

LA DIRETTIVA 2014/41/UE SULL'ORDINE EUROPEO DI INDAGINE PENALE (PARTE PRIMA) (*)

di **Caroline Peloso**

Abstract

Nell'ambito del progetto «EIO-LAPD» finanziato dall'Unione europea, alcune Università ed istituzioni europee sono incaricate di verificare l'implementazione dell'Ordine europeo di indagine penale (OEI) introdotto dalla Direttiva 2014/41/UE (1). Il progetto, a qualche anno di distanza dalla creazione dello strumento in materia probatoria transazionale, intende realizzare un'analisi comparata delle legislazioni nazionali che hanno dato attuazione alla Direttiva europea e, soprattutto, promuovere la conoscenza delle difficoltà e problematiche pratiche riscontrate dai professionisti (magistrati e avvocati) che hanno utilizzato l'EIO. Tali fasi sono preordinate alla successiva redazione di linee guida sull'utilizzo dell'OEI le quali costituiranno un supporto di grande utilità e chiarezza per rendere lo strumento di facile e concreta utilizzazione all'interno dei Paesi membri.

La Direttiva europea 2014/41/UE, il contesto di adozione e gli obiettivi perseguiti restano centrali in questa materia anche dopo che il legislatore italiano ha dato attuazione alla normativa comunitaria con il D.L.vo 108 del 2017 (2), sul quale la Corte di Cassazione ha già avuto modo di pronunciarsi a più riprese.

As being part of the "EIO-LAPD" project funded by the European Union, several European universities and institutions are working on the subject of the European Criminal Investigation Order (EIO) introduced by Directive 2014/41/EU. The project, a few years after the creation of the tool on transactional evidence, aims to conduct a comparative analysis of national laws that implemented the European Directive and raise the awareness of the practical difficulties and problems of professionals (judges and lawyers) who use the EIO. These steps are set for the subsequent drafting of guidelines on the use of the EIO, which will be a very useful and clear support to facilitate the instrument's practical use within the member countries.

The European Directive 2014/41/EU, the context of adoption and the followed objects remain central in this matter even after the Italian legislator has implemented the European legislation by the Legislative Decree n. 108 of 2017, on which the Court of Cassation has already had the opportunity to pronounce on several occasions.

SOMMARIO

1. Il contesto europeo a favore di una rafforzata cooperazione in materia probatoria. 2. L'OEI come espressione di uno strumento innovativo di cooperazione transfrontaliera. 3. Un principio di mutuo riconoscimento ridimensionato dalla scansione temporale della procedura di esecuzione e dall'inquadramento della valutazione attuata dalle autorità competenti. 4. European Investigation Order e il rispetto dei diritti fondamentali. 5. I limiti all'ordine europeo di indagine penale: motivi di rifiuto e impugnazioni. 6. Riflessioni conclusive.

1. Il contesto europeo a favore di una rafforzata cooperazione in materia probatoria

La Direttiva 2014/41/UE del 3 aprile 2014, istitutiva dell'Ordine europeo di indagine penale (OEI), è il risultato di una lunga gestazione europea che, a partire dalle indicazioni provenienti dalla Commissione europea del novembre 2009, quando fu presentato il «Libro verde sulla ricerca delle prove e sulla garanzia della loro ammissibilità» (3), ha manifestato una volontà comune di superare le importanti difficoltà che accompagnavano la circolazione delle prove penali nell'ambito transfrontaliero. Si constata infatti frequentemente una certa frammentarietà delle fonti normative in materia di cooperazione probatoria (4) e anche se l'Unione europea aveva già tentato di creare strumenti alternativi al complesso sistema delle rogatorie i risultati ottenuti risultavano ancora per molti versi deludenti (5).

Alcuni degli strumenti europei adottati nell'ambito della cooperazione probatoria mostravano, in effetti, limiti rilevanti: la Decisione Quadro 2003/577/GAI, che intendeva dare rapida esecuzione in ogni Stato membro ai provvedimenti giudiziari di sequestro probatorio, non aveva risolto le difficoltà nella fase del successivo trasferimento del materiale sequestrato, posto che tale passaggio rimaneva sottoposto alle tradizionali procedure di assistenza giudiziaria (6). La Decisione Quadro 2008/978/GAI, che aveva invece delineato il mandato europeo di ricerca della prova, diretto all'acquisizione di oggetti, documenti e dati da utilizzare nei procedimenti penali, aveva un'operatività limitata all'acquisizione delle sole prove precostituite già nella disponibilità dell'autorità di esecuzione (7). Gli strumenti di cooperazione probatoria erano tuttavia nel tempo significativamente moltiplicati, tanto a livello soprannazionale quanto a livello nazionale, ed appariva sempre più forte l'esigenza di realizzare un maggiore coinvolgimento delle istituzioni dei singoli Stati membri per indurre le autorità nazionali ad un dialogo diretto attraverso forme orizzontali di cooperazione.

L'iniziativa europea volta a introdurre un nuovo ed unitario meccanismo di cooperazione probatoria, destinato a sostituire i precedenti, aveva dunque la sua necessaria premessa nel contesto di frammentarietà delle fonti, nonché nella volontà di consacrare, quale pietra angolare di tali rinnovati rapporti, il principio del mutuo riconoscimento basato sulla fiducia reciproca tra i diversi sistemi nazionali (8), chiamati a realizzare gli obiettivi di libertà,

sicurezza e giustizia nel rispetto dei diritti fondamentali stabiliti dalla Carta di Nizza (9). È così che la proposta agli Stati membri di elaborare un sistema generale di acquisizione probatoria basato sul reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie fu accolta favorevolmente, agevolando la creazione di un nuovo istituto di cooperazione la cui maggiore specificità risiede sia nella capacità di porre in relazione diretta le autorità giudiziarie di ogni Paese, sia nell'applicazione di un principio di mutuo riconoscimento che investe qualunque mezzo di prova o di ricerca della prova. La maggior parte degli Stati membri ritenevano peraltro prematura l'idea dell'introduzione, a livello europeo, di norme comuni per la raccolta delle prove. D'altra parte, l'introduzione dell'OEI rappresenta già un progetto alquanto ambizioso, considerato che la materia della ricerca e della formazione della prova, che è il frutto di un lungo iter processuale costituito dalla ricerca, ammissione, assunzione e valutazione delle prove, costituisce una vera «fattispecie processuale complessa» (10), posta al cuore del sistema processuale di ogni Stato. La materia probatoria esprime un temperamento tra l'esigenza di accertamento dei fatti, la tutela dell'individuo e l'efficienza del procedimento (11), che si attua nella codificazione di precise regole relative all'acquisizione degli elementi probatori e della loro utilizzabilità: regole che appartengono, di norma, alla sovranità dello Stato. Pertanto, rispetto all'idea di imporre regole probatorie comuni si preferiva favorire il principio del mutuo riconoscimento proprio al fine di garantire la salvaguardia delle diversità dei principi che caratterizzano i diversi ordinamenti europei senza promuoverne un definitivo superamento (12).

