

L'ordine europeo di indagine: criticità e prospettive

Teresa Bene

Le finalità del Convegno dal titolo: *“Investigazioni sin fronteras. L’Ordine europeo di indagine penale: Spagna ed Italia a confronto”*, organizzato presso la Seconda Università degli Studi di Napoli, sono solo in parte espresse nel sottotitolo, che offre infatti una lettura parziale, riferita esclusivamente alla proiezione geografica del confronto.

In realtà, esse sono radicate nel desiderio di confrontarsi e di realizzare quella circolazione delle idee che ha fatto registrare le assonanze e esaltato le divergenze sulla direttiva 2014/41/UE in tema di Ordine europeo di indagine penale.

Il Convegno ha, però, una fisionomia che lo rende un po’ speciale per alcune ragioni.

Anzitutto l’organizzazione dell’incontro di studio è legata all’idea di stipulare una Convenzione, conclusa tra le Università spagnole di Burgos, Huelva e Siviglia, e quelle italiane di Milano, Roma Tre e Seconda Università di Napoli, che ha l’obiettivo di sviluppare e di intensificare le attività di ricerca e di didattica tra i diversi Atenei coinvolti.

Le università spagnole sono state rappresentate rispettivamente da Mar Jimeno Bulnes, Miguel Angel Ruiz Albert e Juan Burgos Ladrón de Guevara, quelle italiane invece da Luca Lupària, Luca Marafioti e Teresa Bene.

C’è poi un profilo particolare che nasce da questa prima occasione di confronto tra studiosi di Università italiane e spagnole. È infatti emersa una comunanza di vedute sulle criticità dell’Ordine europeo di indagine, che, si spera, risulti anche in tutta la sua evidente problematicità nel presente volume, diretto a raccogliere i testi presentati durante il convegno.

Vi è infine un terzo elemento di particolarità: il Convegno è speciale perché itinerante, facendo da apripista ai futuri dibattiti che si terranno a rotazione nelle sedi delle Università della Convenzione. E così, dopo la Seconda Università degli Studi di Napoli, il prossimo sarà organizzato dall’Università di Sivi-

glia. Questo viaggio stimolante ed entusiasmante in luoghi diversi mostra l'impegno di tutti i colleghi coinvolti e sottolinea l'importanza della riflessione corale.

Davanti ad un uditorio composto da studenti di Diritto processuale penale, da dottorandi di diverse università (Milano, Roma Tre, Seconda Università di Napoli), da avvocati, da magistrati e da studiosi, ha avuto luogo un'interessante occasione di approfondimento scientifico internazionale, arricchito dalle preziose relazioni presentate dagli studiosi e dai magistrati intervenuti.

L'Ordine europeo di indagine offre una magnifica prospettiva di analisi. L'esame della direttiva 2014/41/UE mostra il carattere innovativo nell'introduzione di un unico strumento acquisitivo, valido per qualsiasi tipo di prova e capace di sostituirsi alle tradizionali rogatorie, ai provvedimenti di blocco e di sequestro e al mandato europeo di ricerca delle prove. Il suo contenuto non può però definirsi straordinario. Nasconde, nella sua suggestiva semplicità, l'insidia che serpeggia nelle strategie dell'Unione dopo il Trattato di Lisbona, e cioè la progressiva erosione delle competenze dei legislatori nazionali anche in campo penale, sì da non consentire l'unificazione né tantomeno l'armonizzazione delle legislazioni.

Lo scenario di fondo, ad ogni modo, è sempre quello di tipo orizzontale del mutuo riconoscimento, che presuppone una flessibilità del sistema tradizionale di assistenza giudiziaria in cui l'Ordine europeo di indagine appare come strumento potenzialmente utile per l'efficienza delle indagini transnazionali.

I temi affrontati coprono tutte le criticità emerse e sono oggetto dell'analisi che ci proponiamo di sottoporre all'attenzione del lettore.

Propedeutica al dibattito è l'indagine sui profili della direttiva 2014/41/UE determinanti il rallentamento dell'effettiva cooperazione tra gli Stati, tra cui emerge l'assenza di qualsiasi forma di armonizzazione delle condizioni di reciproca ammissibilità delle prove, sebbene ciò fosse stato auspicato nel Libro Verde sulla ricerca delle prove in materia penale e sulla garanzia della loro ammissibilità, e le ripercussioni sulla spendibilità del risultato probatorio circolato.

La mancata previsione di una disciplina della *mutual admissibility of evidence* prima della individuazione di uno strumento acquisitivo dell'Unione ha creato una evidente disarmonia in un quadro complessivo in cui non vi è un processo di armonizzazione esaustivo. Gli effetti si riflettono sull'efficienza dell'Ordine europeo di indagine: si pensi al perdurante margine di apprezzamento dello Stato d'esecuzione sulla necessità, sulla proporzionalità dell'emissione dell'ordine investigativo e sulla ampia operatività dei motivi di rifiuto opponibili all'esecuzione dell'Ordine europeo di indagine.

Le criticità relative all'operatività dei motivi di rifiuto opponibili all'esecuzione dell'Ordine europeo di indagine rischiano di comprometterne il ruolo chiave nella costruzione di un autentico spazio giudiziario europeo. L'Ordine europeo di indagine rappresenta il risultato di un bilanciamento non sempre equilibrato tra due esigenze contrapposte: garantire maggiore rapidità ai meccanismi di cooperazione giudiziaria in materia penale e salvaguardare le garanzie interne alla legislazione nazionale, ma la previsione dei motivi di rifiuto, peraltro spesso non adeguatamente circostanziati, rischia di restringere l'ambito applicativo del nuovo strumento pregiudicando il buon esito della cooperazione giudiziaria tra gli Stati. In questi termini lascia perplessi la riproposizione della clausola di territorialità (art. 11, § 1, lett. *a*) che ancora consente allo Stato richiedente di rifiutare l'esecuzione della misura quando il fatto risulti commesso nel territorio dello Stato di esecuzione.

Profili, questi, idonei a compromettere e a vanificare l'effettività del mutuo riconoscimento. Si genera, infatti, una "forma ibrida" tra *lex loci* e *lex fori*, secondo cui trovano applicazione le regole probatorie dello Stato in cui si svolge il processo, purché non entrino in conflitto con i "principi fondamentali di diritto" dello Stato di esecuzione.

La complessità dei profili applicativi si arricchisce nel confronto internazionale.

Il sistema penale spagnolo non ha realizzato pienamente l'implementazione del sistema europeo. Se appare prioritaria la necessità di adeguamento della direttiva 2014/41/UE alla legge spagnola n. 23/2014, in merito al reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie in materia penale nell'Unione europea, vi sono ancora numerose criticità nel passaggio dalla mutua assistenza giudiziaria al mutuo riconoscimento, soprattutto quando è richiesto un maggior coinvolgimento di forze interstatali e quando vi è una più penetrante invasione di aree protette dalla *privacy*.

La prospettiva spagnola nel contesto specifico della cooperazione giudiziaria alimenta qualche dubbio che sembra confermato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, in quanto organo attento alla protezione dei diritti fondamentali solo in ragione degli obiettivi dell'Unione.

Come è noto, la sentenza Melloni (Grande Sez., 26 febbraio 2013, in causa C-399/11, Melloni c. Ministero Fiscal) ha ritenuto compatibile con il diritto di difesa e il diritto all'equo processo (artt. 47 e 48.2 Carta di Nizza) l'art. 4-*bis* della decisione quadro 2002/584/GAI sul mandato di arresto europeo. La norma prevede che l'autorità di esecuzione non possa rifiutare la consegna di una persona condannata in contumacia qualora quest'ultima abbia conferito un mandato ad un difensore da cui sia stata rappresentata nel corso del giudizio. Su questa base, la Corte ha ritenuto di non applicare il più elevato *standard* previsto dal sistema spagnolo, secondo cui la consegna sarebbe disposta

solo laddove al condannato *in absentia* fosse stata concessa un'ulteriore possibilità di impugnare la decisione. Non sorprende la decisione ma non sono fugati i dubbi sulle motivazioni per le quali l'attribuzione del mandato al difensore nel caso concreto sia sufficiente ad assicurare l'esercizio del diritto di difesa e del diritto all'equo processo, né la Corte ha giustificato la rinuncia alle regole del più garantista modello spagnolo sulla scorta del principio di proporzionalità previsto dall'art. 52 Carta di Nizza.

