

Dipartimento
di Giurisprudenza

Cattedra di DIRITTO PROCESSUALE PENALE

DIRITTO DI DIFESA E GARANZIE
PARTECIPATIVE NELL'ORDINE
EUROPEO DI INDAGINE PENALE

RELATORE
Chiar.mo Prof.
Giulio Illuminati

CORRELATRICE
Chiar.ma Prof.ssa
Maria Lucia Di Bitonto

Candidata
Carolina Galiero
Matr.140083

DIRITTO DI DIFESA E GARANZIE PARTECIPATIVE NELL'ORDINE EUROPEO DI INDAGINE PENALE

INTRODUZIONE	1
CAPITOLO I	6
L'EVOLUZIONE STORICA DELLA COOPERAZIONE GIUDIZIARIA EUROPEA IN MATERIA PENALE	6
1. Genesi dell'Unione europea e cooperazione giudiziaria penale	6
2. Il sistema delle fonti: dalla Convenzione europea di assistenza giudiziaria penale del 1959 alla direttiva 2014/41/UE	8
3. La Convenzione europea di assistenza giudiziaria del 2000.....	10
3.1. (<i>segue</i>) La rogatoria nel sistema italiano: il libro XI del codice di procedura penale	13
4. Il fallimento del mandato europeo di ricerca della prova (MERP).....	14
4.1. (<i>segue</i>) Il “Libro Verde” della Commissione europea del 2009.....	16
5. L' Ordine europeo di indagine penale come nuovo strumento di cooperazione giudiziaria	18
5.1. (<i>segue</i>) differenze con il MERP	20
5.2. (<i>segue</i>) l'incidenza del mutuo riconoscimento	22
5.3. (<i>segue</i>) condizioni e ambito di applicabilità	24
5.4. (<i>segue</i>) il procedimento applicativo: emissione ed esecuzione	26
6. Il recepimento della direttiva 2014/41/UE in Italia: d.lgs. n.108/2017.....	29
6.1. La disciplina italiana: il procedimento di emissione.....	30
6.2. (<i>segue</i>) il procedimento passivo di riconoscimento ed esecuzione.....	35
6.3. (<i>segue</i>) i motivi di rifiuto, il rinvio del riconoscimento o dell'esecuzione ed il trasferimento delle prove	40
7. Il sistema delle impugnazioni nella la procedura passiva	42
7.1. (<i>segue</i>) le impugnazioni nella procedura attiva	47
7.2. L'utilizzabilità delle prove raccolte e l'inosservanza delle garanzie difensive	48
CAPITOLO II	51

IL DIRITTO DI DIFESA E LE GARANZIE PARTECIPATIVE DAL TRATTATO DI LISBONA ALL'ORDINE EUROPEO DI INDAGINE PENALE	51
1. La "roadmap" del Consiglio GAI del 2009	51
2. Il diritto di difesa nel sistema dell'OEI.....	55
2.1. (segue) il considerando 15: le direttive riguardanti i diritti procedurali nei procedimenti penali.....	57
3. i diritti di difesa nel d.lgs. n. 108 del 2017.....	62
3.1. (segue) La tutela dei diritti di difesa nella procedura passiva.....	63
4. Il diritto di difesa nell'opposizione al decreto di riconoscimento.....	67
5. Il diritto di difesa in sede esecutiva.....	68
6. La tutela del diritto di difesa nella procedura attiva.....	70
6.1. (segue) l'emissione su richiesta della difesa e la mancata parità con l'accusa	71
7. Le indagini difensive.....	75
8. I diritti di difesa nella fase esecutiva della procedura attiva	78
9. Il richiamo ai diritti fondamentali nel sistema OEI.....	80
10. La tutela del diritto alla privacy	83
11. La vittima del reato	85
CAPITOLO III.....	89
PREVISIONI SPECIALI PER ALCUNI MEZZI ISTRUTTORI TRANSNAZIONALI E LE GARANZIE DELLE PERSONE COINVOLTE	89
1. Perquisizioni e sequestri.....	89
2. Intercettazioni ed indagini informatiche	94
2.1. (segue) Garanzie ineliminabili dei soggetti coinvolti	103
3. La formazione della prova dichiarativa	109
4. I trasferimenti dei detenuti	114
CONCLUSIONI.....	117
BIBLIOGRAFIA.....	1

INTRODUZIONE

È sempre più diffusa la convinzione che all'integrazione economica e politica tra i paesi dell'Unione europea debba affiancarsi un'integrazione giuridica, attraverso la creazione di istituti di diritto sostanziale comuni, e la conseguente previsione di regole processuali volte ad attuarli. A questa esigenza non può certamente sottrarsi il processo penale, in un contesto storico dove i confini nazionali sono sempre meno significativi in termini, pandemia e crisi sanitaria consentendo.

Del resto, l'argomento della cooperazione in materia penale a livello europeo ha generato, nel corso degli anni, delle posizioni molto contrastanti sia all'interno dell'opinione pubblica, sia all'interno degli studi giuridici. In particolare, i più autorevoli commentatori così come l'opinione pubblica si divide sull'argomento andando ad evidenziare aspetti positivi e negativi di tale processo. Si passa dalla presa d'atto che l'Unione stia lavorando in modo da perfezionare strumenti giuridicamente molto complicati, ma di scarso impatto sulla vita di tutti i giorni, all'auspicio che determinati provvedimenti possano positivamente influire sul rafforzamento delle comunità europee al fine di permettere un più incisivo e rapido controllo del crimine all'interno dello spazio comune. In realtà la materia della cooperazione penale ha fatto registrare una evoluzione molto rapida all'interno dell'Unione Europea che è difficile capire se l'intento di raggiungere una determinata efficienza all'interno dei meccanismi investigativi e di lotta al crimine possa concludersi in breve tempo o il cammino sia ancora decisamente molto lungo. In un'ottica del genere, un problema di fondo concerne l'individuazione di organi giudiziari europei in campo penale, che siano i protagonisti di un futuro processo penale europeo. Il processo evolutivo che ha caratterizzato il terzo pilastro dell'Ue, fin dalla sua nascita (Trattato di Maastricht), ha sempre subito la spinta di principi e punti di riferimento imprescindibili quali mutuo riconoscimento delle decisioni penali, cooperazione giudiziaria e riavvicinamento delle legislazioni. L'allargamento dell'Unione ha reso ancor più evidente l'esigenza di rafforzare le azioni comuni, ma soprattutto la volontà di creare uno spazio unico di libertà, sicurezza e giustizia, in cui proprio le decisioni giudiziarie possano liberamente circolare e venire

riconosciute indistintamente e quasi automaticamente in tutto il territorio. Il problema di fondo che, tra gli altri, caratterizza da sempre il funzionamento ed i meccanismi di cooperazione penale è rappresentato dalla difficoltà manifestata dai legislatori nazionali di accettare proprio questa libera circolazione delle decisioni giudiziarie altrui, non come corollario di un atteggiamento presupponente, bensì come conseguenza di uno scetticismo nei confronti di un istituto (ma più precisamente verso le procedure che l'istituto innesta) talmente invasivo da essere ritenuto lesivo della propria sovranità.

Il primo capitolo del presente lavoro analizza la genesi della Direttiva 2014/41/EU ponendo l'attenzione sulla presa d'atto che l'obiettivo di realizzare una cooperazione giudiziaria sempre più rapida ed incisiva è reso, peraltro, indispensabile dalle nuove connotazioni assunte, in questi ultimi anni, dalla criminalità organizzata, sia per l'ampiezza dei mercati illeciti che gestisce, sia per le dimensioni non più solo transnazionali, ma, addirittura, «globali», che oramai riveste (ad es., in relazione alla sempre più vasta e pericolosa incidenza sul sistema economico-finanziario di attività criminali realizzate grazie alla compiacenza di Paesi e territori c.d. «non cooperativi»): la logica che dovrebbe ispirare le nuove forme di cooperazione giudiziaria, quindi, non può essere più soltanto quella della tradizionale assistenza giudiziaria (quasi come una concessione che uno Stato opera nell'interesse di un altro Stato), ma quella, realmente innovativa ed efficace, del reciproco riconoscimento dei provvedimenti delle autorità giudiziarie degli altri Stati, «senza mediazioni governative e senza particolari filtri e verifiche di legittimità. La Direttiva in esame prende le mosse da questa tipologia di visione che, del resto, traspare dal dettato della stessa. L'obiettivo è quello di andare a creare una sorta di fiducia reciproca degli Stati Membri nel perseguire la criminalità a vari livelli, potendo contare sul mutuo riconoscimento ma anche, da un punto di vista operativo, su una collaborazione veloce ed incisiva. Questo è sempre stato uno degli obiettivi in ambito comunitario, ancora prima della nascita dell'Unione Europea. Si pensi, ad esempio alle diverse Convenzioni che sono state prese come riferimento non solo nella prima parte del lavoro, ma anche nei successivi capitoli e soprattutto

nella terza parte dell'elaborato. Del resto, un punto di riferimento fondamentale nel lungo cammino intrapreso verso la realizzazione di uno spazio giudiziario europeo, nella prospettiva di un sempre più ampio riconoscimento dell'«ultrattività» del diritto degli Stati membri e delle possibilità di intervento diretto delle autorità giudiziarie, è rappresentato dalla Convenzione di Bruxelles del 29 maggio 2000, relativa all'assistenza giudiziaria penale, che completa e modifica, tra i quindici aderenti all'Unione europea, la Convenzione di Strasburgo del 20 aprile 1959, ed introduce numerosi istituti diretti a semplificare le indagini ed il processo quando la realizzazione del reato coinvolge più Stati membri ed occorrono atti investigativi o probatori da compiere nel territorio di altri Stati (ad es., squadre investigative comuni, videoconferenza, consegne sorvegliate ed operazioni di infiltrazione, intercettazioni, temperamento della *lex loci*, termini di esecuzione delle rogatorie, ecc.). L'Ordine di indagine europeo rappresenta, in tal senso, un interessante banco di prova per molti Paesi dell'Unione. Si tratta di uno strumento che va ad incidere su prerogative da sempre riservate al potere statale manifestazione diretta della sovranità nazionale. Tuttavia, dopo le solenni dichiarazioni di intenti che si sono succedute negli anni passati su tale argomento, è necessario vedere se gli stati europei sono davvero disposti a creare uno spazio giuridico comune, mettendo da parte rivendicazioni e pregiudizi. La chiave per una necessaria interpretazione di tale tipologia di nuova prassi scaturita dall'applicazione dell'ordine di indagine europeo deve essere ricercata nell'intento generale di superare i lunghi procedimenti esistenti in materia penale. L'Unione europea è un organismo che esalta l'uguaglianza dei popoli che la compongono nel rispetto delle differenze nazionali. Ma è necessario prendere coscienza che, in un mondo sempre più globalizzato, le scelte comuni sono essenziali ed irrinunciabili. Sia nel primo che le secondo capitolo del presente lavoro si parla, infatti, di mutuo riconoscimento come arma fondamentale in mano all'Unione Europea per rendere operativo il contrasto alla criminalità. Il mutuo riconoscimento garantisce un'efficace circolazione dei provvedimenti nel territorio dell'Unione europea senza, tuttavia, imporre una previa armonizzazione delle regole sostanziali e procedurali poste alla base delle decisioni stesse, giacché tale principio si nutre (o quanto meno dovrebbe nutrirsi)

della fiducia reciproca instauratasi tra le autorità competenti dei Paesi membri. E proprio muovendo da siffatte premesse che è dato riscontrare le maggiori difficoltà operative del mutuo riconoscimento. Già dal primo capitolo, come accennato, si evince come l'evoluzione normativa comunitaria abbia ricercato in modo costante una cooperazione effettiva, scontrandosi con le resistenze poste dai singoli ordinamenti non sempre prive di significato, nel senso che molto spesso tali tipologie di vincoli legali siano da considerare conseguenza del rispetto dei diritti degli uomini. Ai fini del raggiungimento di una concreta armonizzazione a livello comunitario si è sempre cercato di andare a mediare tra il sacrificio di alcune prerogative interne, purché sia rispettato lo standard minimo stabilito dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, come conseguenza del principio che vuole il primato del diritto comunitario su quello nazionale anche costituzionale, che a sua volta discende dal principio dell'uniforme applicazione e interpretazione di tale diritto. Questo argomento è presente in tutte quante le tre parti delle quali si compone il presente elaborato.

Non a caso nella parte centrale del lavoro si parla di diritto alla difesa, come abbiamo visto, in una concezione che possiamo definire generale. In effetti, l'elemento di maggiore frizione potrebbe riguardare la natura dei rapporti che sussistono oggi tra gli Stati membri dell'Unione europea, oggi sicuramente più solidi rispetto a quelli intercorrenti tra i quarantasette Stati firmatari della C.e.d.u. La giurisprudenza comunitaria arriva in proposito ad affermare un imprescindibile obbligo di presunzione di rispetto dei diritti fondamentali da parte dei ventotto Stati membri dell'Unione, senza la possibilità che sia in concreto preteso un livello di tutela più elevato di quello garantito dal diritto comunitario, e senza che sia necessario di fronte ad un caso specifico verificare se uno Stato abbia veramente salvaguardato una garanzia, salvo particolari eccezioni. In tal senso, ma anche per assicurare poi l'effettività della cooperazione, la dottrina citata nella parte centrale e finale del presente elaborato ha sottolineato in modo concorde la necessità di definire una piattaforma giuridica di matrice comune per evitare il formarsi di zone grigie, o, addirittura, vere e proprie lacune, restituendo, così, al reciproco riconoscimento dignità di

“motore propulsivo” nella costruzione di un autentico spazio giuridico comune europeo.

Nell’ultima parte del lavoro, o meglio nel capitolo terzo, si è cercato di dare una idea delle conseguenze operative dell’Ordine Europeo di indagine, sottolineando come questo si inserisca all’interno degli ordinamenti nazionali con l’obbligo di rispettarne i principi, soprattutto con riferimento alla materia del rispetto dei diritti umani. Del resto, cercando di riflettere su un livello che potremmo definire quasi convenzionale occorre che venga assicurata una tutela dei diritti che operi su piani che siano quanto più integrati e non separati. A questo proposito, il problema dei rapporti tra ordinamento comunitario e Convenzione europea dei diritti dell’uomo del Consiglio d’Europa è ancora lontano dal trovare una soluzione. Con l’espressa attribuzione all’Unione europea della possibilità di aderire alla C.e.d.u. sembrava che il principale ostacolo giuridico verso questa partecipazione fosse stato superato, e che dovessero essere concordate solo le soluzioni tecniche per rendere effettiva la tutela dei diritti dell’uomo. Come si evince nel terzo capitolo ma anche nella prima parte, ad esempio, nella stesura del testo della Direttiva un ruolo significativo ha avuto l’esperienza maturata nel contesto della decisione quadro 2002/584/GAI del 13 giugno 2002 sul MAE, soprattutto con riguardo al test di proporzionalità. Sul piano applicativo, la mancata previsione di questo test, al di là delle soglie di pena previste per l’emissione dell’euro-mandato, si è tradotta nell’emissione di mandati anche per fattispecie di reato non connotate da particolare gravità con ovvie ricadute sul piano della efficienza della cooperazione giudiziaria. Risulta opportuno, pertanto, l’inserimento nel testo della direttiva di un esplicito riferimento alla “proporzionalità” della misura.

CAPITOLO I

L'EVOLUZIONE STORICA DELLA COOPERAZIONE GIUDIZIARIA EUROPEA IN MATERIA PENALE

1. Genesi dell'Unione europea e cooperazione giudiziaria penale

La nascita dell'Unione Europea ha una storia estremamente complessa. Prima di approfondire l'oggetto del presente elaborato, si ritiene necessario dare contezza, seppur brevemente, della nascita e dello sviluppo dell'Unione e delle sue istituzioni. Il secondo conflitto mondiale fece sorgere la necessità di rafforzare la cooperazione economica tra diversi Stati coinvolti nello stesso. Francia, Germania, Italia, Belgio, Olanda e Lussemburgo nel 1951 istituirono la Comunità europea del carbone e dell'acciaio (CECA) seguita dall'Euratom (Comunità europea dell'energia atomica) nel 1957, segnando così il primo passo verso il processo che ha portato all'istituzione dell'Unione. Successivamente, al fine di garantire la libera circolazione delle persone, dei servizi, delle merci e dei capitali, gli stessi Stati si impegnarono in un nuovo accordo culminato con l'istituzione della Comunità economica europea (CEE). Nel 1985, al fine di attuare le garanzie inerenti alla libera circolazione e dunque di abolire le frontiere interne, fu firmato l'Accordo di Shengen ma solo nel 1988 con l'Atto unico europeo nacque l'idea di fondere le tre comunità per dar vita ad un'Unione europea, avviando una cooperazione che non fosse strettamente correlata agli affari economici come ad esempio in materia di sicurezza e di lotta alla criminalità transfrontaliera. Tuttavia, l'Unione europea sorgerà ufficialmente solo nel 1992 con la ratifica del Trattato di Maastricht e la costituzione della nota struttura dei tre "pilastri" di cui il terzo dedicato alla cooperazione intergovernativa in materia di giustizia e affari interni (GAI), comprensivo anche della cooperazione giudiziaria e di polizia¹.

¹ All'Unione creata dal Trattato di Maastricht furono attribuiti da quest'ultimo poteri circoscritti e suddivisi in tre grandi gruppi chiamati comunemente "Pilastri". Il primo "pilastro" era costituito dalle Comunità europee, il secondo era formato dalla politica estera e di sicurezza ed il terzo era costituito dalla cooperazione nei settori della giustizia e degli affari interni. *Note sintetiche sull'Unione europea* in https://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/it/FTU_1.1.3.pdf, 2020.

Negli anni susseguenti numerosi eventi hanno segnato la storia dell'Unione portandola ad una graduale espansione e sviluppo: nel 1995 si giunge definitivamente all'attuazione degli Accordi Shengen e nel 1999 venne introdotto la moneta unica, stesso anno in cui entrò in vigore il Trattato di Amsterdam sottoscritto nel 1997. In questa sede fu sostituito il GAI (terzo "pilastro") con lo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia (SLSG)².

Infine, nel 2004, dopo il fallimento del progetto di una costituzione europea, il Consiglio europeo di Lisbona del 2007 approvò il Trattato sull'Unione europea (TUE) e il Trattato sul Funzionamento dell'Unione (TFUE) che insieme compongono un unico *corpus juris* volto ad abolire la struttura a "pilastri" istituita con il Trattato di Maastricht. La conseguenza che in questa sede rileva è che le materie appartenenti al terzo "pilastro" (SLSG) e cioè la cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale rientrano oggi nel diritto dell'Unione. Lo stesso Art. 3 del TUE recante gli obiettivi primari dell'Unione annovera tra questi ultimi non solo quello di offrire ai suoi cittadini uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia senza frontiere interne ma si impegna anche ad adottare delle misure appropriate per la lotta e la prevenzione alla criminalità transfrontaliera³. Da ciò è facile desumere che il *focus* in materia penale sia stato in via primaria quello di attuare una cooperazione giudiziaria e di armonizzare gli ordinamenti penali dei diversi Stati membri dell'Unione, prima attraverso canali diplomatici e poi, dopo "l'abbattimento" dei tre "pilastri", attraverso una cooperazione *stricto sensu* facente capo in via diretta alle autorità giudiziarie dei Paesi coinvolti. A

² Lo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia "prevede una competenza diretta dell'Unione a dettare regole minime in materia di armonizzazione penale, un rafforzamento della cooperazione giudiziaria penale e di polizia e l'istituzione di appositi organismi europei per favorirla, come Europol ed Eurojust". Così in E.KOSTORIS, *Diritto Europeo e giustizia penale*, in *Manuale di procedura penale europea*, (a cura di R. E. KOSTORIS), Giuffrè, 2017, p. 6 e ss.

³ Cfr. art. 3.2 *TFUE* "L'Unione offre ai suoi cittadini uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia senza frontiere interne, in cui sia assicurata la libera circolazione delle persone insieme a misure appropriate per quanto concerne i controlli alle frontiere esterne, l'asilo, l'immigrazione, la prevenzione della criminalità e la lotta contro quest'ultima."

tutt'oggi, invece, si riscontrano criticità per quel che concerne l'armonizzazione delle legislazioni nazionali degli Stati membri. Le ragioni risiedono nella sensibilità insita nella materia del processo penale che induce gli Stati membri ad essere restii nell'abdicare a parte della propria sovranità per consentire una cooperazione basata sul mutuo riconoscimento, il cui presupposto è la "fiducia" degli Stati coinvolti nei rispettivi ordinamenti. Tuttavia, con il Trattato sul funzionamento dell'Unione europea si fissò "per la prima volta un'esplicita base legale" su cui si è fondata l'opera di armonizzazione⁴.

Difatti, l'art. 82 § 1 del TFUE⁵ in relazione alla cooperazione e all'armonizzazione, nel sancire il principio del mutuo riconoscimento e per garantirne l'attuazione, prevede la possibilità di stabilire norme minime comuni che tengono in considerazione le differenze degli ordinamenti degli Stati membri. Altro passo decisivo compiuto con Lisbona è la competenza attribuita all'Unione di poter legiferare in materia penale e processuale penale, prima esclusiva degli Stati membri e che da quel momento rientra nella competenza concorrente secondo quanto stabilito dall'art. 2 § 2 TFUE⁶.

2. Il sistema delle fonti: dalla Convenzione europea di assistenza giudiziaria penale del 1959 alla direttiva 2014/41/UE

La ricerca e la formazione della prova in ambito europeo è stata a lungo oggetto di una disciplina normativa frammentaria, regolata da una pluralità di fonti consistenti in convenzioni bilaterali o multilaterali e atti legislativi del Consiglio d'Europa, a loro volta integrati dalla giurisprudenza delle corti europee. La caratteristica peculiare delle fonti in materia di ricerca e formazione della prova,

⁴ R. E. KOSTORIS, *Diritto europeo e giustizia penale*, cit. p.6 e ss.

⁵ Art. 82.1 TFUE "La cooperazione giudiziaria in materia penale nell'Unione è fondata sul principio di riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie e include il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri nei settori di cui al paragrafo 2 e all'articolo 83."

⁶ Art. 2.2 TFUE "Quando i trattati attribuiscono all'Unione una competenza concorrente con quella degli Stati membri in un determinato settore, l'Unione e gli Stati membri possono legiferare e adottare atti giuridicamente vincolanti in tale settore. Gli Stati membri esercitano la loro competenza nella misura in cui l'Unione non ha esercitato la propria. Gli Stati membri esercitano nuovamente la loro competenza nella misura in cui l'Unione ha deciso di cessare di esercitare la propria."

risiede nel fatto che esse operano in contesti contraddistinti da un'inevitabile asimmetria: “non valgono per gli stessi Stati, né regolamentano la raccolta delle medesime tipologie di prova”⁷.

Di conseguenza, la frammentarietà propria del sistema delle fonti, ne rende ardua una ricostruzione ed un'analisi ordinata, utile non solo ai fini di una trattazione sistematica ma anche dal punto di vista della loro operatività.

La principale difficoltà pratica risiede nella possibilità di identificare quale sia lo strumento giuridico maggiormente idoneo alla ricerca ed alla formazione di una specifica prova nel caso concreto in ciascuno Stato membro. A tale inconveniente si aggiunge la prassi invalsa tra i diversi Stati membri di ricorrere ad accordi informali adottati nel caso di specie dalle autorità giudiziarie degli stessi di volta in volta, che danno vita ad una “cooperazione giudiziaria spontanea”⁸.

In questo contesto, la criticità che maggiormente rileva risiede nel fatto che la pluralità di fonti e la disomogeneità della loro applicazione mina l'uniformità applicativa delle norme, necessaria per la natura sensibile degli interessi coinvolti.

Ciononostante, sarà necessario soffermarsi su uno strumento in particolare che, sebbene regolato nel tempo da numerosi atti normativi, ha sempre rappresentato il mezzo principale ai fini della ricerca e della formazione delle prove: la rogatoria.

Essa si fonda sul principio della mutua assistenza e si attiva per il tramite di una richiesta di acquisizione probatoria formulata dallo Stato interessato all'acquisizione della prova nei confronti dello Stato in cui la prova stessa si trovi o debba formarsi.

La disciplina della rogatoria è rinvenibile all'interno di una pluralità di convenzioni bilaterali e multilaterali di cui le più incisive sono:

⁷Così M. DANIELE, *Ricerca e formazione della prova*, cit., p. 411 e ss.

⁸ *Ibidem*.

- La Convenzione del Consiglio d'Europa di assistenza giudiziaria in materia penale firmata a Strasburgo nel 1959 ed entrata in vigore nel 1962
- La Convenzione di applicazione dell'accordo Shengen redatta nel 1990 ed entrata in vigore nel 2005
- La Convenzione dell'Unione Europea di assistenza giudiziaria in materia penale redatta nel 2000 ed entrata in vigore nel 2005

Allo strumento della rogatoria nel 2008 si affiancò la Decisione-quadro 2008/978/GAI emanata dal Consiglio dell'Unione Europea, introduttiva del mandato europeo di ricerca della prova (m.e.r.)⁹, che fu però abrogata negli anni successivi. Infine, il 22 maggio del 2017 con la direttiva 2014/41/UE si è introdotto un nuovo strumento acquisitivo dal carattere innovativo “valido per qualsiasi tipo di prova e capace di sostituirsi” non solo “alle tradizionali rogatorie” ma anche “ai provvedimenti di blocco e di sequestro e al mandato europeo di ricerca della prova”¹⁰: L'Ordine europeo di indagine penale.

3. La Convenzione europea di assistenza giudiziaria del 2000

La Convenzione relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea (MAP) fu adottata con atto del Consiglio del 29 maggio 2000¹¹. Quando fu introdotta, la MAP, risultò subito essere uno strumento fortemente innovativo soprattutto quando la ricerca e la formazione della prova si innestavano nell'ambito di indagini complesse ed in materia di criminalità organizzata¹². La novità più incisiva introdotta dalla Convenzione riguardava le richieste di rogatoria, le quali dovevano essere eseguite nelle forme, nei tempi e nei modi “espressamente” indicati da parte dello Stato richiedente

⁹ *Ibidem*

¹⁰ T.BENE, *Problemi di fondo nello scenario europeo*, in *L'ordine europeo di indagine: criticità e prospettive*, (a cura di T. Bene, L. Luparia, L. Marafioti), Giappichelli, 2016, p. 2 e ss.

¹¹ In GCUE, 12 luglio 2000, C197,1.