La Direttiva 2014/41, che ha introdotto lo strumento dell'OEI, sembra dunque tentare di coniugare la posizione dei diversi Paesi membri rispetto a questi temi: invocando la fiducia reciproca, viene semplificato e velocizzato l'iter che, all'interno dell'Unione europea, conduce al riconoscimento dei provvedimenti giudiziari in tema di prova e si introduce uno strumento che sancisce il definitivo superamento dei precedenti strumenti di cooperazione probatoria. L'attuazione della Direttiva sull'OEI ha infatti determinato la sostituzione della Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale del 1959, della Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen e della Convenzione relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale del 2000 e il suo protocollo addizionale, superando altresì la decisione quadro 2003/577/GAI sul blocco di beni e il sequestro probatorio (13). È stato così sancito il superamento della molteplicità di strumenti in materia di raccolta probatoria transnazionale, mentre il sistema rogatorio viene limitato unicamente alle domande di assistenza relative a settori non specificamente disciplinati dall'OEI o nei rapporti di cooperazione con i Paesi che non hanno aderito alla Direttiva o che non appartengono all'Unione (14).

2. L'OEI come espressione di uno strumento innovativo di cooperazione transfrontaliera

Lo schema normativo dell'OEI opera quale strumento di cooperazione orizzontale: esso costituisce infatti una «decisione giudiziaria» emessa dall'autorità competente di uno Stato membro («Stato di emissione») per «compiere uno o più atti di indagine specifici» in un altro Stato membro («Stato di esecuzione») «ai fini di acquisire prove».

La peculiarità dell'OEI ruota, in primo luogo, attorno al fatto che esso assicura un rapporto diretto tra le autorità giudiziarie di emissione e di esecuzione, come dimostra il fatto che i controlli governativi appaiono del tutto opzionali e rimessi alla volontà di ciascuno Stato (il quale può decidere se affiancare l'autorità giudiziaria da un organo politico o meno). Quale primario effetto dell'applicazione del mutuo riconoscimento, viene meno dunque il filtro del controllo politico che generalmente contraddistingue le forme di assistenza giudiziaria: le «autorità centrali» sono infatti state relegate al ruolo di supporto tecnico-amministrativo e il §3 dell'art. 7 riconosce la possibilità che esse siano designate anche per la trasmissione e la ricezione degli ordini di indagine penale e la relativa corrispondenza ufficiale.

In secondo luogo, l'ambito dello strumento di cooperazione giudiziaria riguarda l'acquisizione probatoria transnazionale di «qualsiasi atto d'indagine» (art. 3) e l'istituzione di una squadra investigativa e l'acquisizione di prove nell'ambito di tale squadra sono espressamente esclusi. L'utilizzo di un generico riferimento agli «atti di indagine» compiuti al fine di acquisire indistintamente delle «prove» è privo di precisazioni volte a distinguere gli atti probatori formati durante la fase investigativa da quelli dibattimentali. La formula ampia utilizzata nella Direttiva fa sì che sia possibile un riferimento a vari tipi di ordinamento processuale, spettando poi alle singole legislazioni nazionali, in sede di recepimento, precisare eventuali limiti all'utilizzo delle «prove» ottenute. Ciò dipende dal fatto che, com'è noto, nel variegato panorama giuridico europeo coesistono discipline processuali che separano nettamente la fase preliminare da quelle del giudizio vero e proprio (ad esempio l'Inghilterra e l'Italia) e altre, basate sul sistema misto, in cui la prova utilizzabile per pronunciare la sentenza conclusiva del giudizio può tendenzialmente formarsi già durante la fase istruttoria predibattimentale (come in Francia e Germania) (15).

Appare inoltre apprezzabile l'allargamento della richiesta di emissione di un OEI anche all'indagato, all'imputato e ai difensori, sebbene la Direttiva si limiti ad indicare che tale richiesta debba avvenire nel quadro dei diritti della difesa e conformemente al diritto processuale penale interno (16). Nulla è invece previsto per quanto riguarda la vittima e questa assenza può certo destare delle perplessità.

La Direttiva prevede, inoltre, specifiche disposizioni per determinati atti di indagine, la cui importanza è fondamentale se si considera che, con riferimento a tali atti, il principio di immediatezza che connota il rapporto tra la fonte di

prova e il giudice chiamato a pronunciarsi sul merito della causa, è essenziale (17). Tali specifici atti corrispondono al trasferimento temporaneo nello Stato di emissione di persone detenute (art. 22), alle audizioni mediante videoconferenza (art. 24) o conferenza telefonica (art. 25), che consentono che la prova venga raccolta dalle autorità di emissione, nel rispetto della legge dello Stato del procedimento, con l'ausilio delle competenti autorità di esecuzione, alle intercettazioni di telecomunicazioni (artt. 30 e 31). Viene inoltre ammesso che l'OEI venga emesso per ottenere informazioni relative a conti bancari e altri conti finanziari (art. 26); informazioni relative a operazioni bancarie e altre operazioni finanziarie (art. 27); e l'esecuzione di atti di indagine che implicano l'acquisizione di elementi di prova in tempo reale, in modo continuo e per un periodo determinato (art. 28) (18). Rimangono invece fuori dal raggio della Direttiva le squadre investigative comuni e l'acquisizione di prove nel loro ambito (art. 3).

La natura diretta dei rapporti tra le autorità di emissione e di ricezione dell'OEI, nonché l'ampio oggetto su cui esso può vertere, si accompagnano a termini stringenti per il riconoscimento e l'esecuzione dell'OEI in quanto, ai sensi dell'art. 12 §3, la decisione sul riconoscimento o sull'esecuzione è adottata il più rapidamente possibile e comunque, fatto salvo il §5, entro trenta giorni dalla ricezione dell'OEI da parte dell'autorità di esecuzione competente e, in ogni caso, con la stessa celerità e priorità usate in un caso interno analogo.