Emerge allora il concreto rischio che si verifichi una trasformazione anche delle regole probatorie nazionali, che potrebbero geneticamente mutare la propria essenza da norme rigide a principi flessibili. Si condivide, dunque, la preoccupazione per la disapplicazione delle regole nazionali con principi probatori di creazione giurisprudenziale e le possibili e conseguenti forme di abuso del processo.

Proprio la mancata contestuale armonizzazione delle regole di acquisizione e di utilizzazione delle prove con l'adozione di norme comuni si intreccia più in generale col tema della cooperazione giudiziaria europea.

L'ambizioso obiettivo della "libera circolazione delle prove" (come previsto dall'art. 82, § 2, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea) sarà, attraverso le relative misure normative interne, raggiunto solo in parte se si considera che la direttiva 2014/41/UE reca lo strumento operativo utile ad assicurare dati di rilevanza probatoria transfrontalieri, mentre non interviene sulle regole in tema di utilizzabilità, il cui regime rimane diversamente modulato dagli Stati membri dell'Unione europea.

In particolare, il sistema processuale italiano prevede la sostituzione delle regole probatorie nazionali con quelle straniere, regolamentando in particolare i modi di utilizzabilità della prova *aliunde* formata. Nello specifico, l'art. 729 c.p.p. prescrive l'inutilizzabilità delle rogatorie svolte in violazione delle "norme di cui all'art. 696, comma 1, riguardanti l'acquisizione o la trasmissione di documenti o di altri mezzi di prova a seguito di rogatoria all'estero" o con modalità diverse da quelle indicate dall'autorità giudiziaria. Analoga disposizione non è prevista nella direttiva in esame, che introduce un'espressa sanzione di inutilizzabilità (art. 31, § 3, lett. *b*) nel caso in cui l'intercettazione sia disposta nei confronti di persona che si trova in altro Stato membro, la cui assistenza tecnica non è necessaria per l'esecuzione dell'atto.

Se risulterà interessante verificare l'effetto sui plurimi e uniformi orientamenti interni in tema di instradamento, non vi è dubbio che risultano trascurate le differenze tra i diversi ordinamenti nazionali quanto ad ammissibilità ed utilizzabilità della prova formata in un altro Stato e la eventuale previsione di rimedi sanzionatori per la violazione di diritti fondamentali.

I profili in esame si estendono ai ruoli dei protagonisti del processo. Sulla difesa grava un deficit informativo che compromette fortemente la possibilità

di coltivare efficientemente la propria strategia difensiva. Sebbene la direttiva attribuisca all'indagato e al difensore la legittimazione alla richiesta dell'emissione di un Ordine europeo di indagine penale, "nel quadro dei diritti di difesa applicabili conformemente al diritto e alla procedura penale nazionale", e per quanto sia apprezzabile la portata innovativa della disposizione, il mero rinvio alle legislazioni nazionali rischia di riproporre le ben note questioni in tema di armonizzazione del panorama normativo in materia probatoria. Peraltro l'efficienza della previsione risulta condizionata dalla modalità di attuazione della stessa all'interno dei singoli ordinamenti.

D'altro canto, i poteri delle vittime all'interno dei meccanismi dell'Ordine europeo di indagine, in controtendenza rispetto alle previsioni contenute nelle direttive emanate dal Parlamento europeo in materia penale, sembrano, con scelta peculiare e non condivisibile, "dimenticati".

L'analisi degli aspetti funzionali e strutturali si arricchisce attraverso l'esame dei profili operativi. Così emerge che la sinergia tra gli organi inquirenti è indispensabile nella gestione di attività criminali che rivelino riflessi internazionali, coinvolgendo immediatamente i Paesi ove si compie una parte dell'attività delittuosa, giacché l'effettività del contrasto ai gruppi criminali transnazionali si fonda in larga parte su di una cooperazione giudiziaria precoce. È pertanto fondamentale individuare le modalità con le quali è possibile istituire un collegamento sin dall'inizio delle indagini e programmare lo svolgimento delle attività istruttorie. Difatti, l'inoltro di una rogatoria per il riconoscimento di un provvedimento giudiziario cautelare, adottato in uno soltanto dei due Paesi coinvolti in un'attività di indagine, rappresenta, spesso, il sintomo di una cattiva cooperazione, oltre che una sconfitta annunciata per l'attività di contrasto.

È, dunque, possibile una chiave di lettura diversa della direttiva 2014/41/UE nel tentativo di indicarla come un primo passo nella direzione di un futuro regime di reciproca ammissibilità della prova o di armonizzazione verticale dei sistemi.

Le aspettative sono numerose.

Occorre sin da ora prefigurare un prossimo nuovo sviluppo del dialogo orizzontale tra le autorità giudiziarie penali in conseguenza del futuro recepimento della direttiva 2014/41/UE sull'Ordine europeo di indagine, entro il 22 maggio 2017, con delega di attuazione già contenuta nella medesima L. n. 114/2015, allegato B, in scadenza il 22 marzo 2017. In questo senso la disciplina introdotta con il D.Lgs. 13 febbraio 2016, n. 35, che attua la decisione quadro 2003/577/GAI del Consiglio, del 22 luglio 2003 (relativa all'esecuzione nell'Unione europea di provvedimenti di blocco dei beni o di sequestro probatorio) in materia di reciproco riconoscimento dei provvedimenti delle autorità giudiziarie europee ha carattere per così dire transitorio, o meglio di transizione.

Alle aspettative si accompagna qualche difetto di coordinamento se si pone mente al D.Lgs. 15 febbraio 2016, n. 34, che ha recepito la decisione quadro 2002/465/GAI introducendo nel nostro ordinamento una base giuridica idonea a costituire una squadra investigativa comune, ovvero a parteciparvi nel territorio dell'Unione europea d'intesa con le altre autorità coinvolte.

L'applicazione della direttiva, come è noto, non si estende alle squadre investigative comuni e all'acquisizione di prove nell'ambito di tali squadre (art. 3), che operano al di fuori del principio del reciproco riconoscimento, conseguentemente "l'istituzione di una squadra investigativa comune e l'acquisizione di prove nell'ambito di tale squadra richiedono disposizioni specifiche, che è più opportuno disciplinare separatamente" (considerando n. 8).

Tuttavia è evidente il mancato coordinamento con le previsioni introdotte nella direttiva sull'Ordine europeo di indagine penale. Infatti, nello stesso art. 3 della direttiva si chiarisce un profilo rilevante, introducendo l'eccezione secondo cui una squadra investigativa comune potrà in ogni caso avvalersi dello strumento dell'Ordine europeo di indagine per chiedere assistenza ad uno Stato membro che non abbia preso parte alla costituzione della squadra.

Occorre dunque monitorare con cura gli sviluppi del diritto sovranazionale perché possa davvero realizzarsi un processo di armonizzazione tra i diversi sistemi giuridici degli Stati membri.

I curatori di questo volume sono davvero grati a tutti coloro che hanno contribuito a rendere il confronto ricco ed originale, sì da individuarlo quale primo contributo delle Università italiane e spagnole al dibattito internazionale.

Parte I

Problemi di fondo nello scenario europeo

Capitolo I

Orizzonti investigativi europei, assistenza giudiziaria e mutuo riconoscimento

Luca Marafioti

SOMMARIO: 1. Circolazione europea della prova e prospettive di allineamento delle legislazioni penali. – 2. Superamento delle tradizionali forme di cooperazione giudiziaria ed ordine europeo di indagine. – 3. Difficile equilibrio tra riconoscimento reciproco e mutua assistenza.