¹² L.SALAZAR, *L'assistenza giudiziaria tra i paesi membri dell'UE*, in *La nuova cooperazione giudiziaria penale*, (a cura di M.R. Marchetti e E. Selvaggi), Wolters Kluwer Italia- CEDAM, 2019, p. 200 e ss.

(*lex fori*) e non più secondo le leggi dello Stato richiesto (*lex loci*) come previsto nella precedente Convenzione del 1959¹³. Altra novità di grande rilievo concerne l'abolizione dei controlli governativi- aventi ad oggetto le richieste stesse- finalizzati alla salvaguardia degli interessi nazionali degli Stati coinvolti. Infatti, l'art. 6 della MAP, con l'obiettivo di porre fine alla farraginosità e le lungaggini del controllo ministeriale, prevede un "canale diretto" per il tramite del quale le rogatorie potevano essere trasmesse dall'autorità giudiziaria dello Stato richiedente a quella dello Stato richiesto senza alcun vaglio preliminare da parte del Governo. Di conseguenza, quando vi siano degli elementi di prova all'estero di cui l'autorità giudiziaria ritenga necessaria l'acquisizione, perché rilevanti ai fini di un procedimento penale interno in corso, la stessa può per mezzo della rogatoria inviare una richiesta in via diretta all'autorità giudiziaria dello Stato in cui il medesimo elemento di prova è situato. Lo Stato richiesto, d'altra parte, non ha l'obbligo assoluto di accogliere la richiesta ma, nel caso in cui lo ritenga necessario, può respingerla per predeterminati motivi di rifiuto.

A tal proposito, ciascuno Stato prevede un organo giudiziario deputato al vaglio della richiesta e dei motivi di rifiuto avanzati in relazione ad essa¹⁴.

Il primo fra i motivi di rifiuto attiene alla c.d. *double criminality*¹⁵, già invocato nella convenzione del 1959 e dalla Convenzione sull'accordo Shengen e richiamato nella MAP in virtù dell'art. 1 regolante i rapporti con le altre convenzioni¹⁶. La ratio di questa regola può essere letta in chiave di garanzia nei confronti dell'indagato o dell'imputato per il quale si vuole evitare una persecuzione penale che non sia motivata da un fatto criminoso rilevante bensì

¹³ Cfr. art. 3 § 1, Convenzione europea di assistenza giudiziaria penale del 20 aprile 1959.

¹⁴ M.DANIELE, *Ricerca e formazione della prova*, in *Manuale di procedura penale europea*, cit., p. 412.

¹⁵ La "regola della c.d. doppia incriminazione, in base alla quale l'esecuzione della rogatoria può essere rifiutata se il procedimento non riguarda un fatto previsto dalla legge come reato anche nello Stato in cui la prova è situata"; "opera, in particolare, quando la rogatoria ha ad oggetto una perquisizione o un sequestro, considerata l'incidenza di tali atti di ricerca della prova sulle libertà fondamentali", Così in M. DANIELE, *Ricerca e formazione della prova*, cit., p. 420.

¹⁶ Art.1 "Rapporti con le altre convenzioni in materia di assistenza giudiziaria", §1 La presente convenzione è volta a completare le disposizioni e facilitare l'applicazione tra gli Stati membri dell'Unione europea: a) della convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale del 20 aprile 1959 c) delle disposizioni relative all'assistenza giudiziaria in materia penale della convenzione del 9 giugno 1990, recante applicazione dell'accordo Shengen, del 14 giugno 1985, relativo alla eliminazione graduale dei controlli alle frontiere comuni. In GCUE, 12 luglio 2000, C197,1.

da motivi di natura ideologica. Il secondo motivo di rifiuto attiene alle esigenze di sicurezza nazionale e dunque quando la raccolta e la formazione delle prove mini la sovranità, la sicurezza, l'ordine pubblico o altri interessi essenziali dello Stato richiesto¹⁷. Infine, il motivo di rifiuto deve essere specificato quando la richiesta di rogatoria, se accettata, lederebbe i principi fondamentali del diritto processuale penale dell'ordinamento dello Stato richiesto. Se la richiesta di rogatoria è accolta, le autorità cui compete l'esecuzione sono in via generale quelle dello Stato richiesto¹⁸ sebbene l'art. 4 della Convenzione del 1959 preveda anche una forma c.d. "concelebrata" di esecuzione allorquando lo Stato emittente ne faccia richiesta e lo Stato richiesto a sua volta acconsenta. Per quanto riguarda le regole di acquisizione probatoria, l'art. 4 § 1 della Convenzione del 2000 prescrive la preminenza della *lex fori*, salvo che le disposizioni non siano in conflitto con i principi fondamentali dello Stato richiesto. Si è già accennato al fatto che uno dei profili del carattere innovativo della Convenzione del 2000 sia stato proprio rappresentato dall'introduzione di una sorta di soluzione ibrida tra *lex loci* e *lex fori*, anche se, essendo l'individuazione dei principi fondamentali operazione assai discrezionale, è inevitabile che residuino spazi in cui prevarrà l'applicazione della *lex loci*¹⁹. Ciò comporta delle ripercussioni anche sull'utilizzabilità delle prove stesse: quanto più *lex fori* e *lex loci* sono divergenti, tanto più sarà complessa la questione della loro utilizzabilità²⁰. Le Convenzioni europee non hanno sancito alcun rimedio a tal riguardo, motivo per cui, la giurisprudenza dei diversi Stati membri di volta in volta coinvolti ha dovuto introdurre regole ed eccezioni alle ordinarie regole probatorie diversamente modulate a seconda degli ordinamenti interessati. I risultati di un tale assetto risultano però insoddisfacenti: spesso si incorre in "divieti probatori puramente formalistici", tali da ostacolare la cooperazione giudiziaria senza, al contempo,

¹⁷ Art. 2 b) Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale, Strasburgo, 20 aprile 1959.

¹⁸ Art.3 §1 Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale, Strasburgo, 20 aprile 1959.

¹⁹ M.DANIELE, *Ricerca e formazione della prova*, cit., p. 412 e ss.

²⁰ *Ibidem*.

svolgere la funzione di proteggere valori essenziali”²¹ e ciò vale soprattutto per quanto concerne le garanzie difensive riconosciute all’indagato o all’imputato nel corso del procedimento.

3.1. (segue) La rogatoria nel sistema italiano: il libro XI del codice di procedura penale

L’Italia, pur avendo fornito un contributo decisivo alla genesi della Convenzione del 2000, dopo aver proceduto alla sua sottoscrizione, ha impiegato diversi anni prima della sua attuazione avvenuta successivamente con la legge 21 luglio 2016, n.149 che autorizzava il Governo ad introdurre alcune modifiche al Libro XI del codice di procedura penale²². In Italia il procedimento di esecuzione è governato dalla procura distrettuale competente che *ex art. 724 c.p.p.* ha il compito di vagliare la richiesta e verificare la sussistenza di eventuali motivi di rifiuto.

Fondamentale, in questa sede, è sottolineare il caso in cui le richieste abbiano ad oggetto acquisizioni probatorie da compiere davanti ad un giudice o altre attività che, in base alla legge nazionale, non possono avere seguito se non autorizzate da un giudice.

In questo caso il procuratore deve trasmettere gli atti al giudice per le indagini preliminari che nel nuovo processo penale esplica una pluralità di funzioni indispensabili: egli non solo è chiamato a garantire le libertà personali costituzionalmente sancite nei confronti dell’indagato ma ha l’ulteriore compito di verificare la legittimità dell’accusa e di esercitare i suoi poteri giurisdizionali per assicurare una dialettica paritaria tra accusa e difesa²³. Altro aspetto cruciale della disciplina riguarda l’utilizzabilità delle prove oggetto di rogatoria. A tal riguardo la nostra giurisprudenza si è più volte espressa nel senso della inammissibilità delle prove raccolte in violazione dei principi fondamentali del

²¹ *Ibidem.*

²² L.SALAZAR, *L’assistenza giudiziaria tra i paesi membri dell’UE*, cit., p. 200 e ss.

²³ L.GIULIANI, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, in *Compendio di procedura penale*, (a cura di M. Bargis), Wolters Kluwer – CEDAM, 2019, p. 465 e ss.

nostro ordinamento, soprattutto sul versante delle garanzie difensive²⁴. A riconferma di ciò si può richiamare l'art. 431 comma 2 lett.f) c.p.p. che nel disciplinare la formazione del fascicolo per il dibattimento, sancisce l'inutilizzabilità delle prove raccolte con rogatoria senza consentire al difensore di assistere e di esercitare le facoltà riconosciutegli dalla legge italiana²⁵. L'inutilizzabilità, inoltre, è prevista ogni qual volta vi sia una violazione delle norme relative all'acquisizione ed alla trasmissione delle rogatorie previste nella Convenzione del 1959 e nelle altre Convenzioni europee ed internazionali vigenti in Italia²⁶. Tuttavia, si tratta di una regola non priva di criticità: a differenza di quella precedentemente richiamata, non si pone come finalità quella di sanzionare le violazioni di garanzie effettive, ma mira a colpire l'inosservanza di qualsiasi norma contenuta nelle convenzioni ratificate dall'Italia utili ai fini della raccolta transnazionale delle prove, per tutelare la sovranità degli Stati aderenti.

4. Il fallimento del mandato europeo di ricerca della prova (MERP)

Con la Decisione-quadro 2008/978/GAI²⁷ introduttiva del mandato europeo di ricerca della prova (m.e.r.), il Consiglio europeo adottava un nuovo strumento più moderno ed evoluto²⁸. Come emerge dalla lettera dell'art. 1 § 2 della Decisione-quadro²⁹, l'obiettivo originario consisteva nell'instaurazione di un sistema di raccolta transnazionale delle prove unico e rapido avente ad oggetto prove "precostituite" e guidato dal principio del mutuo riconoscimento. Di conseguenza, l'introduzione del m.e.r. segnava una progressiva sostituzione degli strumenti tradizionali di assistenza giudiziaria con un unico strumento contenente

²⁴ M.DANIELE, *Ricerca e formazione della prova*, cit., p. 413 e ss.

²⁵ Art. 431.2 lett. f) c.p.p., "i verbali degli atti, diversi da quelli previsti dalla lett.d), assunti all'estero a seguito di rogatoria internazionale ai quali i difensori sono stati posti in grado di assistere e di esercitare le facoltà loro consentite dalla legge italiana."

²⁶ Artt. 729.1 c.p.p.: "utilizzabilità degli atti assunti per rogatoria", 696.1 c.p.p.: "prevalenza del diritto dell'unione europea, delle convenzioni e del diritto internazionale generale."

²⁷ In CGUE, L 350/72, 2008.

²⁸ M.DANIELE, *Ricerca e formazione della prova*, cit., p. 413 e ss.

²⁹ Art. 1§ 2 "gli stati membri danno esecuzione al MER in base al principio del reciproco riconoscimento e in conformità delle disposizioni della presente decisione quadro.", Decisione-quadro 2008/978/GAI in CGUE, L 350/72, 2008.

un nucleo minimo di disposizioni “applicabili a tutte le ipotesi di acquisizione dei mezzi di prova nel territorio dell’U.E.”³⁰. In altre parole, lo strumento di cui trattasi, comportava un vero e proprio stravolgimento del precedente assetto basato in sostanza su una logica “rogatoriale”³¹. Come emerge dall’art. 8 § 2³²della Decisione-quadro, la trasmissione del m.e.r avveniva direttamente tra le competenti autorità giudiziarie, non essendo più necessario quel filtro costituito dalle autorità centrali. Il ruolo di queste ultime, infatti, veniva degradato a mero supporto tecnico-amministrativo subordinato alla discrezionalità di ciascuno Stato coinvolto. Altro carattere innovativo dello strumento in esame, come previamente accennato, era costituito dalla celerità e speditezza con la quale si sarebbe dovuto proseguire alla sua esecuzione. A riprova di quanto detto, l’art. 15³³ della Decisione-quadro stabiliva, infatti, una procedura di riconoscimento e di esecuzione scandita da tempi stretti e tassativamente prefissati a seconda dello Stato richiesto e tenendo in considerazione eventuali motivi d’urgenza. Nonostante il carattere innovativo dello strumento in esame, esso non risulta privo di criticità. Due in particolare sono gli aspetti problematici in relazione al m.e.r.:

- Il suo raccordo con le forme di cooperazione rogatoriale previste delle precedenti Convenzioni
- Il ridotto ambito operativo dal punto di vista oggettivo³⁴

In relazione a quest’ultimo aspetto, sono numerose le disposizioni dalle quali emergono la limitatezza dello strumento. Ad esempio, gli artt. 4³⁵ e 6 della

³⁰ G. DE AMICIS, *Limiti e prospettive del mandato europeo di ricerca della prova*, in *Dir. pen. cont.*, 2011, <https://www.penalecontemporaneo.it>, p. 10 e ss.

³¹ *Ibidem*.

³² Art. 8 §2: “Ciascuno Stato membro può designare un’autorità centrale o, se previsto dall’ordinamento giuridico nazionale, più di un’autorità centrale per assistere le autorità competenti. [...]”.

³³ Art. 15 § 1: “Ciascuno Stato membro adotta le disposizioni necessarie per assicurare il rispetto delle scadenze stabilite nel presente articolo. Se l’autorità di emissione ha indicato nel MER che, a motivo di scadenze procedurali o altre circostanze particolarmente urgenti, è necessario un termine più breve, l’autorità di esecuzione tiene nel massimo conto possibile tale esigenza.”

³⁴ M.DANIELE, *Ricerca e formazione della prova*, cit., p. 413 e ss.

³⁵ Art. 4 “Ambito di applicazione del MER”.

Decisione-quadro pur prevedendo l'utilizzo del m.e.r. per la raccolta delle dichiarazioni delle persone presenti al momento della sua esecuzione non ne consentivano, invece, l'operatività per l'assunzione delle dichiarazioni di persone informate sui fatti, per le intercettazioni di comunicazioni o per effettuare prelievi ed analisi³⁶. Proprio la mancata possibilità di utilizzare tale strumento per determinati atti comportava, difatti, una contemporanea vigenza dell'istituto in questione con quelli delineati dalle precedenti convenzioni, circostanza che contribuiva ad accrescere la frammentarietà e la complessità di un quadro normativo già incerto³⁷. (puoi integrare con articolo de amicis)

4.1. (segue) Il “Libro Verde” della Commissione europea del 2009

Il ristretto ambito operativo del MER nonché la frammentarietà e complessità del panorama normativo conseguente alla sua introduzione, spinsero le istituzioni comunitarie ad un intervento volto a dare piena attuazione al principio del mutuo riconoscimento³⁸ che al contempo tenesse conto della “flessibilità”³⁹ caratterizzante il sistema dell'assistenza giudiziaria⁴⁰: il Libro Verde sulla ricerca

³⁶ M.DANIELE, *Ricerca e formazione della prova*, cit., p. 413 e ss.

³⁷ G. DE AMICIS, *Limiti e prospettive del mandato europeo di ricerca della prova*, cit. p.12 e ss.

³⁸ Il principio del mutuo riconoscimento delle decisioni fu proclamato nelle conclusioni raggiunte dal Consiglio di Tampere ed è oggi cristallizzato nell'art.82 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea. Esso garantisce la circolazione dei provvedimenti adottati dai diversi Stati membri senza dover ricorrere alle lungaggini della procedura dell'*exequatur* o altre procedure di conversione. Così L. MARAFIOTI, *Orizzonti investigativi europei, assistenza giudiziaria e mutuo riconoscimento*, in *L'Ordine europeo di indagine: criticità e prospettive*, cit., p. 10 e ss.

³⁹ Nello stesso senso il § 3.1.1. del Programma di Stoccolma nel quale si promuoveva l'adozione di un nuovo approccio che fosse ispirato alla logica del mutuo riconoscimento e nel contempo non rinunciasse alla “flessibilità” dei sistemi tradizionali di assistenza giudiziaria (*Piano d'azione per l'attuazione del Programma di Stoccolma*, 20 aprile 20109).

⁴⁰ G. DE AMICIS, *Limiti e prospettive del mandato europeo di ricerca della prova*, cit., p. 13 e ss.

delle prove in materia penale tra Stati membri e sulla garanzia della loro ammissibilità⁴¹.

Attraverso il presente documento, la Commissione si prefiggeva l'obiettivo di rafforzare le conclusioni raggiunte a Tampere⁴² circa l'importanza del mutuo riconoscimento in materia di cooperazione giudiziaria, nonché quello di avviare una consultazione a tal riguardo tra gli Stati membri. Dopo aver chiarito gli obiettivi che l'Unione si prefigge, il Libro Verde espone analiticamente ciascuna problematica risultante dall'allora attuale panorama normativo e successivamente formula dei quesiti agli Stati membri al fine di raggiungere un comune accordo sulla possibilità di adottare un unico strumento che agevoli la cooperazione giudiziaria in materia penale nonché la circolazione delle prove "costituite" e "costituende". Nello specifico venivano sollevate questioni attinenti, da un lato, all'acquisizione delle prove e, dall'altro, alla loro ammissibilità. In relazione all'acquisizione delle prove, la Commissione prende atto della pluralità di strumenti e convenzioni vigenti improntate perlopiù su principi e presupposti diversi⁴³. Il risultato emergente era contraddistinto da un quadro normativo poco chiaro che, non solo, ostacolava l'attività dell'interprete volta ad individuare il mezzo più opportuno nel caso di specie, ma causava, perlopiù, un rallentamento ed una perdita di efficacia della circolazione transfrontaliera delle prove stesse⁴⁴. La soluzione che si proponeva fu, allora,

⁴¹ Commissione europea, *Libro Verde sulla ricerca delle prove in materia penale tra Stati membri e sulla garanzia della loro ammissibilità*, COM (2009)624 def.

⁴² "Consiglio tenutosi il 16 ed il 16 ottobre del 1999, a Tampere, in cui il Consiglio europeo ha tenuto una riunione straordinaria sulla creazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia nell'Unione europea", Parlamento europeo in https://www.europarl.europa.eu/summits/tam_it.htm, 1999.

⁴³ le disposizioni sull'acquisizione della prova in materia penale vigenti nell'Unione europea sono costituite da vari strumenti coesistenti basati su principi diversi, ossia l'assistenza giudiziaria ed il reciproco riconoscimento. Cfr. Commissione europea, *Libro Verde sulla ricerca delle prove in materia penale tra Stati membri e sulla garanzia della loro ammissibilità*, cit., p. 3 e ss.

⁴⁴ La Commissione evidenzia le problematiche principali: ogni singolo strumento era disciplinato in maniera eterogenea rispetto agli altri ed in aggiunta la pluralità dei motivi di rifiuto, nonché la mancata previsione di moduli standard, contribuivano ad un rallentamento e ad una perdita di efficacia della cooperazione giudiziaria.

quella di adottare un nuovo strumento unico basato “sul principio del reciproco riconoscimento” ed “esteso a tutti i tipi di prova”⁴⁵. La seconda questione sollevata dal documento, invece, evidenziava la scarsa efficacia operativa delle norme vigenti che solo indirettamente si occupavano di disciplinare le diverse disposizioni dei singoli Stati membri in tema di ammissibilità delle prove. In questo caso si riteneva opportuno prevedere un nucleo minimo di norme valide per tutti gli Stati membri coinvolti⁴⁶. Come esposto poc’anzi il Libro Verde concludeva le sue osservazioni ponendo dei quesiti agli Stati membri circa lo strumento più idoneo volto a porre rimedio alle criticità del sistema vigente. Ciononostante, solo il 29 Aprile 2010 alcuni Stati membri avviavano un’iniziativa volta alla creazione di un nuovo strumento di cooperazione orizzontale che dopo diversi anni ha poi portato all’adozione della Direttiva 2014/41/EU recante la disciplina relativa all’Ordine europeo di indagine penale⁴⁷.

5. L’ Ordine europeo di indagine penale come nuovo strumento di cooperazione giudiziaria

L’Ordine europeo di indagine penale fu adottato il 3 aprile 2014 dal Parlamento europeo e dal Consiglio con la Direttiva 2014/41/UE⁴⁸ per istituire un sistema omnicomprensivo di ricerca ed acquisizione della prova nelle cause di dimensione transfrontaliera⁴⁹. La sua base normativa, così come risultante dalla Direttiva stessa, è rinvenibile all’interno dell’art.82, § 1, lett. a) del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea, nonché nel punto 3.1.1 del Programma di Stoccolma che sanciva l’opportunità di adottare un nuovo strumento per la circolazione transfrontaliera delle prove che fosse basato sul principio del mutuo

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ G. DE AMICIS, *Limiti e prospettive del mandato europeo di ricerca della prova*, cit., p. 13 e ss.

⁴⁸ Direttiva 2014/41/UE adottata dal Parlamento europeo e dal Consiglio, in GCUE L 130/1.

⁴⁹ M.CAIANIELLO, *La nuova direttiva UE sull’ordine europeo di indagine penale tra mutuo riconoscimento ed ammissione reciproca delle prove*, in *Processo penale e giustizia*, 2015, p. 3 e ss.

riconoscimento⁵⁰. Così come il mandato europeo di ricerca della prova anche l'OEI, fondandosi su una logica di riconoscimento reciproco, costituisce una decisione giudiziaria volta all'acquisizione della prova, circolante tra i diversi Stati membri dell'Unione europea⁵¹. L'obiettivo primario della Direttiva, infatti, è quello di introdurre un unico strumento acquisitivo atto alla ricerca di qualsiasi tipologia di prova⁵² e di conseguenza volto a sostituirsi agli strumenti precedentemente adottati. In una visione d'insieme, l'OEI viene a caratterizzarsi come un tipico strumento europeo e del diritto postmoderno⁵³ costruito per principi piuttosto che entro rigidi schemi codicistici⁵⁴. Esso, infatti, segna il passaggio da una struttura chiusa, basata essenzialmente su norme tassative ad un sistema la cui fonte principale è costituita da principi di carattere generale il cui contenuto, in via definitiva, è rimesso alla ponderazione di interessi contrapposti effettuata da ciascun interprete nel caso concreto⁵⁵. Tuttavia, se da un lato la previsione di un sistema "flessibile" agevola la cooperazione giudiziaria in materia di ricerca e formazione delle prove, dall'altro, l'indeterminatezza dei precetti potrebbe prestarsi ad un'applicazione arbitraria delle norme e trasformarsi in mancanza di prevedibilità⁵⁶. A sua volta la mancanza di prevedibilità pone il rischio di un affievolimento del principio di legalità che, nell'ambito della giustizia penale, data la natura sensibile degli interessi coinvolti, non ammette restrizioni. In ogni caso, un possibile rimedio avverso tali rischi è rintracciabile nella circostanza per cui l'interprete chiamato

⁵⁰ Il Programma di Stoccolma adottato dal Consiglio europeo l'11 dicembre 2009, in GCUE C 115/1.

⁵¹ G. DE AMICIS, *Limiti e prospettive del mandato europeo di ricerca della prova*, cit., p. 13 e ss.

⁵² T.BENE, *Problemi di fondo*, in *L'ordine europeo di indagine penale: criticità e prospettive*, cit., p. 2 e ss.

⁵³ R. E. KOSTORIS, *L'OEI come espressione di un diritto per principi*, in *L'ordine europeo di indagine penale*, (a cura di M. Daniele e R. E. Kostoris), Giappichelli, 2018, p. 4.

⁵⁴ M.DANIELE, *La metamorfosi del diritto delle prove nella direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, in *Dir. pen. cont.*, 2014, p. 84 e ss.

⁵⁵ R. E. KOSTORIS, *L'OEI come espressione di un diritto per principi*, cit., p. 5 e ss.

⁵⁶ *Ibidem*.

ad applicare le disposizioni in esame debba effettuare un bilanciamento di interessi che tenga necessariamente conto, non solo del principio di proporzionalità, ma anche dei diritti fondamentali contenuti nella CEDU nonché nelle carte costituzionali di ciascun Stato membro⁵⁷. D'altro canto, il rispetto dei principi sopramenzionati discende dal più generale principio di equivalenza previsto dagli artt. 52 e 53 della Carta di Nizza⁵⁸, che impone al diritto dell'Unione una tutela dei diritti fondamentali non inferiore rispetto agli standard degli altri ordinamenti con cui l'Unione stessa interagisce⁵⁹.

5.1. (segue) differenze con il MERP

Sebbene l'impianto normativo dell'OEI si sia in larga parte ispirato a quello del MERP per ciò che attiene alla trasmissione, al riconoscimento e all'esecuzione, se ne distacca ampiamente per altri fondamentali aspetti. Prima di tutto, la Direttiva è volta a rafforzare l'efficacia del principio del mutuo riconoscimento, obiettivo che viene realizzato prevedendo un più ampio ambito operativo dello strumento in esame che può essere utilizzato non solo per una mera attività di ricerca ma anche di formazione delle prove⁶⁰. Il secondo aspetto differenziante attiene alla restrizione dei motivi di rifiuto opponibili all'esecuzione previsti dagli artt. 11 e 15 della Direttiva 2014/41/UE. Essi riguardano, perlopiù, questioni legate ai principi fondamentali di ciascun ordinamento, alla sicurezza nazionale ed al regolare svolgimento di indagini già in atto nel Paese richiesto. Scompare, invece, la necessaria sussistenza del requisito della cd. doppia incriminabilità che

⁵⁷ *Ibidem.*

⁵⁸ La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (2000/C 364/01) è stata solennemente proclamata a Nizza il 7 dicembre del 2000 e con l'entrata in vigore del "Trattato di Lisbona" ha acquisito ex art.6 del TUE il medesimo valore giuridico dei trattati. Essa contiene una lista di diritti civili, politici, economici e sociali che l'Unione si impegna a riconoscere in capo ai cittadini europei e a tutti coloro che vivono sul territorio europeo.

⁵⁹ R. E. KOSTORIS, *L'OEI come espressione di un diritto per principi*, cit., p. 5 e ss.