L'insieme della procedura si concretizza poi, materialmente, nella compilazione, da parte delle autorità, di moduli prestampati allegati alla Direttiva che possono tuttavia essere forieri di difficoltà pratiche all'atto del riempimento, visti i termini generici impiegati dal testo. La Direttiva 2014/41 attribuisce infatti la scelta in merito all'atto di indagine da eseguire all'autorità di emissione, che «è nella migliore posizione per decidere, in base alla sua conoscenza dei dettagli dell'indagine interessata, a quali atti ricorrere» e che soprattutto dovrà poi avvalersi dei risultati probatori eventualmente ottenuti (Considerando, punto n. 10).

In particolare, la Corte di giustizia, chiamata a pronunciarsi su un rinvio pregiudiziale relativamente all'interpretazione di alcune disposizioni della Direttiva 2014/41, ha fornito maggiori precisazioni di taglio pratico in riferimento alla modalità di compilazione del modulo A, sezione J. L'articolo 5 del testo europeo presuppone che il modulo sia completato dall'autorità di emissione certificando l'esattezza delle informazioni in esso contenute e, in particolare, la sezione J prevede che l'autorità di emissione indichi «se è stato già fatto ricorso a mezzi di impugnazione contro l'emissione di un OEI e, in caso affermativo, [che essa fornisca la] (descrizione del mezzo d'impugnazione, compresi necessari passi da intraprendere e termini)». La Corte di giustizia ha dunque interpretato il citato art. 5, comma 1, nel senso che l'autorità di emissione non deve, al momento dell'emissione dell'OEI indicare i mezzi di im-

pugnazione previsti nello Stato membro contro di esso, ma indicare solo quelli che, eventualmente, siano stati effettivamente esperiti (19).

3. Un principio di mutuo riconoscimento ridimensionato dalla scansione temporale della procedura di esecuzione e dall'inquadramento della valutazione attuata dalle autorità competenti

Al di là dei tratti innovativi fin qui descritti, la Direttiva non ha tuttavia recepito integralmente la logica del mutuo riconoscimento che esigerebbe che ciascuno Stato adottasse in modo automatico i provvedimenti degli altri Stati, in virtù dell'applicazione del principio della *lex fori* (20). Il testo europeo non attua un'unificazione delle legislazioni visto che la cooperazione di tipo orizzontale lascia permanere, in capo a ciascuno Stato, l'applicabilità delle regole interne, mirando così ad istituire un sistema di raccolta transnazionale che, pur ispirandosi al principio del mutuo riconoscimento, «tenga conto altresì della flessibilità del sistema tradizionale di assistenza giudiziaria».

Varie disposizioni inquadrano l'emissione e l'esecuzione dell'OEI, il quale può essere emesso solo nell'ambito dei procedimenti indicati dall'art. 4 della Direttiva e viene trasmesso direttamente all'autorità competente per il suo riconoscimento e la sua esecuzione (art. 7). L'autorità di esecuzione, che corrisponde al giudice, al pubblico ministero o a qualsiasi altra «autorità inquirente» che, nell'ambito di un procedimento penale, sia «competente a disporre l'acquisizione di prove», pur tuttavia, in quest'ultimo caso, a condizione che l'ordine emesso sia comunque convalidato da uno dei soggetti sopra indicati (art. 2, lett. c), non è dunque tenuta ad attuare automaticamente l'OEI, ma deve sottoporlo ad una serie di controlli garantiti da determinati soggetti processuali secondo una sequenza temporale che prevede la ricezione, il riconoscimento e l'esecuzione, così come risulta dagli articoli 6, 7 e 8 della Direttiva.

L'importanza della scansione temporale, quale emerge dalla normativa comunitaria, è stata peraltro recepita dalla disciplina nazionale italiana di attuazione che sottolinea, in particolare, come il momento del riconoscimento sia fase essenziale nel processo di recepimento dell'OEI. La Corte di Cassazione italiana ha infatti censurato a più riprese la svalutazione del decreto di riconoscimento attuata dalle autorità giudiziarie nazionali, ricordando proprio il ruolo centrale della fase del riconoscimento nell'esecuzione dell'OEI e nella sua successiva opposizione a salvaguardia dei diritti della difesa (21). Questa tendenza a «sminuire» la fase di riconoscimento, favorita da certi lassismi in passato tollerati con le rogatorie e motivato dalla volontà di efficienza e rapidità nella raccolta delle prove (22), pare per certi versi criticabile. Il riconoscimento, e la Corte lo ricorda, non appare infatti come un automatismo, ma è il frutto di un'attenta ponderazione circa legittimazione dell'autorità di emissione, le ragioni ostative al suo riconoscimento, la completezza dell'ordine, il rispetto del principio di proporzionalità; sicché, solo se la fase del riconoscimento

è correttamente attuata, è possibile procedere ad un eventuale opposizione al decreto di riconoscimento dell'OEI che costituisce fase di estrinsecazione del diritto di difesa dell'interessato che contesti un qualche vizio dell'OEI o del suo riconoscimento diretto a bloccare l'esecuzione e il trasferimento all'estero del materiale probatorio (23).

Così ricordata la valenza essenziale dei vari momenti temporali in cui si fraziona l'attività di esecuzione dell'EIO, appare fondamentale anche la valutazione che, tanto l'autorità di emissione che l'autorità di esecuzione, devono compiere in ordine all'atto di indagine richiesto.

Alle autorità di emissione è infatti attribuito un duplice vaglio risultante dall'art. 6, §1 da effettuare caso per caso: in primo luogo, l'emissione deve essere «necessaria e proporzionata rispetto ai fini del procedimento» (lett. a), tenuto conto anche dei diritti dell'indagato o dell'imputato: sembra quindi che il compimento dell'atto investigativo richiesto debba essere determinante per la prosecuzione delle indagini o, comunque, per orientare la decisione del pubblico ministero in merito all'esercizio dell'azione penale; inoltre, non devono esistere strumenti meno gravosi che permetterebbero di ottenere il risultato probatorio a cui mira l'autorità inquirente.