1. *Circolazione europea della prova e prospettive di allineamento delle legislazioni penali*

La direttiva 2014/41/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, adottata il 3 aprile 2014, relativa all'ordine europeo di indagine penale¹, mira ad istituire un sistema globale di ricerca ed acquisizione della prova nelle cause aventi dimensione transfrontaliera². Ciò, mediante l'introduzione di un unico stru-

¹ La direttiva 2014/41/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 3 aprile 2014, relativa all'ordine europeo di indagine penale, è pubblicata in *GUUE*, 1° maggio 2014, L. 30/1, la cui entrata in vigore è prevista per il 22 maggio 2017: fino ad allora, la circolazione transnazionale delle prove continuerà ad essere disciplinata dai vigenti atti normativi, secondo quanto espresso dall'art. 35 della direttiva stessa.

² Tra i primi commenti alla direttiva, M. CAIANIELLO, *La nuova direttiva UE sull'ordine europeo di indagine penale tra mutuo riconoscimento e ammissione reciproca delle prove*, in *Proc. pen. e giust.*, 3, 2015, p. 1 ss.; R. BELFIORE, *Riflessioni a margine della direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 3288 ss.; L. BACHMAIER WINTER, *Transnational Evidence towards the transposition of directive 2014/41 regarding the european investigation order in Criminal Matters*, in *Eu crim*, 2, 2015, p. 47; M. DANIELE, *La metamorfosi del diritto delle prove nella direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, in *Dir. pen. cont.*, 20 novembre 2014; F. CERQUA-L. CAMALDO, *La direttiva sull'ordine europeo di indagine penale: le nuove prospettive per la libera circolazione delle prove*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 3511 ss.; L. CAMALDO, *La direttiva*

mento giuridico in grado di superare la frammentarietà del quadro normativo esistente in materia probatoria e dare maggiore impulso alla prospettiva del mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie.

Come è noto, il principio del mutuo riconoscimento delle decisioni³, proclamato nelle conclusioni raggiunte dal Consiglio europeo di Tampere⁴, rappresenta la “pietra angolare” della cooperazione giudiziaria penale e, ad oggi, risulta espressamente cristallizzato nell’art. 82 del Trattato sul funzionamento

sull'ordine europeo di indagine penale (OEI): un congegno di acquisizione della prova dotato di molteplici potenzialità, ma di non facile attuazione, in Dir. pen. cont., 2014. In chiave comparatistica, F. ZIMMERMANN, *Die europäische Ermittlungsanordnung: Schreckgespenst oder Zukunftsmo- dell für grenzüberschreitende Strafverfahren?*, 127 ZStW 2015, p. 143.

³ Sul tema del principio del mutuo riconoscimento delle decisioni penali, si segnala, senza alcuna pretesa di esaustività, *ex pluribus*, J.R. SPENCER, *Il principio del mutuo riconoscimento*, in R.E. KOSTORIS (a cura di), *Manuale di procedura penale*, Giuffrè, Milano, 2015, p. 277 ss.; G. DARAIO, *La circolazione della prova nello spazio giudiziario europeo*, in L. KALB (a cura di), *Spazio europeo di giustizia e procedimento penale italiano*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 513 ss.; N. PARISI, *Riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie penali, confianze mutuelle e armonizzazione delle garanzie procedurali negli Stati membri dell'Unione europea*, in N. PARISI-M. FUMAGALLI MERAVIGLIA-D. RINOLDI-A. SANTINI (a cura di), *Scritti in onore di Ugo Draetta*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011, p. 503 ss.; O. MAZZA, *Il principio del mutuo riconoscimento nella giustizia penale, la mancata armonizzazione e il mito taumaturgico della giurisprudenza europea*, in *Processo penale e giustizia europea. Omaggio a Giovanni Conso, Atti del Convegno*, Torino, 26-27 settembre 2008, Giuffrè, Milano, 2010, p. 151; E. APRILE-F. SPIEZIA, *Cooperazione giudiziaria penale nell'Unione europea prima e dopo il Trattato di Lisbona*, Ipsoa, Milano, 2009, p. 20 ss.; C. AMALFITANO, *Spazio giudiziario europeo e libera circolazione delle decisioni penali*, in S. CARBONE-M. CHIAVARIO (a cura di), *Cooperazione giudiziaria civile e penale nel diritto dell'Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 1 ss.; S. ALLEGREZZA, *Cooperazione giudiziaria, mutuo riconoscimento e circolazione della prova penale nello spazio giudiziario europeo*, in T. RAFARACI (a cura di), *L'area di libertà, sicurezza e giustizia: alla ricerca di un equilibrio fra priorità repressive ed esigenze di garanzia*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 693 ss.; A. PASQUERO, *Mutuo riconoscimento delle decisioni penali: prove di federalismo. Modello europeo e statunitense a confronto*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 67 ss.

⁴ A partire dal Consiglio europeo di Tampere del 15 e 16 ottobre 1999 – le cui conclusioni sono pubblicate in *Cass. pen.*, 2000, p. 302 ss. – il principio del mutuo riconoscimento è stato consacrato a chiave di volta del funzionamento dell’Unione in materia di giustizia. In particolare, come è dato testualmente leggersi al punto 33, «il rafforzamento del reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie e delle sentenze ed il necessario ravvicinamento delle legislazioni faciliterebbero la cooperazione fra le autorità, come pure la tutela giudiziaria dei diritti dei singoli. Il Consiglio europeo approva pertanto il principio del reciproco riconoscimento che, a suo parere, dovrebbe diventare il fondamento della cooperazione giudiziaria nell’Unione tanto in materia civile quanto in materia penale». Tuttavia, già nel Trattato di Amsterdam si possono rinvenire le premesse per l’affermarsi del principio del mutuo riconoscimento delle decisioni penali: la stessa istituzione di uno “spazio di libertà, sicurezza e giustizia” presupponeva, infatti, l’idea del reciproco riconoscimento giacché, secondo G. LATTANZI, *La nuova dimensione della cooperazione giudiziaria*, in *Doc. giust.*, 2000, p. 1037 ss., «uno spazio di giustizia comune in tanto può dirsi esistente in quanto il provvedimento giudiziario di un altro Stato venga trattato come quello corrispondente emesso nel proprio ordinamento».

dell'Unione europea⁵. Esso garantisce un'efficace circolazione dei provvedimenti nel territorio europeo, senza dover ricorrere all'*exequatur* o ad altre procedure di conversione. Riconoscere una decisione emessa da un giudice penale di uno Stato Membro significa, infatti, attribuirle gli stessi effetti giuridici che verrebbero prodotti se fosse stata una decisione interna, senza il filtro dell'autorità politica che tradizionalmente presiede il vaglio della richiesta di cooperazione.

Il principio *de quo* permette di fare "affidamento" su quanto deciso dalle autorità giudiziarie degli altri Stati Membri, in virtù della presunta equivalenza dei provvedimenti in questione. Esso postula, così, un livello elevato di fiducia reciproca tra i diversi ordinamenti giuridici che, seppur basati su modelli processuali differenti, sono (o quanto meno dovrebbero essere) in grado di assicurare *standard* di garanzie tali «da produrre decisioni penali affidabili e, quindi, suscettibili di essere eseguite sul territorio degli altri Paesi senza fare ricorso ad estenuanti ed incerte procedure di riconoscimento»⁶.

La fiducia che ciascuno Stato dovrebbe riporre negli ordinamenti degli altri Paesi membri dell'Unione si muove tanto sul piano legislativo, relativamente all'adeguatezza della normativa nazionale, quanto sul piano esecutivo e giudiziario, in ordine alla corretta applicazione di quest'ultima da parte degli organi interni a ciò preposti⁷.

Il condizionale, tuttavia, è d'obbligo poiché la fiducia, si sa, va conquistata e non può darsi per acquisita⁸. Incardinare la cooperazione giudiziaria sul principio del mutuo riconoscimento senza assicurare un livello omogeneo di inte-

⁵ A norma dell'art. 82, § 1, TFUE, «la cooperazione giudiziaria in materia penale nell'Unione deve fondarsi sul principio di riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie e include il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri nei settori di cui al paragrafo 2 e all'articolo 83» ovvero relativamente all'ammissibilità reciproca delle prove tra gli Stati membri, ai diritti della persona nella procedura penale, ai diritti delle vittime della criminalità, ad altri elementi specifici della procedura penale, individuati dal Consiglio in via preliminare mediante una decisione e, altresì, alla definizione dei reati e delle sanzioni in sfere di criminalità particolarmente grave che presentano una dimensione transnazionale derivante dal carattere o dalle implicazioni di tali reati o da una particolare necessità di combatterli su basi comuni.