⁶⁰ G. DE AMICIS, *Limiti e prospettive del mandato europeo di ricerca della prova*, cit, p. 35.

permane però come motivo di rifiuto facoltativo previsto dall'art.11 § 1 lett. g) della Direttiva e che il nostro legislatore ha ritenuto opportuno mantenere. Infatti, l'art. 10 comma 1 lett. f) d.lgs. n. 108/2017 prevede la possibilità, da parte dell'autorità giudiziaria italiana, di rifiutare l'esecuzione dell'ordine quando il fatto non sia punito come reato nell'ordinamento domestico. Tuttavia, tale possibilità incorre in uno sbarramento ogni qual volta si sia in presenza di un reato appartenente alla cd. "lista positiva"⁶¹ se il fatto indicato come reato dall'autorità di emissione dell'ordine, sia punibile nello Stato di emissione con una pena massima non inferiore a tre anni o con una misura di sicurezza detentiva. Quest'impostazione riflette la logica del cd. "doppio binario" già presente anche nell'impianto dello stesso MERP, e che in generale può considerarsi come espressione tipica del diritto europeo e del principio del mutuo riconoscimento⁶². Altra differenza concerne la disciplina dei mezzi di impugnazione. In relazione ad essi l'art. 18 del MERP prevedeva che gli Stati membri coinvolti dovessero adottare le disposizioni necessarie atte a garantire a ciascun soggetto implicato nel procedimento di disporre di mezzi di impugnazione da poter presentare dinanzi ad un organo giurisdizionale dello Stato di esecuzione, fatta eccezione per le "ragioni di merito" che potevano costituire motivo di impugnazione solo nei confronti dello Stato di emissione. La Direttiva OEI, invece, vede di gran lunga ridotta la disciplina delle impugnazioni operando, ai sensi dell'art. 14, un mero rinvio alla legislazione domestica in un caso interno analogo. La medesima possibilità, tuttavia, è prevista anche nel MERP: il § 6 dello stesso articolo riconosce la facoltà di impugnare per "ragioni di merito" ad eccezione delle garanzie dei diritti fondamentali che attraverso un'azione legale possono essere fatte valere anche nello Stato di esecuzione. Nel complesso emerge, da un lato, l'intento di limitare le impugnazioni e dall'altro, di circoscrivere gli

⁶¹ Si tratta di un catalogo di reati contenuti nell'allegato D della Direttiva 2014/41/UE.

⁶² F. MAZZACUVA, *La doppia incriminazione e la deroga per i reati di "lista positiva"*, cit., p. 136.

effetti ricollegabili al loro esperimento in una logica che sia coerente con il principio del mutuo riconoscimento⁶³. Infine, un rilevante fattore di novità rispetto al MERP è costituito dalla previsione di specifiche disposizioni per determinate tipologie di misure investigative la cui disciplina ricalca in gran parte quella prevista dalla Convenzione di Bruxelles del 29 maggio del 2000. La *ratio* celata dietro tale scelta è duplice: da un lato, è rintracciabile nell’obiettivo di “uniformizzazione normativa”⁶⁴ realizzata dall’Unione attraverso la previsione di nucleo minimo di norme applicabili a tutti gli Stati membri e dall’altro, quella di evitare che le attività investigative in questione ricadano nella disciplina della Convenzione del 2000 e dunque sotto il regime dell’assistenza giudiziaria⁶⁵.

5.2. (segue) l’incidenza del mutuo riconoscimento

Il principio del mutuo riconoscimento costituisce le fondamenta sulle quali si è costruito l’intero impianto del nuovo sistema di cooperazione giudiziaria. Esso si basa sostanzialmente su di una “reciproca fiducia” tra diversi Stati membri dell’Unione europea che secondo quanto disposto dall’art. 82 § 1 TFUE sono chiamati alla realizzazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia nel rispetto dei diritti fondamentali stabiliti nella Carta di Nizza e richiamati dall’ art.6 del TUE⁶⁶. Sebbene l’OEI abbia contribuito alla creazione del nuovo modello di cooperazione incentrato sulla *mutual trust*, seconda una parte della dottrina, in alcune disposizioni, vi sarebbero ancora tracce del previgente principio della mutua assistenza tanto da poter parlare

⁶³ E. LORENZETTO, *L’assetto delle impugnazioni*, cit., p. 158.

⁶⁴ J. R. SPENCER, *Mutuo riconoscimento, armonizzazione e tradizionali modelli intergovernativi*, cit., p. 322.

⁶⁵ 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.

⁶⁶ G. DE AMICIS, *Il principio del reciproco riconoscimento e la sua attuazione nel diritto interno*, in *La nuova cooperazione giudiziaria penale*, (a cura di M.R. Marchetti e E. Selvaggi), Wolters Kluwer – CEDAM, 2019, p. 248.

di una sorta di “ibridismo”⁶⁷. Il *Considerando* n. 10 nel sancire il principio del mutuo riconoscimento, prescrive allo Stato di emissione, che individua l’atto di indagine oggetto dell’ordine, di effettuare una duplice verifica di legalità: la prima effettuando un confronto che preveda come riferimento la legislazione domestica e la seconda, invece, effettuata alla stregua della clausola che impone di accertare che l’atto richiesto possa essere emesso dallo Stato di esecuzione in un caso interno analogo. L’art.10 § 2 della Direttiva OEI prevede altresì delle forme cd. “pure” di mutuo riconoscimento, prescrivendo che lo Stato di esecuzione non può sottrarsi dal porre in essere l’atto oggetto dell’ordine quando si tratti di acquisire informazioni e prove già in possesso dell’autorità addetta all’esecuzione, o quando siano contenute in banche dati della polizia o delle autorità giudiziarie cui l’autorità di esecuzione può accedere direttamente, a condizione che in base al diritto dello Stato di esecuzione, le suddette informazioni o prove avrebbero potuto essere acquisite all’interno di un procedimento penale o ai fini dell’OEI. Altra ipotesi nel medesimo articolo è prevista quando si proceda all’audizione di un testimone, di un esperto, di una persona sottoposta ad indagini, di un imputato o di terzi nel territorio dello Stato di esecuzione; per atti di indagine non coercitivi definiti dal diritto dello Stato di esecuzione; per l’individuazione di persone titolari di un abbonamento ad uno specifico numero telefonico o indirizzo IP. Dalla disposizione in esame emerge, infatti, l’intento di arginare i condizionamenti derivanti dall’applicazione della *lex loci* abolendo, per i casi appena elencati, il sopramenzionato controllo di legalità. Ciononostante, la Direttiva OEI fa trapelare in talune disposizioni orientamenti volti a far prevalere la *lex loci* sulla *lex fori*, tipici del precedente sistema fondato su una logica “rogatoriale”⁶⁸. Un esempio è rinvenibile nelle previsioni relative alla procedura passiva secondo la quale l’esecuzione

⁶⁷ F. SIRACUSANO, *Tra semplificazione ed ibridismo: insidie ed aporie dell’Ordine europeo di indagine penale*, in *Arch. Pen.*, 2017, 2, p.675; Cfr. M. DANIELE, *Ricerca e formazione della prova*, cit., p. 418.

⁶⁸ *Ibidem*.

dell'OEI è ammessa solo allorché siano rispettati “i principi dello Stato”⁶⁹ di esecuzione.

5.3. (segue) condizioni e ambito di applicabilità

Il Capo I della Direttiva OEI definisce le condizioni e l'ambito di operatività dello strumento in esame. Innanzitutto, come precedentemente ribadito (vedi *supra* § 1.5.), l'OEI è una decisione giudiziaria emessa da un'autorità competente a svolgere le indagini in base al diritto nazionale dello Stato di emissione per compiere specifici atti di indagine nello Stato di esecuzione⁷⁰. Dal momento che l'autorità legittimata potrebbe corrispondere non solo ad un giudice o ad un pubblico ministero ma anche ad un organo di polizia è necessario, in quest'ultimo caso, che vi sia la convalida dell'autorità giudiziaria per arginare il rischio che le attività limitative delle libertà fondamentali vengano lasciate all'arbitrio delle autorità di pubblica sicurezza⁷¹. Inoltre, l'art.1 § 3, con l'obiettivo di potenziare il diritto di difesa, riconosce la facoltà di richiedere l'emissione dell'OEI anche all'indagato, all'imputato o al suo difensore. L'ambito operativo dello strumento in esame è definito dall'art. 3 che ne sancisce l'applicabilità per qualsivoglia atto di indagine fatta eccezione per l'istituzione di squadre investigative comuni e per le intercettazioni e la trasmissione immediata delle comunicazioni di cui all'art. 18, § 1, lett. *a)* e *b)*, della Convenzione di Bruxelles del 29 maggio 2000, alle quali continua ad applicarsi la previgente disciplina normativa⁷². Affinché l'ordine sia valido è necessario il rispetto di taluni requisiti formali e sostanziali previsti dall'art. 5 della Direttiva. Esso prescrive l'utilizzo di un modulo contenuto nell'allegato A della Direttiva stessa che

⁶⁹ Art. 9 § 2 Direttiva 2014/41/UE.

⁷⁰ Art. 1 § 1 Direttiva 2014/41/UE.

⁷¹ M. DANIELE, *Ricerca e formazione della prova*, cit., 2017, p. 419.

⁷² G. DE AMICIS, *Limiti e prospettive del mandato europeo di ricerca della prova*, cit., p. 35.

dovrà essere compilato e firmato dall'autorità di emissione, la quale dovrà assicurarsi che venga redatto in una delle lingue ufficiali del Paese richiesto. All'interno del modulo dovranno essere specificati i dati relativi all'autorità di emissione, l'atto probatorio che si intende esperire, i motivi della richiesta, le informazioni e le prove oggetto di interesse e la descrizione del fatto oggetto di indagine o di un procedimento penale nello Stato di emissione⁷³. I requisiti sostanziali, previsti dall'art. 6, attengono, invece, alla effettiva opportunità dell'emanazione dell'OEI. Esso prevede che uno Stato membro interessato all'acquisizione di una prova situata nel territorio di un altro Stato membro, possa procedere all'emissione dell'OEI: solo quando sia necessario ai fini del procedimento domestico, sia un atto proporzionato e cioè potenzialmente idoneo ad ottenere il dato probatorio richiesto con il mezzo meno intrusivo possibile ed infine se si ritenga che quello stesso atto sarebbe stato effettuato dallo Stato di emissione in un caso interno analogo. Una siffatta previsione mira a scongiurare il pericolo che l'emissione dell'OEI avvenga sulla base di un "bilanciamento non ragionevole fra le esigenze di accertamento dei fatti e i diritti dell'accusato o di altre persone coinvolte in un processo penale"⁷⁴. Le valutazioni in ordine alla necessità e la proporzionalità sono interamente rimesse alla discrezionalità del Paese interessato per il quale è previsto un meccanismo di responsabilizzazione aderente alla logica del principio del mutuo riconoscimento e della prevalenza della *lex fori* sulla *lex loci*. Tuttavia, come risposta alle preoccupazioni manifestate da alcuni Stati membri⁷⁵ circa un vaglio rimesso interamente alla discrezionalità dello Stato di emissione ed alla possibilità di un bilanciamento non conforme al proprio diritto interno, l'art. 10 della Direttiva OEI riconosce la possibilità per il Paese richiesto di adottare un atto di indagine alternativo

⁷³ Art. 5 § 1 Direttiva 2014/41/UE.

⁷⁴ M. DANIELE, *Ricerca e formazione della prova*, cit., p. 419 e ss.

⁷⁵ Doc. del Consiglio del 19.4.2011, n. 8474/11.

quando l'atto oggetto dell'ordine non è previsto dalla *lex loci* o non è previsto in un caso interno analogo oppure, ancora, quando il diritto dell'autorità di esecuzione prevede un atto che garantisce lo stesso risultato probatorio ma con mezzi meno intrusivi. Una volta effettuate le suddette valutazioni, qualora lo Stato richiesto ritenga che le condizioni non siano state rispettate, può consultare l'autorità di emissione affinché possano discutere circa l'opportunità di dare esecuzione all'OEI. Terminato il confronto tra le autorità vi può essere un duplice epilogo: il ritiro dell'ordine stesso oppure, qualora non vi siano altri motivi che ostino al riconoscimento di cui gli artt. 11 e 15 della Direttiva OEI, lo Stato richiesto dovrà procedere al riconoscimento ed alla esecuzione dell'OEI "senza ritardo" e dandone informazione allo Stato di emissione, sempre nel rispetto dei termini imposti dall'art. 12⁷⁶.

Infine, per quanto concerne il perimetro operativo dell'OEI dal punto di vista territoriale, nonostante gli sforzi volti all'adozione di uno strumento "universale", è confinato ai soli Paesi che hanno aderito alla Direttiva⁷⁷. Per tutti gli altri Stati dell'Unione europea che non abbiano ratificato o siglato la Convenzione opererà, invece, il tradizionale sistema rogatorio, come per tutti gli Stati esterni all'Unione.

5.4. (segue) il procedimento applicativo: emissione ed esecuzione

Successivamente alla compilazione del modulo contenuto nell'allegato A della Direttiva OEI ed alle valutazioni di opportunità effettuate dallo Stato di esecuzione, il modulo stesso viene trasmesso immediatamente e senza ulteriori formalità all'autorità corrispondente dello Stato di esecuzione⁷⁸, dando così avvio alla procedura attiva. A quest'ultima corrisponde la cd.

⁷⁶ 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.

⁷⁷ Restano esclusi Irlanda, Danimarca, Islanda e Norvegia rispetto ai quali continua ad operare la Convenzione di Bruxelles del 2000.

⁷⁸ Art. 1 Direttiva 2014/41/UE.

procedura passiva che si svolge nello Stato membro che riceve l'ordine. Una volta 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”⁷⁹, l'autorità competente dello Stato di esecuzione deve accusare la ricevuta ed inviare “senza ritardo e comunque entro una settimana dalla ricezione dell'OEI, compilando ed inviando il modulo di cui l'allegato B”⁸⁰. A questo punto lo Stato di esecuzione dovrà decidere sul riconoscimento opponendo, eventualmente, uno o più motivi di non riconoscimento o di non esecuzione *ex art. 11* della Direttiva OEI. Tale decisione dovrà avvenire in ogni caso entro trenta giorni dalla ricezione dell'ordine, con possibilità di proroga per altri trenta giorni, e tenendo conto di eventuali specifiche esigenze indicate dallo Stato di emissione nell'ordine stesso⁸¹. I motivi di rifiuto, secondo la dottrina⁸², sono suddivisibili in cinque categorie: la prima concerne la rilevanza penale dei fatti oggetto del procedimento ed opera nel caso di atti istruttori coercitivi quando il fatto di reato non consenta il ricorso a tali mezzi sulla base del diritto nazionale; la seconda è relativa alla mancata legittimazione dello Stato di emissione di poter esercitare la propria potestà *puniendi* (ciò può avvenire in due occasioni rispettivamente quando l'OEI si ponga in contrasto con il principio del *ne bis in idem* oppure quando il fatto di reato si presume in gran parte realizzato nel Paese di esecuzione e quanto avvenuto in quello di emissione non sia configurabile come condotta punibile⁸³); la terza categoria contiene situazioni di impossibilità oggettiva dipendenti dal fatto che lo Stato di esecuzione preveda alla stregua del diritto interno delle immunità o dei privilegi o, ancora, quando l'atto istruttorio richiesto non sia previsto dalla *lex*

⁷⁹ Art. 7 § 1 Direttiva 2014/41/UE.

⁸⁰ Art. 16 § 1 Direttiva 2014/41/UE.

⁸¹ Art. 12 Direttiva 2014/41/UE.

⁸² M. DANIELE, *Ricerca e formazione della prova*, cit., p. 419 e ss.

⁸³ Art. 11 § 1, lett. *d*) ed *e*) Direttiva 2014/41/UE.

loci e non sussistano degli atti alternati ed equivalenti a quello richiesto; la quarta dipende da questioni relative alla sicurezza nazionale; mentre la quinta ed ultima categoria si pone in relazione al rispetto dei diritti fondamentali prevedendo un rifiuto dell'ordine ogni qual volta possa derivarne una violazione dell'art. 6 TUE che sancisce il rispetto della Carta di Nizza, della CEDU e dei diritti costituzionalmente garantiti dagli Stati membri. In caso di esito positivo, invece, l'atto di indagine oggetto dell'ordine dovrà essere portato a compimento senza indugio e comunque entro il termine di novanta giorni dall'adozione della decisione. L'esecuzione dell'OEI deve avvenire con le stesse modalità prescritte 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 si pongano in contrasto ai principi dell'ordinamento giuridico dello Stato richiesto, nel quale caso, *ex art. 10 della Direttiva*, si potrà ricorrere ad un atto alternativo ed equipollente. Successivamente, lo Stato che ha provveduto all'esecuzione deve trasferire senza ritardo il materiale probatorio acquisito o già in possesso delle autorità competenti, salvo che vi debba essere una sospensione di detto trasferimento per attendere la decisione conseguente alla presentazione di un mezzo di impugnazione o perché si ritiene che ne possano derivare danni gravi ed irreversibili alla persona interessata dal provvedimento⁸⁴. A causa delle difficoltà riscontrate nel rinvenire delle regole probatorie comuni a tutti gli Stati membri, la Direttiva OEI non prevede alcuna disposizione particolare in tema di utilizzabilità delle prove. La conseguenza, consistente nel rischio di una vanificazione della cooperazione giudiziaria, non è di poco conto: a causa delle differenze tra *lex loci* e *lex fori* le prove raccolte attraverso l'OEI potrebbero non essere utilizzabili⁸⁵. Nel sistema rogatorio il problema è in parte risolto da accordi raggiunti tra gli Stati coinvolti, volti ad introdurre

⁸⁴ Art. 13 Direttiva 2014/41/UE.

⁸⁵ M. DANIELE, *Ricerca e formazione della prova*, cit., p. 422 e ss.

delle deroghe alle proprie regole probatorie. Nel sistema OEI, invece, dall'art. 6 § 1 della Direttiva, la dottrina⁸⁶ desume senza alcun dubbio l'operatività delle regole di esclusione delle prove previste dal diritto nazionale degli Stati di volta in volta coinvolti. Rilevanti ai fini della valutazione delle prove stesse sono anche le modalità di ricerca e formazione della prova concretamente adoperate. A tal riguardo l'art. 14 § 7 della Direttiva OEI prescrive il rispetto dei diritti di difesa nonché delle garanzie del giusto processo nell'espletamento degli atti istruttori. Infine, la conseguenza di un siffatto sistema potrebbe sostanziarsi in una attenuazione del peso conoscitivo delle prove raccolte ogniqualvolta le modalità istruttorie adoperate si pongano in contrasto rispetto alle modalità previste dalla *lex fori*.⁸⁷

6. Il recepimento della direttiva 2014/41/UE in Italia: d.lgs. n.108/2017

A seguito del recepimento della Direttiva 2014/41/UE, il 28 luglio 2017 è entrato in vigore il d.lgs. 21 giugno 2017 introduttivo dell'OEI in Italia. La ratifica si poneva come epilogo di due anni di intenso lavoro per il legislatore italiano volto a dare attuazione a numerose fonti UE fino a quel momento rimaste inattuate⁸⁸. A quest'ultimo, infatti, non si richiedeva una mera trasposizione delle previsioni contenute nella Direttiva, ma l'attuazione di un bilanciamento coerente tra il modello del mutuo riconoscimento ed i principi fondamentali del nostro ordinamento dando vita così ad un quadro normativo stabile ed uniforme⁸⁹. Una siffatta volontà emergeva altresì da un'ulteriore legge delega, la legge 21 luglio 2016, n.149, che attribuiva al Governo il compito di riformare il Libro XI⁹⁰ del codice di procedura penale, contenente la disciplina relativa alle forme di cooperazione transnazionali non regolate

⁸⁶ *Ibidem*.

⁸⁷ *Ibidem*.

⁸⁸ M. CAIANIELLO, *L'Oei dalla direttiva al decreto n.108 del 2017*, cit., p. 18.

⁸⁹ E. SELVAGGI, *L'ordine europeo di indagine-EIO: come funziona?*, in *Cass.pen.*, 2018, p. 44.

⁹⁰ Rubricato "rapporti giurisdizionali con le autorità straniere".

da alcuna fonte *ad hoc*⁹¹. Tuttavia, nonostante i numerosi interventi di segno positivo, le difficoltà relative alla creazione di un panorama normativo uniforme erano relegabili soprattutto alla materia della cooperazione giudiziaria caratterizzata da un contesto che è in continuo divenire. In un simile contesto, dunque, appariva opportuno un intervento basato su una duplice linea d'azione: mantenere le fonti recettive della normativa europea nella legislazione speciale ed al contempo prevedere all'interno del codice di procedura penale delle linee guida atte a risolvere le questioni lasciate insolute dalla legislazione speciale⁹². D'altro canto, la stessa dottrina evidenziava il precipuo ruolo delle disposizioni del codice di procedura penale come fattori di “ continuità e di uniformazione”⁹³ per gli interpreti chiamati ad operare nell'ambito della cooperazione giudiziaria UE. Il risultato finale è un quadro normativo contraddistinto da due principali fonti: da un lato, il decreto legislativo di recepimento della Direttiva OEI e dall'altro, il nuovo Titolo I *bis* del Libro XI del codice di procedura penale recante le disposizioni concernenti il mutuo riconoscimento relativo alla cooperazione giudiziaria con i paesi UE⁹⁴. In un simile contesto, ciò che si richiede all'interprete è un'operazione di integrazione tra le due fonti volta ad assicurare un'applicazione uniforme del dettato normativo.

6.1. La disciplina italiana: il procedimento di emissione

Nel distinguere la procedura passiva da quella attiva, il d.lgs. n.108 del 2017 si occupa di disciplinare in via principale il caso in cui la richiesta dell'OEI provenga dall'autorità giudiziaria italiana. Innanzitutto, tanto la Direttiva OEI quanto il decreto si occupano di individuare i procedimenti in seno ai quali è

⁹¹ M. CAIANIELLO, *L'Oei dalla direttiva al decreto n.108 del 2017*, cit., p. 20 e ss.

⁹² *Ibidem*.

⁹³ M. R. MARCHETTI, *Cooperazione giudiziaria: innovazioni apportate e occasioni perdute*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, p. 1546.

⁹⁴ M. CAIANIELLO, *L'Oei dalla direttiva al decreto n.108 del 2017*, cit., p. 21.

possibile richiedere l'ordine: il procedimento penale ed il procedimento per l'applicazione di una misura di prevenzione patrimoniale⁹⁵. Successivamente, entrambi si occupano di prescrivere quale debba essere il contenuto del modulo di cui all'allegato A della Direttiva stessa. L'art. 30 d.lgs. n.108 del 2017, infatti, appare come una "fedele trasposizione"⁹⁶ del corrispondente art. 5 della Direttiva OEI; ciò che invece desta dubbio è la disposizione contenuta nell' art. 6 § 2 della Direttiva relativa al triplice vaglio di necessità, proporzionalità e disponibilità in un caso interno analogo. Nel decreto di recepimento, difatti, non è rinvenibile alcun riferimento alla verifica anzidetta. Tuttavia, la relazione governativa allo schema di decreto, giustifica la mancata previsione asserendo che "l'ordinamento interno disciplina atti di indagine tipici per i quali rispetto al singolo scopo investigativo la proporzione è presunta per legge"⁹⁷. A conferma di tale assunto è possibile richiamare molteplici disposizioni del nostro codice di procedura penale che nel disciplinare i singoli atti di indagine, capaci di incidere sui diritti fondamentali dell'individuo, prevede delle specifiche applicazioni del principio di proporzionalità⁹⁸. Per quanto concerne l'individuazione dei soggetti coinvolti, l'art. 27 del decreto attribuisce la competenza relativa all'emissione ed alla trasmissione dell'ordine al pubblico ministero ed al giudice precedente "nell'ambito delle rispettive attribuzioni"⁹⁹. Secondo la dottrina¹⁰⁰ più accreditata il pubblico ministero è legittimato all'emissione dell'OEI ogniqualvolta l'atto di indagine da compiere all'estero non richieda

⁹⁵ P. SPAGNOLO, *Il procedimento di emissione dell'OEI*, cit., p. 79 e ss.

⁹⁶ *Ibidem*.

⁹⁷ G. DE AMICIS, *Dalle rogatorie all'ordine europeo di indagine: verso un nuovo diritto della cooperazione giudiziaria penale*, cit., p. 34.

⁹⁸ R. ORLANDI, *La riforma del processo penale fra correzioni strutturali e tutela "progressiva" dei diritti fondamentali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 1160.

⁹⁹ Art. 27 comma 1 del d.lgs. 108 del 2017.

¹⁰⁰ P. SPAGNOLO, *Il procedimento di emissione dell'OEI*, cit., p. 84.

la necessaria partecipazione del giudice procedente. Inoltre, si ritiene che (solo) in capo a quest'ultimo viga un onere di previa audizione delle parti coinvolte previsto a pena di nullità generale a regime intermedio, in quanto riconducibile allo schema dell'art. 178 comma 1 lett. *b)* e *c)* c.p.p.¹⁰¹. La previa interlocuzione potrebbe, però, comportare delle problematiche in relazione alla *discovery* degli atti nei confronti delle parti ed in particolare nei confronti della difesa: essa, infatti, verrebbe ad essere informata “nel mezzo del segreto della fase investigativa”¹⁰² dell'esecuzione degli atti di indagine oggetto dell'ordine e di conseguenza potrebbe agire in una modalità tale da vanificare gli esiti degli atti stessi. Ciononostante, il contraddittorio si pone come antecedente logico necessario “ogniquale volta si tratti di acquisizione probatoria destinata come tale ad avere un uso dibattimentale”¹⁰³. Infatti, un difetto di contraddittorio comporterebbe una violazione dei requisiti di ammissibilità delle prove previsti dalla legge italiana ed una conseguente inutilizzabilità dei risultati istruttori ottenuti¹⁰⁴. Il secondo comma dell'art. 27 prescrive, inoltre, che ai fini del coordinamento investigativo debba darsi comunicazione dell'emissione dell'ordine al procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo ogniqualvolta le indagini abbiano ad oggetto delitti previsti dall'art. 51 commi *3-bis* e *3-quater* c.p.p.

Una volta emesso l'ordine, la richiesta viene trasmessa “direttamente” alle autorità giudiziarie competenti dello Stato membro richiesto¹⁰⁵. A differenza

¹⁰¹ S. MARCOLINI, *La procedura attiva*, in *La nuova cooperazione giudiziaria penale*, (a cura di M.R. Marchetti e E. Selvaggi), Wolters Kluwer - CEDAM, 2019, p. 319; cfr. anche M. TROGU, *sub art.27, d.lgs. 180 del 2017*, p. 1076.

¹⁰² *Ibidem*.

¹⁰³ P. SPAGNOLO, *Il procedimento di emissione dell'OEI*, cit., p. 85.