In secondo luogo, l'attività investigativa oggetto dell'OEI deve poter essere eseguita «alle stesse condizioni in un caso interno analogo» (art. 6, lett. b). Ne deriva che l'autorità di emissione non potrà aggirare le proprie regole processuali nazionali chiedendo ad altri di compiere un atto che, secondo il proprio ordinamento processuale, le è vietato in assoluto o a parità di circostanza (24).

Queste valutazioni appaiono, in pratica, come insindacabili da parte dell'autorità di esecuzione, che può soltanto avviare una sorta di consultazione in merito all'«importanza di eseguire l'OEI» conformemente all'art. 6 §2, ed è proprio su questo aspetto che alcune delegazioni di Stati membri (25) hanno espresso la preoccupazione che i risultati del giudizio di necessità e proporzionalità possano non essere condivisibili dallo Stato di esecuzione in base al proprio diritto interno.

Le suddette preoccupazioni sono attenuate dalle previsioni degli artt. 9 e 10 della Direttiva stessa che tentano un bilanciamento tra le esigenze probatorie dello Stato di emissione e l'importanza di preservare le prerogative dello Stato di esecuzione (26). L'autorità di esecuzione gode infatti di altri poteri, ben più incisivi, nella fase di esecuzione dell'OEI: l'art. 9 §1 prevede che l'esecuzione dell'ordine di indagine avvenga «nello stesso modo e secondo le stesse modalità» che verrebbero seguite se l'atto fosse disposto da un'autorità interno: la prova viene così formata secondo le regole e le procedure dello Stato di esecuzione. Posto che le regole probatorie possono differire notevolmente fra gli Stati membri, sono stati previsti due correttivi già sperimentati per le rogatorie. Innanzitutto, così come stabilito pure dall'art. 4 della Convenzione relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli

Stati membri dell'Unione europea del 2000, l'autorità di esecuzione deve attenersi «alle formalità e alle procedure espressamente indicate dall'autorità di emissione», salvo che confliggano con i principi fondamentali del proprio diritto interno (art. 9 §2). Inoltre, ai sensi dell'art. 9 §4, uno o più rappresentanti dello Stato di emissione possono partecipare all'esecuzione dell'OEI «a sostegno» delle autorità competenti: questa espressione suggerisce un affiancamento, volto al controllo del rispetto di quelle formalità e procedure eventualmente richieste, e non un effettivo compimento congiunto dell'atto. Pertanto, sebbene il diritto applicabile resti quello della *lex loci*, si è comunque tentato di favorire l'utilizzabilità della prova nel procedimento instaurato presso lo Stato di emissione.

L'autorità di esecuzione può tuttavia ricorrere a un atto d'indagine «alternativo» quando l'atto richiesto non è previsto dal diritto dello Stato di esecuzione, o comunque non è esperibile in un caso interno analogo, e anche qualora il medesimo risultato possa essere realizzato «con mezzi meno intrusivi» (art. 10, §1 e §3) (27). Tuttavia, è comunque prevista una serie di atti, «che devono sempre essere disponibili», (art. 10, §2, lett. d), che costituiscono ipotesi di riconoscimento puro, e ai quali non si applicano neppure le due ipotesi di rifiuto dell'OEI (28).

Al di fuori delle predette ipotesi, l'autorità di emissione è del tutto inerte di fronte alle scelte di «surrogazione» del suo omologo nello Stato di esecuzione e potrà solo optare per un ritiro dell'OEI.

4. European Investigation Order e il rispetto dei diritti fondamentali

La Direttiva in esame contiene lo strumento che deve permettere alle autorità giudiziarie, siano esse di emissione o di esecuzione, di rispettare i principi di equivalenza e di proporzionalità previsti dagli articoli 52 e 53 della Carta di Nizza. Appare infatti centrale il controllo di proporzionalità che la Direttiva attribuisce tanto all'autorità di emissione quanto a quella di esecuzione e che si snoda attraverso le verifiche previste dai vari articoli: l'art. 1 §4 (il quale prevede che la Direttiva non ha l'effetto di modificare l'obbligo di rispettare i diritti fondamentali e i principi giuridici sanciti dall'art. 6 TFUE), l'art. 6 §1 lett. a (che impone una valutazione della proporzionalità dell'EIO da parte dell'autorità di emissione), l'art. 9 §2 (che fa riferimento al limite dei diritti fondamentali per quanto riguarda le modalità con cui l'autorità di esecuzione deve attuare l'OEI), l'art. 11 §1, lett. f (che contempla la violazione dei diritti fondamentali come motivo di rifiuto dell'OEI) e l'art. 10 §3 (per il quale l'autorità di esecuzione può ricorrere ad altro atto di indagine rispetto a quello richiesto quando l'atto scelto assicuri lo stesso risultato dell'atto richiesto nell'OEI ma con mezzi meno intrusivi). L'esigenza di un controllo di proporzionalità allude ad un «sindacato ampio e complesso, che coinvolge la idoneità, necessità e proporzionalità del dato probatorio, nella prospettiva di garantire la minore lesione possibile dei diritti fondamentali» (29).

Tra le valutazioni che l'autorità giudiziaria di esecuzione è chiamata dunque ad effettuare, assume rilievo fondamentale quella volta ad eliminare ogni sorta di conflittualità tra l'ordine europeo di indagine penale e i principi fondamentali del diritto interno (30). Il bilanciamento tra le esigenze investigative e il principio di proporzionalità sembra infatti trovare proprio nel principio di proporzionalità la sua massima espressione laddove esso impone l'utilizzo del mezzo più idoneo solo in quanto necessario al raggiungimento del fine, allo scopo di evitare una compressione intollerabile dei diritti fondamentali dell'interessato (31).

