

CULTURA PENALE E SPIRITO EUROPEO

FABIANA 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

Il d.lgs. 21 giugno 2017, n. 108 innova, sia pure con luci ed ombre, l'approccio tradizionale al tema della circolazione della prova. Da un lato, il legislatore promuove la nuova "dimensione probatoria" del mutuo riconoscimento, che consente l'acquisizione della prova nello spazio giuridico europeo con utilizzabilità nella giurisdizione diversa da quella dove la prova è stata raccolta, prevede la regola della prevalenza della *lex loci* sulla *lex fori* ma, allo stesso tempo, autorizza che le relazioni tra queste siano lasciate alla volontà dello Stato di emissione; dall'altro, riconosce al principio di proporzione la natura di elemento della legalità del procedere probatorio nelle occasioni in cui l'acquisizione dell'atto di indagine o della prova si manifesti con attività intrusive nelle libertà e nei diritti procedurali della persona e l'aggressione non è giustificata da fatti di particolare gravità. In questi termini, la proporzionalità si propone come insieme dell'impegno a riconoscere gli atti probatori compiuti secondo i diversi sistemi e della tutela delle garanzie procedurali: intaccate le seconde, viene meno il primo. Si realizza così il dominio della proporzione sul reciproco riconoscimento, ogniqualvolta il bilanciamento di valori proposto dallo strumento del mutuo riconoscimento - in questo caso, dall'OEI - è cedevole rispetto ai diritti ed alle libertà dell'individuo.

The legislative decree June 21st 2017, n. 108 innovates, albeit with lights and shadows, the traditional approach to the subject of the circulation of proof. On the one hand, the legislator promotes the new probative dimension of mutual recognition, which allows the acquisition of evidence in the European legal space with usability in the jurisdiction other than where the evidence was collected, provides for the rule of the prevalence of lex loci on lex but at the same time authorizes that the relations between these are left to the will of the issuing State; on the other hand, it recognizes the principle of proportion as the element of the legality of the probative proceeding on occasions when the acquisition of the act of investigation or of the evidence manifests itself through intrusive activities in the liberties and procedural rights of the person and aggression. It is not justified by particularly serious facts. In these terms, proportionality is proposed as a whole of the commitment to recognize the probative acts performed according to the different systems and the protection of procedural guarantees: the second ones are affected, the first one fails. Thus the domain of proportion is achieved on mutual recognition, whenever the balancing of values proposed by the instrument of mutual recognition - in this case, by the EIO - is yielding with respect to the rights and freedoms of the individual.

SOMMARIO: 1. L'approccio metodologico. 2. La dimensione probatoria del principio del mutuo riconoscimento. 3. Procedure e garanzie per lo Stato di esecuzione. 3.1. Principio di proporzione e legalità del procedere. 4. Posizioni e situazioni giuridiche soggettive nella procedura attiva: l'andamento pendolare delle garanzie ed il bisogno di un loro perfetto equilibrio. 4.1. I rapporti tra difesa e diritto alla prova: l'art. 31 del decreto tra vizi di legittimità e violazioni di sistema. 4.2. La libera circolazione della prova.

1. L'approccio metodologico

Siamo in pieno "europeismo"; per intendersi: "quello" dell'epoca contemporanea che, da un lato, impone il superamento della convinzione che la legge

processuale sia solo quella scritta nel codice di procedura penale, dall'altro, dimostra che democrazia, legalità e giustizia sono valori che aggregano, non dividono e che la neutralità del giudice (e del giurista), oggi, si misura (deve misurarsi) sulla sua (loro) laicità rispetto ai rapporti tra presupposti, forme, condizioni di efficacia e di effettività di tutela dei diritti fondamentali che si esprimono nel processo¹. “Quello” in cui il momento giurisprudenziale acquista una preziosa potenzialità ordinante, in grado di sottrarre alla instabilità e alla insicurezza rapporti sempre più eterogenei²; (“quello”) che tende a stabilire una interdipendenza su base pretoria – è questo il dialogo tra le Corti – tra livelli nazionali, sovranazionale e internazionali alla ricerca di un nuovo ordine pubblico, fondato sulla tutela dei diritti umani e sul rispetto di principi e di regole comuni sostanziali e procedurali³.

Siamo in pieno “europeismo”; per capire: “quello” recente, in cui il modello unionistico non richiama più l'attenzione sul versante giudiziario o sulle alternative normative nell'ambito della legalità sostanziale, ma si estende – partendo dalla rinnovata sistemazione delle fonti e dei loro rapporti – alle scelte che si compiono nel sistema del processo penale⁴; (in cui) «perde sempre più spazio quella visione potestativa e quello strettissimo vincolo tra potere politico e produzione giuridica, emergendo – al contrario – una visione radicale, cioè valoriale del diritto»⁵; (in cui) il livello sovraordinato europeo incide *tout court* su quello sotto ordinato nazionale, legittimando l'Unione «a compiere scelte di politica criminale destinate a riverberarsi direttamente – tramite le normative di recepimento – sulle nostre regole di procedura penale interne, potendone mutare così la fisionomia»⁶, compreso il sistema delle prove⁷.

¹ La evoluzione della necessaria intessitura del “divenire” del diritto con le relazioni tra storia e politica è compendiata nella recente opera di RICCIO, *Metodi e prospettive della procedura penale*, Napoli, 2017, *Introduzione*, 9 ss.

Sul rapporto tra *storia, politica e Stato*, TROPER, *Per una teoria giuridica dello stato*, Napoli, 1998, *passim*.

² ZACCARIA, *La giurisprudenza come fonte del diritto. Un'evoluzione storica e teorica*, Napoli, 2007, 33 ss.

³ OMAGGIO, *Saggi sullo Stato costituzionale*, Torino, 2015, 77-78.

⁴ Sulle principali tappe del sistema europea dei diritti procedurali, si rinvia a FAGGIANO, *Le direttive sui diritti processuali verso un «modello europeo di giustizia penale»*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2017, n. 1, www.fsjeurostudies.eu.

⁵ GROSSI, *L'invenzione del diritto*, Bari-Roma, 2017, XV.

⁶ KOSTORIS, *Processo penale, diritto europeo e nuovi paradigmi del pluralismo giuridico postmoderno*, in *I nuovi orizzonti della giustizia penale europea*, Milano, 2015, 39.

⁷ Sia pure sostituite dalla direttiva 2014/41/UE del Parlamento e del Consiglio del 3 aprile 2014 relativa all'ordine europeo di indagine penale (in *GUCE*, L. 130 del 1 maggio 2014), in materia di prova l'Unione europea aveva deliberato la decisione quadro 2003/577/GAI del Consiglio, del 22 luglio 2003, relativa all'esecuzione nell'Unione europea dei provvedimenti di blocco dei beni o di sequestro proba-

torio (in *GUCE*, L. 196 del 2 agosto 2003) recepita con d. lgs. 15 febbraio 2016, n. 35 (in *GU*, n. 59 del 11 marzo 2016) e la decisione quadro 2008/978/GAI del Consiglio, del 18 dicembre 2008, relativa al mandato europeo di ricerca delle prove diretto all'acquisizione di oggetti, documenti e dati da utilizzare nei procedimenti penali, (in *GUCE*, L. 350 del 30 dicembre 2008) – mai trasposta nell'ordinamento nazionale ed in ogni caso abrogata, prima della scadenza del termine di trasposizione della direttiva OEI, dal Regolamento 2016/95/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 gennaio 2016 relativo all'abrogazione di alcuni atti nel settore della cooperazione di polizia e della cooperazione giudiziaria in materia penale (in *GUCE*, L. 26/9 del 2 febbraio 2016) –. Prima ancora, con la Convenzione di assistenza giudiziaria in materia penale del 29 maggio 2000 (Atto del Consiglio del 29 maggio 2000 che stabilisce, conformemente all'articolo 34 del Trattato sull'Unione europea, la convenzione relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea, in *GUCE*, C 197/1 del 12 luglio 2000), l'Unione, nell'ambito di una progressiva omogeneizzazione dei sistemi penali nazionali in tema di acquisizione della prova funzionale a completare ed a sostituire il quadro normativo all'epoca formato esclusivamente dagli strumenti convenzionali vigenti sul piano internazionale, aveva previsto uno strumento generale di cooperazione e, al contempo, aveva disciplinato specifiche forme di assistenza giudiziaria penale tra gli Stati membri. AMALFITANO, *Codice di cooperazione giudiziaria penale dell'Unione europea*, Torino, 2017, 132 ss., 414 ss., 533 ss.

Tuttavia, la ratifica e la esecuzione della Convenzione MAP nell'ordinamento italiano intervenute soltanto nel 2017 (con il decreto legislativo n. 52 del 5 aprile 2017, in *GU*, n. 97 del 27 aprile 2017), ne hanno limitato il campo di applicazione temporale e territoriale, dovendosi riconoscere primazia allo strumento, sicuramente più duttile, del reciproco riconoscimento. È quanto accaduto con la decisione quadro 2003/577/GAI e con la direttiva 2014/41/UE. Anzi, nell'ultima, lo stesso legislatore ha normatizzato (art. 34 dir.) il sostanziale superamento delle disposizioni della Convenzione MAP; che resterà operativa nei rapporti tra l'Italia ed i Paesi che non sono membri dell'Unione europea o che non sono parte della decisione e della direttiva.

In tema, tra gli altri, CAMALDO, *L'attuazione della Convenzione di Bruxelles del 2000: l'assistenza giudiziaria in materia penale assume una configurazione a "geografia variabile"*, in *Dir. pen. cont.*, 7-8, 2017, 202 ss.; LA ROCCA, *La legge di ratifica ed esecuzione della Convenzione di assistenza giudiziaria in materia penale tra Stati membri UE*, in *questa Rivista*, 3, 2016, 1 ss.; MONACI, *Emanate le norme di attuazione della Convenzione di assistenza giudiziaria in materia penale del 29 maggio 2000: quali margini operativi in vista dell'(imminente) trasposizione della Direttiva sull'ordine europeo di indagine?*, in *www.rivista.eurojus.it*; MONTALDO, *La scadenza del termine di recepimento della direttiva 2014/41/UE sull'ordine europeo di indagine penale e la sostituzione delle "disposizioni corrispondenti" della convenzione di assistenza giudiziaria fra gli Stati membri del 2000: spunti per la ricostruzione di un quadro normativo complesso*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2017; NOCERA, *Le norme attuative della Convenzione di assistenza giudiziaria in materia penale (Bruxelles, 29 maggio 2000)*, in *www.ilpenalista.it*, 24 maggio 2017; SELVAGGIO, *Un ammodernamento diventato necessario per tutti gli Stati UE*, in *Guida dir.*, 25, 2017, 45 ss.

Per completezza, vanno indicate le altre Decisioni quadro che, in uno con quelle riferite, fondano sul principio del reciproco riconoscimento e della libera circolazione dei mezzi di prova: decisione quadro 2002/465/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa alle squadre investigative comuni (in *GUCE*, L162 del 20 giugno 2002), attuata con d. lgs. 15 febbraio 2016, n. 34 (in *GU*, n. 58 del 10 marzo 2016); decisione quadro 2005/214/GAI del Consiglio, del 24 febbraio 2005, relativa all'applicazione del reciproco riconoscimento alle sanzioni pecuniarie (in *GUCE*, L. 76/16 del 22 marzo 2005, attuata con d. lgs., 15 febbraio 2016, n. 37 (in *GU*, n. 60 del 12 marzo 2016); decisione quadro 2009/829/GAI del Consiglio, del 26 febbraio 2009, relativa al rafforzamento dei diritti processuali delle persone e all'applicazione del reciproco riconoscimento delle decisioni pronunciate in assenza dell'interessato al processo (in *GUCE*, L. 81/24 del 27 marzo 2009), attuata con d. lgs. 15 febbraio 2006, n. 31 (in *GU*, n. 56 dell'8 marzo 2016); decisione quadro 2009/829/GAI del Consiglio, del 23 ottobre 2009, sull'applicazione tra gli Stati membri dell'Unione europea del principio del reciproco riconoscimento

Siamo in pieno *européismo*; per prenderne atto: “quello” contingente, che non solo costruisce il processo come regole ma che misura la democraticità, la legalità e la giustezza del primo (il processo) sulla capacità del legislatore e, soprattutto, del giudice di riconoscere alle seconde (le regole) innovato valore sovranazionale. Ancora. “Quello” che aggiorna le norme processuali allo spirito ed al contenuto dei dettami dei Trattati europei (specificamente, nell’economia del nostro discorso, all’art. 82, paragrafo 2, TFUE), delle Carte e delle Corti europee e dei diritti che queste, rispettivamente, riconoscono e tutelano.

Sicché, è necessario abbandonare l’anacronistico conservatorismo che ancora impera in certa dottrina ed in certa giurisprudenza per rendersi conto delle implicazioni connesse al nuovo dialogo tra ordinamenti e sistema, tra legislatori e giudici; delle problematiche che esso genera sul piano processuale quando propone (*rectius*: impone) il confluire di regole nuove su vecchi schemi; anche in tema di prova (art. 82, paragrafo 2, lett. a), TFUE).

Insomma, per dirla con Chase, il sistema processuale si pone come rappresentazione del dinamismo della natura, come riproposizione, in uno spazio giuridico ordinato, di quel conflitto che rappresenta l’*ethos* del cosmo dal quale scaturisce il divenire⁸.

alle decisioni sulle misure alternative alla detenzione cautelare (in *GUCE*, L. 294/20 dell’11 novembre 2009, attuata con d. lgs. 15 febbraio 2016, n. 36 (in *GU*, n. 39 dell’11 marzo 2016); decisione quadro 2008/947/GAI del Consiglio, del 27 novembre 2008, relativa all’applicazione del principio del reciproco riconoscimento delle sentenze e delle decisioni di sospensione condizionale in vista della sorveglianza delle misure di sospensione condizionale e delle sanzioni sostitutive (in *GUCE*, L. 337 del 16 dicembre 2008), attuata con d. lgs., 15 febbraio 2016, n. 38 (in *GU*, n. 61 del 14 marzo 2016); decisione quadro 2009/948/GAI del Consiglio, del 30 novembre 2009, sulla prevenzione e la risoluzione dei conflitti relativi all’esercizio della giurisdizione nei procedimenti penali (in *GUCE*, L. 328 del 15 dicembre 2009), attuata dal d. lgs., 15 febbraio 2016, n. 29 (in *GU*, n. 55 del 7 marzo 2016); decisione quadro 2008/675/GAI del Consiglio, del 24 luglio 2008, relativa alla considerazione delle decisioni di condanna tra Stati membri dell’Unione europea in occasione di un nuovo procedimento penale (in *GUCE*, L. 220 del 15 agosto 2008), attuata dal d. lgs., 12 maggio 2016, n. 73 (in *GU*, n. 117 del 20 maggio 2016); decisione quadro 2009/315/GAI del Consiglio, del 26 febbraio 2009 relativa all’organizzazione e al contenuto degli scambi fra gli Stati membri di informazioni estratte dal casellario giudiziario (in *GUCE*, L. 93/23 del 7 aprile 2009), attuata dal d. lgs., 12 maggio 2016, n. 74 (in *GU*, n. 117 del 20 maggio 2016); decisione quadro 2009/316/GAI del Consiglio, del 6 aprile 2009 (in *GUCE*, L. 93/33 del 7 aprile 2009) che istituisce il Sistema europeo di informazione sui casellari giudiziari (ECRIS) (in *GUCE*), attuata dal d. lgs. 12 maggio 2016, n. 75 (in *GU*, n. 117 del 20 maggio 2016). AMALFITANO, *Codice di cooperazione giudiziaria penale*, cit., 159 ss.

Per l’approfondimento si rinvia a *Processo penale e regole europee: atti, diritti, soggetti e decisioni*, a cura di Ruggieri, Torino, 2017, *passim*; *Scritti di Cooperazione giudiziaria penale*, a cura di F. Caringella e F. Falato, Roma, 2018, *passim*.

⁸ CHASE, *Gestire i conflitti. Diritto, cultura, rituali*, a cura di M. Ferrarese, Bari, 2009, 49 e 167.

Ebbene, non v'è dubbio che il processo sia (continui ad essere) «giudizio e formazione del giudizio»⁹; allo stesso tempo non può negarsi la necessità di osservarne i *moda* non secondo il modello tradizionale scandito dal segmento normativo degli artt. 190, co. 1, prima parte; 190 co. 2; 493, co. 1; 495 co. 1, c.p.p. e presidiato dagli artt. 431 (511, co. 1) e 514, c.p.p. ma sulla base della immediata attualità istituzionale, politica e storica che rivela il crescente interesse dell'Europa di realizzare un sistema globale di acquisizione delle prove nelle fattispecie transfrontaliere, basato sul principio (relativo, si vedrà) del reciproco riconoscimento per superare i limiti di una disciplina nazionale inefficace e disomogenea.

È quanto il Consiglio dell'Unione europea ha previsto nel programma di Stoccolma del 2009¹⁰ e quanto, insieme al Parlamento, ha realizzato con la creazione dell'ordine europeo di indagine penale¹¹, attuato nel nostro ordinamento con il decreto legislativo 21 giugno 2017, n. 108¹².

Lo stato dell'arte rappresenta l'*humus* che genera la necessità di ragionare sul profondo rinnovamento del modello processuale, nonché sul ribaltamento dei vecchi rapporti condizionati dalla inevitabile influenza dell'apporto della legislazione unionistica sul sistema processuale.

Quando si riflette sul tema specifico della prova¹³, allora bisogna interrogarsi se i mutamenti generati dagli innesti europei abbiano realizzato un cortocircuito tra parità delle parti, funzione giurisdizionale e struttura del processo.

Dunque, c'è da chiarire il nuovo sistema di ricostruzione del fatto introdotto dall'ordine europeo di indagine. C'è da stabilire, soprattutto, la sua legittimazione rispetto ad un modello processuale che pone oneri e riconosce diritti lungo un tracciato che lascia trasparire la necessaria dialetticità nella ricostruzione dell'avvenimento probatorio; che identifica la volontà dell'imputato come paradigma di sistema, attraverso cui restituisce all'accusato parità strategiche quando chiede al giudice l'uso giudiziale degli atti di indagine attraverso la scelta del rito¹⁴ oppure quando consente che le attività procedimentali entrino nel giudizio. C'è da verificare se la dimensione transfrontaliera dei reati che legittima l'OEI, dunque, se la ingerenza delle fattispecie penali nel processo giustifichi la difformità di strade processuali, ovvero, la creazione di un

⁹ Conserva attualità l'opera di SATTA, *Il mistero del processo*, in *Soliloqui e colloqui di un giurista*, Padova, 1964, *passim*.

¹⁰ Adottato dal Consiglio dell'Unione europea il 10-11 dicembre 2009, in www.europeanrights.eu.

¹¹ Direttiva 2014/41/UE, cit., soprattutto *Consideranda* (5), (6), (7).

¹² In *GU*, n. 162 del 13 luglio 2017.