¹⁰⁴ “Tale divieto probatorio, pur non espressamente previsto, può ritenersi implicito nella direttiva, in quanto ricollegabile ad un'inequivocabile scelta del legislatore eurounitario”. Così M. DANIELE, *L'ordine europeo di indagine penale entra a regime. Prime riflessioni sul d.lgs. 180 del 2017*, in *penale contemporaneo*, 2017, p. 210.

¹⁰⁵ Attraverso qualsiasi mezzo che lasci una traccia scritta e garanzie di autenticità: Circolare 26 ottobre 2017 – *Attuazione della direttiva 2014/41/UE relativa all'ordine europeo di indagine – Manuale operativo*, cit., p. 93.

della procedura passiva, non ne è prevista la trasmissione al ministro competente: ciò non solo al fine di snellire la procedura ma anche per ridurre i tempi intercorrenti tra la richiesta e la risposta¹⁰⁶. Ciononostante, l'art. 32 comma 1 del decreto prevede che la trasmissione all'estero può avvenire "anche con l'ausilio dell'autorità centrale se necessario"¹⁰⁷. L'art. 2 comma 1, lett. f) del d.lgs. 108/2017 individua come autorità centrale il ministro della giustizia ma accanto a quest'ultimo prevede che "la trasmissione può avere luogo mediante il sistema di telecomunicazione della Rete giudiziaria europea" ovvero mediante i punti di raccordo della Rete presso ciascun distretto di corte d'appello¹⁰⁸. Sempre l'art. 32, inoltre, prevede che l'ordine debba essere redatto nella lingua ufficiale dello Stato di esecuzione o in quella appositamente indicata dal medesimo Stato. L'art. 34 del decreto, invece, disciplina il caso in cui via sia un ordine di indagine collegato ad un ordine precedentemente emesso. Tale circostanza può verificarsi quando "un ordine di indagine è emesso, nello stesso o in altro procedimento, ad integrazione o completamento di uno precedente", nel qual caso se ne dà menzione nella sezione D del modello contenuto nell'allegato A della Direttiva OEI. Il secondo comma prevede, in aggiunta, la possibilità che l'autorità giudiziaria presente all'esecuzione possa direttamente farne richiesta all'autorità di esecuzione stessa. In quest'ultimo caso la valutazione circa la possibilità di una richiesta immediata è rimessa all'autorità di emissione che dovrà tenere in considerazione le facoltà eventualmente attribuite alle parti in causa ed ai loro difensori, al fine di scongiurare il rischio dell'inutilizzabilità nel processo italiano del risultato probatorio dell'atto richiesto¹⁰⁹. Dalle disposizioni inerenti all'esecuzione dell'ordine emerge, ancora una volta, la "natura

¹⁰⁶ Sul punto, cfr. anche Ministero della giustizia, *Circolare*, cit., 42, secondo cui "la previsione della trasmissione diretta significa l'abolizione, nell'ambito di operatività dell'OEI, del filtro ministeriale (art. 727 c.p.p.)".

¹⁰⁷A. MANGIARACINA, *L'acquisizione "europea" della prova cambia volto: l'Italia attua la direttiva relativa all'ordine europeo di indagine penale*, in *Dir. pen. e proc.*, 2018, p. 171.

¹⁰⁸ S. MARCOLINI, *La procedura attiva*, cit., p. 320.

¹⁰⁹ P. SPAGNOLO, *Il procedimento di emissione dell'OEI*, cit., p. 97 e ss.

ibrida”¹¹⁰ dell’OEI che presenta caratteristiche attribuibili tanto al mutuo riconoscimento che alla tradizionale mutua assistenza¹¹¹. Da questo punto di vista appare rilevante quanto statuito dall’art. 33 del decreto secondo il quale “l’autorità che ha emesso l’ordine concorda con l’autorità di esecuzione le modalità di compimento dell’atto di indagine o di prova, specificatamente indicando i diritti e le facoltà riconosciuti dalla legge italiana alle parti e ai loro difensori”. La norma in esame è volta a dispiegare quelli che sono gli effetti positivi del dialogo tra le autorità coinvolte e si erge a principio generale avente il fine di coniugare le modalità di esecuzione imposte dalla *lex loci* con quelle della *lex fori* per l’utilizzabilità dei risultati dell’atto¹¹². Quest’ultima disposizione a sua volta è ricollegabile all’art. 29 dello stesso decreto che prevede la possibilità per il pubblico ministero di istituire una squadra investigativa comune oppure “partecipare direttamente ovvero far partecipare uno o più ufficiali di polizia giudiziaria all’esecuzione dell’ordine, previo accordo con l’autorità di esecuzione”, possibilità riconosciuta anche al giudice. Una siffatta previsione si ritiene utile non solo nel caso in cui si voglia proporre un ordine collegato ma anche e soprattutto per superare le divergenze tra le modalità acquisitive della prova degli Stati coinvolti¹¹³. In particolare, si fa riferimento a quei casi al di fuori dei quali l’atto richiesto debba essere sempre disponibile e dunque tutti quei casi in cui l’autorità può porre in essere un atto alternativo ma che comunque sia idoneo al raggiungimento dello scopo¹¹⁴. Una questione ancora irrisolta, in relazione

¹¹⁰ *Ibidem*.

¹¹¹ G. UBERTIS, *Considerazioni generali su investigazioni e prove transnazionali*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 49, che parla di “equilibrio” per quanto attiene al combinarsi tra le regole del mutuo riconoscimento e delle rogatorie.

¹¹² S. MERCOLINI, *La procedura attiva*, cit., p. 321; sul punto anche M. CAIANIELLO, *La nuova direttiva UE sull’ordine europeo di indagine penale tra mutuo riconoscimento e ammissione reciproca delle prove*, in *proc. pen. e giust.*, 2015, p. 10, evidenziava la necessità di evitare che l’autorità di esecuzione fosse posta davanti a troppi vincoli della *lex fori*.

¹¹³ P. SPAGNOLO, *Il procedimento di emissione dell’OEI*, cit., p. 99.

¹¹⁴ R. DEL COCO, *Ordine europeo di indagine penale e poteri sanzionatori del giudice*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, p. 12 e ss.

alla disposizione in esame, è quella relativa alla tutela dei diritti di difesa soprattutto quando sia stato lo stesso indagato o il suo difensore ad effettuare una richiesta di indagine transnazionale. Il decreto e la Direttiva OEI non fanno alcuna menzione della possibilità di una diretta partecipazione della difesa all'acquisizione dell'atto, tuttavia in dottrina si è ritenuto che proprio la possibilità di un accordo tra le autorità degli Stati coinvolti sulle modalità dell'espletamento degli atti abbia la finalità di consentire l'intervento della difesa e di acquisire, quindi, delle prove utilizzabili¹¹⁵. A conclusione della disciplina sull'esecuzione, vi è infine l'art. 35 concernente gli avvisi alle parti: quando l'autorità di emissione abbia ricevuto la documentazione dell'attività posta in essere dall'autorità di esecuzione, “provvede, nei casi e nei modi previsti dalla legge italiana, a darne comunicazione alle parti ed ai loro difensori”¹¹⁶. L'importanza della disposizione in commento si incentra soprattutto nella possibilità di consentire alla difesa di esercitare le stesse facoltà che gli sono riconosciute nella legge italiana e di realizzare un contraddittorio anche se differito¹¹⁷. In conclusione, sebbene l'OEI faccia rilevanti passi avanti nel riconoscimento del diritto di difesa, sono ancora molte le lacune riscontrabili in tal senso e che, dunque, richiederebbero di essere colmate attraverso un'interpretazione estensiva delle garanzie predisposte dagli ordinamenti domestici e da quello europeo¹¹⁸.

6.2. (segue) il procedimento passivo di riconoscimento ed esecuzione

¹¹⁵M. R. MARCHETTI, *Dalla Convenzione di assistenza giudiziaria in materia penale dell'Unione Europea al mandato europeo di ricerca delle prove e all'ordine europeo di indagine penale*, in *La cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale nell'Unione Europea dopo il Trattato di Lisbona*, (a cura di T. Rafaraci) Giuffrè, 2011, p. 135.

¹¹⁶ Art. 35 d.lgs. 108 del 2017.

¹¹⁷ P. SPAGNOLO, *Il procedimento di emissione dell'OEI*, cit., p. 102.

¹¹⁸ F. SIRACUSANO, *Tra semplificazione ed ibridismo: insidie ed aporie dell'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 676.

Una delle novità più incisive rispetto al metodo tradizionale dell'assistenza giudiziaria va individuato nell'organo deputato a ricevere, conoscere ed eseguire l'OEI e cioè il procuratore della Repubblica presso il tribunale del capoluogo del distretto nel quale deve compiersi l'attività richiesta¹¹⁹. L'abolizione della competenza della corte d'appello trova le sue ragioni nella necessità di procedure che diano vita a dei modelli di cooperazione dotati del carattere della celerità e della semplificazione¹²⁰. Inoltre, nell'attribuire la competenza direttamente in capo agli organi deputati all'espletamento delle indagini si è tenuto conto del “presupposto che questi meglio possono rilevare connessioni tra le indagini in corso presso le autorità estere di emissione e quelle in corso (o eventualmente da intraprendere) all'interno”¹²¹. Sempre in un'ottica di semplificazione l'art. 4 comma 5 prevede che, anche nel caso in cui l'OEI abbia ad oggetto atti da compiere in più distretti, la competenza resta concentrata in un unico ufficio: infatti “all'esecuzione provvede il procuratore della Repubblica del distretto nel quale deve compiersi il maggior numero di atti, ovvero se di eguale numero, quello nel cui distretto deve compiersi l'atto di maggior importanza investigativa”. Sebbene vi sia la predisposizione di criteri predeterminati per l'attribuzione della competenza, non è pienamente scongiurato il rischio di conflitti di attribuzioni positivi o negativi tra gli uffici¹²². A tal riguardo, una parte della dottrina ritiene che “al fine di stabilire quale sia l'atto di maggiore importanza, bisognerà affidarsi alle indicazioni provenienti dall'autorità emittente”¹²³. In una logica del tutto analoga e per le medesime finalità il settimo comma dello stesso art. 4 prevede

¹¹⁹ Art. 4 comma 1 d. lgs. 108 del 2017

¹²⁰ T. RAFARACCI, *Il procedimento passivo di riconoscimento ed esecuzione*, in *La nuova cooperazione giudiziaria penale*, (a cura di M.R. Marchetti e E. Selvaggi), Wolters Kluwer-CEDAM, 2019, p. 296.

¹²¹ Così Ministero della Giustizia, *Circolare in tema di attuazione della direttiva 2014/41/UE – Manuale operativo*, p. 3

¹²² A. MANGIARACINA, *Il procedimento di esecuzione dell'oei ed i margini nazionali di rifiuto*, cit., p. 109.

¹²³ R. BELFIORE, *Su alcuni aspetti del decreto di attuazione dell'ordine europeo di indagine penale*, in *Cass. pen.*, 2018, p. 403.

che permane la competenza del primo ufficio adito anche nel caso di un OEI “emesso, nello stesso o in altro procedimento, ad integrazione o completamento di uno precedente”. Inoltre, nel caso in cui il procuratore ricevente ritiene che la competenza debba essere attribuita ad un altro ufficio, egli stesso provvederà a trasmettere immediatamente gli atti all’ufficio competente, dandone comunicazione all’autorità di emissione¹²⁴. Fondamentali, in tale fase, sono gli oneri informativi che il procuratore della Repubblica è tenuto ad adempiere *ex art. 4 comma 1*: egli dovrà informare il procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo nel caso in cui oggetto dell’indagine siano i delitti previsti dal’art. 51 commi 3-*bis* e 3-*quater*, nonché, sebbene non vi sia alcuna indicazione in tal senso nel decreto, si ritiene opportuno che la comunicazione pervenga anche al Desk italiano di Eurojust¹²⁵, nel caso in cui l’OEI sia stato emesso nell’ambito di indagini che rientrano nella competenza di detto organismo¹²⁶. In ogni caso, una copia dell’OEI deve essere trasmessa anche al Ministero della Giustizia¹²⁷ e si deve dare comunicazione nel termine di sette giorni all’autorità di emissione dell’avvenuto ricevimento dell’ordine¹²⁸. Per ciò che attiene i termini per il riconoscimento dell’ordine, il legislatore si è posto l’obiettivo di superare la farraginosità del sistema tradizionale introducendo procedure caratterizzate da tempi cadenzati e prestabiliti. Infatti, una volta assolti gli oneri informativi, il procuratore della Repubblica “provvede, con decreto motivato, al riconoscimento dell’ordine di indagine nel termine di trenta giorni dalla sua ricezione o entro il diverso termine indicato dall’autorità di emissione, e

¹²⁴ Art. 4 comma 6 d. lgs. 108 del 2017.

¹²⁵ L’unità di cooperazione giudiziaria dell’Unione europea (Eurojust) è un’agenzia dell’Unione, le cui competenze sono la direzione delle indagini e l’esercizio di azioni penali quando il reato per il quale si procede coinvolga almeno due Stati membri.

¹²⁶ A. MANGIARACINA, *Il procedimento di esecuzione dell’oei ed i margini nazionali di rifiuto*, cit., p. 110.

¹²⁷ Art.4 comma 1 d. lgs. 108 del 2017.

¹²⁸ Art. 6 comma 1 d.lgs. 108 del 2017.

comunque non oltre sessanta giorni”¹²⁹. Sul piano delle garanzie difensive, un ruolo decisivo è svolto dalla previsione del quarto comma dell’art. 4, secondo cui la segreteria del pubblico ministero ha l’onere di notificare al difensore della persona sottoposta alle indagini il decreto di riconoscimento. Ciò rileva per un duplice fine: da un lato, per la decorrenza dei termini per esperire i mezzi di impugnazione *ex art. 13* e dall’altro, mediante un rinvio ai termini previsti dal codice di procedura italiano, per stabilire i termini degli avvisi dovuti ai difensori per il compimento degli atti. Tuttavia, nel caso in cui oggetto dell’ordine sia un atto al cui compimento il difensore ha solo diritto di assistere, come nel caso di perquisizioni e sequestri, il decreto verrà comunicato al momento del compimento dell’atto oppure immediatamente dopo¹³⁰. Ancora, ove si tratti di un atto di indagine “a sorpresa” come nel caso di un’intercettazione, nessun avviso sarà dovuto al difensore dell’indagato¹³¹. L’osservanza di termini rigidi caratterizza anche la fase di esecuzione dell’ordine che *ex art. 4 comma 2*, deve avvenire “entro i successivi novanta giorni” salvo che l’ordine non abbia ad oggetto “il corpo del reato” o le “cose pertinenti al reato”, nel qual caso il provvedimento deve essere adottato “entro ventiquattro ore dalla ricezione dell’ordine di indagine medesimo e comunque senza ritardo”¹³². Con riguardo alle competenze, in detta fase, potrebbe essere necessario l’intervento del giudice, disciplinato dall’art. 5 comma 1 del decreto stesso. Nello specifico l’intervento del giudice è richiesto ogniqualvolta sia oggetto di espressa richiesta dell’autorità di emissione ovvero quando sia imposto dalla stessa legge italiana¹³³, come nel caso in cui

¹²⁹ Art. 4 comma 1 d.lgs. 108 del 2017.

¹³⁰ Art. 4 comma 4 d.lgs. 108 del 2017.

¹³¹ Come sottolineato da Ministero della Giustizia, *Circolare in tema di attuazione della direttiva 2014/41/UE relativa all’ordine europeo di indagine penale – Manuale operativo*, p. 15.

¹³² Art. 26 comma 1 d. lgs. 108 del 2017.

¹³³ Art. 5 comma 1 d.l. gs. 108 del 2017.

oggetto dell'ordine sia il compimento di un atto "coercitivo"¹³⁴ o l'audizione di un testimone tramite videoconferenza¹³⁵. Nel caso appena esaminato, il procuratore della Repubblica, una volta proceduto al riconoscimento dell'ordine, dovrà presentare una richiesta di esecuzione al giudice per le indagini preliminari¹³⁶. Nella procedura di esecuzione, il giudice, nell'accertare le condizioni per il riconoscimento dell'ordine¹³⁷, non si limita ad un mero controllo formale ma effettuerà un vaglio in termini di legalità e proporzionalità della misura¹³⁸. Per quanto riguarda le modalità di esecuzione, il d.lgs. 108 del 2017 si ispira al modello dell'"ibridazione dei criteri"¹³⁹ prevista dall'art. 9 § 2 della Direttiva OEI: infatti, si dovrà provvedere "osservando le forme espressamente richieste dall'autorità di emissione che non siano contrarie ai principi dell'ordinamento giuridico dello Stato"¹⁴⁰. Una siffatta previsione ha lo scopo di ovviare al rischio di inammissibilità della prova nell'ordinamento dello Stato emittente ed allo stesso tempo di salvaguardare i principi fondamentali dello Stato richiesto¹⁴¹. Tuttavia, proprio in relazione a questi ultimi, sorgono le principali difficoltà interpretative: si tratta di principi perlopiù indeterminati che sono stati talvolta ricondotti ai valori "di eguaglianza, di libertà e di solidarietà integrati nel

¹³⁴ A. MANGIARACINA, *Il procedimento di esecuzione dell'oei ed i margini nazionali di rifiuto*, cit., p. 113.

¹³⁵ Art. 18 comma 3 d. lgs. 108 del 2017.

¹³⁶ Art. 5 comma 1 d. lgs. 108 del 2017.

¹³⁷ Art. 5 comma 2 d. lgs. 108 del 2017.

¹³⁸ A. MANGIARACINA, *Il procedimento di esecuzione dell'oei ed i margini nazionali di rifiuto*, cit., p. 113 e ss.

¹³⁹ L. MARAFIOTI, *Orizzonti investigativi europei, assistenza giudiziaria e mutuo riconoscimento*, cit., p. 22.

¹⁴⁰ Art. 4 comma 2 d. lgs. 108 del 2017.

¹⁴¹ F. SIRACUSANO, *Tra semplificazione ed ibridismo: insidie e aporie dell'Ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 9.

principio di dignità”¹⁴². Infine, secondo alcuni, l’utilità della disposizione in commento considerata come clausola generale, sarebbe rinvenibile nel suo compito di asseverare uno *standard* più elevato delle garanzie processuali nei confronti dei soggetti coinvolti¹⁴³.

6.3. (segue) i motivi di rifiuto, il rinvio del riconoscimento o dell’esecuzione ed il trasferimento delle prove

Il d.lgs. 107/2018 nel recepire i motivi di non riconoscimento o non esecuzione enucleati nell’art. 11 della Direttiva OEI ha operato una scelta che in parte diverge dalla direttiva stessa prevedendo che questi ultimi non siano più considerati facoltativi ma siano invece obbligatori¹⁴⁴. Un primo motivo di rifiuto dell’OEI è, innanzitutto, rinvenibile nell’art. 9 comma 3 del decreto: infatti, mentre il primo comma del medesimo articolo prevede la possibilità da parte del procuratore della Repubblica di ricorrere, previa comunicazione all’autorità di emissione, al compimento di uno o più atti diversi o comunque idonei ai fini dello scopo, nel caso in cui l’atto richiesto non sia previsto dalla legge italiana ovvero non ne ricorrano i presupposti, d’altra parte il comma 3 sancisce il principio secondo cui “l’impossibilità di eseguire l’ordine d’indagine secondo quanto disposto dal comma 1 è motivo di rifiuto del riconoscimento”. Gli altri motivi di rifiuto e di restituzione, invece, sono enucleati nell’art. 10 comma 1:

- a) Incompletezza dell’ordine, manifesta erroneità delle informazioni o mancata corrispondenza al tipo di atto richiesto.
- b) Immunità che lo Stato italiano riconosce nei confronti della persona nei confronti dei quali si procede.
- c) Il rischio che l’esecuzione possa minare alla sicurezza nazionale.

¹⁴² 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, p. 14

¹⁴³ A. MANGIARACINA, *Il procedimento di esecuzione dell’oei ed i margini nazionali di rifiuto*, cit., p. 116.

¹⁴⁴ A. MANGIARACINA, *Il procedimento di esecuzione dell’oei ed i margini nazionali di rifiuto*, cit., p. 122.

- d) Violazione del divieto derivante dal principio del *ne bis in idem*.
- e) La sussistenza di fondati motivi per ritenere che l'esecuzione dell'atto oggetto dell'OEI si ponga in contrasto con l'art.6 del TUE e della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione.
- f) Il fatto per il quale è stato emesso l'OEI non è previsto come reato dalla legge italiana, a prescindere dagli elementi costitutivi e dalla qualificazione giuridica esposti dallo Stato di emissione.

Quest'ultimo motivo, tuttavia, non può essere opposto nei casi previsti dal quinto comma dell'art. 9¹⁴⁵ e nei casi previsti dall'art. 11 comma 1 del decreto stesso, che prevede una lista di reati per i quali è sancita una deroga al requisito della doppia incriminazione. Ferma restando l'operatività dei sopramenzionati motivi di rifiuto, l'art. 14 del decreto prevede i casi in cui il procuratore della Repubblica è legittimato a disporre un rinvio del riconoscimento "per il periodo necessario". Il primo viene in rilievo quando "dall'esecuzione può derivare pregiudizio alle indagini preliminari o ad un processo già in corso"¹⁴⁶, mentre il secondo è disposto "quando le cose, i documenti o i dati oggetto di richiesta di sequestro sono già sottoposti a vincolo, fino alla revoca del relativo provvedimento"¹⁴⁷. Infine, il quarto comma del medesimo articolo prevede che per ragioni di celerità il procuratore della Repubblica debba comunicare "immediatamente" all'autorità di emissione la decisione di rinvio, nonché eseguire "tempestivamente" l'ordine se sia venuta meno la causa del rinvio. *Ex art. 12*

¹⁴⁵ "Fermo quanto previsto dall'articolo 10, comma 1, si provvede in ogni caso all'esecuzione dell'ordine di indagine avente ad oggetto: a) acquisizione dei verbali di prove di altro procedimento; b) acquisizione di informazioni contenute in banche dati

accessibili all'autorità giudiziaria; c) audizione della persona informata dei fatti, del testimone, del consulente o del perito, della persona offesa, nonché della persona sottoposta ad indagini o dell'imputato presenti nel territorio dello Stato;d) compimento di atti di indagine che non incidono sulla libertà personale e sul diritto all'inviolabilità del domicilio;e) identificazione di persone titolari di uno specifico numero telefonico o di un indirizzo di posta elettronica o di un indirizzo IP."

¹⁴⁶ Art. 14 comma 1 d. lgs.108 del 2017.

¹⁴⁷ Art. 14 comma 2 d. lgs. 108 del 2017.

comma 1, al procuratore della Repubblica spetta anche trasmettere “senza ritardo all’autorità di emissione i verbali degli atti compiuti, i documenti e le cose oggetto della richiesta, nonché i verbali di prove o gli atti acquisiti in altro procedimento” e successivamente darne attestazione in forma scritta¹⁴⁸. A differenza di quanto previsto nella Direttiva OEI¹⁴⁹, l’art. 13 del decreto non riconosce un effetto sospensivo della trasmissione nel caso in cui sia stata presentata opposizione al decreto di riconoscimento: infatti, la facoltà di disporre la sospensione è rimessa al procuratore della Repubblica quando “può derivarne un grave ed irreparabile danno alla persona sottoposta alle indagini, all’imputato o alla persona comunque interessata dal compimento dell’atto”¹⁵⁰.

7. Il sistema delle impugnazioni nella la procedura passiva

Sebbene sia riscontrabile un carattere “sfuggente” dei diritti difesa all’interno del sistema delineato dalla Direttiva OEI, nel Capo III dedicato alle “Procedure e garanzie per lo stato di esecuzione”, quest’ultima dedica una particolare attenzione al “diritto di difendersi impugnando”¹⁵¹. In tal senso, l’OEI, apporta una vera e propria novità rispetto al tradizionale sistema rogatorio nel quale, in sede di *exequatur*, non si prevede alcun mezzo di impugnazione avverso le decisioni, siano esse negative o positive, della Corte di appello¹⁵². Per ciò che concerne la normativa europea la previsione in questione è contenuta all’interno dell’art. 14 § 1 della direttiva che nel disciplinare i mezzi di impugnazione prescrive agli Stati membri di assicurare “i mezzi d’impugnazione equivalenti a quelli disponibili in un caso

¹⁴⁸ Art. 12 comma 3 d. lgs. 108 del 2017.

¹⁴⁹ Art. 13 § 2 della Direttiva 2014/41/UE: “il trasferimento delle prove può essere sospeso in attesa di una decisione relativa ad un mezzo d’impugnazione [...]”

¹⁵⁰ Art. 13 comma 4 d. lgs. 108 del 2017.

¹⁵¹ E. LORENZETTO, *L’assetto delle impugnazioni*, cit., p. 157.

¹⁵² T. RAFARACI, *Il procedimento passivo di riconoscimento ed esecuzione*, cit., p. 307-308.

interno analogo”. Il d.lgs. 108 del 2017, nel recepire la disposizione in commento, va ben oltre a quanto suggerito dalla fonte europea¹⁵³. Nella procedura passiva i mezzi di impugnazione predisposti a favore del soggetto sottoposto alle indagini possono suddividersi in tre categorie: l’opposizione-base, l’annullamento su richiesta e l’opposizione al decreto di riconoscimento relativo ad un sequestro probatorio. Venendo alla prima tipologia di mezzo esperibile, l’art. 13, primo comma prevede che entro cinque giorni dalla notifica del decreto di riconoscimento, la persona sottoposta alle indagini ed il suo difensore, possono presentare opposizione avverso quest’ultima dinanzi al giudice per le indagini preliminari. La prima caratteristica da richiamare all’attenzione è quella che investe la questione relativa ai soggetti legittimati: la scelta del difensore, infatti, appare ricollegabile alla previsione *ex art. 4 comma 4* secondo cui la segreteria del pubblico ministero debba procedere alla comunicazione del decreto di riconoscimento soltanto al difensore della persona sottoposta alle indagini¹⁵⁴. Da ciò derivano due precise implicazioni: innanzitutto, quando per gli atti d’indagine richiesti non sia previsto il diritto all’assistenza difensiva, la conseguenza è che né sarà effettuata la comunicazione né il difensore avrà la possibilità di presentare l’opposizione; la seconda è che nel caso in cui la comunicazione sia comunque effettuata al difensore è parimenti riscontrabile una lacuna in relazione alla persona offesa dal reato che né è compresa tra i soggetti destinatari della comunicazione del decreto di riconoscimento né, di conseguenza, avrà la possibilità, a mezzo del proprio difensore, di poter presentare opposizione al decreto stesso¹⁵⁵. Sul piano procedurale, una volta presentata opposizione, il giudice per le indagini preliminari decide con ordinanza da notificare all’interessato, sentito il procuratore della

¹⁵³ E. LORENZETTO, *L’assetto delle impugnazioni*, cit., p. 157.

