Dipartimento di GIURISPRUDENZA
Cattedra di DIRITTO PROCESSUALE PENALE

LA DIRETTIVA SULL'ORDINE EUROPEO DI INDAGINE PENALE E LE SUE IMPLICAZIONI NEL SISTEMA GIURIDICO ITALIANO

RELATORE
Chiar.mo Prof.
Giulio Illuminati

CANDIDATA
Francesca Berretta
Matr. 130513

CORRELATORE
Chiar.mo Prof.
Paolo Moscarini

ANNO ACCADEMICO 2018/2019

Alla mia famiglia

per avermi dato radici ed ali.

A Maria Teresa

per il suo esempio ed il suo coraggio.

Indice

Introduzione.....4

CAPITOLO I
EVOLUZIONI DELLA COOPERAZIONE PENALE EUROUNITARIA.....7

1. Brevi cenni al sistema di cooperazione penale nell'UE: il principio di mutua assistenza ed il principio del mutuo riconoscimento.....7

2. Quadro legislativo precedente all'entrata in vigore dell'Ordine Europeo di Indagine: rogatorie e mandato di ricerca della prova......13

3. Introduzione dell'Ordine Europeo di Indagine......18

3.1. Differenze con il MERP......19

3.2. L'incidenza del mutuo riconoscimento......22

3.3. Condizioni e perimetro di applicazione......23

CAPITOLO II
DIRETTIVA 2014/41/UE E D.LGS. N. 108/2017: IL NUOVO SISTEMA DI RICONOSCIMENTO DELLE DECISIONI GIUDIZIARIE IN TEMA DI RACCOLTA DELLE PROVE E RELATIVE RICADUTE NELL'ORDINAMENTO ITALIANO......26

1. Il procedimento applicativo dell'OEI: emissione ed esecuzione......26

2. Il d.lgs. n. 108/2017: trasposizione dell'OEI in Italia e relative implicazioni......30

2.1. La relazione tra lex fori *e* lex loci *ed i margini di discrezionalità dello Stato-esecutore.*.....32

2.2. La "bussola" della proporzionalità......34

2.3. Procedura passiva in Italia: esecuzione e motivi di rifiuto......38

2.4. Il nuovo sistema delle impugnazioni: il "diritto di difendersi impugnando"......44

3. Previsioni speciali per alcuni mezzi istruttori......54

3.1. La centralità della prova dichiarativa......54

3.1.1. Trasferimento temporaneo di detenuti......57

3.1.2. Le videoconferenze......62

3.1.3. Le indagini bancarie......68

3.1.4. Le operazioni sotto copertura......73

3.2. Le intercettazioni di comunicazioni......80

CAPITOLO III
LA CIRCOLAZIONE DELLA PROVA E LE GARANZIE DIFENSIVE: IL RISPETTO DEI DIRITTI FONDAMENTALI. 90

1. Regime di utilizzabilità del prodotto giudiziario: trasferimento e fruibilità in Italia delle prove raccolte. 90

1.1. Il meccanismo di trasferimento della prova. 90

1.2. Il regime di utilizzabilità: affinità e aporie rispetto alla legislazione italiana. 91

2. Il ruolo della difesa nel sistema OEI così come recepito dal d.lgs. n. 108/ 2017. 103

2.1. L'OEI difensivo e la mancata parità tra accusa e difesa. 103

2.2. Le investigazioni difensive. 108

2.3. La tutela dei diritti difensivi dell'imputato nella procedura passiva. 111

2.4. La tutela dei diritti difensivi dell'imputato nella procedura attiva. 115

2.5. Il richiamo ai diritti fondamentali: dalla Direttiva OEI al d.lgs. n. 108/2017. 117

2.5.1. La tutela del diritto alla privacy *nel sistema OEI.* 121

3. La vittima del reato. 122

Conclusione 128

BIBLIOGRAFIA 131

Introduzione

Il presente elaborato ha come scopo di studiare da vicino il nuovo sistema di cooperazione giudiziaria in seno all'Unione europea, a seguito della Direttiva 2014/41/UE, emanata il 3 aprile 2014, con la quale è stata introdotto l'ordine europeo di indagine penale.

L'interesse a questo argomento è sorto osservando l'evoluzione delle scelte e delle aspirazioni del diritto dell'Unione europea, nello specifico e delicato settore del diritto penale. Gli sforzi del legislatore eurounitario culminano, dunque, nella suddetta Direttiva che, per la prima volta, introduce uno strumento di portata tendenzialmente omnicomprensiva, affidando agli Stati membri un mezzo che sia in grado reperire o formare una prova allocata nel territorio di un altro Stato dell'Unione europea.

Il provvedimento in esame muove i suoi passi sulla base della volontà di valorizzare ed incentivare il dialogo diretto tra le autorità giudiziarie, ossia tra i soggetti che materialmente svolgono e gestiscono le indagini ed il relativo processo, svincolando la repressione dei reati dalle lungaggini tipiche del sistema rogatoriale, che invece contempla il necessario *placet* di un'autorità governativa, nel caso italiano affidato al Ministro della Giustizia. Lo scopo finale è quello di creare un terreno uniforme – o meglio, armonizzato – a tutti (o quasi) i Paesi membri dell'Unione in un contesto sensibile quale quello delle indagini penali, storico appannaggio delle legislazioni nazionali. Il presente lavoro, pertanto, si incentra sui meccanismi creati dalla Direttiva cd. OEI con specifica attenzione all'atto normativo italiano di recepimento, il d.lgs. n. 108 del 21 giugno 2017, entrato in vigore il giorno 28 del mese successivo.

Dunque, nel capitolo primo viene esposto dapprima il contesto pre-Direttiva 2014/41/UE: da una parte si pongono i provvedimenti intrapresi dall'Unione europea fino a quel momento in materia penal-probatoria, la cui finalità aspira all'armonizzazione ed al ravvicinamento dei sistemi legislativi nazionali; dall'altro, le reazioni e gli umori degli Stati membri che non sempre

hanno accolto con favore alcune stoccate dell'Unione, mostrando spesso una certa diffidenza. Tutto questo insieme di elementi ha portato all'emanazione della Direttiva OEI, che ha tentato di calibrare il difficile equilibrio tra *lex fori* e *lex loci* – con spiccato favore per il primo – trattandosi di un rapporto che dovrebbe essere ispirato dalla fiducia reciproca tra gli Stati membri nonché sulla presunzione di uniformità dei sistemi giuridici.

Il capitolo secondo scende nei dettagli più squisitamente procedurali relativi alle misure introdotte dalla Direttiva così come attuate e recepite dall'ordinamento italiano, soffermandosi principalmente sulle dissertazioni della dottrina e dell'interpretazione datane dal legislatore. L'analisi ha interessato prevalentemente la cd. procedura passiva italiana, ossia le operazioni che l'autorità giudiziaria italiana deve realizzare in seguito alla ricezione di un ordine europeo di indagine, ponendo l'accento sulle modalità dell'esecuzione nonché sui limiti della stessa, generati dall'irriducibile rispetto delle norme e dei principi posti dall'ordinamento domestico.

Il terzo ed ultimo capitolo, invece, è dedicato al tema dei diritti fondamentali, fissando l'attenzione sulla tutela delle garanzie difensive. Specificatamente, il *focus* dell'osservazione ricade sul novellato rapporto tra accusa e difesa in seguito all'introduzione del sistema dell'ordine di indagine e sul margine di azione riservato al legale nonché l'arsenale difensivo messo a sua disposizione per sostenere e tutelare gli interessi del proprio assistito, mettendo a nudo il complessivo svantaggio della difesa rispetto all'autorità procedente; passa rapidamente in rassegna, altresì, il ruolo della persona offesa dal reato, suo malgrado protagonista della vicenda giudiziaria, la cui posizione, in verità, sembra quasi dimenticata dal legislatore eurounitario in sede di redazione della Direttiva in esame, rimanendo, di fatto, scoperta da qualsivoglia tipo di tutela nell'ambito di un procedimento penale transnazionale; verranno spiegate le ragioni di queste apparenti lacune da parte del legislatore le quali, vale la pena dirlo sin d'ora, lungi dall'essere sintomo di indifferenza, sono semplicemente il riflesso delle mire efficientiste a cui tende il nuovo sistema giudiziario dell'Unione europea.

CAPITOLO I
EVOLUZIONI DELLA COOPERAZIONE PENALE EUROUNITARIA

1. Brevi cenni al sistema di cooperazione penale nell'UE: il principio di mutua assistenza ed il principio del mutuo riconoscimento.

Il diritto penale si è da sempre contraddistinto per la sua "vocazione localistica"[1], ossia per il suo attaccamento alla cultura ed alle priorità politico-criminali di ciascuna nazione. Gli Stati della comunità internazionale hanno affidato di rado (e non senza un certo scetticismo) porzioni di detta competenza ad organismi sovranazionali, poiché ancorati alla "concezione autarchica della giurisdizione penale forgiata sul modello dello Stato-monade"[2]. Questo spiega come, anche in seno all'Unione Europea, il processo di costruzione di un sistema di cooperazione penale sia stato particolarmente farraginoso.

Attualmente, nella cd. eurozona, l'impianto si fonda sul meccanismo della cooperazione giudiziaria, che si realizza attraverso il riconoscimento e l'integrazione reciproci tra gli Stati Membri nell'ambito delle decisioni e delle procedure giudiziarie, ed ha come obiettivo quello di combattere la criminalità avente natura transnazionale. Detta struttura si basa sul principio del mutuo riconoscimento che presuppone un elevato livello di integrazione tra gli assetti processuali degli Stati e la cooperazione diretta tra le autorità giudiziarie. Questa impostazione scaturisce dalla concezione di fiducia reciproca tra gli Stati membri: questa forma di affidamento verte (o almeno, dovrebbe vertere) sulla validità delle regole probatorie degli altri Stati, tale da consentire la libera circolazione dei provvedimenti istruttori. Tuttavia, questo principio è stato formalmente introdotto solo con il Trattato di Lisbona siglato il 13 dicembre 2007, ed entrato in vigore il 1° dicembre 2009. Prima di quel momento, il sistema di cooperazione europeo traeva le sue fondamenta dal principio della

---

[1] M. DANIELE, *Ricerca e formazione della prova*, in *Manuale di procedura penale europea* (a cura di R. Kostoris), Giuffré Editore, 2017, p. 406.

[2] F. BIANCO, *Mutuo riconoscimento e principio di legalità alla luce delle nuove competenze dell'Unione Europea in materia penale*, in *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona* (a cura di G. Grasso, L. Picotti, R. Sicurella), Giuffré Editore, 2011 p. 178.

mutua assistenza che, diversamente dal primo, presuppone un basso livello di integrazione tra i sistemi legali degli Stati e la primazia della cd. *lex loci*, ossia della legislazione dello Stato membro nel quale veniva materialmente eseguita la decisione giudiziaria emessa dallo Paese richiedente. In virtù di questo assioma, i contatti e le esecuzioni delle attività richieste avvenivano sulla base di un modello di cooperazione a stampo intergovernativo, ed altresì connotato della necessaria unanimità in seno al Consiglio dei Ministri (denominato Consiglio dell'Unione Europea dopo il Trattato di Lisbona) per adottare qualsivoglia atto normativo in tal senso (ad es. decisioni, convenzioni): circostanza che ben si allontana dalle speranze e dalle ambizioni eurounitarie di costruire uno 'Spazio di libertà, sicurezza e giustizia'. La realizzazione di detto Spazio, infatti, costituisce una delle pietre angolari del sistema dell'Unione poiché ha come scopo quello di assicurare la libera circolazione delle persone e di garantire un livello elevato di protezione ai cittadini, inglobando settori politici che vanno dalla gestione delle frontiere esterne dell'Unione alla cooperazione giudiziaria in materia civile e penale ed alla cooperazione di polizia[3].

In tema di approvvigionamento probatorio, il principio della mutua assistenza comporta la trasmissione della richiesta di escussione della prova da parte dello Stato interessato nei confronti del Paese nel cui territorio si trova la prova oggetto del provvedimento, diversamente da ciò che accade con il principio del mutuo riconoscimento che invece comporta la comunicazione di un ordine dall'autorità giudiziaria interessata a quella straniera che deve raccogliere la prova, con conseguente prevalenza della *lex fori*. Nella prima ipotesi, dunque, l'esecuzione della richiesta non è il frutto di un automatismo bensì il risultato di un vaglio di ammissibilità del Paese richiesto e la successiva applicazione delle regole probatorie operanti nel territorio di quest'ultimo.

La proposta di impiegare il principio del mutuo riconoscimento in ambito penale risale ufficialmente al Consiglio europeo di Cardiff del giugno 1998 nel quale si legge che "Il Consiglio europeo sottolinea l'importanza di un'efficace

[3] Art. 3 par. 2 TFUE.

cooperazione giudiziaria nella lotta contro la criminalità transnazionale [...]”[4]. Questo concetto viene ripreso e riaffermato nel cd. Programma di Tampere del 1999[5] e, successivamente, nella Convenzione di Bruxelles relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale svoltasi l’anno successivo e che ebbe come obiettivo quello di incoraggiare la cooperazione tra le autorità giudiziarie, di polizia e doganali all'interno dell'Unione attraverso l'integrazione delle disposizioni contenute negli strumenti giuridici esistenti, nel contestuale rispetto della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo (CEDU). Nell’ottica di semplificazione delle procedure di riconoscimento reciproco, fu introdotto dalla Convenzione di Bruxelles il meccanismo della trasmissione diretta delle richieste tra autorità giudiziarie[6] ed infatti il ruolo attribuito all’autorità governativa venne limitato a specifiche e residuali ipotesi[7]. Dai Capi di Stati e di Governo dei Paesi membri venne adottato un secondo piano quinquennale di lavoro, il Programma dell’Aja[8] (il primo fu quello di Tampere), che ripropose la necessità di sviluppare ulteriormente la nozione di Spazio penale europeo, confermando altresì il principio del mutuo riconoscimento e stabilendo il cd. principio di disponibilità in materia di cooperazione penale, secondo il quale ogni agente dei servizi di uno Stato membro che debba reperire informazioni nell’esercizio delle sue funzioni sul territorio di un altro, ha diritto a ottenerle dalle equivalenti autorità che le detengano, purché ciò avvenga nel rispetto delle esigenze di segretezza delle indagini in atto nello Stato richiesto.

Tuttavia, il definitivo e formale cedimento del principio dell’assistenza giudiziaria a favore di quello del mutuo riconoscimento fu segnato dall’entrata

---

[4] Conclusione n. 39 del Consiglio europeo di Cardiff, 1998, in *https://eur-lex.europa.eu*.

[5] Conclusione n. 3, nella quale si legge espressamente: “Il rafforzamento del reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie e delle sentenze e 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. Il principio dovrebbe applicarsi sia alle sentenze sia alle altre decisioni delle autorità giudiziarie”.

[6] Art. 7 Convenzione di Bruxelles.

[7] Artt. 3, 4, 7 comma 3, 11, 12 Convenzione di Bruxelles.

[8] Adottato in seno al Consiglio di Bruxelles del 4 e 5 novembre 2004 con il titolo “Rafforzamento della libertà, della sicurezza e della giustizia nell’Unione Europea” (2005/C 53/01).

in vigore del Trattato di Lisbona. Tra le modifiche rilevanti apportate ai trattati costitutivi dell'Unione Europea (TUE e TFUE[9]), deve essere menzionata dapprima l'abolizione della cd. struttura a pilastri delle competenze dell'Unione, tipicamente suddivisi in Comunità europee, Politica estera e di sicurezza comune e Cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale. La nuova ripartizione delle competenze tra Unione Europea e Stati membri viene stabilita *ratione materiae*[10], sancendo definitivamente l'abbandono del metodo intergovernativo, circostanza avvalorata da due novità: in primo luogo, dall'introduzione della procedura legislativa ordinaria prevista dall'articolo 294 TFUE[11], garantendo così un *iter* decisionale più efficace e democratico e, secondariamente, dall'introduzione nel sistema eurounitario della cooperazione giudiziaria in materia penale e della cooperazione di polizia, rispettivamente disciplinate al capo 4 e al capo 5 del TFUE. L'abolizione dell'*ex* "terzo pilastro" ha portato all'utilizzo di atti propriamente legislativi anche nel campo penale: oggi l'Unione adotta gli strumenti unionali convenzionali ovverosia regolamenti, direttive e decisioni, decretando la scomparsa delle convenzioni[12].

Quanto esposto sino ad ora trova la sua compiuta formulazione nell'art. 82 TFUE: il par. 1 si apre con il principio del mutuo riconoscimento quale meccanismo cardine dell'intero sistema di cooperazione penale; il par. 2, invece, riconosce la possibilità al Parlamento Europeo ed al Consiglio di adottare norme minime e comuni a tutti gli Stati membri in materie specificatamente indicate (ad es. l'ammissibilità reciproca delle prove tra gli Stati membri, i diritti della persona nella procedura penale, i diritti delle vittime etc.[13]). Al fine di evitare potenziali frizioni con i sistemi giudiziari nazionali,

---

[9] Rispettivamente: Trattato sull'Unione Europea e Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea.
[10] Artt. 3 (competenze esclusione Ue), 4 (competenze concorrenti), 6 (competenze di sostegno), 83 (competenza penale cd. indiretta dell'UE) TFUE.
[11] Il Consiglio dell'Unione Europea decide a maggioranza qualificata ed il Parlamento Europeo, in qualità di co-legislatore, si pronuncia mediante la procedura di codecisione. Tale regola può essere derogata solo in ipotesi tassative indicate nei trattati costitutivi (art. 16 par. 3 TUE).
[12] Questa circostanza segna una svolta nel quadro normativo vigente perché permette l'entrata in vigore delle disposizioni contenute nel provvedimento entro un termine prefissato a livello unionale, mentre le convenzioni entrano in vigore solo dopo che metà degli Stati contraenti abbiano provveduto alla ratifica.
[13] Art. 82 par. 2 TFUE.

l'ultimo paragrafo, il n. 3, dell'art. 82 prevede lo strumento del cd. 'freno d'emergenza': nell'ipotesi in cui uno Stato membro ritenga che un progetto di direttiva possa compromettere alcuni aspetti fondamentali del proprio ordinamento, detto Stato può investire della questione il Consiglio europeo, bloccando, in caso di mancato accordo entro il termine di quattro mesi, l'adozione della direttiva salva la possibilità per gli altri Stati favorevoli di realizzare una cd. cooperazione rafforzata[14].

Ciononostante, ai fini di un'efficace e concreta attuazione del principio del mutuo riconoscimento, è condizione necessaria, ancorché non sufficiente, un processo di cd. armonizzazione preventiva. Come è stato rilevato dalla dottrina, il perseguimento di questo obiettivo potrebbe rivelarsi "una lama a doppio taglio" [15]: poiché se è vero che da una parte l'armonizzazione possa rappresentare un "incentivo" al mutuo riconoscimento, che si basi sulla reciproca fiducia tra gli Stati, è altrettanto vero che quest'ultimo possa concedere una "via di fuga" all'armonizzazione stessa. Uno Stato potrebbe ammettere, al fine di evitare un intervento riformatore operato da un organismo terzo, il riconoscimento di provvedimenti stranieri senza però cedere porzioni di competenza. Veicolo per realizzare questo riavvicinamento dei sistemi giuridici è il paradigma delle cd. "norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni" a cui il TFUE fa riferimento. Tuttavia, si rende necessario definire i limiti di questa competenza dell'Unione poiché una lettura sbagliata potrebbe condurre alla conclusione che tale indicazione tenda verso un modello di armonizzazione "minimale"[16], per l'appunto, e quindi presumibilmente incapace di incidere in modo significativo nei sistemi giuridici dei Paesi membri. In realtà, invece, si ritiene che questa formulazione debba essere intesa nel senso di devolvere al legislatore europeo margini di competenza sufficientemente estesi al fine di compiere i propositi che l'Unione persegue.

---

[14] Art. 82 par. 3 TFUE.

[15] G. ILLUMINATI, *L'armonizzazione della prova penale nell'Unione europea*, in *Prova penale e Unione Europea*, (a cura di G. Illuminati), BUP, 2008, p. 12.

[16] F. BIANCO, *op. cit.*, p. 199.

In questi termini, pertanto, si coglie che il pieno sviluppo del principio del mutuo riconoscimento, e dunque della cooperazione stessa, è possibile solo in presenza di quel citato livello di fiducia reciproca tra gli Stati membri che non può che essere realizzato tramite un'opera di intensificazione normativa dell'Unione stessa: le istituzioni europee dovrebbero fornire una definizione comune sia di "beni giuridici sovranazionali", sia di "interesse comune"[17], tale da permettere di ricostruire delle fattispecie criminose omogenee e comuni che siano in grado di smussare – ancora di più – eventuali e persistenti divergenze tra gli Stati. Obiettivo di questa operazione non è solo quello di costituire uno Spazio penale europeo omogeneo, in grado di creare un 'nocciolo duro' di norme volte a garantire la posizione dei soggetti coinvolti in un procedimento penale, bensì anche quello di combattere gli effetti collaterali dell'eliminazione dei controlli alle frontiere all'interno dell'UE che, se da un lato ha considerevolmente agevolato la libera circolazione dei cittadini europei, dall'altro ha anche reso più facile lo sviluppo di attività illecite su scala transnazionale.

Questo ambizioso progetto comune sconta, tuttavia, quale "prezzo da pagare"[18] un sistema a cd. "geometria variabile"[19]. Al fine di portare a compimento questo processo evolutivo che fosse trasversalmente accettato da tutti, o la maggior parte, dei Paesi membri, in alcuni casi si sono dovute scegliere delle soluzioni di compromesso, comportando così modulazioni di intensità diverse del principio del mutuo riconoscimento. Nello specifico, le soluzioni di *opt out* riguardano la Danimarca, il Regno Unito e l'Irlanda[20]; mentre sono da menzionare quali regimi di *opt in* quelli della Norvegia, dell'Islanda, della Svizzera e del Liechtenstein i quali hanno accolto l'*acquis* del Trattato di

[17] *Ibidem*, p. 191.
[18] A. WEYEMBERGH, *Storia della cooperazione*, in *Manuale di procedura penale europea, cit.*, p. 216.
[19] *Eadem*.
[20] Questi Paesi, infatti, hanno preteso ed ottenuto che la loro posizione nell'ambito della cooperazione penale fosse rapportata al particolare *status* di cui beneficiavano nell'ambito dei Trattati. Come ad esempio, la Danimarca in virtù della sua posizione *ex* Trattato di Amsterdam in tema di diritto all'asilo, immigrazione e giustizia civile.

Schengen[21] ed ai quali è stato riconosciuto lo statuto di Stati associati.

2. Quadro legislativo precedente all'entrata in vigore dell'Ordine Europeo di Indagine: rogatorie e mandato di ricerca della prova.

Il panorama giuridico precedente all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona appariva, dunque, frastagliato e disomogeneo. Si riteneva, a ragione, che per raggiungere un sufficiente grado di armonizzazione, si dovesse procedere lavorando sulla disciplina relativa alla raccolta della prova cd. "allogena"[22], cioè situata su di un territorio diverso da quello del Paese interessato.

Per iniziare questa analisi, è necessario prendere le mosse dal sistema delle rogatorie internazionali[23]: trattasi di una richiesta rivolta da un'autorità statale ad un'altra per il compimento di un atto fuori dalla competenza territoriale dell'autorità richiedente (rogatorie interna) o all'estero (rogatoria internazionale). Rappresenta, in questa prospettiva, la traduzione normativa del regime della mutua assistenza poiché richiede, come sopra indicato, il coinvolgimento delle autorità governative. A livello internazionale la base normativa risiede nel già citato Accordo di Schengen del 1990 (e ratificato dall'Italia nel 1993) con la relativa Convenzione d'applicazione del 1997; in Italia, questo strumento è disciplinato dall'art. 723 all'art. 727-*quinquies* c.p.p., i quali prevedono il coinvolgimento esclusivo del Ministro della Giustizia in tema di riconoscimento ed emissione della rogatoria.

Quale primo requisito, si richiede la cd. doppia incriminazione: è necessario che in entrambi i Paesi, quello di emissione e quello di esecuzione, il fatto sia previsto dalla legge come reato. Successivamente, vige il principio del *locus regit actum*, nel senso che il provvedimento dovrà essere esperito secondo le modalità previste dal Paese richiesto, ed infine è previsto che non si possa

[21] Firmato inizialmente nel 1990 da Belgio, Francia, Lussemburgo, Paesi bassi e Germania dell'Ovest, alla convenzione hanno gradualmente aderito anche gli altri Stati membri: ad oggi la Convenzione conta 22 Paesi su 28. L'*acquis* di Schengen è un complesso di norme e disposizioni, volte ad implementare le disposizioni della Convenzione al fine di favorire la libera circolazione dei cittadini all'interno del cosiddetto Spazio Europeo.

[22] F. SIRACUSANO, *Tra mutuo rionoscimento e armonizzazione preventiva*, in *Arch. Pen.*, 2012,1, p. 9.

[23] Così come disciplinata dalla Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale - Strasburgo, 20 aprile 1959 e dai successivi Protocolli modificativi.

procedere al riconoscimento della rogatoria tutte le volte in cui quanto contenuto nella richiesta sia vietato dalla legge o sia contrario ai principi fondamentali dell'ordinamento richiesto. Per quanto riguarda il suo spettro applicativo, la rogatoria è utilizzabile per acquisire qualunque tipo di prova, esperendo attività sia di ricerca che di formazione della stessa.
La scansione del sistema rogatoriale può essere suddivisa in tre fasi: la richiesta, il rifiuto o l'esecuzione della rogatoria e l'eventuale utilizzabilità delle prove rinvenute. Con riguardo a quest'ultima tappa, la "vigente normativa sovranazionale se ne disinteressa"[24], spettando alle rispettive discipline nazionali il compito di risolvere la questione attraverso specifici trattati bilaterali. Per quanto riguarda il caso italiano, le prove raccolte mediante rogatoria all'estero non sono utilizzabili in Italia se assunte in violazione dei principi fondamentali del nostro ordinamento, tali da intendersi come "il complesso delle regole dettato dal nostro codice di rito"[25], comprese dunque anche le garanzie difensive. In ogni caso, anche al di fuori dei confini nazionali, si registra l'adozione di "meccanismi di adattamento"[26] che siano in grado di contemperare le esigenze dello Stato richiedente in tema di spendibilità della prova raccolta senza tuttavia intaccare o violare la legislazione del Paese richiesto.

In ambito eurounitario questo era il modello di riferimento fino al momento in cui venne adottata la Decisione-quadro 2008/978/GAI del Consiglio dell'Unione Europea del 18 dicembre 2008, relativa al Mandato Europeo di Ricerca della Prova diretto all'acquisizione di oggetti, documenti e dati da utilizzare nei procedimenti penali (di seguito MERP), che rappresentò un considerevole passo in avanti verso la reale attuazione del principio del mutuo riconoscimento. Detto principio trovava la sua compiuta formalizzazione e formulazione all'art. 1 par. 2 della decisione in oggetto ed aveva come obiettivo quello di imporre all'ordinamento nazionale richiesto il riconoscimento dell'atto formato *ultra fines*. Tuttavia, nonostante ciò, lo

[24] M. DANIELE, *op. cit.*, p. 415.
[25] Cass. S.U. 25/2/2010, n.15208, *http//online.leggiditalia.it*.
[26] M. DANIELE, *op. cit.*, p. 415.

strumento non si rivelò efficace come si era originariamente sperato, tanto che parte della dottrina ritiene che invece di implementare il processo di armonizzazione, il MERP abbia rappresentato una battuta d'arresto in quanto non interveniva "in via preventiva attraverso una definizione dei caratteri minimi dell'atto stesso"[27], impedendo di fatto quello stesso processo di armonizzazione tanto ambito. È doveroso ammettere, tuttavia, che malgrado i suoi limiti applicativi, il MERP ha aperto un varco importante nell'*iter* formativo di un sistema europeo integrato di raccolta e di circolazione delle fonti di prova, rappresentando "un primo passo verso la realizzazione del principio di garanzia della legalità del procedimento probatorio nello Stato membro ove gli elementi di prova siano raccolti ovvero messi a disposizione dell'autorità richiedente"[28].

Per quel che riguarda la disciplina, il MERP consisteva in una decisione giudiziaria orientata all'acquisizione di specifici elementi di prova situati nel territorio di uno Stato membro diverso da quello dello Stato interessato e la cui caratteristica principale era quella di poter essere utilizzato solo per l'acquisizione di oggetti, documenti e dati che preesistessero al mandato stesso (art. 4 decisione-quadro MERP), dunque il suo ambito di operatività si limitava alla cd. prova precostituita, lasciando fuori la prova cd. costituenda (circostanza che rileva in particolar modo con riferimento alla prova dichiarativa poiché si tratta di una fonte probatoria spesso cruciale ma che rimaneva, in questo quadro, ancora soggetta alla vecchia disciplina rogatoriale). Tuttavia, l'euro-mandato poteva essere utilizzato per richiedere documenti o dati sopra indicati che fossero già in possesso dell'autorità giudiziaria di esecuzione prima dell'emissione del mandato, ivi comprese la raccolta di atti contenenti la dichiarazioni di persone, purché presenti al momento dell'esecuzione del mandato e purché fossero direttamente collegate all'oggetto dello stesso (art. 4 par. 6 decisione-quadro MERP), ancorché si trattasse di dati probatori che fossero stati raccolti in virtù della *lex loci*: caratteristica che sollevava dei dubbi

[27] G. DE AMICIS, *Il mandato europeo di ricerca della prova: un'introduzione*, in *Cass. pen.*, 2008, 7/8, p. 3041.
[28] Id., *Limiti e prospettive del mandato europeo di ricerca della prova*, in *Dir. pen. cont.*, 2011, p. 23.

circa l'effettiva utilizzabilità dell'atto.

Il MERP doveva essere riconosciuto ed esperito dallo Stato di esecuzione in tempi tassativamente prefissati (un periodo massimo di trenta giorni per decidere se rifiutare il riconoscimento o procedere all'esecuzione *ex* art. 15 decisione-quadro MERP) e quest'ultimo era tenuto ad uniformarsi al contenuto del mandato, salva la possibilità di opporre uno dei motivi di rifiuto indicati agli artt. 13 e 16 (ad es. incompletezza o irregolarità formale, pregiudizio agli interessi fondamentali di sicurezza nazionale, violazione del principio del *ne bis in idem* etc.). Scelta indubbiamente innovativa, che fuga i dubbi circa un simulato discostamento del MERP dal sistema rogatoriale, è rappresentata dalla (quasi) totale scomparsa del requisito della doppia incriminazione (art. 14 par. 1 decisione-quadro MERP), salvo che non si dovesse procedere a perquisizione o sequestro. La *ratio* di questa ultima esclusione risiedeva nella volontà di non lasciare ad uno Stato diverso da quello di esecuzione la scelta sulle modalità di accesso nella sfera privata del soggetto sottoposto alla misura. Al par. 2 dell'art. 14 decisione-quadro MERP, era previsto che per un catalogo espressamente indicato di trentadue fattispecie (tra le quali, ad es., terrorismo, corruzione, tratta di essere umani, razzismo e xenofobia etc.) non fosse prevista la verifica del requisito della doppia incriminazione tutte quelle volte in cui il reato fosse sanzionato dallo Stato di emissione con una pena o una misura di sicurezza privativa della libertà della durata non inferiore al massimo di tre anni, anche qualora fosse necessario ricorrere ad una perquisizione o ad un sequestro.

In ogni caso, come si evince, questo requisito non spariva totalmente in quanto era destinato ad operare nelle ipotesi in cui l'euro-mandato fuoriuscisse dall'ambito applicato dell'articolo in esame.

Tuttavia, nonostante il contributo di questo strumento al processo di evoluzione della cooperazione giuridica nell'euro-zona, il MERP ha fallito la sua missione tanto che ne è stata decretata l'abrogazione con il Reg. 2016/95/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 20 gennaio 2016, poiché non era riuscito a creare quel clima di *confiance mutuelle* indispensabile

per realizzare la reciproca ammissibilità delle prove tra gli Stati membri. La ragione del suo insuccesso va dapprima ricercata nel mancato sistema di raccordo con la cooperazione rogatoriale, il che ha creato un "coesistenza forzata"[29] tra i due strumenti prevedendo, da una parte, l'emissione di uno e, dall'altro, la contestuale possibilità di poter ricorrere allo strumento rogatoriale per tutti gli altri tipi di approvvigionamento probatorio, senza tuttavia escluderlo del tutto per quegli stessi atti che ricadevano nell'ambito applicativo del MERP. Inoltre, un altro aspetto critico era rappresentato dall'assenza di una previsione circa l'ammissibilità reciproca dei mezzi di prova con la conseguente questione della qualità del prodotto probatorio.

Alla luce di quanto esposto, si capisce quanto si rendesse necessaria un'opera di armonizzazione preventiva, al fine di adottare misure volte ad implementare il mutuo riconoscimento, in un contesto sensibile come quello penalprocessuale. L'interferenza di diversi strumenti e meccanismi di collaborazione ha portato la Commissione Europea a redigere nel 2009 il cd. Libro Verde sulla ricerca delle prove in materia penale tra gli Stati membri e sulla garanzia della loro ammissibilità[30] ed a disporre altresì il cd. Programma di Stoccolma[31] che prevede testualmente al punto 3.1.1. che "[...]Per migliorare la cooperazione basata sul riconoscimento reciproco, andrebbero risolte inoltre alcune questioni di principio. Occorre, ad esempio, dotarsi di un approccio orizzontale in relazione a taluni problemi che ricorrono durante i negoziati sugli strumenti. Il ravvicinamento, ove necessario, del diritto sostanziale e procedurale dovrebbe agevolare il riconoscimento reciproco".

Queste premesse gettano le basi per la creazione dell'Ordine Europeo di Indagine Penale (di seguito OEI), adottato con la Direttiva 2014/41/UE del Parlamento europeo e del Consiglio in data 3 aprile 2014 (a seguire, Direttiva OEI), che ha come obiettivo quello di assurgere a strumento omnicomprensivo, utilizzabile per l'esperimento di qualunque attività probatoria di raccolta della

[29] G. DE AMICIS, *ult. op. cit.*, p. 24.
[30] Adottato a Bruxelles, l'11 novembre 2009, COM(2009)624.
[31] Programma di Stoccolma – Un'Europa aperta e sicura al servizio e a tutela dei cittadini, adottato dal Consiglio europeo l'11 dicembre 2009.

prova, sia precostituita che costituenda.

3. Introduzione dell'Ordine Europeo di Indagine.

L'Ordine Europeo di Indagine (di seguito OEI) è una decisione giudiziaria emessa dall'autorità competente di un Paese membro (un giudice, un pubblico ministero o un magistrato inquirente) affinché vengano compiuti uno o più atti specifici di indagine in un altro Stato membro e che siano finalizzati all'acquisizione di prove nell'ambito di un procedimento penale o di un procedimento amministrativo in relazione a fatti punibili che possano comportare la responsabilità penale (art. 4 Direttiva OEI).

Frutto di un'iniziativa avviata nell'aprile 2010 da otto Stati Membri (Belgio, Bulgaria, Estonia, Spagna, Lussemburgo, Austria, Slovenia e Svezia)[32], la Direttiva 2014/41/UE è dunque la sintesi di un percorso normativo piuttosto travagliato e graduale che prevede, per la prima volta, l'adozione di un unico strumento europeo di raccolta transnazionale delle prove, ancorché restino esplicitamente escluse dal campo di applicazione l'istituzione e la disciplina di squadre investigative comuni, le intercettazioni e la trasmissione immediata delle comunicazioni, nonché le intercettazioni di comunicazioni satellitari[33] (*Considerando* n. 9 Direttiva OEI).

Lo scopo di questo strumento è proprio quello di sostituire, nei rapporti tra gli Stati membri, gli altri strumenti di cooperazione in materia di ricerca ed acquisizione della prova attraverso l'assunzione di un modello di cooperazione a carattere orizzontale poiché dedicato "a tutti gli atti di indagine finalizzati all'acquisizione di prove"[34]. La sua efficacia trasversale si deduce anche dalla volontà, espressa nel *Considerando* n. 25 Direttiva OEI, di operare con riguardo all'intera catena procedimentale, comprensiva dunque anche della fase pre-processuale delle indagini. Questa precisazione appare doverosa dato che diversi sistemi legali europei (ad esempio quello francese) non prevedono la separazione delle fasi del procedimento (diversamente da quanto accade in

[32] Proposta (2010/C 165/02), in *GUUE*, 24 giugno 2010, C 165/22.
[33] Questi due strumenti restano disciplinati dalla Convenzione di Bruxelles del 29 maggio 2000.
[34] *Considerando* n. 8 Direttiva OEI.

Italia) e così facendo la Direttiva OEI permette di esplicare i suoi effetti in modo trasversale e su tutti i tipi di ordinamento.

Per rimarcare la sua portata innovativa, la Direttiva in esame ha soppiantato, in ambito eurounitario, il sistema rogatoriale nella raccolta della prova transnazionale sostituendo dunque le relative disposizioni della Convenzione di assistenza giudiziaria in materia penale del Consiglio d'Europa del 1959, della Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen del 1990, della Convenzione di Bruxelles relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale dell'Unione Europa del 2000, e della decisione-quadro 2003/577/GAI sul sequestro probatorio, eccezion fatta per la loro vigenza quale regime transitorio fino al 22 maggio 2017, data di entrata in vigore della Direttiva.

3.1. Differenze con il MERP.

Tuttavia, la Direttiva OEI si discosta altresì dalla decisione-quadro MERP, ancorché per certi aspetti si ritiene che l'impianto normativo vi si ispiri (soprattutto per quel che concerne gli aspetti tecnici quali la trasmissione, il riconoscimento e l'esecuzione della decisione). Per quanto riguarda gli elementi differenziali tra i due strumenti, prima di tutto va evidenziato l'ambito di operatività del secondo, ben più esteso, perché appunto può riguardare anche attività di formazione della prova e non solo di mera ricerca.

In secondo luogo, nella Direttiva OEI vengono ridotti i motivi di rifiuto opponibili dallo Stato di esecuzione, previsti agli artt. 11 e 15 Direttiva OEI, i quali si riferiscono principalmente a questioni legate alla salvaguardia dei principi fondamentali dell'ordinamento o al regolare svolgimento di indagini già in atto nel Paese richiesto (art 11 e 15 Direttiva OEI). Parte della dottrina ritiene che dette clausole di rifiuto appaiano ancora "troppo legate al modello della mutua assistenza giudiziaria" [35] e ciò comporta una duplice critica: dal lato teorico, dette clausole legate alla territorialità tradiscono "la costruzione ideale dello spazio giudiziario europeo"; dal lato pratico, invece, le

[35] M. CAIANIELLO, *La nuova direttiva UE sull'ordine europeo di indagine penale tra mutuo riconoscimento e ammissione reciproca delle prove*, in *Proc. pen. giust.*, 2015, 3, p. 8.

disposizioni in esame sembrano "un tributo alla sovranità dello Stato che smentisce la ragion d'essere di un modello nuovo di cooperazione giudiziaria". Tra questi, scompare anche il riferimento al requisito della doppia incriminazione, anche se permane quale ipotesi di rifiuto facoltativo (art. 11 par. 1 lett. *g* Direttiva OEI), di cui il legislatore italiano si è avvalso in sede di attuazione della Direttiva. Infatti, all' art. 10 comma 1 d.lgs. n. 108/2017 è ammessa l'eventualità in cui l'autorità giudiziaria italiana si rifiuti di procedere all'esecuzione dell'ordine qualora il fatto non sia punito come reato dall'ordinamento domestico. Tuttavia, questa eccezione si blocca davanti alla cd. 'lista positiva': un catalogo di reati indicati all'allegato D della Direttiva in oggetto, rispetto ai quali lo Stato di esecuzione non può far valere la clausola di rifiuto qualora il fatto sia punibile dallo Stato di emissione con una pena o una misura di sicurezza detentiva della durata massima non inferiore a tre anni, ancorché la condotta non sia punibile ai sensi della legge penale dal Paese richiesto. L'impostazione del cd. "doppio binario"[36], già osservabile nel MERP, non viene del tutto abbandonata. Tra i motivi di opposizione all'esecuzione, invece, figura ancora il principio del *ne bis in idem*: lo Stato richiesto può rifiutarsi di eseguire l'ordine ogniqualvolta il soggetto destinatario sia stato già giudicato in relazione allo stesso fatto oggetto dell'OEI[37].