¹³ In generale, da ultimo, FERRUA, *La prova nel processo penale, Struttura e procedimento*, vol. I, Torino, 2017, *passim*.

¹⁴ RICCIO, *Garantismo e dintorni. A proposito della crisi della Giustizia*, Napoli, 2015, 51.

doppio binario probatorio extravagante (se non in contraddizione) rispetto ai paradigmi essenziali del processo penale sul fronte della prova, il quale affida la richiesta e l'istruzione probatoria alle parti in condizione di parità (artt. 190, co. 1, prima parte; 468; 493, co. 1 e 2; 493, co. 3; 431, co. 2, c.p.p.); riconosce al giudice un potere di controllo sull'ammissibilità della prova parametrato sulle situazioni tipizzate negli artt. 468, co. 2, 495 e 190 *bis*, c.p.p.; limita i poteri giudiziali dispositivi (art. 190, co. 2, c.p.p.) e/o suppletivi (art. 507 c.p.p.), rispettivamente, ai casi stabiliti dalla legge e all'assoluta necessità della nuova prova (art. 507 c.p.p.). Un doppio binario che comporta deroghe normative probatorie che non sempre rispondono a logiche e/o a bisogni emergenziali¹⁵, assumendo connotati funzionali alla tenuta dell'art. 82, paragrafo 1, TFUE, vale a dire, del principio del reciproco riconoscimento¹⁶; che stabilisce una identificazione di differenti posizioni e situazioni giuridiche soggettive; che sfrutta la forza della legislazione speciale (tale è il decreto legislativo n. 108/2017), proponendo un itinerario probatorio nelle fattispecie transnazionali che in alcune situazioni si rivela al limite - quando non lo supera - delle garanzie procedurali, stabilendo, in quei casi, una nuova ordinarietà rispetto alla quale la garanzia della equiparazione tra le parti in ordine alla ricostruzione della prova corre il rischio di diventare residuale.

Dunque: qui il problema non riguarda gli interscambi di prove tra procedimenti diversi, risolti, sia pure con riscontrate criticità¹⁷, dall'art. 238 c.p.p. Qui la questione impegna direttamente le disposizioni sulla utilizzabilità degli atti compiuti e delle prove assunte nello Stato di esecuzione (art. 36 d. lgs.) dal momento che toccano il potere potestativo delle parti e del giudice, nonché le regole che lo guidano. I problemi riguardano la ricerca di un punto di riferimento normativo che guidi le modalità del compimento degli atti nel rispetto dei principi fondamentali dello Stato di esecuzione; l'iniziativa e la partecipazione della difesa al compimento dell'atto all'estero; il controllo sui *moda* di acquisizione degli atti irripetibili.

Il metodo è quello della comparazione.

Ebbene, il combinato disposto degli artt. 27, co. 1; 29 co. 1; 31, 36, d. lgs. e quello degli artt. 27, co. 1; 29 co. 2; 36, 5, 7 d.lgs., rispettivamente, investono, da un lato, la parità come regola per lo svolgimento del giudizio che «combi-

¹⁵ Illustrati, sia pure per diversa fenomenologia, da ultimo, da RICCIO, *Ragionando sul doppio binario*, in *questa Rivista*, n. 2, 2017.

¹⁶ Considerato una pietra angolare della cooperazione giudiziaria penale nell'Unione a partire dal Consiglio europeo di Tampere del 15-16 ottobre 1990.

¹⁷ In tema, sono attuali le osservazioni di ORLANDI, *Atti e informazioni della autorità amministrativa nel processo penale. Contributo allo studio delle prove extra costituite*, Milano, 1992, *passim*.

na profili generali del diritto di difesa tecnica (...) con l'ascolto e con il contraddittorio, strumenti di garanzia della dialetticità del processo» e che si manifesta con «lo schema di una contesa tra parti contrapposte operanti sul medesimo piano»¹⁸, dall'altro, la inerzia istituzionale del giudice sul versante probatorio e la tipizzazione delle regole di ammissione della prova che preclude qualsiasi discrezionalità giudiziale. Quindi, il problema investe il *quomodo* della formazione della prova, ossia, la ritualità del procedimento probatorio, le modalità del suo svolgersi e sarebbe potuto risolversi se la direttiva fosse stata emessa stabilendo regole comuni in tema di ammissione della prova, se avesse fondato sulla base giuridica dell'art. 82, paragrafo 2, lett. a), TFUE, piuttosto che solamente sul paragrafo 1 che stabilisce (*rectius*: impone) la regola del reciproco riconoscimento, anche se qui profondamente relativizzata. Si vedrà.

Ebbene, il tema su cui si propone un nuovo approfondimento è quello della compatibilità, all'interno del medesimo procedimento, della diversità di iniziativa e di controllo del mezzo probatorio; che, a sua volta, investe il rapporto tra modello tradizionale e moduli europei di acquisizione della prova e studia le categorie derivate da questi moduli ed il loro modo di innestarsi in quel modello.

Insomma, se il nuovo strumento di cooperazione giudiziaria ha inteso rispondere ai bisogni di efficienza del reciproco riconoscimento di decisioni adottate ai fini dell'acquisizione della prova (si legge nel *Considerandum* 38) fatti propri dal legislatore nazionale che lo ha implementato, bisogna verificare la coerenza, i presupposti e le implicazioni delle scelte legislative effettuate con la cogente (e preesistente) disciplina della ricostruzione del fatto. È necessario stabilire, cioè, se la nuova mentalità richiesta al legislatore dell'epoca contemporanea rimandi a mere manifestazioni di politicità della procedura penale, oppure se dia la stura per rinnovare preesistenti categorie dogmatiche. S'è detto. Il paradigma garantista dell'età contemporanea impone di ragionare sulla profonda trasformazione del sistema e sul rovesciamento dei vecchi rapporti, considerato che le situazioni giuridiche soggettive inevitabilmente risentono dei condizionamenti derivanti dagli apporti della legislazione europea alla cultura processuale penale segnandone la crescita ed una rinnovata coscienza.

Su questo tema - lo anticipiamo - abbiamo l'impressione che il legislatore abbia risposto in maniera scomposta alle istanze dell'"europeismo" (inteso nelle accezioni di cui s'è detto), a volte modificando l'equilibrio dei poteri dei

¹⁸ RICCIO, *La Procedura penale. Tra storia e politica*, Napoli, 2010, 245-246 e 281.

soggetti del e nel processo; altre volte mutando la natura fisiologica dello squilibrio tra la posizione dell'accusa e quella della difesa; altre volte ancora, costruendo un doppio binario probatorio non sempre coerente con il sistema costituzionale di garanzia dei diritti fondamentali né con le regole interne al processo stesso.

2. La dimensione probatoria del principio del mutuo riconoscimento

Il decreto legislativo 21 giugno 2017, n. 108 attua nell'ordinamento interno la direttiva 2014/41/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 3 aprile 2014 relativa all'ordine europeo di indagine penale, nel rispetto dei principi dell'ordinamento costituzionale - dunque: del Preambolo penalistico della Costituzione - 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 - dunque: degli artt. 6 e 47 CDFUE -.

A sua volta, la direttiva, realizzando l'obiettivo manifestato dal Consiglio europeo nel Programma di Stoccolma del 10-11 dicembre 2009 - s'è detto - di «perseguire ulteriormente l'istituzione di un sistema globale di acquisizione probatoria delle prove nelle fattispecie aventi dimensione transfrontaliera, basato sul principio del reciproco riconoscimento» e superando la frammentarietà e la flessibilità del sistema tradizionale di assistenza giudiziaria in materia probatoria, ha creato un unico strumento (art. 34 dir.¹⁹), denominato *Ordine europeo di indagine penale*, emesso «affinché nello Stato che lo esegue (lo "Stato di esecuzione") siano compiuti uno o più atti di indagine specifici ai fini dell'acquisizione di prove», inclusi «l'acquisizione di prove già in possesso dell'autorità di esecuzione»²⁰.

Il *Considerandum* (7) della direttiva si è tradotto nell'art. 1, lett. a), d. lgs. che definisce l'OEI come «il provvedimento emesso dall'autorità giudiziaria o dalla autorità amministrativa e convalidato dall'autorità giudiziaria di uno Stato membro dell'Unione europea, per compiere atti di indagine o di assunzione probatoria che hanno ad oggetto persone o cose che si trovano nel territorio

¹⁹ La direttiva sostituisce le «corrispondenti previsioni» delle seguenti convenzioni applicabili tra gli Stati membri ad essa vincolati (art. 34 dir.): la Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale adottata dal Consiglio d'Europa il 20 aprile 1958, con i relativi protocolli addizionali e con gli accordi bilaterali stipulati ai sensi dell'art. 26 Conv.; la Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schenghen del 14 giugno 1985, ratificata dall'Italia con legge 30 settembre 1993, n. 388 (in *GU*, n. 232 del 2 ottobre 1993) - fatta eccezione per le «osservazioni transfrontaliere di cui alla Convenzione dell'Accordo di Schenghen (*Considerando* 9 dir.) -; la Convenzione MAP; la decisione quadro 2003/577/GAI; la decisione quadro 2008/978/GAI.

²⁰ *Consideranda* nn. 6 e 7.

dello Stato o di un altro Stato membro dell'Unione europea ovvero per acquisire informazioni o prove che già sono state acquisite».

Detto altrimenti: «la direttiva 2014/41/UE offre un quadro generale di riferimento per tutti gli Stati membri dell'Unione Europea e realizza un “sistema globale di acquisizione delle prove nelle fattispecie aventi dimensione transfrontaliera”, tale da sostituire “tutti gli strumenti esistenti nel settore” e da potersi utilizzare per “tutti i tipi di prove”, delineandosi altresì precise e rapide modalità di esecuzione e circoscritti motivi di rifiuto»²¹.

Sicché, l'ordine europeo di indagine penale è uno strumento europeo di raccolta transnazionale delle prove, applicabile a qualsiasi atto di indagine²², tranne alla istituzione di una squadra investigativa comune e all'acquisizione di prove nell'ambito della stessa; costituisce, allo stato dell'arte, lo strumento generale per l'acquisizione e per il trasferimento delle prove negli Stati membri dell'Unione, ovviando al deficit di efficacia delle procedure rogatorie disciplinate dalle Convenzioni indicate nelle lett. *a)*, *b)* e *c)* del paragrafo 1 dell'art. 34 dir. e delle decisioni quadro del 2003 e del 2008²³; sostituisce la

²¹ PICCIRILLO, *Circolare in tema di attuazione della Direttiva 2014/41/UE relativa all'ordine europeo di indagine penale - Manuale operativo*, Roma, 26 ottobre 2017, in *Dir. pen. cont.*, 7 novembre 2017, 7. Dello stesso Autore, *I profili funzionali e strutturali dell'Ordine europeo di indagine penale*, in *L'ordine europeo di indagine penale*, a cura di Bene, Lupária, L. Marafioti, Torino, 2016, 57 ss.

²² Tra gli altri, consente: il sequestro probatorio (art. 26 d. lgs. n. 108/2017), il trasferimento temporaneo di persone detenute (artt. 22-23 dir.; artt. 16-17, 37-38, d. lgs.), l'audizione mediante videoconferenza o altra trasmissione audiovisiva (art. 24 dir.; artt. 18-19, 39, d. lgs.), i controlli dei conti bancari e delle operazioni finanziarie di persone sottoposte ad indagini o imputati (artt. 26-27 dir.; artt. 20, 40, d. lgs.), gli atti di indagine che implicano l'acquisizione di elementi di prova in tempo reale, in modo continuo e per un periodo determinato (art. 28 dir.), le operazioni di infiltrazione (art. 29 dir.; artt. 21, 41, d. lgs.), le intercettazioni di telecomunicazioni (art. 30 dir.; artt. 23, 45, d. lgs.), le misure di protezione delle prove (art. 32 dir.).

²³ La Decisione quadro 2003/577/GAI istituisce il reciproco riconoscimento dei provvedimenti di blocco dei beni o di sequestro probatorio al fine di impedire atti di distruzione, trasformazione, spostamento, trasferimento o alienazione delle prove, ma non disciplina la fase della consegna allo Stato richiedente della preservata fonte di prova, obbligandolo ad intraprendere, dopo aver ottenuto rapidamente il provvedimento di blocco, il farraginoso percorso tradizionale della procedura rogatoria. A loro volta, tanto la Decisione sul sequestro probatorio, quanto quella (ora abrogata) che istituisce il MERP riguarda(va)no soltanto le prove precostituite, ovvero, gli oggetti, i documenti e i dati, salva la possibilità di estendere la seconda (2008/978/GAI) agli oggetti, ai documenti e ai dati scoperti durante l'esecuzione del mandato, nonché alle dichiarazioni delle persone presenti alla perquisizione/sequestro, purché direttamente collegate all'oggetto del mandato (art. 4, paragrafo 5 e 6, dir. MERP).

Ne consegue che i mezzi di indagine e di prova - quali: interrogatori; assunzione di dichiarazioni da soggetti indiziati, testimoni o periti; ispezioni personali; prelievi di materiali biologici o di dati biometrici direttamente dal corpo della persona (DNA, impronte digitali); acquisizioni di informazioni in tempo reale (movimenti bancari, sorveglianza dell'indiziato, intercettazioni di comunicazioni); tabulati telefonici e telematici; operazioni sotto copertura - sono ricompresi nella portata applicativa dell'OEI. GRI-FANTINI, *Una questione aperta: le investigazioni difensive alla luce dell'ordine europeo di indagine penale*, in *Investigazioni e prove transnazionali*, Milano, 2017, 29 ss.

maggior parte delle forme tradizionali di assistenza giudiziaria transfrontaliera²⁴.

Questo, sul fronte delle definizioni.

Sul piano delle regole, invece, il legislatore distingue due procedure: la “Richiesta dall'estero” (artt. 4-26), rispetto alla quale l'Italia assume la veste di Stato della esecuzione; e la “Procedura attiva” (artt. 27-45), in cui essa è lo Stato di emissione. Entrambe ruotano intorno al principio del reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie nella sua *dimensione probatoria*.

Tentiamo una spiegazione.

Il mutuo riconoscimento fondante la direttiva sull'OEI è il prodotto di una progressione di fasi che, se dal punto di vista del contenuto, sembrano averne determinato il definitivo approdo ad una forma di strumento di tutela di situazioni soggettive; sotto il profilo politico segnano il passo coi tempi e rincorrono gli avvenimenti più eclatanti della vita europea, sia di segno positivo che di marca negativa. Si pensi ai nuovi modelli di criminalità ed al numero sempre crescente di procedimenti aventi ad oggetto fattispecie transnazionali.

In questa progressione assumono particolare significato le linee di cambiamento manifestate dall'Unione europea a partire dal Consiglio europeo di Cardiff del 15-16 giugno 1998, attraverso il Consiglio europeo di Vienna dell'11-12 dicembre 1998, fino al Consiglio europeo di Tampere del 1999²⁵ e

²⁴ In generale, sul tema, la letteratura è ampia. Tra gli altri, *L'ordine europeo di indagine penale*, cit.; BELFIORE, *Riflessioni a margine della direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, in *Cass. pen.*, 2015, 3288 ss.; CAIANIELLO, *La nuova direttiva UE sull'ordine europeo di indagine penale tra mutuo riconoscimento e ammissione reciproca delle prove*, in *Proc. pen. e giust.*, 3, 2015; CAMALDO, *La Direttiva sull'ordine europeo di indagine penale (OED): un congegno di acquisizione della prova dotato di molteplici potenzialità, ma di non facile attuazione*, in *Dir. pen. cont.*, 27 maggio 2014; CAMALDO-CERQUA, *La direttiva sull'ordine europeo di indagine penale: le nuove prospettive per la libera circolazione delle prove*, in *Cass. pen.*, 2014, 3511 ss.; DANIELE, *L'ordine europeo di indagine penale entra a regime. Prime riflessioni sul d. lgs. n. 108 del 2017*, in *Dir. pen. cont.*, 7-8, 2017, 208; ID., *Ordine europeo di indagine penale*, in *Aa. Vv.*, *Investigazioni e prove*, cit., 53 ss.; ID., *L'impatto dell'ordine europeo di indagine penale sulle regole probatorie nazionali*, in *Dir. pen. cont.*, 3, 2016, 63 ss.; ID., *La metamorfosi del diritto delle prove nella direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, in *Dir. pen. cont.*, 4, 2015; DEL COCO, *Ordine europeo di indagine e poteri sanzionatori del giudice*, *ivi*, 21 dicembre 2015; GRIFANTINI, *Una questione aperta: le investigazioni difensive alla luce dell'ordine europeo di indagine penale*, in *Aa. Vv.*, *Investigazioni e prove*, cit., 291 ss.; MANFREDINI, *L'acquisizione probatoria in ambito europeo: i rapporti tra l'attività investigativa della Procura europea e l'ordine europeo di indagine penale*, in *Cass. pen.*, 2015, 4211; MARCHETTI, *Prospettive di riforma del Libro XI c.p.p.*, in *Investigazioni e prove*, cit., 31 ss.; MENNA, *Ordine europeo di indagine, politica e giurisdizione*, in *Investigazioni e prove*, cit., 289 ss.; MONTALDO, *A caccia di...prove. L'ordine europeo di indagine penale tra complesse stratificazioni normative e recepimento nell'ordinamento italiano*, in *Giur. pen. Web*, 11, 2017; SIRACUSANO, *Tra semplificazione e ibridismo: insidie e aporie dell'Ordine europeo di indagine penale*, in *Arch. pen.*, n. 2, 2017; VITIELLO, *Il sistema globale di acquisizione delle prove nelle fattispecie aventi dimensione transfrontaliera*, in *Scritti di Cooperazione giudiziaria*, cit., spec. 230-244.

²⁵ Per LATTANZI, *La nuova dimensione della cooperazione giudiziaria*, in *Doc. giust.*, 2000, 1037 ss.

dirette a trasferire il mutuo riconoscimento dall'ambito esclusivamente mercantile²⁶, alla materia della cooperazione nel settore penale. Di recente, inoltre, il principio ha trovato collocazione anche nel codice di rito (Titolo I *bis*) allo «scopo di assicurare unitarietà e coerenza di indirizzo finalizzata all'adeguamento del sistema processuale agli obblighi già assunti»²⁷, affiancandosi al regime dell'assistenza giudiziaria tradizionale²⁸.

Dunque: dalla libera circolazione delle merci, alla libera circolazione delle persone, fino alla libera circolazione delle decisioni penali. Ovvero: libera circolazione delle decisioni definitive; esecuzione delle decisioni intervenute in una fase anteriore alla sentenza, delle sentenze di condanna, delle decisioni intervenute dopo la condanna²⁹.

