, che l'accusato abbia avuto un'occasione adeguata e sufficiente per contestare il contenuto della testimonianza a carico. Ricorrendo quest'ultima ipotesi, peraltro, non opera neanche il divieto di impiegare in maniera esclusiva o determinante ai fini della condanna l'atto unilateralmente formato⁷⁶, dal momento che tale "ammortizzatore" viene in rilievo solo in sede di valutazione di elementi formati in assoluto *deficit* dialettico: ossia quando l'imputato abbia consapevolmente e spontaneamente rinunciato al confronto con i testi a carico; nel caso in cui una condotta illecita a danno del testimone sia riconducibile all'imputato o, da ultimo, qualora eventi non imputabili all'autorità giudiziaria giustificino la carenza dialettica. Proprio a quest'ultimo proposito, occorre, peraltro, segnalare un'inversione di orientamento da parte dei giudici di Strasburgo, i quali hanno statuito che una sentenza di condanna può basarsi unicamente o in misura determinante su atti formati in assenza di contraddittorio, se tale mancanza risulta comunque compensata da adeguate garanzie procedurali idonee a salvaguardare l'equità processuale⁷⁷.

A fronte di un simile disallineamento di tutele ed al fine di garantire la massima protezione dei diritti fondamentali, appare, allora, corretto ritenere che il più alto *standard* nazionale possa essere derogato solo nel caso in cui ricorrano tutte le condizioni richieste dal principio di proporzionalità per una limitazione del diritto al confronto: vale a dire, «esigenza di efficienza nella raccolta transnazionale delle

⁷⁵ Al riguardo, v. A. BALSAMO, *Principio del contraddittorio, utilizzabilità delle dichiarazioni predibattimentali e nozione di testimone tra giurisprudenza europea e criticità del sistema italiano*, in A. BALSAMO, R. E. KOSTORIS (a cura di), *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, Torino, 2008, p. 338 ss.; M. A. LOIODICE, *L'utilizzabilità dei mezzi di prova nel processo penale secondo la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit.; O. MAZZA, *Il principio del mutuo riconoscimento*, cit., p. 398; F. SIRACUSANO, *Tra mutuo riconoscimento e armonizzazione preventiva*, cit., p. 17 ss. In generale, sulla tutela del contraddittorio e del diritto di difesa, tra CEDU e Trattato di Lisbona, v. G. UBERTIS, *Argomenti di procedura penale*, vol. III, Milano, 2011. Per un'indagine comparatistica in tema di prova dichiarativa, v. M. G. AIMONETTO, *L'acquisizione della prova dichiarativa: un parallelo tra gli ordinamenti di Francia, Germania, Spagna, Italia e Regno Unito*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 4806 ss.; nonché, A. MANGIARACINA, *La circolazione della prova dichiarativa in ambito nazionale ed europeo*, in *Giust. pen.*, 2010, III, c. 427 ss.

⁷⁶ Cfr. Corte EDU, 13 novembre 2014, Bosti c. Italia, in *Cass. pen.*, 2015, p. 2039, con nota di A. BALSAMO, A. LO PIPARO, *La valutazione probatoria delle dichiarazioni del coimputato assente ritrattate per effetto di condotte illecite dei terzi: il punto di vista della Corte di Strasburgo*. Nello stesso senso, Corte EDU, 16 marzo 2000, Camilleri c. Malta, in *Cass. pen.*, 2002, p. 1815.

⁷⁷ Corte EDU, Grande Camera, 15 dicembre 2011, Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito. Sulla stessa linea, Corte EDU, 16 dicembre 2014, Horncastle c. Regno Unito; Corte EDU, 17 settembre 2013, Brzuszczyński c. Polonia; Corte EDU, 19 febbraio 2013, Gani c. Spagna; Corte EDU, 22 novembre 2012, Tseber c. Repubblica Ceca..

dichiarazioni, la salvaguardia del nucleo essenziale del diritto e la stretta necessità della restrizione»⁷⁸.