La disciplina dei mezzi di impugnazione viene parzialmente modificata: la decisione-quadro MERP prevedeva all'art. 18 che gli Stati membri coinvolti dovessero adottare le disposizioni necessarie per garantire ad ogni soggetto implicato nel procedimento (compreso il terzo in buona fede) di disporre di mezzi di impugnazione da esercitare dinanzi ad un organo giurisdizionale dello Stato di esecuzione, mentre le "ragioni di merito" poste a fondamento del mandato potevano essere oggetto di impugnativa solo nei confronti dello Stato di emissione. La disciplina era dunque orientata nel senso di offrire degli

[36] F. MAZZACUVA, *La doppia incriminazione e la deroga per i reati di "lista positiva"*, in *L'ordine europeo di indagine penale* (a cura di M. Daniele e R. Kostoris), Giappichelli Editore – Torino, 2018, p. 136.
[37] Art. 13 decisione-quadro MERP; *Considerando* n. 17 e art. 1 lett. *d* Direttiva OEI.

effettivi mezzi di impugnazione anche con riguardo a quelle ragioni sostanziali che afferissero alla sfera dell'opportunità e della proporzionalità delle decisioni assunte. In ogni caso, lo Stato di esecuzione aveva la facoltà di sospendere l'operatività del MERP[38].

La Direttiva OEI contiene, invece, un rinvio alle pertinenti legislazioni nazionali. Ai sensi dell'art. 14 Direttiva OEI, infatti, viene imposto agli Stati di assicurare mezzi di impugnazione equivalenti a quelli altrimenti disponibili in un caso domestico analogo. Al par. 6 dello stesso articolo, poi, si legge la possibilità di impugnare l'ordine per "ragioni di merito" [39] inerenti all'emissione dell'OEI secondo lo stesso meccanismo previsto per il MERP, quindi invocando lo Stato di emissione, fatte salve le garanzie dei diritti fondamentali che possono essere fatte valere tramite un'azione legale anche nello Stato di esecuzione. Da questo quadro "emerge l'intento, per un verso, di limitare le impugnazioni esperibili nello Stato di esecuzione [...] e, per altro verso, di circoscrivere gli effetti connessi alla loro presentazione [...]"[40], in piena coerenza con il principio del mutuo riconoscimento. La realizzazione del delicato bilanciamento tra esigenze di efficacia dello strumento e garanzie procedurali viene, dunque, rimessa ai legislatori nazionali. Da ultimo, in questo contesto, l'unico elemento di differenziazione tra le due discipline risiede nella denegata ipotesi di sospensione della decisione in caso di esperimento dell'impugnativa: allo Stato di esecuzione viene negata questa facoltà, a meno che non sia previsto in casi interni analoghi (art. 14 par. 6 Direttiva OEI).

Un fattore inedito è costituito dalla previsione di specifiche disposizioni per alcuni atti di indagine, disciplinati nel capo IV della Direttiva OEI. La *ratio* di questa scelta è quella di offrire un assetto normativo quanto più completo e, quindi, incisivo possibile, sempre nell'ottica di "uniformizzazione normativa"[41] realizzata dall'Unione grazie alla creazione di un insieme di

---

[38] Art. 18 par. 6 decisione-quadro MERP.
[39] Art. 14 Direttiva OEI.
[40] E. LORENZETTO, *L'assetto delle impugnazioni*, in *L'ordine europeo di indagine penale*, *cit.*, p. 158.
[41] J. R. SPENCER, *Mutuo riconoscimento, armonizzazione e tradizionali modelli intergovernativi,* in *Manuale di procedura penale europea* (a cura di R. Kostoris), 2017, p. 322.

regole centralizzate ed uniformi, applicabili a tutti gli Stati membri, evitando al contempo che queste attività ricadano nella disciplina della Convenzione di Bruxelles del 2000 e quindi, in definitiva, sotto il regime dell'assistenza giudiziaria[42]. Da questa collocazione sistematica emerge la centralità della prova dichiarativa che, fino al momento dell'entrata in vigore della Direttiva OEI, era rimasta sotto l'egida del metodo intergovernativo.

3.2. L'incidenza del mutuo riconoscimento.

Come già osservato, la Direttiva OEI ha il pregio di operare una semplificazione del panorama giuridico eurounitario in materia di raccolta probatoria grazie alla sua portata (quasi) omnicomprensiva. Da un punto di vista metodologico, si pone in continuità con l'orientamento del Trattato di Lisbona relativo allo sviluppo del mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie. Tuttavia, secondo parte della dottrina, vi sono ancora dei segni di interferenza del risalente principio della mutua assistenza tanto da creare un vero e proprio "ibridismo"[43] delle soluzioni adottate. Stando al meccanismo del mutuo riconoscimento, così come suggellato dal *Considerando* n.10 della Direttiva OEI, spetta allo Stato di emissione individuare l'atto di indagine per il quale emettere l'ordine, in seguito ad una duplice verifica di legalità: dapprima, alla stregua della propria legislazione interna e, successivamente, sulla base della clausola che prescrive di accertare che l'atto richiesto possa essere emesso dallo Stato di esecuzione in un caso interno analogo.

Al fine di implementare l'efficacia della cooperazione, la Direttiva OEI prevede delle ipotesi di mutuo riconoscimento cd. "puro"[44] in cui, cioè, lo Stato di esecuzione non può sottrarsi dal porre in essere esattamente l'atto indicato nell'ordine. Ai sensi dell'art. 10 par. 2 Direttiva OEI, ciò può avvenire quando si tratti di: acquisire informazioni e prove che siano già in possesso dell'autorità

[42] L. CAMALDO e F. CERQUA, *La direttiva sull'ordine europeo di indagine penale: le nuove prospettive per la libera circolazione delle prove,* in *Cass. pen.*, 2014, 10, p. 3520.
[43] F. SIRACUSANO, *Tra semplificazione e ibridismo: insidie e aporie dell'Ordine europeo di indagine penale*, in *Arch. pen.*, 2017, 2, p. 675 e ss.
[44] R. BELFIORE, *Su alcuni aspetti del decreto di attuazione dell'ordine europeo di indagine*, in *Cass. pen.*, 2015, 9, p. 3291 e ss.

di esecuzione, o siano contenute in banche dati della polizia o delle autorità giudiziarie cui l'autorità di esecuzione può accedere direttamente, purché, in base al diritto dello Stato di esecuzione, tali informazioni o prove avrebbero potuto essere acquisite nel quadro di un procedimento penale o ai fini dell'OEI; nel caso dell'audizione di un testimone, di un esperto, di una vittima, di una persona sottoposta ad indagini o di un imputato o di terzi nel territorio dello Stato di esecuzione; atti d'indagine non coercitivi definiti dal diritto dello Stato di esecuzione; l'individuazione di persone titolari di un abbonamento a uno specifico numero telefonico o indirizzo IP. Si tratta dunque di un meccanismo esente da controlli di legalità e che è strettamente legato al diritto dello Stato di esecuzione con il chiaro intento di ridurre al minimo i condizionamenti legati all'osservanza della *lex loci*.

Tuttavia, parallelamente a queste disposizioni, coesistono delle previsioni orientate verso un metodo più tradizionale che vede, dunque, prevalere la *lex loci* sulla *lex fori.* Ciò avviene sia nell'ipotesi di procedura passiva, rispetto alla quale l'esecuzione dell'OEI è ammessa solo quando siano rispettati i "principi dell'ordinamento dello Stato"[45] di esecuzione, sia con specifico riguardo a tutte quelle volte in cui i singoli Stati membri introducano delle deroghe all'escussione di alcuni atti probatori quali ad es. le missioni sotto copertura e le indagini bancarie (così come avviene in Italia: artt. 20 e 21 d.lgs. n. 108/2017).

3.3. Condizioni e perimetro di applicazione.

Per quel che concerne le condizioni di applicabilità dell'OEI, sono previsti sia dei requisiti formali che sostanziali.

L'art. 5 Direttiva OEI prescrive l'utilizzo di un apposito modulo allegato alla Direttiva stessa (modulo A) che dovrà essere compiutamente compilato e firmato dall'autorità di emissione, avendo cura che venga redatto in una delle lingue ufficiali del Paese richiesto. Nel modulo dovranno essere indicate gli estremi dell'autorità di emissione, i motivi dell'OEI, l'atto

[45] Art. 9 par. 2 Direttiva OEI.

probatorio di cui si necessita, con la relativa indicazione delle informazioni e delle prove di interesse, ed infine una descrizione del fatto che forma oggetto del procedimento penale nello Stato di emissione.

I requisiti sostanziali invece attengono alla effettiva opportunità di emanazione dell'ordine. L'art. 6 Direttiva OEI prevede che uno Stato membro interessato ad escutere una prova allocata nel territorio di un altro possa procedere all'emissione dell'OEI solo quando: si renda necessario ai fini del procedimento, sia un atto proporzionato, cioè potenzialmente idoneo ad ottenere il dato probatorio di interesse con il mezzo meno intrusivo possibile, e si ritenga che quello stesso atto sarebbe stato applicato dallo Stato di emissione in un caso interno analogo. Questa previsione intende scongiurare il rischio che l'ordine di indagine sia utilizzato per eludere le restrizioni vigenti all'interno dello Stato richiedente, ed in particolare che esso possa dare adito all'esecuzione di misure investigative in assoluto non ammesse in base al proprio diritto nazionale o comunque non ammesse a parità di circostanze.

Queste valutazioni sono rimesse alla discrezionalità dello Paese interessato, il cui compito è quello di vagliare a priori la sussistenza di questi requisiti. Si dispone un meccanismo di responsabilizzazione esclusiva a carico dello Stato di emissione, in aderenza, ancora una volta, al principio del mutuo riconoscimento e della prevalenza della *lex fori* sulla *lex loci*. La valutazione dovrà vertere altresì sul mezzo prescelto, con riguardo sia all'*an* che al *quomodo*. Per attenuare le preoccupazioni di alcune delegazioni di Stati membri[46], che avevano espresso il timore sulla circostanza che i risultati del giudizio di necessità e proporzionalità, rimesso unicamente all'autorità di emissione (che, *ex* art. 6 par. 2 Direttiva OEI, "vi procederà caso per caso"), potessero non essere condivisibili dallo Stato di esecuzione in base al proprio diritto interno, la Direttiva OEI tenta un bilanciamento tra le esigenze probatorie dello Stato di emissione e l'importanza di preservare le prerogative dello Stato di esecuzione. A tal fine l'art. 10 Direttiva OEI ammette la possibilità per il Paese richiesto di adottare un atto di indagine alternativo quando l'atto non è

[46] Doc. del Consiglio del 19.4.2011, n. 8474/11.

previsto dalla *lex loci* o non è disponibile in un caso interno analogo oppure quando il diritto dell'autorità di esecuzione prevede un atto che garantisce lo stesso risultato probatorio ma con mezzi meno intrusivi.
Alla luce di queste valutazioni, lo Stato richiesto può, qualora ritenga che tali condizioni non siano state dovutamente rispettate, consultare l'autorità di emissione al fine di discutere l'opportunità di eseguire l'OEI. L'epilogo di questo 'colloquio' può comportare il ritiro da parte dell'ordine stesso altrimenti, qualora non ostino altri motivi di non riconoscimento di cui agli artt. 11 e 15 Direttiva OEI, lo Stato richiesto dovrà procedere al riconoscimento e quindi all'esecuzione dell'OEI "senza ritardo" e dandone informazione allo Stato di emissione, e sempre nel rispetto dei limiti temporali imposti dall'art. 12[47].

La Direttiva OEI ha un perimetro di applicazione che, nonostante gli sforzi, ancora non può dirsi 'universale'. Destinatari di un OEI possono essere solo gli Stati membri che hanno aderito alla Direttiva, pertanto devono escludersi Irlanda e Danimarca rispetti ai quali continuerà ad operare le Convenzioni di Bruxelles del 2000, stesso dicasi per Islanda e Norvegia. Il Regno Unito è incluso nel perimetro operativo, almeno sino alla conclusione delle procedure di *Brexit* e salvo l'eventuale conclusione di accordi diversi. Da ultimo opera il sistema rogatoriale nei confronti di tutti gli altri Stati esterni all'Unione europea che non abbiano siglato o ratificato la citata Convenzione.

[47] L'articolo citato prevede che lo Stato richiesto proceda al riconoscimento entro il termine di trenta giorni dalla trasmissione dell'OEI, anche se sono previste delle deroghe in difetto ed in eccesso rispettivamente nelle ipotesi in cui sussistano circostanze particolarmente urgenti, o quando sussistano motivi di rinvio.

CAPITOLO II

DIRETTIVA 2014/41/UE E D.LGS. N. 108/2017: IL NUOVO SISTEMA DI RICONOSCIMENTO DELLE DECISIONI GIUDIZIARIE IN TEMA DI RACCOLTA DELLE PROVE E RELATIVE RICADUTE NELL'ORDINAMENTO ITALIANO.

1. Il procedimento applicativo dell'OEI: emissione ed esecuzione.

Una volta che il modulo di cui all'allegato A, menzionato nel capitolo precedente, sia stato debitamente compilato, certificando così le informazioni ivi contenute, e lo Stato di esecuzione abbia svolto le valutazioni circa l'opportunità di emanazione dell'ordine, quest'ultimo viene trasmesso immediatamente e senza ulteriori formalità all'autorità corrispondente dello Stato di esecuzione[48], dando così formale avvio alla procedura attiva[49]. L'OEI può essere emanato non solo dal giudice o da un magistrato inquirente, ma anche da qualsiasi altra autorità che sia competente a svolgere le indagini sulla base del diritto nazionale. Questo porta a concludere che tendenzialmente la legittimazione spetti anche alle forze di polizia: tuttavia, in questo caso, l'OEI dovrà essere convalidato da un organo giudiziario dello Stato di emissione, al fine di evitare che la gestione delle attività di ricerca venga integralmente affidata all'autorità di pubblica sicurezza[50]. Allo scopo di potenziare il diritto alla prova e le garanzie difensive riconosciute al destinatario dell'atto probatorio, all'art. 1 par. 3 Direttiva OEI è prevista la possibilità per l'accusato o per il suo difensore di chiedere a loro volta un OEI, nonostante i diversi limiti e condizionamenti di cui si tratterà diffusamente in seguito (Cap. III, § 2.1.). Come esposto nel capitolo precedente, l'ordine può essere emesso per esperire

---

[48] Art. 1 Direttiva OEI.

[49] Alla quale corrisponde la cd. procedura passiva, posta in essere dallo Stato membro che riceve l'ordine.

[50] Art. 2 lett. *c* Direttiva OEI: "[...] qualsiasi altra autorità competente, definita dallo Stato di emissione che, nel caso di specie, agisca in qualità di autorità inquirente nel procedimento penale e sia competente a disporre l'acquisizione di prove in conformità del diritto nazionale. Inoltre, prima di essere trasmesso all'autorità di esecuzione, l'OEI è convalidato, previo esame della sua conformità alle condizioni di emissione di un OEI ai sensi della presente direttiva, in particolare le condizioni di cui all'articolo 6, paragrafo 1, da un giudice, un organo giurisdizionale, un magistrato inquirente o un pubblico ministero nello Stato di emissione. Laddove l'OEI sia stato convalidato da un'autorità giudiziaria, quest'ultima può anche essere considerata l'autorità di emissione ai fini della trasmissione dell'OEI".

qualsiasi atto di indagine, rivolto sia all'acquisizione sia alla formazione del materiale probatorio[51], nei procedimenti penali ed in quelli avviati dall'autorità amministrativa in relazione a fatti la cui competenza spetta ad un organo giurisdizionale competente in materia penale[52].

L'art. 6 Direttiva OEI indica le ulteriori condizioni di emissione a cui l'autorità interessata è tenuta a conformarsi: l'ordine può essere emesso solo quando gli atti di indagine richiesti "avrebbero potuto essere emessi alle stesse condizioni in un caso interno analogo"[53], nell'intento di scongiurare l'eventualità che la ricerca della prova "si trasformi in un un'occasione per eludere la corrispondente normativa interna"[54]; inoltre, l'emissione è legittima quando l'OEI sia proporzionato rispetto ai fini del procedimento *de quo*, con specifico riferimento ai diritti della persona destinataria del provvedimento istruttorio.

Recepito l'ordine, che deve essere comunicato "con ogni mezzo che consenta di conservare una traccia scritta in condizioni che permettano allo Stato di esecuzione di stabilirne l'autenticità"[55], l'autorità richiesta deve dapprima accusare la ricevuta, compilando senza ritardo (comunque non oltre una settimana dalla ricezione dell'OEI) ed inviando il modulo di cui all'allegato B della Direttiva[56]. Lo Stato di esecuzione dovrà dunque provvedere a decidere sul riconoscimento, opponendo eventualmente uno o più motivi di non riconoscimento o di non esecuzione *ex* art. 10: decisione che deve avvenire in ogni caso entro trenta giorni dalla ricezione dell'ordine, eventualmente prorogabili per altri trenta, e tenendo conto di eventuali e specifiche esigenze già indicate dallo Stato di emissione nell'ordine stesso[57].

La dottrina[58] suddivide i motivi di rifiuto in cinque categorie: la prima afferisce alla rilevanza penale dei fatti oggetto del procedimento ed opera nel

---

[51] Art. 3 Direttiva OEI.
[52] Art. 4 Direttiva OEI.
[53] Art. 6 par. 1 lett. *b*, Direttiva OEI.
[54] M. DANIELE, *Ricerca e formazione della prova*, *cit.*, p. 419 e ss.
[55] Art. 7 par. 1 Direttiva OEI.
[56] Art. 16 par. 1 Direttiva OEI.
[57] Art. 12 Direttiva OEI.
[58] M. DANIELE, *ult. op. cit.*, p. 419 e ss.

caso di atti istruttori di tipo coercitivo (ad es. perquisizioni, sequestri in luoghi privati, intercettazioni di comunicazioni[59]) quando il fatto di reato non consenta il ricorso a questo tipo di atto istruttorio sulla base del diritto nazionale; la seconda categoria riguarda le ipotesi in cui lo Stato di emissione non sia legittimato ad esercitare la propria signoria *puniendi*, il che può avvenire quando l'OEI sia contrario al principio del *ne bis in idem* o quando il fatto di reato si presume realizzato per lo più nel Paese di esecuzione e quanto avvenuto in quello di emissione non si configuri come una condotta punibile (art. 11 lett. *d*, *e*); la terza classe concerne situazioni di impossibilità oggettiva, ossia quando lo Stato di esecuzione preveda delle immunità o dei privilegi a favore del destinatario del provvedimento o nel caso in cui l'atto istruttorio richiesto non sia previsto dalla *lex loci* e non esistano degli atti alternativi ed equivalenti a quello richiesto; la quarta dipende dalla tutela della sicurezza nazionale, ossia non si può dare esecuzione all'OEI laddove quest'ultimo violi interessi essenziali alla salvaguardia dello Stato richiesto; infine, la quinta ed ultima classe è connessa al rispetto dei diritti fondamentali: lo Stato richiesto può rifiutare l'esecuzione qualora ritenga che da essa possa derivare una violazione dell'art. 6 TUE, che sancisce il rispetto della Carta di Nizza, della CEDU e dei diritti costituzionalmente garantiti e condivisi dalle tradizioni costituzionali degli Stati membri. Altrimenti, in caso di esito positivo, l'atto di indagine richiesto dovrà essere compiuto senza indugio e comunque entro il termine di novanta giorni dall'adozione della decisione. L'esecuzione deve avvenire con le stesse modalità previste per un atto istruttorio nazionale emesso in un caso interno analogo e si provvede osservando le forme espressamente richieste dall'autorità di emissione, salvo che non siano contrarie ai principi dell'ordinamento giuridico dello Stato richiesto. In questo ultimo caso si potrà ricorrere ad un atto alternativo ed equipollente ai sensi dell'art. 10.

Al fine di rafforzare il principio del mutuo riconoscimento, è previsto all'art. 21 Direttiva OEI che le spese per l'esecuzione della decisione giudiziaria siano sostenute esclusivamente dallo Stato di esecuzione, anche se possono

[59] *Considerando* n. 16 Direttiva OEI.

essere condivise tra i due Paesi nel caso di costi ritenuti eccezionali o particolarmente elevanti, con l'avvertenza che lo Stato richiesto non può impedire l'esecuzione dell'ordine a causa di dette spese.

In esito all'esecuzione dell'OEI, lo Stato esecutore trasferisce senza ritardo il materiale probatorio acquisito o già in possesso delle autorità competenti, salvo che detto trasferimento venga sospeso in attesa di una decisione relativa ad un mezzo di impugnazione o perché si ritiene che possa provocare danni gravi e irreversibili alla persona interessata dal provvedimento[60].

Per quel che riguarda il regime di utilizzabilità delle prove, la Direttiva OEI non prevede alcuna disposizione particolare, in ragione della difficoltà di trovare delle soluzioni comuni a tutti gli Stati membri in tema di regole probatorie. Potenzialmente, ciò potrebbe provocare una definitiva inutilizzabilità delle prove raccolte a causa delle irriducibili discrasie tra *lex fori* e *lex loci*. Mentre nel sistema rogatoriale il problema è parzialmente risolto da specifiche intese stipulate tra gli Stati, che introducono delle deroghe alle proprie norme in materia probatoria, diverso è il caso dell'OEI, che non contempla questo tipo di raccordo. Indubbio è che assumeranno rilevanza le regole di esclusione in tema di requisiti di ammissibilità delle prove previsti dal diritto nazionale, stando a quanto si desume dal già citato art. 6 par. 1 Direttiva OEI che, come è noto, necessita del rispetto di tutte le regole di ammissibilità previste dalla *lex fori*. Dunque, ne discende l'inutilizzabilità delle prove raccolte in violazione di queste prescrizioni, nonché di quelle raccolte in elusione della Direttiva stessa.

Anche le modalità di approvvigionamento probatorio possono ripercuotersi sulla valutazione delle prove stesse poiché devono essere rispettate le garanzie difensive e del giusto processo, le cui eventuali violazioni potrebbero inficiare la portata conoscitiva del materiale probatorio reperito. A prima vista, la materia sembrerebbe sotto la totale discrezionalità degli Stati membri, così come suggerito dall'art. 14 par. 7 Direttiva OEI che stabilisce che siano assicurati i

[60] Art. 13 Direttiva OEI.

diritti di difesa e le garanzie del giusto processo nel valutare le prove acquisite tramite l'ordine, "salve le norme procedurali nazionali". In realtà, la dottrina ritiene che, tra le diverse soluzioni prospettate[61], quella più rispondente al diritto dell'Unione consiste nella previsione di una regola di esclusione discrezionale: partendo dall'assunto che la Direttiva prevede delle clausole elastiche, e non delle regole precise, "questo connotato suggerisce l'adozione di regole di esclusione simmetricamente dotate di una struttura non rigida ma discrezionale"[62].

Tuttavia, a causa di questa lacuna, il perimetro delle suddette dipende inizialmente dall'esito del giudizio di proporzionalità realizzato dallo Stato in fase di emissione: per questa ragione, si ritiene che ciò comporti a sua volta la creazione di un terreno fertile per lo sviluppo di parametri di origine giurisprudenziale che siano sempre più aderenti e articolati con il progredire dei *case law*[63].

2. Il d.lgs. n. 108/2017: trasposizione dell'OEI in Italia e relative implicazioni.

Il 28 luglio 2017 è entrato in vigore il d. lgs. 21 giugno 2017 n. 108, che introduce in Italia l'ordine europeo di indagine, in attuazione della Direttiva OEI. Tuttavia, sarebbe "riduttivo"[64] definire detto decreto come una mera trasposizione della medesima, trattandosi in realtà dell'ultima tappa di un processo evolutivo di rivisitazione della cooperazione giudiziaria che origina

---

[61] M. DANIELE, *L'impatto dell'ordine europeo di indagine penale sulle regole probatorie nazionali*, in *Dir. pen. cont.*, 2016, 3, p. 72 e ss., il quale ritiene che le soluzioni da adottare per colmare la lacuna normativa in tema di utilizzabilità siano sostanzialmente tre: "una prima soluzione consisterebbe nella previsione di regole di esclusione di tipo rigido, tali da replicare tutti i divieti probatori operanti nei casi interni analoghi"; "in alternativa, si potrebbero estendere alle prove raccolte con gli OEI le regole di esclusione attualmente previste dagli artt. 431 e 512 *bis* c.p.p. in merito alle prove raccolte con le rogatorie"; ed infine, la tesi preferita dall'A. che consiste nella previsione di una regola di esclusione discrezionale. Quest'ultima appare maggiormente compatibile con il diritto dell'Unione poiché "muove dal rilievo che [...]la direttiva non prevede regole precise di raccolta delle prove ma clausole elastiche, imperniate sul rispetto dei principi fondamentali degli ordinamenti nazionali e dei diritti fondamentali".

[62] *Ibidem*, p.76 e ss.

[63] M. DANIELE, *L'OEI dalla direttiva al decreto n. 108 del* 2017, in *L'ordine europeo di indagine penale* (a cura di M. Daniele e R. E. Kostoris), Giappichelli Editore – Torino, 2018, p. 23.

[64] E. SELVAGGI, *La circolare del Ministero della Giustizia sul c.d. Ordine europeo di indagine*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 11, p. 287.

dalla cd. Commissione La Greca[65], istituita alla fine degli anni novanta. Nello specifico è il risultato di un biennio di lavoro intenso del legislatore italiano che è riuscito a dare attuazione ad una vasta gamma di atti normativi dell'Unione, rimasti fino a quel momento inattuati[66]. Da questa corposa operazione di legiferazione emerge la volontà del Governo di introiettare nel nostro ordinamento l'intero corredo giuridico unionale ispirato al modello del mutuo riconoscimento, senza tuttavia trascurare la salvaguardia dei diritti fondamentali sanciti dalla Costituzione e dalle Carte europee, nonché il metodo della proporzionalità. La volontà del legislatore di dar vita ad un quadro normativo uniforme emerge altresì da un'altra legge delega, la l. n. 149 del 21 luglio 2016, con la quale si attribuiva al Governo il compito di provvedere alla modifica del Libro XI c.p.p. (rubricato "Rapporti giurisdizionali con autorità straniere"), in relazione alle ipotesi di cooperazione non regolate da convenzioni, trattati o fonti pattizie *ad hoc*. Pertanto, il contesto storico-giuridico era favorevole alla creazione di un armamentario normativo uniforme e che potesse fungere da linea guida nelle questioni lasciate irrisolte dalle specifiche disposizioni di legge. Ciononostante, il legislatore nazionale ha dovuto fare i conti con la rapidità con cui evolve la materia della cooperazione giudiziaria, conducendolo dunque ad operare su due distinti livelli, seppur destinati ad interagire in modo sinergico: da un lato, mantenere nell'ambito della legislazione speciale le diverse direttive europee e decisioni-quadro; dall'altro, introdurre all'interno del codice di rito una serie di previsioni in grado di fornire le basi per le questioni non trattate nella normativa di dettaglio[67].

---

[65] Trattasi di una commissione ministeriale istituita al fine di provvedere allo studio ed alla redazione di schemi di testi normativi per l'adeguamento dell'ordinamento italiano rispetto agli atti internazionali, riguardanti l'Italia, in materia processuale penale, nonché allo studio dei necessari e conseguenti aggiornamenti del Libro XI del codice di procedura penale. Fu creata con decreto ministeriale del 30 luglio 1999 e presieduta dal Dott. Giuseppe La Greca, consigliere della Corte di Cassazione, da cui prende il nome.

[66] Detto decreto segue di pochi mesi la pubblicazione del d.lgs. 5 aprile 2017, n. 52 con il quale è data attuazione alla già citata Convenzione di Bruxelles del 2000. Inoltre, si fa riferimento anche ad altri provvedimenti tra i quali, in via meramente esplicativa e non esaustiva, quelli relativi: all'ordine di protezione europeo (d.lgs. 11 febbraio 2015, n. 9), alle squadre investigative comuni (d.lgs. 15 febbraio 2016, n. 34) e allo scambio dei dati estratti dai casellari giudiziari (d.lgs. 12 maggio 2016, n. 74).

[67] A favore di questa impostazione M. CAIANIELLO, *L'OEI dalla direttiva al decreto n. 108 del 2017*, in *L'Ordine europeo di indagine penale* (a cura di M. Daniele e R. Kostoris), *cit*., p. 21, secondo il quale il "valore della scelta compiuta pare quello di attribuire stabilità al metodo del mutuo riconoscimento,

Il quadro generale dunque ci affida un nuovo *corpus* normativo, potenzialmente capace di realizzare un progressivo avvicinamento dei sistemi giuridici, grazie alla valorizzazione dei principi di matrice europea e del dialogo tra le autorità giudiziarie nazionali, purché venga applicato e rispettato lo spirito di armonizzazione che ne è alla base.

2.1. La relazione tra lex fori *e* lex loci *ed i margini di discrezionalità dello Stato-esecutore.*

Il rapporto tra le due giurisdizioni, quella emittente e quella esecutrice, emerge dall'art. 4 comma 2 del decreto in esame poiché viene stabilito che, con riguardo alla procedura passiva, l'autorità italiana debba provvedere all'esecuzione dell'OEI "osservando le forme espressamente richieste dall'autorità di emissione che non siano contrarie all'ordinamento giuridico dello Stato". Il problema insito nella disposizione afferisce alla definizione di quei principi dell'ordinamento in grado di resistere alle infiltrazioni eurounitarie e quindi capaci di impedire l'attuazione delle prescrizioni derivanti dalla *lex fori*. Al fine di delinearne i connotati, la dottrina suggerisce una serie di criteri interpretativi[68], tra i quali si preferisce il criterio ritenuto più aderente allo spirito che ha animato la stesura della Direttiva: improntata alla "logica del mutuo riconoscimento e del *favor cooperationis*", il canone interpretativo da privilegiare è quello che attribuisce ai principi nazionali mera natura di "controlimiti" posti a tutela di un "inderogabile spazio di sovranità"[69]. In

---

di modo da emanciparlo, per quanto possibile, dalle scelte legislative del momento in cui di volta in volta si giunga a recepire la singola fonte europea". Si oppone a questa visione M. R. MARCHETTI, *Cooperazione giudiziaria: innovazioni apportate e occasioni perdute*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 12, p. 1546 e ss., poiché ritiene questa lettura "una sorta di elencazione dei principi di solito ricorrenti nell'Unione, sicché ci si domanda quale possa essere la loro utilità in concreto salvo forse ritenere che le stesse possano costituire una chiave di lettura di quelle sovranazionali ovvero essere inserite nella normativa di recepimento se non contemplate nel provvedimento da implementare e purché non in contrasto con il suo contenuto".

[68] R. E. KOSTORIS, *L'OEI nella dissolvenza dei principi*, in *L'ordine europeo di indagine penale*, *cit.*, p. 9. Con riguardo agli altri criteri proposti, quali quelli che si fondano sulla "distinzione tra tutele che riguardano i soggetti coinvolti nell'attività investigativo/probatoria e tutele afferenti agli aspetti estrinseci, come le garanzie epistemologiche", l'A. ha ritenuto che essi non offrano dei canoni ermeneutici sufficientemente netti in grado di stabilire quali garanzie includere nell'area degli "*essentialia*" dell'ordinamento italiano.

[69] R. E. KOSTORIS, *Ordine di investigazione europeo e tutela dei diritti fondamentali*, in *Cass. Pen.*, 2018, 5, p. 1441

quest'ottica, si tratterebbe di una categoria di principi da intendere in senso restrittivo per evitare di mortificare l'essenza stessa del nuovo schema di riconoscimento delle decisioni giudiziarie. Le ragioni di questo favore risiedono nel fatto che l'atto probatorio posto a fondamento dell'OEI deve essere necessariamente fornito di alcune caratteristiche essenziali (quale ad es. la sussistenza dei presupposti richiesti dalla legge italiana) affinché possa essere riconosciuto, e dunque eseguito, dall'ordinamento nazionale. Inoltre, a sostegno di questa tesi, lo stesso decreto di attuazione prevede delle discipline *ad hoc* per alcuni atti investigativi (intercettazioni, operazioni sotto copertura, trasferimento temporaneo di detenuti etc.) e tutto questo insieme di prescrizioni conduce a ritenere che i capisaldi del nostro ordinamento siano già assorbiti, e dunque tutelati, nella disciplina prevista dal d.lgs. n. 108/2017.

Tuttavia, la disciplina dell'OEI, se da un lato è netta nel richiedere il rispetto dell'*an* delle operazioni istruttorie, cioè di tutte le regole che disciplinano l'ammissibilità delle prove negli Stati coinvolti, dall'altro non è altrettanto puntuale con riferimento al *quomodo*, ossia alle modalità con cui applicare dette regole ai fini della raccolta delle prove. Questo "limbo"[70] deriva dalla circostanza che si fa riferimento ai principi piuttosto che alle regole (normativamente intese), dai quali dunque non possono derivare indicazioni univoche e che, di conseguenza, non segnano con fermezza il margine di cedimento della *lex fori* a favore della *lex loci*. La questione, di non agevole risoluzione, verte sullo stabilire i limiti di questi principi fondamentali, che richiamano ai valori "di eguaglianza, di libertà e di solidarietà integrati nel principio di dignità"[71], senza considerare il fatto che, nel nostro ordinamento, l'individuazione di detti principi, con i quali la *lex fori* non deve confliggere, potrà variare in relazione all'atto richiesto.

---

[70] M. DANIELE, *I chiaroscuri dell'oei e la bussola della proporzionalità*¸ in *L'ordine europeo di indagine penale*, *cit.*, p. 55.

[71] F. FALATO, *La proporzione innova il tradizionale approccio al tema della prova: luci ed ombre della nuova cultura probatoria promossa dall'ordine europeo di indagine penale*, in *Arch. pen.*, 2018, 2, p. 4.

2.2. La "bussola"[72] *della proporzionalità.*

Definito dalla dottrina come "la cifra più profonda del nuovo strumento d'indagine"[73], il principio di proporzionalità impone all'autorità di emissione un giudizio di opportunità in merito all'utilizzo dello strumento probatorio, che potrà essere considerato idoneo solo quando si renda necessario al raggiungimento dello scopo (l'escussione della prova), e sempre che sia in grado di evitare un'intollerabile – sproporzionata, appunto – compressione della sfera giuridica del destinatario del provvedimento. La proporzionalità[74] è, dunque, sembrata al legislatore eurounitario uno strumento sufficientemente elastico e condiviso tra gli Stati membri, che fosse in grado di contemperare tanto la necessità di concretezza ed effettività delle ragioni dell'autorità di emissione (acquisizione e successiva utilizzazione della prova), quanto il rispetto dei principi fondamentali, oltreché del cd. *acquis communautaire*. Ad oggi, è pacifica la scansione che caratterizza il controllo di proporzionalità, fondata su tre passaggi fondamentali: idoneità, necessarietà e proporzionalità in senso stretto. I primi due vagli consistono nella verifica della capacità in astratto dell'atto di raggiungere il fine prefissato scegliendo il mezzo che sia meno intrusivo: questo significa che in presenza di più atti tutti astrattamente idonei allo scopo, andrà preferito quello che realizza la minor compressione possibile della sfera giuridica del destinatario del provvedimento che, solo in quest'ottica, sarà definito necessario. La terza fase di verifica consiste, invece, nel risultato del bilanciamento operato tra la restrizione imposta all'individuo ed il fine perseguito dal pubblico potere nell'esercizio delle sue funzioni, affinché i diritti del singolo non siano compressi in modo intollerabile. In definitiva, un atto di indagine potrà dirsi proporzionato solo quando comporti la minima

---

[72] M. DANIELE, *L'impatto dell'ordine europeo di indagine penale sulle regole probatorie nazionali*, *cit.*, p. 76 e ss.

[73] C. E. GATTO, *Il principio di proporzionalità nell'ordine europeo di indagine penale*, in *Dir. pen. cont.*, 2, 2019, p. 100.

[74] Il principio *de quo*, di origine tedesca, è stato poi mutuato dal sistema eurounitario al punto da essere inserito nel Trattato di Lisbona (art. 5 parr. 3 e 4 TUE, nonché all'art. 49 par. 3 e art. 52 par. 1 della Carta dei diritti fondamentali) quale "punta di diamante" del cd. metodo comunitario. Ciò è stato possibile grazie all'ampia flessibilità che caratterizza questo canone, in grado di esaltare la componente sostanziale del ragionamento giuridico.

compressione dei diritti del soggetto destinatario e sia sufficientemente suffragato da ragioni investigative che lo rendono indispensabile.
Stando alla crescente europeizzazione dell'intera area penale, il principio in questione è stato definito al tempo stesso "sovra-principio, vale a dire un punto fondante alla base dell'intera costruzione giuridica dell'Unione, e un meta-principio, ossia chiave di lettura e di applicazione degli altri diritti fondamentali riconosciuti dal sistema europeo"[75]. Da questa prospettiva, la proporzionalità si pone tanto come mezzo, cioè come metodo generale da seguire in ambito penal-processuale, quanto come fine, poiché si presenta come canone utile per valutare la sostanziale giustizia della soluzione adottata nel caso concreto.

La proporzionalità ha dunque giocato un ruolo fondamentale anche nell'ambito della Direttiva OEI, posta l'assenza di una preventiva opera di armonizzazione che ha, pertanto, reso necessario il ricorso ad una serie di principi, tra i quali figura anche la proporzionalità, sia nella funzione di orientare gli operatori giuridici, chiamati all'interpretazione delle cd. "norme processuali in bianco"[76], sia quale "baluardo per la tutela dei diritti fondamentali"[77] del destinatario dell'atto di indagine. La portata applicativa del principio *de quo* viene dunque esaltata dalla Direttiva in esame poiché "va ben oltre il mero raffronto del rapporto tra mezzi e fini, per spingersi a un sindacato sullo strumento probatorio richiesto dello Stato emittente [...]: di fronte ad una richiesta di assistenza per l'acquisizione di un atto probatorio, sia lo Stato emittente che quello di esecuzione devono porre in essere il triplice vaglio implicato dal canone di proporzionalità"[78]. Questo conduce ad una consequenzialità di strumenti via via più afflittivi che potranno essere utilizzati solo quando quelli meno invasivi risultino di fatto inidonei al compimento dell'approvvigionamento probatorio auspicato. Il canone della proporzionalità

[75] M. CAIANIELLO, *Il principio di proporzionalità nel procedimento penale*, in *Dir. pen. cont.*, 2014, 34, p. 9.
[76] M. DANIELE, *ult. op. cit.*, p. 64.
[77] C. E. GATTO, *op. cit.*, p. 72.
[78] M. CAIANIELLO, *La nuova direttiva UE sull'ordine europeo di indagine penale tra mutuo riconoscimento e ammissione reciproca delle prove*, in *Proc. e gius. pen.*, 2015, 3, p. 6.

deve essere rispettato sin dalla fase di emissione dell'ordine: in questo caso, la prognosi spetta in prima battuta allo Stato richiedente. Allo stesso modo in fase di esecuzione, l'autorità giudiziaria è chiamata a formulare anch'essa una verifica del giudizio dell'emittente, con la possibilità di individuare un altro strumento istruttorio, che sia tuttavia meno intrusivo ma altrettanto capace di garantire l'efficienza del mezzo originariamente prescelto[79].