Nella esecuzione delle decisioni intervenute in una fase anteriore alla decisione si ascrivono le relazioni tra mutuo riconoscimento e prova, sia pure nei limiti della preservazione delle prove e del sequestro probatorio, ovvero delle decisioni ai fini della ricerca delle prove, nonché delle misure probatorie ai fini della confisca o della restituzione alle vittime³⁰. Sicché, quel rapporto, almeno inizialmente, non riguarda il profilo della ammissione e/o dell'acquisizione della prova. Non a caso, la decisione quadro 2003/577/GAI risponde alla necessità dell'immediato riconoscimento reciproco dei provvedimenti intesi ad impedire atti di distruzione, trasformazione, spostamento,

l'abbrivio si rinviene già nel Consiglio di Amsterdam del 1997.

²⁶ A partire da *Il completamento del mercato interno, Libro bianco della Commissione per il Consiglio europeo*, COM (85) 310, Bruxelles 14 giugno 1985, fino alla *Comunicazione interpretativa della Commissione - Agevolare l'accesso di prodotti al mercato di un altro Stato membro: applicazione pratica del mutuo riconoscimento*, 2003/C 265 (02).

²⁷ «L'inclusione di un nucleo di disposizioni generali applicabili al mutuo riconoscimento, in apertura del libro XI, immediatamente dopo la disposizione dell'art. 696 relativa ai profili differenti della cooperazione giudiziaria, svolge una funzione in senso lato pedagogica e ha lo scopo di guidare l'interprete, ma anche il futuro legislatore, tra i criteri ispiratori delle disposizioni del diritto dell'Unione europea già emanate o che verranno emanate». *Relazione illustrativa* dello Schema di decreto legislativo recante disposizioni di modifica del Libro XI del codice di procedura penale in materia di rapporti giurisdizionali con autorità straniere, in *www.documenti.camera.it*. In tema, MARCHETTI, *Le modifiche al Libro XI del c.p.p. in tema di cooperazione giudiziaria internazionale in materia penale*, in *il Quotidiano Giur.*

²⁸ Sicché, le autorità giudiziarie dei Paesi membri dell'Unione europea ricorreranno ai numerosi protocolli e convenzioni fondate sul regime dell'assistenza giudiziaria per tutti i casi, indipendentemente dall'atto di indagine o dal tipo di prova; viceversa faranno riferimento al reciproco riconoscimento solo per le situazioni contemplate da uno degli strumenti europei attualmente adottati.

²⁹ Seguendo il *Programma di misure per l'attuazione del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni penali*, 2001/C12/02, in *GUCE*, C 12/10 del 15 gennaio 2001.

³⁰ *Programma* 2001(C12/02, cit.

trasferimento o alienazione di prove, limitatamente alla fase di blocco o di sequestro³¹.

Il *gap* è risolto dal Programma dell'Aja e dal successivo Piano d'azione che estendono la praticabilità del riferito principio al tema della raccolta e dell'ammissione delle prove; che, con il Trattato di Lisbona, diviene (potenziale) oggetto di norme minime (art. 82, paragrafo 2, lett. a), TFUE).

La nuova prospettiva si rileva prima nella decisione quadro 2008/978/GAI con riguardo al mandato europeo di ricerca della prova³²; successivamente, nella direttiva sull'ordine europeo di indagine penale, la cui impostazione si impone sulle precedenti, superandole.

Ebbene, la nuova dimensione probatoria del mutuo riconoscimento consente «l'acquisizione della prova nello spazio giuridico europeo con utilizzabilità nella giurisdizione diversa da quella dove la prova è stata raccolta: come se essa fosse stata acquisita nello Stato che ha il processo»³³; legittima la regola

³¹ Decisione quadro 2003/577/Gai del Consiglio, del 22 luglio 2003, relativa all'esecuzione nell'Unione europea dei provvedimenti di blocco dei beni o di sequestro probatorio, in *GUCE*, L196 del 2 agosto 2003.

³² Decisione quadro 2008/978/GAI del Consiglio, del 18 dicembre 2008, relativa al mandato europeo di ricerca delle prove diretto all'acquisizione di oggetti, documenti e dati da utilizzare nei procedimenti penali, in *GUCE*, L. 350 del 30 dicembre 2008.

³³ SELVAGGI, *La circolare del ministero della giustizia sul cd. ordine europeo di indagine*, in *Dir. pen. cont.*, 7 novembre 2017.

In tema, tra i molti, *Prova penale e Unione Europea*, a cura di Illuminati, Bologna, 2009; *Investigazioni e prove transnazionali*, cit.; ALLEGREZZA, MONSA, NICOLICCHIA, *L'acquisizione della prova all'estero e i profili transnazionali*, in *Diritto penale delle società. Accertamento delle responsabilità individuali e processo alla persona giuridica*, a cura di Canzio, Cerqua, Lupária, Padova, 2016, 157 ss.; ALLEGREZZA, *Cooperazione giudiziaria, mutuo riconoscimento e circolazione della prova nello spazio giuridico europeo*, in *L'area di libertà, sicurezza e giustizia: alla ricerca di un equilibrio fra priorità repressive ed esigenze di garanzia*, a cura di Rafaraci, Milano, 2007, 691 ss.; BALSAMO, *Verso un modello di prova dichiarativa europea: il nesso tra acquisizione e impiego della prova*, in *I nuovi orizzonti della giustizia penale europea*, Milano, 2015, 227 ss.; BELFIORE, *La prova penale "raccolta" all'estero*, Roma, 2014; CAMPILONGO, *La circolazione della prova nel contesto europeo, tra mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie ed armonizzazione normativa*, in *Cass. pen.*, 2014, 707 ss.; DANIELE, *Ricerca e formazione della prova - Profili generali*, in *Manuale di procedura penale europea*, a cura di Kostoris, Milano, 2017, 405 ss.; DARAIO, *La circolazione della prova nello spazio giuridico europeo*, in *Spazio europeo di giustizia e procedimento penale italiano*, Torino, 2012, 579; GLESS, *Strategie e tecniche per l'armonizzazione della prova*, in *Prova penale e Unione Europea*, a cura di Illuminati, Bologna, 2009, 142 ss.; MARCHETTI, *Oltre le rogatorie: i nuovi strumenti per la circolazione degli atti investigativi e delle prove penali*, in *I nuovi orizzonti della giustizia*, cit., p. 215 ss.; O. Mazza, *Investigazioni prove e cooperazione giudiziaria in scala europea*, in *Processo penale e giustizia europea. Omaggio a Giovanni Conso*, Milano, 2010, 155 ss.; MELILLO, *Il mutuo riconoscimento e la circolazione della prova*, in *Cass. pen.*, 2006, 2265 ss.; SIRACUSANO, *Tra mutuo riconoscimento e armonizzazione preventiva: quali prospettive per la circolazione della prova dichiarativa nell'ambito U.E.?*, in *Arch. pen.*, 1, 2012; UBERTIS, *Considerazioni generali su investigazioni e prove transnazionali*, in *Cass. pen.*, 2017, 49 ss.; ID., *La prova acquisita all'estero e la sua acquisibilità in Italia*, in *Cass. pen.*, 2014, 696.

della prevalenza della *lex loci* sulla *lex fori* - sempre che l'atto o la forma dell'atto non siano contrari ai principi fondamentali dello Stato di esecuzione -; autorizza che relazioni altre tra *lex loci* e *lex fori* siano lasciate alla volontà dello Stato di emissione³⁴.

Quid iuris rispetto alla necessaria, strumentale interdipendenza funzionale tra assunzione della prova e giudizio?

Il fenomeno della circolazione transnazionale della prova, infatti, non investe soltanto il profilo della tutela dei diritti fondamentali procedurali ma ha ricadute rilevanti sulla tenuta della efficacia epistemologica della prova; dunque, sulla legalità della conoscenza giudiziale; dunque, sulla giustizia della decisione. Ciò comporta che i *moda* di formazione della prova, di rinvenimento della fonte di prova, di elaborazione di un elemento di prova si riflettono inevitabilmente, condizionandole, sulla bontà della conoscenza del giudice e della sentenza.

Perciò, su quel fronte deve stabilirsi se il principio del reciproco riconoscimento esteso al sistema probatorio risolve il problema del *quomodo* della prova a fronte della carenza di armonizzazione delle legislazioni processuali degli Stati membri. Vale a dire che bisogna stabilire se qui il reciproco riconoscimento superi i problemi derivanti dalla tipicità del metodo e delle modalità di formazione della prova richiesta su cui fonda il nostro sistema probatorio.

Sul diverso, ma correlato, profilo della struttura, ci si chiede se la nuova dimensione assunta dal mutuo riconoscimento possa legittimare il legislatore ad abdicare alla esigenza fondamentale di un processo democratico, ovvero, alla effettività del contraddittorio in tutti gli atti funzionalmente collegati con la decisione giurisdizionale e, soprattutto, in quelli acquisitivi della prova. Se possa ritenersi ammissibile un trattamento differenziato riservato alla struttura acquisitiva della prova in taluni procedimenti (art. 4 dir.) in ragione del relati-

³⁴ Il valore politico dell'ultimo profilo è tracciato, sia pure per argomento diverso, da RUGGERI, *Le contestazioni nell'esame testimoniale. Un'analisi critica della disciplina italiana in prospettiva interdisciplinare e nell'ottica del diritto comparato*, in *Leg. Pen. Web, Studi*, 9.2.2017, 15 e 16: «non c'è dubbio che il principio del mutuo riconoscimento - in uno spazio comune fondato non tanto sul rispetto quanto sulla costante promozione dei diritti fondamentali - non possa più basarsi sull'indifferenza verso il diritto straniero, che aveva portato, nella prima stagione dell'integrazione europea in materia penale, a considerare direttamente eseguibile il provvedimento emesso dall'autorità estera in forza della più rigorosa logica dell'*order model*, a prescindere dalle forme con cui esso fosse stato emanato. Proprio la delicata materia delle indagini e della prova transnazionale richiede oggi come non mai integrate forme di tutela, che non possono non passare attraverso una considerazione globale degli interessi in gioco, così come diversamente composti dal diritto dei Paesi interessati. Questa necessità è probabilmente destinata a rafforzarsi a seguito dell'emanazione, dopo un lungo periodo di gestazione, della Direttiva sull'*European investigation order*, che fa della combinazione tra forme procedurali nazionali, pur sulla base dell'applicazione della *lex loci*, il metodo privilegiato di assunzione della prova all'estero».

vo ambito oggettivo, che superi la definizione del contraddittorio in termini di parità processuale delle parti, riferita alle prove e fondata sulla normativa costituzionale.

I problemi annunciati trovano diversa modulazione a seconda che l'Italia sia lo Stato di esecuzione o di emissione.

3. Procedure e garanzie per lo Stato di esecuzione.

Nella procedura passiva l'Italia è lo Stato a cui appartiene l'autorità giudiziaria competente a ricevere, a riconoscere ed a dare esecuzione ad un ordine di indagine emesso dall'autorità giudiziaria di uno Stato membro.

La esecuzione della richiesta dall'estero è di appannaggio del procuratore della Repubblica presso il tribunale del capoluogo del distretto nel quale devono essere compiuti gli atti³⁵, che provvede al riconoscimento dell'ordine nei termini e con le modalità indicati dall'art. 4 d. lgs., salvo che l'autorità di emissione chieda che l'atto sia compiuto dal giudice, oppure quando l'intervento giudiziale per quello specifico atto sia previsto dall'ordinamento interno. Nelle due ultime situazioni, la competenza è del giudice per le indagini preliminari che, ricevuta la richiesta, autorizza la esecuzione previo accertamento delle condizioni per il riconoscimento dell'ordine di indagine.

Fatta eccezione della implementazione delle decisioni aventi ad oggetto le operazioni sotto copertura ed i ritardi o le omissioni di atti di arresto o di sequestro che seguono le modalità dettate dalla legge italiana, alla esecuzione dell'atto si procede secondo le forme della *lex fori* purché «non siano contrarie ai principi dell'ordinamento giuridico dello Stato» (art. 4, co. 2, d. lgs.), ovvero, che non contraddicano i valori di uguaglianza, di libertà e di solidarietà integrati nel principio di dignità³⁶. In tal modo, l'art. 4, co. 2, d. lgs., ponen-

³⁵ La scelta del legislatore - che coincide con quella compiuta nell'art. 8 d. lgs. n. 52/2017 di attuazione della Convenzione di assistenza giudiziaria in materia penale del 29 maggio 2000 oggi sostituita, in tema, dalla direttiva OEI (art. 34 dir.)- «risponde alla finalità di velocizzare lo svolgimento delle procedure investendone con immediatezza i soggetti ordinariamente dediti ad attività di indagine, anche sul presupposto che questi meglio possono rilevare connessioni tra le indagini in corso presso le Autorità estere di emissione e quelle in corso (o eventualmente da intraprendere) all'interno. Costoro potranno meglio sfruttare le occasioni di scambio informativo disciplinate dall'art. 9 del d. lgs. n. 52 del 2017 e cogliere l'opportunità di promuovere, traendo spunto dall'OEI ricevuto, la costituzione di squadre investigative comuni (secondo l'espressa previsione dell'art. 8, comma 2 del d. lgs. n. 108 del 2017)»: PICCIRILLO, *Circolare in tema di attuazione della Direttiva 2014/41/UE*, cit., 14. ID., *I profili funzionali e strutturali dell'Ordine europeo*, cit., 57-60.

Cfr. *Considerandum* (8) della direttiva OEI.

Sulla competenza inerente la esecuzione dell'assistenza giudiziaria - o la sua sospensione - in materia rogatoria, cfr. l'art. 724 così come modificato dall'art. 6 d. lgs. 3 ottobre 2017, n. 149 recante *Disposizioni di modifica del Libro XI del codice di procedura penale*.

³⁶ La dignità è principio espresso nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, la quale ha

do questi ultimi quali altrettanti limiti alla primazia della *lex fori*, ribadisce il principio di effettività dei valori costituzionali, laddove la combinazione con gli artt. 5, paragrafo 3, TUE e 9, paragrafo 2, dir. ne ribadisce il carattere della sovraordinarietà.

Sul fronte politico, gli approdi dei legislatori (europeo e nazionale) sono l'esempio del dialogo aperto e cooperativo tra ordinamenti; della convergenza dei valori nazionali con quelli unionistici; della creazione di un circuito plurilivello di norme funzionale alla fissazione di comuni standard di tutela dei diritti fondamentali³⁷. Specificamente, il non aver stabilito ulteriori formalità al riconoscimento dell'ordine d'indagine dimostra la ineludibilità del principio del reciproco riconoscimento come presupposto dell'OEI stesso, ma non solo.

Il controllo è affidato al pubblico ministero.

Quid iuris per delimitarne i confini?

Se il ragionamento è sistematico, ci si rende conto della necessità di trasporre i «principi dell'ordinamento giuridico dello Stato» in altrettante regole procedurali che possano essere soggette a controllo. Senza le seconde, infatti, i primi resterebbero mere enunciazioni. Perciò, bisogna individuare la norma che converga quei valori pregiuridici comuni alla comunità internazionale in regole giuridiche che siano specifiche di ciascuno Stato. Per questo, è necessario individuare un parametro normativo di riferimento che consenta all'autorità giudiziaria di verificare la tenuta del rapporto tra il riconoscimento dei diritti e le regole procedurali funzionali a presidiarli.

mutuato le parole iniziali della Carta costituzionale tedesca: «La dignità umana è inviolabile»; al contrario, essa non trova riconoscimento letterale nella Carta costituzionale italiana. Tuttavia, «la Costituzione italiana mostra la capacità di calare questo grande principio nelle dinamiche reali, di strapparla un po' dal cielo delle astrazioni e di farla diventare qualcosa di conoscibile da tutti (...) Il principio di dignità compare nella nostra Costituzione nell'art. 3». RODOTÀ, *Diritto e giustizia. Interrogliamo la Costituzione*, Napoli, 2016, pp. 22-23.

Sotto altra angolazione, DI MARCO, *Relazione* svolta nel Seminario di studio sul tema *Prescrizione e Sistemi di Civil e di Common law*, Università degli Studi di Napoli, Dipartimento di Giurisprudenza, 4 dicembre 2017, in corso di pubblicazione in *Giust. pen.*, 2018: «(...) l'uomo non è soltanto una libertà che si crea da sé con le leggi ma è quella libertà che deriva dalla sua natura, che va rispettata se si intende realizzare la vera libertà umana (...) i diritti umani da tutelare non sono solo la sintesi delle leggi e delle Carte dei diritti, perché anche senza leggi essi sono legge a sé. Ciò per dire, sul fronte specifico del processo penale, che non è completamente libero, secondo le leggi umane, l'individuo sottoposto a processo e, in questa ottica, deve essere arrecata allo stesso la minore limitazione possibile in termini di libertà e di dignità (anche sotto il profilo temporale) se si vuole applicare davvero e nella sua massima estensione il principio della presunzione di innocenza».

³⁷ In tema di sistema multilivello di fonti che regolano il processo penale, volendo, il nostro *Sistema integrato di fonti e di interpretazioni*, in *Scritti di cooperazione giudiziaria*, cit., 6.

Ebbene, non riteniamo che «i principi dell'ordinamento giuridico dello Stato» richiamati dal co. 2 dell'art. 4 d. lgs. siano quelli contenuti nel Preambolo penalistico della Costituzione e che, di conseguenza, il riferito termine di raffronto possa essere rintracciato nella proiezione processuale del diritto di difesa e del principio di presunzione di cui al secondo comma dell'art. 27 Cost. sui contenuti degli artt. 112 e 24, 2° co., Cost., nonostante pure quelle norme siano espressione dei valori di libertà, di democrazia, di uguaglianza e dignità. La convinzione nasce dal fatto che le disposizioni che li attuano nel processo soddisfano il bisogno *interno* al nostro ordinamento di assicurare una intima connessione tra il momento dell'acquisizione e quello di valutazione della prova stessa; di dimostrare che la prova non è mera tecnica di accertamento del fatto al di fuori del giudizio; che non è da questo svincolata né lo precede soltanto senza concorrere a formarlo.

A ben vedere, l'ambito è extravagante rispetto a quello delineato dalla direttiva, la quale, non avendo stabilito norme minime comuni riferibili al nostro metodo di formazione della prova, lascia ritenere che il sistema probatorio appartenga alla specificità del singolo Stato di emissione; che non sia sindacabile dallo Stato della esecuzione - è questo l'effetto del principio del reciproco riconoscimento -; che il controllo possa (*rectius*: debba) vertere soltanto sulla tutela della persona nella formazione della prova (si manifesta qui la relatività del principio del reciproco riconoscimento), svincolato da valutazioni di merito sui mezzi e sulle modalità dialettiche della ricostruzione probatoria. Insomma, la verifica del *modus procedendi* probatorio è esclusa in quanto essa resta assorbita nel mutuo riconoscimento del risultato della prova acquisita nello Stato di esecuzione.

Così si spiega la scelta del legislatore - comunitario prima (art. 9, paragrafo 2 dir.) e nazionale poi - di riconoscere immediata primazia al metodo probatorio stabilito dalla *lex fori*, temperata dal rispetto dei principi dettati dalla *lex loci*.