¹⁵⁴ E. LORENZETTO, *L’assetto delle impugnazioni*, cit., p. 167 e ss.

¹⁵⁵ *Ibidem*.

Repubblica¹⁵⁶. Quest'ultimo a sua volta dovrà provvedere ad informare “senza ritardo l'autorità di emissione” e se l'opposizione sia stata accolta gli effetti che ne derivano si identificano con l'annullamento del decreto di riconoscimento¹⁵⁷. Così come previsto dalla Direttiva OEI¹⁵⁸ anche il decreto nega un effetto sospensivo del procedimento di esecuzione dell'ordine nonché della trasmissione delle risultanze istruttorie salvo che da quest'ultima possa derivare “grave ed irreparabile danno alla persona sottoposta alle indagini, all'imputato o alla persona comunque interessata dal compimento dell'atto”¹⁵⁹. Dinamica del tutto differente viene innescata quando venga impugnato il decreto di riconoscimento nel caso in cui il compimento dell'atto spetti al giudice ai sensi dell'art. 5, primo comma del decreto in esame. A differenza dell'opposizione, infatti, oggetto d'impugnazione sono atti *ab origine* presidiati dalle garanzie riconducibili al necessario intervento del giudice per le indagini preliminari, il quale, una volta ricevuta la richiesta, ha il compito di autorizzarla previo accertamento delle condizioni necessarie al riconoscimento¹⁶⁰. Infatti, in questa stessa sede, qualora ricorrano i motivi di rifiuto enunciati dall'art. 10 del decreto, il giudice potrà, anche su richiesta delle parti, disporre l'annullamento del decreto di riconoscimento emanato dal procuratore della Repubblica¹⁶¹. Dal punto di vista procedimentale, secondo quanto stabilito dall'art. 5 comma 3 del decreto, l'impugnativa si colloca nell'udienza in camera di consiglio *ex art. 127 c.p.p.*, salve le forme espressamente richieste dall'autorità di emissione che non si pongano in contrasto con i principi dell'ordinamento giuridico dello Stato. Proprio in virtù del rinvio operato alla disciplina del

¹⁵⁶ Art. 13 comma 2 d. lgs. 108 del 2017.

¹⁵⁷ Art. 13 comma 3 d. lgs. 108 del 2017.

¹⁵⁸ Art. 14 § 7 della Direttiva 2014/41/UE.

¹⁵⁹ Art. 13 comma 4 d. lgs. 108 del 2017.

¹⁶⁰ Art. 5 comma 2 d. lgs. 108 del 2017.

¹⁶¹ Art. 13 comma 5 d. lgs. 108 del 2017.

rito camerale, vengono chiariti alcuni quesiti che non possono trovare risposta nella lettera del decreto in esame, il quale è silente su taluni aspetti che avrebbero richiesto, invece, una previsione esplicita¹⁶²: si fa riferimento in particolare alla comunicazione dell'avvenuto riconoscimento da parte del procuratore della Repubblica ad egli spettante anche quando il compimento dell'atto sia demandato al giudice per le indagini preliminari. Tuttavia, l'inserimento dei documenti relativi al riconoscimento all'interno del fascicolo per l'udienza preliminare reso disponibile alle parti implica che queste ultime abbiano il diritto di prenderne visione venendo in tal modo a conoscenza del decreto di riconoscimento stesso¹⁶³. Infine, norme particolari sono previste per il terzo ed ultimo mezzo d'impugnazione, previsto avverso il decreto di riconoscimento dell'ordine di indagine avente ad oggetto il sequestro a fini probatori. Il mezzo predisposto a tal fine è anche in questo caso l'opposizione, tuttavia esso si differenzia dall'opposizione-base per le maggiori garanzie che lo presidiano. La ragione di un tale assunto è da rinvenire del principio espresso dalla Direttiva OEI *ex art. 14 § 1*, secondo il quale gli Stati membri devono assicurare "mezzi d'impugnazione equivalenti a quelli disponibili in un caso interno analogo" e dunque si richiede a ciascuno Stato di apprestare garanzie che siano equivalenti rispetto al corrispondente atto interno. Nel caso in esame l'equivalenza rispetto ad un atto interno è rinvenibile nell'art. 257 c.p.p. recante la disciplina del riesame avente ad oggetto il decreto di sequestro probatorio¹⁶⁴. L'analogia tra le due fattispecie è riscontrabile soprattutto sul terreno dei soggetti legittimati: l'art. 13 comma 7 d. lgs., così come l'art. 257 c.p.p., riconosce come titolari del diritto all'impugnazione non solo la persona sottoposta alle indagini ma anche il suo difensore nonché l'imputato. Anche in questo caso, tuttavia, si pone il problema concernente la comunicazione del decreto di

¹⁶² E. LORENZETTO, *L'assetto delle impugnazioni*, cit., p. 170.

¹⁶³ Si veda Corte cost. 20 dicembre 2000, n.558, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 58.

¹⁶⁴ E. LORENZETTO, *L'assetto delle impugnazioni*, cit., p.172.

riconoscimento che, come più volte si è detto, è riservata al solo difensore della persona sottoposta alle indagini. Un altro aspetto da chiarire rispetto a questa tipologia speciale di opposizione è quello relativo alla durata ed alla decorrenza del termine per presentare l'impugnazione. Il dubbio risiede nella divergenza dei termini sanciti, da un lato per l'opposizione-base, che prevede un termine di cinque giorni decorrenti dalla comunicazione e dall'altro, il termine più ampio di dieci giorni previsto dal combinato disposto degli artt. 257 e 324 c.p.p.

Avverso l'ordinanza che statuisce in merito all'impugnazione è ammesso, *expressis verbis*, ricorso per cassazione "per violazione di legge" ed anche in questa evenienza non è previsto alcun effetto sospensivo del provvedimento adottato¹⁶⁵ in analogia anche a quanto stabilito dal secondo comma dell'art. 257 c.p.p.

Prima di passare alla trattazione delle impugnazioni previste nella procedura attiva, pare doveroso soffermarsi sulle possibilità di poter esperire il ricorso per cassazione. Fermo restando quanto previsto dal settimo comma dell'art. 13, nessuna previsione espressa rimanda al rimedio di legittimità per le altre due tipologie di impugnazioni trattate. Tuttavia, per quanto riguarda l'opposizione-base, concludendosi quest'ultima con una decisione assunta senza formalità di procedura¹⁶⁶, è da ritenersi esclusa la possibilità di ricorrere per cassazione avverso il provvedimento conclusivo¹⁶⁷. Lo stesso, invece, non potrebbe affermarsi nel caso di annullamento disposto dal g.i.p.: esso, infatti, si colloca in esito all'udienza camerale *ex art.127 c.p.p.*, e dalle norme generali stesse è riconosciuta la prerogativa di poter ricorrere per cassazione avverso l'ordinanza conclusiva del procedimento camerale¹⁶⁸.

¹⁶⁵ Art. 13 comma 7 d. lgs. 108 del 2017.

¹⁶⁶ Art. 13 commi 1 e 4 d. lgs. 108 del 2017.

¹⁶⁷ E. LORENZETTO, *L'assetto delle impugnazioni*, cit., p. 174.

¹⁶⁸ Art. 257 comma 7 del c.p.p.

7.1. (segue) le impugnazioni nella procedura attiva

In sede di procedura attiva, ovvero quando sia l'autorità italiana ad emettere un ordine europeo d'indagine, l'impugnazione risulta estremamente circoscritta e si colloca in un frangente temporale successivo rispetto all'esecuzione dell'ordine stesso¹⁶⁹. In relazione al primo degli aspetti appena citati, l'art. 28 d.lgs. 108 del 2017 statuisce l'operatività dell'impugnazione solo nel caso in cui l'ordine abbia ad oggetto un sequestro a fini probatori. Tuttavia, nonostante il limitatissimo ambito oggettivo di operatività, la norma tende ad essere estremamente ampia sul versante dei soggetti legittimati ad esperire il mezzo in esame: possono proporre richiesta di riesame, *ex art.* 324 c.p.p., “la persona sottoposta alle indagini o l'imputato, il suo difensore, la persona alla quale la prova o il bene sono stati sequestrati e quella che avrebbe diritto alla loro restituzione”¹⁷⁰. Per ciò che attiene la decorrenza del termine entro il quale impugnare l'ordine, sembra giocoforza ritenere che in virtù del rinvio operato all'art. 324 c.p.p. esso debba essere necessariamente di dieci giorni dalla comunicazione dalla data di esecuzione dell'ordine ovvero dalla data in cui l'interessato abbia avuto conoscenza dell'avvenuto sequestro¹⁷¹. Come emerge dalla Relazione illustrativa¹⁷² all'OEI in sede di riesame sarà possibile proporre tutte le doglianze relative ai presupposti della misura oggetto dell'ordine, conclusione riscontrabile anche dal dettato normativo della Direttiva OEI li dove statuisce che le ragioni di merito “possono essere impugunate soltanto mediante un'azione introdotta nello Stato di emissione”¹⁷³.

¹⁶⁹ E. LORENZETTO, *L'assetto delle impugnazioni*, cit., p. 176.

¹⁷⁰ Art. 28 comma 1 del d.lgs. 108 del 2017.

¹⁷¹ E. LORENZETTO, *L'assetto delle impugnazioni*, cit., p. 177.

¹⁷² *Relazione illustrativa* del d. lgs. n.108 del 2017, p. 9.

¹⁷³ Art.14 § 2 della Direttiva 2014/41/UE.

Un discorso a sé stante meritano, infine, l'appello ed il ricorso per cassazione operanti in questa sede in virtù del rinvio *ex art.* 28 comma 2, rispettivamente agli artt. 322-*bis* e 325 c.p.p.

Nel primo caso, l'appello si configura come rimedio esperibile limitatamente al caso in cui vi sia stato rigetto dell'istanza di restituzione proposta dall'interessato nei confronti del pubblico ministero e ciò risulta espressamente dalla Relazione illustrativa sopramenzionata¹⁷⁴. Nel caso di ricorso per cassazione è possibile effettuare una duplice osservazione: nessun dubbio di compatibilità sorge tra l'operatività del primo comma dell'art. 325 c.p.p. ed il riesame, in quanto è generalmente ammesso ricorso per violazione di legge avverso l'ordinanza emessa ai sensi dell'art. 324 c.p.p.

Maggiori dubbi, invece, desta il raccordo con il secondo comma dell'art. 325 c.p.p. che nel disciplinare il ricorso *omisso medio*, lo contempla come strumento esperibile solamente nel caso in cui il sequestro sia stato emesso dal giudice e dunque solamente nel caso in cui sia stato predisposto un sequestro cautelare preventivo a norma dell'art. 321 comma 1 c.p.p.¹⁷⁵. Ciononostante, l'esclusione del ricorso *per saltum*, mal si concilia con la lettera dell'art. 28 del decreto che, nel disciplinare i mezzi d'impugnazione esperibili, effettua un integrale rinvio alla disciplina contenuta nell'art. 325 c.p.p.¹⁷⁶

7.2. L'utilizzabilità delle prove raccolte e l'inosservanza delle garanzie difensive

Il regime di utilizzabilità delle prove raccolte in esecuzione dell'OEI, malgrado gli auspici contenuti nel Libro verde sulla ricerca della prova in materia penale¹⁷⁷,

¹⁷⁴ *Relazione illustrativa*, cit., nel punto in cui afferma che “l'ordinamento interno riconosce il diritto di riesame e l'appello, in caso di diniego di restituzione”, p. 8.

¹⁷⁵ V. Cass., 4 ottobre 1990, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1991, p. 241.

¹⁷⁶ Art. 28 comma 2 d. lgs. 108 del 2017

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

è rimesso in larga parte alle scelte discrezionali dei singoli Stati membri. Tuttavia, le norme eurounitarie non sono del tutto neutrali rispetto al tema: vi sono casi in cui si predilige l'applicazione della *lex fori* e casi nei quali le previsioni sono nel senso dell'applicazione della *lex loci*¹⁷⁸. Il rischio di un siffatto sistema è rintracciabile nella disomogeneità delle modalità probatorie tra diversi Stati membri che potrebbero avere delle ripercussioni, degradandone lo *standard*, sui diritti di difesa e sulle garanzie riconosciuti dai singoli ordinamenti nazionali. Inoltre, il sistema probatorio così delineato, viene ulteriormente aggravato se si tiene conto della facoltà attribuita allo Stato richiesto di ricorrere ad un atto alternativo rispetto a quello oggetto dell'ordine, nei casi previsti dall'art. 10 § 1 della Direttiva OEI, secondo un modello di "flessibilità a rime obbligate"¹⁷⁹. Per ciò che attiene le scelte compiute dal legislatore italiano è necessario soffermarsi su quanto disposto dal decreto di recepimento nell'art. 36 dal quale emerge un'impostazione in parte analoga a quella prevista dalla Direttiva stessa. Innanzitutto, il primo comma dell'articolo in commento stabilisce l'inclusione del fascicolo per il dibattimento ai sensi dell'art. 432 c.p.p. dei documenti acquisiti all'estero mediante ordine di indagine e i verbali degli atti non ripetibili assunti con le stesse modalità e dei verbali degli atti diversi da quelli appena menzionati, 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. Di conseguenza, dal tenore letterale della previsione emerge la piena utilizzabilità dei verbali degli atti non ripetibili anche

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).

¹⁷⁸ M. DANIELE, *La sfera d'uso delle prove raccolte*, cit., p. 181-182.

¹⁷⁹ L'espressione è di G. FIORELLI, *Nuovi orizzonti investigativi: l'ordine europeo di indagine*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, p. 707.

nel caso in cui, in ottemperanza alla *lex loci*, fossero stati acquisiti in assenza delle garanzie difensive previste dall'ordinamento nazionale¹⁸⁰. Un argomento di segno contrario è rinvenibile nell'art. 33 primo comma dello stesso decreto il quale stabilisce che l'autorità italiana nel concordare le modalità di compimento dell'atto con l'autorità straniera debba specificatamente indicare “i diritti e le facoltà riconosciuti dalla legge alle parti e ai loro difensori”. Da ciò sembra giocoforza dedurre che in relazione alle garanzie difensive viga un dovere di integrale osservazione delle stesse sia che si tratti di atti ripetibile sia nel caso di atti non ripetibili, al fine dell'inserimento nel fascicolo per il dibattimento¹⁸¹. Per quanto riguarda il contenuto delle stesse garanzie, una sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione è intervenuta sancendo l'inutilizzabilità delle prove raccolte all'estero ogniqualvolta si pongano in contrasto con “norme di ordine pubblico e buon costume” che tuttavia “non si identificherebbero necessariamente con il complesso delle regole dettate dal codice di rito e, in particolare, con quelle relative all'esercizio dei diritti della difesa”¹⁸². Il secondo comma dello stesso articolo, invece, ha ad oggetto la disciplina concernente l'utilizzabilità dei verbali delle dichiarazioni rese all'estero a seguito di un ordine emesso durante le indagini preliminari, diverse dai verbali assunti nell'incidente probatorio¹⁸³ e secondo le modalità stabilite dall'art.512-*bis* c.p.p. concernente la “lettura di dichiarazioni rese da persone residenti all'estero”. Di conseguenza sarà possibile dare lettura e, dunque, utilizzare ai fini del giudizio i verbali delle

¹⁸⁰ M. DANIELE, *La sfera d'uso delle prove raccolte*, cit., 2018, p. 192.

¹⁸¹ V.F. RUGGIERI, *Le nuove frontiere dell'assistenza penale internazionale: l'ordine europeo di indagine penale*, in *Proc. pen. giust.*, 2018, p. 139.

¹⁸² Cass., Sez. Un., 25 febbraio 2010, Mills, n. 15208.

¹⁸³ 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.

dichiarazioni raccolte all'estero quando il dichiarante sia stato regolarmente citato nel giudizio italiano e non sia comparso e solo nel caso in cui vi sia l'assoluta impossibilità di procedere all'esame dibattimentale¹⁸⁴, secondo quanto previsto dal quinto comma dell'art. 111 Cost.¹⁸⁵.

CAPITOLO II

IL DIRITTO DI DIFESA E LE GARANZIE PARTECIPATIVE DAL TRATTATO DI LISBONA ALL'ORDINE EUROPEO DI INDAGINE PENALE

1. La “roadmap” del Consiglio GAI del 2009

Nell'ultimo ventennio le garanzie partecipative e la tutela dei diritti di difesa in ambito europeo sono stati protagonisti di una vera e propria evoluzione normativa, affiancandosi e talvolta intersecandosi con il tema della cooperazione transnazionale tra gli Stati membri¹⁸⁶. In questo contesto le intenzioni del legislatore europeo non sempre si sono mosse nel senso di dotare i soggetti coinvolti in procedimenti penali transnazionali dei necessari presidi difensivi e ciò è evidente soprattutto ripercorrendo i maggiori interventi normativi e giurisprudenziali che hanno interessato il periodo immediatamente successivo all'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam. Nello specifico, si fa riferimento ad una lunga serie di decisioni-quadro finalizzate a rafforzare la cooperazione

¹⁸⁴ Art. 512-*bis* c.p.p.

¹⁸⁵ Art. 111 comma 4: “la legge regola i casi in cui la formazione della prova non ha luogo in contraddittorio per consenso dell'imputato o per accertata impossibilità di natura oggettiva o per effetto di provata condotta illecita.”

¹⁸⁶ S. RUGGIERI, *Procedimento penale, diritto di difesa e garanzie partecipative nel diritto dell'Unione europea*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, p. 131.

giudiziaria tra gli Stati membri e che hanno dato avvio al processo che ha portato all'affermazione del mutuo riconoscimento in un'ottica perlopiù repressiva¹⁸⁷.

Proprio la noncuranza del legislatore europeo rispetto ai temi di difesa ha comportato, in quegli anni, una mancanza di fiducia degli Stati membri che si pone, invece, come base necessaria affinché possa attuarsi un'efficiente cooperazione giudiziaria fondata su una logica di “*mutual trust*”.

Le esigenze relative ad un bilanciamento tra una cooperazione effettiva e tutela dei diritti di difesa, infatti, erano state già segnalate nel Programma per l'attuazione del principio del mutuo riconoscimento del 2000 il quale affermava che “il reciproco riconoscimento deve consentire di rafforzare non solo la cooperazione fra Stati membri, ma anche la protezione dei diritti delle persone”¹⁸⁸. In quest'ottica, la garanzia dell'assistenza difensiva si pone come presupposto necessario non solo della cooperazione giudiziaria tra gli Stati membri ma anche per il riconoscimento delle decisioni giudiziarie che si collocano nel medesimo ambito¹⁸⁹. Fu proprio alla luce di siffatte considerazioni che, nel febbraio 2003, la Commissione presentò un Libro verde sulle garanzie procedurali a favore di indagati e imputati in procedimenti penali nel territorio dell'Unione europea¹⁹⁰. Le garanzie ivi riconosciute erano perlopiù inerenti alle tematiche che subivano maggiormente l'influenza del principio del mutuo riconoscimento, tralasciando, quindi, quelle aree che non si ponevano come una conseguenza diretta della cooperazione giudiziaria fino a quel momento realizzata. Ciononostante, sulla scia del Libro verde furono adottate numerose

¹⁸⁷ M. CAIANIELLO, *Dal terzo pilastro ai nuovi strumenti: diritti fondamentali, “road map” e l'impianto delle nuove direttive*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, p. 72; cfr. anche F. SIRACUSANO, *Procedure di cooperazione giudiziaria e garanzie difensive: lungo la strada, a piccoli passi*, in *Arch. pen. n.3*, 2016, p. 2: “Per circa un decennio il tema delle garanzie difensive non aveva sollecitato l'attenzione del legislatore euro-unitario, interessato più a rafforzare i modelli di cooperazione, sull'abbrivio dato dal mutuo riconoscimento, senza preoccuparsi di accompagnare tale opera con un adeguato irrobustimento dei presidi di garanzia che avrebbero dovuto veicolare un efficace sviluppo.”

¹⁸⁸ In GCUE, 15 gennaio 2001, C-12, 10.

¹⁸⁹ F. SIRACUSANO, *Procedure di cooperazione giudiziaria e garanzie difensive: lungo la strada, a piccoli passi*, cit., p. 5.

¹⁹⁰ COM (2003) 75 def., del 19 febbraio 2003.

disposizioni poi sfociate nel 2004¹⁹¹ in una proposta di decisione-quadro volta al riconoscimento di determinati diritti processuali ¹⁹²che fu immediatamente accantonata a causa della riluttanza degli Stati membri “a rinunciare a porzioni di sovranità legislativa in materie quali quelle dei diritti di difesa”¹⁹³. Prima che si arrivasse ad un intervento che avrebbe definitivamente posto le basi per un rafforzamento dei diritti di difesa è stato, infatti, necessario attendere l’entrata in vigore del Trattato di Lisbona, il quale ha consentito di avviare nuovamente un percorso volto al riconoscimento dei diritti fondamentali soprattutto sotto la spinta della giurisprudenza di Strasburgo¹⁹⁴. A dettare le coordinate¹⁹⁵ del percorso fu proprio la previsione contenuta nell’art. 82 § 2 TFUE, la quale attribuisce al Parlamento europeo ed al Consiglio il potere di “stabilire norme minime comuni” anche in materia di “diritti delle persone nella procedura penale” e tenendo conto delle “differenze tra le tradizioni giuridiche e gli ordinamenti giuridici degli Stati membri”, soprattutto consentendo a questi ultimi di poter mantenere un *standard* di garanzie più elevato qualora previsto dalla normativa domestica.

Questo nuovo contesto istituzionale più attento ai diritti dei soggetti coinvolti in procedimenti transfrontalieri è stato terreno fertile per un nuovo e più incisivo intervento: si tratta della Tabella di marcia (“*roadmap*”) adottata il 30 novembre 2009 dal Consiglio GAI per il rafforzamento dei diritti processuali di indagati o imputati nell’ambito dei procedimenti penali. L’obiettivo di un siffatto intervento

¹⁹¹ Proposta di decisione quadro del Consiglio in materia di determinati diritti processuali in procedimenti penali nel territorio dell’Unione europea {SEC (2004) 491} COM/2004/0328 def.

¹⁹² M. CAIANIELLO, *Dal terzo pilastro ai nuovi strumenti: diritti fondamentali, “road map” e l’impianto delle nuove direttive*, cit., p. 77.

¹⁹³ F. SIRACUSANO, *Procedure di cooperazione giudiziaria e garanzie difensive: lungo la strada, a piccoli passi*, cit., p. 6.

¹⁹⁴ S. RUGGIERI, *Procedimento penale, diritto di difesa e garanzie partecipative nel diritto dell’Unione europea*, cit., p. 130.

¹⁹⁵ F. SIRACUSANO, *Procedure di cooperazione giudiziaria e garanzie difensive: lungo la strada, a piccoli passi*, cit., p. 7.

era quello di costruire un percorso “per tappe” all’interno del quale si sono, successivamente, innestate una serie di direttive volte a salvaguardare i diritti fondamentali delle persone coinvolte in procedimenti penali europei¹⁹⁶. Ai fini di una completa esegesi, si riportano di seguito le Direttive di maggior rilievo che hanno scandito il percorso segnato da tale intervento:

- La Direttiva 2010/64/UE¹⁹⁷ adottata dal Parlamento e dal Consiglio nel 20 ottobre 2010 concernente il diritto all’interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali
- La Direttiva 2012/13/UE¹⁹⁸ adottata il 22 maggio 2012 sul diritto all’informazione nei procedimenti penali
- La Direttiva 2013/48/UE¹⁹⁹ del 22 ottobre 2013 sul “diritto di avvalersi di un difensore nel procedimento penale e nel procedimento di esecuzione del mandato di arresto europeo”
- La Direttiva 2016/1919/UE²⁰⁰ del 26 ottobre 2016 “sull’ammissione al patrocinio a spese dello Stato per indagati ed imputati nell’ambito di procedimenti penali e per le persone ricercate nell’ambito di procedimenti di esecuzione del mandato di arresto europeo”

Inoltre, nel novembre 2013, sono state presentate dal Parlamento europeo e dal Consiglio delle proposte di direttiva, poi approvate nel 2016 concernenti le garanzie procedurali per i minori indagati o imputati in procedimenti penali nonché quelle sul rafforzamento di alcuni aspetti relativi alla presunzione di innocenza e del diritto a presenziare nei procedimenti penali.

Nonostante i numerosi passi avanti compiuti successivamente l’entrata in vigore del Trattato di Lisbona, la strada verso una maggiore sensibilizzazione al tema

¹⁹⁶ G. DE AMICIS, *Limiti e prospettive del mandato europeo di ricerca della prova*, cit., p. 5-6.

¹⁹⁷ GCUE, 20 ottobre 2010, L 280/1.

¹⁹⁸ GCUE, 22 maggio 2012, L 142/1.

¹⁹⁹ GCUE, 22 ottobre 2013, L 294/1.

²⁰⁰ GCUE, 26 ottobre 2016, L 297/1.

della tutela del diritto di difesa nei procedimenti europei risulta ancora insufficiente a dotare di solide radici il principio del mutuo riconoscimento²⁰¹. Tuttavia, in linea con quanto stabilito dall'art. 82 TFUE ed al fine di rafforzare la cooperazione giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri anche accrescendo il senso di fiducia nei reciproci ordinamenti, nel 2014 è stata adottata la Direttiva recante la disciplina sull'ordine europeo di indagine penale²⁰² che, come si vedrà, in punto di diritti di difesa e di garanzie partecipative non è scevra da critiche.

2. Il diritto di difesa nel sistema dell'OEI

Come emerge dalle vicende storiche che hanno interessato, in ambito europeo, la cooperazione giudiziaria penale tra gli Stati membri, gli interventi normativi succedutisi nel tempo hanno sin dalle origini fatto emergere un continuo contrasto tra una logica efficientista da un lato, e garantista dall'altro²⁰³.