Esattamente come avviene nella Direttiva OEI, anche il d.lgs. n. 108/2017 dedica una norma alla proporzionalità, specificatamente all'art. 7, rubricato "Principio di proporzione"[80]. La disposizione valorizza un approccio di tipo sostanziale, poiché si fa ricorso alla dimensione concreta dell'atto probatorio richiesto, ponendo in particolare l'accento sul parametro di valutazione relativo alla gravità del reato ed alla pena prevista: impostazione che trova conferma nella Relazione illustrativa del decreto di attuazione n. 108 elaborata il 6 aprile 2017 dalla Commissione parlamentare giustizia[81], la quale spiega che "andrà valutata la capacità del mezzo richiesto di raggiungere l'obiettivo prefissato, secondo il criterio per il quale, a parità di efficacia, è da preferire sempre il mezzo che abbia conseguenze meno gravose"[82]. Il binomio proporzionalità-adeguatezza impone dunque un bilanciamento tra la restrizione imposta al singolo ed il contrapposto fine perseguito dal pubblico potere di modo che l'interprete dovrà necessariamente rifarsi alla natura dell'atto per cui si procede. Inoltre, questa verifica riguarda non solo i diritti dell'indagato ma anche di tutte le altre "persone coinvolte nel compimento degli atti richiesti"[83]. Anche la disciplina dei singoli mezzi di prova e di ricerca è condizionata dal controllo di proporzionalità, tanto da limitare i motivi di non esecuzione *ex* art. 11 Direttiva OEI ai soli ordini che difettano degli elementi che caratterizzano il

---

[79] *Considerando* n. 11 e art. 10 par. 3 Direttiva OEI.
[80] Art. 7, principio di proporzione: "L'ordine di indagine non è proporzionato se dalla sua esecuzione può derivare un sacrificio ai diritti e alle libertà dell'imputato o della persona sottoposta alle indagini o di altre persone coinvolte dal compimento degli atti richiesti, non giustificato dalle esigenze investigative o probatorie del caso concreto, tenuto conto della gravità dei reati per i quali si procede e della pena per essi prevista".
[81] Relazione illustrativa del d.lgs. n. 108/2017, *http://documenti.camera.it.*
[82] *Ibidem*, p. 5.
[83] Art. 7 d.lgs. n. 108/2017.

sopracitato vaglio, e che pertanto sono potenzialmente o concretamente lesivi dei diritti fondamentali.
Secondo quanto disposto dall'art. 9 comma 2 d.lgs. n. 108/2017, tutte le volte in cui l'atto appaia sproporzionato, nel senso indicato, dovrà esserne data comunicazione all'autorità di emissione così da consentire a quest'ultima di procedere alle valutazioni del caso e decidere dunque se insistere nella richiesta oppure di proporne un'altra diversa, sulla base dell'eventuale suggerimento dell'autorità interna. In caso di esito negativo dell'interlocuzione non è prevista la possibilità di rifiuto, salvo nel caso di impraticabilità dovuta alla mancanza di mezzi alternativi e parimenti idonei. Altrimenti si procederà, previa comunicazione all'autorità emittente, all'esperimento di un atto equipollente ma, soprattutto, meno intrusivo. La *ratio* di questa impostazione trova la sua giustificazione nella volontà di evitare il ricorso a strumenti particolarmente invasivi per il perseguimento di reati cd. bagatellari. In ogni caso non vi potrà essere alcun tipo di sindacato di proporzionalità da parte del Paese richiesto quando si tratti di uno degli atti non previsti nel già citato art. 9 comma 5 del decreto, per i quali opera, anche in questo caso, una regola di incondizionata disponibilità verso lo Stato di emissione.

Da ultimo, il canone in esame incide altresì sulla fruibilità del dato probatorio acquisito in esecuzione dell'OEI: questo avviene perché la Direttiva non ha disposto pressoché nulla circa l'utilizzabilità della prova formata all'estero, lasciando dunque i singoli Stati membri sostanzialmente liberi di adottare le regole di esclusione che riterranno più opportune per i propri ordinamenti, tra le quali figurerà sicuramente anche il principio di proporzionalità. Con specifico riferimento all'Italia, detto canone dovrà essere posto in rapporto alle norme codicistiche di rito nonché alle previsioni della Direttiva. Da questo parallelismo deriva che non ogni violazione di dette disposizioni potrà costituire un limite al mutuo riconoscimento e dunque alla fruibilità della prova, bensì solo quelle violazioni definite gravi *ex* art. 696-*ter*

c.p.p.[84], ossia tutte quelle lesioni che risultino senza giustificazione e sproporzionate all'esito della cd. triangolazione delle garanzie[85], che prevede il bilanciamento dei principi sanciti dall'ordinamento nazionale e quelli enucleati dalla Carta dei diritti fondamentali e dalla CEDU, così come rispettivamente interpretate dalla Corte di Giustizia e dalla Corte EDU. Questa operazione dovrà essere svolta caso per caso dall'autorità giudiziaria, tanto nella fase di richiesta quanto in quella di esecuzione. Dello stesso avviso anche la giurisprudenza di legittimità, la quale stabilisce che, in sede di esecuzione di un ordine europeo di indagine, l'autorità giudiziaria deve procedere alla verifica di proporzionalità tra il sacrificio della sfera giuridica della persona sottoposta alle indagini, o delle persone comunque coinvolte nel compimento delle attività probatorie richieste, e le pretese investigative o probatorie della fattispecie concreta, tenendo conto della gravità del reato e della pena per esso prevista, salvo che l'atto richiesto rientri tra quelli definiti puri *ex* art.9 comma 5 d.lgs. n. 108/2017.[86]

2.3. Procedura passiva in Italia: esecuzione e motivi di rifiuto.

Al capo I del titolo II del decreto in esame, sono contenute le disposizioni in caso di procedura passiva che si aziona tutte le volte in cui l'Italia riceve una richiesta di OEI da un degli Stati membri. In ossequio al sistema predisposto dalla Direttiva, la competenza a riconoscere l'ordine spetta al procuratore della Repubblica presso il tribunale del capoluogo del distretto nel quale devono essere compiuti gli atti richiesti (art. 4 d.lgs. n. 108/2017), sostituendo così la Corte d'appello quale organo interno deputato alla verifica di ammissibilità ed all'esecuzione delle richieste giudiziarie provenienti dall'estero, previsto nel sistema rogatoriale. Questa scelta legislativa si pone in coerenza con la finalità di snellire lo svolgimento delle procedure, investendo i soggetti che sono ordinariamente preposti alle attività investigative. Tuttavia, qualora l'autorità emittente richieda che ad eseguire l'atto debba essere un giudice, o quando ciò

[84] L'art. 696-*ter* c.p.p., "Tutela dei diritti fondamentali della persona nel mutuo riconoscimento", è stato inserito dall'art. 3 comma 1 lett. *a*) d.lgs. n. 140 del 3 ottobre 2017, che ha inserito il titolo I-*bis* c.p.p.
[85] M. DANIELE, *La triangolazione delle garanzie processuali fra diritto dell'Unione europea, Cedu e sistemi nazionali*, in *Dir. pen. cont.*, 2016, 4, p. 48 e ss.
[86] Cass., Sez. VI, 31/01/2019, n. 8320, *http//online.leggiditalia.it*.

sia richiesto dalla legge italiana, il procuratore distrettuale competente investirà il giudice per le indagini preliminari che ne autorizzerà l'esecuzione qualora abbia verificato la sussistenza delle condizioni richieste per il riconoscimento e secondo le forme del procedimento in camera di consiglio *ex* art. 127 c.p.p. Ai sensi dell'art. 2 comma 1 lett. *a* d.lgs. n. 108/2017, anche l'autorità amministrativa può essere competente ad eseguire un ordine di indagine, purché questo sia stato preventivamente convalidato da un'autorità giudiziaria di uno Stato membro dell'Unione. Ciononostante, quest'ultima non potrà procedere alla verifica dei requisiti formali e sostanziali richiesti, trattandosi di una funzione in capo alle sole autorità giudiziarie. Questa limitazione deriva dal fatto che l'Italia, diversamente da quanto accade in altri Paesi UE (ad es. Belgio, Germania e Ungheria), non prevede la gestione dei procedimenti penali da parte di dette autorità.

L'autorità giudiziaria sarà dunque chiamata a verificare che l'atto richiesto sia dotato di tutti i requisiti formali e sostanziali richiesti la cui assenza permette di richiedere all'autorità emittente un'integrazione o una rettifica dell'ordine (art. 6 commi 2 e 3 d.lgs. n. 108/2017) e solo successivamente ed in caso di mancato accordo si formerà un legittimo motivo di rifiuto *ex* art. 9 comma 3. Gli altri motivi di rifiuto sono elencati all'art. 10 comma 1 del decreto e sono obbligatori, il che significa che l'autorità italiana dovrà declinare il compimento di tutti gli atti di indagine pervenuti e qualunque sia l'atto richiesto affetti da uno dei seguenti motivi:

a. Incompletezza, manifesta erroneità, incoerenza e incongruità delle informazioni contenute nell'OEI.

   Nonostante questo motivo non abbia un'esatta corrispondenza nella Direttiva OEI, la scelta del legislatore è stata quella di valorizzare il ruolo del già citato allegato A, che non solo svolge funzione certificatrice delle informazioni ivi contenute ma ha anche lo scopo di assicurare una risposta che sia rapida ed altresì aderente ai canoni di garanzia. In ogni caso, la chiave di lettura deve essere pur sempre ispirata al principio della *primauté communautaire*: ciò significa che

potrà operare come motivo di rifiuto solo quel difetto dell'allegato che risulti essenziale e che sia il risultato di un mancato successo delle interlocuzioni tra le autorità volte all'integrazione, al chiarimento o alla rettifica dell'ordine[87], di cui all'art. 6 comma 2 del decreto.

b. Immunità riconosciute dallo Stato italiano che limitano o inibiscono l'esercizio o il proseguimento dell'azione penale nei confronti della persona destinataria del provvedimento.

   Si fa riferimento esclusivamente alle immunità non rimosse o non rimovibili in assoluto (ad es. l'insindacabilità delle opinioni espresse o dei voti dati dal parlamentare nell'esercizio delle sue funzioni *ex* art. 68 comma 1 Cost.) nonché quelle la cui rimozione non compete allo Stato di esecuzione (come l'immunità diplomatica). Tuttavia, qualora si renda necessaria l'autorizzazione a procedere perché l'immunità rappresenta un ostacolo procedurale e la rimozione sia di competenza dell'autorità di esecuzione, l'art. 9 comma 4 d.lgs. n. 108/2017 attribuisce al procuratore della Repubblica il potere di farne tempestiva richiesta all'autorità competente (come nel caso dei reati di cui all'art. 313 c.p., "Autorizzazione a procedere o richiesta di procedimento"). Se quest'ultima declina, potrà essere opposto il rifiuto all'OEI.

c. Pregiudizio per la sicurezza nazionale.

   Nelle intenzioni del legislatore[88], questa dicitura, piuttosto ampia, ricomprende la definizione più dettagliata di cui all'art. 11 par. 1 lett. *b* Direttiva OEI che contempla il "caso specifico" nel quale l'esecuzione dell'OEI "leda interessi essenziali di sicurezza nazionale, metta in pericolo la fonte delle informazioni o comporti l'uso di informazioni classificate riguardanti attività di *intelligence* specifiche".

---

[87] Così come si evince dalla Relazione illustrativa, *cit.*, che stabilisce: "L'incompletezza non emendata dell'OEI o le contraddizioni in esso contenute con riguardo all'atto richiesto ne rendono impossibile l'esecuzione e quindi costituiscono motivo di rifiuto (si veda l'articolo 16 § 2 lettera a) della direttiva.", p. 6.

[88] Relazione illustrativa, *cit.*, p. 6.

d. Violazione del principio del *ne bis in idem*.

   Prima di tutto, dovrà trattarsi di decisioni definitive di merito e, al fine di verificarne l'identità, sarà necessario avere riguardo al criterio dell'identità sostanziale dei fatti oggetto dei relativi procedimenti, prescindendo dall'eventuale diversità del *nomen juris* attribuito alla fattispecie dalle autorità dei due Stati. In Italia, la norma di riferimento è l'art. 649 c.p.p. ("Divieto di un secondo giudizio") nonché l'art. 50 della Carta di Nizza, quale garanzia generale da invocare nello Spazio giuridico europeo. Inoltre, assumeranno rilevanza non solo le sentenze divenute definitive assunte dalle autorità italiane, ma anche quelle degli altri Paesi dell'Unione, ancorché diversi dallo Stato di emissione, con l'unica condizione prevista all'art. 51 della Carta di Nizza che prescrive che si debba trattare di materie di competenza dell'Unione europea stessa.

e. Incompatibilità dell'atto richiesto con i principi e diritti fondamentali.

   In questo caso viene riproposto quanto già previsto all'art. 11 lett. *c* Direttiva OEI, con riferimento all'ipotesi in cui l'ordine sia gravemente sospetto di incompatibilità con gli obblighi assunti dagli Stati membri di cui all'art. 6 TUE e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

f. Doppia incriminazione.

   Alla stregua dell'art. 11 par. 1 lett. *g* Direttiva OEI, la condizione è formulata in termini sostanzialistici poiché l'autorità italiana dovrà stabilire se il fatto per il quale è stato emesso l'OEI sia punito dalla legge italiana indipendentemente dalla qualificazione giuridica e dalla perfetta corrispondenza degli elementi costitutivi tra la fattispecie interna e quella indicata dall'autorità emittente. Ciò significa che sarà sufficiente che la fattispecie sia concretamente punibile come reato in entrambi gli ordinamenti, non essendo affatto richiesto che lo schema punitivo proposto dal Paese emittente trovi un identico riscontro in una norma incriminatrice italiana, sotto il

punto di vista degli elementi richiesti per la configurazione della fattispecie criminosa, oltre che del trattamento punitivo. Tuttavia, come già menzionato con riguardo alla Direttiva OEI, questa impostazione incontra due deroghe nella legge interna: la prima è delineata all'art. 9 comma 5 d.lgs. n. 108/2017 che, salvo quanto previsto all'art. 10 comma 1, stabilisce che si provvede in ogni caso a riconoscimento e all'esecuzione dell'ordine qualora si tratti di tipologie di atti accomunati da un minor livello di invasività oppure di informazioni già altrimenti acquisite e disponibili dallo Stato di esecuzione (ad es. l'acquisizione di informazioni contenute in banche dati, il compimento di atti di indagine che non incidono sulla libertà personale e sul diritto all'inviolabilità del domicilio, l'audizione di persona informata sui fatti); all'art. 11 del decreto in oggetto invece si fa riferimento alla già menzionata lista di trentadue reati di cui all'allegato D della Direttiva, rispetto alla quale il Paese di esecuzione è tenuto sempre a prestare assistenza indipendentemente dalla doppia incriminazione e purché il fatto sia punito dallo Stato di emissione con una pena non inferiore nel massimo a tre anni o con una misura di sicurezza detentiva.

Ci sono tuttavia alcuni motivi enucleati dalla Direttiva che non sono stati riproposti dal decreto di attuazione, e questi sono i casi in cui dall'esecuzione dell'OEI possa derivare contrasto con le norme sulla determinazione e limitazione della responsabilità penale relative alla libertà di stampa (art. 11 par. 1 lett. *a*, seconda parte, Direttiva OEI); il fatto che ha giustificato l'emissione dell'OEI si presume commesso fuori dal territorio dello Stato di emissione ed interamente o parzialmente commesso nel territorio di quello di esecuzione, e la condotta per la quale l'OEI è emesso non costituisca reato nello Stato di esecuzione; il ricorso all'atto di indagine richiesto nell'ordine sia limitato dal diritto dello Stato di esecuzione ad un elenco o ad una categoria di reati o a reati punibili entro una certa soglia nel quale non figura il reato oggetto dell'ordine[89].

[89] Queste tre ipotesi sono rispettivamente indicate alle lett. *a*, *e*, *g*, par. 1 art. 11 Direttiva OEI.

Il Manuale operativo del decreto attuativo divulgato dal Ministero della Giustizia[90] spiega specificatamente ciascuna di queste scelte operate dal legislatore[91]: nel primo caso, ciò si giustifica con la considerazione che l'ordinamento italiano definisce l'esercizio del diritto di cronaca, di critica e di manifestazione del pensiero una scriminante[92] che dunque conduce ad un difetto di antigiuridicità dal quale deriva, a sua volta, la possibilità di opporre il rifiuto *ex* art. 10 lett. *f*[93], rendendo pertanto ridondante un ulteriore riferimento in tal senso; quanto al secondo caso, vale la condizione generale della doppia incriminazione, con tutte le dovute limitazioni e condizionamenti già enucleati; infine, per la terza ipotesi, la mancata previsione di un motivo generale per le violazione dei limiti di ammissibilità di un atto determinato nell'ordinamento interno, si giustifica perché la materia è già disciplinata dagli art. 9 comma 3 d.lgs. n. 108/2017 e dal titolo II del capo II del decreto stesso, rubricato "Disposizioni specifiche per determinati atti di indagine". La scelta è stata dunque quella di "specializzare la *sedes materiae*"[94].

Nel caso di avvenuto riconoscimento e di conseguente messa in esecuzione dell'ordine, all'art. 4 d.lgs. n. 108/2017 è previsto che venga dato avviso al difensore del soggetto destinatario del provvedimento. Nello specifico, ai commi 4 e 8 dello stesso articolo, è sancito che il decreto di riconoscimento sia comunicato a cura della segreteria del pubblico ministero al difensore della persona sottoposta alle indagini, nel caso in cui si proceda ai cd.

---

[90] Circolare in tema di attuazione della Direttiva 2014/14/UE relativa all'ordine europeo di indagine penale – Manuale operativo, Dipartimento per gli affari di giustizia. Direzione generale della giustizia penale, 26 ottobre 2017.
[91] *Ibidem*, p. 23 e ss.
[92] Il primo riferimento normativo è quello dell'art. 21 Cost. che tutela la libertà di manifestazione del pensiero tramite qualsiasi mezzo di diffusione. Dall'art. 51 c.p., invece, rubricato "Esercizio di un diritto o adempimento di un dovere", ne deriva la capacità esimente. Ancorché non sia specificatamente previsto in alcuna norma specifica dell'ordinamento italiano, il diritto alla libertà di stampa può essere desunto dall'art. 2 l. n. 69/1963 ("Ordinamento della professione di giornalista").
[93] L'articolo citato stabilisce che deve essere rifiutato il riconoscimento quando "il fatto per il quale è stato emesso l'ordine di indagine non è punito dalla legge italiana come reato, indipendentemente dagli elementi costitutivi o dalla qualificazione giuridica individuati dalla legge dello Stato di emissione, salvo quanto disposto dagli articoli 9, comma 5, e 11".
[94]Circolare ministeriale, *cit.*, p. 24 e ss.

atti garantiti in senso stretto[95], entro i termini stabiliti ai fini dell'avviso di cui il soggetto interessato ha diritto secondo la legge italiana, in ossequio al principio di assimilazione all'atto interno analogo. Altrimenti nei casi in cui la legge italiana preveda solo il diritto del difensore ad assistere al compimento dell'atto senza che vi sia alcun previo avviso, il decreto verrà comunicato o contestualmente al compimento stesso oppure immediatamente dopo. I relativi verbali sono poi depositati nella segreteria del pubblico ministero *ex* art. 366 comma 1 c.p.p. Non vi è la necessità di alcuna comunicazione, invece, nel caso in cui si proceda all'esperimento di atti rispetto ai quali la legislazione italiana non preveda alcun avviso al difensore, come avviene ad esempio nel caso delle intercettazioni.

2.4. Il nuovo sistema delle impugnazioni: il "diritto di difendersi impugnando"[96].

Come contraltare all'attitudine captativa che caratterizza l'ordine di indagine, la Direttiva prevede, a carico degli Stati membri, la prescrizione volta ad assicurare, per gli atti di indagine richiesti, la presenza di mezzi di impugnazione equivalenti a quelli disponibili in un caso interno analogo (art. 14 par. 1 Direttiva OEI), con tutto il dovuto corollario che ne consegue: fornire informazioni adeguate circa la possibilità di esercitare dette azioni, i soggetti legittimati all'azione nonché i termini entro i quali agire. Al contrario, il par. 2 dell'articolo in discorso indica espressamente che le doglianze afferenti alle ragioni di merito siano impugnate soltanto tramite un'azione introdotta davanti allo Stato di emissione. Di talché, l'impugnabilità può vertere su ragioni inerenti alla riconoscibilità dell'ordine nonché quelle connesse a eventuali vizi di forma del decreto stesso o alla sua comunicazione.

Questo nuovo assetto ha dunque aperto un varco a favore dell'introduzione di rimedi impugnatori *ad hoc* avverso la decisione di

---

[95] Si tratta di quegli atti per il cui compimento è obbligatoria la presenza del difensore della persona sottoposta alle indagini: a tal fine è previsto l'istituto dell'informazione di garanzia di cui all'art. 369 c.p.p.

[96] E. LORENZETTO, *L'assetto delle impugnazioni*, *cit.*, p. 157.

riconoscimento assunta nel contesto di cooperazione giudiziaria, circostanza rimasta fino a qual momento pressocché sconosciuta dall'ordinamento italiano. Nel sistema rogatoriale, infatti, non è contemplato alcun tipo di impugnazione contro la decisione, positiva o negativa, adottata dalla Corte di Appello in sede di *exequatur* di cui all'art. 724 c.p.p. Tutt'al più, un costante orientamento giurisprudenziale[97] ammette l'esperibilità di un incidente di esecuzione avverso gli atti compiuti in esecuzione di una rogatoria internazionale, a condizione che non si fondi su una contestazione di merito della delibazione ed abbia ad oggetto solo le questioni afferenti all'esistenza del titolo esecutivo oppure i requisiti oggettivi del titolo stesso. In questo contesto, l'OEI ha dunque predisposto un nuovo sistema impugnatorio volto a fornire – in prima analisi – al soggetto coinvolto dal provvedimento probatorio ed al suo difensore, la possibilità di tutelare i propri diritti in caso di presunta violazione, recuperando la garanzia giurisdizionale rispetto alla valutazione già compiuta *inaudita altera parte* dal procuratore della Repubblica.

In sede di trasposizione dell'OEI, il legislatore italiano ha dovuto dunque contemperare la previgente normativa interna con l'art. 14 della Direttiva in esame. Questa disposizione trova la sua sede normativa italiana nell'art. 13 d.lgs. n. 108/2017, che prevede il rimedio dell'opposizione, esperibile dalla persona sottoposta alle indagini o dal suo difensore entro cinque giorni dalle comunicazioni *ex* art. 4 comma 4, davanti il giudice per le indagini preliminari, il quale assume la decisione con ordinanza, previa consultazione con il procuratore della Repubblica. Oggetto dell'impugnazione è la delibera di riconoscimento dell'ordine, fase che precede quella esecutiva in senso stretto. A questo mezzo se ne aggiungono altri due: quello previsto dai commi 5 e 6 dell'articolo in esame, fondato sulla richiesta che le parti possono proporre al giudice per le indagini preliminari chiamato ad eseguire l'ordine, il quale potrà eventualmente disporne l'annullamento; e l'opposizione al decreto di

[97] Cass. Sez. I, n. 22634/04; Cass. Sez. I, n. 40415/06; Cass. Sez. IV, n. 9496/08. Per tutte, cfr. *http//online.leggiditalia.it*.

riconoscimento dell'ordine avente ad oggetto il sequestro ai fini della prova, di cui al comma 7.

A ben vedere, la legislazione italiana si spinge – opportunamente – oltre il dettato della Direttiva: l'unico mezzo analogo a quello interno sarebbe solo quello previsto nelle ipotesi di sequestro probatorio che contempla il riesame del relativo provvedimento, a norma dell'art. 257 c.p.p.

Il potere di impugnativa dei soggetti legittimati può investire il decreto di riconoscimento, indipendentemente dal suo oggetto, nonostante le norme nazionali non prevedano strumenti equivalenti e specifici per l'attività probatoria alla base dell'ordine. Come emerge dalla già citata Relazione illustrativa, è stata operata questa scelta "al fine di non sottrarre del tutto a qualsivoglia controllo di legittimità gli atti esecutivi"[98] imposti da un'autorità giudiziaria straniera, consentendo contro gli stessi di proporre opposizione davanti al giudice, ove altrimenti non previsto.

Ciononostante, sussistono alcune falle nel funzionamento. La comunicazione del decreto di riconoscimento, per l'appunto oggetto di impugnazione, non è prevista in tutti i casi, anzi questo adempimento è arginato sia sul fronte oggettivo, perché la comunicazione è prevista solo quando si proceda ad atti investigativi che richiedano la presenza obbligatoria del difensore, sia da quello soggettivo, assunto che l'unico destinatario della comunicazione è il difensore stesso, di talché, nelle ipotesi che fuoriesco da questo perimetro, risulta problematico individuare il veicolo conoscitivo dell'avvenuto riconoscimento ed il momento di decorrenza del termine per impugnare. La soluzione a questo problema è parzialmente risolta analizzando individualmente ciascun mezzo di impugnazione elencato.

Venendo dunque alle singole impugnazioni, la prima consiste, per l'appunto, nell'opposizione 'base' che la persona sottoposta alle indagini ed il suo difensore possono esperire dinanzi il giudice per le indagini preliminari contro il decreto di riconoscimento entro cinque giorni dalla comunicazione (art. 13 comma 1 d.lgs. n. 108/2017). Il ristretto novero di soggetto legittimati ad

[98] Relazione illustrativa, *cit*., p. 8.

esercitare l'azione risarcitoria induce a ritenere che nei casi di atti non presidiati dal difensore – ad es. accertamento tecnico (art. 359 c.p.p.), assunzione di informazioni (art. 362 c.p.p.), interrogatorio di persona imputata in un procedimento connesso (art. 363 c.p.p.) – la comunicazione non sia dovuta e dunque l'opposizione non sia esercitabile, rimanendo tra tutti escluso *in primis* l'imputato. In realtà questa impostazione è coerente con il sistema impugnatorio: trattandosi di atti tipicamente investigativi, è plausibile ritenere che interessino essenzialmente chi è sottoposto alle indagini, per l'appunto abilitato a impugnare il decreto e dunque, in definitiva, atti che operano in una fase anteriore a quella strettamente processuale che prevede la necessaria presenza dell'imputato.

Sul versante procedurale, il giudice decide dell'opposizione con ordinanza comunicata al procuratore, che a sua volta dovrà informare senza ritardo l'autorità di emissione, e notificata all'interessato. In caso di accoglimento dell'opposizione, verrà dunque disposto l'annullamento del decreto di riconoscimento precludendo, di conseguenza, l'esecuzione dell'ordine. Coerentemente a quanto disposto a livello eurounitario, la norma italiana esclude che l'impugnazione postuli la sospensione dell'esecuzione dell'OEI, né tantomeno il trasferimento della prova reperita, salvo l'ipotesi in cui il procuratore ritenga che dalla trasmissione possa derivare un grave ed irreparabile danno al soggetto interessato dal compimento dell'atto, avuto riguardo delle caratteristiche del caso concreto[99].

Lo stesso schema si ripete nella seconda tipologia di impugnatoria *ex* art. 13 comma 5 d.lgs. n. 108/2017, il cd. annullamento su richiesta delle parti, esperibile avverso atti che richiedono *ab origine* l'intervento del giudice ai sensi del già citato art. 5: in questo caso il controllo di legittimità sul decreto di riconoscimento emesso dal procuratore verrà svolto dallo stesso giudice competente a pronunciarsi sull'impugnazione[100]. In questo caso non ricorre

[99] Art. 13 par. 4 d.lgs. n. 108/2017.
[100] Art. 13 par. 5 d.lgs. n. 108/2017.

l'opposizione, resa superflua dall'operare delle garanzie procedurali sin dalla fase immediatamente precedente a quella esecutiva, dovendo il giudice dapprima autorizzare l'esecuzione stessa. Dunque, è previsto che il giudice possa disporre l'annullamento del decreto di riconoscimento qualora ricorra uno dei motivi di rifiuto di cui all'art. 10 d.lgs. n. 108/2017. Stando alla *littera legis*, dato che l'annullamento è disposto "anche" su richiesta delle parti, ne deriva che non è escluso che il giudice possa procedervi autonomamente *ex officio*. Il momento dell'effettiva conoscenza, nel silenzio della disposizione, deve essere desunto dal contesto normativo generale, dato che non è espressamente prevista alcuna comunicazione alle parti: sulla base dell'interpretazione resa nella Relazione, la quale prevede che si proceda secondo le forme del procedimento camerale di cui all'art. 127 c.p.p. portando con sé il dovere di depositare gli atti e il diritto per il difensore di prenderne visione *ex* art. 366 comma 1 c.p.p., ne discende che le parti ne avranno effettiva conoscenza sicuramente in udienza, momento dal quale scatta il termine della decorrenza, seguendo dunque i tempi per il deposito della memoria nel rito camerale, ammesso fino a cinque giorni prima dell'udienza stessa (comma 2 dell'articolo in esame), e pertanto non sembra preclusa l'istanza formulata dalle parti per le prima volta proprio in udienza. Con riferimento al modello procedurale da adottare, nel silenzio della disposizione, la scelta sembra propendere per un procedimento senza particolari formalità, prevedendo un contraddittorio solo cartolare, senza la necessità di dover rispettare anche altre formalità procedurali[101]. Questo avrebbe come conseguenza l'impossibilità di procedere ad ulteriore impugnazione, neanche tramite ricorso in Cassazione. Di parere diverso la Relazione illustrativa citata che non sembra fare distinzione tra le diverse tipologie di gravame affermando che "il procedimento si svolge in camera di consiglio ai sensi dell'art. 127 c.p.p. per snellire la procedura e per economicità di spesa. Avverso la decisione del giudice si prevede il ricorso in Cassazione"[102]. In sede di deliberazione, il giudice utilizza, quale parametro di sindacabilità, i motivi di rifiuto indicarti

[101] E. LORENZETTO, *op. cit.*, p. 168.
[102] Relazione illustrativa, *cit.*, p. 82 e ss.

all'art. 10 d.lgs. n. 108/2017: ancorché questo canone sia richiamato solo nel par. 5 dell'articolo in esame, ossia con esclusivo riferimento alle ipotesi di cui all'art. 5 d.lgs. n. 108/2017, si ritiene operante in qualsiasi caso con riferimento al potere da lui esercitato in sede di opposizione[103]. In caso di accoglimento dell'istanza o qualora il giudice decida di non dar seguito al riconoscimento, il provvedimento assume le forme dell'ordinanza, da comunicare e notificare alle parti, e sarà ricorribile in Cassazione (art. 127 comma 7 c.p.p.).

Parzialmente differente la disciplina dell'impugnazione in caso di sequestro probatorio, contenuta al comma 7 dell'art. 13 d.lgs. n. 108/2017 ed in fase attiva regolata dall'art. 28, mediante rinvio alle norme sul riesame e sull'appello cautelare reale. In questo caso il novero dei soggetti legittimati a presentare opposizione si amplia, ricomprendendo anche la persona alla quale la prova o il bene siano stati sequestrati e quella che avrebbe diritto alla loro restituzione, qualora quest'ultimi siano soggetti diversi dalla persona sottoposta alle indagini. Questa apertura è una diretta conseguenza della prescritta equivalenza dei rimedi impugnatori previsti in un caso interno analogo: questo elenco di soggetti coincide con quello indicato all'art. 257 c.p.p. che disciplina il riesame nel caso di sequestro probatorio *intra moenia*. Tuttavia, anche in questa ipotesi si ripropongono gli stessi problemi di conoscibilità del provvedimento: assunto che oggetto dell'impugnazione è il decreto di riconoscimento che precede l'esecuzione del sequestro, ne deriva che per potersi opporre è necessario, prima di tutto, che il procuratore proceda alla comunicazione che però è riservata solo al difensore della persona sottoposta alle indagini (art. 4 comma 4 d.lgs. n. 108/2017). Di conseguenza, in relazione a tutti gli altri soggetti interessati dal provvedimento e che sono menzionati nella disposizione di cui all'art 13 comma 7, mancherebbe la possibilità di conoscere il provvedimento e di esercitare l'azione che spetta loro, mettendo a nudo una disposizione – sostanzialmente – vuota.

[103] Circolare ministeriale, *cit.*, p. 29.

Di opinione diversa la giurisprudenza della Suprema Corte che opera un distinguo tra il decreto di sequestro, quale atto di indagine propriamente inteso, ed i verbali delle attività compiuti e conseguenti al decreto stesso. La Cassazione statuisce, in più di un'occasione, "che il decreto di riconoscimento dell'ordine di indagine europeo, avente ad oggetto il sequestro ai fini della prova, non è impugnabile con la richiesta di riesame, ma solo con l'opposizione al giudice per le indagini preliminari prevista dall'art. 13 comma 1 d.lgs. n. 108 del 2017" [104]. Si specifica che solo con riferimento ai verbali degli atti d'indagine compiuti, ed ai quali il difensore dell'indagato ha il diritto di assistere *ex* art. 4 comma 8 d.lgs. n. 108/2017, è consentita l'esperibilità di mezzi di impugnazione "equivalenti a quelli disponibili in un caso interno analogo". Dunque, solo con riguardo a detti verbali depositati nella segreteria del pubblico ministero ai sensi dell'art. 366 comma 1 c.p.p., a cui lo stesso art. 4 comma 8 formalmente rinvia, è consentito di proporre riesame *ex* art. 257 c.p.p. La Corte spiega che "l'opposizione proposta ai sensi dell'art. 13 potrà comprendere la deduzione di eventuali vizi genetici o di comunicazione del decreto di riconoscimento, come anche la contestazione delle modalità di attuazione dell'ordine d'indagine. Ne consegue che, laddove una perquisizione o un sequestro siano disposti in attuazione di un ordine europeo di indagine, il rimedio esperibile non è l'ordinaria richiesta di riesame, ma in ogni caso l'opposizione al g.i.p. ai sensi dell'art. 13, non essendo ammissibile [...] un doppio binario di tutela, di fronte al g.i.p. per l'ordine di indagine e il decreto di riconoscimento"[105].

Un'altra criticità si pone in relazione alla durata e alla decorrenza dei termini. In dottrina[106] l'orientamento più accreditato – ancorché non privo di problemi – suggerisce di forzare il dato normativo, legando così la decorrenza non solo al momento della comunicazione come prevista dall'art. 4 citato, bensì anche dal momento dell'effettiva conoscenza dell'avvenuto sequestro, ipotizzando dunque un termine di durata pari a cinque giorni. Questa lettura colmerebbe la lacuna dei soggetti non destinatari della comunicazione ufficiale ed è, inoltre,

[104] Cass., Sez. VI,25/02/2019, n. 8320, *cit*.
[105] Cass., Sez. III, 07/02/2019, n. 5940, *http//online.leggiditalia.it*.
[106] E. LORENZETTO, *op. cit.*, p. 172 e ss.

confermata dalla Relazione citata, la quale ammette che "non sfugge naturalmente che l'aver ancorato la possibilità di impugnare al momento in cui il titolare del diritto ha conoscenza della decisione, eventualmente attraverso la conoscenza dell'atto di indagine, ne rinvia la fruibilità in un momento che può essere anche lontano nel tempo, nondimeno è stato necessario coniugare tale diritto con la necessità di segretezza delle indagini che deve comunque venire garantita"[107]. Anche in questo caso si procede con le forme del procedimento camerale, l'impugnazione non è dotata di effetto sospensivo – in ossequio non solo alla disciplina eurounitaria ma anche quella interna, relativamente alla richiesta di riesame, che non prevede detta sospensione – ed è espressamente previsto il ricorso in Cassazione per violazione di legge.

Indipendentemente dal mezzo impugnatorio utilizzato, qualora il ricorso si concluda con successo, il decreto di riconoscimento verrà annullato e pertanto non si procederà ad esecuzione dell'ordine. Perciò se l'atto non è ancora stato compiuto, non potrà più esserlo, altrimenti i suoi risultati non dovranno essere trasmessi all'autorità richiedente. Senonché, in assenza di effetti sospensivi dell'impugnazione, è plausibile ipotizzare che, oltre al compimento degli atti richiesti, potrebbero essere anche già state trasmesse le risultanze probatorie conseguite. L'autorità di emissione, ancorché debba essere sempre informata circa la proposizione del ricorso e del suo eventuale annullamento (art. 14 par. 5 Direttiva OEI e art. 13 comma 3 d.lgs. n. 108/2017), sarebbe tenuta a non utilizzare le prove raccolte sulla base di un ordine che risulti *ex post* carente dei requisiti necessari. Tuttavia, la Direttiva nulla dice circa questa eventuale inutilizzabilità indicando solo che "lo Stato di emissione tiene conto del fatto che il riconoscimento o l'esecuzione dell'OEI sono stati impugnati con successo conformemente al proprio diritto nazionale" (art. 14 par. 7 Direttiva OEI), di talché, stando al tenore letterale della Direttiva, non appare affatto scontato che l'autorità di emissione tragga le dovute conclusioni dalla non utilizzabilità dei risultati dell'ordine. Per questa ragione in dottrina si è ipotizzato di poter

[107] Relazione illustrativa, *cit*., p. 2.

colmare detta lacuna facendo riferimento al principio di diritto internazionale generale secondo il quale "nessuno Stato può compiere atti processuali in territorio straniero in assenza di una espressa previsione normativa o di uno specifico accordo tra i due Stati"[108], ritenendo che pertanto non possa parimenti procedere all'utilizzo della prove raccolte in costanza di un decreto successivamente annullato dall'autorità dello Stato nel quale l'atto è stato compiuto.

Per quanto concerne il sindacato sulle ragioni di merito, la scelta del legislatore eurounitario di mantenerle sotto l'egida dello Stato di emissione risponde alla necessità di interpellare direttamente l'autorità che ha svolto le valutazioni politico-criminali in termini di opportunità di emissione dell'ordine ed evitare inopportune ingerenze in questo settore da parte dello Stato esecutore. La corrispondente normativa italiana non traduce pedissequamente detta disposizione anche se questa – a ben vedere – è già insita nella delimitazione del perimetro di controllo assegnato al giudice dell'opposizione che, come evidenziato, potrà fare riferimento solo ai motivi di rifiuto, tra i quali non figurano le ragioni di merito poste a fondamento dell'emissione dell'OEI. La scelta del legislatore italiano è coerente altresì con la regola generale in materia di impugnazioni dei provvedimenti emessi dall'autorità giudiziaria di uno Stato membro dell'Unione europea, contenuta all'art. 696-*novies* c.p.p. ("Impugnazioni") secondo il quale non è ammessa l'impugnazione delle decisioni sull'esecuzione o sul riconoscimento di un provvedimento giudiziario emesso dall'autorità di uno Stato membro "per motivi di merito, salvo quanto previsto dall'art. 696-*quinquies*", ossia salvo che sia altrimenti disposto.
In ogni caso, è ammesso il ricorso in Cassazione per violazione di legge avverso le sentenze e i provvedimenti sulla libertà personale, avanzato sia dal pubblico ministero sia dagli altri interessati, senza effetto sospensivo, salvo che sia diversamente previsto.

---

[108] T. RAFARACI, *Il procedimento passivo di riconoscimento ed esecuzione (artt. 4-6, 8, 12-14 d.lgs. n. 108/2017)*, in *La nuova cooperazione giudiziaria penale* (a cura di M. R. Marchetti e E. Selvaggi), CEDAM, 2018, p. 311.

In sede di procedura attiva azionata dall'autorità italiana, l'impugnazione è ammessa solo nei confronti dell'ordine avente ad oggetto il sequestro ai fini della prova (art. 28 d.lgs.n. 108/2017). La scelta deriva dal fatto che il rimedio previsto è l'unico azionabile anche per gli atti investigativi o di assunzione della prova esperibili in Italia: l'impugnazione, infatti, è ammessa solo per il sequestro probatorio, sotto forma di riesame (art. 257 c.p.p.). Il novero dei soggetti legittimati è lo stesso di quelli previsti già nella procedura passiva ed in quella domestica. Per quanto riguarda invece gli aspetti procedimentali, il rimedio si colloca in un momento appena successivo all'esecuzione. Inoltre, in virtù dell'espresso richiamo all'art. 324 c.p.p. ("Procedimento di riesame"), il riesame potrà essere esperito nel termine di dieci giorni dalla data dell'esecuzione del provvedimento che ha disposto l'ordine e, con esso, il sequestro o dalla diversa data in cui l'interessato abbia avuto conoscenza dell'avvenuto sequestro.

