



DIRITTO PENALE CONTEMPORANEO

DIRITTO PENALE
CONTEMPORANEO

Fascicolo
2/2019

DIRETTORE RESPONSABILE Gian Luigi Gatta
VICE DIRETTORI Guglielmo Leo, Luca Luparia

ISSN 2039-1676

COMITATO DI DIREZIONE Alexander Bell, Antonio Gullo, Luca Masera, Melissa Miedico, Alfio Valsecchi

REDAZIONE Anna Liscidini (coordinatore), Francesco Lazzeri (segretario), Alberto Aimi, Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Carlo Bray, Alessandra Galluccio, Stefano Finocchiaro, Erisa Pirgu, Serena Santini, Tommaso Trincherà, Maria Chiara Ubiali, Stefano Zirulia

COMITATO SCIENTIFICO Emilio Dolcini, Novella Galantini, Alberto Alessandri, Jaume Alonso-Cuevillas, Giuseppe Amarelli, Ennio Amodio, Francesco Angioni, Roberto Bartoli, Fabio Basile, Hervé Belluta, Alessandro Bernardi, David Brunelli, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Michele Caianiello, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Francesco Caprioli, David Carpio, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Massimo Ceresa Gastaldo, Mario Chiavario, Luis Chiesa, Cristiano Cupelli, Angela Della Bella, Gian Paolo Demuro, Ombretta Di Giovine, Massimo Donini, Giovanni Fiandaca, Roberto Flor, Luigi Foffani, Gabriele Fornasari, Loredana Garlati, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Roberto E. Kistoris, Sergio Lorusso, Stefano Manacorda, Vittorio Manes, Luca Marafioti, Enrico Marzaduri, Jean Pierre Matus, Anna Maria Maugeri, Oliviero Mazza, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Vincenzo Militello, Santiago Mir Puig, Vincenzo Mongillo, Adan Nieto Martin, Francesco Mucciarelli, Renzo Orlandi, Íñigo Ortiz de Urbina, Francesco Palazzo, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Vicente Pérez-Daudí, Daniela Piana, Lorenzo Picotti, Paolo Pisa, Daniele Piva, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Joan Josep Queralt, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Mario Romano, Gioacchino Romeo, Carlo Ruga Riva, Markus Rübenstahl, Francesca Ruggieri, Marco Scoletta, Sergio Seminara, Rosaria Sicurella, Placido Siracusano, Carlo Sotis, Giulio Ubertis, Antonio Vallini, Paolo Veneziani, Francesco Viganò, Costantino Visconti, Matteo Vizzardi, Francesco Zacchè

Diritto Penale Contemporaneo è un periodico on line, ad accesso libero e senza fine di profitto, nato da un'iniziativa comune di Luca Santa Maria, che ha ideato e finanziato l'iniziativa, e di Francesco Viganò, che ne è stato sin dalle origini il direttore nell'ambito di una partnership che ha coinvolto i docenti, ricercatori e giovani cultori della Sezione di Scienze penalistiche del Dipartimento "C. Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano. Attualmente la rivista è edita dall'Associazione "Diritto penale contemporaneo", il cui presidente è l'Avv. Santa Maria e il cui direttore scientifico è il Prof. Gian Luigi Gatta. La direzione, la redazione e il comitato scientifico della rivista coinvolgono oggi docenti e ricercatori di numerose altre università italiane e straniere, nonché autorevoli magistrati ed esponenti del foro.

Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione.

Le opere pubblicate su "Diritto penale contemporaneo" sono attribuite dagli autori con licenza *Creative Commons* "Attribuzione – Non commerciale 3.0" Italia (CC BY-NC 3.0 IT). Sono fatte salve, per gli aspetti non espressamente regolati da tale licenza, le garanzie previste dalla disciplina in tema di protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio (l. n. 633/1941).

Il lettore può condividere, riprodurre, distribuire, stampare, comunicare al pubblico, esporre in pubblico, cercare e segnalare tramite collegamento ipertestuale ogni lavoro pubblicato su "Diritto penale contemporaneo", con qualsiasi mezzo e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, nei limiti consentiti dalla licenza *Creative Commons* "Attribuzione – Non commerciale 3.0 Italia" (CC BY-NC 3.0 IT), in particolare conservando l'indicazione della fonte, del logo e del formato grafico originale, nonché dell'autore del contributo.

La rivista fa proprio il Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors elaborato dal COPE (Committee on Publication Ethics).

Peer review.

Salvo che sia diversamente indicato, tutti i contributi pubblicati nella sezione *papers* di questo fascicolo hanno superato una procedura di *peer review*, attuata secondo principi di trasparenza, autonomia e indiscusso prestigio scientifico dei revisori, individuati secondo criteri di competenza tematica e di rotazione all'interno dei membri del Comitato scientifico. Ciascun lavoro soggetto alla procedura viene esaminato in forma anonima da un revisore, il quale esprime il suo parere in forma parimenti anonima sulla conformità del lavoro agli standard qualitativi delle migliori riviste di settore. La pubblicazione del lavoro presuppone il parere favorevole del revisore. Di tutte le operazioni compiute nella procedura di *peer review* è conservata idonea documentazione presso la redazione.

Modalità di citazione.

Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli di *Diritto penale contemporaneo*, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 1/2017, p. 5 ss.

IL PRINCIPIO DI PROPORZIONALITÀ NELL'ORDINE EUROPEO DI INDAGINE PENALE

di Cosimo Emanuele Gatto

***Abstract.** Il contributo esamina l'impatto del principio di proporzionalità sull'Ordine europeo di indagine penale, avuto riguardo tanto alla Direttiva 2014/41/UE che lo ha introdotto, quanto al decreto di recepimento interno (d. lgs. n. 108 del 21 giugno 2017). L'obiettivo è quello di verificare se e come tale criterio possa garantire l'efficienza dell'OEI, agevolando il dialogo tra le autorità giudiziarie nel pieno rispetto delle garanzie difensive. Sebbene, infatti, la proporzionalità sia caratterizzata da un elevato margine di discrezionalità, il suo utilizzo si palesa irrinunciabile al fine di assicurare un uniforme grado di protezione dei diritti fondamentali dei soggetti coinvolti nelle dinamiche della cooperazione. In questa prospettiva, il mancato rispetto del principio nelle procedure esecutive dovrebbe rendere inutilizzabile a livello interno il dato probatorio raccolto all'estero.*

SOMMARIO: 1. Cooperazione giudiziaria e principio di proporzionalità. – 2. Il principio di proporzionalità nella direttiva 2014/41/UE. – 3. Il principio di proporzionalità nel decreto di recepimento n. 108 del 21 giugno 2017. – 3.1. La proporzionalità nelle fasi di emissione e di esecuzione dell'Ordine. – 3.2. La proporzionalità nei mezzi di prova e di ricerca della prova. – 3.3. Proporzionalità ed (in)utilizzabilità del dato raccolto. – 4. Conclusioni.

1. Cooperazione giudiziaria e principio di proporzionalità.

Il rafforzamento dello «spazio di libertà, sicurezza e giustizia» (art. 3 § 2 del TUE)¹ richiede che l'Unione si doti, tra gli altri, di strumenti di cooperazione giudiziaria in materia penale (art. 82 TFUE), i quali, ispirandosi alla logica del mutuo riconoscimento²,

¹ Secondo la formulazione introdotta dal Trattato di Lisbona, il quale ha prodotto, tra le altre cose, la «comunitarizzazione» del Terzo Pilastro (Cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale) consentendo così alle competenti istituzioni europee di legiferare in materia penale e alla Corte di giustizia di estendere la sua giurisdizione anche in questo ambito. Sul punto cfr. M. CAIANIELLO, [Dal terzo pilastro ai nuovi strumenti: diritti fondamentali, "road map" e l'impatto delle nuove direttive](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 4/2015, p. 70 ss.

² Questo, come rilevato al punto 33 delle conclusioni del Consiglio europeo di Tampere (15-16 ottobre 1999), «dovrebbe diventare il fondamento della cooperazione giudiziaria nell'Unione tanto in materia civile quanto

agevolino la repressione dei crimini nel rispetto dei diritti fondamentali dei soggetti coinvolti nelle attività di *law enforcement* (art. 67 TFUE).

A tal fine, la stessa morfologia dell'ordinamento comunitario³, nel quale si trovano ad operare autorità giudiziarie di diverse nazionalità, implica l'individuazione di alcuni principi generali⁴ che siano in grado di costituire un codice linguistico condiviso in grado di facilitare il dialogo tra giudici coinvolti nelle procedure di cooperazione.

Nell'Ordine europeo di indagine penale (OEI)⁵ questo "minimo comun denominatore" pare essere rappresentato dal principio di proporzionalità⁶, il quale comporta l'utilizzo del mezzo più *idoneo*, solo in quanto *necessario* al raggiungimento del fine, in modo tale da non comprimere in *maniera intollerabile (rectius, sproporzionata)* la sfera giuridica dell'interessato⁷.

in materia penale». Sul principio cfr. J. R. SPENCER, *Il principio del mutuo riconoscimento*, in (a cura di) R.E. Kostoris, *Manuale di procedura penale europea*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 313 ss.

³ Sulle caratteristiche del diritto penale europeo, cfr. A. KLIP, *European Criminal Law. An Integrative Approach*, 3rd ed., Intersentia, Cambridge, Antwerp, Portland, 2016, p. 10. Ma anche, V. MANES, *Common law-isation del diritto penale? Trasformazioni del nullum crimen e sfide prossime future*", in *Cass. pen.*, 3/2017, p. 955 ss.

⁴ Sono questi, infatti, «ad avere una maggior valenza unificante, finendo col plasmare, appunto, lo stesso lessico delle categorie, e così facendosi fulcro della loro (maggiore o minore) armonizzazione». In questi termini V. MANES, *I principi penalistici nel network multilivello: trapianto palingenesi, cross-fertilization*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/2012, p. 846.

⁵ Direttiva 2014/41/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 3 aprile 2014. Questo rappresenta, nell'ambito della cooperazione giudiziaria europea, il più recente strumento di indagine e raccolta transnazionale della prova. Sulla direttiva, senza pretese di completezza, cfr.: M. CAIANIELLO, *La nuova direttiva UE sull'ordine europeo di indagine penale tra mutuo riconoscimento e ammissione reciproca delle prove*, in *Proc. pen. giust.*, f. 3/2015, p. 1 ss.; I. ARMADA, *The European Investigation Order and the Lack of European Standards for Gathering Evidence: Is a Fundamental Rights-Based Refusal the Solution?*, in *New Journal of European Criminal Law*, 6, 1, 2015, pp. 8-31; M. DANIELE, [La metamorfosi del diritto delle prove nella direttiva sull'ordine europeo di indagine penale](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 4/2015, p. 86 ss.; ID., [L'impatto dell'ordine europeo di indagine penale sulle regole probatorie nazionali](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 3/2016, p. 63 ss.; T. BENE, L. LUPARIA, L. MARAFIOTI, *L'ordine europeo di indagine. Criticità e prospettive*, Giappichelli, Torino, 2016.

⁶ La bibliografia sul punto è vasta. Senza pretese di completezza, cfr.: D. U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1998; ID., *La proporzionalità quale principio generale dell'ordinamento*, in *Giorn. dir. ann.*, 10/2006, p. 1106 ss.; M. LA TORRE, A. SPADARO (a cura di), *La ragionevolezza nel diritto*, Giappichelli, Torino, 2002; S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Giappichelli, Torino, 2011; R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, Il Mulino, Bologna, 2012, p. 133 ss.; A. MARLETTA, *Il principio di proporzionalità nel mandato d'arresto europeo*, Tesi dottorale, Bologna, 2013; M. CAIANIELLO, [Il principio di proporzionalità nel procedimento penale](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 3-4/2014, p. 143 ss.; G. PINO, *Diritti fondamentali e principio di proporzionalità*, in *Ragion Pratica*, 2/2014, p. 541 ss.; ID., *Proporzionalità, diritti e democrazia*, in *Diritto e società*, 3/2014, p. 597 ss.; M. HEINTZEN, *Il principio di proporzionalità. Un cosmopolita tedesco nel diritto costituzionale*, Mucchi editore, Modena, 2015; G. SCACCIA, *Proporzionalità e bilanciamento tra diritti nella giurisprudenza delle corti europee*, in *Rivista AIC*, 3/2017, p. 1 ss.

⁷ Idoneità, necessità e proporzionalità in senso stretto, costituiscono infatti le tre fasi del controllo di proporzionalità. Una misura è *idonea* se è in grado di raggiungere l'obiettivo prestabilito. Deve essere altresì *necessaria*, ossia rappresentare il mezzo meno invasivo per la sfera giuridica dell'individuo. L'ultimo *step*, la *proporzionalità in senso stretto*, rappresenta il passaggio più delicato in quanto, implica una comparazione tra mezzo utilizzato e lesione della sfera giuridica del soggetto su cui ricade l'intervento pubblico: qualora uno

Il presente contributo si propone di analizzare l'impatto della proporzionalità sull'OEI, avuto riguardo tanto alla direttiva quanto al decreto di recepimento italiano⁸.

L'obiettivo è quello di verificare se e come essa possa garantire l'efficienza dell'OEI su due distinti e complementari profili: da un lato, stante l'assenza a livello europeo di una preventiva opera di armonizzazione, favorendo il dialogo tra le autorità procedenti e, dall'altro, a livello interno, consentendo l'utilizzabilità del dato ottenuto se, tra gli altri, sono stati rispettati i diritti fondamentali dei soggetti coinvolti nella cooperazione.

In ordine al primo profilo, l'eterogeneità applicativa che contraddistingue il principio esalta la sua forza unificante: esso, infatti, gemmato nell'ambito del diritto di polizia tedesco⁹, ha successivamente visto accrescersi il suo raggio d'azione.

Tale processo espansivo è evidente in ambito europeo dove la Corte di giustizia – nonostante l'assenza fino al Trattato di Maastricht (art. G5) di un suo referente normativo – ha utilizzato il canone di proporzione, quale di principio generale del diritto

strumento risultasse idoneo e necessario, ma gravasse oltre misura sui diritti inviolabili del singolo, questo sarebbe sproporzionato nell'accezione qui proposta. Sul punto cfr. A. MARLETTA, *op. ult. cit.*, p. 65 ss.; D. U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, cit., p. 14 ss.; S. TESORIERO, *Processo penale e prova multidisciplinare europea in materia di illeciti finanziari*, *Riv. dir. proc.*, 6/2016, p. 1536 ss. Come è stato efficacemente notato, la proporzionalità «offers judges a clear and objective test to distinguish coercive action by the state that is legitimate from that which is not». In termini, D. M. BEATTY, *The Ultimate Rule of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2004, p. 166.

⁸ D. lgs. del 21 giugno 2017, n. 108. Senza pretese di completezza, cfr. R. BELFIORE, *Su alcuni aspetti del decreto di attuazione dell'ordine europeo di indagine penale*, in *Cass. pen.*, 1/2018, p. 400 ss.; M. CAIANIELLO, *L'attuazione della direttiva sull'ordine europeo di indagine penale e le sue ricadute nel campo del diritto probatorio*, in *Cass. pen.*, 6/2018, p. 2197 ss.; M. DANIELE, [L'ordine europeo di indagine penale entra a regime. Prime riflessioni sul d. lgs. n. 108 del 2017](#), in questa *Rivista*, fasc. 7-8/2017, p. 208 ss.; G. DE AMICIS, *Dalle rogatorie all'Ordine europeo di indagine: verso un nuovo diritto della cooperazione giudiziaria penale*, in *Cass. pen.*, 1/2018, p. 22 ss.; E. SELVAGGI, *L'ordine europeo di indagine-EIO: come funziona?*, in *Cass. pen.*, 1/2018, p. 44 ss.; F. FALATO, *La proporzione innova il tradizionale approccio al tema della prova: luci ed ombre della nuova cultura probatoria promossa dall'ordine europeo di indagine penale*, in *Arch. pen.*, 1/2018 (web), p. 1 ss.; A. MANGIARACINA, *L'acquisizione "europea" della prova cambia volto: l'Italia attua la Direttiva relativa all'ordine europeo di indagine penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2/2017, p. 158 ss. Per l'analisi, articolo per articolo, del decreto si rimanda a M. TROGU, *Ordine europeo di indagine penale*, in (a cura di) A. Marandola, *Cooperazione giudiziaria penale*, Giuffrè, Milano, 2018, p. 1004 ss. Da ultimo, M. DANIELE, R.E. KOSTORIS (a cura di), *L'ordine europeo di indagine penale. Il nuovo volto della raccolta transnazionale delle prove nel d. lgs. n. 108 del 2017*, Giappichelli, Torino, 2018.

⁹ Come è stato osservato, infatti, «In epoca prussiana il concetto di proporzionalità apparve, per la prima volta, in un'opera di VON BERG del 1802 sul diritto di polizia e venne recepito, nel 1882, da una importante pronuncia del Tribunale amministrativo superiore prussiano – la sentenza *Kreuzberg* – che, di lì in poi, pose le basi concettuali di una giurisprudenza costante sui limiti dell'attività di polizia amministrativa e di sicurezza». Così A. MARLETTA, *op. cit.*, p. 63. I riferimenti dell'A. sono a G.H. VON BERG, *Handbuch des Deutschen Polizeirechts*, 1802, ed alla sentenza del 14 giugno 1882, *PrOVGE* 9, p. 353 ss., (sui quali cfr. *ivi*, sub ntt. 8 e 9).

comunitario¹⁰, in quasi tutti gli ambiti di competenza dell'Unione¹¹ e, da ultimo – grazie anche alla comunitarizzazione del terzo pilastro – altresì, in materia penale¹².

La diffusa applicazione del principio in ambito europeo ha favorito l'irradiarsi della proporzionalità negli ordinamenti che compongono l'Unione¹³ e, pertanto, essa può rappresentare una "bussola"¹⁴ condivisa a livello comunitario, favorendo il dialogo tra le autorità giudiziarie quando le stesse si trovino ad interagire come avviene nel corso della cooperazione.

Perché questa sia efficiente occorre che le diversità delle culture giuridiche siano condotte ad unità quando si tratta di convergere su una soluzione comune che coniughi le esigenze repressive, i principi inderogabili dei relativi ordinamenti ed i diritti fondamentali dei soggetti coinvolti.