Dunque, la ricerca deve orientarsi verso una norma che, sul fronte politico, rimedi all'eccessivo margine di discrezionalità lasciato all'autorità di esecuzione in punto di proporzionalità (e di necessità)³⁸, nonostante i potenziali pericoli sul fronte della tutela dei diritti fondamentali; mentre sul fronte sistemico, individui i dati ontologici dei *moda* di ammissione/acquisizione della prova su

³⁸ Sul punto il legislatore nazionale ripete il *gap* mostrato nella direttiva, a ragione considerato dalla dottrina come una delle principali criticità della direttiva. Così, LUPÁRIA, *Note conclusive nell'orizzonte di attuazione dell'Ordine europeo di indagine*, in *L'ordine europeo*, cit., 250.

cui costruire il controllo del pubblico ministero come elemento qualificativo della esecuzione dell'ordine d'indagine.

Ebbene, riteniamo che quella norma sia l'art. 188 c.p.p. che, vietando l'ingresso nel processo di prove ottenute con metodiche tali da vanificare l'attitudine della persona all'autodeterminazione, garantisce il rispetto della dignità della persona³⁹, ben può essere individuata quale punto di riferimento della libera circolazione della prova, sia quando è chiamata a soddisfare i bisogni dettati dal co. 2 dell'art. 4 d. lgs., sia quando risponde a quelli generali del paragrafo 2 dell'art. 9 della direttiva.

La soluzione è sostenibile anche alla luce della giurisprudenza costituzionale che non ha concepito l'art. 188 c.p.p. come mero riferimento preclusivo dell'adozione di uno strumento probatorio piuttosto che di un altro, quanto come «una diretta applicazione dell'articolo 2 della Costituzione», dunque, come una norma tesa a tutelare il livello più alto della dignità umana»; di modo che esso, «stabilendo che il singolo che entra in contatto con l'autorità giudiziaria debba essere nel pieno della propria libertà morale e delle proprie capacità di autodeterminazione», preclude «una *metodologia*, al di là dei risultati conseguiti, seguendo regole che prima ancora di essere codificate rappresentano l'espressione di principi fondamentali di civiltà giuridica»⁴⁰.

Tornando alla procedura.

La persona sottoposta alle indagini ed il suo difensore possono proporre opposizione contro il decreto di riconoscimento dell'OEI che, tuttavia, non ne sospende la esecuzione. Competente a decidere è il giudice per le indagini preliminari, sentito il procuratore della Repubblica.

Il combinato disposto degli artt. 1; 9, co. 3; 10; 7, d. lgs. tipizza i motivi di rifiuto e di restituzione dell'ordine di indagine⁴¹; quelli contemplati specificamente dall'art. 10 si conformano ai motivi di non riconoscimento o di non esecuzione previsti dall'art. 11 della direttiva, fatta eccezione delle cause *sub* lett. *a)* seconda parte, lett. *e)* e lett. *h)* che dovranno essere trattate

³⁹ Per DOMINIONI, *Considerazioni introduttive*, in *Investigazioni e prove*, cit., 19, nell'art. 188 c.p.p. «la tutela della persona nella libertà di autodeterminazione e nell'integrità della capacità di ricordare e di valutare i fatti (...) risale a un principio fondamentale: nei rapporti con l'autorità il singolo è portatore della propria dignità personale».

⁴⁰ Corte cost., n. 229 del 1998, in *Giur. cost.*, 1998, 1790.

⁴¹ Sicché, «il requisito connesso al regime linguistico ammesso, non corrispondente a un tipizzato motivo di rifiuto, va interpretato con flessibilità. L'autorità giudiziaria italiana ricevente potrà tanto richiedere all'Autorità emittente di conformare l'atto al regime linguistico accettato dallo Stato, quanto disporre la traduzione laddove l'attività richiesta risulti urgente e/o la traduzione non risulti particolarmente complessa e dispendiosa». PICCIRILLO, *Circolare in tema di attuazione della Direttiva 2014/41/UE*, cit., 18.

dall'autorità italiana di esecuzione secondo il regime generale dell'art. 10, co. 1, lett. *f*, d.lgs.⁴².

Allo stesso tempo, il difetto di proporzione – in argomento si tornerà – non comporta di per sé il rifiuto del riconoscimento o dell'esecuzione: l'autorità giudiziaria italiana comunicherà all'autorità di emissione le ragioni della rilevata sproporzione, concordando mezzi alternativi e meno invasivi comunque idonei al raggiungimento dello scopo. Diversamente, nel caso in cui «il principio di proporzione costituisca il sostrato sostanziale di una formalizzata condizione di ammissibilità dell'atto investigativo o probatorio», «sarà il difetto di detto presupposto a rilevare quale motivo anche sufficiente di rifiuto»⁴³.

L'art. 14 d. lgs., invece, disciplina, tipizzandolo, il diverso caso del rinvio del riconoscimento o dell'esecuzione.

L'autorità giudiziaria esterna può chiedere di partecipare direttamente all'esecuzione dell'ordine di indagine, secondo le forme e le modalità indicate nell'art. 8 d. lgs. La *ratio* della concelebrazione, invece, è stata ravvisata nella necessità di assicurare un risultato utilizzabile nel processo in corso nello Stato di emissione⁴⁴.

L'opzione, pur non mettendo in crisi il fronte sistemico del principio del reciproco riconoscimento, ne rivela la sua relatività su quello politico, confermando i dubbi di quella dottrina che ha ravvisato nella “reciproca fiducia” una «formula vuota, addirittura pernicioso» soprattutto «quando la si vuole fare derivare dal dato che gli Stati sono entrati in regime comunitario e che alcuni di essi presentano tassi di garanzia meno elevati»⁴⁵. Relativizzando il principio, invece, il legislatore ha evitato al pericolo di costruire uno strumento di cooperazione giudiziaria che per perseguire obiettivi di migliore efficienza repressiva lasciava sullo sfondo l'attenzione ai diritti dei singoli; ha risolto il problema «con cui si deve fare i conti nell'allestire i congegni della cooperazione ispirata al “mutuo riconoscimento”», ovvero quello «se gli ordinamenti interni abbiano un minimo (o meglio: sufficiente) comune denominatore di diritti garantiti ai soggetti indagati o imputati»⁴⁶.

Si diceva che, al contrario, non v'è caduta sul fronte sistemico. Non è un caso, infatti, che in tale direzione si sia mosso il legislatore quando, definendo il perimetro del controllo assegnato al giudice dell'opposizione o al giudice

⁴² PICCIRILLO, *Circolare in tema di attuazione della Direttiva 2014/41/UE*, cit., 23.

⁴³ PICCIRILLO, *Circolare in tema di attuazione della Direttiva 2014/41/UE*, cit., 26.

⁴⁴ PICCIRILLO, *Circolare in tema di attuazione della Direttiva 2014/41/UE*, cit., 27.

⁴⁵ DOMINIONI, *Relazione introduttiva*, XXX Convegno nazionale sul tema *Investigazioni e prove transnazionali*, Roma, 20-21 ottobre 2016.

⁴⁶ DOMINIONI, *Considerazioni introduttive*, cit., 18.

competente all'esecuzione, ha escluso le ragioni di merito dell'emissione dell'OEI. Allo stesso modo, nelle situazioni descritte dagli artt. 20, co. 2 e 23, co. 2, lett. e), d. lgs. laddove ha posto la indicazione dei motivi di rilevanza o di necessità dell'atto di indagine in capo all'autorità emittente, mentre il controllo dell'autorità di esecuzione verte unicamente sulla loro materiale inclusione nella richiesta. Coerenti le previsioni degli artt. 696 *quinquies* e 696 *novies* c.p.p.

Ragionando in questi termini, la concelebrazione non è funzionale alla utilizzabilità della prova nel processo pendente nello Stato emittente, dunque, non ricade sulle modalità d'esecuzione dell'atto compiuto o della prova acquisita - che restano assorbiti nel mutuo riconoscimento -, quanto sulla pronta fruibilità della prova nel processo interessato.

Invero, la previsione rende praticabile, immediatamente efficace, la regola di comportamento dettata dal comma 2 dell'art. 12 d. lgs.: la partecipazione diretta dell'autorità giudiziaria emittente all'esecuzione dell'OEI consente la «consegna diretta» - piuttosto che la trasmissione «senza ritardo» - dei verbali degli atti compiuti, dei documenti e delle cose oggetto della richiesta, nonché dei verbali di prova o gli atti acquisiti in altro procedimento.

Sotto il profilo strutturale ed ontologico, infine, l'intervento del legislatore ha portato ad un risultato che manifesta continuità con il codice di rito, nel pieno rispetto della regola (sia pure temperata) della *lex loci*.

Invero, il modulo passivo - non può dirsi allo stesso modo per quello *attivo*, lo anticipiamo - rispetta il ruolo inerte della giurisdizione nella formazione della prova quando attribuisce al giudice poteri di intervento eccezionali, che si giustificano alla luce della prevalenza della *lex loci* - nel caso in cui «l'atto richiesto deve essere compiuto, secondo la legge italiana, dal giudice» (art. 5, co. 1, d.lgs.) - e del condizionamento della *lex fori* - nell'ipotesi in cui «l'autorità di emissione chiede che l'atto sia compiuto dal giudice» -. Allo stesso modo, esso garantisce i diritti della difesa, laddove - a differenza delle procedure rogatorie, nelle quali è la giurisprudenza, non anche il legislatore, a prevedere un sistema di controllo degli atti compiuti in esecuzione di una rogatoria internazionale - riconosce alla persona sottoposta alle indagini e al suo difensore la facoltà di opporsi al decreto di riconoscimento dell'OEI¹⁷ (art. 13 d. lgs.).

¹⁷ Marchetti, *Prospettive di riforma del Libro XI c.p.p.*, cit., 32: «quanto alla possibilità di impugnare i provvedimenti di riconoscimento o di esecuzione - prevista anche dalla direttiva - si è scelto di realizzare siffatta possibilità mediante incidente di esecuzione».

3.1. Principio di proporzione e legalità del procedere

Il legislatore europeo ha previsto la proporzionalità in relazione all'ordine europeo di indagine penale nell'art. 6 dir. e l'ha spiegata nei *Consideranda* (11) e (12) dir., quando ha dettato le regole di comportamento in capo all'autorità giudiziaria di emissione relative all'*an* dell'OEI⁴⁸ e al suo *quomodo*⁴⁹. Il combinato disposto delle riferite disposizioni fa ritenere che il difetto debba essere interpretato come una causa di rifiuto della esecuzione dell'ordine.

Il legislatore italiano ha implementato le disposizioni europee nell'art. 7 d. lgs., costruendola in termini negativi, vale a dire, escludendola se dalla esecuzione dell'ordine «può derivare un sacrificio ai diritti e alle libertà dell'imputato o della persona sottoposta alle indagini o di altre persone coinvolte dal compimento degli atti richiesti, non giustificato dalle esigenze investigative e probatorie, tenuto conto della gravità dei reati per i quali si procede e della pena per essi previsti». Ancora. Con una scelta che si condivide, ha limitato l'indagine sull'*an* dell'OEI alla sola procedura passiva nonostante nella direttiva la proporzione fosse stata prevista quale condizione di emissione e di trasmissione dell'OEI (art. 6 dir.). Infine. Egli ha normatizzato il difetto di proporzionalità quale causa di rifiuto di esecuzione dell'EIO nel combinato disposto degli artt. 9, co. 3; 7; 9, co. 2, d. lgs.

Così determinata, la proporzionalità diventa un elemento della legalità del procedere nelle occasioni in cui il procedere si manifesti con attività intrusive nelle libertà e nei diritti procedurali della persona e l'aggressione non sia giustificata da fatti di particolare gravità⁵⁰.

Il difetto di proporzione può essere rimediato se v'è la volontà della autorità di emissione di conseguire il risultato probatorio con una misura attenuata o

⁴⁸ *Considerandum* (11): «Si dovrebbe optare per un OEI quando l'esecuzione di un atto di indagine appare proporzionata, adeguata e applicabile al caso concreto. L'autorità di emissione dovrebbe pertanto accertare se le prove che si intende acquisire sono necessarie e proporzionate ai fini del procedimento, se l'atto di indagine scelto è necessario e proporzionato per l'acquisizione di tali prove».

⁴⁹ *Considerandum* (12): «quando emette un OEI, l'autorità di emissione dovrebbe prestare particolare attenzione al pieno rispetto dei diritti stabiliti nell'art. 48 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (la Carta). La presunzione di innocenza e i diritti della difesa nei procedimenti penali sono i capisaldi dei diritti fondamentali riconosciuti dalla Carta nel settore della giustizia penale. Ogni limitazione di tali diritti mediante un atto d'indagine richiesto conformemente alla presente direttiva dovrebbe rispettare pienamente i requisiti stabiliti nell'art. 52 della Carta quanto alla necessità, agli obiettivi di interesse generale da perseguire, nonché all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui».

⁵⁰ In senso diverso, SIRACUSANO, *Tra semplificazione e ibridismo*, cit.: «lo *screening* di proporzionalità affidato all'autorità dello Stato di esecuzione assolve, pertanto, a uno scopo evidente: funge da argine a un'eccessiva invadenza della *lex fori*, così da assicurare almeno i tratti salienti della *lex loci* e garantire il rispetto dei connotati essenziali della sovranità dello Stato in cui si trova la prova da raccogliere».

meno invasiva di quella richiesta originariamente (combinato disposto degli artt. 7 e 9, co. 3, d. lgs.).

Specificamente, l'opzione legislativa di costruire i confini applicativi dell'ordine precludendone la esecuzione in caso di attività probatorie che incidono particolarmente nell'ambito delle libertà fondamentali del soggetto ed in relazione a fatti di particolare tenuità fonda sulla relazione scopo/mezzo, ovvero sulla appropriatezza del provvedimento richiesto quale risultato dell'adeguatezza e della proporzionalità dello stesso rispetto al raggiungimento dell'obiettivo.

L'approccio adottato - che sembrerebbe far tesoro del dibattito nato in seno alle istituzioni unionistiche sul problema della proporzionalità⁵¹ nella decisione quadro 2002/584/GAI⁵² - mostra di considerare il principio nella previsione e nella concreta applicazione all'interno del (suo) ordinamento giuridico originario; quello tedesco. In particolare, il legislatore recepisce il modello di sindacato "a tre gradini" proposto dalla giurisprudenza tedesca per definire il rapporto tra scopo/mezzo di cui s'è detto⁵³.

In sintesi, l'evoluzione concettuale ed il progressivo raffinamento che esso ha registrato nel corso del tempo; analisi necessarie per comprendere le ragioni della sua riscoperta nell'ambito processuale penale.

Ebbene, il principio di proporzionalità origina dal diritto di polizia prussiano del XIX secolo - le sue radici affondano nella storia del diritto amministrativo tedesco - quale criterio generale di applicazione delle pene e delle misure di polizia, che si traduceva nel divieto per le autorità pubbliche di impiegare

⁵¹ In tema, di recente, la *Relazione* del Parlamento europeo del 28 gennaio 2014 (2013/2109(INL)) recante raccomandazioni alla Commissione sul riesame del mandato d'arresto europeo, in www.europarl.europa.eu Cfr., precedentemente, le *Relazioni* della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio sull'attuazione del mandato d'arresto europeo: COM(2005)0063; COM(2006)0008; COM(2007)0407; COM(2011)0175, in www.ec.europa.eu.

ROMANO, *Principio di proporzionalità e mandato d'arresto europeo: verso un nuovo motivo di rifiuto?*, in *Dir. pen. cont.*, 1, 2013.

Da ultima, la *Comunicazione* della Commissione del 28 settembre 2017 C(2017) 6389 final, recante il *Manuale sull'emissione e l'esecuzione del mandato d'arresto europeo*, in *GUE*, C 335 del 6 ottobre 2017 (che, a sua volta, è una versione rivista del Manuale pubblicato dal Consiglio nel 2008 - 8216/2/08 REV 2 COPEN 70 EJM 26 EUROJUST 31 - e rivisto nel 2010 - 17195/1/10 REV 1 COPEN 275 EJM 72 EUROJUST 139 -), pp. 19 e 50.

⁵² Decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002 relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri, in *GUE*, L 190 del 18 luglio 2002.

⁵³ Tra i tanti, BARAK, *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitation*, Cambridge University Press, 2012, cap. VII; BEATTY, *The Ultimate Rule of Law*, Oxford University Press, 2004, 162; Luther, *Ragionevolezza e Verhältnismäßigkeit nella giurisprudenza costituzionale tedesca*, in *Dir. e soc.*, n. 1-2, 1993, 310 ss.

strumenti limitativi della libertà individuale oltre quanto strettamente necessario alla realizzazione dell'interesse pubblico⁵⁴.

Dunque, originariamente inteso come principio dello stato di polizia, declinato sui modelli statuali di marca autoritaria delle monarchie prussiane dell'800⁵⁵, la proporzionalità esprimeva il controllo della misura dell'azione pubblica da attuarsi attraverso giudizi che prediligevano gli interessi dello Stato a discapito di qualsiasi valutazione del sacrificio dei diritti soggettivi, che, perciò, rimanevano sullo sfondo.

Questo rappresentò il primo stadio del suo processo evolutivo - la cd. giuridificazione - al quale seguì la cd. costituzionalizzazione, che portò dal diritto amministrativo e dal diritto legislativo comune al diritto costituzionale, dunque, da un vincolo proprio soltanto dell'amministrazione ad uno valido anche per il legislatore.

Invero, nella seconda metà del novecento, dopo la tragedia dello stato totalitario, il principio fu costituzionalizzato⁵⁶: un riferimento esplicito è rinvenibile in tre Costituzioni dei *Länder* adottate nella Germania Est dopo la riunificazione tedesca; non anche nella *Grundgesetz*, nella quale, tuttavia, esso è ricavato dall'essenza dei diritti fondamentali che, come espressione della generale pretesa di libertà del cittadino nei confronti dello Stato, possono essere limitati dal pubblico potere solo nella misura in cui l'opzione si imponga come necessaria per la protezione di interessi pubblici⁵⁷.

Sicché, il passaggio allo stato costituzionale mutò la dimensione ontologica e funzionale del principio: la stretta interrelazione con i principi fondamentali dello Stato ne determinò la operatività alla stregua di un canone di bilancia-

⁵⁴ In tema la letteratura è ampia. Tra i molti, CALANIELLO, *Il principio di proporzionalità nel procedimento penale*, in *Dir. Pen. Cont.*, 3-4, 2014, 143 ss.; COGNETTI, *Il principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011; HARBO, *The Function of Proportionality Analysis in European Law*, Leiden, 2015; HEINTZEN, *Il principio di proporzionalità*, Modena, 2015, 11 ss.; SANDULLI, voce *Proporzionalità*, in *Dizionario di Diritto Pubblico*, a cura di S. Cassese, vol. V, 2006, 4643; SCACCIA, *Il controllo di proporzionalità della legge in Germania*, in *Annuario di diritto tedesco*, 2002, 379 ss.