Discorso ancora diverso merita lo specifico richiamo agli artt. 322-*bis* e 325 c.p.p., rispettivamente concernenti l'appello ed il ricorso per cassazione. Nel primo caso, l'appello sarebbe concretamente percorribile solo nel caso di rigetto dell'istanza di restituzione avanzata dall'interessato al pubblico ministero: impostazione che trova conferma nella Relazione illustrativa[109]. La seconda previsione richiamata risulta indubbiamente compatibile con la fattispecie in esame: nello specifico si tratta del ricorso per violazione di legge proponibile contro l'ordinanza emessa ai sensi dell'art. 324 c.p.p. Più problematica invece sembra essere l'integrazione con il comma 2 dell'art. 325 c.p.p. che prevede il ricorso *omisso medio* esclusivamente nelle ipotesi di sequestro emesso dal giudice, quindi in relazione al solo sequestro cautelare preventivo di cui all'art. 321 comma 1 c.p.p. Stando quindi ad una lettura testuale della norma interna, si dovrebbe escludere la sua estensione con riguardo al sequestro probatorio, posto che l'art. 324 contempla il riesame ma non anche questa particolare tipologia di ricorso 'accelerato' per cassazione.

[109] Relazione illustrativa, *cit*., nella parte in cui afferma che "l'ordinamento interno riconosce il diritto di riesame e all'appello, in caso di diniego di restituzione", p. 8.

Tuttavia, questa interpretazione mal si concilia con un'analisi altrettante letterale dell'art. 28 del decreto attuativo che invece richiama la norma per intero, conducendo dunque alla conclusione opposta rispetto a quella appena prospettata.

3. Previsioni speciali per alcuni mezzi istruttori.

A fronte di un compendio normativo volto a disciplinare i profili generali dell'OEI, ai capi IV e V della Direttiva OEI sono invece previsti dei mezzi probatori finalizzati a regolare specificatamente alcune attività investigative, con l'intento di sottrarle alla disciplina dell'assistenza giudiziaria, rafforzando così la portata e l'incisività del nuovo assetto normativo eurounitario. Le previsioni sono dettate ai capi II e III d.lgs. n. 108/2017, in armonia con quanto previsto ai citati capi della Direttiva OEI, che disciplinano rispettivamente alcune specifiche tipologie di atti di indagine e le intercettazioni di telecomunicazioni nella procedura passiva. Per quanto riguarda la procedura attiva, invece, la disciplina è contenuta dall'art. 37 all'art. 46 d.lgs. n. 108/2017.

3.1. La centralità della prova dichiarativa[110].

Dopo aver analizzato le disposizioni generali di applicazione e di funzionamento dell'ordine europeo di indagine, il fuoco dello studio si incentra sulle particolari tipologie di atti previste dalla Direttiva, incominciando dalla prova dichiarativa che viene, per l'appunto, definita centrale. Infatti, ciò che emerge da un'analisi sistematica del provvedimento è l'intenzione del legislatore eurounitario, prima, e di quello italiano, dopo, di attribuire alla prova dichiarativa non solo una complessiva prevalenza quale metodo di escussione della prova bensì anche una dimensione europea tutte le volte in cui si renda necessario acquisire dichiarazioni di persone collocate al di fuori dei confini dello Stato procedente e che appaiano rilevanti ai fini di un procedimento penale celebrato nel territorio dello stesso. Poiché le prove dichiarative non preesistono

[110] L. CAMALDO e F. CERQUA, *La direttiva sull'ordine europeo di indagine penale: le nuove prospettive per la libera circolazione delle prove*, in *Cass. pen.*, 2014, 10, p. 3520.

al processo, bensì vengono formate all'evenienza nel corso del processo medesimo, si rende fondamentale stabilire quali debbano essere le regole procedimentali da applicare nel caso di specie. Il problema si pone soprattutto in relazione al fisiologico divario che vi è – ancora una volta – tra i diversi sistemi nazionali in ragione del fatto che in alcuni, come in quello italiano o in quello inglese, vi è una netta separazione delle fasi del procedimento e questo si riflette anche sul regime di formazione della prova che in questo caso avviene per lo più in dibattimento tramite contraddittorio, le dichiarazione sono raccolte attraverso un'alternanza di esami svolti dalle parte e conferendo al giudice la possibilità di porre domande solo in casi eccezionali. Diverso è il caso del processo francese o spagnolo, ispirati alla logica del sistema inquisitorio[111] che ammette l'attività di istruzione probatoria – e di riflesso la formazione delle prove dichiarative – anche prima del giudizio. In questo caso i verbali delle dichiarazioni vengono raccolti dalla polizia giudiziaria in assenza di contraddittorio ed assumono un pieno valore probatorio; inoltre il giudice ha ampie facoltà di intervento nello svolgimento dell'esame.

Un altro aspetto suscettibile di creare problemi sotto questo punto di vista, consiste nella disposizione di cui all'art. 24 par. 5 lett. *c* Direttiva OEI secondo il quale sono le autorità emittenti stesse a condurre l'esame della persona da ascoltare secondo il proprio diritto interno: se questo meccanismo da una parte è funzionale a garantire che il risultato dell'attività investigativa, che si riassume nel verbale della deposizione, sia utilizzabile come materiale probatorio nel processo penale dello Stato interessato, di contro ciò può condurre a problemi in tema di rispetto dei diritti fondamentali dello Stato di esecuzione. Il d.lgs. n. 108/2017 riporta questa disposizione quasi pedissequamente all'art. 18 comma 6 con l'aggiunta però che, in sede di esecuzione dell'ordine, il procuratore della Repubblica o, nei casi previsti, il giudice competente sono tenuti ad assicurare il rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento italiano. Nello specifico i testimoni ed i periti

[111] Il sistema inquisitorio consiste in un modello processuale penale che concentra le tre differenti funzioni dell'accusa, della difesa e del giudizio, nella figura del giudice, conferendogli il potere di attivarsi d'ufficio per ricercare i reati e acquisirne le prove.

devono essere avvisati di potersi avvalere della facoltà di non rispondere riconosciuta dall'ordinamento interno.

Ciononostante, questo non colma la lacuna relativa ai limiti minimi di garanzia al di sotto dei quali nessuno Stato dovrebbe spingersi quali ad esempio il divieto di tortura (art. 4 Carta di Nizza e art. 3 CEDU), il diritto al silenzio ed infine il diritto al confronto[112]: anche se in relazione a quest'ultimo sorgono i problemi già evidenziati, provocati dalle differenti modulazioni di tale diritto nei vari ordinamenti. Inoltre, a tal proposito, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha di recente cambiato orientamento[113] ammettendo la condanna dell'imputato anche qualora questa si basi esclusivamente o in modo determinante su una prova acquisita in violazione del principio del contraddittorio, purché siano stati riconosciuti alla difesa i cd. "*counterbalancing factors*"[114], ossia tutte quelle garanzie compensative che emergono (o dovrebbero emergere) dall'intero procedimento, tali da sostanziarsi in adeguate tutele processuali idonee a sanare eventuali lesioni dell'art. 6 par. 3 lett. *d* CEDU e a rendere, in definitiva, il processo equo[115].

In ogni caso, al di fuori di questi *standard* internazionali, mancano delle vere e proprie disposizioni a livello eurounitario, la cui presenza è invece necessaria soprattutto alla luce della tutela dei diritti fondamentali della persona esaminata nel nuovo sistema creato dall'entrata in vigore dell'ordine europeo di indagine. L'esigenza di assicurare i suddetti diritti comporta l'entrata in scena del principio di proporzionalità, determinando "una vera e propria gerarchia delle modalità di audizione dei dichiaranti"[116] incominciando dall'esame

---

[112] M. DANIELE, *Formazione della prova dichiarativa*, in *Manuale di procedura penale europea*, *cit*., p. 442 e ss.

[113] Corte EDU, sent. Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito, par. 108 e ss, del 15 dicembre 2011, *http//giustizia.it*. Fino a quel momento, infatti, la Corte di Strasburgo poneva l'accento su due criteri che dovevano ricorrere congiuntamente, ai fini della legittimità della prova assunta in violazione del contraddittorio: l'accusato doveva aver avuto un'occasione adeguata e sufficiente di contestare la testimonianza a suo carico; l'eventuale condanna non poteva basarsi in modo esclusivo o determinante sulla dichiarazione resa da un soggetto che l'imputato non aveva avuto modo di esaminare.

[114] Corte EDU sent. Schatschaschwili c. Germania, par. 100 e ss., del 15 dicembre 2015, *http//giustizia.it*.

[115] Peraltro, presa di posizione ampiamente criticata dalla dottrina a causa della vaghezza dei concetti giuridici richiamati dalla Corte EDU. Tra gli altri, cfr. M. CAIANIELLO, *You can't always counterbalance what you want,* in *Eur. Journ. Crime, Crim. Law Crim. Just.*, 2017, 25, p. 286 e ss.

[116] M. DANIELE, *ult. op. cit.*, p. 444 e ss.

‘fisico’ del soggetto da ascoltare, così come previsto agli artt. 22 e 23 Direttiva OEI che dispongono il trasferimento temporaneo della persona detenuta ai fini del compimento di un atto di indagine. La seconda modalità di esame è quella della concelebrazione, prevista all’art. 9 par. 4 e all’art. 5 Direttiva OEI, in cui le autorità di emissione possono collaborare con quelle di esecuzione, partecipando alla raccolta delle dichiarazioni; ed infine l’esame a distanza mediante strumenti audiovisivi di cui agli artt. 24 e 25 della medesima.

3.1.1. Trasferimento temporaneo di detenuti.

Il capo II del d. lgs. n. 108/2017 si apre con la disciplina relativa al trasferimento temporaneo dei detenuti di cui si richiede l’esame.

L’art. 16 riguarda l’ipotesi di trasferimento del soggetto dall’Italia allo Stato di emissione: è previsto, infatti, che quest’ultimo possa emettere un OEI ai fini del compimento all’estero di un atto di indagine o di prova (comma 1). La disposizione è dedicata a tre categorie di persone: ai condannati in espiazione di condanna definitiva, agli imputati sottoposti in custodia cautelare in carcere e agli internati in esecuzione di una misura cautelare detentiva; dunque, per esclusione, non rientrano nell’ambito di operatività i soggetti ammessi a misure alternative alla detenzione o in esecuzione di sanzioni sostitutive. Oltre all’esito negativo del vaglio relativo alla sussistenza di motivi di non riconoscimento o di non esecuzione *ex* art. 10, l’esecuzione di tale atto è subordinato a due ulteriori condizioni formali: il consenso della persona detenuta ed il nulla osta del giudice procedente[117], sistema parzialmente diverso da quanto previsto dall’omologo art. 22 Direttiva OEI (che concede l’esecuzione previo consenso della persona interessato e salvo che il trasferimento non comporti un prolungamento della detenzione).

Quanto al primo requisito, il consenso deve risultare da atto scritto e si ritiene validamente prestato solo previo colloquio con il proprio difensore. Ancorché non espressamente previsto, si deve ritenere che venga fornita un’informazione adeguata, precisa e di facile comprensione sia al difensore sia

[117] Art. 16 comma 1 d.lgs. n. 108/2017.

al detenuto stesso affinché l'uno possa consigliare al meglio il proprio assistito e l'altro possa avere effettiva contezza delle ragioni, delle condizioni e delle modalità del trasferimento nonché della sua durata. Da ciò si desume che eventuali vizi dell'*iter* decisionale dovuti ad una lacuna informativa si rifletteranno inevitabilmente sulla validità dell'esecuzione dell'ordine stesso e del relativo risultato probatorio conseguito. Un altro aspetto, non espressamente disciplinato dalla disposizione, consiste nella revocabilità del consenso già prestato. Da una lettura sistematica sia della legislazione eurounitaria sia di quella nazionale se ne dovrebbe dedurre l'irrevocabilità: nello specifico si fa riferimento, rispettivamente, alla disciplina del cd. MAE (Mandato di Arresto Europeo)[118] e alla disposizione di cui all'art. 205-*bis* disp. att. c.p.p. che prevede anch'essa l'irrevocabilità del consenso espresso dall'interessato nell'ambito di una procedura di cooperazione giudiziaria prevista in forza di accordi internazionali[119]. Ammettendo questa conclusione, dunque si rende obbligatorio l'estensione al suddetto tema anche delle due eccezioni di revoca previste dalla richiamata disciplina codicistica: il consenso potrà essere revocato quando il soggetto venga a conoscenza di circostanze di fatto rilevanti ai fini della sua decisione e sconosciute al tempo della prestazione o nel caso di modificazione di queste stesse circostanze su cui si era fondato il consenso medesimo.

Il secondo requisito formale contempla il nulla osta del giudice, espressamente individuato a norma dell'art. 279 c.p.p.: si tratterà del giudice che procede nel caso di soggetto sottoposto a custodia cautelare (giudice per le indagini preliminari o giudice del merito) o del magistrato di sorveglianza nel caso di detenuto in espiazione della pena o di un internato. La redistribuzione della competenza risponde ad una logica efficientista che tiene conto del giudice materialmente detentore della gestione del processo e dell'esigenza di approvvigionamento probatorio.

---

[118] Strumento introdotto con la decisione-quadro 2002/584/GAI del Consiglio europeo del 13 giugno 2002, recepito dall'ordinamento italiano con la l. n. 69 del 22 aprile 2005. L'irrevocabilità del consenso del detenuto è prevista all'art. 13 par. 3: "Il consenso è in linea di massima irrevocabile [...]".

[119] Art. 205-*bis* comma 1 disp. att. c.p.p., Irrevocabilità del consenso nell'ambito di procedure di cooperazione giudiziaria: "Quando è previsto dal codice e da accordi internazionali, per l'espletamento di determinati atti, che l'interessato esprima il proprio consenso in una procedura di cooperazione giudiziaria, il consenso espresso non può essere revocato [...]".

Per quanto riguarda invece i profili operativi, nell'ambito della procedura passiva è attribuito un ruolo di rilievo al procuratore della Repubblica che è tenuto a dialogare con l'autorità di emissione ai fini di individuare le modalità e la durata del trasferimento: in questa sede l'autorità italiana gode di ampi poteri discrezionali nello stabilire gli aspetti esecutivi del trasferimento. Tuttavia, questa facoltà non è senza limiti, dovendosi necessariamente tenere conto, ai sensi del comma 2 dell'art. 16, dell'età della persona detenuta e delle sue condizioni di salute fisica e mentale nonché dei parametri di opportunità e proporzionalità relative alle esigenze investigative dell'autorità richiedente.
Il comma 4 assicura che il periodo di detenzione all'estero sia computato "a ogni effetto" nella durata della custodia o della pena da espiare. La citata Relazione illustrativa esplicita[120] infatti l'intento del legislatore italiano di conformarsi alla giurisprudenza della Corte costituzionale che equipara la custodia all'estero con quella espiata in Italia. Come osservato dalla Corte detta equivalenza, già affermata in materia di estradizione, *a fortiori* deve operare in relazione a strumenti che poggiano sull'immediato e reciproco riconoscimento del provvedimento giudiziario, "ciò rende ancor meno tollerabile, sul piano costituzionale, uno squilibrio delle garanzie in tema di durata della carcerazione preventiva correlato al luogo interno o esterno, rispetto ai confini nazionali – nel quale la carcerazione stessa è patita"[121]. Secondo la dottrina[122], questa equiparazione tuttavia porta con sé alcune disfunzioni sul piano operativo tra le quali in particolare si pone il quesito relativo all'eventuale possibilità per il detenuto in Italia, momentaneamente trasferito all'estero, di presentare al suo rientro al magistrato di sorveglianza italiano un ricorso risarcitorio ai sensi dell'art. 35-*ter* ord. pen., qualora lamenti di aver subito condizioni inumane e degradanti durante l'espiazione della pena all'estero in costanza di OEI. Dal punto di vista formale non si ravvisano ostacoli. Le considerazioni cambiano

[120] Relazione illustrativa, *cit.*, p. 10.
[121] Corte cost., 16/05/2008, n. 143, *http// giurcost.org*, afferente allo scrutinio degli artt. 33 della l. n. 146 del 16 marzo 2006 ("Ratifica ed esecuzione della Convenzione e dei Protocolli delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale, adottati dall'Assemblea generale il 15 novembre 2000 ed il 31 maggio 2001") e 722 c.p.p. ("Custodia cautelare all'estero").
[122] F. FIORENTIN, *I trasferimenti dei detenuti*, in *L'ordine europeo di indagine penale*, *cit.*, p. 303 e ss.

analizzando la questione dal punto di vista pratico: nell'ipotesi in cui il giudice accerti l'effettiva sofferenza di dette condizioni da parte del detenuto, assegnando all'interessato un risarcimento economico, non è chiaro quale amministrazione sia imputabile di tale importo. Stando alla disciplina OEI, le spese dell'esecuzione devono essere sostenute dallo Stato richiesto, ragion per cui se ne dovrebbe dedurre che anche in tal caso spetti a quest'ultimo (nella fattispecie, all'Italia) procedere al risarcimento.

La disciplina poi si conclude con il cd. "principio di specialità"[123] di cui al comma 6 art.16 d.lgs. n. 108/2017 e che consiste in una sorta di immunità accordata al detenuto trasferito. Nello specifico si sostanzia nel divieto di sottoporre il trasferito temporaneo a misure cautelari ovvero all'esecuzione di pena o misure di sicurezza per fatti anteriori e diversi da quelli per il quali è stato disposto il trasferimento, salvo che la persona, "avendone avuto la possibilità, non abbia lasciato il territorio dello Stato trascorsi quindici giorni da quando la sua presenza non era più richiesta ovvero che, dopo averlo lasciato, vi abbia fatto volontariamente ritorno"[124], ossia tutte le volte in cui ponga in essere fatti concludenti espressivi della rinuncia del detenuto trasferito ad usufruire della garanzia[125].

L'art. 17 regolamenta la richiesta di trasferimento temporaneo della persona, detenuta nello Stato di emissione, nel territorio italiano al fine di svolgere attività probatorie o investigative. Come emerge dal raffronto con l'articolo precedente, in questo caso si fa riferimento solo al soggetto "detenuto" e da ciò ne consegue l'esclusione dall'area di operatività soggettiva dell'internato nonché della persona sottoposta a misure alternative alla detenzione o a sanzioni sostitutive. Il procuratore della Repubblica dispone, con ordine di carcerazione temporaneo, che la persona trasferita sia custodita nella casa circondariale del luogo del compimento dell'attività di richiesta. In merito

[123] Circolare ministeriale, *cit.*, p. 31.
[124] Art. 16 comma 6 d.lgs. n. 108/2017.
[125] R. PICCIRILLO, *Trasferimento temporaneo di soggetti detenuti per indagini o assunzione di prove*, in *La nuova cooperazione giudiziaria penale*, *cit.*, p. 510.

a quest'ultimo elemento, la dottrina ritiene che l'indicazione relativa all'allocazione nelle sole case circondariali non sia assolutamente vincolante[126]: questo significa che nella fase di interlocuzione tra autorità giudiziarie, non si può prescindere *tout court* da un bilanciamento tra le esigenze efficientiste e gli eventuali profili soggettivi del soggetto interessato dalla misura e che, in definitiva, la scelta dovrà ricadere sull'istituto più idoneo a garantire un regolare e legittimo trattamento detentivo.

Nel caso della procedura attiva, l'art. 37 d.lgs. n. 108/2017 disciplina in maniera tendenzialmente analoga quanto previsto dal corrispondente articolo della procedura passiva. I soggetti legittimati ad emettere un ordine di indagine per il trasferimento temporaneo di una persona detenuta in un altro Stato membro nel territorio italiano sono il pubblico ministero o il giudice competente, tutte le volte in cui si debba procedere al compimento di un atto per il quale si renda necessaria la presenza del detenuto. Affinché sia consentita la temporanea permanenza in Italia all'interno di un istituto penitenziario, il pubblico ministero emetterà un ordine di carcerazione e – in sede di accordo sulle modalità del trasferimento, sulla sua durata, su tutti gli altri dettagli della detenzione – si assicurerà che la persona interessata abbia regolarmente prestato il suo consenso al trasferimento. Il soggetto passivo della procedura è colui che è detenuto a titolo cautelare ovvero un ristretto in espiazione di pena detentiva e si ritiene che, dal punto di vista soggettivo, l'ordine riguardi solo i soggetti detenuti in senso tecnico[127], escludendo dunque i soggetti internati in esecuzione di una misura di sicurezza, di sanzione sostitutiva ovvero di misura alternativa alla detenzione. Questa conclusione emerge da un'interpretazione letterale della disposizione, che non fa esplicito riferimento a queste ipotesi, in combinato con una lettura garantista ed in ossequio al principio del minor sacrificio necessario. In modo analogo e speculare rispetto all'art. 17, l'art. 38 d.lgs. n. 108/2017 disciplina il trasferimento di un soggetto detenuto in Italia, verso lo Stato di

[126] F. FIORENTIN, *op. cit.*, p. 304.
[127] F. FIORENTIN, *op. cit.*, p. 307.

esecuzione sempre al fine del compimento di un atto di indagine e disposto dal pubblico ministero o dal giudice che procede. Per gli altri aspetti operativi la norma rinvia alle modalità stabilite dall'art. 16, applicate in quanto compatibili (comma 2).

In definitiva, viene a delinearsi un sistema volto ad assicurare il minimo sacrificio necessario mediante una scansione procedimentale deformalizzata che contempla e valorizza il dialogo diretto tra le autorità giudiziarie che sia contemporaneamente in grado di assicurare la celerità dell'intervento giudiziario ed il rispetto del principio della proporzione, al quale il sistema si ispira, al fine di individuare lo strumento investigativo più idoneo e meno invasivo possibile.

3.1.2. Le videoconferenze.

Introdotto dall'art. 24 Direttiva OEI e trasposto all'art. 18 d.lgs. n. 108/2017, l'istituto delle videoconferenze permette di acquisire la prova dichiarativa mediante collegamento audiovisivo in modo tale da consentire la protezione dell'incolumità fisica e/o dell'integrità psichica delle persone da esaminare. Questo sistema cela tuttavia delle insidie intrinseche di natura tecnica relativamente alla trasmissione delle immagini e dei suoni, fisiologicamente filtrata da dispositivi tecnologici che limitano l'udibilità e la visibilità del dichiarante e che non consentono di coglierne i cd. "tratti prosodici"[128]. L'altro strumento, di natura sussidiaria rispetto al primo[129], consiste nella teleconferenza, prevista all'art. 25 Direttiva OEI e all'art. 19 d.lgs. n. 108/2017: in questo caso, lo strumento consente un collegamento telefonico tra l'autorità giudiziaria emittente e la persona da esaminare. Per inciso, quest'ultima disposizione si aggiunge e si distingue dal dettato normativo della Direttiva, che

[128] M. BOLOGNARI, *Le videoconferenze*, in *L'ordine europeo di indagine penale*, *cit.*, p. 258. Con la locuzione 'tratti prosodici' si intendono tutte quelle regole di versificazione riguardanti aspetti fonetici, quali accenti e rima.

[129] La natura sussidiaria, ancorché non specificatamente indicata dall'articolato normativo si evince dalla necessità di ricorrere a questo mezzo tutte le volte in cui "non è opportuno o possibile che [i soggetti da esaminare] compaiano personalmente dinnanzi all'autorità di emissione" (art. 19 comma 1 d.lgs. n. 108/2017).

si limita a fissare delle regole minime generalmente applicabili all'esame a distanza transnazionale.

Passando dunque all'analisi del primo mezzo di escussione della prova dichiarativa nell'ambito della procedura passiva, la videoconferenza, il novero di soggetti passivi è fissato ai commi 1 e 2 dell'art. 18 d.lgs. n. 108/2017 che indicano il testimone, il consulente tecnico ed il perito, nonché la persona sottoposta alle indagini e l'imputato, purché abbiano acconsentito all'esame. Il compito di dare esecuzione all'ordine è affidato, ancora una volta, al procuratore della Repubblica il quale controlla il rispetto delle condizioni necessarie al riconoscimento ed all'esecuzione dello stesso. Questi, inoltre, ai fini dell'esecuzione, sarà tenuto a rivolgersi al giudice per le indagini preliminari qualora ciò sia previsto dalla *lex fori* o sia specificatamente richiesto dalla legge italiana. L'opzione di attribuire tale competenza ad entrambi i suddetti soggetti, nei limiti delle loro attribuzioni, sembra suggerire la possibilità che tale strumento possa essere utilizzato tanto per raccogliere la prova dichiarativa quanto per compiere un atto strettamente investigativo.

La scelta delle modalità pratiche di esecuzione è rimessa al dialogo tra le autorità e deve ispirarsi, come sempre, al principio di proporzione: nel bilanciamento delle esigenze in gioco, la modalità acquisitiva dovrà essere sempre in grado di garantire il nucleo irriducibile del diritto al contraddittorio ancorché nella sua accezione 'debole', ossia quella disciplinata dall'art. 6 par. 3 della CEDU così come interpretata dalla Corte di Strasburgo e richiamata dall'art. 48 par. 2 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea[130].

In capo al procuratore della Repubblica o, a seconda dei casi, al giudice gravano degli obblighi di natura operativa: sono tenuti a nominare un interprete, nei casi previsti dalla legge; devono identificare il dichiarante nonché notificargli ora e luogo della comparizione; procedere alla citazione del

[130] Questa scelta si spiega in virtù del fatto che sembrerebbe eccessivo ammettere l'accezione "forte" tipica del nostro ordinamento per dichiarazioni che dovranno essere utilizzate in un processo straniero e che, potenzialmente, potrebbe non prevedere la stessa modulazione del diritto contraddittorio che ne ha l'ordinamento giuridico italiano.

testimone, del consulente tecnico o del perito; ed infine, invitare la persona sottoposta alle indagini o l'imputato a presentarsi secondo le modalità stabilite dal codice di rito nonché ad informarlo dei diritti e delle facoltà a lui riconosciute dall'ordinamento dello Stato di emissione (art. 18 comma 4). Lo svolgimento materiale dell'esecuzione compete direttamente all'autorità emittente e segue le norme previste nel caso di specie dalla *lex fori*, a norma del comma 6 dell'articolo in esame, mentre la redazione e la trasmissione del relativo verbale spettano all'autorità italiana. Nonostante sia affidata all'autorità richiedente lo svolgimento, o quantomeno la direzione, dell'esame ciò non significa che al procuratore della Repubblica o al giudice non spetti alcun ruolo esecutivo. In realtà questi sono onerati di provvedere al rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento dello Stato di esecuzione: si fa presumibilmente riferimento alle regole in materia di audizione dei dichiaranti previste dall'ordinamento italiano che possono essere ricavate sia direttamente dal d.lgs. n. 108/2017 stesso, quali gli avvisi al difensore del soggetto destinatario dell'atto di indagine (art. 4) e il dovere di informare testimoni e periti della facoltà di astensione (art. 18), sia dalla natura dell'atto richiesto, come nel caso dell'art. 64 c.p.p. ("Regole generali per l'interrogatorio") che indica le facoltà a cui ha diritto l'imputato durante l'escussione dell'esame e che gli devono essere comunicate prima dello stesso. Si tratta dunque di un adempimento posto a presidio di tutte quelle regole che compongono il nucleo irriducibile di valori essenziali dell'ordinamento italiano, come il diritto al silenzio, il diritto al difensore e la libertà morale della persona. Tuttavia, è dato contenuto pratico a questa funzione solo al par. 5 dell'art. 24 Direttiva OEI poiché qualora l'autorità dello Stato esecutore ritenesse che durante l'audizione vengano violati i principi fondamentali dell'ordinamento italiano, questa sarà tenuta a prendere "immediatamente i provvedimenti necessari per assicurare che l'audizione continui a svolgersi secondo tali principi"[131]. Da ultimo, al comma 7, l'art. 18 prevede l'applicabilità delle fattispecie incriminatrici italiane nel caso in cui la persona sottoposta all'esame rifiuti uffici legalmente dovuti, ovvero renda

[131] Art. 24 par. 5 secondo periodo Direttiva OEI.

dichiarazioni integranti simulazione di reato, calunnia, autocalunnia, false informazioni al pubblico ministero, falsa testimonianza, falsa perizia o interpretazione.

Per quanto riguarda la procedura di emissione di una richiesta di videoconferenza nel caso di procedura attiva, ossia qualora l'autorità italiana emetta un ordine di indagine teso all'audizione di un soggetto, la disciplina è contenuta all'art. 39 d.lgs. n. 108/2017 ed i soggetti che possono essere ascoltati sono gli stessi previsti nella procedura di esecuzione. L'autorità di emissione è il procuratore della Repubblica o, nei casi previsti dalla legge, il giudice. Diversamente da quanto accade nell'ipotesi di procedura passiva, l'esame dovrà essere svolto alla luce del paradigma del contraddittorio 'forte' di cui all'art. 111 comma 4 Cost. che postula sia il metodo del cd. *cross examination*, sia la possibilità per il giudice di avere un contatto diretto con il dichiarante. Questo aspetto è parzialmente mitigato dall'accordo che deve intercorrere tra le autorità, quella italiana emittente e quella estera esecutrice, in merito alle modalità dell'audizione. Tuttavia, si ritiene che l'interlocuzione non riguardi strettamente l'impiego dell'esame incrociato quanto piuttosto le modalità operative dell'esecuzione in merito ad esempio ad eventuali misure da adottare a tutela del dichiarante[132]. A norma del comma 3 dell'articolo in esame, affinché possa essere emesso un ordine di indagine funzionale alla videoconferenza è necessario che: ricorrano motivi particolari di opportunità o impossibilità che non ne suggeriscano l'audizione diretta, il che significa che dovrà essere richiesto l'esame a distanza tutte le volte in cui la comparizione fisica del dichiarante comporti un rischio concreto alla sua incolumità fisica o mentale; la persona da ascoltare risieda o sia detenuta nel territorio dello Stato richiesto, in questo senso la detenzione all'estero è ritenuta in sé sufficiente da autorizzare la richiesta, negli altri casi dovranno ricorrere giustificati motivi tali da fra escludere la comparizione davanti all'autorità in territorio nazionale; si versi in uno nei casi previsti dall'art. 147-*bis* disp. att. c.p.p., dedicato all'esame degli operatori sotto copertura, delle persone che collaborano con la giustizia e degli

[132] M. BOLOGNARI, *op. cit.*, p. 271 e ss.

imputati di reato connesso. Rimane da specificare, tuttavia, che in quest'ultimo caso si scinde in ipotesi di esame a distanza facoltativo o obbligatorio: la prima è prevista ai commi 2 e 5 dell'art. 147-*bis* e afferisce ai soggetti ammessi ai programmi di protezione e coloro che svolgono operazioni sotto copertura nonché le persone di cui è stata ammessa la nuova assunzione *ex* art. 495 c.p.p. o ancora di cui sia particolarmente difficile assicurarne la presenza, in tutti questi casi potrà essere richiesto l'esame a distanza sia *ex officio* sia su istanza delle parti; la seconda situazione è prevista al comma 3 dell'art. 147-*bis* e concerne le persone ammesse al piano provvisorio di protezione o alle speciali misure di protezione previste dalla legge per i collaboratori ed i testimoni di giustizia, nei confronti di tali soggetti sussiste l'obbligo di richiedere l'esame a distanza a meno che la loro presenza non risulti assolutamente necessaria.

Per l'audizione di un indagato o di un imputato è necessario il consenso degli interessati. Qualora l'autorità di esecuzione non abbia a disposizione i mezzi tecnici per procedervi, viene stabilito che questi vengano messi a disposizione dalla autorità giudiziaria italiana. Infine, come accade anche nella procedura di esecuzione, la videoconferenza si svolge secondo le regole nazionali, il che implica anche l'applicazione alle dichiarazioni raccolte in videoconferenza del regime di utilizzabilità richiamato all'art. 36 d.lgs. n. 108/2017 che a sua volta rinvia all'art. 431 c.p.p. statuendo così che debbano essere raccolti nel fascicolo del dibattimento i verbali degli atti ripetibili assunti all'estero rispetto ai quali il difensore è stato posto nella posizione di assistere ed esercitare le facoltà che gli sono attribuite dalla legge. D'altro canto, lo stesso art. 36 si riferisce anche all'art. 512-*bis* c.p.p., che permette al giudice di dare lettura dei verbali di dichiarazioni rese in fase di indagini preliminari dalla persona sita all'estero qualora non sia comparsa, ancorché regolarmente citata, e sia assolutamente impossibile esaminarla in dibattimento.

Il secondo dei due strumenti citati all'inizio consiste nella teleconferenza prevista all'art. 19 d.lgs. n. 108/2017 in ossequio all'art. 25 Direttiva OEI ed è concepito solo per la procedura passiva poiché si tratta di una modalità di

assunzione della prova non prevista dall'ordinamento italiano ma che è stata tuttavia resa disponibile verso le autorità degli altri Stati membri. In questa ipotesi, oltre a venire meno il fattore della "fisicità", manca anche la possibilità di vedere la persona esaminanda "con la conseguenza che non è possibile neppure avere un contatto con il linguaggio del corpo, che costituisce un aspetto fondamentale per valutare la credibilità del dichiarante"[133]. Questo strumento gode di una portata applicativa più ristretta rispetto a quella della videoconferenza, tanto che infatti i soggetti suscettibili di audizione sono solo il testimone ed il perito, ad esclusione dunque della persona sottoposta alle indagini, dell'indagato e del consulente tecnico. Perché si possa procedere a teleconferenza, l'art. 19 comma 1 richiede che non sia "opportuno o possibile che essi compaiano personalmente davanti all'autorità di emissione". Trattandosi di due criteri indeterminati, quello dell'inopportunità e dell'impossibilità, rimane difficoltoso definire con esattezza quando si sia di fronte ad una di queste situazioni. Si dovrà, pertanto, fare riferimento a situazioni sintomatiche quali l'età o le condizioni di salute del dichiarante ovvero al giudizio di bilanciamento su cui si fonda il principio di proporzionalità all'esito del quale dovrebbe emergere una situazione di effettiva – o quantomeno potenziale – vulnerabilità del soggetto nonché ragioni di economia processuale e della ragionevole durata del procedimento[134].

Le modalità di esame consentono il riferimento al parametro dell'anzidetto contraddittorio 'debole', essendo ingiustificato dunque l'utilizzo di quello forte previsto dall'ordinamento italiano trattandosi di uno strumento che non può in nessun caso essere utilizzato in un procedimento penale italiano. Per il resto, l'art. 19 rinvia alle disposizioni dell'art. 18 che verranno applicate in quanto compatibili (comma 3).

---

[133] M. BOLOGNARI, *op. cit.*, p. 265. In questo senso cfr. anche R. Piccirillo, *Le videoconferenze e le conferenze telefoniche transnazionali*, in *La nuova cooperazione giudiziaria penale*, *cit.*, p. 549 che denuncia addirittura "la massima compressione del metodo dialettico" realizzata dalla teleconferenza.
[134] R. PICCIRILLO, *ult. op. cit.* p. 529.

3.1.3. Le indagini bancarie.

Nonostante l'asserita preminenza della prova dichiarativa, il capo IV della Direttiva OEI e l'omologo capo II del decreto legislativo hanno un contenuto complessivamente eterogeneo poiché sono previste altresì disposizioni speciali relativamente ad ulteriori mezzi probatori, tra i quali le indagini bancarie (oltre alle operazioni di infiltrazione, v. *infra* § 3.1.4.).

Previste agli artt. 20 e 40 d.lgs. n. 108/2017, le disposizioni relative alle indagini bancarie traspongono sia gli artt. 26 e 27 Direttiva OEI afferenti alle informazioni relative a conti ed operazioni bancarie e finanziarie, sia l'art. 28 della stessa riferito invece all'acquisizione in tempo reale delle operazioni bancarie.

Salvo la distinzione tra la disciplina attiva (art. 40) e quella passiva (art. 20), il decreto segue complessivamente la sistematica enucleata dalla Direttiva poiché riconosce la specialità che contraddistingue questo genere di indagini. Le ragioni di questa scelta vanno ricercate, da un lato, nella questione relativa al segreto bancario, che negli anni ha subìto una graduale erosione[135] e, dall'altro, nei profili particolarmente delicati che possono essere intaccati dall'indagine soprattutto in relazione all'accesso ai dati cd. personali degli utenti[136].

La Direttiva OEI opera un distinguo tra l'acquisizione di dati già disponibili ed in possesso degli operatori bancari e finanziari, ed il monitoraggio dei suddetti dati in tempo reale. Peraltro, l'acquisizione di dati già esistenti si articola a sua volta in altre due disposizioni: le informazioni concernenti la

---

[135] La necessità di regressione del segreto bancario rispetto ai delitti di riciclaggio già emergeva nel preambolo della direttiva del Consiglio 91/308/EEC del 10 giugno 1991, nella parte in cui afferma che " il compito di difendere il sistema finanziario dal riciclaggio non può essere svolto dalle autorità responsabili della lotta contro tale fenomeno senza la cooperazione degli enti creditizi e finanziari e delle loro autorità di vigilanza; che il segreto bancario deve essere abolito in tali casi [...]".

[136] La questione si presenta particolarmente delicata anche in relazione alla nuova foggia attribuita alla *privacy* ed al trattamento dei dati personali dal nuovo Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016. Detti dati sono definiti dal provvedimento al par. 1 dell'art. 4 come "qualsiasi informazione riguardante una persona fisica identificata o identificabile; si considera identificabile la persona fisica che può essere identificata, direttamente o indirettamente, con particolare riferimento a un identificativo come il nome, un numero di identificazione, dati relativi all'ubicazione, un identificativo online o a uno o più elementi caratteristici della sua identità fisica, fisiologica, genetica, psichica, economica, culturale o sociale".

titolarità di un conto corrente, con specifico riferimento a quelli riferibili all'indagato (art. 26) e le informazioni sulle operazioni finanziarie compiute con riferimento ad un determinato conto corrente, indipendentemente dal soggetto che ne sia titolare (art. 27). Alla luce dell'emissione di un ordine di indagine, lo Stato membro ricevente è tenuto a fornire le informazioni richieste purché queste siano già in possesso della banca. Diverso è il caso del monitoraggio di cui all'art. 28 che invece prevede, oltre i motivi di rifiuto *ex* art. 11, anche la facoltà di rifiutarne l'esecuzione quando l'atto non sia autorizzato da un caso interno analogo in ragione della maggiore intrusività di questo strumento rispetto agli altri due.

L'art. 20 d.lgs. n. 108/2017 prevede il caso di richiesta di raccolta all'estero di informazioni e documenti attinenti ad un conto bancario o ad un istituto finanziario secondo le modalità previste agli artt. 255 e 256 c.p.p. (rubricati, rispettivamente, "Sequestro presso banche" e "Dovere di esibizione e segreti"), integralmente richiamati dal comma 1 della disposizione in esame mentre, come è stato osservato in dottrina, manca qualsiasi rinvio all'art. 248 comma 2 c.p.p. ("Richiesta di consegna") che afferisce propriamente alle ricerche da effettuarsi presso le banche[137].

La formula dell'art. 26 Direttiva OEI, non smentita dall'art. 20 in discorso, è tale per cui la richiesta può essere inoltrata anche nell'ambito di un procedimento relativo alla responsabilità degli enti, con la conseguente applicazione della disciplina nazionale di cui al d.lgs. n. 231/2001, nonché in sede di un procedimento relativo ad una misura di prevenzione.