⁶ In questi termini, il considerando *f*, di cui alla Risoluzione legislativa del Parlamento europeo sulla Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo sul riconoscimento reciproco delle decisioni definitive in materia penale del 26 luglio 2000, COM (2000) 495 definitivo.

⁷ Evidenza tale duplice prospettiva il punto 3.1 della Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo sul riconoscimento reciproco delle decisioni definitive in materia penale.

⁸ Come è stato efficacemente evidenziato da S. ALLEGREZZA, *Cooperazione giudiziaria, mutuo riconoscimento e circolazione della prova penale nello spazio giudiziario europeo*, cit., p. 694, «la fiducia reciproca non è un dato acquisito; il suo rafforzamento è più un obiettivo da raggiungere con fatica che un presupposto stabile da cui partire».

grazione normativa tra i diversi sistemi giudiziari e, in particolare, tra le relative garanzie processuali, fa della reciproca fiducia un obiettivo difficilmente raggiungibile. Invero, il principio del mutuo riconoscimento, affinché possa contribuire al buon funzionamento della cooperazione giudiziaria, necessita di una previa opera di ravvicinamento delle legislazioni nazionali⁹, in grado di attenuare le divergenze sussistenti tra queste ultime fino a raggiungere quell'equivalenza sostanziale¹⁰ su cui è incardinato il mutuo riconoscimento stesso.

Ciò vale ancor di più quando si apre la strada a forme di *roaming* della giustizia penale. Poiché, in questo settore, il principio del mutuo riconoscimento è suscettibile di incidere in modo evidente sulla libertà dell'individuo e sul rispetto dei diritti fondamentali, la mancata armonizzazione rende il principio *de quo*, ancor prima che inattuabile, non desiderabile¹¹.

Raramente gli Stati membri, già restii ad abdicare a porzioni della propria sovranità nazionale, sono disposti ad accettare l'ingresso nel proprio ordinamento di atti formati all'estero senza il rispetto di quei requisiti minimi in grado di offrire livelli di garanzia, sul piano della tutela sostanziale dei diritti, omogenei a quelli di ciascuno Stato membro. E quanto più la divergenza tra le legislazioni nazionali resti marcata tanto più risulta agevole per lo Stato "ricevente" ostacolare il riconoscimento del provvedimento allogeno; proprio dal momento che suddetto riconoscimento potrebbe veicolare una serie di regole meno garantiste e tradursi, sul versante processuale, nel conseguente affievolimento del livello di tutela dei diritti.

⁹ Attribuiscono all'opera di armonizzazione delle normative nazionali un ruolo essenziale ai fini dell'effettiva attuazione del mutuo riconoscimento, S. MANACORDA, *L'armonizzazione dei sistemi penali: una introduzione*, in *La giustizia penale italiana nella prospettiva internazionale*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 35 ss.; A. BERNARDI, *Strategie per l'armonizzazione dei sistemi penali europei*, in S. CANESTRARI-L. FOFFANI (a cura di), *Il diritto penale nella prospettiva europea*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 377 ss.; S. ALLEGREZZA, *L'armonizzazione della prova penale alla luce del Trattato di Lisbona*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 3882 ss.; G. ILLUMINATI, *L'armonizzazione della prova penale nell'Unione europea*, in G. ILLUMINATI, *Prova penale e Unione europea*, Bononia University Press, Bologna, 2009, p. 9 ss.; F. BIANCO, *Mutuo riconoscimento e principio di legalità alla luce delle nuove competenze dell'Unione europea in materia penale*, in G. GRASSO-E. PICOTTI-R. SICURELLA (a cura di), *L'evoluzione del diritto penale nei settori di interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 188 ss.; nonché, volendo, L. MARAFIOTI, *Armonización y proceso penal europeo: la perspectiva italiana*, in V. MANNINO (a cura di), *Miscellanea sul fenomeno giuridico*, Jovene, Napoli, 2012, p. 23 ss.

¹⁰ Il principio di equivalenza, previsto dagli artt. 52 e 53 della Carta di Nizza, garantisce ai diritti fondamentali «un livello di tutela non inferiore a quello che essi ricevono dagli altri ordinamenti con cui l'Unione si trova ad interagire: il sistema della CEDU, gli ordinamenti nazionali e l'ordinamento internazionale», così, M. DANIELE, *La metamorfosi del diritto delle prove*, cit., p. 9.

¹¹ In argomento, A. PASQUERO, *Mutuo riconoscimento delle decisioni penali: prove di federalismo*, cit., p. 279.

Ma la trasposizione *tout court* del mutuo riconoscimento, oltre a minare la fiducia reciproca tra gli Stati, rischia di incardinare i meccanismi di cooperazione giudiziaria su una sostanziale violazione del principio di legalità. Le maggiori incertezze sorgono, infatti, quando ci si accorge che, al fine di raggiungere l'indiscusso ed indiscutibile obiettivo di conservare e rafforzare uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, si perviene ad un appiattimento delle principali garanzie. Essendo, invero, la circolazione delle decisioni penali all'interno del territorio europeo affidata essenzialmente alla valutazione dell'autorità giudiziaria, tale margine di apprezzamento sarà tanto più ampio quanto meno dettagliato sarà il sostrato normativo comune alla base dell'apprezzamento stesso.

Occorre rammentare, sul punto, che il processo penale ha conosciuto, almeno finora, un percorso di armonizzazione solo con riferimento ad alcune garanzie minime per indagati e imputati¹² ed alla posizione della vittima¹³ nei procedimenti penali di tutta l'Unione Europea.

Appare evidente, allora, come la premessa indispensabile per costruire un clima di *confiance mutuelle* sia un previo ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri affinché i relativi sistemi di giustizia possano disporre di un patrimonio comune di legalità, valori giuridici e diritti fondamentali omogenei¹⁴. Solo un alto grado di armonizzazione dei sistemi legislativi, procedurali e giudiziari dei Paesi membri e delle relative prassi applicative può assurgere a solida base su cui costruire quella fiducia reciproca di cui si nutre il mutuo riconoscimento.

Siffatto legame si ricava, del resto, dallo stesso art. 82 TFUE, ai sensi del quale, «laddove necessario per facilitare il riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie e la cooperazione di polizia e giudiziaria nelle materie penali aventi dimensione transnazionale, il Parlamento europeo e il Consiglio possono stabilire norme minime»¹⁵. E non è un caso che tra queste

¹² T. ALESCI, in questo Volume, *infra*.

¹³ M. CAGOSI, in questo Volume, *infra*.

¹⁴ Secondo quanto riportato nel preambolo del Programma di misure per l'attuazione del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni penali, in *GUCE*, 15 gennaio 2001, C 12, p. 10, l'attuazione del principio del riconoscimento reciproco delle decisioni in materia penale presuppone che gli Stati membri nutrano fiducia nei rispettivi sistemi giudiziari: «tale fiducia si fonda, in particolare, sulla base comune costituita dal loro attaccamento ai principi della libertà, della democrazia e del rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali nonché dello Stato di diritto».

¹⁵ A conferma dello stretto rapporto che lega il mutuo riconoscimento con l'armonizzazione processuale, già evidenziato nel Trattato, il Programma dell'Aia: rafforzamento della libertà, della sicurezza e della giustizia nell'Unione europea, in *GUUE*, 3 marzo 2005, C 53, p. 12, rileva che «la fissazione di norme minime relative ad aspetti del diritto processuale è prevista dai trattati ed è volta ad agevolare il reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie e delle sentenze e la cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale avente una dimensione transfron-

rilevi, *in primis*, l'esigenza di disciplinare «l'ammissibilità reciproca delle prove tra gli Stati membri».