Per quanto concerne, invece, il secondo profilo evidenziato, inteso alla ricerca di appigli normativi di riferimento per il giudice interno, va rilevato che l'attuale sistema processuale contempla specifiche disposizioni che regolano l'ammissibilità e l'utilizzabilità della prova allogena.

Il riferimento è, innanzitutto, all'art. 431, co. 1 c.p.p., che alla lettera d) disciplina l'acquisizione dei documenti e dei verbali di atti non ripetibili compiuti all'estero mediante rogatoria; mentre alla successiva lettera f) consente l'ingresso nel fascicolo del dibattimento degli atti ripetibili assunti all'estero a seguito di rogatoria, «ai quali i difensori sono stati posti in grado di assistere e di esercitare le facoltà loro consentite dalla legge italiana».

Nel novero delle disposizioni in esame rientra anche l'art. 512-*bis* c.p.p., che, nella versione novellata ad opera della legge n. 479 del 1999, consente la lettura delle dichiarazioni rese da persona residente all'estero anche a seguito di rogatoria internazionale.

In diversificata prospettiva, l'art. 78, co. 1 disp. att. c.p.p. ammette l'acquisizione di atti autonomamente compiuti dall'autorità giudiziaria nell'ambito di un procedimento penale straniero, nei casi previsti dall'art. 238 c.p.p.; ovvero l'utilizzo di atti irripetibili compiuti dalla polizia straniera nel caso in cui vi sia il consenso delle parti o dopo l'esame testimoniale dell'autore degli stessi, compiuto anche mediante rogatoria all'estero in contraddittorio.

Da ultimo, specifico rilievo assume, ai fini che ci occupano, l'art. 729 c.p.p., il quale, nel disciplinare l'inutilizzabilità della prova assunta all'estero tramite rogatoria, ben può trovare uno specifico spazio operativo anche nel contesto della disciplina dell'ordine investigativo europeo.

Invero, se da un lato, suscita qualche perplessità una lettura estensiva delle norme contenute nella disposizione da ultimo richiamata, stante il carattere di specialità⁷⁹ che connota questa specifica forma di inutilizzabilità e che la rende, pertanto, insuscettibile di applicazione analogica al di fuori del ristretto ambito per il quale essa è prevista; dall'altro lato, non si può dimenticare che l'ordine investigativo europeo è destinato a sostituire il tradizionale meccanismo delle rogatorie⁸⁰. Sicchè, tale disposizione può rappresentare un punto di riferimento importante per orientare

⁷⁸ Così, M. DANIELE, *La metamorfosi del diritto delle prove*, cit., p. 15.

⁷⁹ Al riguardo, v., Cass. pen., sez. VI, 27 gennaio 2005, n. 9960, in *Cass. pen.*, 2006, p. 2230: «la sanzione dell'inutilizzabilità sancita dall'art. 729, comma primo c.p.p. come modificato dall'art. 13 della legge 5 ottobre 2001, n. 367, è speciale e come tale non è applicabile in via estensiva o analogica al di fuori dello specifico ambito nel quale essa è prevista, cioè quello delle rogatorie "all'estero"». In applicazione di tale principio, sono state ritenute estranee all'area di operatività di tale forma di invalidità le informazioni emerse all'interno di un procedimento penale estero, che spontaneamente ed autonomamente l'autorità giudiziaria straniera offre a quella italiana: Cass. pen., sez. I, 20 febbraio 2014, n. 37250; Id., sez. II, 12 novembre 2008, n. 44673, in *Cass. pen.*, 2010, p. 1084.

⁸⁰ In tal senso, M. DANIELE, *La metamorfosi del diritto delle prove*, cit., pp. 19-20.

l'esercizio del potere sanzionatorio dell'organo giurisdizionale italiano dinanzi all'ingresso del nuovo strumento probatorio europeo.