La prima disposizione concerne il sequestro presso banche: in questo caso il procuratore dà esecuzione alla richiesta sequestrando "documenti, titoli, valori, somme depositate in conto corrente ed ogni altra cosa, anche se contenuti in cassette di sicurezza"[138] ove necessario, ossia quando l'autorità giudiziaria abbia fondato motivo di ritenere che siano pertinenti al reato, ancorché non appartengano all'imputato o non siano a lui riferibili. Oltre a sancire l'assenza

[137] R. BELFIORE, *Le indagini bancarie*, in *La nuova cooperazione giudiziaria penale*, *cit.*, p. 450.
[138] Art. 255 comma 1 c.p.p., rubricato "Sequestro presso banche".

del segreto bancario, l'art. 255 c.p.p. specifica che l'accesso alle informazioni bancarie è sempre consentito, prescindendo dalla titolarità in capo alla persona sottoposta alle indagini del conto, e questa ampiezza permette di ricomprendere sia la disposizione di cui all'art. 26, limitata invece al solo indagato o imputato, che quella di cui all'art. 27 Direttiva OEI, fino ad inglobare anche ipotesi di titolarità indiretta o dissimulata. La disposizione italiana inoltre non riproduce neanche il requisito richiesto da quella eurounitaria per cui l'obbligo di acquisizione sussiste solo se detti dati sono già nella disponibilità della banca, che preesistono all'indagine. Tuttavia, questa mancanza "non va valutata negativamente"[139] poiché consente al pubblico ministero di accedere direttamente all'anagrafe bancaria nazionale, senza doversi rivolgere necessariamente agli istituti di credito o finanziari. Il ruolo delle autorità di esecuzione poi è ulteriormente arginato dal tenore complessivo della Direttiva poiché richiede che l'ordine di indagine sia sufficientemente preciso di modo da evitare un eccessivo ed ulteriore sforzo investigativo da parte dello Stato richiesto. Preme inoltre precisare che il rinvio all'art. 255 c.p.p. è solo strumentale all'individuazione della tipologia di atto ed alle modalità di escussione dello stesso, e non anche a tracciare la portata dell'azione investigativa così come predisposta dall'art. 20, che riguarda tanto le banche quanto gli istituti finanziari[140].

L'art. 256 c.p.p., invece, disciplina il dovere di esibizione ed il regime dei segreti, attribuendo ai titolari di segreti professionali o di ufficio di opporsi all'acquisizione dei documenti. Tuttavia, si segnala che la legge italiana non solo non ha incluso l'esistenza del segreto fra le ragioni generali di rifiuto ma non definisce gli operatori bancari e finanziari come titolari di un segreto professionale o d'ufficio[141]. Si deve pertanto concludere che suddetto rinvio sia "di fatto muto"[142] e che al massimo potrebbe valere ai fini di specificare che il

---

[139] M. PANZAVOLTA, *Le indagini bancarie*, in *L'ordine europeo di indagine penale*, *cit.*, p. 319.
[140] *Ibidem.*
[141] Sono vincolati al segreto professionale solo i dipendenti della Banca d'Italia, tuttavia il segreto viene meno qualora siano richieste informazioni rilevanti per le indagini o i procedimenti relativi a violazioni penalmente sanzionate (art. 7 comma 1 e 3 d.lgs. n. 385 del 1° settembre 1993 – Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia).
[142] M. PANZAVOLTA, *op. cit.*, p. 321.

sequestro di documenti bancari debba essere preceduto da un ordine di esibizione.

All'acquisizione statica dei dati prevista al comma 1 dell'art. 20 d.lgs. n. 108/2017, si contrappone "l'acquisizione dinamica"[143] di cui al comma 2 della stessa disposizione, attuando l'art. 28 Direttiva OEI, rubricato "Atti di indagine che implicano l'acquisizione di elementi di prova in tempo reale, in modo continuato e per un periodo determinato". L'esecuzione di questo monitoraggio spetta al procuratore della Repubblica che deve dapprima farne richiesta al giudice per le indagini preliminari secondo le modalità previste in tema di intercettazioni *ex* artt. 266 c.p.p. e ss., richiamati dalla norma, qualora nel caso concreto assumano rilievo delle comunicazioni tutelate ai sensi della norma a cui si rinvia. Ancorché non vi sia a livello interno una misura investigativa equivalente, il legislatore italiano ha voluto comunque introdurre questo strumento almeno nel procedimento di esecuzione, consentendo agli altri Stati membri di avvalersene. Tuttavia, "la scelta legislativa di rinviare alla disciplina delle intercettazioni è la strada più semplice ma non la più opportuna"[144], in quanto mancano le caratteristiche essenziali di segretezza e confidenzialità delle comunicazioni tipiche di quelle previste dal sistema delle intercettazioni – per così dire – 'comuni' ed anche perché le condizioni previste per le intercettazioni potrebbero risultare, in definitiva, troppo stringenti se applicate all'acquisizione in tempo reale dei conti, ancorché si tratti di un intervento che incide in modo rilevante sulla riservatezza della persona. Se da una parte la disciplina così enucleata si pone a presidio della regolarità dell'intervento, di contro comporta la vincolatività di tutte quelle altre condizioni richieste per l'atto autorizzativo del giudice ai fini dell'autorizzazione, ossia l'esistenza di gravi indizi di reato nonché l'assoluta indispensabilità del monitoraggio di determinati conti.

---

[143] Circolare ministeriale, *cit.*, p. 33.

[144] M. PANZAVOLTA, *op. cit.*, p. 327. Di opinione contraria R. Belfiore, *Le indagini bancarie*, *cit.*, p. 455 che afferma: "l'assimilazione della sorveglianza di operazioni bancarie alle attività di intercettazione operata dal legislatore italiano risulta opportuna, oltre che perfettamente compatibile con la scelta operata sul piano sovranazionale, in cui, in entrambi i casi, massima importanza è data alle condizioni di ammissibilità operanti a livello interno".

Non si sarebbe potuto pretendere dal legislatore italiano, in sede di attuazione della Direttiva OEI, la predisposizione *ex novo* nel codice di rito di una disciplina per le operazioni di monitoraggio in tempo reale, dato che questa operazione avrebbe provocato un eccesso di delega, tuttavia ciò non toglie che la scelta sarebbe potuta ricadere su modalità procedimentali diverse, e meno stringenti, da quelle delle intercettazioni.

Ad ogni modo in entrambi i tipi di acquisizione, all'ultimo comma l'art. 20 richiede una verifica di rilevanza delle informazioni richieste, cioè esige che l'autorità di emissione specifichi i motivi per i quali gli atti da raccogliere sono necessari nel loro procedimento interno. In questo modo l'autorità italiana ricevente potrà sincerarsi che la misura richiesta sia rispondente al principio di proporzionalità e che dunque la compressione della sfera privata del soggetto destinatario della misura sia sufficientemente suffragata da valide ragioni investigative. Inoltre, il comma 3 specifica che in mancanza di suddette motivazioni il procuratore della Repubblica, prima di dare esecuzione all'ordine, sia tenuto a interloquire con l'autorità emittente affinché quest'ultima proceda alla relativa illustrazione nonché fornisca ogni altra informazione utile "ai fini della tempestiva ed efficace esecuzione dell'attività richiesta"[145].

L'art. 40 disciplina le concrete modalità applicative per avanzare una richiesta di acquisizione di informazioni presso banche e istituti finanziari all'estero in seno alla procedura attiva. Nello specifico l'ordine dovrà motivare la rilevanza dell'atto e contenere le informazioni atte ad identificare la banca o l'istituto interessato, mentre è da escludere che questo mezzo posso essere utilizzato per il monitoraggio finanziario mancando, come si è detto, un equivalente strumento interno. Nonostante la dizione letterale, piuttosto laconica se si considera che l'unico rinvio è di stampo meramente burocratico poiché rimanda all'allegato A sezione H4 della Direttiva, la norma ha una portata più ampia di quello che può apparire dovuta all'esplicito riferimento agli

[145] Art. 20 comma 3 d.lgs. n. 108/2017.

"accertamenti"[146]. Questo termine sembra suggerire che l'autorità italiana richiedente possa spingersi non solo a richiedere l'apprensione dei dati bancari o finanziari ma anche di compiere essa stessa delle attività investigative più complesse e penetranti della mera acquisizione, e tale conclusione deriva dal fatto che non si può prescindere dal significato tecnico del termine in questione. Il rinvio all'allegato invece consente di arginare, almeno dal punto di vista formale, l'intervento delle autorità italiane soprattutto con riferimento agli accertamenti di cui sopra, di modo da evitare indebite ingerenze.

Nonostante lo sforzo normativo sia stato indubbiamente opportuno, non sono pochi i dubbi sollevati dalla dottrina in merito alla convenienza di creare un modello investigativo comune in un settore ancora connotato da forti divergenze tra i diversi Stati membri[147] e "ciò sembra tanto più condivisibile se si considera [che] solo pochi Stati – fra cui non figura l'Italia – si sono dotati di una disciplina specifica volta a regolamentare la materia oggetto di attenzione [...]"[148].

3.1.4. Le operazioni sotto copertura.

L'altra categoria di disposizioni speciali prevista dal capo II del decreto di attuazione consiste nelle operazioni sotto copertura, ossia tutte quelle attività svolte da uno o più agenti che si infiltrano all'interno delle organizzazioni criminali dissimulando il loro ruolo e le loro finalità, allo scopo di carpire informazioni in merito all'organizzazione stessa e di scardinarla dall'interno. "Strumento investigativo duttile, invasivo, redditizio e nato per contrastare gravi delitti"[149], le operazioni in discorso consistono però anche in un mezzo potenzialmente lesivo delle garanzie individuali in quanto, ai fini di assicurare la segretezza ed il buon andamento delle indagini nonché l'incolumità

---

[146] Art. 40 comma 1 d.lgs. n. 108/2017.
[147] L. CAMALDO e F. CERQUA, *La direttiva sull'ordine europeo di indagine penale: le nuove prospettive per la libera circolazione delle prove*, *cit.*, p. 3523.
[148] S. ALLEGREZZA e F. NICCOLICCHIA, *L'acquisizione della prova e i profili transnazionali*, in *Diritto penale e società* (a cura di G. Canzo – L.D. Cerqua – L. Luparia), CEDAM, 2014, p. 1295.
[149] P. P. PAULESU, *Le operazioni sotto copertura*, in *L'ordine europeo di indagine penale*, *cit.*, p. 337.

dell'agente stesso, non è prevista la comunicazione di informazioni all'indagato né tantomeno la redazione di verbali che documentino il corretto svolgimento delle attività. Inoltre, si pongono in una zona grigia tra prevenzione e repressione dei reati, trattandosi di due categorie teoricamente distinte ma che in un contesto come questo sono destinate a confondersi l'un l'altra. A questo quadro si aggiunge anche la questione relativa alla qualifica processuale dell'agente.

In Italia la disciplina madre in materia risiede nella l. n. 146/2006[150], nello specifico all'art. 9 che viene integralmente richiamato dal d.lgs. n. 108/2017 agli artt. 21 e 22 che a loro volta regolamentano, per l'appunto, le operazioni di infiltrazione ed il differimento degli eventuali e conseguenti atti coercitivi e ablativi. Il rinvio alle legislazioni nazionali è garantito e legittimato dall'art. 29 Direttiva OEI (rubricato "Operazioni di infiltrazione), la cui formulazione assicura la prevalenza della *lex loci*. L'articolo in discorso, infatti, affida all'apprezzamento degli Stati membri la possibilità di rifiutare l'esecuzione dell'ordine tutte le volte in cui non sia previsto da un caso interno analogo (oltre all'ipotesi di mancato accordo con l'autorità straniera circa le modalità di compimento dell'operazione) ed assicura inoltre che l'esecuzione dell'operazione avvenga in conformità al diritto e alle procedure nazionali dello Stato richiesto[151]. Questo comporta delle criticità riguardanti l'utilizzo delle prove raccolte nel corso delle indagini *undercover*, dovute all'impossibilità di fare ricorso in questo ambito alla *lex fori*, dato che è la stessa Direttiva a precisare che "le operazioni di infiltrazione sono effettuate in conformità del

[150] Legge riguardante la ratifica e l'esecuzione della Convenzione e dei protocolli delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale, adottati dall'Assemblea generale il 15 novembre 2000 ed il 13 maggio 2001.

[151] Art. 29 Direttiva OEI: "3. Oltre ai motivi di non riconoscimento e di non esecuzione di cui all'articolo 11, l'autorità di esecuzione può rifiutare di eseguire un OEI di cui al paragrafo 1 laddove:
a) l'esecuzione dell'operazione di infiltrazione non sia autorizzata in un caso interno analogo; o b) non sia stato possibile raggiungere un accordo sulle modalità delle operazioni di infiltrazione di cui al paragrafo 4. 4. Le operazioni di infiltrazione sono effettuate in conformità del diritto e delle procedure nazionali dello Stato membro nel cui territorio è effettuata l'operazione di infiltrazione. Il diritto di azione, direzione e controllo delle operazioni legate alle operazioni di infiltrazione spetta unicamente alle autorità competenti dello Stato di esecuzione. [...]".

diritto e delle procedure nazionali dello Stato membro nel cui territorio è effettuata l'operazione" (art. 29 par. 4 Direttiva OEI).

Focalizzando l'analisi sulla procedura passiva, l'art. 21 d.lgs. n. 108/2017 sancisce che il riconoscimento e l'esecuzione dell'ordine siano disposti dal procuratore della Repubblica che è tenuto a darne comunicazione al procuratore antimafia e antiterrorismo qualora si proceda per i delitti richiamati dagli artt. 51 comma 3-*bis* e 3-*quater* c.p.p. (quali i reati associativi e quelli contro la libertà personale). Oltre ai motivi 'comuni' di rifiuto ed a quelli derivanti dal mancato rispetto della normativa interna richiamata, in virtù del rinvio al comma 3 dell'art. 20[152], il procuratore sarà tenuto a richiedere all'autorità di emissione tutte le informazioni utili per dare esecuzione all'ordine qualora quest'ultimo difetti delle ragioni che definiscano gli atti richiesti come rilevanti.

Il richiamo all'art. 9 l. n. 146/2006 implica una duplice limitazione: la prima comporta che le operazioni siano attivabili solo per alcune tassative tipologie delittuose quali ad esempio estorsione, sequestro di persona a scopo di estorsione, usura, delitti contro la libertà personale, delitti in materia di stupefacenti oltre quelli relativi all'immigrazione clandestina ed al contrasto al terrorismo e all'eversione; la seconda afferisce alla tipologia delle attività eseguibili quali ad esempio dare rifugio o prestare assistenza agli associati, acquisto, ricezione, sostituzione, occultamento di denaro o di altri proventi del reato nonché il compimento di tutte le attività strumentali e prodromiche alle suddette azioni. Tra le conseguenze del rinvio, vi è anche quella relativa al ruolo del pubblico ministero nella dinamica delle indagini sotto copertura. Stando a quanto previsto dal comma 3 dell'art. 9, l'esecuzione delle operazioni è affidata dagli organi di vertice della polizia che non ricoprono dunque la qualifica di ufficiali di polizia giudiziaria, rimanendo svincolati da qualsiasi rapporto di dipendenza con il pubblico ministero competente per le indagini. Ciononostante, non si può ignorare il ruolo preponderante di quest'ultimo riconosciuto dall'intera struttura della disciplina che riguarda l'OEI. Sarebbe

[152] Art. 21 comma 2 d.lgs. n. 108/2017.

riduttivo, relegare il ruolo del pubblico ministero a quello di mero "spettatore" sulla base del fatto che questi debba essere semplicemente informato sullo svolgimento delle attività senza tuttavia consentirgli alcun intervento. *A fortiori*, nell'ordinamento giuridico italiano, questa conclusione è da scartare soprattutto in considerazione delle mansioni direttive affidategli dall'art. 109 Cost. che portano dunque ad ammettere un controllo ben più incisivo che gli consenta altresì di impartire disposizioni e di coadiuvare lo svolgimento dell'operazione[153].

Assunta l'eccezionalità delle indagini sotto copertura, dovuta alle modalità di svolgimento e all'impossibilità di prevederne gli sviluppi, risulta difficoltoso procedere alla redazione della documentazione attestante il regolare svolgimento delle attività secondo gli schemi ordinari tanto da ritenere che tale peculiarità sia in grado di giustificarne "una implicita deroga"[154]. La dottrina sostiene che questa conclusione sia ulteriormente avvalorata dalla mancata indicazione delle operazioni in discorso nell'art. 357 comma 2 c.p.p. ("Documentazione dell'attività di polizia giudiziaria") tra quelle che vanno necessariamente documentate tramite verbale, nonché dall'art. 115 comma 1-*bis* disp. att. c.p.p. che cita espressamente le annotazioni compiute dagli ufficiali e dagli agenti di polizia giudiziaria durante le operazioni sotto copertura. Questa conclusione conduce alla valorizzazione della cd. relazione di servizio che consiste in un atto interno della polizia giudiziaria destinato al dirigente dell'ufficio ed ha lo scopo di fornire un resoconto dell'attività svolta. Il problema della documentazione ivi raccolta si riflette necessariamente anche sul piano della cooperazione giudiziaria ossia con riguardo alle prove acquisite nel territorio italiano dovendo, pertanto, concludere nel senso dell'assimilazione delle annotazioni e delle relazioni di servizi ai verbali tecnicamente intesi delle attività compiute. Tuttavia, questa soluzione non convince fino in fondo, poiché si scontra necessariamente con la richiesta tassatività del contenuto del fascicolo del dibattimento che, in questo contesto, fa esclusivo riferimento ai verbali degli

[153] G. BARROCU, *Le operazioni di infiltrazione*, in *La nuova cooperazione giudiziaria penale*, *cit.*, p. 426.
[154] P. P. PAULESU, *op. cit.*, p. 356.

atti irripetibili compiuti dalla polizia giudiziaria. In tal senso, viene in aiuto l'interpretazione resa dalle Sezioni Unite che ammette "l'assimilazione tra la relazione di servizio ed il verbale di un atto irripetibile [...] solo quando la prima descriva fatti o circostanze suscettibili di modificazioni o riporti dichiarazioni non riproducibili in maniera genuina mediante la narrazione di chi le ha recepite"[155].

Laddove si renda necessario ai fini dell'esecuzione della richiesta, il comma 3 dell'art. 21 d.lgs. n. 108/2017 ammette la possibilità di istituire una squadra investigativa comune. In questo contesto assume rilevanza, *in primis*, quanto disposto dall'art. 8 del decreto che permette la partecipazione dell'autorità di emissione qualora questa ne faccia richiesta ed affida all'impulso del procuratore della Repubblica l'istituzione di una squadra investigativa comune[156]. L'art. 8, a sua volta, rinvia al d.lgs. n. 34 del 15 febbraio 2016, che dà attuazione alla decisione-quadro 2002/465/GAI. Nonostante l'espressa esclusione dell'istituzione di squadre investigative dall'ambito operativo dell'OEI di cui all'art. 3 Direttiva OEI, la disposizione fa salva l'applicazione della disciplina a favore dello Stato membro che, non avendo partecipato alla costituzione della squadra, abbia necessità di richiederne l'assistenza (ipotesi prevista dall'art. 13 par. 8 della citata Convenzione di Bruxelles del 2000 e dall'art. 1 par. 8 della decisione-quadro 2002/465/GAI). L'istituzione di un *pool* investigativo comune potrebbe rivelarsi fondamentale nel caso in cui si manifestino collegamenti tra l'indagine in corso nello Stato di emissione e le indagini interne in materia di criminalità organizzata, di terrorismo, o relative ad altre tipologie delittuose specificamente indicate *ex* art. 2 d.lgs. n. 34/2016; nonché quando vi sia la necessità di dare avvio ad indagini particolarmente complesse sul territorio di più Stati membri o di assicurarne il coordinamento. Una volta ricevuta l'istanza con la quale l'autorità di emissione richiede l'istituzione di una squadra investigativa transnazionale, il procuratore deve valutare se sussistono i criteri di cui all'art.

[155] Cass., SU., 17/10/2006, n. 4128, *http//online.leggiditalia.it*.
[156] Art. 8 d.lgs. n. 108/2017.

9 Direttiva OEI, ossia se la richiesta non confligge con i principi fondamentali dello Stato chiamato ad eseguire l'ordine investigativo o non leda gli interessi essenziali in tema di sicurezza nazionale. Ove non sia possibile procedere a detta istituzione, il comma 4 dell'art. 21 d.lgs. n. 108/2017 ammette la possibilità della partecipazione esterna del funzionario dello Stato di emissione alle attività probatorie da eseguire nel territorio italiano ai sensi dell'art. 8 del decreto attuativo. Al funzionario viene riconosciuta sia la causa di giustificazione di cui al comma 1 dell'art. 9 l. n. 146/2006 – che a sua volta rinvia all'ipotesi di adempimento di un dovere *ex* art. 51 c.p. – nonché la qualifica di pubblico ufficiale. Tuttavia, in dottrina è stato fatto notare che non aver riconosciuto al funzionario estero la qualifica di ufficiale di polizia giudiziaria comporta "l'impossibilità di agire autonomamente nel nostro Paese [poiché sarà tenuto a sottostare] al costante controllo dell'ufficiale di polizia giudiziaria italiano"[157] che assume la responsabilità dell'indagine, ancorché venga pur sempre lui riconosciuto un ruolo operativo. Inoltre, l'art. 8 comma 5 d.lgs. n. 108/2017 affida allo Stato italiano il compito di provvedere al risarcimento dei danni eventualmente cagionati a terzi dai funzionari dell'autorità di emissione che partecipano all'esecuzione dell'ordine di indagine, fatta salva la facoltà di esercitare l'azione di rivalsa sullo Stato di emissione.

La previsione di forme di partecipazione all'esecuzione dell'ordine e di creazione di un *pool* investigativo transazionale è, ancora una volta, sintomatica dell'impegno del legislatore eurounitario di trovare soluzioni in grado di incentivare e semplificare il sistema di cooperazione giudiziaria tra Stati, esigenza particolarmente avvertita in materia di indagini sotto copertura. La sinergia investigativa sul campo contribuisce alla corretta evoluzione delle indagini ed attenua le reciproche diffidenze, direttamente correlate al livello di invasività dell'atto investigativo. Oltre ad ipotizzare una fisiologica attività di supporto meramente esecutivo degli operatori interni, tanto la Direttiva OEI quanto il d.lgs. n. 108/2017 non hanno specificato in che modo la partecipazione debba concretamente svolgersi. Ciononostante, è facile intuire che la

[157] P. P. PAULESU, *op. cit.*, p. 353 e G. BARROCU, *op. cit.*, p. 428.

collaborazione si renda particolarmente vantaggiosa nelle ipotesi in cui si debba rispondere in tempo reale a situazione impreviste che conducano a nuove piste e strategie investigative, circostanza che si dimostra molto utile soprattutto nelle operazioni sotto copertura, in cui l'agente in incognito è chiamato a monitorare l'evoluzione di un progetto criminale.

Ultimo profilo interessato dal rinvio all'art. 9 l. n. 146/ 2006 e afferente alla procedura passiva, consiste nella previsione di cui all'art. 22 d.lgs. n. 108/2017, sulla base del quale il procuratore distrettuale è legittimato ad omettere o ritardare l'esecuzione dell'arresto, del fermo della perquisizione o del sequestro, tutte le volte in cui si proceda ad una operazione sotto copertura. La *ratio* di questa disposizione consiste nella scelta di garantire la piena riuscita delle suddette indagini tramite il differimento di atti dovuti, il cui compimento, altrimenti, svelerebbe certamente la qualifica dell'infiltrato e le sue finalità investigative.

Passando invece alla procedura attiva, le attività sotto copertura e le richieste di ritardare atti di arresto o sequestro all'estero sono disciplinate agli artt. 41 e 42 d.lgs. n. 108/2017 ed anche in questo caso sono ammesse nei soli casi stabiliti dal più volte citato art. 9 l. n. 146/2006 e le modalità di esecuzione sono affidate alla diretta interlocuzione tra autorità interessate. Ciononostante, resta fermo che l'operazione sia svolta sotto la vigilanza dell'autorità di esecuzione alle condizioni stabilite dalla Direttiva OEI *ex* art. 29 nonché nel rispetto della *lex fori*, avuto riguardo anche dell'eventuale *status* riconosciuto a chi partecipi sul territorio estero a siffatte attività. Anche i pubblici ministeri o i giudici italiani che emettono l'ordine possono chiedere di partecipare all'esecuzione dello stesso, previo accordo con l'autorità straniera incaricata di eseguirlo (art. 29 d.lgs. n. 108/2017). Nello specifico il pubblico ministero può scegliere se partecipare direttamente ovvero indirettamente, delegando uno o più ufficiali di polizia giudiziaria. Anche in questi casi è prevista, su impulso del procuratore della Repubblica, la costituzione di una squadra investigativa

comune. Le modalità di compimento delle attività sotto copertura vanno concordate con l'autorità di esecuzione (art. 41 comma 2 d.lgs. n. 108/2017).

3.2. Le intercettazioni di comunicazioni.

Già previsto nella menzionata Convenzione di Bruxelles del 2000, il tema delle intercettazioni di comunicazioni viene affrontato altresì dalla Direttiva OEI sia nei *Considerando* nn. 30-33, sia nel capo V. Pur mancando a livello eurounitario una definizione di intercettazione, lacuna criticata dalla dottrina[158], in prima approssimazione si può affermare che per questo genere di operazione si intende la captazione occulta di conversazioni o comunicazioni in corso di svolgimento tra due persone. La Direttiva OEI fa riferimento alle telecomunicazioni che avvengono attraverso un mezzo tecnico, telefono o computer che sia, escludendo invece la rilevanza delle cd. intercettazioni ambientali, comunemente dette intercettazioni tra presenti, in cui il mezzo tecnico è lo strumento di captazione, e non di trasmissione, delle comunicazioni.

Il decreto di attuazione contiene la relativa disciplina al capo III ("Intercettazione di telecomunicazioni") del titolo II, per la procedura passiva, specificatamente agli artt. 23 e 24 nonché all'art. 25. In modo speculare, la procedura attiva in materia è contemplata agli artt. 43, 44 e 45.

Presupposto comune a tutte è che l'attività di intercettazione sia già stata autorizzata dall'autorità giudiziaria competente dello Stato membro richiedente.

L'art. 23 disciplina l'intercettazione di telecomunicazioni con l'assistenza tecnica dell'autorità giudiziaria italiana. L'individuazione del procuratore della Repubblica competente per il riconoscimento dell'ordine emesso per le operazioni captative si svolge sulla base di due criteri, uno

[158] C. MARINELLI, *Le intercettazioni di comunicazioni*, in *L'ordine europeo di indagine penale*, *cit.*, p. 231, nella parte in cui afferma che "la mancata enunciazione di una nozione di intercettazione, sia essa autonoma o con criteri di individuazione 35, è foriera di più di una perplessità, potendosi dubitare del ricorso all'OEI, ad esempio, per l'esecuzione di operazioni suscettibili, già a livello nazionale, di disparati inquadramenti, come nel caso delle videoriprese 36 o di taluni impieghi del captatore informatico 37. Parimenti criticabile – avuto riguardo all'oggetto di apprensione – è il riferimento alle 'telecomunicazioni' che, inteso letteralmente, lascerebbe al di fuori della sfera di operatività le comunicazioni tra presenti".

quantitativo ed uno qualitativo, il secondo sussidiario rispetto al primo, entrambi contemplati all'art. 4 comma 5 d.lgs. n. 108/2017. Sebbene la disposizione abbia portata generale, è particolarmente rilevante la trattazione in questa sede poiché, essendo attività connaturate da un elevato livello di mobilità, sarà verosimilmente necessario fare riferimento ad uno dei due criteri. Dunque, il riconoscimento spetta al procuratore della Repubblica presso il tribunale del capoluogo del distretto dove deve essere eseguita l'attività di indagine o, nel caso di attività da svolgersi in più distretti, quello del distretto nel quale deve essere compiuto il maggior numero di atti investigativi, indipendentemente dal loro rilievo procedimentale o, se di eguale numero, quello dell'atto investigativo di maggiore rilevanza, "locuzione sprovvista di qualsivoglia parametro definitorio"[159]. Il procuratore così individuato provvede a riconoscere l'ordine ma solo dopo aver verificato che l'ordine sia dovutamente redatto[160]. Una volta individuato il procuratore competente, questi è tenuto a trasmettere l'ordine al giudice per le indagini preliminari, il quale deve verificare l'esistenza dei motivi generali di rifiuto e del motivo specifico collegato all'assenza delle condizioni di ammissibilità previste dall'ordinamento interno nonché a dare esecuzione all'ordine. Come indicato al comma 1 dell'art. 23, il riconoscimento dell'OEI da parte del procuratore è subordinato "alla sussistenza delle condizioni di ammissibilità previste dall'ordinamento interno", dovendo fare necessario riferimento sia all'art. 9 comma 3 del decreto stesso, che ammette l'impossibilità di procedere ad esecuzione quale legittimo motivo di rifiuto, sia all'art. 10, specificatamente richiamato anche dall'art. 23 e che contempla i 'comuni' motivi di rifiuto dell'OEI. Inoltre, questa disposizione riecheggia – inevitabilmente – quanto disposto all'art. 266 c.p.p., denominato "Limiti di ammissibilità", di cui si tratterà profusamente più avanti. Ai sensi del comma 3 dell'articolo in discorso,

[159] M.R. MARCHETTI, *Rapporti giurisdizionali con Autorità straniere*, in *Compendio di procedura penale* (a cura di G. Conso, V. Grevi, M. Bargis), 9a ed., CEDAM, 2018, p. 1138.
[160] Si fa riferimento, nello specifico, alle indicazioni contenuto al comma 2 dell'art. 23, che sono: l'autorità procedente; l'esistenza del titolo che dispone o autorizza lo svolgimento delle operazioni di intercettazione con l'indicazione del reato; i dati tecnici necessari allo svolgimento delle operazioni; la durata dell'intercettazione; i motivi che rendono necessaria l'attività di indagine richiesta.

in caso di rifiuto disposto dal giudice, per uno dei motivi *ex* art. 10 ovvero qualora non sussistano le condizioni di ammissibilità previste dalla disciplina italiana in materia, il procuratore dovrà darne immediata comunicazione all'autorità di emissione. Altrimenti, in caso di esito positivo del vaglio operato dal giudice, si procede all'esecuzione dell'ordine che può avvenire, previa consultazione con l'autorità di emissione, in due modalità alternative[161]: con la trasmissione immediata dei flussi comunicativi; oppure, con l'intercettazione, la registrazione e la successiva trasmissione dei risultati dell'operazione. L'unica deroga al riguardo è prevista al comma 5 nel caso in cui siano state acquisite comunicazioni di servizio di appartenenti al Dipartimento delle informazioni per la sicurezza o ai servizi di informazione per la sicurezza: in tal evenienza è obbligato a provvedere agli adempimenti di cui all'art. 270-*bis* c.p.p.[162] prima di trasmettere all'autorità richiedente i risultati di suddette operazioni. L'art. 23, oltre a richiedere la verifica circa la completezza formale della documentazione annessa all'OEI, fa utilizzo della locuzione "condizioni di ammissibilità" che richiama "i limiti di ammissibilità" previsti dal già menzionato art. 266 c.p.p.: in prima battuta è richiesta la riconducibilità del fatto-reato, sulla base degli "elementi evocativi"[163] descritti nell'ordine di indagine, all'elenco tassativo delle fattispecie delittuose contemplate dalla predetta disposizione, che consentono la qualificazione del fatto. Tale parallelismo deve tenere conto anche del 'doppio binario' previsto nel caso di intercettazioni disposte per i reati di criminalità organizzata a stampo mafioso o terroristico, in cui i presupposti sono meno restrittivi rispetto a quelli ordinari[164]. In ogni caso, detto riscontro dovrà avvenire attraverso la consultazione della modulistica standardizzata di cui all'allegato A sezione H7 Direttiva OEI. Al di

[161] Art. 23 comma 4 d.lgs. n. 108/2017.
[162] L'autorità giudiziaria dovrà disporne la secretazione e trasmettere al Presidente del Consiglio dei ministri la copia della documentazione contenente le informazioni di cui intende avvalersi nel processo, al fine di accertare se una di dette informazioni sia coperta da segreto di Stato. Il procuratore potrà acquisire la notizia qualora siano scaduti sessanta giorni dalla notificazione senza che sia stato opposto il segreto.
[163] A. NOCERA, *Il sindacato giurisdizionale interno in tema di ordine europeo di intercettazioni*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, 1, p. 155.
[164] La deroga alla disciplina generale prevista all'art. 266 è disposta dall'art. 13 del d.l. 13 maggio 1991, n. 152 (così come modificato ed esteso a seguito dei successivi interventi legislativi).

là dei requisiti di ammissibilità, non vi è nessun riferimento ai "gravi indizi di reato" e "alla indispensabilità del ricorso" a questo strumento investigativo invece indicati all'art. 267 c.p.p. La circolare divulgata dal Ministero della Giustizia evidenzia che la *ratio* sottesa al mancato richiamo a tali condizioni afferisce alle esigenze di integrazione tra i vari ordinamenti statali e alle garanzie di efficienza del sistema di cooperazione giudiziaria[165]. Al riguardo anche la Relazione illustrativa, menzionata dalla circolare stessa, sottolinea che la richiesta di "un vaglio solo formale di riscontro della ricorrenza di un titolo di reato" si giustifica anche in ragione di quella *confiance mutuelle* che dovrebbe ispirare il rapporto tra gli Stati membri, aggiungendo inoltre che "sarebbe impensabile imporre alle autorità straniere di avventurarsi in valutazioni calibrate sulle forme tipiche del sistema italiano e verosimilmente estranee alle abitudini e alla cultura dello Stato richiedente"[166]. L'unica opportunità per il giudice di constatare la sussistenza di questi requisiti concerne l'accertamento dei già richiamati elementi evocativi così come rappresentati nel corredo informativo erogato dall'autorità di emissione, senza dimenticare che tale esame non può mai coinvolgere aspetti relativi il merito e l'opportunità della misura, trattandosi di elementi affidati all'esclusiva discrezionalità dello Stato richiedente.

Ciononostante, si registra in dottrina un orientamento di senso inverso. Stante "la laconicità del dato normativo"[167], sembra sia ipotizzabile una verifica più profonda – in un certo senso, sostanziale – di questi elementi da parte del giudice, che in sede di valutazione sarebbe dunque tenuto ad un "implicito vaglio di coerenza logica tra la gravità indiziaria del reato per il quale si richiede l'intercettazione e le ragioni giustificative, in termini di indispensabilità, del mezzo richiesto, che non può che essere condotto sulla base dell'analisi critica degli elementi evocativi". Questa tesi fonda le proprie radici su un duplice argomento: l'art. 30 par. 5 Direttiva OEI ("Intercettazioni di telecomunicazioni con l'assistenza tecnica di un altro Stato membro"), che consente un margine di

[165] Circolare ministeriale, *cit.*, p. 38.
[166] Relazione illustrativa, *cit.*, p. 15 e ss.
[167] A. NOCERA, *op. cit.*, p. 164 e ss.

discrezionalità alle autorità giudiziarie chiamate all'esecuzione dell'atto richiesto, sottoforma di rifiuto o subordinazione dell'atto alle condizioni previste dall'ordinamento interno[168], ancorché conferisca prevalenza alle scelte di opportunità realizzate dallo Stato di emissione (il quale sarà tenuto ad indicare "i motivi per cui considera l'atto di indagine richiesto utile al procedimento penale interessato", comma 4 dell'articolo in discorso); il secondo invece riguarda il principio di proporzione della misura investigativa la cui violazione costituisce esplicito motivo per il rigetto dell'OEI trasmesso. Il recupero di questo principio presuppone una valutazione comparativa tra l'utilità dell'attività e gli interessi dei soggetti destinatari della captazione, che potrebbero subire un ingiustificato nocumento dei loro diritti soprattutto quelli relativi alla libertà di comunicazione ed alla riservatezza dell'individuo.

La previsione di cui all'art. 24 contempla l'ipotesi in cui un'autorità straniera abbia disposto l'intercettazione di un dispositivo senza avanzare alcuna richiesta di assistenza tecnica dello Stato membro nel cui territorio è avvenuta l'operazione. Definito dalla richiamata circolare ministeriale quale uno "dei più significativi profili di novità del nuovo strumento di assistenza"[169], questa modalità di captazione è possibile attraverso la tecnica del cd. instradamento, ossia mediante la canalizzazione dei flussi comunicativi su impianti o ripetitori ubicati nel territorio dello Stato che procede all'indagine, al fine di intercettare tutte quelle utenze transitoriamente o stabilmente allocate in territorio straniero. Questa ipotesi è consentita perché, a monte, la Direttiva OEI pone l'accento sul territorio nel quale è utilizzato l'indirizzo di comunicazione della persona soggetta a intercettazione, piuttosto che sul luogo di esecuzione dell'operazione stessa. La notifica dovrà avvenire tramite il modulo standardizzato di cui all'allegato C Direttiva OEI secondo le modalità e le

[168] Art. 30, par. 5 Direttiva OEI: "Oltre che per i motivi di non riconoscimento o di non esecuzione di cui all'articolo 11, l'esecuzione dell'OEI di cui al paragrafo 1 può essere rifiutata anche qualora l'atto di indagine interessato non sia ammesso in un caso interno analogo. Lo Stato di esecuzione può subordinare la propria decisione di eseguire un EIO alle condizioni applicabili in un caso interno analogo".
[169] Circolare ministeriale, *cit.*, p. 39.

tempistiche indicate al par. 1 dell'art. 31 della stessa, che si differenziano a seconda del momento in cui si è avuta contezza della presenza o dello spostamento della cd. utenza-bersaglio nel territorio dello Stato notificato: prima dell'intercettazione, laddove l'autorità procedente sia a conoscenza, al momento di ordinare l'intercettazione, della permanenza, attuale o futura, nel territorio dello Stato membro notificato della persona soggetta a intercettazione; ovvero durante l'espletamento dell'operazione o ad operazione conclusa, non appena venga a conoscenza del fatto che la persona soggetta a intercettazione si trova, o si trovava durante l'intercettazione, nel territorio dello Stato membro notificato.

Una volta ricevuta la notifica da parte delle autorità procedenti, il procuratore della Repubblica deve curare l'immediata trasmissione della notificazione al giudice per le indagini preliminari che ne disporrà l'immediata cessazione tutte le volte in cui ravvisi che le intercettazioni sono state disposte in riferimento ad un reato che esorbita dall'elenco tassativo previsto dalla disciplina interna *ex* art. 266 c.p.p. In ogni caso, la valutazione dovrà essere espletata e comunicata allo Stato richiedente entro il termine di novantasei ore dalla notifica. Nello specifico, in caso di esito negativo, il giudice per le indagini preliminari dovrà emettere un provvedimento motivato di cessazione delle operazioni e della non utilizzabilità ai fini della prova dei risultati delle investigazioni eseguite. Infine, allo scopo di preservare l'efficienza del mezzo investigativo, non è prevista la comunicazione del decreto di riconoscimento al difensore della persona sottoposta ad indagini, di talché deve ritenersi escluso anche il mezzo impugnatorio dell'opposizione al giudice per le indagini preliminari *ex* art. 13 d.lgs. n. 108/2017.

In tema di condizioni di ammissibilità, diverso è il caso dell'art. 24 del decreto in esame che contiene solo un riferimento indiretto alla verifica delle condizioni di ammissibilità, il che implica la mancanza di un vaglio preliminare operato dal procuratore distrettuale in termini di riconoscimento, fungendo unicamente da punto di contatto propedeutico alla trasmissione interna. In questo caso "una sfumatura del linguaggio segnala la minore pregnanza dello

scrutinio che il legislatore interno ha inteso rimettere nell'ipotesi leggera"[170] in esame: in definitiva verrà richiesto solo l'aderenza del titolo di reato ipotizzato dallo Stato di intercettazione ad uno di quelli *ex* art. 266 c.p.p., mentre non assumeranno rilevanza anche le altre condizioni legittimanti richieste nell'articolo precedente. Tuttavia, se il discorso si articolasse realmente in questi termini, sembrerebbe consentito aprire la porta all'utilizzazione nel territorio italiano di mezzi istruttori estremamente invasivi della *privacy* senza nessuna verifica in merito all'esistenza dei presupposti fattuali volti a giustificarli. In realtà, l'art. 24 comma 2 non contiene alcuna deroga alla regola generale di cui all'art. 9 commi 1 e 3 d.lgs. n. 108/2017, che richiede l'osservanza di tutti i requisiti di ammissibilità previsti dalla *lex loci*, né precisa che in Italia sia sufficiente solo il rispetto dei presupposti formali richiesti dalla disciplina interna, perciò viene attribuito a questa disposizione "un valore meramente ricognitivo, rendendolo di fatto superfluo. Il suo unico effetto è quello di ribadire un requisito che risulta già prescritto dalle regole generali previste dal decreto in merito al rifiuto degli OEI provenienti dall'estero"[171].