Viene qui in rilievo il secondo profilo. Difatti, il principio *de quo*, come si cercherà di dimostrare nei prossimi paragrafi, può fungere da baluardo per la tutela dei diritti fondamentali nella dinamica processuale¹⁵ – riconducendo entro i ranghi delle Carte

¹⁰ Cfr. CGCE, 17 dicembre 1970, C-11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*. Questa sua valenza è stata successivamente riconosciuta anche a livello legislativo dall'inserimento della proporzionalità nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea agli artt. 49(3) e 52(1) e nei Trattati (art. 5 TUE). Con riguardo alla sentenza citata nonché all'evoluzione del principio nel diritto europeo, cfr. A. MARLETTA, *op. cit.*, p. 76 ss.; G. SCACCIA, *op. cit.*, p. 8 ss.; D.U. GALETTA, *op. ult. cit.*, p. 76 ss. Per esigenze di completezza va precisato come il principio abbia trovato cittadinanza anche nella giurisprudenza Cedu. Benché la Convenzione non lo menzioni esplicitamente, la Corte di Strasburgo lo ha utilizzato da un lato «quale limite alla discrezionalità riconosciuta agli Stati membri nel recepire i diritti e le libertà della Carta» e, successivamente, quale «parametro di riferimento per la verifica della tutela effettiva di tutti i diritti fondamentali previsti dalla Convenzione». In termini, M. CAIANIELLO, *Il principio di proporzionalità nel procedimento penale*, cit., p. 149 (nonché la dottrina ivi citata *sub ntt.* 27-28). Di recente, cfr. Corte e.d.u., V Sez., 27 aprile 2017, *Sommer c. Germania*. Sull'evoluzione del principio vd., inoltre, M. HEINTZEN, *Il principio di proporzionalità. Un cosmopolita tedesco nel diritto costituzionale*, cit., p. 11 ss.

¹¹ Cfr. sul punto D.U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità*, in (a cura di) M. Renna, F. Saitta, *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 394.

¹² Nella nostra prospettiva di ricerca un rilevante esempio è costituito dalla sentenza della Corte di giustizia *WebMind Lincense C-419/14*, 17 dicembre 2015, sulla quale cfr. S. TESORIERO, *op. cit.*, p. 1526 ss. Peraltro, come evidenziato, «la crescente europeizzazione della intera area penale rappresenta un potente motore di espansione del principio di proporzionalità, che costituisce una colonna portante di tutto l'edificio europeo, e in particolare di quello UE. In sintesi, il ragionamento si snoda attraverso i seguenti passaggi: tutto il diritto UE pone al centro del rapporto autorità-individuo (ma anche di quello tra potere centrale e potere degli Stati membri) il canone di proporzione. Il diritto europeo è superiore a quello nazionale di rango legislativo ordinario, e prevale su di esso. Il diritto europeo interviene in maniera crescente a disciplinare il settore penale, in particolare quello processuale. Ne deriva, pertanto, che quest'ultimo, *a fortiori*, appare pervaso dal principio di proporzionalità, anche oltre il solo territorio dei diritti inviolabili previsti dalla Costituzione, mano a mano che si espande l'area di influenza delle fonti dell'Unione». In termini, M. CAIANIELLO, *Il principio di proporzionalità nel procedimento penale*, cit., p. 148.

¹³ Da questo punto di vista è opportuno rilevare come il principio sia riconosciuto in tutti i sistemi giuridici che fanno parte dell'U.E. Infatti, la flessibilità che lo contraddistingue è una caratteristica che ben si attaglia anche al *case law* dei sistemi anglosassoni e pertanto esso rappresenta un utile canale di comunicazione con i sistemi di *civil law*, nei quali la proporzionalità ha trovato, sin dalle origini, cittadinanza. Cfr. M. CAIANIELLO, *op. ult. cit.*, p. 144.

¹⁴ Cfr. M. DANIELE, *L'impatto dell'ordine europeo di indagine penale sulle regole probatorie nazionali*, cit., p. 76 ss.

¹⁵ Come rilevato, a livello interno, il principio opera quale «corollario delle inviolabilità di certe prerogative

costituzionali e dei diritti tanto lo *ius dicere* quanto lo *ius facere*¹⁶ – e , in caso di loro violazione, incidere negativamente sull'utilizzabilità del dato raccolto.

2. Il principio di proporzionalità nella direttiva 2014/41/UE.

La direttiva 41 del 2014 «istituisce un regime unico per l'acquisizione di prove»¹⁷ all'interno dell'Unione europea, sostituendo sia il mandato europeo di ricerca della prova¹⁸, nonché, in ordine ai paesi aderenti alla direttiva¹⁹, il sistema delle rogatorie²⁰ e le disposizioni della decisione quadro 2003/577/GAI del 22 luglio 2003 per ciò che concerne il sequestro probatorio²¹. In breve, l'OEI «rappresenta il cardine della cooperazione europea in materia di raccolta delle prove e scambio d'informazioni (...) caratterizzato, in linea prevalente ma non esclusiva, dal principio del reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie»²².

Applicando quest'ultimo alla cooperazione in materia penale, l'OEI dà vita ad un canale comunicativo diretto tra le autorità giudiziarie europee, *bypassando* il "filtro" del Ministro di Giustizia²³. Ciò, indubbiamente, reca un duplice beneficio.

In primis, "libera" uno strumento giuridico da ragioni politiche che potenzialmente ne potevano distorcere le finalità e rallentare il funzionamento, rafforzando l'affermazione del principio di disponibilità delle informazioni acquisite nel

individuali tutelate dalla Costituzione». In termini, M. CAIANIELLO, *Il principio di proporzionalità nel procedimento penale*, cit., p. 148.

¹⁶ È stato autorevolmente affermato che il principio *de quo* «funge quindi per i diritti fondamentali sia da limite alle scelte del legislatore che da criterio esegetico-applicativo per l'autorità giudiziaria quando dispone una restrizione di essi o controlla il relativo procedimento». In termini, G. UBERTIS, *Equità e proporzionalità versus legalità processuale: eterogenesi dei fini?*, in *Arch. pen.*, 2/2017, p. 390.

¹⁷ Cfr. considerando 24 Dir. 41/2014. M. DANIELE, afferma che l'OEI «ha il merito di introdurre un unico strumento acquisitivo». ID., *La metamorfosi del diritto delle prove nella direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 87. Autorevole dottrina ha infatti individuato nella *semplificazione*, nell'*omnicomprensività* e nel *sincretismo* le direttrici fondamentali dell'OEI. Il riferimento è a M. CAIANIELLO, *La nuova direttiva UE sull'ordine europeo di indagine penale tra mutuo riconoscimento e ammissione reciproca delle prove*, cit., p. 3. Come rilevato da G. DE AMICIS, «principale finalità dell'EIO è quella di snellire e velocizzare le modalità e i tempi di ricerca, acquisizione e trasferimento delle fonti di prova nello spazio territoriale dell'Unione». ID., *op. ult. cit.*, p. 26.

¹⁸ Decisione quadro 2008/978/GAI del 18 dicembre 2008.

¹⁹ Ad eccezione, quindi, di Danimarca ed Irlanda.

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

²¹ Cfr. art. 34 Direttiva 41/2014.

²² M. CAIANIELLO, *op. ult. cit.*, pp. 1 e 3.

²³ Per questa ragione, le autorità di "emissione" e di "esecuzione" sono state individuate dal decreto di recepimento italiano (d. lgs. n. 108 del 2017) non più nella Corte d'Appello, ma, in ordine alla procedura passiva, nel procuratore della Repubblica presso il Tribunale del capoluogo del distretto dove devono essere compiuti gli atti richiesti (art. 4) o nel g.i.p. (art. 5), mentre, con riferimento alla procedura attiva, nel pubblico ministero e nel giudice che procede «nell'ambito delle rispettive attribuzioni» (art. 27).

corso del procedimento²⁴ sul presupposto di una fiducia reciproca tra le autorità nazionali.

In secundis, sostituisce alla forma della *richiesta* (tipica del modello rogatorio) quella dell'*ordine*²⁵, che non necessita più l'impiego della *lex loci* ma della *lex fori*²⁶, favorendo, pur in assenza di una compiuta armonizzazione delle discipline nazionali, una "fisiologica" utilizzabilità interna del dato raccolto, senza far ricorso a norme derogatorie.

Auspicabilmente – grazie anche alla limitazione delle ipotesi di rifiuto²⁷ che risponde sempre alla logica del mutuo riconoscimento – l'Ordine europeo di indagine potrà infatti beneficiare di un utilizzo diffuso e costituire un ulteriore tassello per giungere allo «spazio di libertà, sicurezza e giustizia» auspicato dall'art. 3 del TUE²⁸.

Con lo strumento in questione, non si è voluto infatti "aggirare" la disciplina probatoria del singolo Stato – l'OEI può essere emesso infatti soltanto se gli atti di

²⁴ Sul punto, cfr. G. DE AMICIS, *op. ult. cit.*, p. 24.

²⁵ G. DE AMICIS evidenzia come «l'EIO costituisce il frutto di una "inusuale convergenza" di elementi tipici del mutuo riconoscimento e di tratti salienti della mutua assistenza giudiziaria, generando una commistione di modelli tale da rendere problematica l'individuazione dei suoi connotati identificativi rispetto al tradizionale schema rogatorio: benché formalmente ascrivibile al novero delle cd. "eurordinanze", secondo la declinazione invalsa a seguito dell'irrompere sulla scena del principio del mutuo riconoscimento, esso per certi versi assume, sostanzialmente in linea con il modello di mutua assistenza, i connotati di una richiesta che, anche per la previsione di motivi, sia pur tassativi, di rifiuto, non vincola automaticamente l'autorità "ricevente" sia in ordine all'*an*, sia per quanto concerne il *quomodo* della sua esecuzione». ID., *op. ult. cit.*, p. 27.

²⁶ In questa prospettiva si può leggere l'art. 9 § 2 a detta del quale «l'autorità di esecuzione si attiene alle formalità e alle procedure espressamente indicate dall'autorità di emissione, salvo qualora la presente direttiva disponga altrimenti, sempre che tali formalità e procedure non siano in conflitto con i principi fondamentali del diritto dello Stato di esecuzione». Da questa norma si evince come la direttiva favorisca l'applicazione generalizzata della *lex fori* con il limite del rispetto dei principi fondamentali dello Stato di esecuzione. Sul punto, a detta dalla dottrina, si è generata «un'ibridazione fra la *lex fori* e la *lex loci*». In termini, M. DANIELE, *L'impatto dell'ordine europeo di indagine penale sulle regole probatorie nazionali*, cit., p. 70. Allo stesso tempo, la vaghezza del dato normativo ("principi fondamentali dello Stato di esecuzione") potrebbe però dare il destro ad esecuzioni dell'Ordine secondo «*standard* di tutela inferiori a quelli contemplati dal sistema dello Stato di emissione». ID., [La triangolazione delle garanzie processuali fra diritto dell'Unione Europea, Cedu e sistemi nazionali](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 4/2016, p. 58.

²⁷ Cfr. art. 11. L'impronta del mutuo riconoscimento emerge, del resto, anche all'art. 9 § 1 dove si prevede che «l'autorità di esecuzione riconosce un OEI, trasmesso conformemente alle disposizioni della presente direttiva, senza imporre ulteriori formalità e ne assicura l'esecuzione nello stesso modo e secondo le stesse modalità con cui procederebbe se l'atto d'indagine in questione fosse stato disposto da un'autorità dello Stato di esecuzione, a meno che non decida di addurre uno dei motivi di non riconoscimento o di non esecuzione ovvero uno dei motivi di rinvio previsti dalla presente direttiva».

²⁸ Come è stato evidenziato, «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». In questi termini, M. CAIANIELLO, *La nuova direttiva UE sull'ordine europeo di indagine penale tra mutuo riconoscimento e ammissione reciproca delle prove*, cit., p. 9. Sul punto, l'A. rimanda a S. GLESS, *Strategie e tecniche per l'armonizzazione della prova*, in (a cura di) G. Illuminati, *Prova penale e Unione europea*, BUP, Bologna, 2009, p. 141 ss.; S. ALLEGREZZA, *L'armonizzazione della prova penale alla luce del Trattato di Lisbona*, *ivi*, p. 161 ss.

indagine richiesti «avrebbero potuto essere emessi alle stesse condizioni in un caso interno analogo»²⁹ – quanto, piuttosto, snellire le procedure rogatorie, grazie, anche, al «riconoscimento reciproco di decisioni adottate ai fini dell'acquisizione di prove», obiettivo della presente direttiva³⁰.

L'assenza di un'opera preventiva di armonizzazione³¹ ha però comportato il ricorso ad una serie di principi – tra gli altri, appunto, la proporzionalità intesa quale strumento di protezione dei diritti fondamentali³² – utili sia ad orientare il contenuto delle «norme processuali in bianco»³³ di cui la direttiva si compone, sia a favorire la cooperazione tra le autorità giudiziarie mediante un lessico condiviso delle categorie.

Leggendo le disposizioni, ci si avvede di come esse richiamino in diversi articoli³⁴ la *triade* del principio³⁵, il quale funge da strumento di protezione dei diritti fondamentali nell'ambito della cooperazione giudiziaria, «anticorpo contro il pericolo dell'arbitrarietà»³⁶.

La direttiva 41/2014, in tale prospettiva, esalta la portata applicativa della proporzionalità. Questa «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)»³⁷.

La logica del principio implica, infatti, una consequenzialità di strumenti sempre più afflittivi, da utilizzare solo in quanto quelli meno invasivi siano inadeguati al raggiungimento del risultato sperato ed in questo senso la direttiva OEI può rappresentare lo strumento per la compiuta affermazione della proporzionalità in

²⁹ Cfr. art. 6 § 1 lett. b.

³⁰ Cfr. considerando 38. La direttiva si limita «a quanto è necessario per conseguire tale obiettivo, in ottemperanza al principio di proporzionalità».

³¹ Autorevole dottrina ha parlato di «forme solo embrionali di armonizzazione». M. DANIELE, *L'impatto dell'ordine europeo di indagine penale sulle regole probatorie nazionali*, cit., p. 64.

³² Cfr. considerando 11 e 12.

³³ M. DANIELE, *op. ult. cit.*, p. 64.

³⁴ Cfr. gli artt. 6 § 1, 10 § 3 e 11 § 1 lett. f.

³⁵ Il riferimento è alle caratteristiche di idoneità, necessità, e proporzionalità in senso stretto, che la misura richiesta deve possedere per potersi considerare proporzionale al raggiungimento dell'obiettivo prefissato.

³⁶ Così M. DANIELE, *L'impatto dell'ordine europeo di indagine penale sulle regole probatorie nazionali*, cit., p. 76. L'A., constatata l'assenza di alcuna previsione in merito alle regole di utilizzabilità interna delle prove raccolte mediante l'OEI, suggeriva – in una prospettiva *de jure condendo* – l'adozione di regole di esclusione probatoria discrezionali che garantiscano la prevedibilità e la parità di trattamento (precipitati del principio di legalità processuale) grazie al principio di proporzionalità. ID., *ivi*, p. 74 ss. Sul principio di legalità processuale, M. PANZAVOLTA, *Legalità e proporzionalità nel diritto penale processuale*, sub par. 49 CDFUE, in (a cura di) R. Mastroianni, O. Pollicino, S. Allegrezza, F. Pappalardo, O. Razzolini, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 1001 ss.

³⁷ Così M. CAIANIELLO, *La nuova direttiva UE sull'ordine europeo di indagine penale tra mutuo riconoscimento e ammissione reciproca delle prove*, cit., p. 6.



2/2019

quanto funzionale alla massima protezione dei diritti fondamentali della persona nel processo penale³⁸.

Il criterio di proporzione deve essere infatti rispettato sia nella fase di emissione dell'Ordine che in quella di attuazione: seppur ci si trovi di fronte ad una limitazione del mutuo riconoscimento, stante l'autonomo controllo che entrambe le autorità giudiziarie devono compiere, il linguaggio della proporzionalità, favorendo «il ravvicinamento e l'uniformazione applicativa del metodo», e dunque il dialogo tra i Giudici, potrà attenuare «le distanze prasseologiche tra i diversi ordinamenti nazionali»³⁹.

In chiave prospettica è, infatti, auspicabile che l'OEI spingerà gli Stati a dotarsi di un «modello armonizzato d'invalidità probatorie»⁴⁰: la direttiva, da un lato, potrà favorire l'approssimazione orizzontale tra i sistemi intervenendo sul piano dei principi generali e delle regole applicative; dall'altro, in senso verticale, la sua corretta e generalizzata applicazione probabilmente indurrà gli Stati ad uniformare la propria legislazione probatoria al denominatore comune europeo giungendo ad un sistema unitario in materia di ammissibilità delle prove⁴¹.

La bontà di questo auspicabile risultato potrà essere apprezzata soltanto nel medio periodo, a seguito delle prime applicazioni giurisprudenziali dello strumento in questione. Per il momento una cartina al tornasole è costituita dal recepimento della direttiva negli Stati che vi hanno aderito.

³⁸ Già da questo angolo visuale si può apprezzare un salto di qualità rispetto alla Decisione quadro sul Mandato d'arresto europeo (2002/584/GAI), nella quale la violazione dei diritti fondamentali non assurgeva a motivo di rifiuto. L'art. 11 § 1 lett. f della direttiva 41/2014, di contro, prevede tra le ipotesi di rifiuto, la sussistenza di «seri motivi», i quali inducano a ritenere che l'esecuzione dell'Ordine possa compromettere un diritto fondamentale tutelato dall'art. 6 TUE o dalle Carte dei diritti.

³⁹ M. CAIANIELLO, *op. ult. cit.*, p. 6.

⁴⁰ M. CAIANIELLO, *ivi*, p. 10. Il motore di quest'opera saranno, in primo luogo, le autorità giudiziarie che dovranno individuare dei moduli operativi condivisi al fine di snellire le procedure ed ottenere un dato utilizzabile. In questa prospettiva – come si metterà in evidenza nel paragrafo successivo – la proporzionalità, quale principio che regge sia la procedura attiva che quella passiva, potrà favorire tale processo, ergendosi a criterio di validità della prova raccolta. In secondo luogo, sarà rilevante l'atteggiamento della Corte di giustizia. Se prevarrà un'impostazione «eurocentrica», ciò indurrà gli Stati, giocoforza, ad uniformare la propria legislazione alle *guidelines* della giurisprudenza europea, rinunciando, nell'ambito delle prove transazionali, a formalità superflue, limitative dello strumento. Se di contro, le ragioni della sovranità prevarranno su quelle comunitarie, ogni Stato manterrà il proprio sistema di invalidità, costringendo le autorità giudiziarie a «contrattare» *case by case* modalità di acquisizione probatoria che consentano di utilizzare il dato probatorio secondo la legislazione interna. Sul punto, cfr. A. MANGIARACINA, *op. cit.*, p. 179 ss.

⁴¹ In tal senso M. CAIANIELLO mette in luce «le potenzialità che la direttiva presenta quanto alla capacità di favorire un'approssimazione dei sistemi e addirittura la costruzione di una strada comune in materia di «ammissibilità» delle prove». *Id.*, *op. ult. cit.*, p. 11.

3. Il principio di proporzionalità nel decreto di recepimento n. 108 del 21 giugno 2017.

Per ciò che concerne l'Italia, lo spirito nonché le linee di fondo su cui si basa la direttiva sono state recepite abbastanza fedelmente con il d. lgs. n. 108 del 21 giugno 2017.