Occorre ricordare che l'evocazione da parte della Direttiva del principio di proporzionalità è conforme all'esigenza di bilanciamento che gli stessi Trattati UE impongono tra gli obiettivi dell'Unione e i diritti fondamentali, come tali previsti dal principio di equivalenza, di cui agli artt. 52 §3 e §4 e 53 della Carta di Nizza. Ne deriva che il diritto UE dovrebbe in linea di massima garantire 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, ovvero il sistema della CEDU, gli ordinamenti nazionali e l'ordinamento internazionale. Sussistono tuttavia delle ipotesi in cui la suddetta equivalenza tra livelli di protezione potrebbe essere realizzata solo a costo della vanificazione degli obiettivi dell'Unione. A tal riguardo, il principio di proporzionalità, espresso dall'art. 52 §1 della Carta di Nizza, fissa un metodo di controllo sulla corretta attuazione dei diritti fondamentali anche nell'ambito del processo penale. Il sacrificio imposto al diritto interno è allora giustificato quando la norma UE persegue «finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione» o l'«esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui»; in presenza di fattori di compensazione capaci di «rispettare il contenuto essenziale» del diritto fondamentale; o nei casi in cui la limitazione è strettamente «necessaria», non esistendo alternative meno invasive per il diritto fondamentale ugualmente capaci di assicurare l'obiettivo perseguito (32).

Nell'ambito della cooperazione giudiziaria la Corte di giustizia ha peraltro mostrato di voler favorire il primato e l'effettività del diritto dell'Unione, così come è avvenuto nelle sentenze Melloni e Radu. Nella prima, è stato ritenuto compatibile con i diritti di difesa e il diritto ad un equo processo (artt. 47 e 48 §2 Carta di Nizza) l'art. 4 bis della decisione-quadro sul mandato di arresto europeo, avendo la Corte del Lussemburgo ritenuto di non applicare lo standard di protezione più elevato previsto dal sistema spagnolo, secondo cui la consegna di una persona condannata in contumacia avrebbe potuto essere disposta solo laddove al condannato in absentia fosse stata concessa un'ulteriore possibilità di impugnare la decisione (33). Nella sentenza Radu, relativa al mandato di arresto europeo, la Corte di giustizia ha invece statuito che l'esecuzione di un mandato di arresto europeo emesso ai fini dell'esercizio dell'azione penale non potrebbe essere

rifutata per la sola ragione che il ricercato non sia stato preventivamente sentito dall'autorità di emissione. Sarebbero sufficienti dunque a garantire il rispetto del diritto all'equo processo, del diritto di difesa e del diritto alla libertà personale gli articoli della Decisione Quadro che prevedono l'audizione del ricercato da parte dell'autorità di esecuzione in seguito all'arresto (34).

Sarà dunque attraverso un'applicazione che tenga conto delle peculiarità del singolo caso concreto e sulla base delle regole nazionali in attuazione del testo europeo, che sarà possibile monitorare le decisioni delle autorità giudiziarie in materia di acquisizione probatoria sotto la lente dei principi di equivalenza e di proporzionalità. Sotto il profilo probatorio, il giudice nazionale passa, così, da un sistema fondato sulla legalità e la tassatività della fattispecie probatoria, a cui consegue la censura della invalidità, ad un sistema antiformalistico e sostanziale diretto ad apprezzare le concrete conseguenze lesive prodotte dall'atto probatorio sulle garanzie dei soggetti coinvolti (35).

5. I limiti all'ordine europeo di indagine penale: motivi di rifiuto e impugnazioni

La Direttiva, rispetto alla proposta originaria, arricchisce le ipotesi di rifiuto del riconoscimento prevedendo svariati motivi – tutti facoltativi – di non riconoscimento o di non esecuzione di un OEI: l'art. 11 fa riferimento a ipotesi di rifiuto quali il caso in cui il diritto dello Stato di esecuzione preveda immunità o privilegi ovvero altre limitazioni alla responsabilità penale relative alla libertà di stampa o, ancora, vi sia il rischio di una lesione di «interessi essenziali di sicurezza nazionale», del principio del *ne bis in idem*, o la sussistenza di «informazioni classificate riguardanti attività di intelligence specifiche». L'esecuzione dell'OEI può anche essere rifiutata quando rischi di porre in essere una violazione di diritti fondamentali sanciti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e dalla Carta di Nizza. È stato sottolineato, da un lato, come sia opportuna l'esplicitazione di un ulteriore motivo di rifiuto legato all'età dell'imputato, essendo la soglia di imputabilità un parametro rimesso alla discrezionalità degli Stati membri (36); ed inoltre, come tali clausole di rifiuto, in particolare quando sono legate al principio di territorialità, appaiano troppo legate alla logica della mutua assistenza e non tengano conto della natura transnazionale della materia probatoria (37).

È inoltre richiesto anche il requisito della doppia incriminazione, così come lo era in materia di mandato d'arresto europeo e di ricerca della prova, benché esso sia escluso in relazione a una serie di reati elencati nell'allegato D. L'esecuzione dell'OEI potrà essere rifiutata se, nello Stato di esecuzione, il potere di compiere l'atto di indagine richiesto è circoscritto a determinate ipotesi delittuose, o a specifiche soglie di punibilità, e il reato indicato dall'autorità di emissione non rientra in tali parametri. A ciò si aggiunge il rispetto della clausola di territorialità per la tutela del *ne bis in idem* e delle immunità stabilite dal diritto

interno, che impedisce l'emissione dell'OEI qualora «il fatto si presuma commesso fuori del territorio dello Stato di emissione e interamente o parzialmente nel territorio dello Stato di esecuzione, e la condotta non costituisca reato nello Stato di emissione». Infine, qualora l'attività investigativa oggetto dell'ordine implichi «l'acquisizione di elementi di prova in tempo reale, in modo continuo e per un periodo di tempo determinato» (si pensi, ad esempio, alle intercettazioni), l'art. 28 impone che essa sia prevista anche dal diritto dello Stato di esecuzione in un caso interno analogo. Per evitare dunque l'esecuzione di un OEI, sono percorribili diverse ipotesi: alcuni motivi sono caratterizzati da un'eccessiva genericità tanto da poter essere oggetto di facili abusi; altri sembrano invece inappropriati in un sistema che dovrebbe basarsi sulla fiducia reciproca fra gli ordinamenti degli Stati membri.

Fra gli obblighi degli Stati membri emerge anche la predisposizione di «mezzi di impugnazione equivalenti a quelli disponibili in un caso interno analogo», con la precisazione che, in linea di massima, eventuali ragioni di merito riguardanti l'emissione dell'ordine possono essere fatte valere soltanto nello Stato di emissione (art. 14). Occorre ricordare che gli Stati membri devono assicurare «che nei procedimenti penali nello Stato di emissione siano rispettati i diritti della difesa e sia garantito un giusto processo nel valutare le prove acquisite tramite l'OEI» (art. 14). È stato quindi inserito all'interno della Direttiva un inedito criterio di valutazione: il giudice o il pubblico ministero, nel soppesare il valore dimostrativo delle prove ottenute mediante OEI, dovranno sempre verificare che siano state rispettate le prerogative difensive e i principi del giusto processo. L'importanza di questa indicazione non deve essere sottovalutata: si tratta infatti del primo tentativo di imporre agli Stati membri l'uso di un criterio uniforme di valutazione probatoria.