Per quanto concerne i dati esterni alle telecomunicazioni, siano esse telefoniche o telematiche, l'art. 25 d.lgs. n. 108/2017 ("Richieste di documentazione inerente alle telecomunicazioni") stabilisce che ne venga data esecuzione mediante provvedimento del procuratore della Repubblica secondo le forme e le modalità previste dall'art. 256 c.p.p., rubricato "Dovere di esibizione e segreti". Definito come "un passo avanti rispetto alla disciplina della Direttiva che non dedica all'argomento che poche indicazioni contenute nel preambolo"[172], la disposizione è prevista per il caso in cui sia necessario richiedere i dati esterni relativi al traffico telefonico (cd. tabulati telefonici), acquisibili sulla base di un ordine di esibizione di dati documentali. Il legislatore delegato ha fatto propria l'interpretazione resa dalle Sezioni Unite della Corte

[170] Circolare ministeriale *cit.*, p. 40.
[171] M. DANIELE, *La sfera d'uso delle prove raccolte*, in *L'ordine europeo di indagine penale*, *cit.*, p. 189.
[172] C. MARINELLI, *Le intercettazioni di comunicazioni*, in *L'ordine europeo di indagine penale*, *cit.*, p. 245. Nello specifico si fa riferimento al *Considerando* n. 30 Direttiva OEI che contempla l'acquisizione dei tabulati, telefonici o telematici, ed alla localizzazione.

di cassazione[173] che ha distinto con nettezza tra intercettazioni e tabulati, argomentando sulle caratteristiche di questi ultimi che contengono elementi identificativi esterni al contenuto della conversazione e che pertanto si sostanziano in una forma di intrusione della riservatezza del destinatario dell'attività visibilmente minore rispetto alla captazione dei dialoghi in corso. Per il resto della disciplina, la previsione rinvia a quanto detto in tema di richiesta di dovere di esibizione e segreti di cui all'art. 256 c.p.p.

Gli art. 43 e 44 d.lgs. n. 108/2017 sono dedicati alle attività di intercettazione richieste dall'autorità giudiziaria nazionale. L'ordine è emesso dal pubblico ministero e può riguardare tanto le conversazioni, quanto le comunicazioni nonché il flusso di comunicazioni relativo a sistemi informatici o telematici quando sul territorio di un altro Stato membro si trovi il dispositivo o il sistema da controllare: in questo modo, la formulazione ricomprende anche le cd. intercettazioni ambientali[174], diversamente da quanto contemplato nella Direttiva OEI, oltre che quelle tra assenti realizzate tramite il mezzo del telefono o mediante sistemi informatici o telematici.

La disposizione di cui all'art. 43 indica i requisiti che l'ordine di indagine deve necessariamente contenere[175] e specifica che la materiale esecuzione è affidata al previo accordo tra le autorità optando o per l'immediata trasmissione dei dati ovvero per l'affidamento allo Stato di esecuzione dell'intera procedura, mediante intercettazione, registrazione e successiva trasmissione dei dati. L'attività richiesta presuppone la preventiva autorizzazione delle operazioni, di cui deve essere fatta espressa menzione nell'ordine (art. 43 comma 2 lett. *a*). Questo comporta inevitabilmente di verificare i presupposti della richiesta, in

[173] Cass., SU, 23/02/2000, n. 6, *http//online.leggiditalia.it*.
[174] Si giunge a questa conclusione dall'analisi congiunta degli articoli di riferimento, sia nella Direttiva OEI sia nel d.lgs. n. 108/2017: per quanto la Direttiva non faccio specifico riferimento alle intercettazioni tra presenti, non sono vietate *tout court*, eventualità invece contemplata nell'ordinamento italiano e non smentita in alcun modo dal decreto.
[175] Art. 43 comma 3 d.lgs. n. 108/2017: "L'ordine di indagine contiene: a) l'indicazione dell'autorità giudiziaria che ha disposto l'intercettazione; b) ogni informazione utile ai fini dell'identificazione della persona che ha in uso il dispositivo o il sistema da controllare; c) la durata delle operazioni di intercettazione; d) i dati tecnici necessari allo svolgimento delle operazioni di intercettazione; e) i motivi della rilevanza dell'atto".

base alla disciplina di cui agli artt. 266 e ss. c.p.p. Il procuratore della Repubblica è tenuto ad integrare la richiesta formulata sulla base dell'autorizzazione con l'indicazione dei motivi per cui considera l'atto di indagine utile al procedimento penale e con le informazioni necessarie all'identificazione della persona sottoposta all'intercettazione, nonché con l'indicazione della durata delle operazioni ed ogni ulteriore elemento utile all'esecuzione. Questa opera di integrazione è rimessa all'interlocuzione tra le autorità giudiziarie. Specificatamente, il dialogo viene affidato al pubblico ministero alla luce del fatto che, per le intercettazioni 'nazionali' *ex* art. 266 c.p.p., la fase esecutiva è devoluta all'organo dell'accusa.

L'art. 44 invece disciplina l'ipotesi dell'esecuzione da parte dell'autorità giudiziaria italiana di un'intercettazione avente ad oggetto un dispositivo o un sistema localizzato sul territorio di un altro Stato membro. Non si rilevano nella procedura attiva particolari novità rispetto a quanto disposto, seppur a parti inverse, nella procedura passiva: il pubblico ministero deve dare immediata informazione dell'avvio dell'intercettazione mediante la trasmissione del modello C all'autorità competente dello Stato membro interessato. Infine, nonostante il pubblico ministero sia tenuto ad interrompere le operazioni di captazione ogni qualvolta l'autorità notificata disponga la cessazione delle attività, non è preclusa a priori la possibilità di far uso nel processo interno il materiale reperito purché vi sia accordo con quest'ultimo circa le condizioni di utilizzabilità.

Quanto all'ipotesi di cui al comma 2 dell'art. 267 c.p.p., che consente al pubblico ministero di disporre l'intercettazione con decreto motivo e nei casi di urgenza, con successiva richiesta di convalida al giudice per le indagini preliminari entro le quarantotto ore successive, anche nel caso in cui l'utenza si trovi all'estero, ancorché l'articolato del d.lgs. n. 108/2017 non lo escluda, "si ritiene azzardato, se non addirittura inopportuno estendere l'esecuzione all'estero prima di aver ottenuto un valido e duraturo titolo autorizzativo"[176].

[176] F. NANNI, *Le intercettazioni telefoniche*, in *L'ordine europeo di indagine*, *cit.*, p.488.

L’art. 45 del decreto, corrispondente nella procedura attiva dell’art. 25, prevede la competenza alternativa del pubblico ministero o del giudice che procede per trasmettere all’autorità di esecuzione l’ordine di indagine relativo ai tabulati telefonici nonché ogni altra informazione utile ai fini dell’identificazione dell’utente nonché l’indicazione del reato oggetto dell’ordine di indagine.

CAPITOLO III

LA CIRCOLAZIONE DELLA PROVA E LE GARANZIE DIFENSIVE: IL RISPETTO DEI DIRITTI FONDAMENTALI.

1. Regime di utilizzabilità del prodotto giudiziario: trasferimento e fruibilità in Italia delle prove raccolte.

1.1. Il meccanismo di trasferimento della prova.

In coerenza con l'articolo 13 Direttiva OEI, l'articolo 12 d.lgs. n. 108/2017 stabilisce che le prove acquisite in esito all'esecuzione dell'OEI, così come quelle già in possesso dell'autorità giudiziaria, siano trasferite dal procuratore della Repubblica all'autorità competente dello Stato di emissione "senza ritardo": ancorché non si preveda un termine preciso entro il quale procedere alla trasmissione, questa locuzione indica che non vi sia la presenza di ulteriori formalità tra la fase dell'acquisizione e quella del trasferimento. La trasmissione può essere anche immediata e diretta al rappresentante dell'autorità emittente nel caso di partecipazione della stessa all'esecuzione dell'ordine, come contemplato all'art. 8 d.lgs. n. 108/2017. Inoltre, al comma 4 dell'art. 12 è prevista la possibilità di disporre il trasferimento temporaneo del corpo del reato o delle cose pertinenti ad esso afferenti ad un procedimento interno in corso, purché ciò non sia di impedimento alla spedita celebrazione dello stesso e previo accordo con l'autorità emittente circa le modalità e i termini della restituzione. Affinché il procuratore possa procedere a tal fine, deve dapprima richiedere l'autorizzazione al giudice per le indagini preliminari competente che esprime il suo giudizio dopo aver ascoltato le parti. In ogni caso la trasmissione della prova deve essere attestata per forma scritta.

Nonostante la disposizione italiana rispetti lo spirito e la finalità del meccanismo di trasferimento costruito dalla normativa eurounitaria, tuttavia, non vi è un perfetto parallelismo tra le due discipline: ciò si evince dalla mancata riproduzione, nella disciplina domestica, delle ipotesi di sospensione del trasferimento delle prove. Lacuna parzialmente colmabile in via esegetica, poiché dal combinato disposto dell'art. 12 e dell'art. 13 d.lgs. n. 108/2017 ("Impugnazioni"), se ne ricava che la trasmissione può essere sospesa se dalla

stessa derivi un nocumento grave ed irreparabile alla persona sottoposta alle indagini, all'imputato od alla persona comunque interessata dal provvedimento oggetto dell'ordine. La corrispettiva disciplina eurounitaria, però, prevede un'ulteriore ipotesi: è il caso in cui venga disposta la sospensione del trasferimento delle prove in attesa di una decisione relativa a un mezzo d'impugnazione, salvo che nell'OEI siano indicati motivi sufficienti per i quali il trasferimento immediato è essenziale al fine del corretto svolgimento delle indagini ovvero della tutela dei diritti individuali. Inoltre, la Direttiva OEI predispone un arsenale più ricco e specifico: il par. 3 dell'art. 13 consente all'autorità di esecuzione di richiedere, al momento del trasferimento delle prove acquisite, la restituzione delle stesse non appena cessino di essere necessarie nello Stato di emissione; il par. 4 dello stesso articolo, invece, afferisce a "gli oggetti, i documenti e i dati in questione siano pertinenti anche per altri procedimenti" interni allo Stato di esecuzione, specificando che quest'ultimo, previa consultazione e richiesta da parte dell'autorità di emissione, può provvedere al trasferimento temporaneo di tali prove, che dovranno essere restituite non appena cessino di essere necessarie nello Stato di emissione, o in qualsiasi altro momento, anticipatamente concordato.

1.2. Il regime di utilizzabilità: affinità e aporie rispetto alla legislazione italiana.

Disattendendo quanto auspicato nel Libro verde sulla ricerca della prova in materia penale, adottato dalla Commissione europea nel 2009[177], il nuovo sistema di cooperazione giudiziaria enucleato dalla Direttiva OEI non si sofferma sul regime di utilizzabilità delle prove raccolte in esecuzione dell'ordine di indagine, lasciando agli Stati l'onere di provvedere a questo

[177] Il *Libro verde*, cit., infatti, suggeriva che i nuovi strumenti di assistenza giudiziaria tra Stati membri avrebbero dovuto farsi carico dell'adozione di norme minime comuni, sulla scorta di quanto previsto dall'art. 82 par. 2 TFUE. Nello specifico, si consigliava di prevedere alternativamente o la predisposizione di una tavola di principi generali condivisi dagli Stati membri o la formulazione di più specifiche disposizioni calibrate sulle diverse tipologie di prova. Questa impostazione è stata parzialmente accolta solo con riferimento alla seconda opzione, mentre l'auspicato *numerus clausus* di regole generali di ammissibilità e di esclusione di determinati fonti probatorie è stata complessivamente disattesa (cfr. p. 6).

aspetto della disciplina. Un altro pericolo che si affaccia, in assenza di linee guida tracciate dall'Unione europea, consiste nella potenziale creazione di modalità probatorie differenziate, circostanza che potrebbe riverberare i suoi effetti – potenzialmente negativi – sulla tutela dei diritti e dei principi fondamentali riconosciuti dagli ordinamenti nazionali, e nel caso di specie da quello italiano. Attenta dottrina ha già avuto modo di segnalare che sarebbe "poco confortante scoprire che una prova illegittima [possa diventare] utilizzabile solo perché battezzata come "europea"[178]. Per queste ragioni dunque, nonostante non siano previste disposizioni specifiche al riguardo, si è voluto garantire una sostanziale omogeneità sulla scorta di quanto disposto dall'art 9 par. 2 Direttiva OEI che sancisce una tendenziale prevalenza della *lex fori* prescrivendo agli Stati membri di attenersi alle formalità ed alle procedure indicate dall'autorità emittente in sede di trasmissione dell'ordine di indagine, purché ciò non leda i principi fondamentali del Paese esecutore.

Tuttavia, questa situazione di incertezza viene ulteriormente aggravata dalla facoltà attribuita allo Stato in cui si trova il dato probatorio da acquisire, di ricorrere ad un atto differente rispetto a quello indicato nell'ordine, secondo un modello che è stato definito di "flessibilità a rime obbligate"[179], di cui all'art. 10 par. 1 Direttiva OEI, nelle ipotesi in cui la prova richiesta non sia prevista dall'ordinamento dello Stato nazionale esecutore, oppure ove detto atto non sia previsto in un caso interno analogo. A questo quadro, si aggiunge l'ulteriore eventualità che deriva dal vaglio di proporzionalità in capo allo Stato esecutore, al cui esito potrà optare di ricorrere ad uno strumento probatorio equipollente ma meno intrusivo della sfera giuridica del soggetto destinatario del provvedimento stesso. Ed è proprio quest'ultima prospettiva quella a creare maggiori perplessità in dottrina[180], poiché questo meccanismo rischia di offrire il fianco ad indebite applicazioni della *lex loci*, con inevitabili ricadute sulla

[178] Così, E. AMODIO, *Diritto di difesa e diritto alla prova nello spazio giuridico europeo*, in *Il difensore e il pubblico ministero europeo*, a cura di A. Lanzi, F. Ruggieri, L. Camaldo, CEDAM, 2002, p. 107.
[179] L'espressione è di G. FIORELLI, *Nuovi orizzonti investigativi: l'ordine europeo di indagine*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, p. 707.
[180] Tra gli altri, R. DEL COCO, *Ordine europeo di indagine e poteri sanzionatori del giudice*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, p. 13.

fruibilità del risultato probatorio, nonostante tale generico controllo di proporzionalità sia strumentale ad assicurare il più alto livello possibile di tutela dei diritti.

Il legislatore italiano ha disciplinato questo tassello mancante all'art. 36 d.lgs. n. 108/2017, rubricato – per l'appunto – "Disposizioni sulla utilizzabilità degli atti compiuti e delle prove assunte all'estero". L'articolo in esame, al comma 1, stabilisce l'inclusione nel fascicolo per il dibattimento *ex* art. 431 c.p.p. dei documenti acquisiti all'estero mediante ordine di indagine e i verbali degli atti non ripetibili assunti con le stesse modalità nonché dei verbali degli atti diversi da quelli previsti dalla lett. *a*, assunti all'estero a seguito di ordine di indagine ai quali i difensori sono stati posti in grado di assistere e di esercitare le facoltà loro consentite dalla legge italiana.

Il comma 2 dello stesso art. 36, invece, disciplina l'utilizzabilità dei verbali delle dichiarazioni rese all'estero sulla base di un ordine emesso nella fase delle indagini preliminari, diversi dai verbali assunti nell'incidente probatorio[181], secondo le modalità di cui all'art. 512-*bis* c.p.p. ("Lettura di dichiarazioni rese da persona residenti all'estero"), quindi è fondamentalmente sottoposta al medesimo regime di lettura stabilito per la prova raccolta mediante rogatoria. Come indicato dal menzionato Manuale operativo diramato dal Ministero della Giustizia[182], ai fini della corretta applicazione dell'art. 512-*bis* c.p.p. sarà necessario rifarsi all'interpretazione costituzionalmente orientata fornita dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione nella sent. n. 27918/11[183] nonché della successiva costante giurisprudenza di legittimità, "che prescrivono:

a. l'effettiva e valida citazione della fonte dichiarativa residente all'estero, secondo le modalità stabilite dall'art. 727 c.p.p. per le rogatorie internazionali o dalle convenzioni di cooperazione giudiziaria applicabili nel caso di specie;

[181] Così il comma 2 dell'art 36 in esame: "Nei casi e con le modalità di cui all'articolo 512-*bis* del codice di procedura penale il giudice dà lettura dei verbali di dichiarazioni rese all'estero, diversi da quelli di cui all'articolo 431, comma 1, lettera *e)*, del codice di procedura penale, acquisiti a seguito di ordine di indagine emesso nelle fasi precedenti il giudizio". Il riferimento normativo riguarda – per l'appunto – i verbali degli atti non assunti in incidente probatorio *ex* art. 392 c.p.p.
[182]Circolare ministeriale, *cit.*, p. 49.
[183] Cass., S.U., 14/07/2011, n. 27918, *http//online.leggiditalia.it*.

b. la verifica dell'eventuale irreperibilità mediante tutti gli accertamenti opportuni e necessari in concreto, non essendo sufficienti la mancata notificazione o le risultanze anagrafiche o verifiche meramente burocratiche;
c. l'assoluta e oggettiva impossibilità di ottenere l'escussione del dichiarante attraverso una rogatoria internazionale concelebrata o mista, secondo il modello previsto dall'art. 4 della Convenzione di Strasburgo 1959".

Nello specifico, nel Manuale operativo è ulteriormente precisato che la condizione *sub c* potrà essere concretamente applicata solo quando l'autorità italiana procedente abbia esercitato la facoltà prevista dall'art. 29 comma 2 del decreto di richiedere all'autorità di esecuzione "di partecipare direttamente all'esecuzione dell'ordine di indagine", al fine di garantire il rispetto delle forme e delle procedure strumentali all'efficace attuazione del principio del contraddittorio nella formazione della prova, costituzionalmente previsto all'art. 111 comma 4 Cost.: stando a questo meccanismo previsto all'art. 9 par. 4 Direttiva OEI, l'autorità di esecuzione potrebbe disattendere la richiesta soltanto in caso di conflitto con i principi fondamentali del proprio diritto interno.

Dunque, se da un lato si è – opportunamente – provveduto a riempiere il vuoto normativo volutamente lasciato dalla normativa eurounitaria, dall'altro invece il legislatore nazionale, in sede di attuazione, non ha ritenuto altrettanto necessario novellare in modo corrispondente il codice di procedura penale. Per questa ragione è stata regolata la destinazione degli atti raccolti all'estero mediante ordine di indagine estendendo espressamente la nozione di cui alla lett. *d* comma 1 dell'art. 431 c.p.p., che contempla solo le rogatorie internazionali.

Con specifico riguardo alla prova dichiarativa raccolta mediante OEI *ex* art. 512-*bis* nella fase delle indagini, il riferimento agli atti non indicati dall'art. 431 c.p.p. è volto a chiarire che detto regime riguarda le informazioni raccolte dal pubblico ministero in corso di indagine o dal giudice dell'udienza preliminare

ai sensi dell'art. 422 c.p.p. ("Attività di integrazione probatoria del giudice"), non anche gli atti assunti in incidente probatorio che sono, al contrario, raccolti nel fascicolo del dibattimento anche quando assunti mediante ordine di indagine[184]. Dunque, l'art. 512-*bis* c.p.p. subordina la lettura – e la conseguente utilizzabilità dei verbali – all'oggettiva impossibilità dell'esame dibattimentale del dichiarante, ossia tutte le volte in cui vi sia stata la regolare ed infruttuosa citazione della persona interessata nel giudizio italiano e dunque l'assoluta impossibilità dell'esame dibattimentale ha portato alla rinuncia del metodo dialettico, come richiesto dall'art. 111 comma 5 Cost. E questo spiega la specifica esclusione dell'operatività della disposizione con riguardo all'incidente probatorio: tali requisiti non valgono in relazione a tutti quei verbali che siano stati assunti all'estero con un metodo equiparabile a quello *ex* 392 c.p.p., poiché, essendo dichiarazioni formatesi in contraddittorio, nulla ne vieta il legittimo uso probatorio in un processo italiano.
In definitiva, concorrono a formare il fascicolo del dibattimento gli atti garantiti e gli atti irripetibili raccolti attraverso il nuovo strumento di cooperazione nonché i verbali degli atti ripetibili rispetto "ai quali i difensori sono stati posti in grado di assistere e di esercitare le facoltà loro consentite dalla legge italiana"[185].

Alla luce di questa evoluzione, si pone il quesito circa le ricadute sulle discipline nazionali in tema di ammissione ed acquisizione probatoria: la risposta è necessariamente ambigua. Come esposto dalla dottrina, militano due orientamenti contrapposti[186]. Il primo ritiene che il nuovo assetto normativo non provochi delle conseguenze immediate sul tema così come disciplinato dai singoli ordinamenti domestici sulla base del fatto che la Direttiva OEI, tacitamente, accorda agli Stati l'appannaggio esclusivo in tema di emanazione di regole di ammissione e di acquisizione. Si conclude dunque che nessuno Stato membro è gravato dall'onere di modificare le proprie previsioni in materia

[184] Relazione illustrativa, *cit.*, p.20.
[185] Art. 36 comma 1 lett. *b* d.lgs. n. 108/2017.
[186] M. CAIANIELLO, *L'OEI dalla direttiva al decreto n. 108 del 2017*, *cit.*, p. 41 e ss.

probatoria per garantire un'efficace attuazione del nuovo *corpus* normativo introdotto dall'OEI, al solo fine di facilitare la cooperazione giudiziaria. In opposizione, il secondo orientamento, partendo dalla asserita valorizzazione della *lex fori*, non esclude le possibili ricadute interne in sede di formazione e successivo ingresso delle prove nell'ordinamento. Anzi, ritiene che la disciplina interna sia tenuta a cedere di fronte alle prescrizioni impartite dallo Stato di emissione, modificandosi ed adattandosi ad esse. Ciononostante, si ritiene preferibile la prima di queste due tesi, poiché la Direttiva, lungi dall'operare sul terreno della *law of evidence*, ha come scopo l'intensificazione della cooperazione giudiziaria tra gli Stati membri, nonché fornire una regolamentazione comune in tema di approvvigionamento probatorio e di circolazione delle prove e degli elementi di indagine[187], e non anche quello di incidere direttamente sulle singole legislazioni nazionali.

Nonostante la generale timidezza della Direttiva OEI sul tema, ciò non significa che le norme eurounitarie siano del tutto agnostiche al riguardo, tanto che infatti è possibile distinguere tra regole di esclusione implicite ed esplicite[188].

La prima delle due categorie consiste nella previsione di alcune regole di inutilizzabilità tacite che si ricavano dall'analisi della Direttiva stessa. Vi rientrano sicuramente le sanzioni di inutilizzabilità delle prove acquisite in violazione dei requisiti nazionali di ammissibilità: ossia dei requisiti che afferiscono l'*an* delle operazioni istruttorie, generalmente rinvenibili nelle previsioni poste a tutela della sfera dei diritti fondamentali della persona in rapporto agli atti probatori. In Italia sono previste delle regole piuttosto stringenti in relazione a tutti quegli strumenti in grado di interferire con il diritto alla riservatezza, come avviene nel caso delle perquisizioni e nei conseguenti sequestri, o con il diritto di difesa ed al contraddittorio, nel caso di divieto di testimonianza di determinati soggetti ovvero della facoltà di non deporre del

[187] *Ibidem.*
[188] M. DANIELE, *La sfera d'uso delle prove raccolte*, *cit.*, p. 182 e ss.

dichiarante. L'art. 6 par. 1 Direttiva OEI è categorico nel richiedere il rispetto di tali regole quando siano previste dalla *lex fori*. Non lo è altrettanto l'art. 27 d.lgs. n. 108/2017 – concernente l'emissione dell'ordine di indagine da parte dell'autorità giudiziaria italiana – che invece si limita a prescrivere che l'ordine venga emesso dal pubblico ministero o dal giudice "nell'ambito delle rispettive attribuzioni", senza specificatamente richiedere il rispetto di altri requisiti di ammissibilità imposti nell'ordinamento italiano[189]. Quest'impostazione tuttavia non deve stupire se si pensa che il decreto debba essere letto congiuntamente alla Direttiva che, all'art. 6 ("Condizioni di emissione e trasmissione di un OEI"), si esprime in termini sufficientemente precisi tanto da potersi ritenere dotata di efficacia diretta negli ordinamenti nazionali qualora dette prescrizioni fossero disattese in sede di attuazione da parte degli Stati membri[190]. Il che significa che ogni prova assunta in violazione dei requisiti di ammissibilità della *lex fori*, ancorché non specificatamente richiamati dalla disciplina di attuazione interna, sarebbe comunque dichiarata inutilizzabile, non solo con riferimento alla decisione di merito, ma anche a qualsiasi altra decisione endoprocessuale (ad es. misura cautelare). Specificatamente, in Italia, opererebbe la disciplina prevista all'art. 191 c.p.p. ("Prove illegittimamente acquisite") nei casi in cui l'assunzione della prova postuli la violazione di un divieto stabilito dalla legge domestica.

Ancora, nella categoria delle regole di esclusione implicite vi rientrano anche quelle afferenti alla cd. trasmissione informale, ossia tutte quelle volte in cui la prova allogena venga assunta al di fuori – e si potrebbe dire, eludendo[191] – la

---

[189] Come si legge nella Relazione illustrativa apprestata dal Governo, "l'ordine è emesso per il compimento di un atto o l'assunzione di una prova alle condizioni stabilite dalla legge italiana, così scongiurando ogni pericolo che si vogliano aggirare tramite l'OEI limiti o vincoli posti dal diritto interno", p. 18.

[190] Come statuito dalla Corte di Giustizia UE (C. giust. UE, 19 gennaio 1982, causa C-8/81, caso Becker), una direttiva ha efficacia diretta quando le sue disposizioni sono incondizionate e sufficientemente chiare e precise e quando il paese dell'UE non abbia recepito la direttiva entro il termine. Tuttavia, l'efficacia diretta può avere soltanto carattere verticale; i paesi dell'UE sono tenuti ad attuare le direttive ma esse non possono essere fatte valere da un paese dell'UE nei confronti di un privato

[191] Questa pratica spesso nascondeva accordi tra le autorità giudiziarie volti ad evitare l'osservanza delle forme previste dagli atti sovranazionali, seconda una distorta logica efficientista. In tal senso, G. Melillo, *Tecniche investigative speciali e squadre investigative comuni*, in G. Illuminati (a cura di), *Prova penale e Unione europea*, Bononia University Press, 2009, p. 103.

disciplina OEI. Prima della Direttiva, l'utilizzabilità di queste prove era ammessa purché fossero oggetto di una trasmissione spontanea dell'autorità straniera, così come veniva anche avallato dalla citata Convenzione di Bruxelles[192]. Ad oggi questa pratica è vietata, come si evince chiaramente dalla Direttiva che ammette l'approvvigionamento anche delle "prove già in possesso"[193] dell'autorità di esecuzione, ossia tutte quelle prove già autonomamente raccolte per un procedimento interno. In ogni caso, la piena utilizzabilità della prova precostituita, e dunque il suo conseguente impiego in dibattimento, è ulteriormente condizionata da quanto previsto all'art. 78 disp. att. c.p.p.[194], il quale al comma 1 richiede che la documentazione degli atti di un procedimento penale straniero vada acquisita a norma dell'art. 238 c.p.p. che disciplina l'incidente probatorio, al fine di consentire il trasferimento di tutte quelle prove che siano state formate nel rispetto delle garanzie previste nel nostro ordinamento. Tuttavia, se già la circolazione della prova costituisce una fonte di inconvenienti a livello interno[195], le difficoltà in materia sono destinate a peggiorare nel contesto di un procedimento straniero che si muove sulla base di principi e garanzie presumibilmente diversi da quelli italiani. Pertanto, affinché si riesca a disciplinare l'ingresso della prova allogena nei processi nazionali, sarà necessario che anche le disposizioni di cui all'art. 238 c.p.p. vengano interpretate alla luce del principio di proporzione. Se ne deduce che, per dichiarare l'utilizzabilità della prova, non è richiesto il rispetto pedissequo di tutte le regole stabilite dalla disciplina italiana, bensì è sufficiente che queste siano state assunte in un contesto dialettico.

Dall'analisi comparata degli ordinamenti di altri Paesi dell'Unione emerge la circostanza che, anche in questi casi, di rado si trovino delle specificazioni in

---

[192] Art. 7 par. 1 della Convenzione, rubricato "Scambio spontaneo di informazioni": "Nei limiti previsti dal diritto interno, le autorità competenti degli Stati membri possono procedere ad uno scambio di informazioni, senza che sia presentata una richiesta a tal fine, relative a reati, nonché ad infrazioni a norme di diritto di cui all'articolo 3, paragrafo 1, perseguibili da parte dell'autorità destinataria al momento della trasmissione delle informazioni".

[193] *Considerando* 7 e artt. 1 par. 1, 10 par. 2 lett. *a* Direttiva OEI. Allo stesso modo anche il d. lgs. n. 108/2017 agli artt. 2 comma 1 lett. *a*, 9 comma 5 lett. *a*.

[194] D.lgs. 28 luglio 1989, n. 271 – Norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale.

[195] M. DANIELE, *La sfera d'uso delle prove raccolte*, *cit.*, p. 195 e ss.

merito all'utilizzabilità del dato probatorio. Un caso particolare è rappresentato dal Regno Unito: la legge di attuazione[196] della Direttiva OEI prevede espressamente che la *evidence obtained*, può essere utilizzata o divulgata limitatamente alle indagini o ai procedimenti sulla base dei quali l'ordine è stato emesso o eseguito, salvo la possibilità di utilizzarlo per altri motivi con il consenso dello Stato nel quale la prova è stata raccolta. Inoltre, è prevista l'ulteriore specificazione che in Scozia la prova potrebbe essere ricevuta anche senza che la stessa sia stata *witnessed* (vale a dire, giurata) da un testimone, purché questo non provochi un pregiudizio ad una delle parti[197].

Quanto alla categoria delle regole di esclusione esplicite, altre sanzioni di inutilizzabilità sono previste espressamente dagli ordinamenti nazionali – e in alcuni casi anche dalla Direttiva stessa – ed afferiscono principalmente alle prove acquisite tramite OEI in violazione della norme sul *quomodo* delle attività istruttorie: è il caso della disciplina italiana in tema di assunzione delle prove dichiarative qualora, ad esempio, non venga rispettato il principio del contraddittorio nella formazione della prova.

Nel decreto legislativo in esame, in armonia con quanto disposto all'art. 9 par. 2 Direttiva OEI, indicazioni normative sono rinvenibili negli artt. 3 e 4 commi 2 e 4, rispettivamente in tema di protezione dei dati personali, per i quali si legge che nella sequenza procedimentale di emissione ed esecuzione dell'ordine deve essere garantito il rispetto delle norme poste a tutela del trattamento dei dati giudiziari, in ossequio alla disciplina dell'Unione europea e alle Convenzioni del Consiglio di Europa[198]; e in tema di rispetto dei principi dell'ordinamento giuridico italiano e tutela del diritto della difesa.

Tuttavia, a ben vedere, si tratta di disposizioni piuttosto vaghe e ambigue, che potrebbero facilmente prestarsi a letture filo-domestiche, snaturando la portata della disciplina eurounitaria. A tal proposito si pone dunque il problema di

---

[196] *Law 2017 No. 730*, entrata in vigore il 31 luglio 2017, *http//legislation.gov.uk.*

[197] Art. 12 comma 2 *Law 2017 No. 730*: "*The evidence obtained (a) may be used or disclosed for the purposes of the investigation or proceedings in relation to which the order was made or validated; (b) may not be used or disclosed for any other purpose, without the consent of the participating State from which it was obtained. In Scotland, the evidence may be received in evidence without being sworn to by a witness, so far as that may be done without unfairness to either party*".

[198] Convenzione del Consiglio d'Europa del 28 gennaio 1981, n. 108.

stabilire se ogni tipo di deviazione rispetto alle modalità richieste dell'autorità di emissione possa provocare una sanzione di inutilizzabilità o se, invece, ciò avviene solo in alcuni casi.

La risposta a questo quesito si ricava dalla generale regola di esclusione sancita per le rogatorie di cui all'art. 729 comma 2 c.p.p., così come novellato dal d.lgs. n. 149 del 3 ottobre 2017, che prevede l'inutilizzabilità delle prove raccolte da uno Stato estero in esecuzione di una richiesta di assistenza giudiziaria, quando le modalità differiscano rispetto a quelle previste dalla legge italiana, circoscrivendo in questo modo le scelte discrezionali dell'autorità italiana[199]. Tuttavia, si potrebbe obiettare che questa disciplina, essendo connotata da carattere di specialità, sarebbe insuscettibile di applicazione analogica al di fuori del ristretto ambito per il quale essa è prevista. In realtà, non si deve dimenticare che l'ordine investigativo è destinato a sostituire il tradizionale meccanismo delle rogatorie[200], tanto da poter ammettere l'estensione della disciplina *ex* art. 729 c.p.p. anche in tale materia: come è stato affermato dalla dottrina, infatti, in quest'ottica la Direttiva avrebbe come "effetto di rivitalizzare l'inutilizzabilità"[201] prevista dall'art. 729 comma 1 c.p.p. In ogni caso, si tratta di inutilizzabilità di tipo discrezionale, diversa dai divieti probatori a struttura rigida normalmente previsti dal nostro sistema.

Un esempio di divieto probatorio testualmente statuito dalla Direttiva che discende espressamente dall'inosservanza della *lex loci* concerne i risultati delle intercettazioni effettuate senza l'assistenza tecnica dello Stato straniero in cui si trova il dispositivo o il sistema da intercettare. In questo caso, infatti, la normativa interna proietta i suoi effetti anche nello Stato di emissione costituendo, nel caso italiano, un'applicazione del principio appena menzionato all'art. 729 comma 1 c.p.p. secondo cui l'autorità giudiziaria italiana è da

---

[199] Art. 729 comma 2 c.p.p., rubricato "Utilizzabilità degli atti assunti per rogatoria": "Se lo Stato estero dà esecuzione alla richiesta di assistenza con modalità diverse da quelle indicate dall'autorità giudiziaria ai sensi dell'art. 727 comma 9, gli atti compiuti sono inutilizzabili sono nei casi in cui l'inutilizzabilità è prevista dalla legge".

[200] Art. 34 par. 1 Direttiva OEI.

[201] M. DANIELE, *La metamorfosi del diritto delle prove nella direttiva sull'ordine europeo di indagine*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, 4, p. 98.

ritenersi vincolata al rispetto delle eventuali condizioni di utilizzabilità degli atti richiesti imposte dallo Stato membro.

Ciononostante, questa disciplina è necessaria ma non sufficiente a delineare i requisiti di inutilizzabilità. In tal senso viene nuovamente in soccorso il principio di proporzione di cui all'art. 7 d.lgs. n. 108/2017, alla luce del quale deve svolgersi l'interpretazione e l'applicazione delle norme sull'OEI, comprese quelle in materia di fruizione del prodotto probatorio. Da qui deriva il sistema di esclusione proporzionata, già citato: trattandosi di un criterio "dai connotati irrimediabilmente elastici"[202], in questo contesto entra in gioco il ruolo della giurisprudenza che sarà tenuta a tracciarne i confini, dichiarando l'utilizzabilità – o meno – di ciascuna prova caso per caso. Peraltro, questa impostazione risulta compatibile con l'ordinamento italiano, in particolare con il principio di legalità processuale, costituzionalmente previsto agli artt. 111 comma 1 e 102 comma 2 Cost., poiché concede ai giudici margini di discrezionalità, ancorché circoscritti. Questi ultimi, infatti, saranno tenuti a svolgere "un accertamento – debitamente motivato – delle circostanze concrete capaci di giustificare la sostituzione delle misure istruttorie della *lex fori* con quelle previste dalla *lex loci* o dalla normativa eurounitaria"[203], decisioni che solo se si ripetessero uguali a se stesse nel tempo, sarebbero in grado di costruire potenzialmente dei canoni di utilizzabilità prevedibili *ex ante*.

Questo però non basta. Infatti, seppur detto controllo sia strumentale ad assicurare un livello più alto di tutela dei diritti, di contro non è ancora sufficiente per scongiurare un'applicazione indebita della legge del foro esecutore, in ragione dell'affidamento allo Stato richiesto del controllo di proporzionalità. A questo panorama, già di per sé frammentato, si aggiunga che, sulla base di una risalente, seppur parzialmente superata, giurisprudenza dei giudici della Corte di giustizia dell'Unione europea[204], le più elevate garanzie costituzionali potranno essere invocate solo a condizione che non pregiudichino

---

[202] M. DANIELE, *La sfera d'uso delle prove raccolte*, *cit.*, p. 191.
[203] *Ibidem*.
[204] Il riferimento è in particolare all'orientamento giurisprudenziale scaturito dalla sentenza Melloni (C. giust. UE, Grande Sezione, 26 febbraio 2013, causa C-399/11), *http//eur-lex.europa.eu*.

il primato del diritto eurounitario, in chiaro contrasto con quanto previsto all'art. 82 par. 2 TFUE in forza del quale le norme minime dell'Unione non possono mai impedire agli Stati membri la possibilità di introdurre un *surplus* di tutela delle persone. Questa lettura è dunque suscettibile di provocare un livellamento verso il basso delle garanzie nonché un arretramento di quelle eventualmente già previste negli ordinamenti nazionali, come accade nel nostro ordinamento, per esempio in tema di intercettazioni.

Di certo c'è che, in questa prospettiva, il giudice perde gradualmente il suo ruolo di custode della legge per diventare un "tutore dei diritti fondamentali individuali, esercente un potere sanzionatorio delegato in bianco, genericamente ancorato alla tutela effettiva dei diritti, piuttosto che a rigidi criteri, normativamente predeterminati"[205]. L'asse del controllo giurisdizionale, ivi compreso quello del giudice italiano, si sposta da un sistema incentrato sul concetto di fattispecie probatoria rigida – con la relativa nozione positiva di inutilizzabilità – ad uno connotato da parametri fluidi che prescinde dall'effettiva deviazione dallo schema tipico ma che si rifà quasi esclusivamente al caso concreto. Dunque, nel caso di violazione della disciplina in materia, il giudice è chiamato, non tanto a valutare il concreto scostamento dell'atto dall'articolato normativo di riferimento, quanto piuttosto a verificare l'attuale capacità dell'atto probatorio di incidere negativamente sul corretto svolgimento del *procès équitable*, sulla base di uno schema "non più edificato a piramide con la legge parlamentare al vertice, ma strutturato a rete, nel quale le norme vengono enucleate caso per caso attraverso il dialogo fra le corti supreme nazionali e sovranazionali"[206]. In definitiva, è ipotizzabile che il giudice prediliga una lettura eurounitaria che valorizzi la legge del foro emittente, purché quest'ultima non agisca in modo da inficiare l'equità del processo.

---

[205] R. DEL COCO, *Ordine europeo di indagine e poteri sanzionatori del giudice*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, p. 14 e ss.

[206] M. DANIELE, *La triangolazione delle garanzie processuali fra diritto dell'Unione europea, Cedu, e sistemi nazionali*, *cit.*, p. 3.