Mentre l'ordinamento sovranazionale ha perseguito, perlopiù, uno scopo volto a rafforzare e a rendere effettiva la cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale, i legislatori nazionali, invece, hanno focalizzato la propria attenzione in particolar modo sulla tutela dei diritti di difesa in vista di un loro rafforzamento anche alla luce dei risultati probatori provenienti da altri Stati coinvolti che non garantiscono i medesimi *standard* di garanzia²⁰⁴. Come in precedenza rilevato (v. *supra* § 1), la Direttiva OEI e la sua trasposizione domestica attraverso l'adozione del d.lgs. n. 108 del 2017 sono espressione della continua tensione intercorrente tra efficientismo e garantismo ma in materia di diritti di difesa le due fonti non

²⁰¹ F. SIRACUSANO, *Procedure di cooperazione giudiziaria e garanzie difensive: lungo la strada, a piccoli passi*, cit., p. 12.

²⁰² S. ALLEGREZZA, *Il diritto delle prove eurounitario*, in *I limiti alla prova nella procedura penale europea*, (a cura di A. Cabiale), Wolters Kluwer Italia, 2019, p. 202 ss.

²⁰³ E. LORENZETTO, *I diritti di difesa nelle dinamiche dell'ordine europeo di indagine penale*, in *La nuova cooperazione giudiziaria penale*, (a cura di M. R. Marchetti e E. Selvaggi), Walters Kluwer Italia, 2019, p. 338.

²⁰⁴ O. MAZZA, *Presunzione d'innocenza e diritto di difesa*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 12, p. 1403.

sempre sono pienamente coincidenti: il legislatore italiano si è occupato di disciplinare nello specifico aspetti che nella Direttiva appaiono, talvolta, come delle semplici esortazioni²⁰⁵. Volgendo uno sguardo alla disciplina dell'OEI nel suo complesso, emerge sin dal principio l'attitudine delle procedure ivi regolate a coinvolgere in diversa misura i diritti di difesa e le garanzie partecipative dei soggetti coinvolti. Ciononostante, la preoccupazione principale delle previsioni europee è stata soprattutto quella di creare uno strumento volto ad assicurare il riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie tra i diversi Stati membri in attuazione a quanto stabilito dall'art. 82 § 1, lett. a) del TFUE²⁰⁶. Ciò che le istituzioni europee hanno mancato di considerare è che per favorire la circolazione delle prove nell'Unione è necessario che vi sia una fiducia reciproca tra gli Stati coinvolti ed il mezzo per favorire la cd. “*mutual trust*” sarebbe rappresentato proprio da previsioni volte ad un rafforzamento della tutela dei diritti di difesa²⁰⁷. Tale logica viene in parte assecondata nelle premesse della Direttiva OEI ed in particolare nel suo *considerando* 12, il quale afferma che “la presunzione di innocenza e i diritti della difesa nei procedimenti penali sono i capisaldi dei diritti fondamentali riconosciuti nella Carta²⁰⁸ nel settore della giustizia penale [...]”; o ancora nel *considerando* 19 dove si afferma che “se sussistono seri motivi per ritenere che l'esecuzione di un atto di 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”; ed infine il *considerando* 15 che sancisce il principio secondo cui, nell'attuazione della presente Direttiva, sarebbe opportuno tenere conto delle Direttive 2010/64/UE, 2012/13/UE ed infine

²⁰⁵ E. LORENZETTO, *I diritti di difesa nelle dinamiche dell'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 338.

²⁰⁶ La Direttiva OEI (*considerando* 2), nel richiamare l'art. 82 § 1, TFUE ribadisce che “la cooperazione giudiziaria in materia penale dell'Unione deve fondarsi sul principio di riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie [...]”

²⁰⁷ ²⁰⁷ E. LORENZETTO, *I diritti di difesa nelle dinamiche dell'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 340.

²⁰⁸ Il riferimento è alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

la Direttiva 2013/48/UE adottate dal Parlamento europeo e dal Consiglio nell'ambito della *roadmap* per il “rafforzamento dei diritti procedurali di indagati o imputati in procedimenti penali”. Tuttavia, se si analizza il compendio normativo, è possibile constatare che salve talune previsioni, come quelle relative alle impugnazioni (art.14) e ed alle videoconferenze (art.24), il resto della disciplina in punto di diritti di difesa è estremamente scarna²⁰⁹. Il rischio di un impianto normativo così costruito risiede in una sostanziale disparità tra accusa e difesa: sebbene sia riconosciuta la facoltà di richiedere un ordine di indagine anche all'imputato, all'indagato ed al loro difensore, difatti, tale facoltà risulta priva di utilità pratica se non si accorda a questi ultimi il diritto di accesso agli atti necessario ai fini dello *ius postulandi*²¹⁰. Ulteriori lacune sono riscontrabili anche sul terreno dei meccanismi informativi: l'art. 4 della Direttiva, nel disciplinare i termini degli avvisi necessari a consentire il compimento degli atti difensivi, opera un mero rinvio alle discipline domestiche degli Stati coinvolti²¹¹. Infine, per quanto attiene la persona offesa dal reato, essendo la Direttiva totalmente silente al riguardo, nessuna garanzia gli è specificamente riconosciuta.

2.1. (segue) il considerando 15: le direttive riguardanti i diritti procedurali nei procedimenti penali

La prima direttiva richiamata dal *considerando* 15 della Direttiva OEI riguarda il “diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali”²¹². Le principali disposizioni della direttiva in esame sono contenute

²⁰⁹ E. LORENZETTO, *I diritti di difesa nelle dinamiche dell'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 342; L. CAMALDO e F. CERQUA, *La direttiva sull'ordine europeo di indagine penale: le nuove prospettive per la libera circolazione delle prove*, cit., p. 3520.

²¹⁰ M. CAIANIELLO, *La nuova direttiva UE sull'ordine europeo di indagine penale tra mutuo riconoscimento e ammissione reciproca delle prove*, cit., p.8

²¹¹ A. MANGIARACINA, *Il procedimento di esecuzione dell'oei ed i margini nazionali di rifiuto*, cit., p. 112.

²¹² Direttiva 210/64/UE.

nei suoi artt. 2 e 3 che concernono, rispettivamente, l'assistenza dell'interprete durante gli interrogatori e le udienze, nonché nei principali colloqui con il difensore volti a delineare la strategia difensiva (art. 2 § 2) e la traduzione dei documenti fondamentali, tra i quali figurano le decisioni che privano l'individuo della libertà personale, gli atti aventi ad oggetto i capi d'imputazione e infine le sentenze (art. 3 §§ 1 e 2). Sebbene manchi qualsiasi riferimento espresso alle prove documentali, secondo una parte della dottrina²¹³ devono ritenersi comprese nella nozione di documenti fondamentali ai sensi dell'art. 3 § 1 della Direttiva in esame. Infine, entrambe le disposizioni richiamate sottolineano il rilevante aspetto per cui l'interpretazione o la traduzione degli atti che vengono fornite all'indagato o all'imputato devono essere "di qualità sufficiente a tutelare l'equità del procedimento"²¹⁴ (art. 2 § 8; art.3 § 9).

Una volta catalogate tutte le garanzie accordate alla persona coinvolta, la Direttiva non stabilisce alcuna conseguenza nel caso in cui le stesse fossero violate. Nei paragrafi 5 degli artt. 2 e 3 la Direttiva prescrive agli Stati membri di attribuire all'accusato il "diritto di impugnare una decisione che dichiara superflua" l'interpretazione o la traduzione e "la possibilità di contestare" l'assistenza linguistica. Ciononostante, non vi è alcuna previsione volta a stabilire quali siano le conseguenze nel caso in cui all'accusato sia negato il diritto all'interprete durante un interrogatorio²¹⁵. Infatti, nel caso in cui l'accusato lamenti il diniego in questione e fosse successivamente accertata l'inosservanza delle garanzie difensive, non è rinvenibile alcuna disposizione che impedisca al giudice di poter utilizzare come prova, ai fini del giudizio, la dichiarazione resa in violazione dei diritti di difesa. Per ovviare alla lacuna sopra citata, autorevole dottrina si appella ad altre due disposizioni contenute

²¹³ M. BARGIS, *L'assistenza linguistica per l'imputato: dalla direttiva europea 64/2010 nuovi inputs alla tutela fra teoria e prassi*, in *Studi in ricordo di Maria Gabriella Aimonetto*, (a cura di M. Bargis), Giuffrè, 2013, p. 91.

²¹⁴ M. GIALUZ, *Il meta-diritto all'assistenza linguistica nelle fonti eurolunitarie*, in *L'assistenza linguistica nel processo penale*, (a cura di M. Gialuz), Walters Kluwer Italia, CEDAM, 2018, p. 133 e ss.

²¹⁵ *Ibidem*.

nella stessa Direttiva 2010/64: l'art. 8 che sancisce il principio secondo cui nessuna norma della Direttiva "può essere interpretata in modo tale da limitare o derogare ai diritti e alle garanzie procedurali" previsti dalla Cedu e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea" nonché il *considerando* 32 nella parte in cui afferma che la Direttiva contiene solo "norme minime" e che "il livello di tutela non dovrebbe mai essere inferiore" a quello sancito dalle due fonti sovranazionali appena citate²¹⁶. Di conseguenza, gli ordinamenti dei singoli Stati membri non dovrebbero limitarsi a prevedere dei mezzi di impugnazione nel caso in cui si sia verificata una violazione del diritto di difesa ma dovranno prevedere anche un rimedio che possa essere definito come effettivo²¹⁷.

Le argomentazioni a favore della tesi appena esposta sono rinvenibili da un lato, nella Carta di Nizza stessa - che sulla base della clausola di "equivalenza" stabilita nell'art. 52 § 3 - prescrive il "*right to an effective remedy*" ex art.47 § 1 e dall'altro, nell'art. 6 Cedu, in quanto il diritto all'assistenza linguistica si pone come contenuto esplicito del "*right to a fair trial*"²¹⁸. Da questo complesso sistema di fonti discende emerge che l'accusato debba vedersi riconosciuto non solo il diritto di poter lamentare l'illegittimità degli atti compiuti in violazione dei diritti di difesa ma dovrebbero, anche, essergli assicurati dei mezzi volti al recupero delle condizioni processuali che siano quanto più simili rispetto a quelle preesistenti alla violazione²¹⁹.

²¹⁶ A. CABIALE, *Le direttive di Stoccolma*, in *I limiti alla prova nella procedura penale europea*, (a cura di A.Cabiale), Wolters Kluwer Italia, CEDAM, 2019, p. 212.

²¹⁷ A. DI STEFANO, *sub Art.13*, in *Commentario breve alla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, (a cura di S.Bartolone, P. De Sena, V. Zagreblesky), CEDAM, 2012, p. 497.

²¹⁸ A. CABIALE, *Le direttive di Stoccolma*, cit., p. 213.

²¹⁹ S. ALLEGREZZA, *Judicial review as a fundamental right: article 47 of the Charter*, in *Effective defence rights in criminal proceedings*, (a cura di S. Allegrezza e V. Covolo), Walters Kluwer Italia, CEDAM, p. 86 e ss.

La seconda Direttiva richiamata dal *considerando* 15 della Direttiva OEI ha ad oggetto la facoltà della persona coinvolta ad essere informata dei propri diritti di difesa nonché di essere edotta sulle accuse a suo carico²²⁰. Anche in questo caso la Direttiva si occupa di catalogare una serie di garanzie tra le quali spiccano l'obbligo di rivelare dettagliatamente le circostanze relative all'accusa a suo carico²²¹, nonché la facoltà di accedere a "tutto il materiale probatorio"²²² raccolto durante le indagini. Tuttavia, così come riscontrato nella Direttiva 2010/64/UE anche nella presente Direttiva, da un lato viene garantito all'accusato e al suo difensore "il diritto di impugnare, secondo le procedure del diritto nazionale, l'eventuale rifiuto delle autorità competenti di fornire le informazioni" o "l'eventuale mancata comunicazione"²²³ ma dall'altro non è previsto alcun rimedio o limite di utilizzabilità probatoria nel caso in cui le dichiarazioni dell'accusato fossero rese in mancanza degli avvisi dovuti ovvero, ancora, nel caso in cui le prove fossero tenute all'oscuro del difensore o dell'accusato stesso²²⁴. In questa sede, è stata decisiva la massima contenuta nella sentenza *Panovits c. Cipro*²²⁵ emanata dai giudici di Strasburgo: essi infatti non solo hanno sancito il principio secondo cui l'obbligo delle autorità giudiziarie di fornire informazioni sui diritti procedurali sia espressione dei canoni del giusto processo *ex art. 6 CEDU* ma hanno ricondotto nell'alveo di detti canoni anche il "rimedio" dell'inutilizzabilità delle dichiarazioni rese dall'accusato ogniqualvolta gli inquirenti abbiano proceduto senza osservare le opportune garanzie difensive. Prendendo le mosse da quanto stabilito dalla giurisprudenza di Strasburgo, la

²²⁰ Direttiva 2012/13/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 maggio 2012, sul diritto all'informazione nei procedimenti penali, pubblicata in G.U.U.E, 1/06/2012, L 140.

²²¹ Art. 6 Direttiva 2012/13/UE.

²²² Art. 7 Direttiva 2012/13/UE.

²²³ Art. 8 § 2 Direttiva 2012/13/UE.

²²⁴ A. CABIALE, *Le direttive di Stoccolma*, in *I limiti alla prova nella procedura penale europea*, cit., p. 217.

²²⁵ Corte edu, sez. I, 11 dicembre 2008, *Panovits c. Cipro*, § 75.

dottrina, analogamente a quanto stabilito in merito alla Direttiva 2010/64/UE, adottò un'interpretazione volta a trasformare il diritto di impugnare ex art. 8 § 2 in un diritto ad un *effective remedy* consistente nell'esclusione o nell'inutilizzabilità, delle dichiarazioni raccolte in violazione dei diritti di difesa, contro chi le ha rese²²⁶. Una simile interpretazione troverebbe la propria legittimazione nel *considerando* n. 40 che non solo prevede la facoltà degli Stati membri di assicurare uno *standard* di tutela più elevato ma sancisce anche il principio secondo cui la tutela stessa non debba mai essere inferiore rispetto a quanto garantito dalle disposizioni della CEDU. Anche in questo caso, così come nella Direttiva 2010/64/UE, il “rimedio” apprestato all'individuo leso si sostanzia nella restituzione a quest'ultimo della posizione in cui si trovava prima che si verificasse la violazione, attraverso l'esclusione degli elementi probatori ottenuti ai fini del giudizio²²⁷. In conclusione, la terza ed ultima fonte europea richiamata dal *considerando* n. 15 della Direttiva OEI è la Direttiva 2013/48/UE “relativa al diritto di avvalersi di un difensore nel procedimento penale e nel procedimento di esecuzione del mandato d'arresto europeo”. A differenza delle prime due Direttive sopra citate, la Direttiva in esame nell'art. 12 dedicato ai rimedi esperibili in caso di violazione dei diritti di difesa, fa, finalmente, espresso riferimento all' *effective remedy* sancito dalla CEDU e dalla Carta di Nizza²²⁸: difatti, sebbene non sia chiaro sul punto, il § 2 dell'art 12 stabilisce che “fatti salvi i sistemi o le norme nazionali in materia di ammissibilità delle prove, gli Stati membri garantiscono che, nel quadro dei procedimenti penali, nella valutazione delle dichiarazioni rese da indagati o imputati o delle prove raccolte in violazione del loro diritto di accesso a un difensore o in caso in cui è stata autorizzata una deroga a tale diritto conformemente all'articolo 3, paragrafo 6, siano rispettati i diritti della difesa e l'equità del procedimento”. Dalla lettera della norma in questione appare

²²⁶ A. CABIALE, *Le direttive di Stoccolma*, cit., p. 217.

²²⁷ A. CABIALE, *Le direttive di Stoccolma*, cit., p. 221.

²²⁸ A. CABIALE, *Le direttive di Stoccolma*, cit., p. 227.

chiara la finalità del legislatore europeo di rinviare ai canoni del giusto processo sugellati nell'art. 6 CEDU²²⁹.

Tuttavia, le modalità con le quali si è legiferato sul punto sembrerebbero suggerire una mera indicazione di principio piuttosto che un obbligo per gli Stati membri di apportare delle modifiche legislative ai propri ordinamenti nazionali²³⁰. Infine, considerati i margini di discrezionalità lasciati ai singoli ordinamenti, ancora troppo ampi per permettere lo sviluppo di un quadro normativo uniforme fra i Paesi membri dell'Unione europea, è possibile affermare che malgrado i numerosi interventi successivi alla *road map*, quest'ultima non sia ancora stata in grado di raggiungere l'obiettivo relativo al rafforzamento della tutela dei diritti di difesa quando il procedimento richieda la cooperazione giudiziaria tra gli Stati membri coinvolti²³¹.

3. i diritti di difesa nel d.lgs. n. 108 del 2017

Sebbene la Direttiva OEI sia estremamente lacunosa sul versante dei diritti di difesa, lo stesso non può affermarsi rispetto alla disciplina domestica di recepimento contenuta nel d.lgs. n.108 del 2017. Analogamente a quanto previsto nella fonte europea in questione, le disposizioni di principio del decreto dichiarano prescrivono l'osservanza dei diritti costituzionalmente garantiti nonché la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione ed i principi del giusto processo, come guida ai fini dell'attuazione interna della Direttiva stessa²³².

²²⁹ S. CRAS, *The Directive on the Right of Access to a Lawyer in criminal proceedings and in European arrest warrant proceedings*, in *eu crim* ,<https://eu crim.eu/articles/directive-right-access-lawyer-criminal-proceedings>, 2014, p. 40.

²³⁰ A. CABIALE, *Le direttive di Stoccolma*, cit., p. 228.

²³¹ A. SOO, *Divergence of European union and Strasburg standards on defence rights in criminal proceedings? Ibrahim and the others v. the UK* (13th of September 2016), in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal justice*,https://brill.com/view/journals/eccl/25/4/article-p327_327.xml, 2017, p. 339.

²³² E. LORENZETTO, *I diritti di difesa nelle dinamiche dell'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 344 e ss.

A differenza del legislatore europeo, il nostro legislatore non ha mancato di considerare la circostanza per cui i diritti di difesa si prestano ad essere diversamente modulati a seconda della fase procedimentale di riferimento. Egli, infatti, si è occupato di dare un significato pratico a quelle disposizioni che nella Direttiva appaiono come semplici enunciazioni di principio, prevedendo a seconda della fase procedimentale, garanzie “preventive”, “contestuali” e “successive” rispetto all’emanazione dell’ordine d’indagine.²³³

Tuttavia, nonostante un impegno volto a rendere effettive le previsioni in punto di garanzie anche nella disciplina italiana permane nel complesso il carattere restrittivo di derivazione europea.²³⁴

3.1. (segue) La tutela dei diritti di difesa nella procedura passiva

La procedura passiva vede il coinvolgimento dei diritti di difesa sia nella fase di riconoscimento dell’ordine, posto in essere dal procuratore della Repubblica del capoluogo del distretto in cui deve compiersi l’atto²³⁵, sia in quella di esecuzione per la quale in talune circostanze è necessaria la presenza del giudice per le indagini preliminari, che dovrà compiere l’atto richiesto in prima persona²³⁶. Sebbene in tale sede il risultato probatorio non sia finalizzato ad un utilizzo interno, si ritiene che lo Stato italiano conservi comunque un interesse affinché la procedura si svolga nel rispetto dei diritti di difesa e dei canoni dell’equo processo. Le garanzie che interessano la procedura in esame sono, infatti, perlopiù “preventive” e “contestuali” rispetto al compimento degli atti d’indagine. Per ciò che attiene le garanzie “successive”, essendo i mezzi di impugnazione esperibili dinanzi l’autorità giudiziaria estera competente, sono rimesse interamente alle previsioni della

²³³ *Ibidem.*

²³⁴ *Ibidem.*

²³⁵ Art. 4 comma 1 d. lgs.108 del 2017.

²³⁶ Art. 5 d. lgs. 108 del 2017.

*lex fori*²³⁷. In questa prospettiva assume rilevanza tutto il compendio di garanzie che il legislatore italiano ha previsto in via preventiva rispetto all'esecuzione dell'ordine, volte soprattutto al coinvolgimento della difesa anche prima del compimento dell'atto probatorio richiesto.

In prima analisi, si richiama l'attenzione sulla previsione secondo cui il riconoscimento dell'ordine di indagine debba prendere le forme del decreto motivato²³⁸. L'adempimento ed anzi il dovere del procuratore della Repubblica distrettuale di fornire una motivazione puntuale è, infatti, strettamente necessaria a far sì che la difesa possa, in sede di impugnazione, articolare compiutamente eventuali motivi di doglianza.

Un ruolo sicuramente decisivo, in quanto strumentale all'esercizio delle facoltà partecipative della difesa al momento dell'esecuzione dell'atto, è rivestito dalla notifica del decreto di riconoscimento posta in essere dalla segreteria del pubblico ministero²³⁹. I termini stabiliti per l'avviso sono stabiliti dalla disciplina codicistica e di conseguenza sono diversamente calibrati a seconda della natura dell'atto da compiere. Inoltre, la previsione per cui il solo difensore risulta essere destinatario della comunicazione, ha portato a ritenere che la notifica del riconoscimento non sia dovuta ogniqualvolta l'atto richiesto non preveda l'assistenza difensiva²⁴⁰ e che sia necessaria, invece, in tutti quei casi in cui tale diritto sia riconosciuto²⁴¹. L'importanza rivestita dalla comunicazione al difensore, infatti, è stata di recente oggetto di una sentenza della Cassazione. La Suprema Corte nell'affrontare una questione relativa all'esecuzione di un ordine di indagine avente ad oggetto la richiesta di perquisizione e di sequestro ai fini

²³⁷ E. LORENZETTO, *I diritti di difesa nelle dinamiche dell'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 348.

²³⁸ Art. 4 comma 1 d. lgs.108 del 2017.

²³⁹ Art. 4 comma 4 d. lgs.108 del 2017.

²⁴⁰ Tra gli atti investigativi in questione rientrano: l'accertamento tecnico (Art. 359 c.p.p.); l'individuazione di cose (Art. 361 c.p.p.); l'assunzione di informazioni (Art. 362 c.p.p.); l'interrogatorio di persona imputata in procedimento connesso (Art. 363 c.p.p.).

²⁴¹ E. LORENZETTO, *I diritti di difesa nelle dinamiche dell'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 350.

probatori ha affermato che integra una violazione del diritto di difesa ai sensi dell'art. 178 comma 1 lett. c) c.p.p., la tardiva comunicazione del decreto di riconoscimento dell'o.i.e. oltre i limiti previsti dall'art. 4 comma 4 d. lgs. n. 108/2017 in quanto l'indagato ed il suo difensore non sono stati posti nelle condizioni di poter proporre tempestivamente opposizione, ai sensi dell'art. 13 comma 1 davanti al giudice per le indagini preliminari, ai fini della tutela dei diritti riconosciutigli²⁴². Alle suddette conclusioni si è opposto il pubblico ministero, il quale nell'affermare che la tardività della comunicazione non avrebbe arrecato alcun pregiudizio, ha ribadito che il contenuto dell'ordine era stato integralmente trasfuso all'interno del decreto di perquisizione e sequestro in modo tale da rendere edotto il destinatario dell'attività relativa alla procedura attivata nei suoi confronti e consentendogli per tale via le facoltà difensive previste in suo favore²⁴³. Invero, in questa sede, la Suprema Corte ha colto l'occasione per talune affermazioni di principio tra le quali spicca quella relativa alla netta separatezza temporale nonché logica, tra la fase del riconoscimento dell'ordine e quella della sua esecuzione in quanto momenti contraddistinti da presupposti e scopi tra di loro non equiparabili. Inoltre, secondo autorevole dottrina la sentenza in commento avrebbe 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 esecuzione"²⁴⁴. Tuttavia, se da un lato è appurata la tempestività della comunicazione del decreto di riconoscimento al difensore dall'altro, appare poco chiaro quale sia il difensore effettivo a cui compete la comunicazione nonché le facoltà ad esso accordate come quella relativa alla partecipazione al compimento

²⁴² Cass., Sez. VI, 31 gennaio 2019, n. 8320, in *Dir. pen. cont.*

²⁴³ *Ibidem.*

²⁴⁴ M. DANIELE, *Ordine europeo di indagine e ritardata comunicazione alla difesa del decreto di riconoscimento: una censura della Cassazione*, in *Dir. pen. cont.*, 2019.

dell'atto oppure quella di proporre opposizione davanti al giudice per le indagini preliminari²⁴⁵. Difatti né la Direttiva né il decreto attuativo forniscono indicazioni al riguardo, lasciando intendere che il legale competente ad assistere l'indagato o l'imputato, durante il compimento degli atti posti in essere delle autorità italiane, sia per l'appunto il difensore straniero²⁴⁶. Inoltre, a differenza di quanto stabilito in materia di mandato d'arresto europeo, nel caso di un ordine europeo di indagine non è rinvenibile indicazione alcuna circa la possibilità di garantire la cd. *dual defence*²⁴⁷ che secondo la dottrina sarebbe un "elemento indefettibile" di regolarità anche nelle procedure aventi ad oggetto attività volte all'acquisizione di prove²⁴⁸.

Stante il carattere sensibile degli interessi in gioco, pare doveroso rinvenire una soluzione almeno per via interpretativa. In tal senso una strada percorribile parrebbe essere quella per cui lo stesso pubblico ministero debba procedere alla designazione di un legale d'ufficio ogniqualvolta la sua presenza sia richiesta per legge secondo quanto previsto dagli artt. 364 e 356 c.p.p.²⁴⁹. In tal caso si tratterebbe di un difensore nazionale che previo accordo con il collega straniero,

²⁴⁵ E. LORENZETTO, *I diritti di difesa nelle dinamiche dell'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 352.

²⁴⁶ *Ibidem*.

²⁴⁷ Per effetto della Direttiva 2013/48/UE del Parlamento e del Consiglio, del 22 ottobre 2013, relativa al diritto di avvalersi di un difensore nel procedimento penale e nel procedimento di esecuzione del mandato d'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, attuata in Italia con il d.lgs. 15 settembre 2016, n.184.

²⁴⁸ F. SIRACUSANO, *Il diritto all'assistenza del difensore nel procedimento di esecuzione del mandato d'arresto europeo*, in *Nuovi orizzonti del diritto alla difesa tecnica*, (a cura di N. Negri-P., Renon), Giappichelli, 2017, p. 218.

²⁴⁹ E. LORENZETTO, *I diritti della difesa nelle dinamiche dell'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 353 e ss.

sarebbe in grado di poter esercitare, prontamente e con le dovute competenze, tutte le facoltà partecipative riconosciutegli per legge²⁵⁰.