⁵⁵ Che ponevano lo Stato quale «centro motore dell'ordinamento giuridico e ne riconosceva(no) l'autorità logica e ontologica rispetto all'individuo». Così, SCACCIA, *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000, p. 266.

⁵⁶ In tema, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, a cura di Kommers, Durham, 1997, 48 ss.; HEUN, *The Constitution of Germany. A Contextual Analysis*, Oxford, 2011, 42 ss.

⁵⁷ Esemplicativa, al riguardo, è *BVerfGE*, 14 giugno 1965, GVBI. S. 107, secondo cui il principio di proporzionalità «deriva dal principio dello Stato di diritto, in sostanza dalla natura stessa dei diritti fondamentali, i quali - come espressione del generale diritto di libertà del cittadino di fronte allo Stato - possono venire limitati da parte dei pubblici poteri solo nella misura in cui ciò sia necessario per la tutela dell'interesse pubblico».

mento fra diritti costituzionali; sicché non c'era più necessità di distinguere tra la dimensione costituzionale e quella amministrativa del principio, considerato che la seconda era assorbita nella prima

Specificamente, con la trasposizione del criterio di proporzionalità nell'ambito delle valutazioni di legittimità costituzionale, il relativo modulo di giudizio non fu più proteso alla mera considerazione dell'azione statale in termini di idoneità e di necessità, ma si estese al riscontro dell'ammissibilità dell'intervento pubblico restrittivo, da considerarsi ragionevolmente giustificato solo se posto a difesa di un valore di rango costituzionale ed in rapporto di equilibrato bilanciamento con il diritto sacrificato⁵⁸.

Sulla scorta dello schema del giudizio di proporzionalità forgiato dalla giurisprudenza amministrativa⁵⁹, il *Bundesverfassungsgericht*, insieme ai tribunali costituzionali dei *Länder*, sviluppò dei "controlimiti" (*Schrankenschranken*) funzionali a garantire i diritti fondamentali dal rischio di essere vanificate dagli interventi legislativi⁶⁰: il cd. giudizio "a tre gradini", vale a dire, la verifica di idoneità (*Geeignetheit*: il provvedimento doveva essere oggettivamente idoneo a promuovere il raggiungimento dello scopo), il controllo di necessità (*Erforderlichkeit*: il provvedimento doveva mostrarsi necessario per promuovere il raggiungimento dell'obiettivo), il riscontro di adeguatezza, proporzionalità in senso stretto, appropriatezza (*Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne*: il provvedimento non poteva implicare effetti pregiudizievoli che non siano in relazione con lo scopo perseguito⁶¹).

L'evoluzione del principio è proseguita in Germania con i diritti fondamentali di uguaglianza (*Gleichheitsgrundrechten*): con quella formula il Tribunale costituzionale federale ancora si interroga, rispetto ai trattamenti diseguali, se

⁵⁸ SCACCIA, *Il controllo di proporzionalità*, cit., 21.

⁵⁹ A partire da OVG (*Oberverwaltungsgericht prussiano*), 14 giugno 1882, caso *Kreuzberg*, in PrOVGE, 9, 353 ss.

⁶⁰ A partire da BVerfGE, 11 giugno 1958, 7, 377, caso *Apotheken-Urteil*. Successivamente, BVerfGE, 7 aprile 1964, 17, 306, par. 313 ss.; Id., 15 dicembre 1965, 19, 342, par. 348 ss.; Id., 5 marzo 1968, 23, 127, par. 133.

In dottrina, KOMMER, MILLER, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, Duke University Press, 2012, 66 ss.; KUNIG, *Das Verhältnismäßigkeitsprinzip im deutschen öffentlichen Recht*, in *Deutschland und Japan im rechtswissenschaftlichen Dialog*, a cura di Makoto Nagata, Köln, 2006, p. 71.; SCHLINK, *Proportionality (I)*, in *Comparative Constitutional Law*, a cura di Rosenfeld, Sajò, Oxford, 2012, 725 ss.

⁶¹ Questo significava, per la polizia e per le altre branche dell'amministrazione - per dirla con Heme, *Mit Kanonen auf Spatzen schießen*, in DVBI, 2012, 1094 ss. - «Angemessenheit, Verhältnismässigkeit im engeren Sinne, Zumutbarkeit» (per rompere una noce non si può utilizzare una mazza).

essi siano idonei, necessari e proporzionali rispetto allo scopo perseguito dal legislatore⁶².

Ora, poiché lì ogni comportamento umano può essere ascritto, quantomeno, nell'ambito di protezione della libertà generale d'azione (*allgemeine Handlungsfreiheit*) e, dunque, è attratto nella sfera dei diritti della persona, la proporzionalità, sia se la si intenda come «diritto fondamentale alla proporzionalità»⁶³ che come «*culture of justification*»⁶⁴, gode di una tutela completa⁶⁵. Il medesimo processo si ripropone sul piano europeo.

Cent'anni più tardi il test di proporzionalità, invero, è divenuto un modulo argomentativo ricorrente nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea⁶⁶ - oltre che della Corte europea dei diritti dell'uomo e di molte Corti costituzionali -, nonostante le iniziali divergenze di fondo fra i due sistemi - quello tedesco, improntato sulla tutela delle posizioni giuridiche soggettive e, dunque, attento all'intensità con cui la misura adottata abbia inciso nella sfera giuridica del ricorrente; quello comunitario, al contrario, orientato ad un modello di tutela giurisdizionale di tipo oggettivo, incline alla tutela degli interessi concretamente in gioco, piuttosto che a rimediare al sacrificio patito dal singolo - attuatesi in seguito al Trattato di Lisbona, in particolare, per effetto dell'art. 6 TUE, ed al dialogo fra la Corte italiana e le Corti europee in tema di tutela dei diritti fondamentali⁶⁷.

Per il tramite pretorio europeo, il principio è diventato una «proposizione giuridica globalmente accettata»⁶⁸ - è questo lo stadio evolutivo della cd. globalizzazione - per indicare un confine al potere legislativo rispetto alle limitazioni dei diritti individuali⁶⁹.

⁶² BRITZ, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Besteuerung*, in *DVBI*, 2006, 480.

⁶³ KUNIG, *Das Verhältnismäßigkeitsprinzip*, cit., p. 179.

⁶⁴ BARAK, *Proportionality*, in *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, a cura di Rosenfeld e Sajó.

⁶⁵ HEINTZEN, *Il principio di proporzionalità*, cit., 17-18.

⁶⁶ A partire da Corte giust., 29 novembre 1956, C-8/55, fino a Id., 21 settembre 2016, C-221/15.

⁶⁷ Sull'ultimo punto, BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia*, *Relazione* all'incontro di studio fra i Tribunali e le Corti costituzionali di Spagna, Portogallo, Francia e Italia, Siviglia, 26-28 ottobre 2017, in *AIC*, n. 4, 2017.

⁶⁸ HEINTZEN, *Il principio di proporzionalità*, cit., 19.

⁶⁹ La proporzionalità è principio generale dell'ordinamento dell'Unione, i cui fondamenti giuridici sono espressi nell'art. 5, alinea 4, periodo 2 TUE, nel Protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità, nonché dagli artt. 49, paragrafo 3 e 52, paragrafo 1, CDFUE: in forza del principio di proporzionalità, un atto dell'Unione europea che impone obblighi e divieti deve considerarsi legittimo se è idoneo e necessario a garantire ed a rispettare gli obiettivi che l'azione unionistica persegue; sicché, quest'ultima non deve oltrepassare lo stretto necessario per il raggiungimento dell'obiettivo prefissato.

SOTIS, *I principi di necessità e proporzionalità della pena nel diritto dell'Unione europea dopo Lisbo-*

Oggi, la proporzionalità è uno dei concetti centrali del costituzionalismo globale⁷⁰; «una parte essenziale della grammatica di una nuova *lingua franca* che fa dialogare e interagire attori giuridici sostanzialmente in tutto il mondo, agevolando la circolazione globale di modelli giuridici e di standard di argomentazione»⁷¹. Specificamente, nel diritto interno esso guida i bilanciamenti fra la protezione dei diritti fondamentali e le esigenze collegate alla soddisfazione della pretesa punitiva⁷².

Ebbene, seguendo l'impostazione della letteratura tedesca che conserva attualità, la formula proporzionalità significa che le limitazioni alla libertà individuale non debbano mai superare la misura di quanto appaia assolutamente necessario al raggiungimento dell'obiettivo di pubblico interesse perseguito dall'autorità⁷³; e si applica solo ove si constati la presenza di un interesse generale che può essere soddisfatto unicamente attraverso un interesse lesivo nella sfera privata del singolo⁷⁴.

Dunque: la proporzionalità nasce sullo sfondo dei diritti di libertà; fonda sulla razionalità della legge rispetto al suo scopo; stabilisce relazioni tra mezzi e scopi stabiliti dal legislatore; per la sua resistenza all'inquadramento in schemi

na, in *Dir. pen. cont.*, 1, 2012, 111.

La proporzionalità è concetto noto anche al sistema della C.E.D.U. Essa, pur non trovando nella Convenzione un espresso riferimento (il richiamo, infatti, è al concetto di *necessità* quale presupposto e limite alla restrizione delle libertà (cfr. artt. 2, paragrafo 2; 5, paragrafo 1, lett. c); 6, paragrafo 1, ultimo periodo; 8, paragrafo 2; 9, paragrafo 2; 10; 11, paragrafo 2, C.E.D.U.), è creata dalla giurisprudenza come espressione del margine di apprezzamento oltre che quale fondamentale strumento di governo dei diritti e delle libertà previste dalla Convenzione (partire da Corte eur., 23 luglio 1968, *Belgian Linguistic*, fino a Id., 12 luglio 2016, *Vrzić c. Croazia*. Da ultima, Corte eur., GC, 24 gennaio 2017, *Paradiso e Campanelli c. Italia*). In altri termini, quel principio è utilizzato dalla Corte europea per valutare il corretto bilanciamento nel rapporto tra le libertà fondamentali della C.E.D.U. e gli interessi pubblici che i singoli Stati vogliono perseguire. GALETTA, *Il principio di proporzionalità nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo, fra principio di necessità e dottrina del margine di apprezzamento statale: riflessioni generali su contenuti e rilevanza effettiva del principio*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1999, 743 ss.

In generale, CANNIZZARO, *Il principio della proporzionalità nell'ordinamento internazionale*, Milano, 2000 e SCACCIA, *Proporzionalità e bilanciamento tra diritti nella giurisprudenza delle Corti europee*, in *Riv. AIC*, 3, 2017.

⁷⁰ SCACCIA, *Proporzionalità e bilanciamento*, cit.; STONE SWEET, MATTHEWS, *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, 47, 2008, 73 ss.

Precedentemente, ALEINIKOFF, *Constitutional Law in the Age of Balancing*, in *Yale Law Journal*, 96, 1987, 943.

⁷¹ PINO, *Diritti fondamentali e principio di proporzionalità*, in *Ragion partica*, dicembre 2014, 541.

⁷² ORLANDI, *La riforma del processo penale fra correzioni strutturali e tutela "progressiva" dei diritti fondamentali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2014, 1133 ss.

⁷³ FLEINER, *Institutionem des Deutschen Verwaltungsrechts*, Tübingen, 1912.

⁷⁴ VON KRAUSS, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in seiner Bedeutung für die Notwendigkeit des Mittles im Verwaltungsrecht*, Hamburg, 1955.

decisionali di tipo rigidamente deduttivo e, viceversa, per la sua accentuata permeabilità a giudizi di valore, può variare di intensità e di risultati a seconda della materia e della misura ricorrente⁷⁵. Il relativo controllo, affidato alla giurisdizione, va condotto in tutte le situazioni in cui si limiti un diritto. Ancora. La proporzionalità funge per i diritti fondamentali da limite alle scelte del legislatore oltre che da criterio esegetico applicativo per l'autorità giudiziaria quando dispone una restrizione di essi o controlla il relativo provvedimento⁷⁶. Infine. La proporzionalità è elemento strutturale ed al contempo è limite del principio del reciproco riconoscimento: l'essenza, il nucleo valoriale di un diritto fondamentale o di una libertà della persona non ulteriormente comprimibili, sottratti, dunque, ad ulteriori bilanciamenti⁷⁷, segnano il confine oltre il quale le esigenze di giustizia (perseguite dal principio del reciproco riconoscimento) devono recedere. In altri termini, il mutuo riconoscimento orienta l'impegno di ogni Stato membro dell'Unione a cooperare nella repressione dei reati transnazionali nel rispetto, non abdicabile, della salvaguardia dei diritti dei singoli⁷⁸. Dunque, l'obiettivo è la migliore efficienza repressi-

⁷⁵ L'ultima conclusione è supportata da HUSCROFT, MILLER, WEBBER, *Introduction*, in *Proportionality and the Rule of Law. Rights, Justification, Reasoning*, a cura di Huscroft, Miller, Webber, Cambridge University Press, 2014, 4.

È critico MENNA, *Ordine europeo di indagine*, cit., 290, secondo cui la valutazione di proporzionalità «è frutto di un'attività politica mentre solo apparentemente essa sembra di tipo tradizionalmente giurisdizionale», in quanto «nell'ambito del bilanciamento non si opera una perfetta sussunzione di fattispecie concrete in fattispecie astratte che avverrebbe senza superare i confini chiusi delle regole di riferimento. Al contrario, bilanciando si superano rispetto al caso concreto i limiti tipici della fattispecie». Sicché, essendo «l'opera di concretizzazione delle componenti elastiche delle norme ed il connesso bilanciamento valoriale attività creativa rispetto al caso concreto», «siffatta operazione creativa non si sposa con un'attività giurisdizionale di tipo tradizionale e nel nostro sistema interno, infatti, essa arriva a collidere con il metodo dello *ius dicere* fondato sul sistema della separazione dei poteri e con la funzione della giurisdizione che dovrebbe essere meramente cognitiva». Dunque, la circostanza che il controllo di proporzionalità non fondi su regole di risoluzione del caso concreto stabilizzate gerarchicamente è causa della sua illegittimità nell'ordinamento interno.

⁷⁶ UBERTIS, *Equità e proporzionalità versus legalità processuale: eterogenesi dei fini*, in *questa Rivista*.

⁷⁷ Sul nucleo essenziale dei diritti fondamentali a cui corrisponde un'area di intangibilità al diritto stesso, da ultima, Corte cost., n. 85 del 2013, in *Giur. cost.*, 2013, 1424: «la Costituzione italiana, come le altre Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi. (...) Il punto di equilibrio, proprio perché dinamico e non prefissato in anticipo, deve essere valutato – dal legislatore nella statuizione delle norme e dal giudice delle leggi in sede di controllo – secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale».

Allo stesso modo, Corte giust. UE, 13 dicembre 1979, causa 44/79; e Corte EDU., 17 ottobre 1986, *Rees c. United Kingdom*; Id., 18 dicembre 1987, *F. c. Switzerland*.

In dottrina, KUMM, *Who's Afraid of the Total Constitution? Constitutional Rights as Principles and the Constitutionalization of Private Law*, in *German Law Journal*, 7, 4, 2006, 341 ss.; RIVERS, *Proportionality and Variable Intensity of Review*, in *Cambridge Law Journal*, 65, 1, 2006, 174 ss.

⁷⁸ DOMINIONI, *Considerazioni introduttive*, cit., 18.

va; i mezzi per raggiungerlo devono essere rispettosi dei diritti fondamentali dei soggetti coinvolti. Si realizza così la proporzione tra mezzi e scopo, i quali, a loro volta, «vanno dedotti, innanzitutto, dalla legge fondamentale, dove sono precisati i valori che, divenuti principi giuridici, danno vita ai parametri in base ai quali ogni altro diritto dev'essere misurato»⁷⁹.

Ulteriore dato di questa dualità si rivela anche nel profilo politico del riferito principio; che esprime l'orientamento di fondo del legislatore teso ad attuare la preminenza dell'interesse giuridico alla tutela dell'individuo e dei suoi diritti a quello dell'accertamento dei reati sovranazionali sotteso al principio del reciproco riconoscimento, o, quanto meno, a ridurre lo scompensamento che la tutela dell'uno presenta rispetto alla tutela dell'altro. Come dire che la proporzionalità ha il compito di armonizzare i due grandi criteri dell'ordine sociale: la libertà individuale e la sicurezza sociale, l'individuo e lo Stato.

Concentrando l'osservazione sui profili della circolazione della prova, la proporzionalità si propone come insieme dell'impegno a riconoscere gli atti probatori compiuti secondo i diversi sistemi e della tutela delle garanzie procedurali: intaccate le seconde, viene meno il primo. Si realizza così il dominio della proporzione sul reciproco riconoscimento, ogniqualvolta il bilanciamento di valori proposto dallo strumento del mutuo riconoscimento - in questo caso, dall'OEI - è cedevole rispetto ai diritti ed alle libertà dell'individuo.

Anche sotto questo aspetto si manifesta la relatività del principio del reciproco riconoscimento.

Nel linguaggio del legislatore nazionale, la proporzionalità così intesa, prima del decreto legislativo n. 162 del 2017, è stata rapportata alla presunzione di innocenza come regola di trattamento, ovvero, alla materia cautelare (art. 275, co. 2, c.p.p.)⁸⁰; oltre ad essere utilizzata nelle norme che traspongono gli atti comunitari.

⁷⁹ MOCCIA, *Riflessioni intorno al sistema sanzionatorio e propositi di riforma*, in *Leg. pen. Web*, 9 settembre 2016.

⁸⁰ Il principio di proporzionalità, al pari di quello di adeguatezza, opera come parametro di commisurazione delle misure cautelari alle specifiche esigenze ravvisabili nel caso concreto e deve tener conto dell'entità del fatto e della sanzione che deve essere applicata.

Specificamente, le Sezioni Unite hanno specificato che la proporzionalità deve essere garantita tanto al momento della scelta della misura che per tutta la durata della stessa, imponendo una costante verifica della perdurante idoneità della misura applicata a fronteggiare le esigenze che concretamente permangono o residuano secondo il principio della minor compressione della libertà personale della persona. Cass., sez. un., 31 marzo 2011, n. 16085, in *Ann. n. proc. pen.*, 4, 2011, 139.

In dottrina, s'è concluso affermando che su quel terreno, quel principio si esprime riconoscendo «al giudice (e alla difesa) di mettere in discussione (sulla base di circostanze di fatto) un punto importante della decisione cautelare: la scelta della misura più adeguata per fronteggiare la pericolosità dell'indiziato». ORLANDI, *Processo penale e neutralizzazione della pericolosità*, in *Il modello integrato*

Il giudice costituzionale, specificamente nell'area penale, focalizzando l'attenzione sul nucleo di disvalore del reato – ovvero, sulla tipologia di offesa e sullo spessore dell'interesse tutelato; ossia tra disvalore del reato e pena – e, per questo tramite, sulla coerenza sistematica delle cornici edittali, ha riconosciuto il principio di proporzione tra illecito e sanzione, quale ulteriore implicazione della ragionevolezza intrinseca idonea a spostare il sindacato di legittimità sull'equilibrio interno alla fattispecie⁸¹.