2. Il ruolo della difesa nel sistema OEI così come recepito dal d.lgs. n. 108/ 2017.

Definiti come "diritti in filigrana"[207], i diritti della difesa sembrano stagliarsi sullo sfondo del nuovo sistema OEI, a causa della realizzazione di norme tendenzialmente efficientiste volte al "miglioramento della cooperazione giudiziaria in chiave repressiva e preventiva, o meglio nell'ottica dell'efficienza disgiunta dall'interesse per una legislazione garantista"[208]. La Direttiva OEI richiama, in più di un'occasione, l'importanza del rispetto dei diritti difensivi e della presunzione d'innocenza quali "capisaldi"[209] del settore della giustizia penale, riconosciuti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (art. 48 CDFUE), dai Trattati dell'Unione e dagli accordi internazionali, prima fra tutti la CEDU, nonché richiede espressamente di tenere conto delle direttive riguardanti i diritti procedurali nei procedimenti penali (*Considerando* n. 15[210]). Ebbene, nonostante ciò, dalla Direttiva sembrano trasparire per lo più enunciazioni di principio poiché in realtà nelle norme più squisitamente procedurali non si ravvisa la stessa attenzione al tema.

2.1. L'OEI difensivo e la mancata parità tra accusa e difesa.

La Direttiva OEI attribuisce all'indagato ed al suo difensore la legittimazione ad agire per l'emissione di un ordine europeo di indagine "nel quadro dei diritti della difesa applicabili conformemente al diritto e alla procedura penale nazionale" (art. 1 par. 3). Ritenuta – nonostante tutto – una vera e propria innovazione nel quadro della cooperazione giudiziaria transnazionale[211], il

---

[207] E. LORENZETTO, *I diritti della difesa nelle dinamiche dell'ordine europeo di indagine penale*, in *La nuova cooperazione giudiziaria penale*, a cura di M. R. Marchetti e E. Selvaggi, Cedam, 2018, p. 337 e ss. Con questa espressione l'A. sottolinea che, dalla lettura complessiva della Direttiva 41, i diritti difensivi rimangano sullo sfondo della disciplina, nel senso che "affiorano enunciazioni per lo più di principio" trattandosi di "norme prive di istruzioni per l'uso".

[208] O. MAZZA, *Presunzione d'innocenza e diritto di difesa*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 12, p. 1403.

[209] *Considerando* n. 12 Direttiva OEI.

[210] Si fa specifico riferimento a: la direttiva 2010/64/UE, sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali; la direttiva 2012/13/UE, sul diritto all'informazione nei procedimenti penali; la direttiva 2013/48/UE, il diritto al difensore e a comunicare con terzi e autorità consolari in caso di privazione della libertà personale.

[211] In tal senso Circolare ministeriale *cit.*, p. 47 e M. CAIANIELLO, *L'OEI dalla direttiva al decreto n. 108 del 2017*, in *L'ordine europeo di indagine penale*, *cit.*, p. 33 nonché R. BELFIORE, *Su alcuni aspetti del decreto di attuazione dell'ordine europeo di indagine*, in *Cass. pen.*, 2018, 1, p. 407.

decreto attuativo traduce questa disposizione all'art. 31 riconoscendo al difensore della persona sottoposta alle indagini, dell'imputato e del destinatario di una misura di prevenzione, di richiedere l'emissione di un ordine di indagine all'autorità giudiziaria, il pubblico ministero o il giudice, a seconda della fase procedimentale. La richiesta dovrà contenere, a pena di inammissibilità, l'indicazione dell'atto che si intende assumere all'estero nonché i motivi che ne giustificano il compimento o l'assunzione. In caso di rigetto, il pubblico ministero provvede con decreto motivato o, negli altri casi, il giudice con ordinanza resa in contraddittorio. Nel caso in cui la richiesta abbia ad oggetto un provvedimento di sequestro si applica l'art. 368 c.p.p. ("Provvedimenti del giudice sulla richiesta di sequestro") che prevede specificatamente l'intervento del giudice per le indagini preliminari, previo parere trasmesso dal pubblico ministero circa il rifiuto di procedere a sequestro. Peraltro, anche la previsione di un decreto motivato in caso di rifiuto, ha una sua precisa rilevanza nella sequela processuale: ancorché l'ordine difensivo non sia finalizzato a consentire una qualsivoglia forma di impugnazione, permette tuttavia di far valere l'eventuale mancanza di giustificazione del rifiuto.

Come si evince dalla Relazione illustrativa, la previsione dell'OEI difensivo è perfettamente in armonia con la legislazione nazionale poiché "l'ordinamento riconosce che la difesa possa avanzare richieste istruttorie all' autorità giudiziaria anche nella fase delle indagini preliminari"[212]. Il Governo ha dunque cercato di riconoscere le più ampie facoltà di difesa, pur sempre nel rispetto della Direttiva che non prevede la possibilità per il difensore dell'indagato o dell'imputato di presentare istanza direttamente all'autorità giudiziaria di un altro Stato membro richiedendo l'esecuzione dell'atto istruttorio, potendosi invece rivolgere solo all'autorità giudiziaria del Paese nel quale si trova con l'aggiunta che quest'ultima non è in alcun modo vincolata a dare seguito all'istanza.

Le investigazioni transnazionali difensive sembrano escluse dall'operatività della Direttiva, in quanto il difensore non assume un autonomo potere di

[212] Relazione illustrativa, *cit.*, p. 19.

iniziativa: il potere di emissione e di esecuzione è in ogni caso riservato all'autorità giudiziaria, perciò la facoltà riconosciuta al difensore di avanzare una richiesta di OEI risulta ancora ispirata al modello della cd. "canalizzazione"[213] dell'atto verso le autorità pubbliche che sortisce "l'effetto di obbligare la difesa a scoprire le proprie carte"[214]. Inoltre, non viene riconosciuto al difensore un proprio diritto a partecipare all'esecuzione dell'ordine: tale eventualità sarebbe ammissibile solo se espressamente prevista dalla *lex fori* e sia comunque compatibile con i principi dell'ordinamento dello Stato richiesto.

Malgrado quanto esposto sinora, l'articolato normativo (tanto della Direttiva quanto del decreto) ancora non sembra soddisfacente per assicurare la "parità delle armi"[215] tra accusa e difesa, sulla base del fatto che l'approvvigionamento probatorio all'interno dell'Unione europea resta ancora di esclusivo appannaggio delle autorità inquirenti e a poco vale la previsione dell'emissione di un ordine di indagine su impulso della difesa, stanti i limiti e le condizioni alle quali è sottoposto, soprattutto se si considera che il pubblico ministero è, invece, titolare di un potere diretto di emissione.

La difesa è gravata da "una condizione di posticipazione logica e cronologica rispetto all'accusa"[216], prima di tutto di tipo informativo: la difesa non è conoscenza degli elementi già eventualmente raccolti dall'accusa, restando al di fuori delle interlocuzioni che avvengono tra le autorità in sede in investigazioni transnazionali. È evidente che l'imputato in un processo transnazionale si trovi in una posizione gravemente svantaggiata: "*punctum*

---

[213] Termine utilizzato da M. CAIANIELLO, in *L'OEI dalla direttiva al decreto n. 108 del 2017*, *cit.*, p.33, a sua volta ricavato dalla sentenza Cass., Sez. VI, 18/08/1992, n. 3066, in materia di indagini difensive svolte sul territorio nazionale: "[...] il pubblico ministero è deputato al ruolo di titolare esclusivo delle indagini necessarie per le determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale, comprese le indagini su fatti e circostanze a favore della persona indagata. [...] ne deriva che tutti i dati utili devono essere canalizzati sul pubblico ministero ivi comprese le informazioni acquisite (direttamente o anche a mezzo di sostituti, consulenti tecnici od investigatori privati autorizzati) dai difensori".

[214] R. E. KOSTORIS, *Ordine di investigazione europeo e tutela dei diritti fondamentali*, *cit.*, p. 1444.

[215] Tra gli altri, G. ILLUMINATI, in *Prove penali transnazionali e diritti fondamentali nell'Unione europea*, inedito, 2019.

[216] F. M. GRIFANTINI, *Ordine europeo di indagine penale e investigazioni difensive*, in *Proc. pen. e gius.*, 2016, 6, p. 6.

dolens della questione è rappresentato dall'inadeguatezza della *disclosure*, cioè della possibilità per la difesa di avere contezza degli elementi a carico raccolti da chi conduce le indagini"[217]. A scompensare ulteriormente il rapporto dialettico tra accusa e difesa, si aggiunge l'aggravante relativa alla circostanza che il difensore, qualora decidesse di avvalersi di un OEI difensivo, sarà sempre costretto a svelare anticipatamente la propria strategia con il rischio di orientare (a suo discapito) le mosse dell'autorità inquirente, senza considerare che il difensore dovrebbe già avere cognizione dell'esistenza di prove all'estero meritevoli di essere raccolte, circostanza piuttosto difficile dati i canali informativi di cui può godere un privato. Diversamente, le interlocuzioni tra le autorità consentono di realizzare una sorta di "*cherry picking*"[218], cioè di scegliere solo quegli elementi che possono essere utili all'incriminazione dell'imputato. Sarebbe stato altresì possibile interpolare il nuovo strumento con le norme già previste in materia, prima fra tutte la Direttiva 2013/48/UE sul diritto al difensore e a comunicare con terzi e autorità consolari in caso di privazione della libertà personale[219]. Quest'ultimo provvedimento si pone alla fine di un percorso di rafforzamento dei diritti della persona sottoposto a processo: le due tappe precedenti sono la Direttiva 2010/64/UE sulla traduzione ed interpretazione nei procedimenti penali e la Direttiva 2012/13/UE relativa al diritto all'informazione nei procedimenti penali. In estrema sintesi, le tre direttive appena menzionate si rifanno a quanto previsto all'art. 82 par. 2 TUE ravvisando, nei diritti della persona nella procedura penale, un terreno fertile per la creazione di quelle "norme minime" a cui si dedica la disposizione da

---

[217] T. ALESCI, *Le garanzie difensive e il ruolo del difensore nello spazio giudiziario europeo alla luce della direttiva sull'OEI*, in *L'ordine europeo di indagine – criticità e prospettive*, T. Bene, L. Luparia, L. Marafioti (a cura di), Giappichelli Editore – Torino, 2016, p.106.

[218] M. CAIANIELLO, *La nuova direttiva Ue sull'ordine europeo di indagine penale*, *cit.*, p. 9, che, secondo l'A. si sostanzia nell'attività di "scegliere, fior da fiore, gli elementi utili al perseguimento dell'imputato nell'alveo di un ben più vasto insieme di notizie, destinate a rimanere sempre nella disponibilità – e nella segreta custodia – degli inquirenti di altro ordinamento che si pongono in collaborazione spontaneo con chi procede".

[219] La Direttiva 2013/48/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 ottobre 2013 relativa al diritto di avvalersi di un difensore nel procedimento penale e nel procedimento di esecuzione di un mandato di arresto europeo, al diritto di informare un terzo al momento della privazione della libertà personale e al diritto delle persone private della libertà personale di comunicare con terzi e con le autorità consolari. Ancorché richiamata nel *Considerando* n. 15 Direttiva OEI, non sono ulteriormente specificate le effettive modalità di interpolazione tra i due provvedimenti.

ultimo richiamata[220]. Si profila dunque un quadro generale la cui aspirazione tende a donare un contenuto pratico ai diritti della difesa e dell'indagato/imputato espressi solo in termini generali e teorici dalla Carta dei diritti dell'Unione europea e dalla CEDU, *a fortiori* se si considera la preclusione a qualsiasi forma di autodifesa che rende ancora più attuale la necessità di prevedere un adeguato apparato di tutele difensive. In particolare, la Direttiva 2013/48 introduce una clausola di non regressione (art. 14) volta ad impedire interpretazioni restrittive delle disposizioni contenute nella Direttiva in discorso al fine di assicurare un livello di protezione più elevato[221]. Tutto questo sforzo appare, tuttavia, neutralizzato – per non dire mortificato – dalla Direttiva OEI, principalmente animata da istanze securitarie e punitive.

In conclusione, per quanto pionieristico ed innovativo, inserire la facoltà di richiedere l'emissione di un ordine d'indagine da parte della difesa, non sembra sufficiente a colmare il *deficit* e le distanze che intercorrono tra le parti del procedimento. Di contro, bisogna ammettere che la Direttiva nasce con un altro scopo, ossia quello di integrare la cooperazione tra autorità giudiziarie, di implementare la fiducia tra gli Stati in un contesto delicato come quello delle indagini penali e, dunque in definitiva, compiere un ulteriore passo verso un'Unione europea sempre più integrata e "federale". Ciononostante, questa impostazione non giustifica la (quasi) totale dimenticanza di tutele nei confronti delle istanze difensive, che stanno assumendo sempre più rilevanza anche alla luce dell'intero quadro internazionale. Sono state dunque proposte in dottrina diverse soluzioni tra le quali l'istituzione di una "eurodifesa"[222], competente ad esercitare i poteri necessari nei procedimenti penale transnazionali e recuperare

---

[220] Come si evince dalla Direttiva 2013/48/UE al *Considerando* n. 7, che afferma: "A norma dell'articolo 82, paragrafo 2, TFUE è possibile stabilire norme minime applicabili negli Stati membri per facilitare il riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie e la cooperazione di polizia e giudiziaria nelle materie penali aventi dimensione transnazionale. Detto articolo indica i "diritti della persona nella procedura penale" quale uno degli ambiti in cui è possibile stabilire norme minime".

[221] F. A. BUBULA, *La direttiva 2013/48/UE sul diritto al difensore a comunicare con terzi e autorità consolari in caso di privazione della libertà*, in *Dir. pen. cont.*, 2013.

[222] L'espressione è di B. SCHUNEMANN, in *Un progetto alternativo di giustizia penale europea*, Giuffrè, Milano, 2007.

la parità di armi processuali. Questa esigenza si avverte in modo ancor più forte se si pensa alla proposta per l'istituzione della Procura europea di regolamento avanzata dalla Commissione europea nel 2013[223] poiché sorge la necessità di adeguare il ruolo del difensore alle nuove prospettive di repressione dei reati aventi natura transnazionale. Prevedendo la formazione di un Difensore europeo, dotato di strumenti e risorse, si riuscirebbe ad ovviare a tutte quelle criticità che, ad oggi, incidono sull'operato del difensore che si trovi a dover gestire un processo allogeno: sia da un punto di vista funzionale, poiché non è scontato che il legale abbia una conoscenza adeguata delle istituzioni europee, della legislazione eurounitaria e delle procedure degli altri Stati membri; sia per quel che riguarda gli aspetti più pratici concernenti le difficoltà linguistiche che potrebbero essere riscontrate[224].

Si ripresenta, dunque, anche in questo contesto, le *vexata quaestio* dell'armonizzazione tra i sistemi nazionali, che rimane sempre la prospettiva preferibile anche in materia di garanzie difensive, poiché in questo modo sarebbe possibile assicurare un egual livello di tutela a qualsiasi soggetto sottoposto a procedimento penale nel territorio dell'Unione europea, indipendentemente dall'autorità che procede nei suoi confronti, evitando il rischio, già fin troppo attuale, di "un regime a due velocità, privo di ragionevolezza"[225] e rendendo effettivo il diritto di difesa, anche per i soggetti non abbienti, che potrebbero non avere la disponibilità economica di ingaggiare uno e più difensori.

2.2. Le investigazioni difensive.

L'unico modo per il difensore di reperire informazioni e svolgere pienamente il suo ufficio sembra quello implicito al dettato dell'art. 31 d.lgs. n. 108/2017, se si accetta l'ipotesi che questa disposizione ammetta tacitamente la possibilità

---

[223] Proposta di regolamento per l'istituzione della Procura europea, del 17 luglio 2013, COM (2013) 534.

[224] T. ALESCI, *Le garanzie difensive e il ruolo del difensore nello spazio giudiziario europeo*, *cit.*, p. 114.

[225] D. CIMADOMO, *Ordine europeo di indagine penale e garanzie della difesa. Brevi osservazioni a margine della direttiva 2014/48/UE*, in *L'ordine europeo di indagine – criticità e prospettive*, *cit.*, p. 226.

per il difensore di reperire informazioni o dichiarazioni da parte delle persone informate sui fatti, alla stregua degli artt. 391-*bis* e *ter* c.p.p., salve le ipotesi per le quali occorre un'autorizzazione giudiziaria. Questa conclusione è inevitabile se si vuole – almeno parzialmente – colmare il fisiologico divario conoscitivo tra accusa e difesa. Inevitabile ma non ovvia, a ben vedere, tenuto conto del contegno silenzioso rinvenibile sia nella Direttiva OEI sia nel decreto legislativo in merito a questa categoria di disposizioni nonché della generale reticenza della giurisprudenza[226] ad ammettere questo strumento investigativo nel caso delle rogatorie, sicché la conclusione contraria potrebbe essere ritenuta valida ancora oggi. Si potrebbe argomentare infatti che l'espresso riconoscimento del potere di richiesta dell'emissione di un ordine di indagine, confermi la carenza del potere di svolgimento diretto dell'attività investigativa all'estero: si sosteneva che il difensore, non rientrando nel novero dei soggetti abilitati a richiedere una rogatoria, non potesse svolgere alcuna attività investigativa e che pertanto qualunque atto in tal senso sarebbe stato dichiarato inutilizzabile *ex* art. 729 c.p.p., rubricato "Utilizzabilità degli atti assunti in rogatoria". A discapito di queste argomentazioni, la suddetta soluzione appare oggi insostenibile[227] soprattutto alla luce della crescente sensibilità dimostrata nei confronti della difesa e della parità delle parti come base del giusto processo. A ciò si aggiunga che la rogatoria riguarda esclusivamente un soggetto pubblico che pone in essere attività di ufficio oltre i confini nazionali ed il difensore, lungi dall'essere espressione del potere statale, ma anzi operando come soggetto privato esercente un servizio di pubblica utilità, non potrebbe essere limitato nella sua azione alla stregua della disciplina rogatoriale, non solo perché fuoriesce dalla parabola applicativa ma anche perché, vale la pena ricordarlo, la disciplina OEI è destinata a soppiantare quella rogatoriale rendendo, in definitiva, il divieto a carico del difensore anacronistico ed illegittimo. La possibilità di acquisire dette informazioni all'estero è poi confermata dalla Relazione illustrativa, la quale ammette esplicitamente che "i difensori, gli investigatori privati ed i consulenti

[226] P. SPAGNOLO, *Il procedimento di emissione dell'OEI*, in *L'ordine europeo di indagine penale*, *cit.*, p. 92.
[227] F. M. GRIFANTINI, *Ordine europeo di indagine penale e investigazioni difensive*, *cit.*, p. 4.

tecnici possano recarsi all'estero per conferire con persone residenti o dimoranti in altro Stato e in grado di riferire circostanze utili ai fini dell'attività investigativa, per svolgere con le stesse colloqui non documentati (*ex* art. 391-*bis* c.p.p.) senza dover richiedere l'emissione di un OEI"[228]. Quindi si conclude che il difensore, dopo aver svolto le dovute investigazioni, possa decidere di richiedere o meno l'emissione di un ordine di indagine a seconda che questo sia o meno favorevole al suo cliente, per evitare di svelare la sua strategia investigativa nonché di incappare in risultanza probatorie a detrimento del suo assistito. Così facendo, questa attività sarà destinata a confluire nel fascicolo del difensore senza alcuna differenza tra ciò che è acquisito all'interno del territorio nazionale e ciò che è acquisito all'esterno.

Posto che il difensore sia legittimato a svolgere il suo ufficio ricorrendo a mezzi d'investigazione atipici anche all'estero, purché idonei all'accertamento dei fatti e non pregiudizievoli per la libertà morale della persona ascoltata, occorre stabilire entro quali limiti questi possa riversare i risultati delle proprie indagini nel procedimento nonché il valore che gli stessi assumeranno. In linea di massima, il difensore dovrebbe poterli utilizzare secondo lo stesso regime delle risultanze delle attività svolte in Italia, incontrando quale unico limite quello delle attività che richiedono l'intervento dell'autorità giudiziaria, circostanza che obbligherebbe il legale a richiedere l'attivazione della procedura d'ordine europeo di indagine. Una soluzione percorribile proposta in dottrina[229] sarebbe quella di nominare o fare ricorso ad un difensore *in loco*. Si tratta, tuttavia, di una proposta che cela delle insidie dovute dal fatto che il difensore 'estero' non è a conoscenza degli atti del procedimento o delle norme ad esso applicabili, ed inoltre questa soluzione dà per scontato che l'ordinamento estero ammetta le indagini difensive allo stesso modo dell'ordinamento italiano. Ciò che è certo, è il ricorso alla disciplina prevista dall'art. 391-*bis* c.p.p. ("Colloquio, ricezione di dichiarazioni e assunzione di informazioni da parte del difensore") che ammette il cd. colloquio esplorativo, ossia la facoltà per il

[228] Relazione illustrativa, *cit.*, 19.
[229] F.M. GRIFANTINI, *op. cit.*, p. 5 e G. ILLUMINATI, in *Prove penali transnazionali e diritti fondamentali nell'Unione europea*, *cit.*, p. 8.

difensore di instaurare un dialogo con una persona che si ritiene informata sui fatti. Al fine di una regolare interlocuzione, il difensore, il sostituto, gli investigatori privati autorizzati o i consulenti tecnici dovranno procedere agli avvertimenti di cui al comma 3 dell'art. 391-*bis* c.p.p.[230], la cui mancanza comporta l'inutilizzabilità delle dichiarazioni acquisite. L'acquisizione delle notizie avviene attraverso un colloquio non documentato, al quale non possono assistere la persona sottoposta alle indagini, la persona offesa o le altre parti private (commi 1 e 8). Nel caso in cui si intenda conferire con la persona sottoposta alle indagini o l'imputato in un procedimento connesso o collegato sarà necessario darne previa comunicazione almeno ventiquattro ore prima del colloquio, al fine di avvisarne il difensore la cui presenza è obbligatoria (comma 5). Si ritiene inoltre che il legale possa far uso, e siano sempre utilizzabili, dei documenti acquisiti all'estero previo consenso del detentore. Al di fuori di questi atti, tutti gli altri sono di esclusiva competenza dell'autorità giudiziaria e non potranno essere autonomamente compiuti dal difensore.

2.3. La tutela dei diritti difensivi dell'imputato nella procedura passiva.

In sede di procedura passiva, i diritti difensivi facenti capo all'imputato sono coinvolti sia nella fase di riconoscimento sia in quella di esecuzione dell'ordine di indagine. Per quanto le prove raccolte siano tese ad un utilizzo *ultra fines*, ciò non toglie che anche l'ordinamento italiano, in veste di Stato di esecuzione, abbia interesse al rispetto delle garanzie difensive, proprie di ogni processo equo, quand'anche la richiesta di escussione della prova provenga dall'estero. In questo contesto assume indubbiamente rilevanza la comunicazione del decreto di riconoscimento al difensore della persona sottoposta alle indagini, in quanto strumentale all'esercizio delle facoltà partecipative durante la materiale

[230] Art. 391-*bis* comma 3 c.p.p.: "In ogni caso, il difensore, il sostituto, gli investigatori privati autorizzati o i consulenti tecnici avvertono le persone indicate nel comma 1: a) della propria qualità e dello scopo del colloquio; b) se intendono semplicemente conferire ovvero ricevere informazioni indicando, in tal caso, le modalità e la forma di documentazione; c) dell'obbligo di dichiarare se sono sottoposte ad indagini o imputate nello stesso procedimento, in un procedimento connesso o per un reato collegato; d) della facoltà di rispondere o di non rendere la dichiarazione; e) del divieto di rivelare le domande eventualmente formulate dalla polizia giudiziaria o dal pubblico ministero e le risposte date; f) delle responsabilità penali conseguenti alla falsa dichiarazione".

esecuzione dell'operazione di escussione della prova. Questo aspetto trova conferma nella cadenza temporale prescritta per l'informativa in rapporto all'atto richiesto che dovrà avvenire secondo le tempistiche stabilite dalla legge italiana in un caso interno analogo, ovvero al momento in cui l'atto viene compiuto o immediatamente dopo, a seconda che la legge italiana accordi o meno il diritto all'assistenza difensiva senza previo avviso.

Un esempio in cui la tardiva comunicazione dell'attività svolta abbia provocato un nocumento alla difesa consiste nel caso oggetto della sent. n. 8320/2019 emessa dalle Sezioni unite della Cassazione[231]. La Suprema Corte, infatti, afferma che, in tema di esecuzione di un ordine di indagine avente ad oggetto la richiesta di perquisizione e di sequestro ai fini della prova, "integra una violazione del diritto di difesa ai sensi dell'art. 178 comma 1 lett. *c)* cod. proc. pen., la tardiva comunicazione del decreto di riconoscimento dell'o.i.e. oltre i limiti previsti dall'art. 4 comma 4 del d.lgs. n. 108/2017"[232] poiché l'indagato ed il suo difensore non sono stati messi nella condizione di poter proporre opposizione in tempi celeri, tali da consentirgli la subitanea tutela dei propri diritti.

Oltre a derivarne una palese violazione dell'art. 4 comma 4 d.lgs. n. 108/2017 che impone il diritto del difensore ad assistere al compimento dell'atto tutte le volte in cui questo sia previsto dalla legge italiana, quest'operazione ha provocato anche un danno alla difesa stessa che non ha potuto proporre prontamente opposizione avverso il decreto di riconoscimento delle perquisizioni e dei sequestri. A queste conclusioni si è opposto il pubblico ministero affermando che la persona sottoposta alle indagini non avesse patito alcun pregiudizio, sulla scorta del fatto che il contenuto dell'ordine fosse stato integralmente riportato nel decreto di perquisizione e sequestro di modo che il

[231] Cass., S.U., 25/02/2019, n. 8320, *http//online.leggiditalia.it*. La decisione riguarda un OEI con cui l'autorità giudiziaria tedesca aveva chiesto all'Italia di compiere, tra gli altri, alcuni atti di perquisizione e successivo sequestro nei confronti di una persona indiziata di evasione fiscale. Il relativo procedimento di riconoscimento da parte dell'autorità italiana, emesso il 16 aprile 2018, era stato comunicato alla difesa solo il 28 giugno, periodo durante il quale l'accusa ha avuto modo di compiere tutte le attività richieste. La difesa non ha avuto modo, dunque, di presentare opposizione se non dopo più di un mese dall'esecuzione delle perquisizioni e dei sequestri.
[232] *Ibidem*.

destinatario dell'attività fosse pienamente consapevole della procedura nei suoi confronti e che pertanto avrebbe potuto esercitare le facoltà difensive riconosciutegli senza ostacoli. In realtà, la Suprema Corte coglie l'occasione per definire con rigore la netta distinzione, temporale e logica, tra la fase del riconoscimento dell'ordine e quella dell'esecuzione delle operazioni ivi indicate trattandosi di momenti dominati da requisiti e scopi affatto equiparabili. Inoltre, la sentenza "ha [...] il merito di ricordarci che, nel nuovo regime di raccolta transnazionale delle prove predisposto dall'Unione, il riconoscimento delle richieste istruttorie non è automatico, ma è soggetto ad un complesso di valutazioni finalizzate a preservare i principi fondamentali del diritto dello Stato di esecuzioni"[233], tra i quali sono ricomprese indubbiamente i diritti difensivi, nella fattispecie sotto forma di tempestiva contestazione da parte del difensore[234].

Se da un lato è assicurata la comunicazione del decreto di riconoscimento al difensore, di contro non è altrettanto certo quale sia il difensore a cui compete effettivamente detta comunicazione e, di conseguenza, l'esercizio della facoltà di partecipare al compimento dell'atto e di poter procedere eventualmente all'impugnazione dello stesso. Tanto la Direttiva OEI, quanto il decreto attuativo non forniscono indicazioni al riguardo, ma vi è di più: manca l'indicazione esplicita della nomina o della designazione d'ufficio di un difensore davanti all'autorità giudiziaria italiana competente per l'esecuzione. Si potrebbe dunque ipotizzare che il legale sia colui che già assiste la persona sottoposta alle indagini nel procedimento di origine, ossia il difensore straniero. Tuttavia, questa conclusione incontra dei problemi logici e pratici di non poco momento, dati dal fatto che il legale straniero deve operare in un Paese diverso dal suo di cui non conosce la lingua, le norme e le procedure.

---

[233] M. DANIELE, *Ordine europeo di indagine e ritardata comunicazione alla difesa del decreto di riconoscimento: una censura della Cassazione*, in *Dir. pen. cont.*, 2019.

[234] Questo orientamento sembra già imporsi come consolidato. Infatti un'altra sentenza della Cassazione penale (Cass., Sez. VI, 02/04/2019, n. 14413, *http//online.leggiditalia.it*) annulla senza rinvio la sentenza d'appello, stabilendo che il decreto di riconoscimento che il pubblico ministero deve emettere, *ex* art. 4 comma 4 d.lgs. n.108/2017, "è atto autonomo e distinto" rispetto ai successivi atti esecutivi, e deve essere motivato, ai sensi dell'art. 125 comma 3 c.p.p., in relazione a presupposti e limiti della procedura di cooperazione giudiziaria, sicché non ne costituisce un equipollente il decreto di sequestro probatorio, nella cui motivazione sia trasposto il contenuto dell'ordine dell'autorità straniera.

Un'altra ipotesi percorribile potrebbe essere la designazione d'ufficio del difensore realizzata dal pubblico ministero, tutte le volte in cui la presenza del legale sia richiesta dalla legge, *ex* artt. 364 e 365 c.p.p[235]. In questo caso si tratterebbe di un difensore nazionale, in grado di poter esercitare tempestivamente le opportune competenze pratiche. Nella fase successiva al riconoscimento e alla comunicazione dello stesso, è ammessa l'impugnazione tramite l'opposizione al decreto di riconoscimento, nelle ipotesi in cui venga notificato, consentendo così al destinatario del provvedimento, per il tramite del suo legale, di aprire il dibattito circa la sussistenza delle condizioni riguardanti la legittimità dell'*exequatur* o, contrariamente, evidenziando la sussistenza dei denegati motivi di rifiuto. Nonostante tutte le peculiarità del sistema al quale si rinvia (cfr. *supra* cap. II, § 2.4.), questo meccanismo recupera la garanzia giurisdizionale del contraddittorio, attivando il controllo da parte del giudice per le indagini preliminari rispetto alla valutazione già compiuta *inaudita altera parte* dal procuratore della Repubblica. Per quanto riguarda la fase dell'esecuzione nella procedura passiva, come è noto, spetta al foro emittente indicare gli aspetti esecutivi dell'attività, tra i quali quindi dovrebbero essere inclusi anche i profili connessi alla difesa. Ove così non fosse, la rilevanza riconosciuta "ai principi fondamentali del diritto dello Stato di esecuzione" (art. 9 par. 2 Direttiva OEI) non può sfuggire, tanto meno all'autorità giudiziaria italiana concludendo che, almeno nei casi che coinvolgono lo Stato italiano, sarà senz'altro incluso il diritto di difesa che gode, oltretutto, anche di rilievo costituzionale (art. 24 comma 2 Cost.). Dunque, può avvenire che, qualora l'atto non risulti proporzionato ovvero non ricorrono i presupposti richiesti dalla legge per il compimento dell'atto altrimenti richiesti in un caso interno analogo, si potrà procedere al compimento di un atto equipollente, e questa ipotesi che ricorrerà quasi sicuramente nel caso in cui, ad esempio, non vengano rispettate le garanzie partecipative che la legge italiana accorda alla difesa.

[235] E. LORENZETTO, *I diritti della difesa nelle dinamiche dell'ordine europeo di indagine penale*, *cit.*, p. 352 e ss.

2.4. La tutela dei diritti difensivi dell'imputato nella procedura attiva.

Anche sul versante della procedura attiva i diritti della difesa possono essere esaminati a seconda del momento procedimentale di riferimento. Nella fase di emissione il coinvolgimento della difesa è marginale poiché dipende strettamente dal tipo di atto per il quale si procede e dall'autorità che lo emette: nel caso sia il pubblico ministero, questi procederà *inaudita altera parte*; se invece la competenza spetta al "giudice procede" (art. 27 comma 1 d.lgs. n. 108/2017), l'ordine è emesso in contraddittorio tra le parti. Pertanto, il contributo della difesa, al di fuori di quest'ultima ipotesi, potrà esprimersi nella fase successiva all'esecuzione dell'ordine tramite impugnazione ovvero sollevando l'eccezione di inutilizzabilità dell'atto compiuto o della prova assunta all'estero in violazione delle regole interne *ex* art. 191 c.p.p.

Dunque, nel caso in cui la difesa sia coinvolta nell'esecuzione dell'ordine, la tutela può essere esercitata contestualmente all'operazione stessa sotto forma di garanzia partecipativa oppure di idonea e tempestiva informativa circa l'espletamento delle attività. Nel primo caso, il già citato art. 33 d.lgs. n. 108/2017 provvede a stabilire che l'autorità emittente italiana debba concordare con quella di esecuzione le modalità di compimento dell'atto nonché indicare i diritti e le facoltà riconosciuti dalla legge alle parti e ai difensori. Indicazione alle quali l'autorità italiana dovrebbe fare particolare attenzione dato che è nel suo interesse ottenere una risultanza probatoria che sia utilizzabile nel procedimento domestico. Nel caso di tutela immediatamente conseguente all'esecuzione dell'ordine il difensore avrà l'opportunità di esercitare il suo ufficio nei limiti in cui la *disclosure* sia ammessa dalla legge processuale interna in relazione alla tipologia dell'atto compiuto all'estero. Da ultimo, l'impugnativa si colloca in una fase successiva all'esecuzione[236]: i diritti difensivi potranno essere esercitati nelle ipotesi di OEI avente ad oggetto il sequestro ai fini della prova ed è azionabile dalla persona sottoposta alle indagini o dall'imputato, dal suo difensore o dalla persona alla quale la prova o

[236] Art. 28 d.lgs. n. 108/2017.

il bene sono stata sequestrati nonché dalla persona che avrebbe diritto alla loro restituzione possono proporre richiesta di riesame *ex* art. 324 c.p.p.

Come si è già avuto modo di menzionare, l'art. 36 d.lgs. n. 108/2017 riproduce le disposizioni di cui all'art. 431 c.p.p. e disciplina il regime di utilizzabilità degli atti compiuti e delle prove assunte all'estero. Specificatamente, per quel che interessa l'analisi in discorso, il periodo di cui alla lett. *b* del comma 1 stabilisce che verranno incluse nel fascicolo del dibattimento, tra gli altri, i verbali assunti all'estero "ai quali i difensori sono stati posti in grado di assistere e di esercitare le facoltà loro consentite dalla legge italiana", con esclusivo riferimento agli atti ripetibili. Stando al tenore letterale della disposizione, *a contrario*, emergerebbe la piena utilizzabilità dei verbali degli atti non ripetibili anche là dove, in applicazione della *lex loci*, fossero stati acquisiti senza le garanzie difensive previste dal diritto nazionale. Questa interpretazione sembrerebbe confermata dall'art. 35 del decreto, il quale prevede solamente l'obbligo per l'autorità italiana che riceve la documentazione delle attività compiute dall'autorità straniera di darne conoscenza alle parti e ai lori difensori in base alle modalità previste dalla legge nazionale[237]. Tuttavia, si giunge alla conclusione contraria dalla lettura combinata con l'art. 33 del decreto ("Indicazioni all'autorità di esecuzione") che al comma 1 stabilisce che l'autorità di emissione debba specificatamente indicare "i diritti e le facoltà riconosciuti dalla legge alle parti e ai loro difensore", di talché se ne desume un dovere in capo alle autorità giudiziarie di osservare integralmente le garanzie difensive assicurate dal nostro ordinamento pertanto si può affermare che in realtà venga introdotta una specifica forma di inutilizzabilità posta a tutela delle prerogative difensive.

Resta dunque da stabilire quale sia il contenuto di suddette garanzie. La giurisprudenza risalente, in materia di rogatorie, tendeva a comprimerle quanto più possibile pur di rispettare le indicazioni impartite dall'autorità estera[238]. Una

[237] In particolare, applicando il regime dei depositi *ex* art. 366 c.p.p., e delle *discovery* previste dagli artt. 415-*bis* comma 2 e 429 comma 2.
[238] M. DANIELE, *La sfera d'uso delle prove raccolte*, *cit.*, p. 192.

prima inversione di rotta fu registrata da una decisione della Sezione Unite della Cassazione con la quale disposero la sanzione di inutilizzabilità per tutte quelle prove raccolte in contrasto con "norme inderogabili e di ordine pubblico" [239], ancorché queste ancora non potessero essere identificate necessariamente con quelle di matrice codicistica. Riadattando questo risalente orientamento al nuovo sistema dell'OEI si desume che inizialmente spetta all'autorità italiana domandare, e pretendere, nell'ordine di indagine il rispetto di tutte le garanzie difensive applicabili al caso interno analogo, ma successivamente sarà compito del giudice stabilire quale prova 'meriti' di essere inclusa nella piattaforma probatoria, alla stregua del giudizio di proporzionalità. In definitiva, sebbene manchi una disposizione dalla reale portata vincolante, il quadro generale dovrebbe essere in grado di offrire un sufficiente, ancorché pallido, scudo alle garanzie difensive.

2.5. Il richiamo ai diritti fondamentali: dalla Direttiva OEI al d.lgs. n. 108/2017.

La Direttiva OEI rinvia in più di un'occasione al rispetto dei diritti fondamentali *in primis*, all'art. 1 par. 4 nel quale si specifica che "la presente direttiva non ha l'effetto di modificare l'obbligo di rispettare i diritti fondamentali e i principi giuridici sanciti dall'articolo 6 TUE"[240]. Anche il decreto attuativo si apre con questa indicazione di principio (art. 1 comma 1) e, più in generale, riporta quanto previsto dalla Direttiva, come accade all'art. 10 comma 1 lett. *e* d.lgs. n. 108/2017 là dove viene prevista la possibilità per lo Stato italiano di rifiutare l'esecuzione qualora la stessa comporti una violazione dei diritti fondamentali, o ancora, nel caso in cui un sacrificio ingiustificato dei diritti e delle libertà dell'imputato determini un difetto di proporzionalità dell'ordine (*ex* art. 9 comma 2 d.lgs. n. 108/2017).

Il problema si pone in merito all'individuazione del loro contenuto. L'analisi parte dal rinvio *ex* art. 1 Direttiva OEI relativo all'art. 6 TUE che a sua

[239] Cass., S.U. 25/02/2010, n. 15208, Mills, *http//online.leggiditalia.it*.
[240] *Considerando* nn. 10, 12, 18, 19, 39; art. 14 par. 2 Direttiva OEI.

volta richiama quanto tutelato dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (anche detta, Carta di Nizza) e dalla CEDU, in combinazione a quelli risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri. Dato che la Carta di Nizza contempla a sua volta una clausola di equivalenza (cfr. art. 52 comma 3[241]) tra i diritti che la stessa prevede ed i diritti CEDU, sarà necessario contemperare anche questi ultimi nel contenuto delle tutele eurounitarie quale parametro di riferimento, comprese quelle evocate nella Direttiva OEI. La tecnica suggerita dalla dottrina è quella della "triangolazione"[242] delle garanzie processuali, da intendersi come un meccanismo di bilanciamento dei diritti fondamentali contenuti nei tre sistemi richiamati (nazionale, eurounitario e CEDU) per trarre dei principi unitari e di portata generale, con lo scopo ultimo di disegnarne la parabola applicativa. L'applicazione del criterio dell'equivalenza non può prescindere, ed anzi deve essere integrato, dall'interpretazione datane dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (cd. Corte EDU): questa operazione ha favorito soprattutto l'aspetto relativo all'equità processuale ma, allo stesso tempo, ne ha reso il perimetro più labile. La dottrina sottolinea che ciò è il risultato della configurazione stessa della Corte europea, poiché somma in sé il doppio ruolo di organo nomofilattico e di giudice dei casi concreti[243]. Quest'ultima caratteristica comporta che le decisioni siano assunte sulla base delle peculiarità dell'*affaire* sottoposto al suo giudizio, con la conseguenza che si potrà giungere a conclusioni diverse per casi astrattamente simili, perché contrassegnati da elementi fattuali diversi, con la conseguenza di arrivare ad interpretazioni eventualmente differenti in merito alle stesse garanzie: aspetto che contribuisce a provocare disorientamento, nel momento in cui la vicenda giudiziaria trattata dalla Corte di Strasburgo assurga a parametro generale di riferimento per l'individuazione dei diritti fondamentali, anche in relazione al diritto dell'Unione europea.