4. Il diritto di difesa nell'opposizione al decreto di riconoscimento

Come già ribadito in precedenza (cfr. *supra* cap.I, § 1.7.) il mezzo apprestato alla persona sottoposta alle indagini ed al suo difensore per impugnare il decreto di riconoscimento dell'ordine è l'opposizione da proporre entro cinque giorni dalla notifica del decreto davanti al giudice per le indagini preliminari²⁵¹. Le garanzie derivanti da un siffatto sistema sono di triplice natura²⁵². La prima è riscontrabile per effetto della comunicazione effettuata dalla segreteria del pubblico ministero che dà avvio ad una fase interlocutoria con la difesa, attuando per tale via una tutela anticipata rispetto al momento dell'esecuzione dell'ordine²⁵³. La seconda, invece, è riscontrabile sul piano dei contenuti in quanto attraverso l'opposizione è possibile far valere la legittimità stessa dell'*exequatur*, consentendo alla difesa un confronto in merito alla sussistenza delle condizioni necessarie per opporre eventuali motivi di rifiuto o al contrario per il riconoscimento dell'ordine. Infine, un meccanismo così costruito consente, attraverso il controllo attivato dal giudice per le indagini preliminari, di poter recuperare le garanzie del contraddittorio comprese per effetto della valutazione *inaudita altera parte* posta in essere dal procuratore della Repubblica distrettuale attraverso l'adozione del decreto di riconoscimento²⁵⁴. Altro aspetto, sul quale pare doveroso soffermarsi, riguarda l'individuazione dei soggetti legittimati ad impugnare effettuata dalla norma in esame: essa, infatti, non fa alcuna menzione né dell'imputato né della persona offesa dal reato ed anche se la prima ipotesi potrebbe trovare una giustificazione

²⁵⁰ R. BELFIORE, *Su alcuni aspetti del decreto di attuazione dell'ordine europeo di indagine penale*, cit., pp. 400-410.

²⁵¹ Art. 13 comma 1 d.lgs. 108 del 2017.

²⁵² E. LORENZETTO, *I diritti della difesa nelle dinamiche dell'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 354 e ss.

²⁵³ *Ibidem*.

²⁵⁴ *Ibidem*.

nella circostanza che ci si trova dinanzi ad atti tipicamente investigativi, nella seconda, invece, stante la possibilità della stessa persona offesa di essere destinataria di taluni avvisi relativi al compimento degli atti come nel caso di accertamenti tecnici non ripetibili *ex art. 360 c.p.p.*²⁵⁵, non si rinviene alcuna valida motivazione.

5. Il diritto di difesa in sede esecutiva

In sede esecutiva la normativa domestica, nonostante il rilievo attribuito al tema relativo alle garanzie partecipative, non prevede alcuna disposizione specifica atta a tutelare il diritto di difesa. Una simile manchevolezza si spiega in ragione della scelta operata in sede europea dalla stessa Direttiva OEI che all'art. 9 § 2 stabilisce il principio secondo cui l'esecuzione dell'ordine debba avvenire "osservando le forme espressamente richieste dall'autorità di emissione" purché non si pongano in contrasto ai principi dell'ordinamento giuridico dello Stato richiesto. Per tale via pare una conseguenza obbligata quella per cui il diritto di difesa, costituzionalmente garantito *ex art. 24 comma 2*, venga considerato come una condizione imprescindibile affinché la procedura esecutiva possa svolgersi dinanzi le autorità domestiche. Inoltre, secondo quanto stabilito dal d.lgs. 108 del 2017, l'esecuzione dell'atto indicato nell'ordine deve avvenire nel rispetto dei diritti fondamentali²⁵⁶ ed in forza del più volte menzionato principio di proporzionalità²⁵⁷, il quale impone nel caso in cui manchino i presupposti che la legge italiana prevede per il compimento dell'atto e previo accordo con l'autorità di emissione, l'adozione di un atto diverso e comunque idoneo al raggiungimento dello scopo²⁵⁸. A tal proposito è possibile distinguere le singole attività oggetto dell'ordine e verificare per ciascuna di esse quali siano le garanzie apprestate affinché la partecipazione del difensore agli atti possa dirsi effettiva. Innanzitutto,

²⁵⁵ *Ibidem.*

²⁵⁶ Art. 10 comma 1, lett. e) d.lgs. 108 del 2017.

²⁵⁷ Art. 7 d.lgs. 108 del 2017.

²⁵⁸ Art. 9 d.lgs. 108 del 2017.

rilevano in questo ambito i cd. atti garantiti posti in essere dal pubblico ministero ex artt. 364 e 365 c.p.p. al contrario di quelli che la polizia giudiziaria può compiere di propria iniziativa, i quali sembrerebbero esclusi perché incompatibili con la procedura dell'ordine di indagine²⁵⁹. A norma dell'art. 4 del decreto, i verbali degli atti compiuti, a cui il difensore della persona sottoposta alle indagini ha diritto di partecipare, devono essere depositati presso la segreteria del pubblico ministero ex art. 366, comma 1 c.p.p.

Il rinvio alla norma codicistica permette di rendere operative ulteriori previsioni come ad esempio la facoltà per il difensore di esaminare i verbali degli atti compiuti ed estrarne copia nei cinque giorni successivi ovvero l'immediata notifica dell'avviso di deposito dei medesimi quando non abbia diritto all'avvertimento relativo al compimento degli atti²⁶⁰. Inoltre, sebbene l'art. 4 comma 8 d.lgs. 108/2017 non contenga alcuna previsione in relazione al difensore della persona offesa, di nuovo, in virtù del richiamo testuale all'art. 366 c.p.p., si ritiene che a quest'ultimo siano accordate le medesime facoltà previste per il difensore della persona sottoposta alle indagini²⁶¹. Altri aspetti di rilievo concernono i casi in cui la competenza per il compimento dell'atto è attribuita al giudice per le indagini preliminari che provvede all'esecuzione "in camera di consiglio ai sensi dell'art.127 c.p.p."²⁶²: in questo caso la partecipazione del difensore e del suo assistito sono garantite dalla disciplina del rito camerale che prevede l'apposito avviso volto all'instaurazione del contraddittorio anche attraverso il deposito di memorie scritte qualora i soggetti rinuncino alla facoltà di comparire in giudizio.

Concludendo, è possibile affermare che nel suo complesso la fase esecutiva sia presidiata dalle necessarie garanzie partecipative: tuttavia il compendio di diritti

²⁵⁹ E. LORENZETTO, *I diritti della difesa nelle dinamiche dell'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 362.

²⁶⁰ Art. 366, comma 1 c.p.p.

²⁶¹ E. LORENZETTO, *I diritti della difesa nelle dinamiche dell'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 362.

²⁶² Art. 5 d.lgs. 108 del 2017.

di difesa ivi previsto potrebbe risultare maggiormente efficace se sin dalla comunicazione del decreto di riconoscimento o dall'avviso dell'udienza camerale fosse prevista la nomina di un legale italiano per coadiuvare in ambito domestico il collega straniero operante nel procedimento dello Stato di emissione²⁶³.

6. La tutela del diritto di difesa nella procedura attiva

Come avviene per la procedura passiva, anche in sede di procedura attiva le garanzie difensive sono diversamente modulate a seconda della fase procedimentale di riferimento. Nelle dinamiche della procedura in commento, i diritti di difesa ricevono una tutela “preventiva” attraverso il meccanismo del contraddittorio, “contestuale” grazie al diritto di poter partecipare al compimento degli atti ed a ricevere i relativi avvisi, nonché “successiva” per mezzo dei meccanismi di impugnazione e i limiti apposti all'utilizzabilità dei risultati probatori disciplinati dal d.lgs. 108/2017²⁶⁴. Ciononostante, è possibile riscontrare che in fase di emissione la tutela dei diritti di difesa è solo marginale, in quanto strettamente dipendente non solo dal tipo di atto per cui si procede ma anche dall'autorità di emissione precedente. Nello specifico se la competenza è accordata al pubblico ministero, *dominus* delle indagini preliminari, egli provvederà al compimento dell'atto *inaudita altera parte*. Al contrario se la competenza è riscontrabile in capo al giudice precedente, l'ordine di indagine sarà emesso in contraddittorio tra le parti²⁶⁵. Il diverso regime si spiega in ragione della natura dell'attività posta in essere dal pubblico ministero: solitamente gli atti di indagine sono coperti dal segreto fatti salvi i casi in cui la legge prevede la partecipazione della difesa, previo avviso, per il compimento di determinati atti (artt. 364 e 365 c.p.p.)²⁶⁶. Stante il carattere limitato dei diritti di difesa

²⁶³ E. LORENZETTO, *I diritti della difesa nelle dinamiche dell'ordine europeo di indagine penale*, cit., p.364 e ss.

²⁶⁴ *Ibidem*.

²⁶⁵ Art. 27 comma 1 d.lgs. 108 del 2017.

²⁶⁶ E. LORENZETTO, *I diritti della difesa nelle dinamiche dell'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 366.

riconosciuti in questa fase, più volte la dottrina²⁶⁷ si è interrogata sulla compatibilità di un siffatto impianto normativo rispetto ai canoni imposti dalla normativa europea: il riferimento è senza dubbio al canone della proporzionalità e dell'equivalenza²⁶⁸. In relazione al primo, si è affermato che una previsione esplicita- come invece prevista nella procedura passiva a norma del'art. 7 del decreto- non sarebbe necessaria, in quanto la verifica di detto principio è implicita alle disposizioni codicistiche volte a circoscrivere in tal senso l'attività investigativa richiesta nel caso di specie. In relazione al principio di equivalenza, invece, desta perplessità la mancata previsione di un divieto²⁶⁹ ogniqualvolta sia emesso un ordine di indagine avente ad oggetto un atto che non trova corrispondenza in un caso interno analogo, circostanza che al contrario è prevista nelle norme volte a disciplinare la procedura passiva²⁷⁰. In questi spazi tanto angusti in cui sono relegate le garanzie partecipative, il contributo della difesa potrà operare solo in fase successiva rispetto all'esecuzione dell'ordine sia attraverso l'esperimento di un mezzo di impugnazione sia sollevando l'eccezione di inutilizzabilità dell'atto compiuto o della prova assunta all'estero disattendendo alle prescrizioni della normativa interna *ex art. 191 c.p.p.*²⁷¹

6.1. (segue) l'emissione su richiesta della difesa e la mancata parità con l'accusa

Oltre agli angusti spazi in cui la difesa è relegata in sede di emissione, la Direttiva OEI prevede dei poteri di impulso del tutto inediti nel panorama della

²⁶⁷ *Ibidem.*

²⁶⁸ Canone per cui gli atti richiesti nell'ordine siano consentiti alle stesse condizioni in un caso interno analogo (Art. 6 § 1, lett. *b* Direttiva 41/2014/UE).

²⁶⁹ M. DANIELE, *L'ordine europeo di indagine penale entra a regime. Prime riflessioni sul d.lgs. n.108 del 2017*, cit., p. 210.

²⁷⁰ Art. 9 comma 1 d. lgs. 108 del 2017.

²⁷¹ E. LORENZETTO, *I diritti della difesa nelle dinamiche dell'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 367.

cooperazione giudiziaria transnazionale²⁷²: l'Art. 1 § 3, infatti, attribuisce all'indagato ed al suo difensore la legittimazione a richiedere l'emissione di un ordine di indagine²⁷³ “nel quadro dei diritti della difesa applicabili conformemente al diritto e alla procedura penale nazionale”. Il decreto attuativo traduce la disposizione in esame all'interno dell'art. 31 riconoscendo al difensore, alla persona sottoposta alle indagini, all'imputato ed alla persona per la quale è stata proposta l'applicazione di una misura di prevenzione²⁷⁴, la facoltà di richiedere l'emissione di un ordine di indagine al pubblico ministero ovvero al giudice procedente, a seconda della fase procedimentale di riferimento. Sebbene si tratti di un importante riconoscimento, la disciplina italiana dell'OEI è ancora lontana dall'aver assicurato una effettiva parità di armi tra accusa e difesa²⁷⁵. Innanzitutto, come emerge dalla Relazione illustrativa del d.lgs. n.108/2017, è escluso che il difensore dell'indagato o dell'imputato possa chiedere direttamente all'autorità giudiziaria di altro Stato membro l'esecuzione di un atto d'indagine ma è, invece, necessario che il potere di richiesta in questione sia mediato dall'autorità domestica procedente, unica competente alla richiesta di cooperazione. Sono escluse dallo schema operativo di richiesta dell'OEI anche le disposizioni contenute nel codice di procedura penale in relazione alle investigazioni difensive: tuttavia, ai difensori, agli investigatori privati ed ai consulenti tecnici è riconosciuta la facoltà di recarsi all'estero per conferire con persone ivi residenti o dimoranti che possano riferire circostanze utili ai fini delle indagini attraverso colloqui non documentati *ex art. 391 bis*, comma 1, c.p.p.²⁷⁶. Secondo una parte della dottrina l'aver previsto un potere di richiesta piuttosto che un potere dispositivo rispetto all'OEI avrebbe generato “una norma in parte

²⁷² In tal senso M. CAIANIELLO, *L'OEI dalla direttiva al decreto n.108 del 2017*, cit. p. 33.

²⁷³ T. RAFARACI, *Il diritto di difesa nelle procedure di cooperazione giudiziaria nel contesto dell'Unione europea*, cit., p. 120.

²⁷⁴ Si deve trattare di una misura di prevenzione patrimoniale, anche se la disposizione non lo specifica: A. CISTERNA, *Un passo importante per omologare le investigazioni Ue*, in *Guida al diritto*, 2017.

²⁷⁵ R. BELFIORE, *La prova penale*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 221.

²⁷⁶ *Relazione illustrativa del d.lgs. n. 108 del 2017*, p. 9.

costituzionalmente illegittima”): per la realizzazione di un rapporto paritario tra accusa e difesa sarebbe stato opportuno prevedere in capo al difensore “un potere autonomo di trasmissione dell’OEI all’autorità giudiziaria del Paese membro per l’esecuzione dell’atto di indagine, del tutto analogo a quello riconosciuto al pubblico ministero”²⁷⁷.

Venendo agli aspetti operativi della richiesta, una volta ricevuta dall’autorità giudiziaria procedente questa non ha alcun obbligo di darvi corso: l’art. 31 del decreto si limita a prevedere che nel caso in cui il pubblico ministero decida di rigettare l’istanza, debba emettere un decreto motivato avverso il quale non è previsto alcun mezzo d’impugnazione²⁷⁸. La mancata previsione di un rimedio esperibile avverso il provvedimento nonché l’assenza di ragioni predeterminate che potrebbero giustificare un rigetto della richiesta da parte del pubblico ministero potrebbero causare delle circostanze atte a ledere le prerogative della difesa in quanto imporrebbero un limite al diritto alla prova per il solo fatto che l’elemento probatorio da acquisire sia localizzato in un altro territorio²⁷⁹.

Secondo una parte della dottrina il pubblico ministero dovrebbe limitarsi ad un mero vaglio dei requisiti di ammissibilità, astenendosi, pertanto, da un sindacato circa la rilevanza e l’opportunità dell’atto di indagine oggetto della richiesta²⁸⁰. Quanto al giudice, l’art. 31, comma 4 del decreto prevede che sull’istanza difensiva si provveda “con ordinanza, dopo aver sentito le parti”. Come conferma la Relazione illustrativa al decreto, il riferimento alle parti evoca senza alcun dubbio le garanzie del contraddittorio ma, in difetto di un richiamo esplicito al procedimento in camera di consiglio *ex art.* 127, è possibile ipotizzare che il

²⁷⁷ Così 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*, cit., p. 43.

²⁷⁸ Benché non preordinato alla sua impugnazione, il decreto motivato “permette di far valere comunque l’eventuale mancanza di giustificazione del rifiuto”, *Relazione illustrativa del d.lgs. n. 108/2017*, p. 2.

²⁷⁹ P. SPAGNOLO, *Il procedimento di emissione dell’OEI*, cit., p. 89 e ss.

²⁸⁰ *Ibidem*.

confronto talvolta sia meramente cartolare²⁸¹. In quest'ultimo caso, stante il principio di tassatività delle impugnazioni *ex art. 568 c.p.p.*, l'ordinanza del giudice non sarebbe ricorribile per cassazione come invece sarebbe se emessa in esito al rito camerale²⁸². Parte della dottrina, per consentire alla difesa di avvalersi delle garanzie del contraddittorio che solo il giudice potrebbe assicurare, sostiene che in analogia a quanto previsto nel diritto interno per le investigazioni difensive, si dovrebbe consentire a quest'ultima di poter decidere se presentare la richiesta al pubblico ministero ovvero al giudice per le indagini preliminari²⁸³.

Per quel che concerne i requisiti di ammissibilità della richiesta, essa deve fornire l'indicazione "dell'atto di indagine o di prova richiesto" nonché "i motivi che ne giustificano il compimento o l'assunzione"²⁸⁴. Riguardo l'ultimo inciso della previsione in esame, una lettura guidata dalla tutela del diritto alla prova porterebbe a ritenere che la richiesta debba essere accolta ogniqualvolta la prova non sia vietata dalla legge o non sia manifestamente superflua o irrilevante ai sensi degli artt. 190 e 495 c.p.p.²⁸⁵. A ritenere diversamente, da un lato, si causerebbe un ingiustificato *vulnus* alla difesa e dall'altro, una disparità di trattamento rispetto all'accusa: il pubblico ministero, infatti, potrebbe autonomamente presentare la richiesta di OEI senza dover passare previamente dal giudice²⁸⁶. In conclusione, sebbene una simile lettura porti in sé il vantaggio di colmare, in parte, il divario tra le prerogative rispettivamente attribuite alla difesa e all'accusa, sul piano sostanziale si è ancora molto lontani rispetto ad un regime di parità: la difesa, infatti, non solo non dispone degli stessi strumenti o reti informative del pubblico

²⁸¹ E. LORENZETTO, *I diritti della difesa nelle dinamiche dell'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 374.

²⁸² Art. 127 comma 7 c.p.p.

²⁸³ G. BARROCU, *L'OEI nell'ordinamento italiano*, in *La cooperazione investigativa in ambito europeo*, (a cura di G. Barrocu), Walters Kluwer Italia, CEDAM, 2017, p. 286 .

²⁸⁴ Art. 31 comma 2 d. lgs. n. 108/2017.

²⁸⁵ P. SPAGNOLO, *Il procedimento di emissione dell'OEI*, cit., p. 91.

²⁸⁶ *Ibidem*.

ministero ma a causa del “filtro” rappresentato dall’autorità giudiziaria sarà costretta a rivelare preventivamente la propria strategia difensiva²⁸⁷.

7. Le indagini difensive

La questione relativa alla possibilità di svolgere attività investigativa all’estero da parte del difensore affonda le proprie radici nel tradizionale sistema della mutua assistenza. Difatti, la giurisprudenza²⁸⁸ sosteneva che il difensore, non rientrando nel novero dei soggetti abilitati a richiedere una rogatoria non potesse svolgere alcuna attività investigativa: pertanto qualsiasi atto raccolto all’estero da quest’ultimo sarebbe stato inutilizzabile *ex art. 729 c.p.p.*, recante la disciplina relativa all’ “Utilizzabilità degli atti assunti in rogatoria”. Stante la mancanza di un’esplicita previsione circa la possibilità di svolgere indagini difensive tanto nella Direttiva OEI quanto nel decreto di riconoscimento, la conclusione maturata dalla giurisprudenza in ambito rogatorio, si ritiene a tutt’oggi valida.

Le argomentazioni a sostegno di una simile esclusione, d’altronde, troverebbero conferma nella facoltà attribuita al difensore *ex art. 31* del decreto di richiedere all’autorità giudiziaria precedente l’emissione dell’ordine²⁸⁹. Di conseguenza, sarebbe precluso al singolo difensore di svolgere, senza il consenso dello Stato, attività probatoria al di fuori dei confini nazionali²⁹⁰. Da una simile prospettiva, la disciplina delle indagini difensive prevista nel diritto interno con la finalità di assicurare la parità delle parti non potrebbe mai essere invocata nel caso in cui gli

²⁸⁷ T. ALESCI, *Le garanzie difensive e il ruolo del difensore nello spazio giuridico europeo alla luce della direttiva sull’OEI*, cit., p. 106.

²⁸⁸ Cass., 29 maggio 2017, n. 23967.

²⁸⁹ G. BARROCU, *L’OEI nell’ordinamento italiano*, cit., p. 284.

²⁹⁰ A tal riguardo si è richiamata la distinzione tra giurisdizione oggettiva e giurisdizione soggettiva. La prima è quella che si esplica attraverso la potestà statale punitiva (il potere del giudice di conoscere i fatti penalmente rilevanti), non trova limiti territoriali (arg. *ex art. 6 c.p.*), mentre è la c.d. giurisdizione soggettiva, intesa come complesso di organi giudiziari statuali e delle concrete attività degli stessi che trova il limite territoriale. Il difensore incontrerebbe allora dei limiti territoriali in quanto eserciterebbe le stesse le stesse attività probatorie dell’autorità giudiziaria. V. sul punto M. BORDIERI, *Brevi note sull’inutilizzabilità di atti di investigazione svolti all’estero dal difensore dell’imputato senza passare attraverso una rogatoria internazionale*, in *Mandato d’arresto europeo e investigazioni difensive*, (a cura di L. Camaldo), Giuffrè editore, 2018, p. 2038 e ss.

elementi probatori ed informativi potenzialmente utili alla difesa siano collocati oltre i confini nazionali²⁹¹. Altro aspetto critico derivante da una simile preclusione risiede nell'irrealizzabilità di uno dei tratti fondamentali delle indagini difensive consistente nella possibilità del difensore di decidere quali elementi probatori da lui stesso raccolti presentare in giudizio: infatti, quando il legale richiede l'emissione di un OEI, assume il rischio di far entrare nel materiale probatorio valutabile dal giudice anche elementi a sfavore del proprio assistito. Un simile rischio non è invece riscontrabile in capo al pubblico ministero che dinanzi il giudice presenterà ogni elemento raccolto. La differenza appena evidenziata sta ad indicare l'effettiva impossibilità di riequilibrare posizioni sono tra di loro intrinsecamente divergenti. Oggi, tuttavia, un simile scenario appare non più sostenibile soprattutto alla luce della crescente attenzione nei confronti del tema relativo alla parità delle parti considerato come base del principio del giusto processo²⁹². Di conseguenza, per arginare i limiti posti alle investigazioni difensive si è proposto di fare leva sulla natura privata, intesa come "non pubblica", dell'attività svolta all'estero dal legale²⁹³. Difatti, è possibile sostenere che il difensore né esercita una potestà pubblica né compie atti qualificabili come esercizio di giurisdizione, motivo per cui non sarebbe equiparabile all'autorità giudiziaria che esercitando una funzione pubblica, nel compimento delle attività di indagine all'estero incorrerebbe in molteplici limiti derivanti dal rispetto della sovranità dello Stato coinvolto. Una simile argomentazione porterebbe a sostenere che il difensore possa svolgere l'attività investigativa come se fosse svolta in Italia ed una volta raccolti gli elementi probatori, decidere se depositarli causando il loro ingresso nel procedimento ovvero distruggerli²⁹⁴. Tale possibilità

²⁹¹ D. CURTOTTI NAPPI, *I nuovi orizzonti investigativi del difensore: le informazioni assunte all'estero*, in *Giur.it.*, 2008, p. 990 e ss.

²⁹² F. M. GRIFANTINI, *Ordine europeo di indagine penale e investigazioni difensive*, in *Proc. pen e gius.*, 2016, p. 4.

²⁹³ P. SPAGNOLO, *Il procedimento di emissione dell'OEI*, cit., p. 94.

²⁹⁴ *Ibidem*.

sembrerebbe, inoltre, trovare conferma nella Relazione illustrativa del decreto di attuazione, la quale prevede che “i difensori, gli investigatori privati ed i consulenti tecnici possono 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”²⁹⁵. Da ciò sarebbe possibile desumere che il difensore, una volta conclusa la sua attività investigativa, può decidere se richiedere o meno l’emissione di un OEI a seconda che questo sia favore o sfavorevole al suo cliente in modo tale da evitare da un lato, di palesare la sua strategia difensiva e dall’altro, di permettere l’ingresso nel procedimento di risultanze probatorie che danneggerebbero il proprio assistito. In simili circostanze l’unico limite in cui il difensore potrebbe imbattersi è quello relativo alle attività di investigazione che richiedono l’intervento dell’autorità giudiziaria, sia essa il pubblico ministero o il giudice: in questi casi il difensore non avrà altra scelta che ricorrere dall’autorità giudiziaria stessa per richiedere l’emissione di un OEI perdendo, in tal modo, la facoltà di decidere quali risultanze istruttorie far transitare nel fascicolo per il dibattimento²⁹⁶. Ciononostante, la dottrina²⁹⁷ ha proposto una soluzione volta a travalicare il limite in esame: quella di nominare o fare ricorso ad un difensore *in loco*. A ben vedere si tratta di una proposta non priva di risvolti critici: difatti, il difensore “estero” non può essere a conoscenza degli atti del procedimento né delle norme ad esso applicabili ed in aggiunta si darebbe per assunto che l’ordinamento estero ammetta le indagini difensive allo stesso modo dell’ordinamento italiano. In conclusione, sicuramente certa è la possibilità di ricorrere alla disciplina prevista dall’art 391-*bis* c.p.p. (“Colloquio,

²⁹⁵ Relazione illustrativa, cit., 19.

²⁹⁶ P. SPAGNOLO, *Il procedimento di emissione dell’OEI*, cit., p.94; Similmente M. BORDIERI, *Brevi note sull’inutilizzabilità di atti di investigazione svolti all’estero dal difensore dell’imputato senza passare attraverso una rogatoria internazionale*, cit., p. 2038, che esclude che il difensore possa compiere atti di “imperio” per tali dovendosi intendere tutti quegli atti – perquisizioni, assunzioni di testimonianze, svolgimento perizie- che sono espressione di un potere di coazione che spetta unicamente allo Stato in cui l’atto deve essere compiuto.