La logica del mutuo riconoscimento informa anche il testo del decreto, ad eccezione delle operazioni sotto copertura (art. 21) e per il ritardo o l'omissione di arresti o sequestri (art. 22), per i quali prevale la *lex loci* (legge n. 146 del 16 marzo 2006⁴²).

In ossequio alla direttiva non vi è più il filtro dell'organo governativo ma l'emissione e l'esecuzione dell'Ordine sono disposte attraverso un contatto diretto tra le autorità giudiziarie.

Il decreto di recepimento, con riferimento alla procedura passiva (artt. 4-26), ha individuato tale autorità nel procuratore della Repubblica presso il tribunale del capoluogo del distretto dove deve essere eseguito l'atto (art. 4)⁴³, tranne i casi in cui l'autorità richiedente o la legge italiana impongano che a provvedere all'esecuzione sia il giudice; in questa circostanza, «il procuratore della Repubblica riconosce l'ordine di indagine e fa richiesta di esecuzione al giudice per le indagini preliminari» (art. 5), il quale non svolgerà un mero controllo formale ma valuterà la sussistenza delle condizioni necessarie al riconoscimento dell'Ordine⁴⁴.

Il soggetto interessato dall'Ordine ha la possibilità, in assenza di altri mezzi, di impugnare il decreto mediante l'opposizione presentata al g.i.p. competente⁴⁵, nonché, avuto riguardo ai sequestri a fini probatori, attraverso il ricorso per cassazione (art.13).

Sempre con riferimento alla procedura passiva, l'impronta del mutuo riconoscimento emerge su due diversi piani che marcano la distanza rispetto al Mandato d'arresto europeo.

Da un lato, infatti, la limitazione dei motivi di rifiuto dell'Ordine (art. 10)⁴⁶ evidenzia l'impostazione "europeista" del legislatore italiano che fa da *pendant* al suo atteggiamento di chiusura esplicitatosi nella legge di recepimento del MAE (l. 22 aprile 2005, n. 69), la quale prevedeva ipotesi di rifiuto che arrivano sino alla lettera *v* (art. 18)⁴⁷.

⁴² «Ratifica ed esecuzione della Convenzione e dei Protocolli delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale, adottati dall'Assemblea generale il 15 novembre 2000 ed il 31 maggio 2001», sulla quale cfr. A. CENTONZE, *Criminalità organizzata e reati transnazionali*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 239 ss. Nonostante si tratti di una fonte interna, ratificando detta Convenzione, la legge reca comunque una disciplina caratterizzata da un accettabile grado di armonizzazione.

⁴³ A tal proposito la Relazione illustrativa sottolinea come «una simile scelta ha il vantaggio di rendere meno problematica, seppure solo sotto il profilo della legittimità costituzionale, l'individuazione di criteri di determinazione della competenza allorché gli atti debbano essere compiuti in distretti diversi». La Relazione è reperibile a questo [link](#).

⁴⁴ In questo senso si esprime la Relazione illustrativa.

⁴⁵ A tal proposito è stato rilevato che tra i motivi di gravame rientrano gli «stessi fattori ostativi che legittimano il rifiuto dell'esecuzione dell'atto investigativo, ivi compreso il test di proporzionalità». Cfr. G. DE AMICIS, *op. ult. cit.*, p. 33.

⁴⁶ Questi sono ridotti all'essenziale e riprendono essenzialmente quelli presenti nella direttiva agevolando, così, l'utilizzo diffuso dello strumento.

⁴⁷ Soltanto i successivi interventi della Corte di cassazione (Sez. Un., 30 gennaio 2007, n. 4614, in *Cass. pen.*,

Dall'altro, il secondo salto di qualità rispetto al Mandato, sempre in ossequio alla logica del mutuo riconoscimento, è rappresentato dall'ampliamento dei casi di deroga alla doppia incriminazione. Come osservato, «il decreto legislativo riprende la soluzione adottata dalla direttiva, sia pur con un netto *favor* per l'attuazione dell'Ordine di indagine proveniente da altro Stato membro»⁴⁸. Nel MAE, di contro, la doppia incriminazione costituiva un presupposto per dare esecuzione allo strumento (art. 7 comma 1, legge 69/2005).

Di fondamentale importanza, non tanto per la sua valenza pratica quanto per il suo portato ideologico, è l'art. 9 comma 5, il quale prevede una serie di atti che devono essere sempre disponibili, secondo quanto previsto dall'art. 10 § 2 della direttiva: esso, come rilevato in dottrina, rappresenta una forma, seppur "embrionale", di armonizzazione⁴⁹.

È per questa ragione che, come specificato nel Manuale operativo redatto dal Ministero della Giustizia⁵⁰, «il sindacato dell'autorità di esecuzione sulla proporzionalità deve intendersi escluso quando si tratti di uno degli atti non elencati nel già richiamato art. 9, comma 5 del decreto per i quali opera, anche sotto questo profilo, una regola di incondizionata disponibilità verso lo Stato di emissione».

Si tratta sostanzialmente di «atti non coercitivi» o che si risolvono nell'acquisizione di informazioni o nell'audizione di alcune tipologie di soggetti tra cui persone informate sui fatti, consulenti e periti, testimoni. La formula «atti non coercitivi», presente nel testo della direttiva (art. 10 § 2 lett. d), è stata recepita dal legislatore che li ha individuati negli «atti che non incidono sulla libertà personale e sul diritto all'inviolabilità del domicilio» (art. 9 c. 5 lett. d, d. lgs.)⁵¹. Questa limitazione alle due sole libertà potrebbe essere foriera, nella pratica, di una disparità di trattamento tra diritti tutelati in egual misura dalle Carte dei diritti e costituzionali⁵².

Al fine di evitare esiti di questo genere, andrebbe valorizzato il dettato dell'art. 10 comma 1 lett. e) del decreto che tra i motivi di rifiuto dell'Ordine annovera quelli che

5/2007, p. 1911 ss., con nota di E. CALVANESE, *Problematiche attuative del Mandato d'arresto europeo*, *ivi*, p. 1926 ss.) e della Corte costituzionale (Corte. cost., 24 giugno 2010, n. 227, in *Cass. pen.*, 12/2010, p. 4148 ss., con nota di G. COLAIACOVO, *Euromandato e cittadini extracomunitari residenti. Ancora dubbi dopo la pronuncia della Corte costituzionale*, *ivi*, p. 4156 ss.) hanno permesso un'applicazione diffusa dello strumento. È opportuno qui ribadire l'importanza di aver incluso tra i motivi di rifiuto dell'Ordine il mancato rispetto dei diritti fondamentali (art. 10 comma 1 lett. e). Sul punto vd., *amplius*, *sub* par. 3.3. Inoltre, non è da sottovalutare l'assenza, tra i motivi di rifiuto, della clausola legata alla territorialità, la quale, di contro, era alla base di diverse ipotesi di rifiuto del MAE (art. 18 lett. l, m, n, o). In ordine a questo profilo, cfr. M. CAIANIELLO, *L'attuazione della direttiva sull'ordine europeo di indagine penale e le sue ricadute nel campo del diritto probatorio*, *cit.*, p. 2201.

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ Cfr. A. MANGIARACINA, *op. ult. cit.*, p. 166.

⁵⁰ Ministero della Giustizia, *Circolare 26 ottobre 2017 – Attuazione della direttiva 2014/41/UE relativa all'ordine europeo di indagine penale – Manuale operativo*. Consultabile a questo [link](#).

⁵¹ In questo senso cfr. A. MANGIARACINA, *op. ult. cit.*, p. 166. Ai sensi del considerando n. 16 della direttiva, «Atti non coercitivi potrebbero essere, ad esempio, gli atti che non violano il diritto alla vita privata o il diritto di proprietà, in funzione del diritto nazionale».

⁵² Il riferimento è agli articoli 13,14 e 15 della nostra Costituzione.

inducono a ritenere «che l'esecuzione dell'atto richiesto nell'ordine di indagine non è compatibile con gli obblighi dello Stato sanciti dall'articolo 6 del Trattato dell'Unione europea e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea». Difatti questa disposizione rappresenta, nell'ambito della protezione dei diritti fondamentali, un limite alla cooperazione. Per questo motivo, si potrà dare attuazione all'Ordine purché lo stesso non contrasti, oltretutto con i diritti alla libertà personale e domiciliare, anche con i diritti parimenti tutelati dalla Carta di Nizza, tra i quali rileva, in *primis*, il diritto alla libertà ed alla segretezza delle comunicazioni⁵³.

La procedura attiva (artt. 27-45) riprende, specularmente e con i dovuti aggiustamenti⁵⁴, le disposizioni di quella passiva, individuando negli articoli 431 e 512-*bis* c.p.p. i riferimenti normativi interni attraverso cui vagliare l'utilizzabilità degli atti compiuti all'estero, equiparandoli, dunque, a quelli acquisiti mediante rogatoria.

Elemento unificante le due procedure è il principio di proporzionalità. Esso informa di sé il decreto, non solo nei "punti di emersione", quali ad esempio l'art. 7, ma lungo tutta la dinamica esecutiva, sia *ad intra* che *ad extra*.

Detto altrimenti, il decreto può essere letto con le "lenti della proporzionalità" su tre distinti livelli: un primo livello, generale, riguarda le norme che disciplinano l'emissione e l'esecuzione dell'Ordine; un secondo livello, speciale, riguarda i singoli mezzi di prova e di ricerca della prova; ed infine un terzo livello, il più delicato, riguarda l'incidenza del principio nel momento di utilizzazione del dato raccolto all'estero⁵⁵.

3.1. La proporzionalità nelle fasi di emissione e di esecuzione dell'Ordine.

In ordine al primo livello, sia in sede di esecuzione (procedura passiva) che in sede di emissione (procedura attiva)⁵⁶, l'autorità giudiziaria, come emerge anche dalla relazione illustrativa, non è chiamata a svolgere un ruolo meramente passivo, ma deve sindacare l'atto richiesto anche attraverso il *test* di proporzionalità (art. 7)⁵⁷.

⁵³ In dottrina è stato osservato come «occorre uno sforzo interpretativo di carattere sistematico, che conduce a ritenere più coerente con il sistema ammettere che si possa dare esecuzione all'Ordine di indagine quando esso, pur prevedendo attività atipiche, non contrasti con nessuna delle libertà di cui agli artt. 13, 14 e 15 Cost.». In termini, M. TROGU, *op. cit.*, p. 1034 ss.

⁵⁴ Ad esempio, nel caso di sequestro è possibile proporre istanza di riesame ai sensi dell'art. 324 c.p.p. (art. 28).

⁵⁵ La "delicatezza" emerge nella misura in cui deve essere valutata una prova raccolta all'estero secondo modalità incompatibili con il principio di proporzionalità. È cioè ipotizzabile un nuovo *genus* di invalidità probatoria costituito dal mancato rispetto del principio di proporzionalità nella ricerca della prova?

⁵⁶ Nonostante l'articolo 7 recante il principio di proporzionalità sia contenuto nel titolo dedicato alla procedura passiva, l'interpretazione conforme alla direttiva nonché la circostanza che si tratti dei medesimi atti d'indagine fanno ragionevolmente concludere che il *test* di proporzionalità vada effettuato anche in sede di emissione dell'OEI. In ordine alla circostanza che entrambe le autorità debbano compiere il vaglio di proporzionalità nonché sugli effetti di questo doppio controllo, cfr. le autorevoli osservazioni di R.E. KOSTORIS, *L'OEI nella dissolvenza tra regole e principi*, in (a cura di) M. Daniele, R.E. Kostoris, *L'ordine europeo di indagine penale. Il nuovo volto della raccolta transnazionale delle prove nel d. lgs. n. 108 del 2017*, cit., p. 16.

⁵⁷ Ad eccezione delle ipotesi di cui all'art. 9 comma 5.

Quest'ultimo non è calibrato esclusivamente sui diritti propri dell'indagato ma viene esteso dal legislatore italiano alle «persone coinvolte nel compimento degli atti richiesti»: l'Ordine è infatti proporzionato se il sacrificio alla sfera giuridica dei soggetti coinvolti è «giustificato dalle esigenze investigative o probatorie del caso concreto», avuto riguardo sia alla gravità del reato che alla pena prevista.

L'aver esplicitato il contenuto ed il raggio di azione del principio – dedicandogli un interno articolo, come neanche la direttiva aveva fatto – oltre ad evidenziare la sua funzione nevralgica nella dinamica applicativa⁵⁸, pare rappresentare la dimostrazione di come il legislatore sia stato memore della “saga” dei Mandati d'arresto sproporzionati⁵⁹.

Da questa prospettiva, nel sindacare la proporzionalità della richiesta bisogna tener conto anche «della gravità dei reati per i quali si procede e della pena per essi prevista»⁶⁰. Dunque, non potrà essere emesso – né, soprattutto, eseguito – un Ordine sulla scorta di un reato bagatellare.

La «proporzionalità dell'emissione» non è però sufficiente in quanto occorre considerare anche la «proporzionalità dell'intrusività dell'atto richiesto rispetto al suo risultato»⁶¹.

Detto altrimenti, il principio *de quo* impone che l'attività da compiere debba essere proporzionata sia rispetto al suo presupposto (il reato), sia rispetto all'obiettivo che intende perseguire («le esigenze investigative o probatorie»), di modo che esso comporti il minor sacrificio possibile ai diritti ed alle libertà dell'imputato/indagato.

Se l'atto risulta sproporzionato, infatti, «si dà luogo» ad un atto “equipollente” ossia meno intrusivo ma che raggiunga le medesime finalità: come rilevato nella Relazione illustrativa, qualora un “atto proporzionato” sia disponibile, l'autorità interna,

⁵⁸ È stato affermato che il principio *de quo* «costituisce il vero “fondamento invisibile” del nuovo sistema di cooperazione giudiziaria», G. DE AMICIS, *op. cit.*, p. 30.

⁵⁹ Ossia dei Mandati d'arresto emessi per reati di lieve entità. Sul punto cfr. A. MARLETTA, *op. cit.*, p. 100 ss.; ma anche L. ROMANO, [Principio di proporzionalità e mandato d'arresto europeo: verso un nuovo motivo di rifiuto?](#), *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 1/2013, p. 250 ss.; M. BÖSE *Human Rights Violations and Mutual Trust: Recent Case Law on the European Arrest Warrant*, in (ed.) S. Ruggeri, *Human Rights in European Criminal Law. New Developments in European Legislation and Case Law after the Lisbon Treaty*, Springer, Cham, Heidelberg, New York, Dordrecht, London, 2015, p. 143 ss. Va segnalata anche la Risoluzione del Parlamento europeo del 27 febbraio 2014 recante raccomandazioni alla Commissione sul riesame del mandato d'arresto europeo (reperibile a questo [link](#)) che rileva l'importanza del principio nel MAE chiedendo «alla Commissione di presentare, entro un anno dall'adozione della presente risoluzione, sulla base dell'articolo 82 del TFUE, alcune proposte legislative secondo le raccomandazioni particolareggiate di cui all'allegato alla presente relazione, che prevedono: (...) d) un motivo di non esecuzione obbligatoria quando vi sono importanti ragioni per ritenere che l'esecuzione della misura sarebbe incompatibile con l'obbligo dello Stato membro di esecuzione in conformità dell'articolo 6 del trattato sull'Unione europea e della Carta, in particolare l'articolo 52, paragrafo 1, che fa riferimento al principio di proporzionalità» (punto 7). Sul punto cfr. M. BARGIS, [Mandato di arresto europeo e diritti fondamentali: recenti itinerari “virtuosi” della Corte di giustizia tra compromessi e nodi irrisolti](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2/2017, p. 177 ss.

⁶⁰ Cfr. art. 7 d. lgs. Il test di proporzionalità non rileva, invece, per gli atti di cui al comma 5 dell'articolo 9, i quali devono essere sempre disponibili anche a prescindere dall'ulteriore requisito della doppia incriminazione.

⁶¹ Così R. BELFIORE, *op. ult. cit.*, p. 406.

previo contatto con l'autorità di emissione, *deve* dar corso a quest'ultimo e non a quello richiesto⁶².

In mancanza di un atto alternativo ma comunque idoneo, l'art. 7 (*rectius*, la sua violazione) – letto in combinato disposto all'art. 9 (co. 1, 2 e 3) – potrebbe rappresentare una clausola di rifiuto “implicita”, necessitando però di una motivazione esaustiva da parte dell'autorità giudiziaria⁶³.

L'impossibilità di eseguire un atto diverso ma comunque idoneo – previa ricerca di una soluzione condivisa – è infatti motivo di rifiuto quando l'atto richiesto non è previsto dalla legge italiana, non ricorrono i presupposti che essa richiede per il suo compimento (art. 9 co. 1) e non si ricada in una delle ipotesi di cui al comma 5. Allo stesso modo dovrebbe essere rifiutato un Ordine sproporzionato (art. 9 co. 2) quando, previo contatto con l'autorità di emissione, non sia possibile ricorrere ad un atto diverso ma comunque idoneo.

Benché la direttiva non preveda una clausola espressa di rifiuto per gli Ordini sproporzionati, ma solo una sorta di ritiro in «autotutela»⁶⁴, è auspicabile che la giurisprudenza individui nella violazione del principio di proporzione un motivo di rifiuto dell'Ordine, quando è impossibile giungere ad una soluzione alternativa e condivisa⁶⁵.

3.2. La proporzionalità nei mezzi di prova e di ricerca della prova.

Il “volto oscuro” della legge di recepimento riguarda sicuramente il secondo livello, ossia la disciplina dei singoli mezzi di prova e di ricerca della prova, stante la genericità della normativa europea. È proprio in questo ambito che il principio di proporzionalità potrà giocare, nella prassi, un ruolo fondamentale, limitando i motivi di non esecuzione dell'Ordine solo per quegli atti che difettano delle caratteristiche di cui

⁶² Come rilevato *sub* art. 9, nella Relazione (cit. *sub* nt. 43), «l'adozione di una via probatoria alternativa è sempre dovuta quando comporti una minore intrusività nella sfera dei diritti individuali».

⁶³ Questo assunto non è condiviso dalla Circolare ministeriale, a detta della quale «il legislatore interno esclude che il difetto di proporzionalità possa comportare, di per sé solo, il rifiuto del riconoscimento o dell'esecuzione». Sul punto è stato rilevato come «laddove il principio di proporzione costituisca il sostrato sostanziale di una formalizzata condizione di ammissibilità dell'atto investigativo o probatorio (si pensi alla selezione dei *serious crimes* per i quali l'art. 266 cod. proc. ammette il ricorso alle intercettazioni), sarà il difetto di detto presupposto a rilevare quale motivo anche autosufficiente di rifiuto». Par. 6.2 della Circolare 26 ottobre 2017, cit. *sub* nt. 50.

⁶⁴ In questi termini, sulla scorta dell'art. 6 § 3 della direttiva, M. CAIANIELLO, *op. ult. cit.*, p. 2216. Sul punto, rilevando che la scelta finale spetta all'autorità di esecuzione, cfr. M. TROGU, *op. cit.*, p. 1035 ss.