Invero, le maggiori difficoltà legate alla trasposizione del mutuo riconoscimento dal settore del mercato interno all'ambito penale erano state avvertite proprio con riferimento alla circolazione della prova¹⁶.

Richiamando un parallelo mercantile, se «la libera circolazione delle merci è stata preceduta e accompagnata nel tempo dall'imposizione agli Stati membri di rigidi standard di qualità produttiva a tutela dei consumatori europei»¹⁷, lo stesso non può dirsi per la circolazione della “merce probatoria”.

La circolazione della prova è qualcosa di molto più complesso ed articolato della circolazione dei beni di mercato¹⁸. Ci si riferisce, in realtà, alla circolazione di un “risultato giuridico” frutto di un lungo *iter* procedimentale, la cui complessità consente di distinguere, al suo interno, diverse fasi progressive: la raccolta, l'ammissione, l'assunzione e, infine, l'utilizzazione. Si tratta, in sostanza, di una «una costruzione legale astratta»¹⁹, la cui formazione risponde a precisi criteri metodologici, peculiari di ogni sistema legislativo, in grado di incidere sulla stessa spendibilità del dato probatorio²⁰.

Basti, del resto, pensare alle diverse modalità acquisitive delle dichiarazioni rese dalla persona sottoposta all'interrogatorio: se in Italia è espressamente riconosciuto, in capo all'imputato, il diritto al silenzio, lo stesso non può dirsi

taliera». In questo senso, quindi, l'armonizzazione delle legislazioni ed il principio del reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie devono essere considerati necessariamente interdipendenti e comunicanti sul piano delle azioni di politica criminale in modo tale che «tra fiducia e armonizzazione ci [sia] interazione, non contrapposizione o sovrapposizione dell'una sull'altra», così, M. CHIAVARIO, *Giustizia europea e processo penale: nuovi scenari e nuovi problemi*, in *Legisl. pen.*, 2008, p. 468.

¹⁶ Già nel Consiglio di Tampere, le conclusioni auspicavano che «le prove legalmente raccolte dalle autorità di uno Stato membro dovrebbero essere ammissibili dinanzi ai tribunali degli altri Stati membri, tenuto conto delle norme ivi applicabili». Così il par. 36 delle Conclusioni adottate dal Consiglio europeo di Tampere, in *Cass. pen.*, 2000, p. 308, sembra tracciare un'indicazione di massima da seguire nei futuri documenti programmatici.

¹⁷ In questi termini, O. MAZZA, *Il principio del mutuo riconoscimento nella giustizia penale, la mancata armonizzazione e il mito taumaturgico della giurisprudenza europea*, cit., p. 155-156.

¹⁸ La causa principale di siffatta complessità è di ovvia natura fisiologica: le tradizioni giuridiche nazionali in materia di prova sono molto diverse tra loro e ciascuna di esse esprime un temperamento tra esigenze di accertamento, tutela dell'individuo ed efficienza processuale.

¹⁹ Così, S. ALLEGREZZA, *Cooperazione giudiziaria, mutuo riconoscimento e circolazione della prova penale nello spazio giudiziario europeo*, cit., p. 710, ravvisa nella prova, il prodotto di una «fattispecie processuale complessa», strettamente legata agli ordinamenti di appartenenza.

²⁰ Evidenziano le peculiarità dei diversi ordinamenti nazionali, in tema di ammissione e valutazione della prova, D. VICOLI, *Ammissione della prova e divieti probatori*, in G. ILLUMINATI (a cura di), *Prova penale e Unione europea*, cit., p. 19 ss.; M. DANIELE, *La valutazione della prova*, ivi, p. 45 ss.

con riferimento all'ordinamento spagnolo; in Spagna, nonostante il diritto al silenzio trovi compiuta disciplina al secondo comma dell'art. 24²¹, l'art. 387 della *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, approvata con regio decreto del 14 settembre 1882, esorta espressamente i processati a dire la verità²².

Non basta, quindi, che la raccolta sia stata eseguita nel rispetto dei canoni previsti dalla legge giacché «per circolare la prova deve essere compatibile non soltanto con le norme del paese in cui viene raccolta, ma anche con i principi del paese in cui viene utilizzata ai fini decisori»²³. In altri termini, affinché possa realizzarsi simile “portabilità” di un dato probatorio tale da ricevere valenza argomentativa in un Paese diverso da quello in cui è stato raccolto non basta che le operazioni di ricerca siano connotate da requisiti qualitativamente omogenei in tutti gli ordinamenti nazionali, ma occorrono, altresì, norme minime in tema di ammissibilità ed utilizzabilità delle prove altrettanto valevoli per tutti i procedimenti penali celebrati all'interno dell'Unione²⁴.

Accogliere il reciproco riconoscimento dei criteri di ammissibilità, senza una base normativa comune, rischia di porre, in capo agli Stati, l'obbligo di ammettere qualsiasi prova legalmente acquisita in base al diritto nazionale di un altro Stato europeo, anche qualora questo contrasti con l'ordinamento “ricevente”. Il rischio, in sostanza, è che una «prova illegittima diventi utilizzabile solo perché è battezzata come ‘europea’»²⁵.

²¹ Si riporta, di seguito, il secondo comma dell'art. 24: «*Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia al letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos*». Sulle differenze strutturali dei modelli acquisitivi delle dichiarazioni dell'imputato, con particolare riferimento al sistema spagnolo, V. CAMPILONGO, *La circolazione della prova nel contesto europeo, tra mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie ed armonizzazione normativa*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 710.

²² Così, testualmente, «*no se exigirá juramento a los procesados, exhortándoles solamente a decir verdad y advirtiéndoles el Juez de instrucción que deben responder de una manera precisa, clara y conforme a la verdad a las preguntas que les fueren hechas*».

²³ Cfr. E. AMODIO, *Diritto di difesa e diritto alla prova nello spazio giudiziario europeo*, in A. LANZI-F. RUGGIERI-L. CAMALDO (a cura di), *Il difensore e il Pubblico Ministero europeo*, Cedam, Padova, 2002, p. 107.

²⁴ Ciò era stato, del resto, già auspicato nel Libro Verde sulla ricerca delle prove in materia penale tra Stati Membri e sulla garanzia della loro ammissibilità, presentato l'11 novembre 2009, COM (2009) 624 definitivo, e ribadito nel Programma di Stoccolma – Un'Europa aperta e sicura al servizio e a tutela dei cittadini, in *GUUE*, C 115/12, 4 maggio 2010, secondo cui la soluzione più efficace alle difficoltà testé esposte sembrava consistere nell'adozione di norme comuni per la raccolta delle prove in materia penale.

²⁵ E. AMODIO, *Diritto di difesa e diritto alla prova nello spazio giudiziario europeo*, cit., p. 107.

Ecco che riemerge l'esigenza di una preventiva opera di armonizzazione della disciplina probatoria.

Occorre, sul punto, essere chiari: quando si parla di armonizzazione della prova, da simile opera deve senz'altro ritenersi esclusa la disciplina in tema di regole di valutazione. In effetti, la prova è una costruzione giuridica il cui apprezzamento, fondato sul principio del libero convincimento, spetta in ogni caso al giudice, risultando assai arduo ed illusorio preconstituire il valore conoscitivo dell'elemento di prova addotto all'esito della procedura di cooperazione²⁶.

Ciò che necessita di una preventiva armonizzazione sono, appunto, le regole di ammissibilità, affinché sia possibile accogliere il dato probatorio allogeno coniato secondo schemi procedurali che mostrino «la medesima attenzione verso regole dettate dal legislatore nazionale, non solo in una chiave di tutela di garanzie soggettive, ma anche quale baluardo di garanzie epistemiche»²⁷. Nessun senso avrebbe, altrimenti, assicurare un apporto collaborativo, con procedure snelle ed entro tempi ragionevolmente brevi, se poi il dato probatorio non si riveli suscettibile di utilizzazione nel Paese richiedente²⁸.