---

[241] Art. 52 par. 3 CDFUE, rubricato "Portata dei diritti garantiti": "Laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione [...]".
[242] M. DANIELE, *La triangolazione delle garanzie processuali fra diritto dell'Unione europea, CEDU e sistemi nazionali*, *cit*., p. 4.
[243] R. E. KOSTORIS, *L'OEI nella dissolvenza tra regole e principi*, *cit.*, p. 8.

Passando ai risvolti procedurali di questa intrinseca ambiguità, la Direttiva OEI ammette che lo Stato richiesto possa rifiutare di eseguire un ordine di indagine perché considerato "incompatibile con gli obblighi dello Stato di esecuzione ai sensi dell'art. 6 TUE e della Carta [dei diritti fondamentali dell'Unione europea]"[244], la disposizione di cui all'art. 11 Direttiva richiede che ricorrano "seri motivi". Questa disposizione va letta congiuntamente al *Considerando* n. 19[245] Direttiva stessa, il quale afferma che la creazione dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia è possibile solo in presenza di due elementi: la fiducia reciproca tra gli Stati membri e la presunzione di conformità da parte tutti i componenti dell'Unione. Presunzione che è, tuttavia, relativa. Il richiamo ai seri motivi serve dunque a spiegare che non sempre qualsiasi deviazione rispetto alle tutele contenute dai diritti fondamentali può essere invocata per rifiutare l'esecuzione di un ordine, bensì solo quella che sia affetta da violazioni vistose, capaci di porre il Paese richiesto in difetto qualora procedesse all'esecuzione dell'ordine[246]. Sul piano interno la previsione è stata tradotta nell'art. 10 comma 1 lett. *e* d.lgs. n. 108/2017, con la dicitura "fondati motivi" e riceve un preciso riconoscimento normativo all'art. 696-*ter* c.p.p., che prevede la possibilità di procedere al riconoscimento o all'esecuzione della misura purché non sussistano "fondate ragioni" per ritenere che il soggetto possa subire "una grave violazione dei principi fondamentali dell'ordinamento giuridico dello Stato, dei diritti fondamentali della persona riconosciuti dall'articolo 6 del Trattato sull'Unione europea o dei diritti, delle libertà e dei principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea". La Corte di cassazione è intervenuta attribuendo alla disposizione portata generale

[244] Art. 11 par. 1 lett. *f* Direttiva OEI.
[245] *Considerando* n. 19 Direttiva OEI: "La creazione di uno Spazio di libertà, sicurezza e giustizia si fonda sulla fiducia reciproca e su una presunzione di conformità da parte di tutti gli Stati membri, al diritto dell'Unione e, in particolare, ai diritti fondamentali. Tuttavia, tale presunzione è relativa. Di conseguenza, se sussistono seri motivi per ritenere che l'esecuzione di un atto d'indagine richiesto in un OEI comporti la violazione di un diritto fondamentale e che lo Stato di esecuzione venga meno ai suoi obblighi in materia di protezione dei diritti fondamentali riconosciuti nella Carta, l'esecuzione dell'OEI dovrebbe essere rifiutata".
[246] A. MANGIARACINA, *Il procedimento di esecuzione dell'OEI e i margini nazionali di rifiuto*, in *L'ordine europeo di indagine penale*, *cit.*, p. 128 e ss.

in ragione della sua "*sedes materiae*"[247]: l'art. 696-*ter* c.p.p., infatti, è collocato tra i principi generali del mutuo riconoscimento di cui al titolo I-*bis* c.p.p., a sua volta appendice delle disposizioni di principio di cui al titolo I del Libro XI c.p.p. (rubricato "Rapporti giurisdizionali con autorità straniere"). Di conseguenza la disposizione "è in grado di irradiare i suoi effetti sull'insieme degli strumenti normativi di mutuo riconoscimento che costituiscono oggetto dei nuovi rapporti inter-giurisdizionali fra le competenti autorità degli Stati membri dell'Unione europea, ivi compresa, dunque, la nuova procedura di cooperazione basata sull'o.i.e."[248].

In definitiva, in questa sede, per cogliere il contenuto dei diritti fondamentali non si potrà che rifarsi ad una trattazione caso per caso, essendo altrimenti difficoltoso stilare a priori un catalogo gerarchico delle garanzie. Di talché è necessario recuperare il tema della triangolazione, di cui sopra. Tra le tecniche suggerite e consentite[249] dal diritto eurounitario, quella che forse si presta meglio a questa trattazione, comporta il bilanciamento degli *standard* in base al principio di proporzionalità[250], in ragione del ruolo di preminenza svolto dal criterio richiamato, vera e propria chiave di lettura dell'intera disciplina OEI. Sebbene si sia obiettato che il principio *de quo* indebolisca i diritti fondamentali intaccandone lo *status* di superiorità, poiché li pone sullo stesso piano di interessi di natura collettiva (ad es. ragioni di economia e celerità processuali), non si può non riconoscere che la proporzionalità consenta di creare una scala assiologica che trae le sue fondamenta dai diversi interessi confliggenti nel caso di specie consentendo non solo il contemperamento di tutte le esigenze, ma evitando altresì che vi sia un'ingiustificata compressione tanto dei diritti fondamentali del soggetto coinvolto nel procedimento penale, quanto delle istanze nazionali.

---

[247] Cass., Sez. VI, n. 8320/2019, *cit*.
[248] *Ibidem*.
[249] Art. 52 CDFUE.
[250] M. DANIELE, *ult. op. cit.*, p. 8 e ss. Le altre prospettate dall'A. sono: la soccombenza degli *standard* eurounitari in conflitto con la CEDU; la prevalenza degli *standard* eurounitari analoghi a quelli convenzionali in caso di precisione del diritto dell'Unione; la prevalenza degli *standard* eurounitari più garantistici degli *standard* nazionali.

2.5.1. La tutela del diritto alla privacy nel sistema OEI.

Tra i diritti non strettamente processuali ma che pur tuttavia si ritaglia un proprio spazio all'interno della dinamica giudiziaria è il diritto alla *privacy*, ossia il diritto alla protezione dei propri dati personali, con specifico riguardo a quelli della persona sottoposta alle indagini e a quelli dell'imputato, definito dalla Direttiva stessa un diritto fondamentale[251]. Stando all'articolato normativo, il trattamento dei dati è ammesso solamente laddove sia necessario e proporzionato ai fini compatibili con la prevenzione, l'indagine, l'accertamento e il perseguimento di reati o l'esecuzione di sanzioni penali e l'esercizio del diritto di difesa, con l'avvertenza che gli Stati membri, in sede di attuazione debbano prevedere "politiche trasparenti riguardo al trattamento dei dati personali e l'esercizio del diritto dell'interessato di ricorrere ai mezzi d'impugnazione per la protezione dei propri dati personali" (*ex Considerando* nn. 41 e 42). Grava in capo alle due autorità giudiziaria coinvolte, conformemente ai propri diritti nazionali, un dovere di riservatezza dei fatti e del contenuto dell'ordine, nonché delle prove raccolte o comunque delle altre informazioni reperite in costanza di esecuzione[252]. Un'ulteriore limitazione è fissata all'art. 20 Direttiva OEI[253] che riserva l'accesso alle informazioni

---

[251] *Considerando* n. 40 Direttiva OEI: "La protezione delle persone fisiche in relazione al trattamento dei dati personali è un diritto fondamentale. A norma dell'articolo 8, paragrafo 1, della Carta e dell'articolo 16, paragrafo 1, TFUE ogni persona ha diritto alla protezione dei dati di carattere personale che la riguardano".

[252] Art. 19 Direttiva OEI, Riservatezza: "1. Ciascuno Stato membro adotta le misure necessarie per assicurare che, nell'esecuzione di un OEI, l'autorità di emissione e l'autorità di esecuzione tengano debito conto della riservatezza dell'indagine. 2. L'autorità di esecuzione garantisce, conformemente al proprio diritto nazionale, la riservatezza dei fatti e del contenuto dell'OEI, salvo nella misura necessaria all'esecuzione dell'atto di indagine. Qualora l'autorità di esecuzione non possa rispettare l'obbligo di riservatezza, ne informa senza ritardo l'autorità di emissione. 3. L'autorità di emissione, conformemente al proprio diritto nazionale e salvo diversa indicazione dell'autorità di esecuzione, non divulga le prove o le informazioni fornite dall'autorità di esecuzione, a meno che tale divulgazione sia necessaria per le indagini o i procedimenti oggetto dell'OEI. 4. Ciascuno Stato membro adotta le misure necessarie per assicurare che gli istituti bancari non divulghino ai loro clienti interessati o a terzi che sono state trasmesse informazioni allo Stato di emissione a norma degli articoli 26 e 27, ovvero che è in corso un'indagine".

[253] Art. 20 Direttiva OEI, Protezione dei dati personali: "Nell'attuare la presente direttiva gli Stati membri assicurano che i dati personali siano protetti e possano essere trattati solo in conformità della decisione quadro 2008/977/GAI del Consiglio (1) e dei principi della convenzione del Consiglio d'Europa sulla protezione delle persone rispetto al trattamento automatizzato di dati di carattere personale, del 28 gennaio 1981, e relativo protocollo addizionale. L'accesso a tali dati è sottoposto a restrizioni, fatti salvi i diritti dell'interessato. Solo le persone autorizzate possono accedere a tali dati".

relative ai dati personali solo alle persone autorizzate, senza tuttavia specificare quali esse siano nonostante sia piuttosto facile intuire che si faccia riferimento ai soggetti pubblici che conducono ed eseguono le indagini, anche se una precisazione sarebbe stata comunque opportuna.

Il d.lgs. n. 108/2017 ha introiettato questa previsione all'art. 3, attraverso una disposizione piuttosto "laconica"[254], in base alla quale nel compimento delle attività relative all'emissione, alla trasmissione, al riconoscimento ed all'esecuzione dell'ordine di indagine, i dati personali devono essere trattati secondo le disposizioni legislative che regolano il trattamento dei dati giudiziari e in conformità agli atti normativi dell'Unione europea e alle Convenzioni del Consiglio d'Europa[255]. Nonostante la Direttiva innalzi il diritto alla *privacy* a diritto fondamentale, l'arsenale normativo è piuttosto scarno e questo rischia di creare problemi soprattutto in tema di accesso ai dati bancari e di intercettazioni. Un altro caso critico potrebbe essere quello relativo alla possibile utilizzazione dei dati personali ottenuti in esecuzione di un OEI afferenti ad un procedimento diverso, problematica di non poco rilievo per le ricadute sulla protezione dei dati personali.

La disciplina pecca di omogeneità, dato che la Direttiva stessa ne affida la protezione alle normative nazionali con il mero rinvio ai provvedimenti eurounitari o internazionali in materia.

3. La vittima del reato.

A fronte di una minuziosa quanto trasversale disciplina dei mezzi di prova predisposta dalla Direttiva OEI, pare invero completamente accantonata, tanto dal legislatore quanto dalla dottrina, la posizione della persona offesa dal reato. È innegabile il ruolo di preminenza che ricopre la vittima sia nella fase di impulso dell'azione penale, sia nell'apporto informativo che è in grado di fornire per la prosecuzione stessa dell'attività di repressione dei reati. Ebbene,

[254] C. MARINELLI, *Le intercettazioni di comunicazioni*, *cit.*, p. 246.
[255] Rispettivamente: decisione-quadro 2008/977/GAI del Consiglio europeo; principi della Convenzione n. 108 del 1981 del Consiglio d'Europa sulla protezione delle persone rispetto al trattamento automatizzato di dati di carattere personale, del 28 gennaio 1981, e relativo protocollo addizionale.

ciononostante, la Direttiva in esame "sembra quasi dimenticarsi dell'offeso"[256]: l'unico riferimento alla vittima nel senso interessato da questa analisi[257], compare una sola volta all'art. 10 par. 2 lett. *c*[258] in merito ad un mero aspetto procedimentale: si stabilisce che l'audizione della vittima nel territorio dello Stato di esecuzione è ammessa solo se previsto in un caso interno analogo, limitandosi quindi ad accostare la persona offesa agli altri soggetti che possono essere sottoposti all'audizione nel territorio dello Stato di esecuzione. Non è fatto alcun riferimento alle tutele ed agli strumenti di protezione di cui è titolare nel corso delle indagini e del processo. Tale dimenticanza persiste anche nel decreto di attuazione che si limita a trasporre pedissequamente quanto *supra*.

Questa impostazione stupisce. Già nell'epoca precedente al Trattato di Lisbona, la vittima è stata il primo soggetto a ricevere tutela penale nel diritto comunitario: ad aprire la strada, la decisione-quadro n. 220/2001[259]. A questa sono seguiti altri interventi del legislatore eurounitario[260] che si sono poi condensati nella Direttiva 2012/29/UE che ha sostituito la decisione-quadro menzionata ed ha predisposto un *corpus* di norme minime "in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato"[261]. La definizione di vittima, di cui all'art. 2 Direttiva 2012/29/UE, per espressa previsione normativa

---

[256] M. CAGOSSI, *Un illustre assente: la vittima del reato nell'ordine europeo di indagine penale*, in *L'ordine europeo di indagine – criticità e prospettive*, *cit.*, p. 119.

[257] La parola vittima infatti figura anche agli artt. 17 e 18 della Direttiva OEI ma con riferimento alla responsabilità penale e civile dei funzionari statali e perciò non nel senso di persona offesa dal reato nell'ambito di un procedimento per cui è necessario eseguire un OEI.

[258] Art. 10 par. 2 lett. *c* Direttiva OEI, "Ricorso a un diverso tipo di atto d'indagine": "Fatto salvo l'articolo 11, il paragrafo 1 non si applica ai seguenti atti d'indagine, che devono sempre essere disponibili in base al diritto dello Stato membro di esecuzione: [...] c) l'audizione di un testimone, di un esperto, di una vittima, di una persona sottoposta ad indagini o di un imputato o di terzi nel territorio dello Stato di esecuzione".

[259] Decisione-quadro del Consiglio del 15 marzo 2001, relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale (2001/220/GAI).

[260] Direttiva 2004/80/CE relativa all'indennizzo delle vittime del reato; risoluzione del Consiglio 2011/C 187/01 in merito ad una tabella di marcia per il rafforzamento dei diritti delle vittime nei procedimenti penale; direttiva 2011/36/UE, concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime.

[261] *Considerando* n. 67 Direttiva 2012/29/UE: "Poiché l'obiettivo della presente direttiva, vale a dire stabilire norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato, non può essere conseguito in misura sufficiente dagli Stati membri e può dunque, a motivo della portata e degli effetti potenziali, essere conseguito meglio a livello di Unione, quest'ultima può intervenire in base al principio di sussidiarietà sancito dall'articolo 5 del trattato sull'Unione europea (TUE). La presente direttiva si limita a quanto è necessario per conseguire tale obiettivo in ottemperanza al principio di proporzionalità enunciato nello stesso articolo".

contempla tanto la persona fisica che abbia patito un danno – fisico, psichico o morale – quale conseguenza diretta del reato, quanto la c.d. vittima indiretta ovvero "il familiare di una persona la cui morte è stata causata direttamente da un reato e che ha subito un danno in conseguenza della morte di tale persona"[262]. Inoltre, sinteticamente, il provvedimento riconosce alla vittima numerosi diritti in tutto la parabola processuale quali, in via meramente esemplificativa, il diritto ad essere adeguatamente informato sul proprio caso ovvero il diritto ad accedere ai servizi di assistenza e di giustizia riparativa.

Dunque, proprio alla luce di una tradizione normativa avviata e implementata in seno all'Unione europea, l'*horror vacui* provocato dalla Direttiva OEI si fa ancora più dirompente, se si considera inoltre che non vi è alcun rimando alla disciplina previgente appena citata. Ci si sarebbe inoltre aspettati che gli Stati membri, in sede di attuazione, avessero opportunamente colmato tale dimenticanza, auspicio rimasto tuttavia disatteso.

Questo vuoto normativo è indubbiamente foriero di problemi di coordinamento tra la Direttiva OEI e le discipline nazionali, ad incominciare dalla mancata previsione di qualsivoglia mezzo di informativa diretto alla vittima, diversamente da quanto dettagliatamente previsto dalla Direttiva 2012/29/UE[263]. In quest'ultimo provvedimento, l'offeso del reato ricopre una posizione primaria nella dinamica processuale, giocando un ruolo attivo ed informato nella gestione dei propri diritti e delle proprie facoltà[264]. Di opinione diversa, la parte della dottrina che ritiene complessivamente la scelta del legislatore italiano "compatibile" con il nostro sistema e "rispettosa della Direttiva 2012/29/UE, sui diritti della vittima nel procedimento penale"[265]. La

---

[262] Art. 2 par. 1 lett. *ii*, Direttiva 2012/29/UE. Vi è di più, il *Considerando* 19 sottolinea che "una persona dovrebbe essere considerata vittima indipendentemente dal fatto che l'autore del reato sia identificato, catturato, perseguito o condannato e indipendentemente dalla relazione familiare tra loro".

[263] Si fa specifico riferimento all'art. 20 Direttiva 2012/29/UE, "Diritto delle vittime alla protezione durante le indagini penali", che prevede l'audizione della persona offesa solo quando strettamente necessario, con la facoltà per quest'ultima di farsi assistere da una persona di fiducia, nonché la previsione di condizioni speciali di audizione nel caso di vittima particolarmente vulnerabile etc.

[264] Artt. 3 ("Diritto di comprendere e di essere compresi"), 6 par. 2 lett. *a* ("Diritto di ottenere informazioni sul proprio caso"), 7 ("Diritto all'interpretazione e alla traduzione") della Direttiva 2012/29/UE.

[265] M. CAIANIELLO, *L'OEI dalla direttiva al decreto n. 108 del 2017*, *cit.*, p. 34.

giustificazione attribuita a questa conclusione è da ravvisarsi nell'intento del legislatore italiano di mantenere un parallelismo con l'incidente probatorio *ex* art. 392 c.p.p., potendo l'OEI essere visto anche come procedimento incidentale che ha luogo fuori dal territorio del Paese. Ammettendo questa ipotesi, il potere di richiedere la prova anticipata spetta solo al pubblico ministero o alla difesa, rimanendo esclusi i terzi, salvo i casi di sequestro qualora siano coinvolti dei beni loro spettanti, e così si è scelto di fare anche per l'OEI.
Si tratta, tuttavia, di una conclusione non pienamente condivisibile: si potrebbe obiettare che se l'intento del legislatore fosse stato veramente quello di instaurare detto parallelismo, sarebbe rimasto quantomeno celato e inespresso, non essendo ravvisabili da nessuna parte le tracce di questa volontà. È stato sottolineato che il problema si ponga principalmente nelle fasi pre-processuali poiché in questo caso la vittima, non essendo titolare di alcun *ius postulandi*, dovrà necessariamente sollecitare il pubblico ministero, affinché si metta in moto per emettere un OEI[266]. Dunque, una volta instaurato il processo l'offeso potrebbe decidere di costituirsi parte civile, godendo così del pieno diritto alla prova *ex* art. 190 c.p.p.[267] Pertanto se ne desume che in questi casi, "il giudice dovrebbe ammettere la prova e, se l'atto fosse da compiere all'estero, non potrebbe esimersi dall'emettere l'OEI, così ponendo l'attore privato nelle stesse condizioni di accusa e difesa"[268]. Nonostante sia una conclusione meritevole di attenzione, ancora non può essere considerata pienamente soddisfacente in quanto non risolve le questioni relative alla posizione della persona offesa nella fase delle indagini, dato che sfugge secondo quali canali comunicativi dovrebbe avvenire questo genere di sollecitazione-interlocuzione.

Oltre allo squilibrio di prerogative tra difesa ed accusa, non può essere ignorato neanche quello che intercorre tra la vittima e l'imputato. È evidente che le due posizioni non sono trattate in modo omogeneo, con chiaro sfavore per la prima. Si potrebbe forse sostenere che la persona offesa possa realizzare

[266] *Ibidem*.
[267] Art. 190 comma 1 c.p.p., rubricato "Diritto alla prova": "Le prove sono ammesse a richiesta di parte".
[268] M. CAIANIELLO, *ult. op. cit.*, p. 35.

delle indagini difensive non implicanti poteri autorizzativi da parte del magistrato, così come è pacificamente ammesso (almeno nell'ordinamento italiano) per la persona indagata. Ancora, un'altra soluzione prospettata prevede il ricorso all'art. 121 c.p.p. ("Memorie e richieste delle parti") che consente alle parti e ai rispettivi difensori di presentare al giudice *a quo* memorie o richieste scritte, in ogni stato e grado del procedimento[269]. Questo richiamo, tuttavia, sarebbe solo parzialmente in grado di risolvere le suddette questioni poiché ancora una volta non si coglie il modo in cui la parte offesa sia a conoscenza, *in primis*, di un procedimento penale che riguardi la sua vicenda nonché delle modalità di accesso e di interlocuzione con l'autorità giudiziaria, non essendo ben chiaro se si debba rivolgere a quella del proprio Stato o a quella estera, affiorando così i problemi già evidenziati con riguardo al difensore dell'imputato.

In conclusione, è innegabile, allo stato dell'arte, che si debba notare una complessiva "impossibilità, per l'offeso, di interloquire sulla formazione di un atto di indagine che potrebbe rivelarsi di cruciale importanza per la sua posizione processuale all'interno dell'agone penale che lo vede, suo malgrado, protagonista"[270]. Impossibilità che non deriva da un contrasto tra le due discipline di riferimento, la Direttiva 2012/29/UE e la Direttiva OEI, ovvero dovuto da una cattiva ponderazione degli interessi e delle posizioni in ballo da parte del legislatore, quanto piuttosto dalla sua totale dimenticanza. È chiaro che la Direttiva OEI sia mossa da logiche efficientiste e di repressione, ma tale lacuna rischia di svuotare a sua volta quanto disposto dalla disciplina previgente. Vuoti che non possono che essere colmati tramite soluzioni interpretative di matrice dottrinale, quali quelle esposte, ma che al momento non sono suffragate da prese di posizione della giurisprudenza di legittimità che possano orientare questo discorso. La Direttiva 2012/29/UE continuerà a svolgere i suoi effetti, questo è evidente, e le autorità dei Paesi dell'Unione non

[269] A. CISTERNA, *Un passo importante per omologare le investigazioni Ue*, in *Guida al diritto*, 2017, 40, p. 39.
[270] M. CAGOSSI, *op. cit.*, p. 125.

potranno ignorare *tout court* il contenuto nel provvedimento. Ciononostante, un rinvio sarebbe stato opportuno al fine di escludere equivoci ed evitare di rimettere la questione al giudice, chiamato ancora una volta a pronunciarsi su aspetti procedurali che dovrebbero essere di esclusivo appannaggio del legislatore.

Conclusione

Alla luce della trattazione svolta, ciò che emerge è un quadro indubbiamente apprezzabile seppur non privo di difetti. La Direttiva OEI ha il grande pregio di introdurre uno strumento di cooperazione giudiziaria efficiente ed ampiamente condiviso dalla maggioranza degli Stati membri, il che denota un considerevole passo avanti nella realizzazione dello Spazio penale europeo. Lo stesso d.lgs. n. 108/2017 è un sintomo positivo di questa graduale accettazione dell'intervento unionale nelle politiche penali.

Ciononostante, non possono essere ignorate alcune lacune e dimenticanze dello strumento, dovute ad una complessiva timidezza e prudenza del legislatore eurounitario, chiamato ogni volta a districarsi nel contemperamento di esigenze e sistemi giuridici, a volte, profondamente diversi.

In *primis*, ciò che si rileva è il superamento del sistema delle rogatorie, ancorato all'*exequatur* delle autorità governative, che subordina l'esperibilità delle attività probatorie ad un giudizio di stampo sostanzialmente politico. L'introduzione dell'ordine europeo di indagine penale invece garantisce uno strumento uniforme e fondato su procedure prestabilite e deformalizzate, contribuendo ad implementare la certezza del diritto.

Il d.lgs. n. 108/2017 rimane complessivamente fedele alla Direttiva OEI poiché ne rispetta non solo le disposizioni ma anche lo spirito di riforma che ne è alla base: la valorizzazione del dialogo diretto tra autorità giudiziarie, coloro che materialmente svolgono e gestiscono le indagini; nonché della *confiance mutuelle* tra gli Stati membri. Tuttavia, forse proprio su quest'ultimo aspetto il sistema dell'OEI mostra i primi segni di cedimento dato che si è ancora ben lontani da una generale rapporto fiduciario tra i Paesi dell'Unione.

Ancora, un'altra pietra angolare del sistema OEI consiste nella presunzione di uniformità dei sistemi giuridici: presunzione che è, tuttavia, solo relativa. La stessa Direttiva OEI ammette e riconosce l'ineliminabile divario tra gli ordinamenti giuridici nazionali e questo spiega alcune scelte, piuttosto pallide, del legislatore eurounitario che preferisce concedere un margine di

discrezionalità a quelli nazionali, come ad esempio accade in tema di regole di utilizzabilità del prodotto probatorio. Se da un lato, l'opzione è stata quella di non intervenire con la 'scure' intromettendosi direttamente negli ordinamenti domestici, di contro, delle indicazioni di principio sarebbero state necessarie per evitare la creazione di regole probatorie differenziate e, spesso, di matrice giurisprudenziale. In Italia, il problema si affaccia più volte soprattutto in considerazione dello stampo garantista del procedimento penale, diretta conseguenza dell'aderenza al cd. sistema processuale misto e della rigida divisione delle fasi procedimentali. Le difficoltà sorgono principalmente in tema di prova dichiarativa, di intercettazioni e di rispetto del contraddittorio: istanze che il d.lgs. n. 108/2017 mira a tutelare tanto nella procedura attiva, avendo chiaramente le autorità italiane interesse alla formazione di una risultanza probatoria utilizzabile in un processo interno, quanto nella procedura passiva, non essendo comunque ammissibile un arretramento delle tutele solo in virtù di un'attività probatoria battezzata come europea.

In definitiva, da una lettura complessiva e comparata dei due provvedimenti, si evince che gli aspetti deboli della disciplina sono spesso provocati dalle mire efficientiste del legislatore eurounitario, a tal punto concentrato a creare uno strumento efficiente e uniforme da dimenticare di innestare nel nuovo sistema i già raggiunti progressi in materia di regole probatorie, di garanzie difensive nonché di tutela della vittima del reato. Compito questo, lasciato ai legislatori nazionali che comunque sono tenuti a destreggiarsi nei limiti – piuttosto angusti – del rispetto dei principi fondamentali e delle indicazioni impartite dall'autorità emittente.

La Direttiva OEI si colloca alla fine di un percorso evolutivo politico e sociale, prima ancora che normativo, che va avanti da circa vent'anni.
È auspicabile ritenere che non sarà l'ultimo tassello del *puzzle* e che, anzi, si ponga come passaggio prodromico per il compimento di ulteriori passi avanti nella creazione dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia a cui si anela. Si potrebbe ipotizzare dunque, negli anni a venire, uno novellato e migliorato

strumento probatorio che tragga le basi dal modello predisposto dall'OEI; che sia, conclusivamente, in grado di sopperire alle lacune oggi tralasciate.
Di contro – data la portata, per certi aspetti, rivoluzionaria della Direttiva OEI – bisogna rendere conto del fatto che probabilmente non sarebbe accettata con la stessa benevolenza un'operazione euro-legislativa più incisiva, che forse sarebbe stata letta come invadente, portando il legislatore dell'Unione europea a prediligere un intervento graduale, ancorché inesorabile.

Conclusivamente, ringrazio il Prof. Illuminati per l'aiuto ed i consigli nello svolgimento del lavoro e per aver coordinato questa ricerca, che ha suscitato in me un vivo interesse, lo stesso interesse che mi ha avvicinato alla Sua materia sin dalle prime lezioni.

BIBLIOGRAFIA

ALESCI T., *Le garanzie difensive e il ruolo del difensore nello spazio giudiziario europeo alla luce della direttiva sull'OEI*, in *L'ordine europeo di indagine – criticità e prospettive* (a cura di T. Bene, L. Luparia, L. Marafioti), Giappichelli Editore – Torino, 2016.

ALLEGREZZA S. e NICCOLICCHIA F., *L'acquisizione della prova e i profili transnazionali*, in *Diritto penale e società* (a cura di G. Canzo, L. Cerqua, L. Luparia), CEDAM, 2014.

AMODIO E., *Diritto di difesa e diritto alla prova nello spazio giuridico europeo*, in *Il difensore e il pubblico ministero europeo* (a cura di A. Lanzi, F. Ruggieri, L. Camaldo), CEDAM, 2002.

BARROCU G., *Le operazioni di infiltrazione*, in *La nuova cooperazione giudiziaria penale*, (a cura di M. R. Marchetti e E. Selvaggi), CEDAM, 2019.

BELFIORE R., in *Riflessioni a margine della Direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, in *Cass. pen.*, 2015, 9.

BELFIORE R., *Su alcuni aspetti del decreto di attuazione dell'ordine europeo di indagine*, in *Cass. pen.*, 2018, 1.

BELFIORE R., *Le indagini bancarie*, in *La nuova cooperazione giudiziaria penale*, (a cura di M. R. Marchetti e E. Selvaggi), CEDAM, 2019.

BIANCO F., *Mutuo riconoscimento e principio di legalità alla luce delle nuove competenze dell'Unione Europea in materia penale*, in *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona* (a cura di G. Grasso, L. Picotti, R. Sicurella), Giuffré Editore – Milano, 2011.

BOLOGNARI M., *Le videoconferenze*, in *L'Ordine Europeo di indagine penale* (a cura di M. Daniele e R. Kostoris), G. Giappichelli Editore – Torino, 2018.

BUBULA F. A., *La direttiva 2013/48/UE sul diritto al difensore a comunicare con terzi e autorità consolari in caso di privazione della libertà*, in *Dir. pen. cont.*, 2013, *https://www.penalecontemporaneo.it*.

CAGOSSI M., *Un illustre assente: la vittima del reato nell'ordine europeo di indagine penale*, in *L'ordine europeo di indagine – criticità e prospettive* (a cura di T. Bene, L. Luparia, L. Marafioti), Giappichelli Editore – Torino, 2016.

CAIANIELLO M., *Il principio di proporzionalità nel procedimento penale*, in *Dir. pen. cont.*, 2014, 34, *https://www.penalecontemporaneo.it*.

CAIANIELLO M., in *La nuova direttiva UE sull'ordine europeo di indagine penale tra mutuo riconoscimento e ammissione reciproca delle prove*, in *Proc. pen. giust.*, 2015, 3.

CAIANIELLO M., *You can't always counterbalance what you want,* in *Eur. Journ. Crime, Crim. Law Crim. Just.*, 2017, 25.

CAIANIELLO M., *L'OEI dalla direttiva al decreto n. 108 del 2017*, in *L'Ordine Europeo di indagine penale* (a cura di M. Daniele e R. Kostoris), G. Giappichelli Editore – Torino, 2018.

CAMALDO L. e CERQUA F., *La direttiva sull'ordine europeo di indagine penale: le nuove prospettive per la libera circolazione delle prove*, in *Cass. pen.*, 2014, 10.

CIMADOMO D., *Ordine europeo di indagine penale e garanzie della difesa. Brevi osservazioni a margine della direttiva 2014/48/UE*, in *L'ordine europeo*

di indagine – criticità e prospettive (a cura di T. Bene, L. Luparia, L. Marafioti), Giappichelli Editore – Torino, 2016.

CISTERNA A., *Un passo importante per omologare le investigazioni Ue*, in *Guida al diritto*, 2017, 40.

DANIELE M., *La metamorfosi del diritto delle prove nella direttiva sull'ordine europeo di indagine*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, 4, *https://www.penalecontemporaneo.it*.

DANIELE M., *L'impatto dell'ordine europeo di indagine penale sulle regole probatorie nazionali*, in *Dir. pen. cont.*, 2016, 3, *https://www.penalecontemporaneo.it*.

DANIELE M., *La triangolazione delle garanzie processuali fra diritto dell'Unione europea, Cedu e sistemi nazionali*, in *Dir. pen. cont.*, 2016, 4, *https://www.penalecontemporaneo.it*.

DANIELE M., *Formazione della prova dichiarativa*, *Manuale di procedura penale europea* (a cura di R. Kostoris), Giuffré Editore – Milano, 2017.

DANIELE M., *Ricerca e formazione della prova*, in *Manuale di procedura penale europea* (a cura di R. Kostoris), Giuffré Editore – Milano, 2017.

DANIELE M., *I chiaroscuri dell'OEI e la bussola della proporzionalità¸* in *L'Ordine Europeo di indagine penale* (a cura di M. Daniele e R. Kostoris), G. Giappichelli Editore – Torino, 2018.

DANIELE M., *L'OEI dalla direttiva al decreto n. 108 del* 2017, in *L'ordine europeo di indagine penale* (a cura di M. Daniele e R. E. Kostoris), G. Giappichelli Editore – Torino, 2018.

DANIELE M., *La sfera d'uso delle prove raccolte*, in *L'ordine europeo di indagine penale* (a cura di M. Daniele e R. E. Kostoris), G. Giappichelli Editore – Torino, 2018.

DANIELE M., *Ordine europeo di indagine e ritardata comunicazione alla difesa del decreto di riconoscimento: una censura della Cassazione*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, *https://www.penalecontemporaneo.it*.

DE AMICIS G., *Il mandato europeo di ricerca della prova: un'introduzione*, in *Cass. pen.*, 2008, 7/8.

DE AMICIS G., *Limiti e prospettive del mandato europeo di ricerca della prova*, in *Dir. pen. cont.*, 2011, *https://www.penalecontemporaneo.it*.

DEL COCO R., *Ordine europeo di indagine e poteri sanzionatori del giudice*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, *https://www.penalecontemporaneo.it*.

FALATO F., *La proporzione innova il tradizionale approccio al tema della prova: luci ed ombre della nuova cultura probatoria promossa dall'ordine europeo di indagine penale*, in *Arch. pen.*, 2018, 2.

FIORELLI G., *Nuovi orizzonti investigativi: l'ordine europeo di indagine*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, *https://www.penalecontemporaneo.it*.

FIORENTIN F., *I trasferimenti dei detenuti*, in *L'ordine europeo di indagine penale* (a cura di M. Daniele e R. E. Kostoris), G. Giappichelli Editore – Torino, 2018.

GATTO C. E., *Il principio di proporzionalità nell'ordine europeo di indagine penale*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, 2, *https://www.penalecontemporaneo.it*.

GRIFANTINI F. M., *Ordine europeo di indagine penale e investugazioni difensive*, in *Proc. pen. e gius*., 2016, 6.

ILLUMINATI G., *L'armonizzazione della prova penale nell'Unione europea*, in *Prova penale e Unione Europea*, (a cura di G. Illuminati), BUP, 2008.

ILLUMINATI G., in *Prove penali transnazionali e diritti fondamentali nell'Unione europea*, inedito, 2019.

KOSTORIS R. E., *L'OEI nella dissolvenza dei principi*, in *L'ordine europeo di indagine penale* (a cura di M. Daniele e R. E. Kostoris), G. Giappichelli Editore – Torino, 2018.

KOSTORIS R. E., *Ordine di investigazione europeo e tutela dei diritti fondamentali*, in *Cass. Pen.*, 2018, 5.

LORENZETTO E., *L'assetto delle impugnazioni*, in *L'Ordine Europeo di indagine penale* (a cura di M. Daniele e R. Kostoris), G. Giappichelli Editore – Torino, 2018.

LORENZETTO E., *I diritti della difesa nelle dinamiche dell'ordine europeo di indagine penale*, in *La nuova cooperazione giudiziaria penale*, a cura di M. R. Marchetti e E. Selvaggi, CEDAM, 2019.

MANGIARACINA A., *Il procedimento di esecuzione dell'OEI e i margini nazionali di rifiuto*, in *L'ordine europeo di indagine penale* (a cura di M. Daniele e R. E. Kostoris), G. Giappichelli Editore – Torino, 2018.

MARCHETTI M. R., *Cooperazione giudiziaria: innovazioni apportate e occasioni perdute*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 12, *https://www.penalecontemporaneo.it*.

MARCHETTI M. R., *Rapporti giurisdizionali con Autorità straniere*, in *Compendio di procedura penale* (a cura di G. Conso, V. Grevi, M. Bargis), 9a ed., CEDAM, 2018.

MARINELLI C., *Le intercettazioni di comunicazioni*, in *L'ordine europeo di indagine penale* (a cura di M. Daniele e R. E. Kostoris), G. Giappichelli Editore – Torino, 2018.

MAZZA O., *Presunzione d'innocenza e diritto di difesa*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 12.

MAZZACUVA F., *La doppia incriminazione e la deroga per i reati di "lista positiva"*, in *L'Ordine Europeo di indagine penale* (a cura di M. Daniele e R. Kostoris), G. Giappichelli Editore – Torino, 2018.

MELILLO G., *Tecniche investigative speciali e squadre investigative comuni*, in *Prova penale e Unione europea* (a cura di G. Illuminati), Bononia University Press, 2009.

NANNI F., *Le intercettazioni telefoniche*, in *L'Ordine Europeo di indagine penale* (a cura di M. Daniele e R. Kostoris), G. Giappichelli Editore – Torino, 2018.

NOCERA A., *Il sindacato giurisdizionale interno in tema di ordine europeo di intercettazioni*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, 1, *https://www.penalecontemporaneo.it*.

PANZAVOLTA M., *Le indagini bancarie*, in *L'Ordine Europeo di indagine penale* (a cura di M. Daniele e R. Kostoris), G. Giappichelli Editore – Torino, 2018.

PAULESU P. P., *Le operazioni sotto copertura*, in *L'Ordine Europeo di indagine penale* (a cura di M. Daniele e R. Kostoris), G. Giappichelli Editore – Torino, 2018.

PICCIRILLO R., *Il trasferimento temporaneo di soggetti detenuti per indagini o assunzione di prove*, in *La nuova cooperazione giudiziaria penale*, (a cura di M. R. Marchetti e E. Selvaggi), CEDAM, 2019.

PICCIRILLO R., *Le videoconferenze e le conferenze telefoniche transnazionali*, in *La nuova cooperazione giudiziaria penale*, in *La nuova cooperazione giudiziaria penale*, (a cura di M. R. Marchetti e E. Selvaggi), CEDAM, 2019.

RAFARACI T., *Il procedimento passivo di riconoscimento ed esecuzione (artt. 4-6, 8, 12-14 d.lgs. n. 108/2017)*, in *La nuova cooperazione giudiziaria penale* (a cura di M. R. Marchetti e E. Selvaggi), CEDAM, 2019.

SELVAGGI E., *La circolare del Ministero della Giustizia sul c.d. Ordine europeo di indagine*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 11, *https://www.penalecontemporaneo.it*.

SCHUNEMANN B., in *Un progetto alternativo di giustizia penale europea*, Giuffrè, Milano, 2007.

SIRACUSANO F., in *Tra semplificazione e ibridismo: insidie e aporie dell'Ordine europeo di indagine penale*, in *Arch. pen.*, 2017, 2.

SIRACUSANO F., *Tra mutuo riconoscimento e armonizzazione preventiva*, in *Arch. Pen.*, 2012, 1.

SPAGNOLO P., *Il procedimento di emissione dell'OEI*, in *L'ordine europeo di indagine penale* (a cura di M. Daniele e R. E. Kostoris), G. Giappichelli Editore – Torino, 2018.

SPENCER J. R., *Mutuo riconoscimento, armonizzazione e tradizionali modelli intergovernativi, Manuale di procedura penale europea* (a cura di R. Kostoris), Giuffré Editore – Milano, 2017.

WEYEMBERGH A., *Storia della cooperazione*, *Manuale di procedura penale europea* (a cura di R. Kostoris), Giuffré Editore – Milano, 2017.