6. Riflessioni conclusive

Dal momento che l'intensificazione dei rapporti nell'ambito giudiziario penale tra gli Stati pare una conseguenza ineluttabile dell'apertura dei territori nazionali nel quadro dell'Unione europea, che ha determinato un continuo intrecciarsi dei rapporti di cooperazione tra gli Stati membri, la cooperazione anche sul versante probatorio è una necessità non più rinviabile.

Nella sua consacrazione all'interno della Direttiva 2014/41/UE, l'Ordine europeo di indagine penale si presenta pertanto come uno strumento di grande innovatività, duttilità ed utilità, determinando tuttavia al contempo, nella sua articolazione concreta, l'esigenza di un'attuazione prudente e consapevole delle diversità ordinamentali esistenti sul territorio europeo. Il pregio di applicare il principio del reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie e di coprire ogni tipo di prova è bilanciato infatti dalla previsione di vari motivi di rifiuto dell'assistenza, da un'ampia discrezionalità riconosciuta alle autorità dello Stato di esecuzione e dalle relazioni tra *lex loci* e *lex fori* che rischiano di compromettere l'efficacia dello strumento.

È stato sottolineato, peraltro, come la maggiore innovatività dello strumento dell'Ordine europeo di indagine risiede nel superamento della "richiesta", tipica del modello rogatorio, a favore del concetto di "ordine", il quale, pur in assenza di una compiuta armonizzazione delle discipline nazionali, permette una fisiologica *translatio* e utilizzabilità interna del dato raccolto.

Solo le utilizzazioni pratiche dello strumento potranno tuttavia far emergere il modo in cui l'OEI può incidere effettivamente e concretamente sulle previsioni probatorie contenute nelle normative statali a favore di una certa flessibilità, realizzando effettivamente un passaggio dall'applicazione di «regole giuridiche» a quella di «principi giuridici», capace di armonizzare realmente la materia probatoria in Europa (38). Tale possibilità è data dalla peculiare conformazione delle disposizioni contenute nella Direttiva in esame, le quali, nel postulare «il rispetto delle formalità e, allo stesso tempo, delle procedure indicate dall'autorità di emissione, dei principi fondamentali dell'ordinamento dello Stato di esecuzione e dei diritti fondamentali delle persone, integrano norme a struttura aperta» (39). Sarà dunque la prassi applicativa, oltre che naturalmente la disciplina interna di recepimento, ad avere un peso significativo nel disegnare, caso per caso, la reale possibilità di dar vita ad un'acquisizione probatoria transnazionale.

D'altronde, proprio la coscienza dell'importanza del dato pratico nell'attuazione della nuova normativa, fa sì che la Direttiva preveda, all'art. 37, un primo momento di valutazione a livello comunitario sull'impatto dello strumento dell'EIO. Entro il 21 maggio 2019, la Commissione avrebbe infatti dovuto presentare al Parlamento europeo e al Consiglio una relazione sull'applicazione della Direttiva basata su dati, sia qualitativi sia quantitativi, fra cui la valutazione del suo impatto sulla cooperazione in materia penale e sulla protezione delle persone, nonché sull'esecuzione delle disposizioni riguardanti l'intercettazione delle telecomunicazioni alla luce degli sviluppi tecnici. Tale relazione, sempre secondo il tenore della Direttiva in esame, potrà essere corredata, se necessario, da proposte di modifica.

Per ora, tuttavia, ancora nessuna relazione è stata presentata dalla Commissione europea e anche se è ragionevole pensare che cinque anni siano un lasso di tempo troppo breve per avere a disposizione dati precisi sull'utilizzo del nuovo strumento, il momento in cui sarà resa pubblica sarà certamente fondamentale per implementare le riflessioni fin qui condotte.

(*) Nel prossimo fascicolo sarà pubblicata la seconda parte del contributo della medesima Autrice dedicato all'implementazione della Direttiva europea 2014/41/UE nell'ordinamento italiano.

NOTE

(1) Il sito ufficiale del progetto «EIO-LAPD» è reperibile all'indirizzo <https://eio-lapd.eu/home-2/>.

(2) D.L.vo n. 108 del 21 giugno 2017.

(3) Libro verde sulla ricerca delle prove e sulla garanzia della loro ammissibilità dell'11 novembre 2009, (COM[2009], 624 def.).

(4) Sulla natura frammentaria delle fonti normative europee in materia di prove: L. MARAFIOTI, *Orizzonti investigativi europei, assistenza giudiziaria e mutuo riconoscimento*, in T. BENE - L. LUPARIA - L. MARAFIOTI (a cura di), *L'ordine europeo di indagine. Criticità e prospettive*, Giappichelli, 2016, p. 16; G. FIORELLI, *Nuovi orizzonti investigativi 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, 2007, p. 710.

(5) Sulle prospettive europee della materia probatoria si veda E. AMODIO, *L'impatto della normativa europea sul processo penale italiano*, in *Processo penale, diritto europeo e common law*, Giuffrè, 2003; A. GAITO, *Un processo penale verso il modello europeo*, in A. GAITO, *Procedura penale e garanzie europee*, Giappichelli, 2006, p. 45 ss.; E. N. LA ROCCA, *Prove (Prospettive europee)*, in *Dig. Disc. Pen.*, 2008, p. 834; V. FANCHIOTTI, *Acquisizione e utilizzabilità della prova all'estero, verso un regime uniforme?*, 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, 2007, p. 97.

(6) 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: cfr. C. PESCE, *Il recepimento italiano degli atti UE in materia di sequestro e confisca*, su www.eurojus.it, 27 aprile 2016.

(7) 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; J. VERVAELE, *Il progetto di decisione quadro sul mandato di ricerca della prova*, in G. ILLUMINATI (a cura di), *Prova penale e Unione europea*, Bologna University Press, 2008, p. 153.