2. *Superamento delle tradizionali forme di cooperazione giudiziaria ed ordine europeo di indagine*

A minare ulteriormente la coerenza sottesa alle dinamiche probatorie gioca un ruolo importante l'estrema frammentarietà del quadro normativo concernente la ricerca e l'acquisizione della prova nello spazio giudiziario europeo.

Invero, accanto alle tradizionali forme convenzionali di assistenza giudiziaria²⁹ si affiancavano nuovi strumenti investigativi ispirati al principio del mu-

²⁶ Manifestano diverse perplessità sulla possibilità di armonizzare il “risultato probatorio”, S. GLESS, *Strategie e tecniche per l'armonizzazione della prova*, in G. ILLUMINATI, *Prova penale e Unione europea*, cit., p. 148 ss.; G. DE AMICIS, *Limiti e prospettive del mandato europeo di ricerca della prova*, in G. GRASSO-L. PICOTTI-R. SICURELLA (a cura di), *L'evoluzione del diritto penale nei settori di interesse europeo*, cit., p. 475 ss.

²⁷ F. SIRACUSANO, *Tra mutuo riconoscimento e armonizzazione preventiva: quali prospettive per la circolazione della prova dichiarativa nell'ambito dell'Unione europea?*, in *Arch. pen.*, 2012, n. 1, p. 5.

²⁸ Sull'ammissibilità della prova allogena e sui relativi controlli giurisdizionali, ampiamente, R. DEL COCO, in questo Volume, *infra*.

²⁹ I tradizionali strumenti di cooperazione basati sulla mutua assistenza sono costituiti dalla Convenzione europea sulla mutua assistenza giudiziaria penale del 20 aprile 1959 e dai suoi due Protocolli addizionali del 17 marzo 1978 e del 8 novembre 2001 (oltre agli accordi bilaterali conclusi a norma dell'art. 26 di tale Convenzione); dalla Convenzione di applicazione degli Accordi di Schengen del 19 giugno 1990; dalla Convenzione sulla mutua assistenza giudiziaria in

tuo riconoscimento tra cui la decisione quadro 2003/577/GAI, concernente l'esecuzione nell'Unione europea di provvedimenti di blocco di beni o di sequestro probatorio³⁰ e la decisione quadro 2008/978/GAI, relativa al mandato europeo di ricerca delle prove³¹.

La prima decisione si applicava ai provvedimenti giudiziari *in rem* ovvero ai provvedimenti emessi per impedire provvisoriamente ogni operazione volta a distruggere, trasformare o alienare beni che potrebbero essere oggetto di confisca o costituire una prova nell'ambito di un procedimento penale "domestico". Con essa veniva, pertanto, garantita, nel territorio dell'Unione europea, immediata esecuzione ai provvedimenti di blocco o sequestro, secondo quanto stabilito dal principio del mutuo riconoscimento³². Tale principio operava, tuttavia, limitatamente alla sola fase di "congelamento", senza estendersi al successivo trasferimento della fonte di prova, per la cui circolazione occorreva una distinta richiesta di rogatoria in conformità delle norme applicabili all'assistenza giudiziaria.

Ciò comportava una differenza sostanziale tra le norme applicabili alla prima fase di blocco e sequestro dei mezzi di prova, secondo i principi del reciproco

materia penale tra gli Stati membri dell'U.E., del 29 maggio 2000, e dal relativo Protocollo del 16 ottobre 2001.

³⁰ La decisione quadro 2003/577/GAI, pubblicata in *GUUE*, L. 2 agosto 2003, n. 196, p. 45 ss., regola l'esecuzione sul territorio di uno Stato membro dell'Unione europea dei provvedimenti emessi dall'autorità giudiziaria di un altro Stato membro, che dispongono il blocco o sequestro di beni per finalità probatorie ovvero per la loro successiva confisca. Sul tema, tra gli altri, v. D. SERVI, *Sequestro e confisca nell'Unione europea: il panorama sopranazionale*, in L. FILIPPI-P. GUALTIERI-P. MOSCARINI-A. SCALFATI (a cura di), *La circolazione investigativa nello spazio giuridico europeo: strumenti, soggetti, risultati*, Cedam, Padova, 2010, p. 98 ss.; G. IUZZOLINO, *Il congelamento dei beni da sottoporre a sequestro e confisca*, in G.M. ARMONE-B.R. CIMINI-F. GANDINI-G. IUZZOLINO-G. NICASTRO-A. PIOLETTI, *Diritto penale europeo e ordinamento italiano*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 29 ss.

³¹ La decisione quadro 2008/978/GAI, pubblicata in *GUUE*, L. 30 dicembre 2008, n. 350, p. 72 ss. Per una più completa disamina dell'istituto, G. DE AMICIS, *Il mandato europeo di ricerca delle prove: un'introduzione*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 3033 ss.; ID, *Limiti e prospettive del mandato europeo di ricerca della prova*, cit., p. 475 ss.; N. PARISI, *Il mandato europeo di ricerca delle prove nel sistema della cooperazione giudiziaria penale fra gli Stati membri dell'Unione*, in *Riv. dir. inter. priv. e proc.*, 2009, 2, p. 327 ss.; M. PISANI, *La decisione quadro sul mandato europeo di ricerca delle prove*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 479; J.A.E. VERVAELE, *Il progetto di decisione quadro sul mandato di ricerca della prova*, in G. ILLUMINATI (a cura di), *Prova penale e Unione europea*, cit., p. 158 ss.; M. MENNA, *Mandato di ricerca della prova e sistemi probatori*, in T. RAFARACI (a cura di), *La cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale nell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 169 ss.

³² Si trattava, in verità, di una nuova forma di assistenza "non rogatoriale" giacché la trasmissione del mandato tra le autorità centrali non era scomparsa del tutto ma limitata ad ipotesi eccezionali a seconda del tipo di organizzazione dell'ordinamento giudiziario interno. Ravvisa nel filtro delle autorità centrali una funzione di supporto tecnico-amministrativo, G. DE AMICIS, *Il mandato europeo di ricerca delle prove*, cit., p. 3033.

riconoscimento, e le norme applicabili alla successiva fase di trasferimento dei mezzi di prova, quelle in tema di assistenza giudiziaria, con evidente asimmetria tra le rispettive procedure. Nella prima fase, il bene veniva bloccato, fatta salva la possibilità di opporre pochi e tassativi motivi di rifiuto, quasi automaticamente ma il suo successivo trasferimento era rimesso, invece, ad una valutazione ampiamente discrezionale, tipica del regime di mutua assistenza³³.

Non solo. L'ordine di congelamento presupponeva, in capo all'autorità giudiziaria *a quo*, la conoscenza circa l'esatta ubicazione del bene, in mancanza della quale le relative attività di ricerca potevano essere veicolate esclusivamente attraverso il canale intergovernativo o mediante l'emissione del mandato di ricerca della prova³⁴. In altri termini, era preclusa la facoltà di richiedere all'autorità giudiziaria *ad quem* il compimento di indagini e ricerche per accertare la localizzazione del bene da sequestrare.

Nel tentativo, così, di superare i limiti applicativi sottesi alla decisione quadro sul congelamento dei beni, veniva adottata la decisione quadro 2008/978/GAI del Consiglio sul mandato europeo di ricerca delle prove (MER). Obiettivo di siffatto strumento era, infatti, quello di ricercare, acquisire e successivamente trasferire prove documentali e dati informativi, senza imporre, a tal fine, un preliminare provvedimento di blocco o sequestro³⁵. Esso veniva utilizzato per acquisire, in particolare, oggetti, documenti e dati già in possesso dell'autorità di esecuzione prima dell'emissione del mandato o scoperti nel corso dell'esecuzione del mandato stesso.

Dovevano, invece, ritenersi escluse dal campo di applicazione del mandato l'acquisizione delle prove dichiarative, la captazione di comunicazioni e, altresì, tutte le prove non ancora esistenti o non direttamente disponibili³⁶, a cui restavano applicate le tradizionali procedure di assistenza giudiziaria.