Tuttavia, in alcune decisioni è emersa la considerazione che quel principio debba essere «inteso non soltanto quale proporzione tra gravità del fatto e sanzione penale, bensì, anche e soprattutto, quale “criterio generale” di congruenza degli strumenti normativi rispetto alle finalità da perseguire»⁸². Dunque, un principio che si assume valido per l'intero diritto pubblico, secondo il quale la scelta dei mezzi e degli strumenti, da parte dello Stato, per raggiungere i propri fini, «va limitata da considerazioni razionali rispetto ai valori»⁸³.

Nel caso che ci occupa, la proporzionalità è principio che il legislatore impone all'autorità giudiziaria come limite all'acquisizione della prova richiesta con l'OEI (art. 7 d.lgs.); è autonomo profilo di controllo giudiziario nella procedura passiva che pone una regola di prevalenza fondata sulla tecnica del bilanciamento tra mezzo e scopo.

Ora, se la *proporzione* è principio, qual è la regola che lo specifica?

Detto in altri termini: se la proporzionalità è norma di principio; se nella qualità è destinata ad avere un campo di applicazione esteso nell'ambito della tutela dei diritti fondamentali; se essa è logicamente implicata dai principi, e viceversa⁸⁴, qual è la regola che la attua nelle specifiche situazioni che si riferi-

di scienza penale di fronte alle nuove questioni sociali, a cura di Moccia e Cavaliere, Napoli, 2016, 201.

⁸¹ «Il principio di uguaglianza (...) esige che la pena sia proporzionata al disvalore del fatto illecito commesso, in modo che il sistema sanzionatorio adempia, nel contempo, alla funzione di difesa sociale ed a quella di tutela delle posizioni individuali (...). Le valutazioni all'uopo necessarie rientrano nell'ambito del potere discrezionale del legislatore, il cui esercizio può essere censurato (...) soltanto nei casi in cui non sia stato rispettato il limite della ragionevolezza». Corte cost., n. 409 del 1989. Conformi, successivamente, *ex plurimis*, n. 391 e n. 341 del 1994; n. 447 del 1998; n. 287 del 2001; n. 364 del 2004; n. 325 del 2005; n. 22 del 2007; n. 250 del 2010; n. 186 del 2011. Le sentenze sono consultabili sul sito www.giurcost.it.

⁸² Corte cost., n. 487 del 1989, in *Giur. cost.*, 1989, 2267 ss.

⁸³ E che, con peculiare riferimento al campo del diritto penale, equivarrebbe «a negare legittimità alle incriminazioni che, anche se presumibilmente idonee a raggiungere finalità statuali di prevenzione, producono, attraverso la pena, danni all'individuo (ai suoi diritti fondamentali) ed alla società sproporzionatamente maggiori dei vantaggi ottenuti (o da ottenere) da quest'ultima con la tutela dei beni o valori offesi dalle predette incriminazioni». Corte cost., 18 luglio 1989, n. 409, cit.

⁸⁴ Nel senso che la presenza di molteplici principi nel testo della Carta costituzionale o, comunque, nell'orizzonte assiologico dello stato costituzionale rende inevitabile il ricorso a qualche forma di bilanciamento e di limitazione reciproca tra principi e tra diritti. Così, ALEXY, *The Construction of Consti-*

scono alla prova? Quali sono i confini della discrezionalità del giudice in termini di proporzionalità rispetto alla gravosità di una *misura probatoria* di cui si chieda l'esecuzione?

Ritorna l'art. 188 c.p.p. che qui diviene parametro utile a stabilire i termini definitori 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.

Seguendo le direttrici fissate dal combinato disposto degli artt. 9, co. 2; 7, d. lgs., l'ordine non può essere eseguito quando dalla sua esecuzione possa derivare un pregiudizio alla libertà di autodeterminazione del soggetto interessato. In questa direzione, la discrezionalità del pubblico ministero nello stabilire la proporzionalità dell'atto probatorio da acquisire (eseguendo l'OEI) incontra il divieto di cui all'art. 188 c.p.p. Il relativo difetto, infatti, si rivela nel conflitto tra l'interesse processuale alla tutela della persona nell'ammissione/acquisizione della prova e quella alla tutela della prova, che l'ordinamento risolve sacrificando l'ultimo; e si definisce, rimediandone gli effetti preclusivi, solo accordando preferenza ad uno strumento probatorio diverso da quello richiesto, individuato tra quelli contemplati nell'ordinamento, fisiologicamente scevro dall'attitudine alla compressione delle libertà e dei diritti processuali.

Nonostante il co. 2 dell'art. 9 d. lgs. non faccia espresso riferimento alla primazia della *lex loci* nella individuazione del tipo di atto probatorio e delle modalità per compierlo, la regola si ricava dalla lettura combinata del co. 2 con il co. 1 dell'art. 9 d. lgs., laddove il legislatore ha riconosciuto la necessità di sostituire il mezzo richiesto - che non sia previsto dalla legge italiana o che preveda *moda* acquisitivi atri rispetto a quelli interni - con un diverso atto interno altrettanto idoneo a raggiungere lo scopo probatorio di quello esterno.

Entrambe le azioni rispondono ad altrettante regole legali che, a loro volta, soddisfano i bisogni del principio di legalità processuale che presidia (deve presidiare) anche questo segmento procedimentale speciale.

In questo contesto appare evidente che l'esecuzione dell'OEI richieda l'esistenza dei presupposti di proporzionalità (rispetto all'art. 188 c.p.p.) e di legalità (riguardo alla tassatività dei mezzi di prova e di ricerca della prova e alla loro assunzione) dell'atto da eseguire che legittimano la formale (sostan-

tutional Rights, in *Law & Ethics of Human Rights*, 4, 1, 2010, 24; ID., *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, 2012, 133.

zialmente, le forme probatorie finiscono nel coincidere) primazia della *lex fori* sulla *lex loci* (art. 4, co. 2, d. lgs.), della quale rappresentano l'oggetto (art. 4, co. 1, d. lgs.) ed il limite (artt. 7 e 9, co. 1 e 2 d. lgs.).

La filosofia del legislatore nazionale - in uno con quella del legislatore europeo espressa negli artt. 9, paragrafi 1 e 2; 11, paragrafo 1, lett. c), dir. - è chiara ed è espressa dalle norme⁸⁵: la proporzionalità si coniuga alla legalità per legittimare la circolazione sovranazionale della prova e per scongiurare il rischio di illegali limitazioni delle libertà e dei diritti procedurali della persona.

S'è detto della scelta opportuna del legislatore nazionale di inserire il controllo di proporzionalità nella sola procedura di esecuzione dell'ordine europeo di indagine. qui, si chiarisce: la proporzione è sempre condizione di emissione dell'OEI - anche quando non è espressamente formulata dal legislatore - in quanto, senza eccezione, essa costituisce un limite probatorio, laddove l'art. 188 c.p.p., che la esprime, fa derivare la inutilizzabilità delle prove acquisite in violazione di uno dei principi fondamentali garantiti dalla Costituzione e/o dalle Carte dei diritti. Di conseguenza, rimarrebbe privo di effetti un ordine di indagine emesso non osservando un siffatto divieto probatorio, considerato che il giudice giammai potrà avvalersi di un apporto istruttorio fondato su un contegno legislativamente riprovato⁸⁶.

Posizioni e situazioni giuridiche soggettive nella procedura attiva: l'andamento pendolare delle garanzie ed il bisogno di un loro perfetto equilibrio. Conclusioni.

Nella procedura attiva (promossa dall'autorità giudiziaria italiana), competente ad emettere l'ordine di indagine è «il pubblico ministero e il giudice che procede»; dunque: il pubblico ministero o il giudice per le indagini preliminari se l'OEI è emesso nel corso delle indagini preliminari, mentre dopo

⁸⁵ Diversamente, per UBERTIS, *Equità e proporzionalità*, cit. il necessario rispetto della legalità deriva dal fatto che «gli organi giurisdizionali ordinari» non possono trovare nel canone della proporzionalità «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».

⁸⁶ Una *ratio* diversa si rileva dalle *Norme di attuazione della direttiva 2014/41/UE relativa all'ordine europeo di indagine penale* - Atto del Governo n. 405, Art. 1, L. 9 luglio 2015, n. 114, *Dossier*, aprile 2014, p. 20, in *www.senato.it*: «non si è inteso positivizzare con riguardo alle richieste di giudici e pubblici ministeri in fase attiva il principio di proporzione dal momento che l'ordinamento interno disciplina atti di indagine tipici per i quali rispetto al singolo scopo investigativo la proporzione è presunta per legge. L'art. 326 del codice di procedura penale stabilisce, infatti, che il pubblico ministero svolge le indagini "necessarie" per le determinazioni inerenti l'esercizio dell'azione penale; mentre le norme in materia di prove rinviano ai concetti di irrilevanza e superfluità della prova. Vale a dire cioè che il principio di proporzione è immanente al sistema interno relativo ai mezzi di prova e di ricerca della prova, calibrato anche in relazione alla gravità dei reati per cui si procede».

l'esercizio dell'azione penale, il pubblico ministero o il giudice che procede. In ogni caso, quando l'OEI è emesso dal giudice, questi deve procedere sentite le parti.

Sono opportune delle specificazioni sul modo di intendere la regola attributiva della competenza ad emettere l'OEI. Quella che proponiamo non si conforma a quanto chiarito nella *Circolare in tema di attuazione della Direttiva 2014/41/UE relativa all'ordine europeo di indagine penale*⁸⁷ - ovvero, che «competeranno al pubblico ministero gli ordini emessi nel corso delle indagini preliminari (...) sarà invece il giudice ad emettere gli ordini di prova nelle fasi *stricto sensu* processuali delle quali è dominus» - né a quanto confermato nelle *Norme di attuazione della direttiva 2014/41/UE*⁸⁸. E nemmeno sposa gli approdi della dottrina; che individua nel pubblico ministero e nel GIP l'autorità emittente l'ordine, nelle indagini preliminari e nel giudice che procede, dopo l'esercizio dell'azione penale.

Ora, non si ignora la natura, rispettivamente, interpretativa e documentativa delle fonti citate, né che si tratti di documenti privi di efficacia vincolante nei confronti dei destinatari; tuttavia la loro autorevolezza, da un lato, e l'evidente contrasto con l'atto normativo, dall'altro, impongono riflessioni di metodo e di sistema.

Sul metodo.

Non è ammissibile la istituzione di un sistema globale di ricerca e di acquisizione della prova nei procedimenti aventi portata transfrontaliera che non tenga conto delle garanzie apprestate dall'ordinamento interno alle posizioni giuridiche soggettive ed alle relative situazioni.

Specularmente, se fosse corretta la interpretazione offerta, dovrebbe ammettersi - per i procedimenti penali e per quelli applicativi di una misura di prevenzione patrimoniale aventi ad oggetto imputazioni di reati transfrontalieri - una modifica del regime processuale, una deroga normativa della legalità probatoria che esalta il diritto alla prova delle parti come strumento di imparzialità del giudice e convoglia i connotati essenziali del processo (sul fronte probatorio) sui principi e sulle regole degli artt. 112; 24, 2° co.; 111, 1° e 2° co., Cost.; 190, co. 1; 493; 495 co. 2 e 4 *bis*; 190 co. 2; 507, c.p.p. Insomma, si dovrebbe consentire una struttura processuale eccezionale incapace di recepire e di realizzare le garanzie della persona predisposte in Costituzione.

Epperò, su questi fondamenti (soltanto) ermeneutici - perché il legislatore dice altro, si vedrà - appare evidente la dubbia costituzionalità dell'art. 27 d.

⁸⁷ PICCIRILLO, *Circolare in tema di attuazione della Direttiva 2014/41/UE*, cit., 42.

⁸⁸ *Norme di attuazione della direttiva 2014/41/UE*, cit., 48.

lgs. nella misura in cui prevede un sistema alternativo collidente con l'approccio costituzionale alla legalità processuale e con i contenuti della legge processuale rispetto ai diritti individuali procedurali.

Si diceva: "il legislatore dice altro".

Infatti, siamo convinti che quando nell'art. 27 d. lgs. egli delinea il ruolo delle posizioni soggettive del pubblico ministero e del giudice delimitando i confini delle relative situazioni «nell'ambito delle rispettive attribuzioni», riproduce l'itinerario normativo ordinario che fonda sulla distinzione funzionale dei soggetti del processo, sul recupero del giudice alla giurisdizione (non anche a compiti istruttori), sulla diversità (soggettiva) tra iniziativa e controllo del mezzo probatorio.

Perciò riteniamo che l'art. 27 d. lgs. vada interpretato tenendo conto dell'area di disponibilità degli elementi investigativi e della prova, codificata, rispettivamente, nell'art. 326 c.p.p. e nell'art. 190 c.p.p.; nel senso che durante la fase delle indagini preliminari solo il pubblico ministero può emettere un ordine di indagine funzionale alla ricerca delle fonti di prova e/o all'acquisizione di elementi di prova necessari per le determinazioni in ordine all'esercizio dell'azione penale. Non anche il GIP, considerato che l'emissione di un OEI non rientra tra le situazioni giuridiche riconosciutegli, in quanto nel procedimento mancano spazi giudiziali di dispositività, salva l'ipotesi prevista dall'art. 31 d.lgs. - di dubbia costituzionalità, ne spiegheremo le ragioni -, ma questa è situazione differente.

Nell'udienza preliminare l'art. 27 d. lgs. si realizza nel perimetro fissato dall'art. 421-*bis* c.p.p., sul fronte del pubblico ministero ed in direzione del compimento di (soli) atti di indagini suggeriti dal GUP - e dell'art. 422, co. 1, c.p.p., sul fronte del giudice e verso l'assunzione di prove decisive ai fini della sentenza di non luogo a procedere; mentre, nel giudizio, la emissione dell'ordine è praticabile nei limiti dell'art. 190, co. 1, prima parte c.p.p., per il primo e degli artt. 190, co. 2 e 507 c.p.p. per il secondo e solo in funzione di acquisizione probatoria.

Quanto al rispetto delle condizioni dell'ordine europeo, l'art. 27 d. lgs. non riproduce l'art. 6, paragrafo 1, lett. b) della direttiva.

Anche questa scelta appare opportuna⁸⁹ - in uno con quella relativa alla lett. a), sulla quale s'è già detto - dal momento che essa risponde ai bisogni della prova intesa come forma dell'accertamento giudiziale del fatto; e a quelli della

⁸⁹ È di diverso avviso DANIELE, *L'ordine europeo di indagine penale*, cit., 209-210 che considera un aspetto criticabile del decreto legislativo sia pure emendabile in via ermeneutica, la mancata riproduzione della dizione utilizzata nella direttiva in rapporto agli ordini di matrice italiana.

funzione garantistica delle norme sulle prove, di cui la previsione della tipicità dei mezzi di prova e di ricerca della prova rappresenta un corollario.

Detto altrimenti, sarebbe stato superfluo porre il vincolo che «l'OEI può venire disposto solo quando l'atto istruttorio avrebbe potuto essere emesso alle stesse condizioni in un caso interno analogo», considerato che la tipicità probatoria, nella struttura del giudizio a cui quell'atto istruttorio è destinato, è connotato di sistema. Di conseguenza, se la tipicità dei mezzi di prova attira sui *moda* probatori la democraticità della prova stessa, anche quando dovesse essere acquisita in forma atipica, vale a dire, (anche quando dovesse essere) descritta nella dialettica ammissiva prima ancora che in quella acquisitiva; se essa stabilisce una «sinonimia tra fattispecie e comportamento concreto»⁹⁰, allora, qualora la condotta non sia posta in essere secondo la prevista schematizzazione, si produce un vizio strutturale della prova che impedisce al giudice di prenderne conoscenza e di utilizzarla ai fini accertativi⁹¹.

La riprova è nel combinato disposto degli art. 194 ss. e 189 c.p.p. che affida al giudice, sentite le parti, le modalità di acquisizione per la inclusione nel processo di mezzi di prova atipici, in tal modo tipizzandoli.

Di conseguenza, ragionando secondo il combinato disposto degli artt. 189 c.p.p. e 27 d. lgs., mentre è utilizzabile la prova atipica acquisita tramite l'ordine europeo, non può dirsi lo stesso per i mezzi atipici di ricerca della prova che non rientrano nell'art. 189 c.p.p. «non potendosi realizzare nella fase investigativa “accordo” sulle modalità acquisitive né potendo, queste, essere dettate dal giudice»⁹².

Specularmente, la tipicità dei mezzi di ricerca della prova, la loro manifesta invadenza nelle libertà della persona e nei diritti fondamentali dell'individuo, la impossibilità di partecipazione dell'indagato nell'acquisizione dell'elemento di prova rendono censurabile⁹³ il combinato disposto degli artt. 27, 43 (44) d. lgs.; il quale, prevedendo il potere in capo al pubblico ministero di emettere l'ordine europeo per «la necessaria assistenza tecnica all'esecuzione delle operazioni di intercettazione delle conversazioni o comunicazioni (...) quando nel territorio di altro Stato membro si trova il dispositivo o il sistema da con-

⁹⁰ RICCIO, *La Procedura penale*, cit., 57.

⁹¹ La natura della inutilizzabilità come «vizio del comportamento» è rilevata da RICCIO, *Introduzione al Seminario su “Errori e rimedi nel processo penale*, in *Arch. pen.*, n. 2, 2016, 513 ss.

⁹² RICCIO, *La Procedura penale*, cit., 56.

⁹³ Sull'art. 43 d. lgs. è critico DANIELE, *L'ordine europeo di indagine penale*, cit., 210: «gli artt. 43 e 44 indicano unicamente il pubblico ministero quale organo competente all'emissione dell'OEI, trascurando il fatto che l'art. 267 c.p.p. postula, a livello interno, l'autorizzazione del giudice per le indagini preliminari. Né vi è un richiamo alle ulteriori condizioni di ammissibilità delle intercettazioni previste dalla legge italiana»

trollare» pur in assenza dell'autorizzazione del giudice, finisce per legittimare una forma atipica di intercettazione che, per le ragioni dette, non entra nelle tipizzazioni dell'189 c.p.p. ma, ancor di più, si pone in contrasto con la riserva di giurisdizione contenute nell'art. 15 Cost. che, viceversa, nel mezzo di ricerca ordinario è garantita dall'art. 267, comma 1 c.p.p.

Sicché, considerato sotto quest'ultimo profilo, l'art. 43 d. lgs. appare, addirittura, di dubbia legittimità costituzionale, dal momento che nella lett. a) del co. 2 dell'art. 43 d. lgs. richiede «l'indicazione dell'autorità giudiziaria che ha disposto l'intercettazione», piuttosto che «l'indicazione del giudice che ha disposto l'intercettazione», non tenendo conto che, quanto all'organo legittimato a disporla, l'intercettazione si distingue dagli altri mezzi di ricerca di prova, in quanto, l'art. 267 c.p.p. - abbandonato il riferimento alla nozione di «autorità giudiziaria» contenuto nelle disposizioni relative ad ispezioni, perquisizioni e sequestri (artt. 244, comma 2; 247, co. 3 e 253, co. 1 c.p.p.) - attribuisce solamente al GIP il potere di autorizzarla preventivamente o di convalidare successivamente quella disposta dal pubblico ministero che non abbia consentito di attendere l'intervento giurisdizionale⁹⁴.