(8) Il mutuo riconoscimento è un criterio che, ispirandosi al criterio economico del libero movimento dei beni e dei servizi, intende oltrepassare i confini geografici imponendo a ciascuno Stato di considerare valide ed efficaci le decisioni giudiziarie degli altri Stati, anche se emesse sulla base di norme giuridiche diverse dalle proprie. Fu evocato per la prima volta al Consiglio europeo di Cardiff del 15 e 16 giugno 1998 e ha trovato esplicita consacrazione ufficiale nelle Conclusioni del Consiglio Europeo di Tampere del 1999, che lo ha eletto a «fondamento della cooperazione giudiziaria dell'Unione (in materia civile e penale)» e definitiva disciplina normativa nel Trattato di Lisbona. Cfr. C. JANSSENS, *The principle of Mutual Recognition in EU Law*, Oxford, 2013; O. MAZZA, *Il principio del mutuo riconoscimento nella giustizia penale, la mancata armonizzazione e il mito taumaturgico della giurisprudenza europea*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 398 ss.; J.R. SPENCER, *Il principio del mutuo riconoscimento*, in R.E. KOSTORIS (a cura di), *Manuale di procedura penale*, Milano, 2014, p. 236 s.

(9) G. DE AMICIS, *Dalle rogatorie all'ordine europeo di indagine: verso un nuovo diritto della cooperazione giudiziaria penale*, in *Cass. Pen.*, 1/2018, p. 22; S. 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 *Dir. Un. Eur.*, Osservatorio Europeo, giugno 2017, p. 1 ss.

(10) La definisce così 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*, cit., p. 710.

(11) In tal senso, P. SPAGNOLO, *Il procedimento di emissione dell'OEI*, in M. DANIELE-R. KOSTORIS (a cura di), *L'ordine europeo di indagine penale. Il nuovo volto della raccolta transnazionale delle prove nel D.lgs. 108 del 2017*, Giappichelli, 2018, p. 76.

(12) In tal senso, M. DANIELE, *La metamorfosi delle prove nella Direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, in *Dir. Pen. Cont. Riv. Trim.*, 4/2015, p. 88; R. PICCIRILLO, *I profili funzionali e strutturali dell'ordine europeo di indagine penale*, in *L'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 63.

(13) La Decisione Quadro 2008/978/GAI sul mandato europeo di ricerca delle prove era già stata abrogata nel 2016. Cfr. il Regolamento (Ue) 2016/95 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.

(14) Le rogatorie restano in vigore nei rapporti fra l'Italia e gli Stati dell'Unione che non hanno aderito alla Direttiva (ossia la Danimarca e l'Irlanda) e nei rapporti fra l'Italia e gli Stati che non appartengono all'Unione, come l'Islanda e la Norvegia. L'OEI ha dunque rimpiazzato le rogatorie nella raccolta transnazionale delle prove nel contesto dell'Unione sostituendo la Convenzione di assistenza giudiziaria in materia penale del Consiglio d'Europa del 1959, la Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen del 1990, la Convenzione relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale dell'Unione del 2000 (tardivamente recepita dal D.L.vo 5 aprile 2017, n. 52), e la Decisione Quadro 2003/577 sul sequestro probatorio (così l'art. 34 della Direttiva).

(15) A. CABIALE, *Pubblicata la Direttiva 2014/41/UE sull'ordine europeo d'indagine penale: semplificazioni, (s)fiducia reciproca e compromessi, per tentare di superare le rogatorie*, in *Proc. Pen. Giust.*, n. 5/2014, p. 15.

(16) Al di là della legittimazione riconosciuta al difensore per richiedere un OEI, l'imputato si trova comunque, nel quadro di un procedimento transnazionale, in una posizione di svantaggio rispetto alle autorità inquirenti. Sul problema della disclosure, cioè della possibilità per la difesa di avere contezza degli elementi a carico raccolti da chi conduce le indagini (su cui la Direttiva 2014/41/UE non fornisce indicazioni specifiche): M. CAIANELLO, *La nuova Direttiva UE sull'ordine europeo di indagine penale tra mutuo riconoscimento e ammissione reciproca delle prove*, in *Proc. Pen. Giust.*, 3/2015, p. 9 secondo cui la difesa non può strutturalmente essere al corrente della comunicazione di informazioni spontanee tra le autorità inquirenti che antecede l'emissione di atti di assistenza giudiziaria a carattere probatorio, sicché sarebbe stato auspicabile un'interpolazione della Direttiva 2013/48/UE sull'accesso a un difensore e sulla Direttiva 2012/12/UE sul diritto all'informazione nei procedimenti penali.

(17) R. BELFIORE, *Riflessioni a margine della Direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, in *Cass. Pen.*, 2015, p. 3288.

(18) L. CAMALDO-F. CERQUA, *La direttiva sull'ordine europeo di indagine penale: le nuove prospettive per la libera circolazione delle prove*, in *Cass. Pen.*, 2014, p. 3522 ss.

(19) Corte di giustizia, Causa C324/17 - *Procedimento penale a carico di Ivan Gavanovov*, resa su rinvio pregiudiziale, si è pronunciata per la prima volta sull'interpretazione della Direttiva 2014/41/UE e ha fornito indicazioni di notevole rilevanza pratica quanto alla modalità secondo cui l'autorità di emissione deve completare l'Allegato A, sezione J. La Corte ha infatti affermato che «l'articolo 5, paragrafo 1, della direttiva 2014/41/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 3 aprile 2014, relativa all'ordine europeo di indagine penale, in combinato disposto con la sezione J del modulo di cui all'allegato A a tale direttiva, deve essere interpretato nel senso che l'autorità giudiziaria di uno Stato membro non deve, al momento dell'emissione di un ordine europeo di indagine, far figurare in tale sezione una descrizione dei mezzi di impugnazione che sono previsti, se del caso, nel suo Stato membro avverso l'emissione di un siffatto ordine».

(20) T. RAFARACI, *General Considerations on the European Investigation Order*, in S. RUGGERI (a cura di), *Transnational Evidence and Multicultural Inquiries in Europe*, Springer, 2014, p. 38.