A tacer d'altro, poi, in tale panorama normativo, di per sé già complesso ed articolato, venivano a confluire anche tutti quei provvedimenti investigativi che tradizionalmente transitavano per il canale intergovernativo: dalla Convenzione europea di Strasburgo del 20 aprile 1959, in materia di assistenza giudizia-

³³ Sottolinea l'asimmetria di una procedura a due velocità, G. IUZZOLINO, *Il congelamento dei beni da sottoporre a sequestro e confisca*, cit., p. 29 ss.

³⁴ Evidenzia la necessità dell'esatta ubicazione del bene per poter invocare l'ordine di congelamento, D. SERVI, *Sequestro e confisca nell'Unione europea: il panorama sopranazionale*, cit., p. 102.

³⁵ Per le implicazioni di tale strumento nella legislazione spagnola, M.A. RUIZ ALBER, in questo Volume, *infra*.

³⁶ Quando, tuttavia, le informazioni relative alle comunicazioni intercettate, agli interrogatori dei sospetti, alle dichiarazioni di testimoni ed ai risultati di analisi del DNA risultavano già in possesso dell'autorità giudiziaria era possibile applicare il mandato europeo di ricerca della prova poiché tali dati erano stati già raccolti prima dell'emissione del mandato stesso.

ria penale, alla Convenzione di Bruxelles del 29 maggio 2000³⁷. Tali Convenzioni, ispirate al principio di mutua assistenza, postulavano un livello molto basso di integrazione dei sistemi processuali coinvolti, assicurando il massimo rispetto della sovranità di ciascuno Stato interessato e, di conseguenza, il massimo rispetto delle relative regole probatorie.

La compresenza di strumenti di assistenza e di cooperazione giudiziaria, per giunta retti su presupposti disomogenei, finiva per rendere «gravosa l'applicazione delle norme ed ingenerare confusione tra gli operatori del diritto, che in alcuni casi non individuano lo strumento più adeguato per la prova ricercata»³⁸. Per un verso, le tradizionali forme di assistenza rogatoria apparivano troppo lente e poco efficaci, per altro verso, la sfera di operatività del mutuo riconoscimento lasciava ancora considerevoli vuoti applicativi.

In risposta, così, all'esigenza di restituire intima coerenza al quadro normativo in materia di raccolta ed acquisizione della prova, la nuova direttiva 2014/41 relativa all'ordine europeo d'indagine penale, introduce, all'esito di un lungo negoziato³⁹, un unico strumento investigativo valido per qualsiasi tipo di prova in virtù della sua omnicomprensività.

³⁷ Firmata il 29 maggio 2000 a Bruxelles, la Convenzione è pubblicata in *GUCE*, 12 luglio 2000, C-197, p. 1. Questa, nonostante il superamento del filtro ministeriale a vantaggio di forme di assistenza più veloci e snelle, continuava ad incontrare non poche resistenze da parte degli Stati, in considerazione di motivi che trascendevano spesso il contesto strettamente giuridico e confluivano nell'ambito delle relazioni politiche internazionali. Per un quadro generale sugli strumenti tipici del regime di assistenza giudiziaria, v. L. SALAZAR, *La nuova Convenzione sull'assistenza giudiziaria in materia penale (I)*, in *Dir. pen. e proc.*, 2000, p. 1534 ss.; L. SALAZAR, *La nuova Convenzione sull'assistenza giudiziaria in materia penale (II)*, in *Dir. pen. e proc.*, 2000, p. 1664 ss.; E. SELVAGGI, *Una ratifica in tempi rapidi dell'accordo per assicurare l'operatività dello strumento*, in *Guida dir.*, 22/2000, p. 108 ss.

³⁸ Preoccupazioni espresse nel Libro Verde sulla ricerca delle prove in materia penale tra Stati Membri e sulla garanzia della loro ammissibilità, COM (2009) 624 definitivo e ribadite, altresì, dal Programma di Stoccolma – Un'Europa aperta e sicura al servizio e a tutela dei cittadini, cit., secondo cui occorre perseguire ulteriormente «l'istituzione di un sistema generale di acquisizione delle prove nelle cause aventi dimensione transfrontaliera, basato sul principio di riconoscimento reciproco» giacché gli strumenti esistenti nel settore costituivano «una disciplina frammentaria». Di questa opinione, M. DANIELE, *Ricerca e formazione della prova. Profili generali*, in R.E. KOSTORIS (a cura di), *Manuale di procedura penale*, cit., p. 368, secondo il quale, infatti, «l'aspetto maggiormente contestato riguarda la coesistenza di strumenti giuridici eterogenei, tale da creare incertezze interpretative nell'individuazione del mezzo istruttorio più corretto da impiegare di volta in volta».

³⁹ La direttiva vede la luce dopo un travagliato iter normativo, iniziato con una proposta del Parlamento e del Consiglio europeo, presentata il 29 aprile 2010 da otto Paesi Membri (Belgio, Bulgaria, Estonia, Spagna, Lussemburgo, Austria, Slovenia e Svezia) e pubblicata in *GUUE*, 24 giugno 2010, C 165. Tra i commenti della proposta di direttiva, cfr. A. MANGIARACINA, *A New and Controversial Scenario in the Gathering of Evidence at the European Level: The Proposal for a Directive on the European Investigation Order*, in *Utrecht Law Review*, n. 1, 2014, p. 119 ss.; S. RUGGERI, *Introduction to the Proposal of a European Investigation Order: Due Process Concerns*

Obiettivo principale della presente direttiva è, infatti, la sostituzione⁴⁰ di tutti gli strumenti di assistenza e cooperazione giudiziaria esistenti in tema di raccolta della prova e la conseguente instaurazione di un sistema investigativo unitario che, «pur ispirandosi al principio del riconoscimento reciproco, tenga conto altresì della flessibilità del sistema tradizionale di assistenza giudiziaria»⁴¹.

3. Difficile equilibrio tra riconoscimento reciproco e mutua assistenza

Ed è proprio lungo le due direttrici del reciproco riconoscimento e dell'assistenza giudiziaria che si snoda il testo della direttiva in esame, la cui struttura appare il frutto della combinazione di logiche sottese al mutuo riconoscimento e alla realtà intergovernativa.

Ispirato al principio del mutuo riconoscimento, il nucleo centrale della presente direttiva ruota intorno all'emissione, da parte di un'autorità competente di uno Stato membro – “Stato di emissione” – e alla conseguente esecu-

and Open Issues, in ID. (a cura di), *Transnational Evidence and Multicultural Inquiries in Europe*, Cham-Heidelberg-New York-Dordrecht-London, 2014, p. 3 ss.; G. FIORELLI, *Nuovi orizzonti investigativi: l'ordine europeo di indagine penale*, in *Dir. pen. e proc.*, 2013, p. 705 ss.; D. SAYERS, *The European Investigation Order. Travelling without a 'roadmap'*, in *CEPS – Liberty and Security in Europe*, June, 2011, p. 1 ss.; F. ZIMMERMANN-S. GLASER-A. MOTZ, *Mutual Recognition and its Implications for the Gathering of Evidence in Criminal proceedings: a Critical Analysis of the Initiative for a European Investigation Order*, in *European Criminal Law Review*, 2011, p. 77; M. MARCHETTI, *Dalla Convenzione di assistenza giudiziaria in materia penale dell'Unione europea al Mandato europeo di ricerca delle prove e all'ordine europeo d'indagine penale*, in T. RAFARACI (a cura di), *La cooperazione di polizia e giudiziaria*, cit., p. 135 ss.; M.M. PISANI, *Problemi di prova in materia penale. La proposta di direttiva sull'Ordine europeo di indagine*, in *Arch. pen.*, 2011, n. 3, p. 925 ss.; G. DE AMICIS, *L'ordine europeo di indagine penale*, in *www.europeanrights.eu*, 15 luglio 2010, p. 1 ss.; L. PULITO, *La circolazione della prova penale in Europa dopo il Trattato di Lisbona*, in *Giust. pen.*, 2010, I, p. 381 ss.; S. PEERS, *The Proposed European Investigation Order*, in *Statewatch Analysis*, in *www.statewatch.org/analyses/no-112-eu-eio-update.pdf.*, 2010; G. DARAIO, *La circolazione della prova nello spazio giudiziario europeo*, cit., p. 579 ss.