Ebbene, il diritto di rango costituzionale riconosciuto alla riservatezza della corrispondenza e di altro mezzo comunicativo non legittima la previsione di situazioni normative eccezionali derogatorie rispetto ai canoni costituzionali (di qui, la illegittimità dell'art. 43 d. lgs.) ed alla disciplina che, in virtù dei primi, la legge processuale ha approntato nel campo delle intercettazioni; i quali rappresentano una sorta di percorso obbligato legato al peculiare ruolo assunto dal mezzo di ricerca, ai canoni della sua formazione, alla puntualizzazione del suo oggetto ed ai suoi limiti, alla specificazione delle competenze funzionali, che si risolve nella utilizzabilità nel processo del dato probatorio acquisito.

Stando così le cose, nel caso dell'art. 43 d. lgs. si registra una sfasatura tra la struttura processuale eccezionale e quella ordinamentale costituzionale ed ordinaria che si manifesta, innanzitutto, nella situazione di carenza di legittimazione⁹⁵; la quale, a sua volta, traducendosi nella mancanza di potere da parte del pubblico ministero, nega valore probatorio all'atto compiuto, a causa della sua illiceità, e lo rende inutilizzabile ai fini del giudizio (combinato disposto degli artt. 271, co. 1; 267, co. 1, c.p.p.).

⁹⁴ DOMINIONI, *I mezzi di ricerca della prova*, in *Procedura penale*, Torino, 2017, 339.

⁹⁵ Non anche, ad esempio, nel caso dell'art. 13 del d.l. 13 maggio 1991, n. 152 (così come modificato ed integrato a seguito di successivi interventi legislativi) che pure prevede una disciplina derogatoria rispetto a quanto disposto dall'art. 267 c.p.p., con riferimento alle indagini relativi a delitti di criminalità organizzata

Ciò comporta la impossibilità di superare il vizio di legittimità costituzionale in via ermeneutica, cioè attraverso la interpretazione costituzionalmente orientata: la previsione esplicita contenuta nella lett. *a*) del co. 2 dell'art. 43 d. lgs. (autorità giudiziaria piuttosto che giudice per le indagini preliminari) preclude di affidare alla determinazione dell'interprete la previsione generale contenuta nel comma 1, impedendogli, così, di interpretarla nel senso che «il pubblico ministero emette ordine di indagine, per la necessaria assistenza tecnica all'esecuzione di operazioni di intercettazioni» preventivamente autorizzate dal giudice per le indagini preliminari «quando nel territorio di altro Stato membro si trova il dispositivo o il sistema da controllare»⁹⁶.

Ancora. L'intimo rapporto tra intercettazioni e giudizio - dimostrato dall'art. 36 d. lgs. - rileva i vizi di legittimità costituzionale dell'art. 43 d. lgs. anche rispetto alle situazioni giuridiche soggettive protette negli artt. 24, 2° co. e 111, 2° co., Cost.

Sarebbe stato diverso se il legislatore, sull'esempio del comma 3 dell'art. 78 della legge 17 ottobre 2017, n. 161⁹⁷, pur riconoscendo la competenza del pubblico ministero di disporre una intercettazione all'estero per mezzo dell'ordine d'indagine, avesse limitato la utilizzabilità degli elementi acquisiti esclusivamente per la prosecuzione delle indagini, escludendola, viceversa, nel processo.

Il dubbio, viceversa, non v'è nella parte in cui l'art. 43 d. lgs. attribuisce il potere, in quella forma, al pubblico ministero di emettere l'ordine di indagine «per la necessaria assistenza tecnica per le intercettazioni del flusso di comunicazioni relativo a sistemi informatici o telematici». Invero, in questa situazione, il percorso normativo ripete pedissequamente quello ordinario scandito dagli artt. 266 e 266 *bis* c.p.p.⁹⁸, eliminandosi, in tal modo, il rischio di ille-

⁹⁶ Diversa è la interpretazione di PICCIRILLO, *Circolare in tema di attuazione della Direttiva 2014/41/UE*, cit., 52 secondo il quale «l'art. 43 individua il pubblico ministero, e non il Gip, come autorità emittente l'OEI in questione. L'indicazione è coerente con il fatto che anche per le intercettazioni nazionali l'esecuzione dell'attività autorizzata dal giudice è affidata all'autorità giudiziaria inquirente»; sicché, «l'indicazione dell'autorità giudiziaria che ha disposto l'intercettazione (...) richiama la necessità del previo provvedimento autorizzativo dato dal giudice ai sensi dell'art. 267 c.p.p.». Nello stesso senso, PARODI, *Intercettazioni*, in, *Investigazioni e prove*, cit., 246.

Riteniamo, al contrario, che l'utilizzo del verbo «emettere» riferito al pubblico ministero ed utilizzato dal legislatore nell'art. 43 d. lgs. (da leggersi in combinato disposto con l'art. 2, lett. *b*), d. lgs.) non dia adito a dubbi circa la riferibilità ad un vero e proprio potere dispositivo, riconosciuto a quella parte, rispetto alla *assunzione*, non anche alla mera *esecuzione*, dell'attività captativa che, viceversa, rimane nel dominio dell'autorità giudiziaria dello Stato membro.

⁹⁷ Legge 17 ottobre 2017, n. 161, in *G.U.*, n. 258 del 4 novembre 2017.

⁹⁸ Il richiamo alle operazioni previste dall'art. 266 c.p.p. - non anche a quelle ex art. 266 *bis* c.p.p. - contenuto nel co. 1 dell'art. 267 c.p.p. (da leggersi in combinato disposto con il co. 1 dell'art. 271 c.p.p.) fa presumere che l'autorizzazione del GIP sia il presupposto della utilizzabilità soltanto delle

cite (riguardo al potere del pubblico ministero) ed illegittime (in relazione ai *moda*) extravaganze rispetto alla legittimazione e alla tutela che le posizioni soggettive e le relative situazioni ricevono nel contesto ordinario.

Ora, mentre si rilevano dubbi di costituzionalità nella parte in cui l'art. 43 d. lgs. definisce la scansione di competenza – dunque, sul fronte della riserva di giurisdizione –, non altrettanto può dirsi per quanto concerne la disciplina dei presupposti delle operazioni di intercettazione che si aggiungono – diversamente vi sarebbe anche qui vizio di legittimità costituzionale – a quello logistico previsto dall'ultima parte del comma 1 dell'art. 43 d. lgs.

Invero, sebbene la lettera *e*) del co. 2 dell'art. 43 d. lgs. non faccia espressamente riferimento ai presupposti indicati nell'art. 267, co. 1, c.p.p. – che, a loro volta, traducono in regole il principio della riserva di legge contenuto nel secondo comma dell'art. 15 Cost. – essa può comunque essere interpretata nel senso che tra «i motivi della rilevanza dell'atto» debbano rientrarvi la presenza di gravi indizi di reato e la indispensabilità, ai fini della prosecuzione delle indagini, dello strumento intercettativo «preordinato a esigenze di accertamento che non possano essere soddisfatte facendo ricorso ad altri mezzi investigativi»⁹⁹.

4.1. I rapporti tra difesa e diritto alla prova: l'art. 31 del decreto tra vizi di legittimità e violazioni di sistema.

L'art. 1, paragrafo 3 della direttiva stabilisce che «l'emissione di un OEI può essere richiesta da una persona sottoposta ad indagini o da un imputato, ovvero da un avvocato che agisce per conto di questi ultimi, nel quadro dei diritti della difesa applicabili conformemente al diritto e alla procedura penale nazionale.

Si ritiene¹⁰⁰ che l'art. 31 del decreto «traduce» la disposizione stabilendo che il difensore della persona sottoposta alle indagini, dell'imputato, della persona proposta per l'applicazione di una misura di prevenzione possa chiedere l'emissione di un ordine europeo d'indagine all'autorità interna procedente (pubblico ministero o giudice, secondo la fase). La richiesta dovrà contenere, a pena di inammissibilità, l'indicazione dell'atto che si intende assumere all'estero e dei motivi che ne giustificano l'assunzione. In caso di rigetto, il pubblico ministero provvede con decreto motivato, mentre il giudice decide con ordinanza sentite le parti.

prime, non anche delle seconde.

⁹⁹ In generale sull'art. 267, co. 1, c.p.p., DOMINIONI, *I mezzi di ricerca*, cit., 339.

¹⁰⁰ PICCIRILLO, *Circolare in tema di attuazione della Direttiva 2014/41/UE*, cit., 47.

Siamo di diverso avviso. Nonostante sia innegabile il valore politico della disposizione¹⁰¹, per noi il legislatore non solo non ha tradotto la disposizione europea ma quando ha previsto in capo alla difesa un potere di richiesta, piuttosto che un potere dispositivo rispetto all'OEI, ha disatteso la necessità che la regola interna fosse parametrata nell'ambito «dei diritti della difesa applicabili conformemente al diritto e alla procedura penale nazionale», generando, in tal modo, una norma in parte costituzionalmente illegittima.

Specificamente, se ci si sposta nell'ottica delle posizioni soggettive e della tutela delle relative situazioni, i vizi dell'art. 31 d. lgs. si manifestano nella parte in cui la norma individua nel pubblico ministero – e non soltanto nel giudice – il soggetto destinatario della richiesta della difesa di emissione dell'OEI, in quanto ciò determina una radicale asimmetria di poteri riconosciuti al pubblico ministero e all'imputato rispetto alla emissione dell'ordine europeo che, a sua volta, pregiudica il necessario collegamento tra difesa e diritto delle parti alla prova, in tal modo mettendo in crisi il principio di parità delle armi rispetto all'evento probatorio di cui quel rapporto è connotato strumentale.

Ebbene, se quello squilibrio è naturale effetto del modello accusatorio quando si manifesta rispetto ai poteri investigativi – come dimostra il segmento normativo degli artt. 112 Cost., 326 (405), 514 c.p.p. –; essa si traduce in una violazione della democraticità del processo quando attenta alla parità tra pubblico ministero ed imputato nella ricostruzione dell'avvenimento probatorio. Come accade, appunto, nell'art. 31 del decreto.

Eppure, giova ripeterlo, il richiamo *europeo* ai diritti e alle regole nazionali avrebbe dovuto suggerire al legislatore scelte rispettose dell'area della disponibilità soggettiva della prova codificata nell'art. 190 c.p.p. e dell'operatività del relativo diritto. Invece, la norma riconosce all'imputato il diritto alla prova – e su questo fronte v'è parità – ma, condizionandone l'esercizio alla volontà (sia pure in termini di controllo) del pubblico ministero, ne pregiudica la effettività. Sicché, il vizio cade sui *moda* di manifestazione del riferito diritto, non anche sull'*an*. Come a dire: l'imputato, come il pubblico ministero, ha diritto all'acquisizione della prova attraverso l'OEI, ma lo strumento per realizzarlo (= l'ordine di indagine) è rimesso alla volontà dell'altra parte.

¹⁰¹ «Da sottolineare che l'importanza di tale disciplina risiede in particolare nel fatto di fornire alla difesa la possibilità di accedere ad uno strumento dal quale fino ad ora è stata del tutto esclusa: ci si riferisce ovviamente al corrispondente istituto delle rogatorie, la cui richiesta può certamente venir sollecitata anche dal difensore, ma che, essendo priva di una specifica regolamentazione, resta del tutto affidata alla "buona volontà" dell'autorità giudiziaria procedente»: MARCHETTI, *Prospettive di riforma del Libro XI c.p.p.*, cit., 34.

In tal modo, i protagonisti della vicenda si trovano in un contesto per cui le ragioni dell'accusa hanno una possibilità di esplicazione maggiore di quelle della difesa e questo genera disparità. La disparità, a sua volta, tradisce il valore politico del contraddittorio, dal momento che «le parti, quali destinatarie delle conseguenze giuridiche della decisione, hanno il diritto di essere i protagonisti dell'elaborazione delle sue premesse»¹⁰².

Ora, è vero che il principio di parità tra accusa e difesa non comporta necessariamente l'identità tra i poteri processuali del pubblico ministero e quelli dell'imputato; tuttavia, è altrettanto vero che la disparità di trattamento risulta giustificata, nei limiti della ragionevolezza, soltanto da ragioni collegate alla posizione istituzionale del pubblico ministero, dalle funzioni allo stesso affidate, nonché da esigenze connesse alla corretta amministrazione della giustizia¹⁰³.

Epperò, tali ragioni giustificatrici non possono ritenersi sussistenti in relazione alla radicale preclusione, per l'imputato, di esercitare il proprio diritto alla prova con le stesse modalità di quelle riconosciute al pubblico ministero, atteso che l'introduzione nel processo della prova rappresenta una direttrice¹⁰⁴ con cui si sviluppa la conoscenza giudiziale.

Di modo che, la asimmetria tra posizioni soggettive e situazioni soggettive, producendo un vizio di parità delle armi, genera un dubbio di legittimità costituzionalità dell'art. 31 d. lgs., in relazione agli artt. 24, 2° co., 3 e 111, 2° co.,

¹⁰² DOMINIONI, *Considerazioni introduttive*, cit., 20.

In sintesi: il principio del contraddittorio «corrisponde essenzialmente a un metodo di formazione delle prove e di accertamento della verità: non il giudizio potestativo ma una procedura di indagine fondata sul conflitto, sia pure normativamente disciplinato e ritualizzato, tra parti contrapposte: l'accusa, espressione dell'interesse punitivo dello Stato, e la difesa, espressione dell'interesse dell'imputato a essere scagionato da accuse infondate e a rimanere immune da pene arbitrarie. Questa conflittualità, che è la più essenziale garanzia della presunzione di innocenza dell'imputato, si realizza sulla base di due condizioni: in primo luogo la *distinzione del giudice* dalle parti del conflitto e specificatamente dall'accusa esercitata da un organo diverso (art. 112 Cost.) e la conseguente imparzialità o terzietà o neutralità del giudice rispetto alla materia del contendere (art. 111, 2° comma Cost.); in secondo luogo la perfetta parità di posizione e di potere tra le due parti del contraddittorio e perciò un costante controllo dell'imputato sull'attività dell'accusa, in particolare sui momenti di formazione e di discussione delle prove, quale solo può essere assicurato dalla sua difesa tecnica in ogni stato e grado del giudizio (artt. 24, 2° e 3° comma Cost. e 125 e ss. c.p.p.)»: FERRAJOLI, *Il paradigma garantista. Filosofia e critica del diritto penale*, Napoli, 2014, 134 e 135.

¹⁰³ Corte cost., n. 229 del 2008; n. 26 del 2007; Id., 11 luglio 2007, nn. 324-328; n. 46 del 2004; n. 165 del 2003; n. 347 del 2002; Id., 21 dicembre 2001, n. 421. Le sentenze sono consultabili sul sito www.giurcost.it

¹⁰⁴ Le altre riguardano «I) l'iniziativa nell'instaurazione del processo, cioè la proposizione della domanda ovvero, con terminologia più tecnica, il promovimento dell'azione; II) la presentazione degli enunciati fattuali utili per ottenere l'accoglimento o il rigetto della medesima»: UBERTIS, *Profili di epistemologia giudiziaria*, Milano, 2015, 32.

primo periodo Cost., nella parte in cui prevede che il difensore dell'imputato debba chiedere al pubblico ministero e non solo al giudice l'emissione di un ordine d'indagine funzionale all'ammissione del mezzo di prova. Sulla tenuta della disposizione in relazione al compimento dell'atto d'indagine, si dirà.

Allo stesso tempo, poiché la Corte europea dei diritti dell'uomo ha ricondotto la *parità* nell'alveo della *fairness* processuale, la cui osservanza risulta imprescindibile per poter valutare conforme all'art. 6, paragrafo 1 C.E.D.U. la vicenda deferita al suo vaglio¹⁰⁵, l'art. 31 d. lgs. violerebbe anche l'art. 117, 1° co., Cost. ponendosi in contrasto – non superabile in via ermeneutica – con la riferita disposizione convenzionale, così come interpretato dalla Corte europea.

Viceversa, non rileva che il profilo metodologico del contraddittorio sia salvaguardato, atteso che da tempo la Corte costituzionale ha conferito veste autonoma al canone della parità sulla base dell'art. 3 Cost.¹⁰⁶.

Nessun problema, all'opposto, si registra in ordine al necessario collegamento tra difesa, contraddittorio e prova (in questo senso s'è affermato che il principio del contraddittorio è salvaguardato). Invero, non riteniamo che sussista il rischio che «si cela dietro il forzato riconoscimento reciproco dei criteri che governano l'ammissibilità delle prove», vale a dire, quello «che le Autorità nazionali dovrebbero ammettere qualsiasi prova legalmente acquisita – in forza di un OEI – in base al diritto di un altro Stato, anche qualora risulti in contrasto con i canoni probatori dell'ordinamento del Paese ove l'atto di indagine deve essere riconosciuto»¹⁰⁷, dal momento che esso è scongiurato dalla regola di comportamento dettata in capo alla autorità di esecuzione dal paragrafo 2 dell'art. 9 della direttiva – che prevede la primazia della *lex fori* nel compimento dell'atto di indagine e nell'acquisizione della prova – implementata nell'art. 33, co. 1, d. lgs. (e specularmente nell'art. 4, co. 2, d. lgs.).

La norma, infatti, prevedendo che le autorità concordino «le modalità di compimento dell'atto di indagine o di prova, specificamente indicando i diritti

¹⁰⁵ Da ultime, Corte EDU, 1 luglio 2014, Guadagno e altro c. Italia; Id., 7 giugno 2011, Agrati e altri c. Italia; Id., 29 giugno 2010, Karadağ c. Turchia; ma già, tra le altre, Corte eur., 27 giugno 1968, Neumeister c. Austria; Id., 17 gennaio 1970, Delcourt c. Belgio; Id., 27 ottobre 1993, Dombó Beheer B.V. c. Paesi Bassi; Id., 9 dicembre 2004, Raffinerie greche Staru e Stratis Andreadis c. Grecia.

¹⁰⁶ Corte cost., n. 26 del 2007, cit., n. 110 del 2003, n. 347 del 2002, n. 421 del 2001, cit.