⁶⁵ Non si capisce, infatti, che senso avrebbe il duplice *test* di proporzionalità effettuato dalle autorità di emissione e di esecuzione, né come potrebbe darsi corso ad un Ordine sproporzionato solo perché non vi è un atto diverso ma parimenti idoneo, violando, senza giustificazione alcuna, uno o più diritti fondamentali dell'imputato/indagato o di altre persone coinvolte nell'esecuzione. D'altronde la congiunzione *anche* presente al comma 2 sembrerebbe accomunare i casi da esso previsti a quelli di cui al comma 1. Ciò consentirebbe di estendere, per via interpretativa, il motivo di rifiuto previsto dal comma 3 non solo alle ipotesi di cui al comma 1 (mancanza dei presupposti) ma anche a quelle di cui al comma 2 (Ordine sproporzionato).

si compone il *test* – idoneità, necessità e proporzionalità in senso stretto – dunque per quegli atti, potenzialmente o concretamente, lesivi dei diritti fondamentali.

Se la disciplina generale sulle intercettazioni (art. 23) non pone particolari problemi, nella misura in cui il decreto fa salve le condizioni di ammissibilità previste dall'ordinamento interno⁶⁶, forti dubbi ha invece destato, tra i primi commentatori, la disciplina delle acquisizioni in tempo reale di informazioni presso le banche (art. 20). Profonde perplessità suscita, infatti, la circostanza per la quale la medesima tipologia d'indagine, se effettuata tramite OEI, soggiace alla disciplina prevista per le intercettazioni, mentre, se non è necessario fare ricorso all'Ordine, la giurisprudenza interna applica al mezzo d'indagine la disciplina, meno garantita, delle perquisizioni o delle prove atipiche⁶⁷.

In questa prospettiva gli effetti del decreto potrebbero comportare, *a rebours*, una inversione di tendenza, inducendo la giurisprudenza nazionale, al fine di evitare disparità di trattamento, ad applicare nei casi interni analoghi la disciplina delle intercettazioni⁶⁸, in linea, peraltro, con la giurisprudenza europea⁶⁹.

Il decreto non lascia infatti spazio ad interpretazioni diverse; anzi innalza le garanzie prevedendo nel caso di Ordine carente di motivazione circa la *rilevanza* dell'atto⁷⁰ che le stesse vengano richieste all'autorità di emissione⁷¹.

Inoltre, il principio *de quo* può costituire il criterio ermeneutico necessario ad evitare *deficit* di tutela e rispettare la giurisprudenza europea anche nel caso in cui si tratti di acquisire i dati esterni relativi alle comunicazioni (art. 25).

⁶⁶ Si rimanda sul punto alle analisi condotte, tra gli altri, da M. CAIANIELLO, *op. ult. cit.*, p. 2207 ss. e G. DE AMICIS, *op. cit.*, p. 37 ss.

⁶⁷ Cfr. Cass., Sez. V, 14 ottobre 2009, n. 16556, in *C.E.D. Cass.*, n. 246954; Cass., Sez. V, 30 maggio 2017, n. 48370, *ivi*, n. 271412.

⁶⁸ È stato affermato che «la soluzione adottata attraverso l'art. 20 d. lgs. n. 108 del 2017 va dunque salutata con favore per due ordini di ragioni. Prima di tutto, perché la previsione contribuisce a rendere più chiara la disciplina del monitoraggio in tempo reale sulle operazioni bancarie o finanziarie, sinora rimasta alquanto incerta. (...) In secondo luogo, la scelta legislativa appare virtuosa poiché si pone in armonia con l'orientamento che parrebbe potersi trarre dalla giurisprudenza della Corte di Lussemburgo, tesa a pretendere per attività simili, una regolamentazione normativa da parte degli ordinamenti statuali assimilabile a quella, nel nostro sistema, prevista per la sola materia delle intercettazioni». In termini M. CAIANIELLO, *op. ult. cit.*, p. 2206 ss.

⁶⁹ Sul punto la giurisprudenza europea si è pronunciata con le note sentenze *Digital Rights Ireland Ltd* (Corte di Giustizia, Grande Sezione, sent. 8 aprile 2014, cause riunite C-293/12 e C-594/12, caso *Digital Rights Ireland Ltd*); *Tele2 Sverige AB e Watson* (Corte di giustizia, Grande Sezione, sent. 21 dicembre 2016, cause riunite C-203/15 e C-698/15, *Tele2 Sverige AB e Watson e al.*). Da ultimo cfr. la sentenza *Ministerio Fiscal* (Corte di giustizia, Grande Sezione, sent. 2 ottobre 2018, causa C-207/16).

⁷⁰ L'art. 28 § 3 della direttiva utilizza a tal proposito il criterio dell'*utilità*. Inoltre, a sostegno della tesi qui sostenuta, si può osservare come l'opzione di applicare l'art. 266 c.p.p. per tali atti d'indagine non sia il portato di un'imposizione europea ma il frutto di una libera scelta del nostro legislatore; scelta che, *a fortiori*, obbliga l'interprete, stante la lacuna non colmata neppure dalla riforma Orlando, ad applicare anche nel caso di atto interno analogo la disciplina delle intercettazioni.

⁷¹ Da questo passaggio si trae ulteriore conferma della necessità che il *test* di proporzionalità – *sub specie* di *rilevanza* dell'atto richiesto – venga effettuato sia dall'autorità di emissione che da quella di esecuzione.

L'art. 25 del decreto richiama l'art. 256 c.p.p. il quale, secondo la giurisprudenza risalente⁷², costituirebbe il referente normativo in caso di acquisizioni di dati esterni relativi alle comunicazioni.

È opportuno osservare come tale norma presenti, quantomeno, tre criticità. Da un lato, infatti, vi è un *deficit* in punto di tassatività che contrasta con l'art. 15 co. 2 Cost.: non sono precisati né i presupposti processuali, né quelli sostanziali che legittimano il provvedimento di apprensione dei dati. Dall'altro, il decreto di cui all'art. 256 c.p.p. non è passibile d'impugnazione – *sub specie*, riesame⁷³ – per cui verrebbe leso anche il diritto di difesa. Infine, *dominus* delle operazioni è il pubblico ministero, la cui attività non necessita di autorizzazione del giudice: tale *modus operandi* incide, ancora una volta negativamente, sulle garanzie previste dal procedimento *de quo*.

Desta perplessità, da questo punto di vista, il mancato – e più opportuno – richiamo all'art. 132 cod. *privacy* (d. lgs. 196 del 2003). Tale ultima disposizione, oggetto di una non sempre lineare stratificazione normativa, disciplina nel dettaglio le modalità e le tempistiche di acquisizione dei dati⁷⁴.

A tal proposito non può essere sottaciuta la controversa compatibilità sussistente tra l'art. 132 cod. *privacy* e l'art. 254-*bis* c.p.p.⁷⁵. Questo, introdotto con la legge di ratifica della Convenzione di Budapest (*ex art.* 8, comma 5, Legge 18 marzo 2008, n. 48), disciplina le modalità di sequestro di dati informatici presso fornitori di servizi informatici, telematici e di telecomunicazioni. Le due norme hanno il medesimo oggetto⁷⁶, motivo per il quale vi è un forte rischio di sovrapposizione se non di contrapposizione stante anche il diverso livello di tutela previsto. Se, da un lato, l'art. 254-*bis* è una fattispecie speciale di sequestro e come tale il provvedimento che lo dispone è impugnabile secondo la disciplina generale dei sequestri – contrariamente al provvedimento di carattere esibitorio *ex art.* 132 cod. *privacy* –, dall'altro, a differenza dell'art. 132 cod. *privacy*, l'art. 254-*bis* non reca alcun termine entro il quale l'acquisizione deve essere operata⁷⁷, talché «se ne dovrebbe desumere che il Pm possa acquisire tutti i

⁷² Corte cost., 11 marzo 1993, n. 81, in *Giur. cost.*, 1993, p. 731 ss., con nota di A. PACE, *Nuove frontiere della libertà di "comunicare riservatamente" (o piuttosto, del diritto alla riservatezza)?*, *ivi*, p. 742 ss.; Corte cost., 17 luglio 1998, n. 281, in *Giur. cost.*, 1998, p. 2167 ss. Sul punto cfr. M. RICCARDI, [Dati esteriori delle comunicazioni e tabulati di traffico](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 3/2016, p. 156 ss.

⁷³ Secondo la giurisprudenza, infatti, non si tratterebbe di un atto ablatorio coercitivo, come i sequestri, ma di una consegna "volontaria" (cfr. Cass., Sez. VI, 20 febbraio 2003, n. 17324, in *C.E.D. Cass.*, n. 224692). Sul punto vd. *amplius*, E. ANDOLINA, *L'acquisizione nel processo penale dei dati "esteriori" delle comunicazioni telefoniche e telematiche*, WKI, Cedam, Milano, 2018, p. 13 ss.

⁷⁴ In ordine alle modifiche apportate all'art. 132 cod. *privacy* dal d. lgs. 10 agosto 2018 n. 101, cfr. S. SIGNORATO, [Novità in tema di data retention. La riformulazione dell'art. 132 codice privacy da parte del d. lgs. 10 agosto 2018, n. 101](#), in questa *Rivista*, fasc. 11/2018, p. 153 ss.

⁷⁵ Questa norma, peraltro, avrebbe costituito un referente normativo più garantista rispetto all'art. 256 c.p.p. stante le criticità che caratterizzano quest'ultimo. Difatti, trattandosi di un sequestro, questo è consentito solo nei casi e secondo modalità previste dalla legge e, inoltre, il decreto che lo dispone è passibile di riesame.

⁷⁶ M. RICCARDI, *op. cit.*, p. 184.

⁷⁷ Difatti il comma primo dell'art. 132 cod. *privacy* individua i termini di 24 e 12 mesi a seconda che si tratti di dati relativi, rispettivamente, al traffico telefonico o telematico.

dati di traffico conservati dal gestore a prescindere da alcun riferimento all'articolo 132 e alla più restrittiva disciplina della *data retention* di cui al D. lgs. 109/2008»⁷⁸.

Per evitare aporie sistemiche la dottrina ha proposto una lettura "integrata" delle due norme nella misura in cui l'art. 254-bis c.p.p. riguarderebbe soltanto il *quomodo* e non anche l'*an* del decreto di sequestro, il quale sarebbe disposto nei soli casi previsti dal comma 1 dell'art. 254 c.p.p., mentre il 132 cod. *privacy* resterebbe l'unica norma idonea a disciplinare le acquisizioni del traffico di dati⁷⁹.

Ad onta del mancato richiamo dell'art. 132 cod. *privacy*, ciò che resta fermo è il *deficit* di tutela rispetto agli *standards* europei, sia per le criticità rilevate – che il rimando all'art. 254-bis c.p.p. avrebbe potuto attenuare – sia in punto di proporzionalità.

Difatti ai sensi dell'art. 52(1) CDFUE, le limitazioni ai diritti fondamentali – nel caso *de quo*, diritto alla riservatezza *ex* artt. 7 e 8 CDFUE – sono legittime solo in quanto rispettino, fra gli altri, il principio di proporzione, ossia fondino la loro giustificazione in finalità di interesse generale o per tutelare diritti di pari rango⁸⁰. Si tratta sempre dunque di bilanciare i diritti dell'individuo con le esigenze repressive.

Come già rilevato *supra*, la Corte di giustizia ha avuto modo di pronunciarsi sulle interferenze tra processo penale e diritto alla riservatezza, con tre importanti sentenze nell'ultimo quinquennio (che non riguardavano, però, la normativa italiana)⁸¹.

Con il primo dei tre pronunciamenti, *Digital Rights Ireland Ltd*⁸², la Corte di giustizia ha invalidato la direttiva 2006/24/CE riguardante la materia del *data retention*, anche in quanto si pone in contrasto con gli artt. 7 e 8 CDFUE nella misura in cui non supera il vaglio di proporzionalità *ex* art. 52 CDFUE⁸³ in ordine, tra gli altri, ai limiti di

⁷⁸ A. CISTERNA, *Acquisizioni probatorie ridotte a prescindere dal delitto ipotizzato*, in *Guid. dir.*, 39/2008, p. 42.

⁷⁹ In tal senso cfr. A. CISTERNA, *ibidem*; ID., *Perquisizioni in caso di fondato motivo*, in *Guid. dir.*, 16/2008, p. 68; ma anche M. RICCARDI, *op. cit.*, p. 184 ss.; M. PITTIRUTI, *Digital evidence e procedimento penale*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 52 ss.; C. CONTI, *L'attuazione della direttiva Frattini: un bilanciamento insoddisfacente tra riservatezza e diritto alla prova*, in (a cura di) S. Lorusso, *Le nuove norme sulla sicurezza pubblica*, Cedam, Padova, 2008, p. 3 ss. (in particolare p. 26).

⁸⁰ Cfr. F. FERRARO, N. LAZZERINI, *sub* art. 52 CDFUE, in (a cura di) R. Mastroianni, O. Pollicino, S. Allegrezza, F. Pappalardo, O. Razzolini, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 1061 ss.

⁸¹ Per esigenze di completezza è opportuno evidenziare come la Corte di giustizia si sia occupata della materia, ma sotto un profilo che non rileva per la nostra trattazione, anche nel caso *Schrems*, Grande Sezione, sent. 6 ottobre 2015, causa C-362/14. Con questo pronunciamento la Corte ha preteso che lo *standard* europeo di tutela della *privacy* fosse rispettato anche nel caso di trasferimento dei dati di cittadini europei negli Stati Uniti.

⁸² Corte di giustizia, Grande Sezione, sent. 8 aprile 2014, cause riunite C-293/12 e C-594/12, caso *Digital Rights Ireland Ltd*. Cfr. F. IOVENE, *Data retention tra passato e futuro. ma quale presente?*, in *Cass. pen.*, 12/2014, p. 4274 ss.

⁸³ In particolare, a detta della Corte, la direttiva «comporta un'ingerenza nei suddetti diritti fondamentali di vasta portata e di particolare gravità nell'ordinamento giuridico dell'Unione, senza che siffatta ingerenza sia regolamentata con precisione da disposizioni che permettano di garantire che essa sia effettivamente limitata a quanto strettamente necessario». In termini, § 65 della sentenza (corsivo nostro).

conservazione dei dati⁸⁴ e per la vaghezza delle modalità che regolano l'accesso agli stessi⁸⁵.

Qualche anno dopo, la Corte di giustizia, proprio sulla scorta del caso *Digital Rights*, si è pronunciata sulla direttiva 2002/58/CE⁸⁶ – in particolare sull'art. 15 – fornendo una "lettura *rights oriented*"⁸⁷, con la sentenza *Tele2 Sverige AB e Watson*⁸⁸.

A detta dell'Alto Consesso infatti «l'articolo 15, paragrafo 1, della direttiva 2002/58, letto alla luce degli articoli 7, 8 e 11 nonché dell'articolo 52, paragrafo 1, della Carta, deve essere interpretato nel senso che esso osta ad una normativa nazionale, la quale disciplini la protezione e la sicurezza dei dati relativi al traffico e dei dati relativi all'ubicazione, e segnatamente l'accesso delle autorità nazionali competenti ai dati conservati, senza limitare, nell'ambito della lotta contro la criminalità, tale accesso alle sole finalità di lotta contro la criminalità grave, senza sottoporre detto accesso ad un controllo preventivo da parte di un giudice o di un'autorità amministrativa indipendente, e senza esigere che i dati di cui trattasi siano conservati nel territorio dell'Unione»⁸⁹.

⁸⁴ «Pur mirando a contribuire alla lotta contro la criminalità grave, la suddetta direttiva non impone alcuna relazione tra i dati di cui prevede la conservazione e una minaccia per la sicurezza pubblica e, in particolare, non limita la conservazione dei dati a quelli relativi a un determinato periodo di tempo e/o a un'area geografica determinata e/o a una cerchia di persone determinate che possano essere coinvolte, in un modo o nell'altro, in un reato grave, né alle persone la conservazione dei cui dati, per altri motivi, potrebbe contribuire alla prevenzione, all'accertamento o al perseguimento di reati gravi». In termini, § 59 della sentenza.

⁸⁵ «L'accesso ai dati conservati da parte delle autorità nazionali competenti non è subordinato ad un previo controllo effettuato da un giudice o da un'entità amministrativa indipendente la cui decisione sia diretta a limitare l'accesso ai dati e il loro uso a quanto *strettamente necessario* per raggiungere l'obiettivo perseguito e intervenga a seguito di una richiesta motivata delle suddette autorità presentata nell'ambito di procedure di prevenzione, di accertamento o di indagini penali. Non è neppure stato previsto un obbligo preciso degli Stati membri volto a stabilire simili limitazioni». In termini, § 62 sentenza (Corsivo nostro). Da ciò emerge un ulteriore profilo di contrasto tra il *dictum* della Corte di giustizia e la normativa interna la quale ritiene sufficiente un decreto del Pm per acquisire dati privati. Si può cioè considerare il Pm «un giudice o (...) un'entità amministrativa indipendente»? Sul punto Cfr. M. CAIANIELLO, *Increasing Discretionary Prosecutor's Powers: The Pivotal Role of the Italian Prosecutor in the Pretrial Investigation Phase*, in *Oxford Handbooks Online on Criminology*, New York, Oxford Un. Press, 2016, pp. 1-27.

⁸⁶ Direttiva 2002/58/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 luglio 2002 relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche. L'art. 15 § 1 prevede che «Gli Stati membri possono adottare disposizioni legislative volte a limitare i diritti e gli obblighi di cui agli articoli 5 e 6, all'articolo 8, paragrafi da 1 a 4, e all'articolo 9 della presente direttiva, qualora tale restrizione costituisca, ai sensi dell'articolo 13, paragrafo 1, della direttiva 95/46/CE, una *misura necessaria, opportuna e proporzionata* all'interno di una società democratica per la salvaguardia della sicurezza nazionale (cioè della sicurezza dello Stato), della difesa, della sicurezza pubblica; e la prevenzione, ricerca, accertamento e perseguimento dei reati, ovvero dell'uso non autorizzato del sistema di comunicazione elettronica(...)». (Corsivo nostro).

⁸⁷ In questo senso, cfr. O. POLLICINO, M. BASSINI, [La Corte di giustizia e una trama ormai nota: la sentenza Tele2 Sverige sulla conservazione dei dati di traffico per finalità di sicurezza e ordine pubblico](#), in questa *Rivista*, 9 gennaio 2017, pp. 3-4.

⁸⁸ Corte di giustizia, Grande Sezione, sent. 21 dicembre 2016, cause riunite C-203/15 e C-698/15, *Tele2 Sverige AB e Watson e al.*, sulla quale cfr. O. POLLICINO, M. BASSINI, *ivi*, p. 1 ss.

⁸⁹ In termini, § 125 della sentenza.

Come è stato osservato, tale pronuncia «sembra infatti configurare un definitivo “scacco matto” alla prevalenza delle ragioni di sicurezza pubblica su quelle di protezione della *privacy* digitale»⁹⁰, anche sulla scorta del principio di proporzionalità⁹¹.