(21) Cass., 31/01/2019, n. 8320, Creo – con osservazioni M. DANIELE, *Ordine europeo di indagine e ritardata comunicazione alla difesa del decreto di riconoscimento: una censura della cassazione*, in *Dir. Pen. Cont.* 11 marzo 2019 – relativa ad una censura per ritardata comunicazione alla difesa del decreto di riconoscimento dell'OEI; Cass., 7 febbraio 2019, n. 14413, Brega – con osservazioni di M. DANIELE, *Il riconoscimento "di fatto" dell'ordine europeo di indagine: un'altra censura della cassazione*, in *Dir. pen. cont.*, 16 aprile 2019 – in un caso di assenza formale di decreto di riconoscimento che venne adottato unicamente "di fatto".

(22) Così M. DANIELE, *Il riconoscimento "di fatto" dell'ordine europeo di indagine: un'altra censura della cassazione*, cit.

(23) S. MARCOLINI, *L'ordine europeo di indagine alla prova dei fatti: prime pronunce in materia*, in *Cass. Pen.*, 2019, p. 3370.

(24) S. MONICI, *La direttiva 2014/41/UE relativa all'ordine europeo di indagine penale*, in *www.eurojus.it*, 26 giugno 2014.

(25) Documento del Consiglio del 19 aprile 2011, n. 8474/11.

(26) S. MONICI, *op. cit.*

(27) Si tratta di una particolare "clausola di flessibilità" che ricorda quella già introdotta con la Decisione-quadro 2009/829/GAI in materia di misure alternative alla detenzione cautelare. Essa è certamente utile viste le differenze esistenti tra i diversi ordinamenti giuridici nazionali potendo assicurare l'efficienza della cooperazione e garantire il rispetto della legge dello Stato di esecuzione e la tutela dei diritti dei soggetti coinvolti nell'esecuzione dell'atto richiesto, cfr. R. BELFIORE, *Mutuo riconoscimento delle decisioni sulle misure alternative alla detenzione cautelare*, in AA.VV., *La cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale nell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, T. RAFARACI (a cura di), Giuffrè, 2011, p. 113.

(28) Per il combinato disposto art. 10, §2 e art. 11§2 si tratta del motivo di rifiuto riconducibile all'assenza del requisito della doppia incriminazione, in tutti quei casi in cui non si proceda per uno dei 32 reati elencati in un allegato e punibili, nello Stato di emissione, con una pena o una misura di sicurezza detentiva della durata massima di almeno tre anni; nonché del motivo di rifiuto collegato a possibili limitazioni, previste dal diritto dello Stato di esecuzione, che circoscrivano il ricorso all'atto di indagine richiesto a un elenco o a una categoria di reati o a reati punibili entro una certa soglia, tra i quali non è presente il reato oggetto dell'OIE. Secondo R. BELFIORE, *op. cit.* § 4, l'identificazione di atti che debbono essere sempre disponibili indicano l'intenzione di marcare una distinzione tra atti di indagine non coercitivi (quelli espressamente elencati) e atti di indagine coercitivi (gli altri), ma tale soluzione presenta l'inconveniente che restano da individuare quali atti debbano considerarsi coercitivi e quali no e la definizione della loro distinzione è rimessa al solo diritto dello Stato di esecuzione (art. 10, par. 2, lett. d).

(29) R. DEL COCO, *Ordine europeo di indagine penale e poteri sanzionatori del giudice*, in *Dir. Pen. Cont.*, 21 dicembre 2015, p. 7. Sull'apprezzamento del criterio di proporzionalità nell'ambito dell'OIE, trasposto e disciplinato nell'art. 7 del D.L.vo 108/2017, la Corte di Cas-

tazione, (Cass., 31 gennaio 2019, n. 8320) ha affermato che «l'autorità giudiziaria è tenuta ad effettuare una verifica di proporzionalità tra il sacrificio della sfera giuridica dell'indagato o delle persone comunque coinvolte nel compimento degli atti richiesti e le esigenze investigative o probatorie del caso concreto, tenendo conto della gravità del reato e della pena per esso prevista, salvo che l'atto richiesto rientri tra quelli previsti dall'art. 9, comma 5, D.L.vo 21 giugno 2017, n. 108».

(30) Su cui cfr. la teoria dei controlimiti così sviluppati da Corte cost., 23 marzo 1994, n. 117; Corte cost., 27 dicembre 1965, n. 98; Corte cost., 21 aprile 1989, n. 232. Si veda in dottrina U. DRAETTA, *Diritto dell'Unione europea e principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale italiano*, in *Dir. Un. Eur.*, 2007, p. 14.

(31) Sottolinea R. DEL COCO, *op. cit.*, p. 13 come, «seppur strumentale ad assicurare il più alto livello di tutela dei diritti, tale generico controllo di proporzionalità affidato in via esclusiva allo Stato di esecuzione, può aprire a cospicui spazi all'applicazione della lex loci, con intuibili conseguenze sul piano dell'ammissibilità ed utilizzabilità del dato probatorio».

(32) M. CAIANIELLO, *Il principio di proporzionalità nel procedimento penale*, in *Dir. pen. cont.* 18 giugno 2014.

(33) Corte di giustizia UE, 26 febbraio 2013, C-399/11, Melloni. Cfr. S. MANACORDA, *Dalle carte dei diritti a un diritto penale à la carte*, in *Dir. Pen. Cont.*, 17 maggio 2013.

(34) Corte di Giustizia UE, 29 gennaio 2013, Radu, C-396/11.

(35) R. DEL COCO, *op. cit.*, p. 14.

(36) S. MONICI, *op. cit.*

(37) M. CAIANIELLO, *op. cit.*, p. 8, il quale sottolinea come sia sufficiente individuare chiare regole di attribuzione della giurisdizione volte ad assicurare che l'imputato non sia sottoposto a plurimi procedimenti per un medesimo fatto, dopodiché non v'è ragione per consentire a un ordinamento di non cooperare solo perchè la vicenda per cui si procede ha avuto luogo, in tutto o in parte, sul suo territorio.

(38) La Direttiva EIO genera una metamorfosi delle prescrizioni probatorie dell'ordinamento da "regole" a struttura chiusa, imperniate su bilanciamenti tra i valori in gioco prestabiliti in astratto dal legislatore, in "principi" a struttura aperta, il cui contenuto può essere individuato dal giudice in ciascuna vicenda concreta in base ad un proprio temperamento tra le varie esigenze che si contrappongono nella raccolta transnazionale delle prove: in tal senso M. DANIELE, *op. cit.* p. 87.

(39) M. DANIELE, *op. cit.* p. 91.