Prima della novella costituzionale del 1999 che ha inserito il principio della parità delle armi dell'art. 111 Cost., la sua affermazione era costante nella giurisprudenza costituzionale. *Ex plurimis*, Corte cost., n. 426 del 1998; n. 324 del 1994; n. 98 del 1994; n. 432 del 1992; n. 305 del 1992; n. 363 del 1991. Le sentenze sono consultabili sul sito www.giurcost.it

¹⁰⁷ Così, LUPÁRIA, *Note conclusive nell'orizzonte d'attuazione dell'Ordine europeo*, cit., 251. Allo stesso modo, MARAFIOTI, *orizzonti investigativi europei, assistenza giudiziaria e mutuo riconoscimento*, in *L'ordine europeo*, cit., 9 ss.

e le facoltà riconosciute dalla legge alle parti e ai loro difensori» e consentendo il coinvolgimento e la possibilità di incidenza, da parte del destinatario della decisione, nei momenti rilevanti della elaborazione del materiale conoscitivo, presidia la legalità del momento dell'acquisizione probatoria che ha, quali cardini essenziali, a monte, la dialettica tra le autorità giudiziaria sui *moda* dell'attività da compiersi e, a valle, la metodologia del contraddittorio.

Non potrebbe essere diversamente: se le prove acquisite con l'OEI sono serventi al giudizio (art. 36 d. lgs.); se le regole di valutazione delle prove sono vincolate al contraddittorio in funzione di metodo di formazione della prova, ebbene, a quella metodologia non possono sfuggire i mezzi di prova acquisiti all'estero.

Diversamente, il vizio di comportamento genererebbe la inutilizzabilità degli stessi, come si evince, tra l'altro, dall'art. 36, co. 1, lett. *b*), d. lgs. che va letto in combinato disposto con l'art. 191 c.p.p. Invero, l'ambito applicativo della reazione dell'ordinamento di fronte ad una acquisizione compiuta in violazione di un divieto (è questa la inutilizzabilità) è quello dell'intero procedimento probatorio, con rilevabilità in relazione ad ogni tipo di rapporto tra acquisizione/modello legale dell'elemento di conoscenza, anche di quello assunto all'estero.

A sua volta, la necessaria, strumentale interdipendenza funzionale tra assunzione della prova e giudizio rivela la esigenza del contraddittorio in termini di parità delle parti in tutti gli atti funzionalmente collegati alla decisione giurisdizionale e, soprattutto, in quelli acquisitivi delle prove. In questa prospettiva, l'art. 33, co. 1, d. lgs. diviene condizione e limite dell'art. 36, co. 1, lett. *b*), d. lgs., ovvero della utilizzabilità degli atti compiuti e delle prove acquisite nel Paese membro.

Non vi sono dubbi sulla legittimità costituzionale dell'art. 31 d. lgs. nella parte in cui subordina la richiesta di emissione di un OEI da parte della difesa all'ordinanza giudiziale di ammissione delle prove richieste.

Invero, anche in questa situazione eccezionale, rispetto al diritto delle parti alla prova, il giudice conserva un mero potere di controllo sul regolare esercizio della funzione probatoria ad opera dell'imputato, il quale ripete le dinamiche procedurale indicate negli artt. 190, co. 1, ultima parte e 495, co. 1, c.p.p. rispetto alla richiesta di ammissione della prova nei procedimenti ordinari *ex* art. 190, co. 1, prima parte, c.p.p. Pertanto, la regola della disponibilità della prova - che è cardine del processo di parte (che non cede neanche di fronte agli artt. 422, 506 e 507 c.p.p., lasciando spazi marginali ad interventi d'ufficio del giudice) - non è in crisi, in quanto è fatta salva la libertà dell'agire

probatorio dell'imputato sia in rapporto all'*an* della prova che al suo *quomodo*.

Si vuole dire che la necessitata mediazione del giudice nel rapporto tra imputato e prova, non allargando l'ambito di discrezionalità giudiziale oltre i confini stabiliti dagli artt. 190, 495, 189 c.p.p. implicitamente richiamati dai commi 1 e 4 dell'art. 31 d. lgs., non si traduce in un limite ai poteri della parte e non attribuisce alla giurisdizione compiti istruttori straordinari rispetto a quelli tipizzati negli artt. 422, 506 e 507 c.p.p.

Non potrebbe essere diversamente se si considera che, intanto può assicurarsi l'effettività del diritto delle parti alla prova se il sistema predispone modelli legali di comportamento ai quali attenersi, che includono l'imposizione, a soggetti diversi dal titolare del diritto stesso, di altrettanti obblighi comportamentali strumentali ad assicurarlo.

L'osservazione introduce il secondo punto delle riflessioni che riguarda la richiesta dell'OEI per il compimento dell'atto d'indagine.

Qui non vi sono dubbi di costituzionalità. S'è detto.

Invero, la possibilità di compiere investigazioni difensive nel Paese membro riconosciuta dal combinato disposto degli artt. 31, co. 1 e 2 lett. a) e b) d. lgs.¹⁰⁸ soddisfa l'esigenza del 3° co. dell'art. 111 Cost.; che, lungi dall'aver costituzionalizzato la parità di armi nelle indagini preliminari¹⁰⁹ o, anche, la vocazione delle investigazioni difensive di alternativa a quelle del pubblico ministero, tutela il rapporto tra indagini difensive e ricostruzione probatoria che, a sua volta, pone la raccolta degli elementi di prova da parte della difesa in proiezione giudiziale e riconosce alla difesa compiti di preparazione della prova, (solo) rispetto alle quali deve essere garantita la parità.

Il riscontro è nella comparazione dei binomi normativi degli artt. 391 *decies*-431; 391 *decies*, co. 4-431, co. 1, lett. c); 391 *octies*, co. 3, ultima parte-433; 391 *decies*, co. 1-500, 512, 513; 433-500, 512, 513, c.p.p.: la ripetizione, per il

¹⁰⁸ Sono di diverso avviso CIMADOMO, *Ordine europeo di indagine penale e garanzie della difesa. Brevi osservazioni a margine della direttiva 2014/41/UE*, in *L'ordine europeo*, cit., 225 e GRIFANTINI, *Una questione aperta*, cit., 293.

¹⁰⁹ Diversamente, la scelta sarebbe stata incoerente con il sistema che attribuisce al pubblico ministero la scelta sull'azione, anche dell'accertamento a favore dell'indagato, onere dell'accusa perché pur essa attività servente all'azione.

In senso contrario, VENTURA, *Le indagini difensive*, Milano, 2005, 71 e, da ultimo, SURACI, *Le indagini difensive*, Torino, 2014, 57.

Di recente, GARUTI, *Proposte per la ricostruzione sistematica del processo accusatorio: la fonte costituzionale*, in *Arch. pen Web*, 3, 2017 evidenzia come il sistema «crei qualche frizione con il dettato costituzionale dell'art. 111 co. 3 Cost., laddove prevede una serie di diritti e garanzie, in favore dell'indagato, fin dalla fase delle indagini preliminari» e «non rappresentando, in concreto, le indagini difensive un modello processuale in grado di far fronte agli squilibri evidenziati».

regime di utilizzazione delle attività compiute dal difensore, di quello concernente gli atti raccolti dal pubblico ministero durante le indagini preliminari dimostra l'attitudine dell'art. 111, 3° co., Cost. a riconoscere la parità soltanto per e nel giudizio; esprime la necessità di una pari potenzialità operativa tra accusa e difesa sul fronte della ricostruzione probatoria; conferma la fisiologica asimmetria tra posizioni nel procedimento dovuta al suo ruolo di fase per l'azione, non anche per il giudizio. Diversamente, si sarebbe legittimato un processo senza difesa o nel quale la difesa sarebbe stata relegata ad un ruolo subordinato.

Ma così non è. Il livello di potere ed il valore degli atti di investigazione del pubblico ministero, che non si traducono in altrettanti poteri ed atti probatori - giova ripeterlo - giustificano una misurata attività difensiva e rendono naturale la disparità di armi nelle indagini preliminari.

Stando così le cose, la circostanza che la persona sottoposta alle indagini debba chiederne l'emissione al pubblico ministero dell'OEI non genera dubbi di costituzionalità proprio perché è salvaguardata la facoltà della difesa di compiere attività proiettate nel giudizio; viceversa, essa evidenzia una discrasia rispetto al sistema ordinario dei rapporti tra indagini dell'accusa ed indagini della difesa, tra i poteri in capo al difensore e quelli del pubblico ministero.

Specificamente. Se è vero che l'art. 31 d. lgs. non mette in discussione il diritto del difensore di svolgere attività investigativa nello Stato membro attraverso lo strumento dell'OEI (si evince dal combinato disposto degli artt. 31, co. 1 e 1, lett. a), d. lgs.), in tal modo salvaguardando una facoltà funzionale all'esercizio del diritto di difesa; se, in combinato disposto con gli artt. 391 *bis*, co. 6; 391 *octies*; 391 *decies* (431 c.p.p.-36 d. lgs., 500, 512, 513), c.p.p., risolve il problema della utilizzabilità degli atti difensivi compiuti, superando, in tal modo, le preclusioni rilevate dalla giurisprudenza della cassazione, è altrettanto innegabile il contrasto della riferita disposizione con gli artt. 327 *bis* e 391 *octies*, co. 1-3, c.p.p. che, viceversa, costruiscono quella facoltà in termini autonomi, scevra da qualsiasi condizionamento ad opera del pubblico ministero.

Non è un caso, infatti, che il legislatore abbia previsto il fascicolo del difensore (eventualmente) formato e conservato presso l'ufficio del giudice per le indagini preliminari; e neppure che la conoscenza e l'utilizzo della relativa documentazione siano rimesse alla esclusiva volontà del difensore (art. 391 *octies*, commi 1, 2, 4, c.p.p.). Rispetto a queste situazioni, il pubblico ministero ha solo la facoltà di prendere visione e di estrarre copia degli atti (art. 391 *octies*, comma 3, prima parte c.p.p.), a meno che il difensore non abbia voluto presentargli gli elementi di prova a favore del proprio assistito.

Questo circuito, rappresentato in Costituzione dagli artt. 112 e 24, 2° co. - concretizzato dal legislatore ordinario nelle regole attributive di potere di cui agli artt. 327 e 327 *bis*, c.p.p. - esaltando la funzione del GIP quale unico arbitro del riconoscimento, in chiave di controllo, della fondatezza della pretesa punitiva dello Stato nella fase incidentale e/o predibattimentale, esclude il pubblico ministero dal ruolo di destinatario delle conoscenze difensive, rispetto alle quali l'unico atteggiamento ammesso è l'inerzia.

Sicché, la circolarità tra posizioni e situazioni soggettive, tra poteri e *rationes* avrebbe consigliato al legislatore di percorrere itinerari modulati sull'art. 27 d. lgs., di prevedere in capo al difensore un potere autonomo di trasmissione dell'OEI all'autorità giudiziaria del Paese membro per l'esecuzione dell'atto d'indagine, del tutto analogo a quello riconosciuto al pubblico ministero, con l'unico limite della tassatività delle forme e delle finalità stabilite nel titolo VI *bis* del Libro V del codice, come già previsto nell'ultima parte del comma 1 dell'art. 327 *bis* c.p.p. La preclusione della *atipicità*, a sua volta, avrebbe soddisfatto le esigenze manifestate dal legislatore europeo nella lett. *b*) del paragrafo 1 dell'art. 6 della direttiva.

4.2 La libera circolazione della prova.

La direttiva 2014/41 UE non contiene una disciplina generale della *mutual admissibility of evidence*. Al contrario, il legislatore interno, nel comma 1 dell'art. 36 del decreto stabilisce l'inclusione nel fascicolo per il dibattimento dei «documenti acquisiti all'estero mediante ordine di indagine e i verbali degli atti non ripetibili assunti con le stesse modalità» e dei verbali degli atti di natura non documentale né irripetibile assunti all'estero a seguito di ordine d'indagine, ai quali i difensori siano stati messi in condizione di assistere esercitando le facoltà loro consentite dalla legge italiana. Nel comma 2, invece, si fa riferimento ai verbali di dichiarazioni rese all'estero sulla base di un ordine emesso nella fase delle indagini preliminari ed in ambiti diversi dall'incidente probatorio.

Dei primi, il giudice dispone la lettura ai sensi del combinato disposto degli artt. 36, co. 1 d. lgs.; 431, co. 1, lett. *d*) ed *f*); 511, co. 1, c.p.p.; dei secondi, ai sensi del combinato disposto degli artt. 36, co. 2, d. lgs.; 512 *bis* c.p.p.

L'avvio del discorso si attesta sulla constatazione secondo cui la dottrina inquadra le «cosiddetta libera circolazione della prova» nell'alveo degli «artt. 431 comma 1 lett. *d* e 512-bis c.p.p.» attribuendogli l'effetto di rendere inattuabile una «logica di sistema aperta a legittimare la ricezione di una normativa indiscriminata di utilizzabilità di materiali probatori formati in altro Stato membro». Anzi, si dice, «si tratta di disposizioni che segnano, se già non intaccano,

i limiti estremi di tenuta del sistema, tollerabili, nella loro aspra eccezionalità, solo se non suscettibili di proliferazione, anzi da contenere con una ermeneutica che ne stemperi eccessive quanto incontrollabili esplicazioni»¹¹⁰.

Non v'è dubbio che sia (debba essere) così; che la discrezionalità del legislatore nel costruire itinerari legittimanti situazioni in cui si realizza il principio di non dispersione, ovvero, fattispecie che determinano il cedimento del contraddittorio (come metodo), debba essere guidata dalla predisposizione della tassativa tipicità delle situazioni che ne legittimano il recupero¹¹¹.

È altrettanto innegabile che questo sia stato l'approccio del nuovo legislatore. La conferma deriva dalle riferite linee normative, le quali dimostrano che non vi è difformità di itinerari acquisitivi rispetto a quelli interni; che non v'è crisi del rapporto tra contraddittorio, oralità e non dispersione¹¹². Infatti, anche qui il «doppio binario gnoseologico»¹¹³ è legittimato dalla presenza di eventi eccezionali, tipici e tassativi.

Dunque, pure per quelle vie, la tipizzazione delle situazioni che legittimano il recupero probatorio di atti di indagine, ossia, di elementi formati in modo diverso da quello che caratterizza il processo orale ed in fase ed in luogo diversi da quelli naturalmente destinati all'accertamento del fatto e della responsabilità mette al riparo da altrettante situazioni di aggiramento della prova ed esclude qualsiasi dubbio di legittimità costituzionale dell'art. 36 d. lgs. in riferimento al 5° co. dell'art. 111 Cost.

Anzi, la lettura costituzionalmente orientata della disposizione legislativa evidenzia la eccezionalità delle forme derogatorie della metodologia del contraddittorio, che ripete le premesse ontologiche su cui è costruita la tassatività delle situazioni richiamata nell'art. 111, 5° co., Cost. e che, per questo, lasciando inalterato il rapporto tra azione e giudizio, conserva le relazioni tra prove e situazioni soggettive, contraddittorio e difesa, tecniche di acquisizione della prova, forme di non dispersione e garanzie individuali.

Insomma, la libera circolazione della prova (*rectius*: degli atti di indagini) è guidata dalla tassatività e dalla tipicità delle situazioni, rese più stringenti da una giurisprudenza di legittimità chiarificatrice e, soprattutto, poco permissiva.

¹¹⁰ Letteralmente, DOMINIONI, *Considerazioni introduttive*, cit., pp. 18-19.

E'critico anche DANIELE, *L'impatto dell'ordine europeo*, cit., p. 74.

¹¹¹ In generale, da ultimi, AA. VV., *Le erosioni del contraddittorio*, a cura di Negri e Orlandi, Torino, 2017.

¹¹² In tema, GRIFFO, *La "non dispersione" e processo penale*, Napoli, 2011; RICCIO, *Le letture dibattimentali tra immediatezza e "non dispersione"*, in *Giust. pen.*, 2012, 186 ss.

¹¹³ L'espressione è di RICCIO, *Metodi e prospettive della Procedura penale*, Napoli, 2017, 167.

Ebbene, il comma 1 dell'art. 36 d. lg. - come l'art. 431 c.p.p. che non a caso richiama - crea una sorta di sbarramento alla circolazione degli atti di indagine compiuti all'estero, stabilendo un nesso tra natura dell'atto ed utilizzabilità, nel senso che solo i documenti e gli atti irripetibili assunti con l'OEI sono direttamente validi ai fini del giudizio. Gli atti altri - ai quali il persistente rapporto tra procedimento e dibattimento toglie valore probatorio - possono acquistarlo soltanto se l'autorità italiana procedente abbia esercitato la facoltà riconosciutale dall'art. 29 d. lgs. di partecipare all'esecuzione dell'ordine di indagine, oppure, ai sensi dell'art. 33 del decreto, abbia concordato con l'autorità di esecuzione le modalità di compimento dell'atto, facendo salva la legalità probatoria.

Il comma 2 della disposizione, a sua volta, stabilisce le condizioni di utilizzabilità delle dichiarazioni rese all'estero sulla base di un OEI emesso nella fase delle indagini preliminari ed in ambiti diversi dall'incidente probatorio¹¹⁴ richiamando le regole di comportamento dettate per la operatività dell'art. 512 *bis* c.p.p. e oramai anche chiarite dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione¹¹⁵. Dunque: l'effettiva e valida citazione della fonte dichiarativa e residente all'estero attraverso lo strumento predisposto dall'art. 727 c.p.p. nonché quello della rogatoria concelebrata, la cui impraticabilità deve essere motivata nella sentenza che decidesse di condannare senza aver tentato di garantire all'imputato un confronto con il suo accusatore; la verifica della eventuale irreperibilità del dichiarante attraverso una ricerca effettiva dello stesso che abbia sfruttato tutti gli accertamenti opportuni e necessari in concreto, non essendo sufficienti la mancata notificazione o le risultanze anagrafiche o le verifiche meramente burocratiche; la totale e definitiva impossibilità di ottenere la presenza del dichiarante attraverso una rogatoria internazionale concelebrata o mista, secondo il modello previsto dall'art. 4 della Convenzione di Strasburgo del 1959, ratificata dall'Italia con la legge 23 febbraio 1961, n. 215¹¹⁶.

¹¹⁴ I verbali delle prove acquisite nei casi e con le forme dell'incidente probatorio sono utilizzabili ai sensi del combinato disposto degli artt. 431, co. 1, lett. *d*), c.p.p.; 36, co. 1, lett. *b*), d. lgs.

¹¹⁵ Cass., sez. un., 25 novembre 2010, n. 27918, in *CED Cass.*, n. 250199. Di recente, conforme, Cass., II, 17 giugno 2016, n. 25257.

¹¹⁶ BELLUTA, *Le Sezioni Unite impongono rigore per la lettura in dibattimento di dichiarazioni rese da persone residenti all'estero*, in *Dir. pen. cont.*, 20 luglio 2011; DANIELE, *La sagomatura dell'esame a distanza nel perimetro del contraddittorio*, in *Le erosioni*, cit., 144; ID., *Il contraddittorio "impossibile" nell'assunzione delle testimonianze penali all'estero*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2010, 203; PICCIRILLO, *Circolare in tema di attuazione della Direttiva 2014/41/UE*, cit., 49.

Questo articolato sistema risponde alla logica di non vanificare indagini complesse, dispendiose e spesso definitive per il giudizio; allo stesso modo, tuttavia, garantisce la logica del processo di parti.