⁴⁰ Secondo quanto previsto dall'art. 34 della direttiva, «fatta salva la loro applicazione tra Stati membri e Stati terzi e la loro applicazione temporanea in virtù dell'articolo 35, la presente direttiva sostituisce, a decorrere dal 22 maggio 2017, le corrispondenti disposizioni delle seguenti Convenzioni applicabili tra gli Stati membri vincolati dalla presente direttiva: a) Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale del Consiglio d'Europa, del 20 aprile 1959, i relativi due protocolli aggiuntivi e gli accordi bilaterali conclusi a norma dell'articolo 26 di tale Convenzione; b) Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen; c) Convenzione relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea e relativo protocollo» e le disposizioni della decisione quadro 2008/978/GAI. Sostituisce, inoltre, le disposizioni della decisione quadro 2003/577/GAI, per quanto riguarda il sequestro probatorio.

⁴¹ Così, il considerando n. 6 della direttiva in esame richiama quanto espresso dal Programma di Stoccolma.

zione, dall'autorità competente di un diverso Stato membro – “Stato di esecuzione”⁴² – di un provvedimento a che siano compiuti «atti di indagine»⁴³ specifici ai fini dell'acquisizione di prove.

Quali sono, allora, gli atti investigativi a cui viene applicata la direttiva? Questa, nel tentativo di colmare i vuoti applicativi dei precedenti strumenti d'indagine⁴⁴, non si limita più alla sola acquisizione di prove già esistenti ma si estende, altresì, al compimento di un ampio ventaglio di atti investigativi e, in particolare, alle audizioni di testimoni, indiziati e periti in videoconferenza e teleconferenza, alle ispezioni corporali, al prelievo di campioni biologici ed impronte digitali, al controllo dei movimenti sui conti bancari, inclusa l'acquisizione di informazioni sulle transazioni effettuate in passato ed il monitoraggio continuo delle operazioni future⁴⁵, ad eccezione delle sole prove acquisite nell'ambito delle squadre investigative, a cui continua ad applicarsi il regime di assistenza giudiziaria esistente.

Poiché un simile ampliamento del raggio d'indagine impone procedure snelle e flessibili, a partire dalla stessa forma e contenuto⁴⁶, l'ordine viaggia attraverso

⁴² All'art. 2 della presente direttiva, per “autorità di emissione” s'intende un giudice, un organo giurisdizionale, un magistrato inquirente, un Pubblico Ministero competente nel caso interessato oppure qualsiasi altra autorità competente definita dallo Stato di emissione che, nel caso specifico, agisca in qualità di autorità inquirente nei procedimenti penali e sia competente a disporre l'acquisizione di prove in base alla legislazione nazionale. Diversamente, per “autorità di esecuzione” s'intende un'autorità competente a riconoscere o a eseguire un ordine investigativo europeo, conformemente alla presente direttiva, in un caso nazionale analogo.

⁴³ Occorre precisare, però, che l'espressione «atti di indagine» deve ritenersi comprensiva anche dei mezzi di prova, di per sé estranei agli atti investigativi a cui sembrerebbe fare esclusiva menzione il testo della direttiva. A sottolineare la necessità di esplicitare il significato lessicale di «atti di indagine», si veda A. MANGIARACINA, *A New and Controversial Scenario in the Gathering of Evidence at the European Level: The Proposal for a Directive on the European Investigation Order*, cit., p. 120 e R. BELFIORE, *Riflessioni a margine della direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 3298, nt. 4.

⁴⁴ Secondo quanto evidenziato dalla stessa direttiva in esame, ai considerando n. 3, 4 e 5, «il quadro esistente per l'acquisizione delle prove è troppo frammentario e complesso. È pertanto necessaria una nuova impostazione». In questo senso, la creazione di un modello investigativo unitario prende le mosse proprio dai limiti applicativi dei precedenti strumenti investigativi ispirati al principio del mutuo riconoscimento.

⁴⁵ L'ordine trova, così, applicazione a tutti gli atti d'indagine finalizzati all'acquisizione della prova, compresi quelli esclusi dal mandato europeo di ricerca della prova: accanto ad un regime unico per l'acquisizione di prove, la direttiva disciplina alcuni specifici atti d'indagine, quali – ad esempio – il trasferimento temporaneo di persone detenute, l'audizione in videoconferenza o in teleconferenza, il monitoraggio delle transazioni bancarie, le consegne controllate o le operazioni di infiltrazione.

⁴⁶ Indicativo, a tal riguardo, che la forma utilizzata per dare immediata esecuzione ad un provvedimento formato all'estero sia quella dell'“ordine”, a differenza della “richiesta” tipicamente impiegata nel regime di mutua assistenza.

so un modulo standardizzato, conformemente a quanto previsto per le misure ispirate al principio del mutuo riconoscimento.

Tuttavia, appena s'intende dare esecuzione all'ordine europeo, emergono alcuni profili che ricordano la logica sottesa al regime di mutua assistenza.

Ci si riferisce, anzitutto, alla soluzione di compromesso, già precedentemente adottata dalla decisione quadro 2008/978/GAI, relativa al mandato europeo di ricerca delle prove, e riprodotta nell'art. 9 della direttiva esaminata. In particolare, la disposizione appena richiamata, dopo aver imposto all'autorità di esecuzione il riconoscimento dell'ordine «senza imporre ulteriori formalità» e «secondo le stesse modalità con cui procederebbe se l'atto d'indagine in questione fosse stato disposto da un'autorità dello Stato di esecuzione» (art. 9, § 1), prevede, al secondo paragrafo, che l'autorità di esecuzione debba attenersi «alle formalità e alle procedure espressamente indicate dall'autorità di emissione, salvo la presente direttiva disponga altrimenti, sempre che tali formalità e procedure non siano in conflitto con i principi fondamentali del diritto dello Stato di esecuzione» (art. 9, § 2).

Se la prima parte traduce, in termini giuridici, il principio del mutuo riconoscimento, obbligando lo Stato d'esecuzione a compiere, senza indugio, l'atto investigativo richiesto secondo le procedure espressamente indicate dall'autorità dello Stato d'emissione – alla stessa stregua, cioè, di un atto investigativo “domestico” – la seconda parte, invece, sembra concedere maggiori spazi applicativi alle regole dello Stato in cui le prove sono situate (*lex loci*). Si tratta, in altri termini, di una forma ibrida⁴⁷ tra *lex loci* e *lex fori* alla stregua della quale trovano applicazione le regole probatorie vigenti nello Stato in cui si svolge il processo (*lex fori*) finché queste ultime non entrino in conflitto con i «principi fondamentali di diritto»⁴⁸ dello Stato d'esecuzione. Appare chiara la finalità di questa deroga al principio del mutuo riconoscimento: «tutelare al massimo grado la sovranità nazionale, assicurando che le prove siano acquisite in base alle regole che attuano i bilanciamenti tra i valori considerati preferibili dal legislatore dello Stato in cui esse sono reperibili»⁴⁹.

⁴⁷ In questo senso, M. DANIELE, *Ricerca e formazione della prova. Profili generali*, in R.E. KOSTORIS (a cura di), *Manuale di procedura penale*, cit., p. 364.

⁴⁸ Non sfuggono gli inconvenienti provenienti dall'indeterminatezza dell'espressione “principi fondamentali di diritto”, giacché a seconda dell'interpretazione che viene data a siffatto concetto si finisce per legittimare, di fatto, l'applicazione delle regole probatorie vigenti nello Stato in cui si trova la prova, a detrimento del reciproco riconoscimento.

⁴⁹ Così, M. DANIELE, *La metamorfosi del diritto delle prove nella direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 3, il quale evidenzia gli effetti della prevalenza della *lex loci* sulla struttura delle regole probatorie nazionali, che «vengono applicate integralmente, come se l'acquisizione della prova riguardasse un processo interno».