Sulla medesima direttiva è ritornata, da ultimo, la Grande Sezione della Corte di giustizia nel procedimento C-207/16, *Ministerio Fiscal*, con la sentenza del 2 ottobre 2018⁹². I giudici utilizzano, anche in tale occasione, il sindacato di proporzionalità al fine di bilanciare il grado dell'intrusione nei diritti fondamentali⁹³ e la gravità del reato, precisando che l'accesso ai dati da parte di autorità pubbliche è consentito entro il “perimetro finalistico” fissato dall'art. 15 § 1 della direttiva che riveste «carattere tassativo» (§ 52).

In questa prospettiva la Corte afferma che un'ingerenza grave nei diritti fondamentali è giustificata «solo da un obiettivo di lotta contro la criminalità che deve essere qualificata come “grave”» (§§ 55-56).

Diversamente, qualora l'intrusione non sia grave, l'accesso ai dati personali «può essere giustificato da un obiettivo di prevenzione, ricerca, accertamento e perseguimento di un «reato» in generale» (§ 57); dunque anche se ci si trovi al cospetto di un reato di modesta entità.

L'ingerenza non essendo caratterizzata in questo caso dalla gravità (§ 61) – in quanto «i dati non permettono di trarre conclusioni precise sulla vita privata delle persone i cui dati sono oggetto di attenzione» (§ 60) – consente dunque alla Corte di affermare che “l'articolo 15, paragrafo 1, della direttiva 2002/58, letto alla luce degli articoli 7 e 8 della Carta, deve essere interpretato nel senso che l'accesso delle autorità pubbliche ai dati che mirano all'identificazione dei titolari di carte SIM attivate con un telefono cellulare rubato, come il cognome, il nome e, se del caso, l'indirizzo di tali titolari, comporta un'ingerenza nei diritti fondamentali di questi ultimi, sanciti dai suddetti articoli della Carta, che non presenta una gravità tale da dover limitare il suddetto accesso, in materia di prevenzione, ricerca, accertamento e perseguimento dei reati, alla lotta contro la criminalità grave”» (§ 63)⁹⁴.

⁹⁰ Così O. POLLICINO, M. BASSINI, *op. ult. cit.*, p. 9.

⁹¹ Il rispetto del principio *de quo* comporta infatti che l'accesso ai dati avvenga nei «limiti dello stretto necessario» (§ 116 della sentenza).

⁹² Sulla quale cfr. G. FORMICI, *Tutela della riservatezza delle comunicazioni elettroniche: riflessioni (ri)partendo dalla pronuncia Ministerio Fiscal*, in *Osservatorio costituzionale*, 3/2018, p. 453 ss.

⁹³ La Corte, infatti, ha cura di precisare che «come rilevato dall'avvocato generale ai paragrafi 76 e 77 delle sue conclusioni, l'accesso delle autorità pubbliche a tali dati costituisce un'ingerenza nel diritto fondamentale al rispetto della vita privata, sancito all'articolo 7 della Carta, persino in mancanza di circostanze che permettano di qualificare tale ingerenza come «grave» e senza che rilevi il fatto che le informazioni in questione relative alla vita privata siano o meno delicate o che gli interessati abbiano o meno subito eventuali inconvenienti in seguito a tale ingerenza». In termini, § 51 sentenza.

⁹⁴ Un ultimo profilo merita di essere rilevato. La Corte, infatti, nonostante i quesiti posti dal giudice spagnolo (cfr. § 26), non ha chiarito quali siano i criteri necessari per qualificare la portata di un determinato reato (la questione era invece stata affrontata dall'Avvocato Generale ai §§ 93 ss. delle sue conclusioni). Se, come visto, la presenza di un reato grave giustifica un'intrusione di parti entità, i giudici, al ricorrere di casi dubbi ed in mancanza di criteri discretivi certi, potrebbero considerare grave un reato così da autorizzare un'intromissione di non lieve entità. Emerge da questo punto di vista la necessità che l'Unione ponga le basi

Alla luce di quanto qui brevemente riportato è difficile sostenere la compatibilità del nostro reticolato normativo in materia di dati esterni con i *dicta* della Corte di giustizia per tre ordini di motivi. In *primis*, è arduo individuare nel pubblico ministero (come disposto dagli artt. 132 cod. *privacy* e 256 c.p.p.) “il giudice o un’entità amministrativa indipendente”, i soli ritenuti idonei dalla Corte di giustizia al fine di garantire la tutela dei diritti del privato⁹⁵. In secondo luogo, l’art. 256 c.p.p. – così come l’art. 132 cod. *privacy* – non indica dei criteri tassativi e predeterminati che legittimano l’accesso ai dati⁹⁶, né, da ultimo, impongono il rispetto del principio di proporzionalità. In questa prospettiva, il decreto si limita a far propria una prassi consolidata non tenendo conto della giurisprudenza europea, alla luce della quale va interpretata la normativa primaria comunitaria⁹⁷.

In ordine ai primi due punti – ossia l’autorità deputata a limitare l’accesso ai dati a quanto strettamente necessario ed in base a criteri legali predeterminati – sarebbe auspicabile, anche se improbabile, una modifica legislativa, che condizioni l’accesso ai dati esterni al vaglio preventivo da parte di un giudice e non del solo pubblico ministero e, sulla scorta di «norme chiare e precise», individui «criteri oggettivi»⁹⁸ tali da regolare i casi e le modalità che legittimino la conservazione dei dati. In caso contrario, si dovrà attendere, come già avvenuto in passato, l’intervento della Corte di giustizia, il cui compito sarà certamente favorito dallo strumento in questione e dall’inadeguato recepimento della direttiva alla luce dei criteri posti dai Giudici del *Kirchberg*⁹⁹.

Per ciò che concerne invece il terzo profilo di incompatibilità – ossia il *deficit* di proporzionalità che caratterizza la nostra disciplina interna (richiamata pedissequamente dal decreto di recepimento) – si potrebbe giungere ad una interpretazione rispettosa del principio *de quo* e che dunque sia *rights oriented*, attraverso una lettura congiunta degli articoli 25 e 7 del decreto: proprio questa ultima norma potrebbe vietare l’apprensione di quei dati non giustificata dalla gravità dei reati per i

per un’armonizzazione legislativa al fine di garantire un’uniforme valutazione in ordine al grado dei reati così da evitare dispartita di trattamento (*rectius*, d’intrusione) tra i cittadini di diversi Stati membri che invece sono soggetti alla medesima disciplina per ciò che concerne il trattamento dei dati (direttiva 2002/58). Cfr. sul punto § 117 delle conclusioni dell’Avvocato Generale; ma anche G. FORMICI, *op. cit.*, p. 468 ss.

⁹⁵ Sul punto cfr. M. CAIANIELLO, *op. ult. cit.*; G. LASAGNI, *Tackling phone searches in Italy and the United States: Proposals for a technological rethinking of procedural rights and freedoms*, in *New Journal of European Criminal Law*, 9, 3, 2018, pp. 386–401. In ordine alla tutela della *privacy*, ex articolo 8 CEDU, è da ultimo intervenuta la Corte Europea dei diritti dell’uomo che con la sentenza del 27 settembre 2018, *Brazzi contro Italia*, ha condannato lo Stato italiano poiché l’ordinamento interno non prevede un *controllo giurisdizionale effettivo* avverso il decreto di perquisizione emesso dal Pm (cfr. in particolare §§ 48 e 50).

⁹⁶ Tali norme, infatti, non pongono delle limitazioni parametrate alla gravità dei reati, alla tipologia di soggetti coinvolti ed alla durata del trattamento dei dati stessi.

⁹⁷ Come rilevato, «ove si tratti di attuare in un caso concreto un ordine di indagine, occorrerà verificare il rispetto dei principi UE, come consacrati nella Carta (e interpretati dalla Corte di giustizia)». In termini, M. CAIANIELLO, *L’attuazione della direttiva sull’ordine europeo di indagine penale e le sue ricadute nel campo del diritto probatorio*, cit., p. 2212.

⁹⁸ Cfr. §§ 109-110 della sentenza *Tele2 Sverige AB e Watson e al.*

⁹⁹ In tal senso un Ordine di indagine emesso o ricevuto dal nostro Paese che preveda l’acquisizione di dati esterni sulla base di un decreto emesso da un Pm, ben potrà dare la stura ad un rinvio pregiudiziale, dagli esiti prevedibili, vista la citata giurisprudenza in materia.

quali si procede o dell'intrusione ai diritti fondamentali e consentirla solo nei limiti dello stretto necessario per l'accertamento degli stessi, così come richiesto dalla Corte di giustizia.

Anche in quest'ultimo caso, come già sottolineato per l'acquisizione di dati in tempo reale, sono evidenti gli effetti riflessi sul sistema interno. Se infatti una richiesta avente ad oggetto l'acquisizione di dati esterni deve attenersi ai principi pocanzi puntualizzati, non si vede come, pena un difetto di costituzionalità, in un caso interno analogo gli stessi non debbano essere parimenti rispettati¹⁰⁰.

In sintesi, si può dunque evidenziare come l'applicazione del canone di proporzione da una parte favorisca il superamento di aporie ermeneutiche e sistemiche e, dall'altro, a sua volta, produca innegabili effetti positivi, *sub specie* di garanzie per l'imputato/indagato, nei casi interni analoghi.

3.3. Proporzionalità ed (in)utilizzabilità del dato raccolto.

Il terzo ed ultimo piano su cui il principio di proporzionalità può esplicitare i suoi effetti è rappresentato dall'*utilizzazione* del dato probatorio acquisito attraverso l'OEI¹⁰¹.

È il passaggio più delicato in quanto incide sul tasso di fruibilità del prodotto probatorio formato all'estero e su cui la direttiva ha osato meno: essa non ha infatti previsto un regime uniforme di utilizzabilità (o inutilizzabilità) probatoria ma ha lasciato un ampio margine ai singoli Stati in merito all'adozione delle regole di esclusione ritenute più opportune¹⁰².

Le opzioni che si presentavano al legislatore delegato erano essenzialmente tre¹⁰³: applicare le regole di esclusione previste per i casi interni analoghi; istituire un regime di regole di esclusione discrezionale parametrato sul rispetto dell'art. 6 TUE; oppure, applicare le regole di esclusione previste per le rogatorie attive. Il legislatore ha optato per quest'ultima soluzione, come si evince dalla lettura dell'art. 36, facendo quindi riferimento agli artt. 431 e 512-*bis* c.p.p.

¹⁰⁰ Detto altrimenti la lesione, tra gli altri, del principio di proporzionalità darebbe la stura a una disparità di trattamento idonea a violare l'art. 3 Cost.: infatti, non applicare in un caso interno analogo il principio di proporzionalità (come richiesto, invece, dalla giurisprudenza europea) comporterebbe una tutela inferiore a fronte di situazioni equivalenti.

¹⁰¹ In ordine al rapporto tra utilizzabilità e prova transnazionale cfr. le autorevoli osservazioni di G. UBERTIS, *La prova acquisita all'estero e la sua utilizzabilità in Italia*, in *Cass. pen.*, 2/2014, p. 696 ss.

¹⁰² È quanto emerge dall'art. 14 § 7 della direttiva a detta del quale «Fatte salve le norme procedurali nazionali, gli Stati membri assicurano che nei procedimenti penali nello Stato di emissione siano rispettati i diritti della difesa e sia garantito un giusto processo nel valutare le prove acquisite tramite l'OEI» (Corsivo nostro). Come è stato rilevato, «pare quasi che difetti una vera volontà di armonizzazione delle condizioni di reciproca ammissibilità delle prove». In questi termini, L. LUPARIA, *Note conclusive nell'orizzonte d'attuazione dell'Ordine europeo di indagine*, in (a cura di) T. Bene, L. Luparia, L. Marafioti, *L'ordine europeo di indagine. Criticità e prospettive*, cit., p. 250.

¹⁰³ Per un'"analisi costi/benefici" a riguardo si rimanda a M. DANIELE, *L'impatto dell'ordine europeo di indagine penale sulle regole probatorie nazionali*, cit., p. 72 ss.

I punti deboli di questa scelta erano già stati avanzati dalla dottrina anteriormente al recepimento della direttiva¹⁰⁴. Le ritrosie per una tale opzione si fondavano sulla giurisprudenza che si era formata in materia: essa aveva infatti dichiarato inutilizzabili solo quelle prove che, raccolte all'estero, si ponessero in contrasto con l'ordine pubblico od il buon costume¹⁰⁵, con il rischio di limitare le garanzie processuali previste, invece, per i casi interni analoghi¹⁰⁶.

Ad ogni buon conto la scelta del legislatore è caduta su questa opzione per cui è opportuno intraprendere l'analisi partendo dalla norma di riferimento

Il decreto all'art. 36 comma 1 lett. a) prevede che i documenti e gli *atti irripetibili* acquisiti all'estero mediante OEI siano inseriti nel fascicolo del dibattimento; la lettera b) comporta invece che siano inseriti nel fascicolo del dibattimento gli *atti ripetibili* acquisiti all'estero ed a cui i difensori hanno avuto il diritto di partecipare (ad es. audizione del teste in videoconferenza, il quale è stato sottoposto a controesame secondo la dinamica del *cross examination* ed, in generale, gli atti assunti mediante il sistema della concelebrazione)¹⁰⁷.

Il comma 2 dispone infine che, al ricorrere delle condizioni di cui all'art. 512-*bis* c.p.p., il giudice dia lettura dei verbali delle dichiarazioni rese all'estero, al di fuori delle ipotesi di incidente probatorio, acquisiti mediante l'Ordine. Anche in questo secondo caso la giurisprudenza ha fornito un'interpretazione estensiva della norma, dilatandone la sua portata applicativa¹⁰⁸.

¹⁰⁴ *Ivi*, p. 74.

¹⁰⁵ «Sul punto va confermato, a giudizio di questo Collegio, l'orientamento giurisprudenziale secondo cui occorre avere riguardo, per l'apprezzamento della validità degli atti assunti all'estero, alla *lex loci*, sicché una questione di inutilizzabilità nel processo condotto dall'autorità giudiziaria italiana si pone nella misura in cui sia possibile ravvisare – (...) – l'eventuale contrasto di quelle modalità di assunzione della prova con norme inderogabili di ordine pubblico e buon costume che, si è precisato, non si identificano necessariamente con il complesso delle regole dettate dal codice di rito e, in particolare, con quelle relative all'esercizio dei diritti della difesa». In termini, Cass. SS.UU. 25 febbraio 2010, *Mills*, n. 15208, *Cass. pen.*, 9/2010, p. 2995 ss., con nota di F.M. FERRARI, *La corruzione susseguente in atti giudiziari, un difficile connubio tra dolo generico e dolo specifico, ivi*, p. 3023 ss. Sulla necessità di rispettare il diritto di difesa, ma secondo le modalità previste dallo Stato estero, cfr. Cass., Sez. II, 22 dicembre 2016, dep. 2017, n. 2173, in *C.E.D. Cass.*, n. 269000. Afferma infatti la Corte che «la prova non può essere acquisita in contrasto coi principi fondamentali e inderogabili dell'ordinamento giuridico italiano e, quindi, con l'inviolabile diritto di difesa; le concrete modalità di assistenza difensiva sono regolate, per la prevalenza della “*lex loci*”, dalla legge dello Stato in cui viene compiuto l'atto (...)».

¹⁰⁶ In dottrina è stato inoltre osservato come vi sia il pericolo «che si replichino le prassi interpretative già adottate dalla giurisprudenza nei confronti delle rogatorie, le quali, in un atteggiamento di deferenza rispetto alla *lex loci*, affievoliscono non poco la protezione delle garanzie epistemiche e difensive previste dal nostro ordinamento per i casi nazionali analoghi». In questi termini, M. DANIELE, *L'ordine europeo di indagine penale entra a regime. Prime riflessioni sul d. lgs. n. 108 del 2017*, cit., p. 213.

¹⁰⁷ Sul punto, cfr. A. MANGIARACINA, *L'acquisizione “europea” della prova cambia volto: l'Italia attua la Direttiva relativa all'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 173; M. TROGU, *op. cit.*, p. 1087 ss.

¹⁰⁸ In ordine all'art. 512-*bis*, note sono le SS.UU., 25 novembre 2010, n. 27918, in *Cass. pen.*, 3/2012, p. 858 ss., con nota di P. SILVESTRI, *Le Sezioni unite impongono rigore per l'acquisizione e l'utilizzazione delle dichiarazioni predibattimentali rese senza contraddittorio da persona residente all'estero*, *ivi*, p. 872 ss. L'Alto Consesso affermava in quell'occasione il seguente principio di diritto: «Affinché, ai sensi dell'art. 512-*bis* cod. proc. pen., possa disporsi la lettura dei verbali di dichiarazioni rese da persona residente all'estero è, tra l'altro,

Questo il dato positivo alla luce del diritto vivente. È necessario però rammentare come il momento dell'utilizzazione (e della successiva valutazione) sia intimamente connesso, dal punto di vista soggettivo e temporale, a quello dell'acquisizione del dato probatorio: il principio d'immediatezza lo impone. La scissione dei due momenti, ineluttabile nell'ambito della prova transnazionale, ne potrebbe alterare il contenuto epistemologico nonché ledere, come rilevato, le garanzie dell'imputato, il suo «diritto di difendersi provando»¹⁰⁹.

Occorre dunque coniugare due esigenze che a prima vista si porrebbero in antitesi: la tutela dei diritti fondamentali della persona nel corso della dinamica processuale e l'efficacia dell'azione investigativa.

Due però possono essere le chiavi di volta che consentono di superare questa dicotomia: la prima, di carattere sistematico, mira a leggere il decreto di recepimento alla luce della riforma del titolo XI del c.p.p. posta in essere con il d. lgs. 149 del 2017; la seconda, di carattere normativo, è finalizzata ad una lettura degli articoli 188, 189, 191, 729 c.p.p. in combinato disposto al decreto di recepimento.