Nello specifico, il comma 1 dell'art. 729 c.p.p. sancisce il divieto di utilizzabilità degli strumenti probatori acquisiti o trasmessi in violazione delle norme di cui all'art. 696, co. 1 c.p.p.⁸¹, riguardanti l'acquisizione o la trasmissione di documenti o di altri mezzi di prova a seguito di rogatoria all'estero. In altri termini, la disposizione in esame subordina l'utilizzabilità della prova assunta all'estero al rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento, ed in particolare, delle leggi che riguardano l'ordine pubblico, prime tra tutte quelle inerenti l'esercizio del diritto di difesa. Facendo leva su tale norma, si è, dunque, statuito che compete al giudice nazionale valutare, caso per caso, se le eventuali minori garanzie accordate all'estero comportino la lesione di un diritto fondamentale della persona. In applicazione di tale criterio si è, così, sostenuta l'inutilizzabilità di quegli atti che risultino in contrasto con specifiche «disposizioni del codice di rito che costituiscono diretta emanazione dei principi previsti dalla Carta costituzionale»⁸².

Estendendo le conclusioni appena riportate alla disciplina delle prove assunte con l'ordine di indagine europeo, si può, allora, sostenere che spetta al giudice del dibattimento il potere di dichiarare l'invalidità della prova acquisita o trasmessa in violazione dei principi di equivalenza e proporzionalità⁸³, in tutti i casi in cui l'ordinamento interno assicuri un più alto *standard* di tutela dei diritti fondamentali della persona. Non è tutto.

Importanti indicazioni sul regime di validità delle prove *aliunde* formate provengono anche dal comma 1-bis dello stesso art. 729 c.p.p., il quale statuisce che se lo stato estero dà esecuzione alla rogatoria con modalità diverse da quelle indicate dall'autorità giudiziaria ai sensi dell'art. 727, co. 5-bis, gli atti compiuti dall'autorità straniera sono inutilizzabili. Sottoposta a severe critiche da parte della dottrina⁸⁴, la norma contenuta nel richiamato art. 729, co. 1-bis c.p.p. calza "a pennello" per l'ipotesi di violazione dell'art. 9, par. 2 della direttiva sull'Ordine investigativo europeo, che, come rilevato, obbliga l'autorità di esecuzione ad attenersi alle modalità richieste dalle autorità dello stato di emissione, salvo che queste contrastino con i principi fondamentali del proprio diritto.

In particolare, già ad una prima lettura, non può sfuggire che sia la norma della Direttiva, sia la disposizione codicistica, presentano uno stesso difetto di fabbrica, ravvisabile nella eccessiva discrezionalità riconosciuta all'autorità giudiziaria

⁸¹ L'art. 696 c.p.p. prevede che le rogatorie internazionali sono disciplinate dalle norme della Convenzione europea di assistenza giudiziaria del 1959 e dalle altre norme delle convenzioni internazionali in vigore per lo Stato e dalle norme di diritto internazionale generale.

⁸² C. VALENTINI, *L'acquisizione della prova tra limiti territoriali e cooperazione con autorità straniere*, Padova, 1998, p. 209. Ad analoghe conclusioni perviene G. UBERTIS, *La prova acquisita all'estero e la sua utilizzabilità in Italia*, loc. cit.

⁸³ Così, M. DANIELE, *La metamorfosi del diritto delle prove*, cit., p. 20.

⁸⁴ V., per tutti, A. PRESUTTI, *Legge sulle rogatorie internazionali e inutilizzabilità della prova*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, p. 1164 ss.

nell'individuare requisiti e modalità degli atti probatori. Proprio in considerazione di tali rilievi, appaiono estensibili anche all'ordine europeo di indagine, le conclusioni, formulate dalla dottrina in tema di rogatorie, secondo cui il giudice interno può dichiarare l'inutilizzabilità della prova solo se assunta in violazione di specifiche modalità necessarie per la produzione degli effetti dell'atto, secondo la legge italiana. Per converso, alcuna conseguenza sanzionatoria può discendere dalla inosservanza di quelle formalità e procedure che, pur indicate dal magistrato richiedente, costituiscono mere condizioni di regolarità dell'atto, espressione di una *lex minus quam perfecta*⁸⁵.

⁸⁵ P. FERRUA, *Rogatorie: una legge che smentisce la riforma del giusto processo*, in *Dir. e Giust.*, 2001, f. 36, p.36; A. PRESUTTI, *Legge sulle rogatorie internazionali e inutilizzabilità della prova*, p. 1179.