In ordine al primo profilo, il d. lgs. 149 del 2017 ha innovato, qualche mese dopo il decreto di recepimento dell'OEI, il libro XI del codice di procedura penale. Le due direttrici che hanno orientato la riforma sono state, da un lato, il principio di sussidiarietà delle disposizioni codicistiche, le quali trovano applicazione solo in quanto le norme europee (e le relative leggi di attuazione) nonché quelle convenzionali internazionali «mancano o non dispongono diversamente» (art. 696 co. 3 c.p.p.); dall'altro, la

necessario: a) che vi sia stata una *effettiva e valida notificazione* della citazione del teste, secondo le modalità previste dall'art. 727 cod. proc. pen. per le rogatorie internazionali o dalle convenzioni di cooperazione giudiziaria, e che l'eventuale irreperibilità del teste sia vendicata mediante tutti gli accertamenti opportuni e necessari in concreto, non essendo sufficienti la mancata notificazione o le risultanze anagrafiche o verifiche meramente burocratiche; b) che *l'impossibilità dell'esame dibattimentale del teste sia assoluta ed oggettiva*, non potendo consistere nella mera impossibilità giuridica di disporre l'accompagnamento coattivo né in circostanze dipendenti dalla libera volontà del dichiarante o in situazioni temporanee o in difficoltà logistiche o economiche; c) *che sia stata inutilmente richiesta, ove possibile, la escussione del dichiarante attraverso una rogatoria internazionale "concelebrata" o "mista" del tipo di quella prevista dall'art. 4 della Convenzione Europea di assistenza giudiziaria in materia penale firmata a Strasburgo il 20 aprile 1959*». (Corsivo nostro). È stato osservato come questo pronunciamento «in molti casi ha condotto a ritenere utilizzabili le dichiarazioni a seguito del mero rifiuto immotivato dell'autorità straniera di esaminare il dichiarante nel rispetto del metodo dialettico. È una lettura che non appare in linea con il criterio di stretta necessità che discende dal controllo di proporzionalità». In termini, M. DANIELE, *La sfera d'uso delle prove raccolte*, in (a cura di) M. Daniele, R.E. Kostoris, *L'ordine europeo di indagine penale. Il nuovo volto della raccolta transnazionale delle prove nel d. lgs. n. 108 del 2017*, cit., p. 194.

¹⁰⁹ La celebre espressione, il cui portato assiologico ha informato il libro terzo del codice di procedura penale del 1988, è di G. VASSALLI, *Il diritto alla prova nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1968, p. 3 ss. Sul punto, cfr. M. NOBILI, *La nuova procedura penale*, Clueb, Bologna, 1989, p. 121 ss.

semplificazione degli strumenti di cooperazione giudiziaria¹¹⁰. L'*humus* della novella è dunque lo stesso nel quale è gemmato il decreto di recepimento dell'OEI¹¹¹.

Focalizzando la nostra attenzione sulla prospettiva che qui c'interessa, la tutela dei diritti fondamentali dei soggetti coinvolti nelle procedure di cooperazione è stata positivizzata nel codice di rito (*ex art. 696-ter*) proprio con la riforma del libro XI del c.p.p., che ha introdotto il titolo I-bis relativo ai provvedimenti giudiziari tra Stati membri dell'Ue. Tale norma prevede infatti che si può procedere al riconoscimento o all'esecuzione della misura purché non sussistano «fondate ragioni» (dunque concrete, non meramente potenziali) per ritenere che il soggetto possa subire «una grave violazione dei principi fondamentali dell'ordinamento giuridico dello Stato, dei diritti fondamentali della persona riconosciuti dall'articolo 6 del Trattato sull'Unione europea o dei diritti, delle libertà e dei principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea»¹¹².

In forza della sua collocazione topografica – la disposizione è infatti inserita tra i principi generali del mutuo riconoscimento di cui al titolo I-bis, a sua volta appendice del titolo I – l'art. 696-ter (*rectius*, il suo corredo garantistico) è in grado di irradiare i suoi effetti all'insieme dei rapporti intercorrenti tra autorità giudiziarie dei paesi appartenenti all'UE e dunque anche all'OEI. Pertanto, è difficile, alla luce della riforma, continuare a sostenere che l'utilizzabilità della prova raccolta all'estero dipenda dall'ordine pubblico e dal buon costume¹¹³.

Tale conclusione trova conferma nel decreto di recepimento dell'OEI il cui art. 1 impone il «rispetto dei principi dell'ordinamento costituzionale e della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea in tema di diritti fondamentali, nonché in tema di diritti di libertà e di giusto processo»¹¹⁴, ossia di quel *milieu* giuridico che presiede alla tutela dei diritti della persona nel processo penale, scolpito, a nostro avviso, negli artt. 2, 3, 13, 14, 15, 24, 27, 111 e 112 della Costituzione, come anche negli artt. 6, 7 e 8 della CEDU ed artt. 7, 8, 47-50 CDFUE.

In questa prospettiva, si può evidenziare come la norma di esordio del d. lgs. – che in virtù del suo contenuto e della sua collocazione, può essere considerata “programmatica” – trovi attuazione lungo tutta la dinamica applicativa dell'OEI, come si evince dagli artt. 4 co. 2, art. 10 co. 1 lett. e ed art. 33 del decreto.

¹¹⁰ Cfr. G. DE AMICIS, *Prevalenza del diritto dell'Unione europea, delle Convenzioni e del diritto internazionale in generale* (sub. art. 696 c.p.p.), in (a cura di) A. Marandola, *Cooperazione giudiziaria penale*, Giuffrè, Milano, 2018, p. 4 ss.; ID., *Dalle rogatorie all'ordine europeo di indagine: verso un nuovo diritto della cooperazione giudiziaria penale*, cit., p. 25; C. PONTI, *Riforma dell'assistenza giudiziaria penale e tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento italiano. Dalla legge n. 149 del 2016 al recepimento della direttiva 2014/41/UE*, in *La leg. pen. on line*, 2 ottobre 2017, p. 1 ss.; M.R. MARCHETTI, *Cooperazione giudiziaria: innovazioni apportate e occasioni perdute*, in *Dir. pen. proc.*, 12/2017, p. 1545 ss.

¹¹¹ Sulla necessità di una «lettura integrata» dei due testi normativi, cfr. M. CAIANIELLO, *L'attuazione della direttiva sull'ordine europeo di indagine penale e le sue ricadute nel campo del diritto probatorio*, cit., p. 2198.

¹¹² Corsivo nostro.

¹¹³ Sul punto si rimanda alle autorevoli osservazioni di R.E. KOSTORIS, *L'OEI nella dissolvenza tra regole e principi*, in (a cura di) M. Daniele, R.E. Kostoris, *L'ordine europeo di indagine penale. Il nuovo volto della raccolta transnazionale delle prove nel d. lgs. n. 108 del 2017*, cit., p. 12 ss.

¹¹⁴ Corsivo nostro.

In ordine alla procedura passiva, da un lato, l'art. 4 co. 2 afferma che l'esecuzione dell'Ordine è subordinata alle condizioni richieste dall'autorità di emissione purché le stesse «non siano contrarie ai principi dell'ordinamento giuridico dello Stato»; dall'altro, l'art 10 co. 1 lett. e – sulla falsariga dell'art. 11 lett. f della direttiva – estende il raggio di protezione, elevando a motivo di rifiuto dell'Ordine la violazione dell'art. 6 TUE¹¹⁵ e della Carta dei diritti fondamentali¹¹⁶.

Il salto di qualità rispetto al MAE appare evidente¹¹⁷. L'art. 10 co. 1 lett. e, nel considerare motivo di rifiuto dell'Ordine la violazione dell'art. 6 TUE, «non fa che recepire la strada intrapresa dalla Corte di giustizia con i casi *Aranyosi* e *Căldăraru*»¹¹⁸, che ha sospeso la cooperazione giudiziaria in quanto vi era il pericolo di una grave violazione dei diritti fondamentali¹¹⁹.

Avuto invece riguardo alla procedura attiva, l'art. 33 prevede che «L'autorità giudiziaria che ha emesso l'ordine di indagine concord(i) con l'autorità di esecuzione le modalità di compimento dell'atto di indagine o di prova, specificamente indicando i diritti e le facoltà riconosciuti dalla legge alle parti e ai loro difensori»¹²⁰.

Da ciò sembra emergere che la tutela dei diritti fondamentali della persona nel processo sia il paradigma attraverso cui vagliare la legittimità della richiesta (e della successiva esecuzione), ossia il filtro che precede e consente l'utilizzazione del dato probatorio raccolto nel processo penale¹²¹.

¹¹⁵ Come è stato osservato, l'art. 6.3 TUE rappresenta «la base primigenia dei diritti in ambito comunitario». In termini, R.E. KOSTORIS, *La tutela dei diritti fondamentali*, in (a cura di) Id., *Manuale di procedura penale europea*, cit., p. 87.

¹¹⁶ A riprova di quanto fin qui sostenuto, è stato rilevato che l'art. 696-ter c.p.p. può svolgere, altresì, una funzione integratrice dell'art. 10 comma 2 lett. e) del decreto di recepimento OEL, che tra i motivi di rifiuto dell'OEL aveva previsto soltanto la violazione dell'art. 6 TUE e della Carta dei diritti fondamentali e non anche la grave violazione dei principi fondamentali dell'ordinamento giuridico dello Stato. Cfr. A. MANGIARACINA, *Principi generali del mutuo riconoscimento* (sub art. 696-ter c.p.p.), in (a cura di) A. Marandola, *Cooperazione giudiziaria penale*, Giuffrè, Milano, 2018, p. 23 ss. (in particolare p. 32).

¹¹⁷ Infatti, aver individuato nella violazione dell'art. 6 TUE un motivo di rifiuto dell'Ordine rappresenta un enorme ed apprezzabile passo in avanti rispetto la disciplina del MAE, dove l'assenza di una clausola analoga ha reso necessario l'intervento integrativo della Corte di giustizia. Questa, peraltro, ha, a volte, privilegiato le esigenze «efficientiste» rispetto a quelle garantiste, come emerge nei noti casi *Radu* e *Melloni* (rispettivamente, Corte di giustizia, Grande Sezione, sent. 29 gennaio 2013, C-396/11 e Corte di giustizia, Grande Sezione, sent. 26 febbraio 2013, C-399/11). Sul punto cfr. A. MANGIARACINA, *op ult. cit.*, p. 26 ss. Un cambio di rotta si è successivamente avuto con Corte di giustizia, Grande Sezione, sent. 5 aprile 2016, *Aranyosi* e *Căldăraru*, cause C-404/15 e C-659/15 PPU. Su cui cfr. M. BARGIS, *Mandato di arresto europeo e diritti fondamentali: recenti itinerari "virtuosi" della Corte di giustizia tra compromessi e nodi irrisolti*, cit., p. 177 ss. (in particolare p. 192 ss.).

¹¹⁸ Cfr. M. CAIANIELLO, *op. ult. cit.*, p. 2219.

¹¹⁹ Peraltro, come è stato osservato, tale disposizione, pur rientrando nel titolo dedicato alla procedura passiva, è in grado di irradiare i suoi effetti anche nella fase attiva in quanto «ha una valenza trasversale, e non può essere limitata alla sola fase esecutiva dell'OEL». In termini, M. CAIANIELLO, *ibidem*.

¹²⁰ Corsivo nostro.

¹²¹ D'altronde, come evidenziato nei paragrafi precedenti, le fasi anteriori all'utilizzazione della prova, ossia la richiesta e l'esecuzione dell'Ordine, sono caratterizzate dal costante richiamo alla tutela dei diritti fondamentali e dunque informate dal principio di proporzionalità. Cfr. artt. 6 § 1, 10 § 3 e 11 § 1 lett. f) direttiva 41/2014, ma anche artt. 1, 4, 7, 9 commi 1-3, d. lgs. 108/2017.

Al fine di garantire una tutela effettiva¹²² non ci si potrà limitare al mero ossequio dell'ordine pubblico e del buon costume: questi due contenitori devono infatti essere riempiti del contenuto costituito dai diritti fondamentali (di rango costituzionale) sia interni che sovranazionali¹²³. L'esperienza del MAE – nonché quella in materia di rogatorie – dovrebbe consentirci di non replicare le medesime lacune in punto di protezione dei diritti fondamentali.

Una precisazione è dovuta. Non ogni violazione di questi principi può costituire un limite al mutuo riconoscimento e dunque alla fruibilità della prova formata all'estero, ma soltanto una violazione *grave* (ex art. 696-ter c.p.p.), ossia una lesione che, all'esito del bilanciamento con altri principi di pari rango o della "triangolazione"¹²⁴, risulti priva di giustificazione e dunque sproporzionata¹²⁵. Sono tali quelle violazioni che incidono sul core del diritto, snaturandolo, *tamquam non esset*.

Detto altrimenti, non si richiede il rispetto di tutte le norme presenti nel codice di rito interno – si contravverrebbe allo spirito nonché alle previsioni della direttiva – ma di quel *milieu* di diritti fondamentali (in ambito processuale) che la giurisprudenza della Corte di giustizia e della Corte Edu enuclea dalla Carta dei diritti e dalla Convenzione¹²⁶ e di cui l'autorità giudiziaria dovrà tener conto, *case by case*, tanto in fase di richiesta, quanto in fase di esecuzione.

¹²² La giurisprudenza della Corte di giustizia – basti pensare alla materia del MAE – non si accontenta del rispetto delle forme ma penetra nella sostanza del caso imponendo l'effettivo rispetto del corredo garantistico dell'imputato/indagato. Cfr., tra le altre, Corte di giustizia, Grande Sezione, sent. 5 aprile 2016, *Aranyosi e Caldăraru*, cause C-404/15 e C-659/15 PPU.

¹²³ Come è stato affermato da autorevole dottrina, «una decisione italiana non potrebbe basarsi su una prova ritualmente acquisita all'estero secondo la normativa straniera, qualora sussistesse un contrasto con i diritti fondamentali riconosciuti nel nostro ordinamento. (...) E la salvaguardia dei diritti fondamentali è ancor più giuridicamente rilevante dopo aver chiarito, come accennato all'inizio del presente lavoro, che una violazione di quelli sanciti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo sarebbe altresì costituzionalmente illegittima ai sensi dell'art. 117, comma 1, Cost». In questi termini, G. UBERTIS, *La prova acquisita all'estero e la sua utilizzabilità in Italia*, cit., p. 702.

¹²⁴ Sul procedimento di "triangolazione", cfr. M. DANIELE, *La triangolazione delle garanzie processuali fra diritto dell'Unione Europea, Cedu e sistemi nazionali*, cit., p. 48 ss.

¹²⁵ Il sindacato di proporzionalità diviene necessario in particolar modo quando gli *standard* europei siano inferiori a quelli nazionali: in tale caso «occorre, pertanto, che i giudici chiamati ad applicare il diritto dell'Unione motivino le loro valutazioni, in modo da chiarire le ragioni per cui, nel singolo caso concreto, il conseguimento degli obiettivi eurounitari non comporterebbe una inutile o, comunque, sproporzionata violazione dei diritti fondamentali». In termini, A. MANGIARACINA, *Principi generali del mutuo riconoscimento* (sub art. 696-quinquies c.p.p.), in (a cura di) A. Marandola, *Cooperazione giudiziaria penale*, cit., p. 42. Cfr. M. DANIELE, *op. ult. cit.*, p. 49 ss. Sembra riecheggiare in questi casi la nozione di «circostanze eccezionali» presente nella sentenza *Aranyosi e Căldăraru*, le uniche nelle quali è consentita una limitazione del principio mutuo riconoscimento, limitazione connaturata all'applicazione del principio di proporzionalità. Sul concetto di gravità dell'ingerenza, come rilevato *supra sub par. 3.2*, cfr. Corte di giustizia, Grande Sezione, sent. 2 ottobre 2018, *Ministerio Fiscal*, C-207/16.

¹²⁶ Va precisato come il contenuto dei diritti fondamentali sanciti dalla Carta e dalla Convenzione si caratterizzi per la liquidità dei suoi contorni. Esso, infatti, non è qualcosa di prestabilito ma è, piuttosto, a "formazione progressiva", in quanto viene individuato, *case by case*, dalla giurisprudenza della Corte di giustizia e della Corte Edu.

Il decreto – uniformandosi alla direttiva – non impone, infatti, un’applicazione generalizzata della *lex fori*, ma crea le condizioni affinché dal “dialogo collaborativo” tra i giudici coinvolti si giunga ad un risultato «di sintesi e di semplificazione»¹²⁷: da un lato, l’autorità di emissione dovrà indicare le forme essenziali¹²⁸ che rendano la prova utilizzabile nell’ordinamento interno; dall’altro, l’autorità di esecuzione sarà chiamata ad eseguire le operazioni in base alla richiesta ricevuta, purché queste non contrastino con i principi fondamentali del proprio ordinamento (artt. 4 co. 2 e 5 co. 3 d. lgs. – art 9 § 2 direttiva) e con gli obblighi dello Stato previsti dall’art. 6 TUE e dalla CDFUE (art. 10 co. 1 lett. e d. lgs.).

Occorre dunque individuare un criterio condiviso tra le due autorità giudiziarie – ossia rispettoso sia della *lex fori* che della *lex loci* – in grado di dare concretezza ed effettività alla tutela dei diritti fondamentali nella dinamica processuale transnazionale e, allo stesso tempo, di ottenere un dato utilizzabile nel giudizio *a quo*.

La proporzionalità – imponendo il bilanciamento tra tutela dei diritti fondamentali e le esigenze efficientiste connaturate alla raccolta del materiale probatorio all’estero¹²⁹ – può rappresentare lo strumento idoneo a raggiungere quell’imprescindibile obiettivo e dunque consentire la raccolta di un dato probatorio utilizzabile in quanto rispettoso dei *principi dell’ordinamento costituzionale*, oltreché dell’*acquis communautaire*¹³⁰.

¹²⁷ M. CAIANIELLO, *op. ult. cit.*, p. 2215 ss.

¹²⁸ Cfr. art. 9 § 2 direttiva ed art. 33 del d. lgs. 108/2017. Va evidenziato come indicare ed attenersi alle forme essenziali che consentano l’utilizzabilità del dato raccolto – purché le procedure richieste non siano in conflitto con i principi fondamentali dello stato in cui l’Ordine deve essere eseguito (art. 9 § 2 direttiva) – costituisca, in ossequio alla logica della fiducia reciproca, un dovere in capo, rispettivamente, all’autorità di emissione ed a quella di esecuzione. Nel caso di una richiesta “negligente” (*rectius*, lacunosa) – ossia che non imponga il rispetto dei diritti fondamentali dei soggetti coinvolti nelle operazioni esecutive e delle forme essenziali – non si potrà considerare utilizzabile la prova raccolta dal giudice dell’esecuzione soltanto perché questi si è attenuto alle carenti indicazioni presenti nell’Ordine. Detto altrimenti, il vizio della richiesta potrebbe essere idoneo a comportare l’inutilizzabilità della prova transnazionale. In tale ottica, sarà fondamentale la possibilità concessa alla difesa di vagliare la legittimità del procedimento di formazione della prova all’estero e nel caso di mancato rispetto delle forme essenziali nonché dei diritti fondamentali eccepire l’inutilizzabilità del dato raccolto. Cfr. anche *sub* nt. 133.

¹²⁹ Si fa riferimento all’accezione di “proporzionalità in senso stretto” che si risolve nella «valutazione comparativa tra l’intensità dell’intervento pubblico sulla sfera giuridica dell’individuo ed il “peso specifico” dell’obiettivo perseguito dall’esercizio del potere». In questi termini, A. MARLETTA, *op. cit.*, p. 71. Il principio, infatti, è in grado di fare da sintesi al dicotomico rapporto tra autorità ed individuo. Cfr. M. CAIANIELLO, *Il principio di proporzionalità nel procedimento penale*, cit., p. 162 ss.

¹³⁰ In questa prospettiva, è stato evidenziato come «il contenuto dei diritti fondamentali e, di conseguenza, delle garanzie processuali non potrebbe essere ricostruito solo in base al diritto dell’Unione e ai precedenti della Corte di giustizia, ma deve essere oggetto di una *triangolazione*: le prescrizioni eurounitarie vanno coordinate con la CEDU nell’interpretazione fornite dalla Corte europea e con le norme nazionali». In questi termini, M. DANIELE, *La triangolazione delle garanzie processuali fra diritto dell’Unione Europea, Cedu e sistemi nazionali*, cit., p. 51. Inoltre, è stato autorevolmente rilevato come «occorre discostarsi dal criterio di gerarchia nell’ordine delle fonti del diritto, (...) per approdare ad una integrazione delle tutele orientata dal principio di massima espansione dei diritti fondamentali» In termini, G. SILVESTRI, [L’individuazione dei diritti della persona](#), in questa *Rivista*, 29 ottobre 2018, p. 6.

Il *test* di proporzione può, infatti, fungere da “catalizzatore” della tutela dei diritti fondamentali nella dinamica applicativa dell’OEI imposta dagli artt. 4 co. 2, art. 10 co. 1 lett. e ed art. 33 del d. lgs. incidendo, già da questo angolo visuale, sull’utilizzabilità della prova raccolta all’estero¹³¹. Se (per assurdo) e nonostante il dovere di attenersi alle prescrizioni contenute nella richiesta così come indicate dall’autorità di emissione, l’autorità di esecuzione non rispettasse altresì il corredo garantistico necessario connaturato al principio *de quo*¹³², ledendo gravemente nell’esecuzione dell’Ordine uno o più diritti fondamentali, già a livello di principi generali, è possibile contestare l’utilizzabilità del dato raccolto¹³³.

Si tratta ora di verificare se tale interpretazione regge anche sul piano delle regole applicative. L’art. 36 non facilita tale operazione. Al comma 1 esso prevede che vengano inseriti nel fascicolo del dibattimento *ex art.* 431 c.p.p.: «a) i documenti acquisiti all'estero mediante ordine di indagine e i verbali degli atti non ripetibili assunti con le stesse modalità; b) i verbali degli atti, diversi da quelli previsti dalla lettera a), assunti all'estero a seguito di ordine di indagine ai quali i difensori sono stati posti in grado di assistere e di esercitare le facoltà loro consentite dalla legge italiana. dei documenti e degli atti irripetibili assunti mediante OEI nonché degli atti ripetibili ai quali i difensori sono stati posti in grado di assistere». Al comma 2 afferma che «nei casi e con le modalità di cui all’articolo 512-bis del codice di procedura penale il giudice dà lettura dei verbali di dichiarazioni rese all'estero, diversi da quelli di cui all’articolo 431, comma 1, lettera e), del codice di procedura penale, acquisiti a seguito di ordine di indagine emesso nelle fasi precedenti il giudizio»¹³⁴.

¹³¹ D'altronde, la giurisprudenza della Corte di giustizia (cfr. sentenza *WebMind Lincense* C-419/14 del 17 dicembre 2015) ha avuto modo di rilevare come il rispetto del principio di proporzionalità sia necessario ai fini della validità della prova raccolta. In quest’ottica autorevole dottrina ha affermato che «la trasgressione del principio in esame deve portare, nell’ordinamento emittente, alla dichiarazione d’invalidità della prova acquisita». In termini, M. CAIANIELLO, *L’attuazione della direttiva sull’ordine europeo di indagine penale e le sue ricadute nel campo del diritto probatorio*, cit., p. 2217.

¹³² Come è stato osservato, «La misura «tollerabile» della restrizione dei diritti riconosciuti in ambito comunitario, pertanto, va ricostruita attraverso il calibro della proporzionalità, la cui operatività segue, in ampiezza e in profondità, l’espansione del diritto europeo». In termini, S. TESORIERO, *op. cit.*, p. 1536.

¹³³ Ragionando sempre per assurdo, potrebbe darsi anche l’ipotesi per la quale, sul presupposto implicito del rispetto delle minime garanzie difensive, l’Autorità nazionale richiedente non le avesse specificate e l’autorità di esecuzione avesse raccolto la prova secondo una procedura non rispettosa delle stesse nonché della Carta dei diritti e della Convenzione. In tale circostanza il sindacato di proporzionalità, quale strumento finalizzato alla tutela dei diritti, può essere compiuto solo nel momento in cui il dato probatorio deve essere acquisito nel fascicolo del dibattimento e dunque utilizzato.

¹³⁴ L’art. 512-bis rappresenta uno dei “buchi neri” del sistema accusatorio italiano. Come visto, l’orientamento fatto proprio dalla sentenza delle Sezioni unite, 25 novembre 2010, n. 27918 (cit. *supra*, sub nt. 108) tende ad ampliare le maglie applicative della norma, consentendo l’acquisizione nel fascicolo del dibattimento, mediante lettura, delle dichiarazioni rese nelle fasi preliminari dal soggetto a fronte dell’immotivato rifiuto dell’autorità giudiziaria di dar corso all’esame mediante concelebrazione. A tal proposito è stato rilevato che «questa interpretazione recessiva, purtroppo, pare trovare conferma nell’art. 29 del decreto, ai sensi del quale la raccolta concelebrata della prova potrebbe avvenire “previo accordo” con l’autorità straniera, consegnando a quest’ultima un potere di veto». In termini, M. DANIELE, *L’ordine europeo di indagine penale entra a regime. Prime riflessioni sul d. lgs. n. 108 del 2017*, cit., p. 213. Da ultimo, sull’art. 512-bis, cfr. Cass., Sez. V, 18 gennaio 2017, n. 13522, in C.E.D. Cass., n. 269398. Sull’art. 36 c. 2 del d. lgs., vd.

Nelle ipotesi di cui al primo comma, bisogna operare una distinzione tra i diversi atti oggetto dell'Ordine. Per ciò che concerne i documenti di cui alla lettera a), la loro utilizzabilità è subordinata al rispetto delle disposizioni dettate dal libro III del codice di rito (artt. 234-243 c.p.p.)¹³⁵. Nel caso in cui si tratti di verbali di atti *irripetibili* (ex lett. a) assunti mediante l'Ordine, come osservato in dottrina, questi, nonostante il silenzio della norma, devono essere compiuti secondo le modalità concordate ai sensi dell'art. 33 del d. lgs. di recepimento, ossia rispettando «i diritti e le facoltà riconosciuti dalla legge alle parti e ai loro difensori»¹³⁶.

Per l'assunzione all'estero degli atti *ripetibili* (ipotesi di cui alla lett. b), invece, è la stessa norma che impone la presenza del difensore (*rectius*, la possibilità concessa al difensore di esercitare le proprie facoltà e di assistere) al compimento dell'atto.

Giunti a tal punto, similmente a quanto avviene in ambito rogatorio, occorre operare un ulteriore distinguo tra gli atti eseguiti dall'autorità straniera in quanto *ordinati* da quella nazionale e gli atti compiuti *motu proprio* dal giudice straniero e richiesti da quello italiano¹³⁷. In questi ultimi casi la norma di riferimento è l'art. 78 *disp. att.* c.p.p.

Bisogna dunque verificare se anche alla disciplina dell'OEI sia applicabile tale ultima disposizione nel caso di atti *preesistenti*, "geneticamente" allogeni, come i verbali di prova di un procedimento penale estero¹³⁸.

Al comma uno dell'art. 78 si legge che «la documentazione di atti di un procedimento penale compiuti da autorità giudiziaria straniera può essere acquisita a norma dell'articolo 238 del codice»¹³⁹. Quest'ultima norma consente l'acquisizione dei verbali di prove provenienti da altro procedimento purché si tratti di prove assunte in

amplius, M. TROGU, *op. cit.*, p. 1089 ss.

¹³⁵ In questa prospettiva, cfr. M. TROGU, *op. cit.*, p. 1087. Sulla distinzione tra i concetti di "atto" e "documento", cfr. G. UBERTIS, *La prova acquisita all'estero e la sua utilizzabilità in Italia*, cit., p. 698 ss.

¹³⁶ Infatti, «anche in questo caso è implicito che durante il compimento dell'atto nello Stato membro di esecuzione, l'autorità di esecuzione debba aver assicurato il rispetto delle garanzie indicate a norma dell'art. 33 dall'autorità di emissione. L'omessa indicazione dei diritti e delle facoltà da rispettare a norma del codice di procedura o l'omesso rispetto in fase esecutiva di tali diritti e facoltà rende l'atto nullo e la relativa documentazione non acquisibile a dibattimento». In termini, M. TROGU, *op. cit.*, p. 1087. Per l'A., relativamente agli atti divenuti non ripetibili per una causa sopravvenuta e non prevedibile si applicheranno, invece, le norme di cui agli artt. 512 e 515 c.p.p. Cfr. *ivi*, p. 1088.

¹³⁷ Sul punto, cfr. R. BELFIORE, *La prova penale "raccolta" all'estero*, Aracne, Roma, 2014, p. 112 ss.

¹³⁸ Cfr. M. TROGU, *op. cit.*, p. 1088 ss. L'art. 2 co 1 lett. a) del decreto di recepimento consente di acquisire tramite l'OEI «informazioni o prove che sono già disponibili». L'art. 10 par. 2 lett. a) della direttiva prevede inoltre che «devono sempre essere disponibili in base al diritto dello Stato membro di esecuzione: a) l'acquisizione di informazioni o prove che sono già in possesso dell'autorità di esecuzione quando, in base al diritto dello Stato di esecuzione, tali informazioni o prove avrebbero potuto essere acquisite nel quadro di un procedimento penale o ai fini dell'OEI; (...)». Tale disposizione è stata trasposta all'art. 9 comma 5 del decreto di recepimento.

¹³⁹ Come è stato rilevato, «tale prescrizione ha finito con il legittimare la prassi della trasmissione spontanea di informazioni tra le autorità giudiziarie, la quale, avendo ad oggetto prove già formate negli altri sistemi, incrementa le *chances* che le medesime siano acquisite in base a regole diverse da quelle nazionali». In termini, M. DANIELE, *La metamorfosi del diritto delle prove nella direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 89.

incidente probatorio o in dibattimento (comma 1); è inoltre previsto che i verbali di dichiarazioni rese in altro procedimento possano essere utilizzati contro l'imputato a condizione che il suo difensore abbia partecipato all'assunzione della prova (comma 2-bis). Vi è dunque una tutela forte del contraddittorio¹⁴⁰ che trova conferma nell'art. 14 § 7 della direttiva, a detta del quale lo Stato di emissione deve rispettare i diritti di difesa e garantire il giusto processo all'atto della valutazione della prova acquisita mediante OEI. Pertanto, anche alla disciplina dell'Ordine dovranno applicarsi i requisiti previsti dall'art. 238 c.p.p. a tutela del contraddittorio¹⁴¹.

Il comma secondo dell'art. 78 *disp. att.* c.p.p.¹⁴² è maggiormente problematico in quanto, in virtù l'interpretazione datane dalla giurisprudenza, vige una "presunzione di legittimità" per gli atti *irripetibili* assunti dalla polizia giudiziaria straniera¹⁴³. Tali atti possono essere infatti assunti nel fascicolo del dibattimento solo se la parti vi consentono o dopo l'esame dell'autore degli stessi in contraddittorio. Il giudice interno – stante la vigenza della presunzione di legittimità – non può sindacare la regolarità dell'atto non ripetibile compiuto dalla polizia straniera ma soltanto la «compatibilità del diritto straniero sulla base del quale l'atto è stato compiuto con i principi inderogabili dell'ordinamento interno»¹⁴⁴.

Tra questi ultimi rientrano senz'altro «i principi dell'ordinamento costituzionale e della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea» (art. 1 d. lgs.) nonché «i diritti e le facoltà riconosciuti dalla legge alle parti e ai loro difensori», i quali devono essere «specificatamente» indicati dall'autorità giudiziaria italiana all'autorità di esecuzione ai sensi dell'art. 33 del decreto.

Detto altrimenti, il mancato rispetto di questi diritti e facoltà nonché dei principi inderogabili dell'ordinamento incide negativamente sulla prova raccolta¹⁴⁵: anche dalla

¹⁴⁰ In tal senso cfr. M. TROGU, *op. cit.*, p. 1088.

¹⁴¹ Sul punto cfr. M. TROGU, *ibidem*.

¹⁴² Il quale dispone che «gli atti non ripetibili compiuti dalla polizia straniera possono essere acquisiti nel fascicolo per il dibattimento se le parti vi consentono ovvero dopo l'esame testimoniale dell'autore degli stessi, compiuto anche mediante rogatoria all'estero in contraddittorio». Come precisato dalla giurisprudenza (Cass., Sez. I, 23 gennaio 2002, n. 23597, in *Arch. n. proc. pen.*, 2002, p. 531 ss.) «la disposizione si riferisce ad atti di accertamento direttamente eseguiti dalla polizia (rilievi tecnici, ispezioni, sequestri e simili), e non già da questa "assunti" o "raccolti" da fonti esterne (...); per le informazioni testimoniali assunte da inquirenti stranieri vale quindi la meno restrittiva disciplina di acquisizione di cui all'art. 512-bis c.p.p. (...).» Sul punto cfr. R. BELFIORE, *op. ult. cit.*, p. 119; ma anche G. UBERTIS, *La prova acquisita all'estero e la sua utilizzabilità in Italia*, cit., p. 700.

¹⁴³ Si parla di una presunzione di legittimità in quanto la regolarità dell'atto – e dunque la possibilità di utilizzarlo – è valutata dal giudice straniero alla stregua della *lex loci* e non della *lex fori*. A detta della giurisprudenza infatti, «l'utilizzazione degli atti non ripetibili compiuti in territorio estero dalla polizia straniera e acquisiti nel fascicolo per il dibattimento non è condizionata all'accertamento, da parte del giudice italiano, della regolarità degli atti compiuti dall'autorità straniera, vigendo una presunzione di legittimità dell'attività svolta e spettando al giudice straniero la verifica della correttezza della procedura e l'eventuale risoluzione di ogni questione relativa alle irregolarità riscontrate». Cfr. Cass., Sez. II, 18 maggio 2010, n. 24776, *Mass.*, in *Cass. pen.*, 7-8, 2011, p. 2677.

¹⁴⁴ Cass., Sez. V, 13 luglio 2016, n. 45002, in *C.E.D. Cass.*, n. 268457.

¹⁴⁵ In questa prospettiva è stato affermato che se i diritti e le facoltà di cui all'art. 33 «non sono garantiti, l'atto è invalido per il nostro ordinamento. E tale invalidità deve essere riconosciuta sia rispetto alle prove

lettera della legge, secondo un'interpretazione *rights oriented*, è possibile affermare che per la validità del dato probatorio (sia quello *precostituito* che quello *ordinato*) è necessario, da un lato, osservare le forme essenziali della richiesta, ossia quei principi che la *lex fori* considera indispensabili ai fini dell'acquisizione e della successiva utilizzazione del dato probatorio e, dall'altro, tutelare i diritti fondamentali dell'imputato/indagato, ossia occorre eseguire l'Ordine secondo modalità conformi al principio di proporzionalità¹⁴⁶.

Nel caso di violazione *grave*¹⁴⁷ (*rectius*, sproporzionata) della sfera giuridica dei soggetti interessati, l'invalidità che ne deriva, trovandoci in ambito probatorio, potrebbe assumere le forme dell'inutilizzabilità del dato raccolto *ex art. 191 c.p.p.*¹⁴⁸.

In materia di prova transnazionale, tale istituto si rivela di fondamentale importanza in quanto consente al difensore dell'imputato di far rilevare, «in ogni stato e grado del procedimento», l'inutilizzabilità delle «prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge».

costituende in forza dell'ordine di indagine, sia rispetto alle prove pre-costituite nell'ambito di un procedimento straniero di cui sia richiesta l'acquisizione mediante ordine di indagine». In termini, M. TROGU, *op. cit.*, p. 1089.

¹⁴⁶ A tal proposito si è rilevato come «la proporzionalità, in questo modo, serve da bussola ai fini della diagnosi delle inutilizzabilità statuite dagli artt. 431 e 512-*bis* c.p.p.: sarebbero vietate le prove raccolte a seguito di una violazione del contraddittorio, del diritto di difesa e degli altri diritti fondamentali in gioco non debitamente motivata alla luce delle circostanze del caso concreto». In termini, M. DANIELE, *L'ordine europeo di indagine penale entra a regime. Prime riflessioni sul d. lgs. n. 108 del 2017*, cit., p. 214; ma anche ID., *L'impatto dell'ordine europeo di indagine penale sulle regole probatorie nazionali*, cit., p. 77.

¹⁴⁷ Cfr. art. 696-*ter* c.p.p. Infatti, occorre ricordare come non ogni lesione dei diritti fondamentali sia in grado di comportare l'inutilizzabilità del dato probatorio ma, soltanto, le violazioni *gravi* e dunque sproporzionate.

¹⁴⁸ Difatti, come osservato, «l'inutilizzabilità (...) rappresenta una ipotesi di invalidità posta a tutela della compromissione dei diritti fondamentali». In termini, M. CAIANIELLO, *Il principio di proporzionalità nel procedimento penale*, cit., p. 161. Questo strumento, non è sconosciuto alla disciplina delle prove acquisite all'estero, anzi l'art. 729 c.p.p. comma 4 richiama espressamente l'art. 191 comma 2. Peraltro, tale «divieto probatorio, pur non espressamente previsto, può ritenersi implicito nella direttiva, in quanto ricollegabile ad un'inequivocabile scelta del legislatore eurounitario». In termini, M. DANIELE, *L'ordine europeo di indagine penale entra a regime. Prime riflessioni sul d. lgs. n. 108 del 2017*, cit., p. 210. Sul concetto di inutilizzabilità cfr. G. ILLUMINATI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale italiano*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2/2010, p. 521 ss.; N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, Cedam, Padova, 1990; F. M. GRIFANTINI, voce *Inutilizzabilità*, in *Dig. d. pen.*, vol. VII, Utet, Torino, 1993, p. 242 ss.; M. DANIELE, *Regole di esclusione e regole di valutazione della prova*, Giappichelli, Torino, 2009; A. NAPPI, *A proposito della cosiddetta inutilizzabilità derivata*, in *Cass. pen.*, 9/2018, p. 3046 ss.

A nostro avviso, nel concetto di «divieti stabiliti dalla legge» vanno ricomprese le previsioni della direttiva¹⁴⁹ così come trasposte nel decreto di recepimento¹⁵⁰ che incidono sulla validità del dato raccolto nel caso di mancata osservanza delle forme richieste o di violazione dei diritti fondamentali dell'imputato/indagato.

È lo stesso codice di rito che impone il rispetto di questi ultimi, individuando nella “libertà di autodeterminazione” *ex art. 188 c.p.p.* nonché nella “libertà morale” *ex art. 189 c.p.p.* le “colonne d’Ercole” invalicabili al fine di poter assumere – e dunque utilizzare – le prove tipiche ed atipiche.

Proprio queste due norme, a ben vedere, costituiscono “il precipitato codicistico”, seppur implicito, del principio di proporzionalità¹⁵¹: le ragioni dell’autorità (l’acquisizione e la successiva utilizzazione della prova) non possono ledere la dignità della persona¹⁵².

¹⁴⁹ La direttiva, come osservato, si compone di «norme a struttura aperta (...) che vanno riempite di contenuto caso per caso dalle autorità giudiziarie chiamate a raccogliere ed a utilizzare le prove». In termini M. DANIELE, *La metamorfosi del diritto delle prove nella direttiva sull’ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 91 ss. L’A. rileva come nella direttiva emergano ipotesi di inutilizzabilità sia implicite (art. 6 § 1 lett. b, considerando 7 e artt. 1 § 1 e 10 § 2 lett. a) che, in un caso, anche esplicite (art. 31). Sul punto, cfr. ID., *La sfera d’uso delle prove raccolte*, in (a cura di) M. Daniele, R.E. Kostoris, *L’ordine europeo di indagine penale. Il nuovo volto della raccolta transnazionale delle prove nel d. lgs. n. 108 del 2017*, cit., p. 182 ss. Anteriormente al recepimento della direttiva era stato osservato come la presenza al suo interno di «clausole elastiche» in ordine alla raccolta della prova «suggerisce l’adozione di regole di esclusione simmetricamente dotate di una struttura non rigida ma discrezionale (...). Tale sarebbe, in particolare, una regola che prescriverebbe l’inutilizzabilità delle prove raccolte tramite l’OEI in violazione dei diritti fondamentali richiamati dall’art. 6 TUE: ossia considerati nelle loro implementazioni convenzionali, eurounitarie e nazionali». In termini, ID., *L’impatto dell’ordine europeo di indagine penale sulle regole probatorie nazionali*, cit., p. 74. A tal proposito, va rilevato come l’operato dei giudici nazionali sarà “guidato” dalla giurisprudenza della Corte di giustizia sulla direttiva 41 del 2014. In virtù della funzione nomofilattica che la Corte svolge, le sue sentenze interpretative – sebbene dotate formalmente di efficacia *inter partes* – costituiranno un parametro imprescindibile per il giudice interno nel momento in cui dovrà verificare se la prova è stata acquisita in violazione dei divieti posti dalla legge. Questi dovranno quindi essere valutati anche alla luce della interpretazione fornita dalla Corte di Lussemburgo, le cui sentenze andranno dunque ad “integrare” il dato normativo.

¹⁵⁰ Il riferimento è alle disposizioni, analizzate nel corso della presente trattazione, che condizionano la legittimità dei risultati ottenuti attraverso l’Ordine al rispetto dei principi generali dello Stato di esecuzione, delle forme essenziali richieste, dei presupposti previsti dalla legge italiana, dei diritti fondamentali tutelati dalle Carte nonché di quelli riconosciuti dalla legge alle parti e ai loro difensori (cfr. artt. 1, 4 co. 2, 5 co. 3, 9 co.1 e 3, 10 co. 1 lett. e, art. 33 ed art. 36 d. lgs. cit.).

¹⁵¹ In ordine all’art. 188 c.p.p., cfr. F. FALATO, *op. cit.*, p. 17 ss. L’A. afferma che «l’art. 188 c.p.p. (...) diviene parametro utile a stabilire i termini definitivi del pregiudizio che potrebbe derivare ai diritti e alle libertà dell’individuo dalla esecuzione dell’Ordine di indagine – che perciò è negato – ed a rendere normativamente guidato il tasso di discrezionalità che fisiologicamente connota il principio di proporzionalità». ID., *ivi*, p. 29.

¹⁵² Questa, come è stato autorevolmente osservato, «in quanto premessa dei diritti fondamentali, non è un diritto fondamentale a sé stante, ma sintesi di tutti i principi e diritti fondamentali costituzionalmente tutelati. Essa non è bilanciabile, in quanto è essa stessa la bilancia sulla quale disporre i beni costituzionalmente tutelati, che subiscono compressioni e corrispondenti aumenti, entro i limiti di tutela della dignità, che nasce piena in ogni individuo e non si acquista per meriti e non si perde per demeriti». In termini, G. SILVESTRI, *L’individuazione dei diritti della persona*, cit., p. 11. L’A. rimanda, in nota, alle considerazioni svolte sul punto da: P. HÄBERLE, *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale*, (1983), tr. it. La Nuova Italia Scientifica, Roma, 1993, p. 177; D. MESSINEO, *La garanzia del “contenuto essenziale” dei diritti*

Difatti, gli articoli 188¹⁵³ e 189 sono espressione di quei principi dell'ordinamento costituzionale che ai sensi dell'art. 1 d. lgs. 108 del 2017 orientano tanto la fase attiva quanto quella passiva dell'Ordine, rappresentando i confini invalicabili anche per gli strumenti della cooperazione giudiziaria e dunque un limite al mutuo riconoscimento.

In estrema sintesi, il canone di proporzione (art. 7 d. lgs.) trova il suo referente codicistico in ambito probatorio negli articoli 188 e 189 c.p.p., la violazione dei quali è sanzionata con l'inutilizzabilità del dato raccolto (art. 191 c.p.p.). Pertanto, l'esecuzione di un ordine secondo modalità contrarie al principio di proporzionalità – ossia che ledono in maniera *grave* i diritti fondamentali – comporta la formazione di una prova inutilizzabile per l'ordinamento interno.

Entra, così, dall'“ingresso principale” il sindacato di proporzionalità sul prodotto probatorio raccolto all'estero: la violazione del principio – che si risolve in una lesione dei diritti fondamentali nelle dinamiche esecutive dell'Ordine – se non eccedeva in una fase precedente, potrà autonomamente condurre alla dichiarazione di inutilizzabilità della prova.

4. Conclusioni.

Ad uno sguardo d'insieme si può affermare che il principio di proporzionalità rappresenti la cifra più profonda del nuovo strumento d'indagine.

Il decreto attuativo, da questo angolo visuale, rispecchia abbastanza fedelmente la direttiva; anzi, dedicando un intero articolo al principio *de quo*, esalta la sua importanza nella dinamica applicativa, nonché nel momento ermeneutico¹⁵⁴.

Nonostante «l'alto tasso di discrezionalità» che lo connota – caratteristica che induce a «maneggiarlo con la massima cautela»¹⁵⁵ – esso è un criterio irrinunciabile tanto

fondamentali. Dalla tutela della dignità umana ai livelli essenziali delle prestazioni, Giappichelli, Torino, 2012, p. 144; nonché a Corte cost., 09 maggio 2013, n. 85.

¹⁵³ Come affermato dalla Corte costituzionale, l'art. 188 c.p.p. «tutelando la “libertà morale della persona nell'assunzione della prova”, rappresenta una diretta applicazione dell'art. 2 della Costituzione». In termini, Corte. cost., 1 giugno 1998, n. 229, in *Giur. cost.*, 3/1998, p. 1786 ss.

¹⁵⁴ Difatti, come analizzato nel corso della trattazione, il principio è in grado di orientare, da un lato, la richiesta e l'esecuzione dell'Ordine e, dall'altro, *ex post*, la valutazione di compatibilità delle modalità operative con i principi fondamentali.

¹⁵⁵ In questi termini, M. DANIELE, *L'impatto dell'ordine europeo di indagine penale sulle regole probatorie nazionali*, cit., p. 76.

nei passaggi in cui l'Ordine ne impone l'osservanza¹⁵⁶, quanto nei profili problematici che, implicitamente, ne richiedono l'utilizzo¹⁵⁷.

A riprova di ciò, riprendendo le categorie tipiche dell'analisi economia del diritto¹⁵⁸, l'efficienza della proporzionalità nell'Ordine può essere valutata attraverso un'analisi comparativa tra costi e benefici.

Per ciò che concerne i primi, è stato sostenuto che l'applicazione generalizzata del canone di proporzione potrebbe collidere con il principio di legalità processuale, lasciando al giudice una discrezionalità eccessiva e contravvenendo, così, al dettato costituzionale che lo vuole sottoposto soltanto alla legge (art. 101 co. 2 Cost.)¹⁵⁹.

A tal proposito, può essere osservato come questa dicotomia possa essere superata imponendo al giudice, nel caso in cui venga in gioco il principio di proporzione, un *surplus* di motivazione. Il margine di discrezionalità che ontologicamente connota quest'ultimo gli imporrebbe, infatti, una puntuale giustificazione (*rectius*, motivazione) – che il codice già prevede in ambito cautelare (art. 292 c.p.p.) – secondo il metodo della “proceduralità argomentativa”.

¹⁵⁶ Il riferimento è al doppio controllo di proporzionalità che deve essere compiuto sia dall'autorità emittente che da quella ricevente. Sul punto cfr. M. DANIELE, *I chiaroscuri dell'OEI e la bussola della proporzionalità*, in (a cura di) M. Daniele, R.E. Kostoris, *L'ordine europeo di indagine penale. Il nuovo volto della raccolta transnazionale delle prove nel d. lgs. n. 108 del 2017*, cit., p. 67 ss. Per l'A., inoltre, «Quando l'autorità di esecuzione adotti modalità istruttorie diverse da quelle indicate dall'autorità di emissione, opera un terzo ed ultimo vaglio di proporzionalità, che spetta al giudice nazionale competente a decidere se la prova debba essere inclusa nella piattaforma probatoria a sostegno della decisione di merito». ID., *ivi*, p. 70.

¹⁵⁷ Quale ad esempio il momento dell'utilizzazione del dato probatorio, nel quale la proporzionalità svolge una funzione “selettiva” della validità del dato raccolto.

¹⁵⁸ Questa ben si attaglia alla logica della proporzionalità, in particolar modo allo *step* della necessità. Sul punto cfr. A. MARLETTA, *op. cit.*, p. 68.

¹⁵⁹ «Nell'ordinamento italiano i giudici ordinari sono tenuti a verificare la conformità della vicenda concreta alla norma corrispondente, ma non sono abilitati a dettare quest'ultima per risolvere un ipotetico attrito assiologico. (...) La condotta degli organi giurisdizionali ordinari deve pertanto ispirarsi al principio di proporzionalità nella preferenza da accordare a uno strumento piuttosto che a un altro tra quelli contemplati dall'ordinamento (ad esempio, nella scelta del tipo e del modo esecutivo concernenti un'acquisizione probatoria o una misura cautelare), ma non può trovare in tale canone una giustificazione per condotte estranee al tessuto normativo interno, poiché va ribadito che la ponderazione del rapporto tra questo e le fonti internazionalistiche o sovranazionali spetta al legislatore e alla Corte costituzionale». In termini, G. UBERTIS, *Equità e proporzionalità versus legalità processuale: eterogenesi dei fini?*, in *Arch. pen.*, 2/2017, p. 391 ss. È stato, però, osservato, come «l'approccio della Corte di giustizia alla interpretazione conforme pare meno attento ai dettami del lato letterale delle previsioni», come dimostra il caso Pupino (Corte di giustizia, Grande Sezione, sent. 16 giugno 2005, C-105/03), su cui vd. S. ALLEGREZZA, *Il caso “Pupino”: profili processuali*, in (a cura di) F. Sgubbi, V. Manes, *L'interpretazione conforme al diritto comunitario in materia penale*, Bonomia University Press, Bologna, 2007, p. 53 ss. In forza di questa considerazione e della circostanza per cui l'Unione è autorizzata a legiferare in materia processual-penale (art. 82 TFUE), «è realistico preconizzare che il limite individuato dalla Corte costituzionale – la lettera della norma – possa essere valicato con una certa frequenza, e forse del tutto, col tempo, in nome del canone di proporzione». Così, M. CAIANIELLO, *Il principio di proporzionalità nel processo penale*, cit., p. 157 ss. Sul punto si rimanda alle considerazioni svolte da M. DANIELE, *L'ordine europeo di indagine penale entra a regime. Prime riflessioni sul d. lgs. n. 108 del 2017*, cit., p. 214 ss.; ma anche ID., *I chiaroscuri dell'OEI e la bussola della proporzionalità*, in (a cura di) M. Daniele, R.E. Kostoris, *L'ordine europeo di indagine penale. Il nuovo volto della raccolta transnazionale delle prove nel d. lgs. n. 108 del 2017*, cit., p. 71 ss.

Questa, attraverso «l'espressione puntuale degli impegni motivazionali che l'applicazione dei principi al caso vivo comporta, non solo garantisce dalle derive dell'arbitrio soggettivo, ma costituisce anche la garanzia della correttezza della conclusione, a cui si deve però necessariamente giungere a posteriori, condotti appunto dai passi dell'argomentazioni»¹⁶⁰.

L'argomentazione giudiziale facendo propria la triade di criteri, prevedibili *ex ante*, che compongono il *test* di proporzionalità è in grado, da un lato, di salvaguardare il principio di legalità – di cui la prevedibilità costituisce un corollario – e, dall'altro, di consentire alle parti di valutare la legittimità dell'atto ed eventualmente impugnarlo, dando attuazione effettiva al diritto di difesa¹⁶¹.

Stante l'assenza di un'opera preventiva di armonizzazione in ambito probatorio, l'alternativa alla “discrezionalità vincolata” – derivante da questo *modus procedendi* – sarebbe l'arbitrarietà giudiziale¹⁶² affrancata da ogni criterio di controllo, il che si risolverebbe o nel rifiutare le richieste che non rispettino i criteri di ammissibilità interni¹⁶³ oppure, in uno spirito di “cieca” (più che mutua) fiducia, nel darvi indistintamente esecuzione, senza un “filtro” in grado di tutelare *effettivamente* i diritti fondamentali.

Entrambe le opzioni non sembrano percorribili. Sarebbe, dunque, opportuno preferire una soluzione mediana ispirata alla flessibilità, condotta, giocoforza, dalle autorità giudiziarie sotto l'attenta vigilanza della Corte di giustizia, *gatekeeper* dello strumento.

Venendo ai benefici, si può affermare che il principio *de quo*, in primo luogo, grazie alla sua capacità omologante¹⁶⁴, facilita la ricerca di una soluzione condivisa tra le autorità giudiziarie¹⁶⁵, abbattendo, tra l'altro, i costi di transazione che caratterizzano il

¹⁶⁰ T. E. EPIDENDIO, [Proposte metodologiche in merito al dibattito sulle misure cautelari](#), in questa *Rivista*, 21 novembre 2013, p. 26.

¹⁶¹ Sul rapporto tra motivazione e diritto di difesa, cfr., da ultimo, S. LORUSSO, [Il diritto alla motivazione](#), in questa *Rivista*, 8 novembre 2018, in particolare p. 8 ss.

¹⁶² In tal senso, M. DANIELE, *L'ordine europeo di indagine penale entra a regime. Prime riflessioni sul d. lgs. n. 108 del 2017*, cit., p. 215.

¹⁶³ Ossia in un atteggiamento di chiusura che ridurrebbe ad un numero esiguo i casi di esecuzione dell'Ordine.

¹⁶⁴ Come osservato, «la proporzionalità opera come fattore omologante per un duplice motivo: innanzi tutto, in quanto le autorità giudiziarie sono tenute a trovare soluzioni comuni su casi specifici, per dar corso alla cooperazione (così, per piccoli passi, favorendo l'avvicinamento dei sistemi quanto alla attuazione del principio); inoltre, per il potere invalidante che rischia di discendere dal suo mancato rispetto. Senza dimenticare il ruolo che in materia può giocare la Corte di giustizia, dotata di giurisdizione piena nel campo di applicazione dell'OEI (e dunque anche ove si tratti di stabilire quale sia in concreto il modo proporzionato di dar corso a un ordine di acquisizione probatoria transnazionale)». In termini, M. CAIANIELLO, *L'attuazione della direttiva sull'ordine europeo di indagine penale e le sue ricadute nel campo del diritto probatorio*, cit., p. 2217.

¹⁶⁵ Esso «infatti è oggi uno dei concetti centrali del costituzionalismo globale, di fatto una parte essenziale della grammatica di una nuova *lingua franca* che fa dialogare e interagire attori giuridici (specialmente giudici) sostanzialmente in tutto il mondo, agevolando la circolazione globale di modelli giuridici e di standard di argomentazione». In termini, G. PINO, *Diritti fondamentali e principio di proporzionalità*, in *Ragion Pratica*, 2/2014, p. 541 (cfr. Autori citati *ivi*, sub nt. 1).

modello rogatorio classico, consentendo, così, un risparmio, oltretutto di tempi, anche di risorse economiche per l'amministrazione giudiziaria.

In secondo luogo, la proporzionalità è in grado di tutelare i diritti fondamentali dei soggetti coinvolti nel processo, innalzando le garanzie difensive rispetto al tradizionale sistema delle rogatorie.

Si è visto, infatti, come nell'ambito del *data retention* sia necessario bilanciare l'intrusione nei diritti fondamentali con le esigenze repressive dei reati per i quali si procede, permettendo, così, l'apprensione solo nei limiti dello stretto necessario per l'accertamento degli stessi.

Ancora, non è più sufficiente il rispetto dell'ordine pubblico e del buon costume per conferire il crisma dell'utilizzabilità al dato probatorio raccolto all'estero, ma è necessario il rispetto delle forme essenziali richieste e dei principi fondamentali garantiti dalle Carte dei diritti e costituzionali, la cui tutela si attua attraverso la valutazione e l'esecuzione secondo il canone di proporzione dell'atto richiesto (o del dato raccolto).

Questi due esempi rendono evidente come la bilancia penda dal lato dei benefici.

Per tale motivo, nell'ottica di rafforzare la cooperazione giudiziaria conseguendo un risultato «di sintesi e di semplificazione»¹⁶⁶, si reputa che il criterio in grado di bilanciare l'utilizzo diffuso dello strumento di indagine, i diritti dei soggetti coinvolti e ed i principi inderogabili degli ordinamenti giuridici sia il principio di proporzionalità.

Questo, infatti, lungi dal porsi in una posizione antitetica al principio di legalità della prova, può dunque fungere da "paradigma" attraverso cui valutare – nel rispetto delle regole procedurali – la tutela della dignità della persona nella fase di formazione del dato probatorio che, solo ove rispettata, consente l'utilizzazione del dato raccolto¹⁶⁷.

¹⁶⁶ M. CAIANIELLO, *L'attuazione della direttiva sull'ordine europeo di indagine penale e le sue ricadute nel campo del diritto probatorio*, cit., p. 2215.

¹⁶⁷ Più in generale, è stato infatti osservato, come il principio *de quo* sia «capace di fissare un ineludibile metodo di controllo della corretta attuazione dei diritti fondamentali anche nell'ambito del processo penale». M. DANIELE, *La metamorfosi del diritto delle prove nella direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 92. Sul punto cfr. M. CAIANIELLO, *Il principio di proporzionalità nel procedimento penale*, cit., p. 143 ss.