²⁹⁷ G. ILLUMINATI, in *Prove penali transnazionali e diritti fondamentali dell’Unione europea*, inedito, 2019, p. 8.

ricezione di dichiarazioni e assunzione di informazioni da parte del difensore”) relativa al cd. colloquio esplorativo consistente nella facoltà per il difensore di poter instaurare un dialogo con una persona che egli ritenga informata sui fatti. In questi casi, ai fini della regolarità degli atti, il difensore, il sostituto, gli investigatori privati o i consulenti tecnici dovranno procedere agli avvertimenti previsti dal 3 comma dell’art. 391-*bis* c.p.p.²⁹⁸, la cui mancanza determina l’inutilizzabilità delle dichiarazioni acquisite. Inoltre, si ritiene che il legale possa far uso, in quanto sempre utilizzabili, dei documenti o gli scatti di alcune foto acquisiti all’estero previo consenso del suo detentore²⁹⁹. Al di fuori degli atti in questa sede menzionati, tutti i restanti atti di indagine sono di esclusivo appannaggio dell’autorità giudiziaria e di conseguenza non potranno essere autonomamente compiuti dal difensore.

8. I diritti di difesa nella fase esecutiva della procedura attiva

In sede esecutiva la tutela accordata ai diritti di difesa è perlopiù contestuale ovvero immediatamente successiva rispetto al compimento degli atti di indagine: la prima assicura al difensore la partecipazione al compimento dell’atto, la seconda si sostanzia nell’informativa concernente l’attività investigativa svolta³⁰⁰. Il coinvolgimento del difensore o la conoscibilità degli atti da parte di quest’ultimo, tuttavia, avverrà nei limiti in cui la normativa domestica gli conceda tali facoltà. In relazione alla partecipazione, l’art. 33 del d.lgs. 10872017 prevede

²⁹⁸ 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”.

²⁹⁹ F. GANDINI, in *Foro.it.*, 2008, II, c.218.

³⁰⁰ E. LORENZETTO, *I diritti della difesa nelle dinamiche dell’ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 374.

che l'autorità giudiziaria emittente concordi con l'autorità competente per l'esecuzione le modalità di compimento degli atti di indagine "indicando i diritti e le facoltà riconosciuti dalla legge alle parti ed ai loro difensori". Sul piano oggettivo, la norma in esame ha un eminente scopo pratico in quanto il rispetto delle prerogative della difesa all'estero si pone come condizione necessaria affinché gli atti svolti e le prove raccolte possano essere utilizzate nel processo domestico³⁰¹. La stessa Relazione illustrativa del decreto è esplicita in tal punto nel richiamare quanto statuito dall'art. 431 c.p.p. lett. *f*) c.p.p. in relazione alla formazione del fascicolo per dibattimento. Stando alla disciplina codicistica, infatti, transitano all'interno del fascicolo per il dibattimento solo quegli atti compiuti all'estero nel rispetto delle garanzie partecipative e dei diritti di difesa che la legge italiana riconosce e prevede. Sul piano soggettivo, l'art. 33 nel rinviare ai diritti ed alle facoltà "delle parti e dei loro difensori", fa pensare che la norma sia passibile di un'interpretazione estensiva che farebbe rientrare nel novero dei soggetti tutelati anche la persona offesa dal reato, cui né la Direttiva OEI né il decreto di riconoscimento fanno mai riferimento. Infine, specularmente a quanto detto con riguardo alla procedura passiva (v. *supra*, § 1.3.), parrebbe opportuno prevedere la nomina di un legale, anche d'ufficio, che possa partecipare al compimento degli atti all'estero, coadiuvando, in tal modo, il collega operante nel Paese in cui il procedimento ha avuto origine. Con riguardo alla tutela successiva al compimento degli atti, l'art.35 del decreto contempla la disciplina relativa agli avvisi dovuti alle parti ed ai loro difensori. Secondo la norma in esame, una volta che l'autorità giudiziaria italiana abbia ricevuto la documentazione relativa agli atti di indagine compiuti all'estero, dovrà provvedere a "darne conoscenza alle parti e ai loro difensori"³⁰² nei casi e nei modi previsti dalla legge italiana. Dal momento che l'adempimento in esame risulta necessario ai fini di una eventuale impugnazione, si ritiene che, sebbene la formulazione della norma sia alquanto generica, debba desumersi in capo

³⁰¹ *Ibidem*.

³⁰² Art.35 d.lgs. n. 108 del 2017.

all'autorità giudiziaria italiana il dovere di depositare gli atti e il conseguente diritto delle parti di estrarne copia e prenderne visione, quando ciò sia consentito dalla normativa domestica.

9. Il richiamo ai diritti fondamentali nel sistema OEI

Tanto la Direttiva OEI quanto il decreto di riconoscimento rinviano in più di un'occasione al rispetto dei diritti fondamentali. Innanzitutto, l'art. 1 § 4 specifica che “la presente direttiva non ha l'effetto di modificare l'obbligo di rispettare i diritti fondamentali e i principi giuridici sanciti dall'art. 6 TUE”³⁰³.

In modo speculare il decreto attuativo nelle sue disposizioni di principio sancisce il “rispetto dei principi dell'ordinamento costituzionale e della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea in tema di diritti fondamentali, nonché in tema di diritti di libertà e di giusto processo”³⁰⁴ e, più in generale, l'art. 10 comma 1 lett. e) prevede la possibilità per lo Stato italiano di poter opporre un rifiuto all'esecuzione qualora dalla stessa possa derivare una violazione dei diritti fondamentali, o ancora, nel caso in cui determini un sacrificio ingiustificato dei diritti e delle libertà dell'imputato tale da comportare un difetto di proporzionalità dell'ordine *ex art. 9 comma 2 del decreto stesso*. Sebbene in entrambe le fonti il richiamo ai diritti fondamentali sia considerato quasi scontato, non lo è, invece, l'individuazione puntuale del loro contenuto³⁰⁵. Volendo effettuare un'analisi puntuale, *in primis* acquisisce rilievo il rinvio operato dall'art. 1 della Direttiva OEI relativo all'art. 6 TUE che a sua volta richiama la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (Carta di Nizza) e della CEDU, in combinazione ai diritti tutelati dalle tradizioni costituzionali comuni a tutti gli Stati membri. Dal momento che la Carta di Nizza prevede a sua volta, *ex art.52 comma 3*³⁰⁶, la cd. clausola di equivalenza tra i diritti in essa previsti ed i diritti

³⁰³ Considerando nn. 10, 12, 18, 19; art. 14 par.2 Direttiva OEI.

³⁰⁴ Art. 1 d. lgs. n. 108 del 2017.

³⁰⁵ R. E. KOSTORIS, *L'OEI nella dissolvenza tra regole e principi*, cit., p. 7.

³⁰⁶ 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

contemplati dalla CEDU, è necessario che anche questi ultimi assurgano a parametro di riferimento nell'ambito della tutela eurounitaria dei diritti assieme alle tutele previste dalla Direttiva OEI. Autorevole dottrina suggerisce la cd. tecnica della "triangolazione"³⁰⁷ delle garanzie processuali, per tale intendendosi un meccanismo che si occupa di bilanciare i diritti fondamentali contenuti nei tre differenti sistemi richiamati per trarne dei principi unitari volti ad un'applicazione generale. Altro aspetto di rilievo concernente l'applicazione del criterio dell'equivalenza, di cui si è detto poc'anzi, è che esso richiede una necessaria integrazione con l'interpretazione, sullo stesso, fornita della Corte europea dei diritti dell'uomo. La presente operazione se da un lato ha favorito il rilevante aspetto dell'equità processuale, dall'altro ha reso il perimetro della tutela dei diritti sensibilmente labile. Tuttavia, la dottrina ha più volte sottolineato che una simile conseguenza deriva dalla configurazione stessa della Corte europea che riveste al tempo stesso un duplice ruolo: quello di organo nomofilattico e quello di giudice dei casi concreti³⁰⁸. In veste di giudice, la Corte assumerà delle decisioni sulla base dei casi concreti sottoposti al suo giudizio che pur essendo astrattamente simili possono essere definiti in modo differente perché contraddistinti da elementi fattuali peculiari, con la conseguenza di poter fornire delle interpretazioni divergenti in merito alle medesime garanzie. Dal momento che le decisioni giudiziarie della Corte di Strasburgo, il più delle volte, assurgono a parametro generale di riferimento per l'identificazione dei diritti fondamentali, interpretazioni non omogenee potrebbero contribuire a provocare un disorientamento.

Passando agli aspetti procedurali, la Direttiva OEI prevede che lo Stato richiesto possa rifiutare l'esecuzione di un ordine di indagine ogniqualvolta "sussistano seri motivi per ritenere che l'esecuzione dell'atto di indagine [...] sia incompatibile

e delle libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione [...]"

³⁰⁷ M. DANIELE, *La triangolazione delle garanzie processuali fra diritto dell'Unione europea, CEDU e sistemi nazionali*, cit., p. 4.

³⁰⁸ R. E. KOSTORIS, *L'OEI nella dissolvenza tra regole e principi*, cit., p. 8.

con gli obblighi dello Stato di esecuzione ai sensi dell'art. 6 TUE e della Carta"³⁰⁹. La disposizione appena richiamata deve essere letta congiuntamente al *considerando n. 19*³¹⁰ della Direttiva stessa: esso afferma che la creazione di uno Spazio di libertà, sicurezza e giustizia è possibile solo se sussiste la fiducia reciproca tra gli Stati membri e la presunzione di conformità da tutti i componenti dell'Unione. Tuttavia, trattandosi di una presunzione relativa, la precisazione relativa alla sussistenza dei "seri motivi" è necessaria a spiegare che la deviazione rispetto ai diritti fondamentali, affinché possa essere invocata come motivo di rifiuto, debba comportare una violazione vistosa atta a porre lo Stato richiesto in difetto nel caso in cui si procedesse all'esecuzione dell'atto di indagine oggetto dell'ordine³¹¹. Nel decreto di recepimento la previsione in esame è contenuta nell'art. 10 comma 1 lett. e) con la differenza che i "seri motivi" sono stati sostituiti con la dicitura "fondati motivi" e riceve un esplicito riconoscimento anche all'interno dell'art 696-ter c.p.p., nella parte in cui prevede la possibilità di procedere all'esecuzione o al riconoscimento dell'atto purché non sussistano "fondate ragioni" per le quali l'individuo possa subire "una grave violazione dei principi fondamentali dell'ordinamento giuridico dello Stato, dei diritti fondamentali della persona riconosciuti dall'art. 6 del Trattato sull'Unione europea". Di recente, una pronuncia della Corte di cassazione è intervenuta sul punto stabilendo che la disposizione in esame sia da considerare come principio generale in virtù della sua "*sedes materiae*"³¹²: essendo l'art. 696-ter collocato tra i principi generali del mutuo riconoscimento, esso "è in grado di irradiare i suoi

³⁰⁹ Art. 11 § 1 lett. f) Direttiva OEI.

³¹⁰ *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 dalla Carta, l'esecuzione dell'OEI dovrebbe essere rifiutata."

³¹¹ A. MANGIARACINA, *Il procedimento di esecuzione dell'OEI e i margini nazionali di rifiuto*, cit., p. 128 e ss.

³¹² Cass., sez. VI, 25 febbraio 2019, n.8320.

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.e.i.”³¹³. In conclusione, stante la difficoltà di poter procedere ad una catalogazione gerarchica delle garanzie, per cogliere il contenuto dei diritti fondamentali sarà necessaria una trattazione particolare caso per caso. Secondo la dottrina, la tecnica più confacente a tale tipo di trattazione è quella che adopera un bilanciamento degli *standard* in base al principio di proporzionalità³¹⁴, considerato come principio chiave dell'intera disciplina OEI.

10. La tutela del diritto alla privacy

Sebbene non si tratti di un diritto strettamente processuale, il diritto alla *privacy* e cioè il diritto alla protezione dei dati personali relativi alla persona sottoposta alle indagini ed all'imputato, ha acquisito un proprio spazio all'interno delle dinamiche giudiziarie transnazionali tale che la stessa Direttiva OEI lo tutela come un diritto fondamentale³¹⁵. In base al diritto nazionale³¹⁶, il trattamento dei dati personali sarebbe ammissibile solo ove necessario e proporzionato rispetto alle finalità di prevenzione, di accertamento, di indagine ed al perseguimento dei reati o l'esecuzione di sanzioni penali o, ancora, quando sia necessario per l'esercizio del diritto di difesa. Inoltre, la norma prevede che gli Stati membri, in sede di attuazione, devono adottare “politiche trasparenti riguardo al trattamento dei dati

³¹³ *Ibidem*.

³¹⁴ M.DANIELE, *La triangolazione delle garanzie processuali fra diritto dell'Unione europea, CEDU e sistemi nazionali*, cit., p.8 e ss. Le altre prospettate dell'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.

³¹⁵ *Considerando* n. 40 Direttiva OEI: “La protezione delle persone fisiche in relazione al trattamento dei dati personali è un diritto fondamentale. A norma dell'art. 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”

³¹⁶ d. lgs. 18 Maggio 2018, n. 51.

personali e l'esercizio del diritto dell'interessato di ricorrere ai mezzi d'impugnazione per la protezione dei propri dati personali"³¹⁷. L'art.19 della Direttiva OEI, difatti, prescrive un dovere in capo alle due autorità giudiziarie coinvolte concernente la riservatezza dei fatti, del contenuto dell'ordine, delle prove raccolte e delle altre informazioni reperite in costanza di esecuzione, conformemente ai propri diritti nazionali³¹⁸. Un'ulteriore prescrizione volta alla tutela del medesimo diritto è rinvenibile anche nell'art. 20 della Direttiva OEI³¹⁹: infatti, l'accesso alle informazioni relative ai dati personali sono riservate solo ai soggetti autorizzati. Pur non essendo chiara con riguardo a coloro che hanno la facoltà di accedere alle predette informazioni, si ritiene che la norma faccia riferimento ai soggetti pubblici che conducono o eseguono le indagini, tuttavia, dati gli interessi in gioco, sarebbe stata opportuna una previsione esplicita sul punto. Dal suo canto il d.lgs. n. 108 del 2017 ha recepito la disposizione in esame³²⁰, attraverso una previsione che è stata definita dalla dottrina come piuttosto "laconica"³²¹: in base alla norma, nel compimento delle attività di emissione, trasmissione, riconoscimento ed esecuzione dell'ordine di indagine. I

³¹⁷ Considerando nn. 41 e 42 della Direttiva OEI

³¹⁸ 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 divulgino 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."

³¹⁹ 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 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 ai dati."

³²⁰ Art. 3 d.lgs. 108 del 2017.

³²¹ C. MARINELLI, *Le intercettazioni di comunicazioni*, in *L'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 246.

dati personali devono essere trattati secondo quanto stabilito dalle disposizioni legislative che regolano il trattamento dei dati giudiziari e conformemente a quanto previsto dagli atti normativi dell'Unione europea e dalle Convenzioni del Consiglio d'Europa³²². In conclusione, nonostante la Direttiva OEI riconosca al diritto alla *privacy* la qualifica di diritto fondamentale, le disposizioni normative sul punto sembrano essere ancora molto scarse, con la conseguenza che potrebbero sorgere talune problematiche quando il diritto in questione si scontri con esigenze investigative come l'accesso ai dati bancari oppure in caso di intercettazioni. Inoltre, altre criticità, potrebbero sorgere anche nel caso in cui sia necessario, ai fini del procedimento, utilizzare dei dati personali che siano stati ottenuti in esecuzione di un OEI afferente ad un diverso procedimento³²³.

11. La vittima del reato

Sebbene la disciplina predisposta dalla Direttiva OEI sia piuttosto puntale in merito ai mezzi di prova, in essa è del tutto assente qualsiasi riferimento alla posizione rivestita dalla persona offesa dal reato. Quest'ultima, difatti, ha un ruolo innegabilmente rilevante sia nella fase d'impulso dell'azione penale, sia nell'apporto informativo che la stessa potrebbe fornire ai fini delle indagini. Ciononostante, il sistema OEI “sembra quasi dimenticarsi dell'offeso”³²⁴. L'unico riferimento alla vittima del reato³²⁵, difatti, è contenuto nell'art. 10 § 2 lett. c)³²⁶

³²² 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.

³²³ A. MANGIARACINA, *L'esecuzione dell'OEI e i margini nazionali di rifiuto*, cit., p. 116.

³²⁴ M. CAGOSSI, *Un illustre assente: la vittima del reato nell'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 119.

³²⁵ 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 no nel senso di persona offesa dal reato nell'ambito di un procedimento per cui è necessario eseguire un OEI.

³²⁶ Art. 10 par. 2 lett. c Direttiva OEI, “Ricorso ad 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

in riferimento ad un mero aspetto procedimentale: esso stabilisce che l'audizione della vittima nel territorio dello Stato di esecuzione è ammessa solo se previsto in un caso interno analogo, limitandosi ad estendere alla persona offesa dal reato la medesima possibilità prevista per gli altri soggetti che possono essere sottoposti all'audizione nel territorio dello Stato di esecuzione. Fatta salva la disposizione appena richiamata, nel testo normativo non è rinvenibile alcuna previsione circa gli strumenti di tutela che solitamente vengono riconosciuti alla vittima nel corso delle indagini o del processo. Tale dimenticanza è rinvenibile anche nel decreto di attuazione che si limita a recepire quanto stabilito dall'art. 10 § 2 lett. c).

A ben vedere una simile impostazione risulta alquanto incoerente rispetto a quanto il legislatore europeo ha fino a quel momento previsto: difatti, già prima del Trattato di Lisbona, attraverso la decisione quadro n. 220/2001³²⁷, egli si è adoperato affinché la vittima del reato ricevesse un'adeguata tutela penale anche nel diritto comunitario. Successivamente, vi sono stati ulteriori interventi normativi³²⁸ che sono poi confluiti nella Direttiva 2012/29/UE, adottata in sostituzione alla decisione quadro sopra menzionata, che ha predisposto un nucleo di norme minime “in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato”³²⁹. L'art. 2 della Direttiva in esame, nel fornire una definizione di vittima fa riferimento tanto alla persona fisica che abbia subito un danno fisico, psichico o mentale come conseguenza diretta del reato, quanto alla cd. vittima indiretta

una vittima, di una persona sottoposta ad indagini o di un imputato o di terzi nel territorio dello Stato di esecuzione.”

³²⁷ Decisione-quadro del Consiglio del 15 marzo 2001, relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale (2001/220/GAI).

³²⁸ 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 penali; direttiva 2011/36/UE, concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime.

³²⁹ *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.”

corrispondente al “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”. Alla luce dei richiamati interventi legislativi in ambito comunitario, il vuoto normativo provocato dalla mancanza di qualsivoglia tutela in capo alla vittima del reato all’interno del sistema OEI, denota la poca coerenza con la quale il legislatore europeo ha legiferato sul punto. Inoltre, ci si sarebbe aspettato che almeno gli Stati membri, in sede di attuazione, avessero provveduto a colmare questa lacuna normativa di non poco conto. Una delle conseguenze più rilevanti di un siffatto impianto normativo è certamente lo squilibrio di prerogative tra la vittima del reato e la persona sottoposta alle indagini o l’imputato: è evidente, infatti, che il secondo riveste una posizione di netto favore rispetto alla prima. Ciononostante, in tempi recenti la dottrina si è adoperata per prospettare una soluzione volta a ristabilire un tendenziale equilibrio tra le due posizioni. *In primis* si è fatto ricorso a quanto stabilito dall’art. 121 c.p.p. (“Memorie e richieste delle parti”) che consente alle parti ed ai rispettivi difensori di presentare al giudice procedente memorie o richieste scritte, in ogni stato e grado del procedimento³³⁰. Tuttavia, seguendo questa strada la questione è solo parzialmente risolta: dalla disposizione non è possibile desumere né quale sia il modo in cui la persona offesa dal reato venga a conoscenza del procedimento penale relativo alla vicenda che la vede coinvolta né viene esplicitata la modalità con la quale la stessa possa accedere ed interloquire con l’autorità giudiziaria. Difatti, riemergono quei problemi già posti in luce in relazione al difensore dell’imputato riguardo l’autorità giudiziaria a cui le istanze debbano essere presentate, non essendo chiaro se si tratti di quella del proprio Stato ovvero quella estera. In conclusione, è evidente che allo stato attuale è “impossibile, 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”³³¹. Una siffatta impossibilità, tuttavia, non deriva da un

³³⁰ A. CISTERNA, *Un passo importante per omologare le investigazioni Ue*, cit., p. 39.

³³¹ M. CAGOSSI, *Un illustre assente: la vittima del reato nell’ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 125.

mancato coordinamento tra la disciplina prevista nella Direttiva 2012/29/UE e la Direttiva OEI, bensì da una completa dimenticanza da parte del legislatore europeo, alla quale non si può porre rimedio attraverso mere operazioni interpretative elaborate dalla dottrina. E' chiaro che la Direttiva 2012/29/UE continuerà ad irradiare i suoi effetti, ciononostante, sarebbe stato opportuno, onde evitare equivoci in sede di giudizio, un richiamo espresso da parte della Direttiva OEI.

CAPITOLO III

PREVISIONI SPECIALI PER ALCUNI MEZZI ISTRUTTORI TRANSNAZIONALI E LE GARANZIE DELLE PERSONE COINVOLTE

1. Perquisizioni e sequestri

L'Ordine Europeo di indagine, ovvero, la Direttiva 2014/41/UE ha rimpiazzato nei rapporti tra Stati Membri le rogatorie nella raccolta transnazionale delle prove. Ha sostituito l'insieme delle previsioni contenute nelle Convenzione di Assistenza Giudiziaria del Consiglio d'Europa del 1959, nella Convenzione di Applicazione dell'accordo di Schengen del 1990, oltre alla Convenzione relativa all'Assistenza Giudiziaria dell'Unione del 2000. Ha, poi, ulteriormente compiuto degli importanti passi in avanti con riferimento alla Decisione quadro 2003/577 sul sequestro probatorio, come stabilito dall'articolo 34 della Direttiva. Con riferimento a quella che la dottrina³³² ha definito sfortunata decisione quadro 2008/978 sul mandato d'arresto europeo sempre in materia di perquisizioni e sequestri, occorre poi dire che la stessa era stata già superata attraverso una materiale abrogazione ad opera del Regolamento 2016/95. Questo per sottolineare che la cooperazione in termini di acquisizione transnazionale delle prove ha seguito un *iter* altalenante e non sempre in grado di produrre i risultati sperati, basti pensare al fatto che anche dopo la Direttiva 2014/41/UE le rogatorie all'interno degli Stati Membri non sono state definitivamente superate. Restano in vigore nei rapporti tra Italia e Stati dell'Unione che non hanno aderito alla Direttiva come Danimarca e Irlanda. E' ancora in vigore il complesso meccanismo delle rogatorie con paesi come la Norvegia e l'Islanda.

³³² G. UBERTIS, *Considerazioni generali su investigazioni e prove transnazionali*, in *Cass. pen.*, fasc.1, 2017, pag. 49 e ss ed anche M. DANIELE, *L'impatto dell'ordine europeo di indagine penale sulle regole probatorie nazionali*, Testo della relazione, integrata e corredata di bibliografia, svolta al XXX Convegno nazionale dell'Associazione tra gli Studiosi del Processo Penale ("Investigazioni e prove transnazionali", Roma, 20-21 ottobre 2016), p. 63 e ss. Disponibile su https://dpc-rivista-trimestrale.criminaljusticenetwork.eu/pdf/daniele_3_16.pdf, ultimo accesso 05/09/2020.

Certo è che la cooperazione orizzontale anima la nuova visione contenuta all'interno della Direttiva 2014/41 e si attua attraverso un ordine di indagine, relativo ad esempio ad eventuali perquisizioni o sequestri probatori (e non solo), che viene trasmesso dall'autorità giudiziaria di emissione a quella di esecuzione. Il tutto viene ad essere sottoposto ad una valutazione dall'autorità di esecuzione per tentare di bilanciare l'esigenza di una cooperazione penale effettiva e rapida e il rispetto dei diritti umani. Questo sarebbe l'obiettivo dell'intera evoluzione normativa dell'Unione in materia penale. Nei fatti, attraverso l'OEI, l'autorità giudiziaria di uno Stato membro può incaricare l'autorità giudiziaria di altro Stato membro dell'audizione di testimoni o imputati; può inoltre commissionare perquisizioni e sequestri. E' chiaro che la portata innovativa di tali norme è stata oggetto di analisi da parte della dottrina nazionale³³³, così come di quella degli altri Stati Membri³³⁴. In particolare è stato sostenuto che da un punto di vista empirico, non vi era bisogno di attendere le grandi novità contenute nella Direttiva 2014/41/UE per dare corso a richieste di assistenza aventi ad oggetto perquisizioni e sequestri: allo scopo era già ben più che sufficiente il previgente MERP³³⁵. Altra parte della dottrina, peraltro già citata nel corso del presente lavoro, ha fatto notare – invece - che proprio in tema di perquisizioni e sequestri la Direttiva non ha creato delle vere e proprie fattispecie probatorie. Norme processuali che rinviano alla *lex fori* o alla *lex loci*, lasciano il processo di armonizzazione in una fase embrionale³³⁶. Riguardo all'ammissione degli atti istruttori, l'analisi della Direttiva mette in risalto dei requisiti indispensabili affinché determinate prove debbano essere raccolte, ovvero i requisiti che attengono proprio alla realizzazione delle operazioni istruttorie. Questi ultimi

³³³ G. M. BACCARI, *Una normativa lacunosa e dal sapore rétro per i casi di conflitto di giurisdizione in ambito europeo*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, p. 998.

³³⁴ G. SPANGHER. A. MARANDOLA, G. GARUTI, L. KALB, IV, *Impugnazioni. Esecuzione penale. Rapporti giurisdizionali con autorità straniere*, (a cura di L. Kalb), Utet Giuridica, 2015, p. 1181-1182.

³³⁵ G. UBERTIS, *Considerazioni generali su investigazioni e prove transnazionali*, cit., pag. 49.

³³⁶ S. MARCOLINI, *L'ordine europeo di indagine alla prova dei fatti: prime pronunce in materia*, in *Cass. pen.*, fasc.9, 2019, p. 3370.

sono tipicamente previsti dai diritti nazionali “in rapporto agli atti istruttori che determinano la compressione di uno o più diritti fondamentali. *In primis*, gli atti che interferiscono con il diritto alla riservatezza: le perquisizioni nei luoghi fisici o informatici e i conseguenti sequestri, che nel nostro sistema necessitano di un’ autorizzazione”³³⁷. Ed, in effetti, provvedimenti come la perquisizione necessitano del riconoscimento di tale atto all’ interno dell’ ordinamento dello Stato Membro. Tale riconoscimento da un certo punto di vista rallenta le indagini e mette anche in dubbio l’ efficacia complessiva di tali meccanismi in relazione agli obiettivi di cooperazione penale, ma nello stesso tempo impone una valutazione di tali azioni in relazione ai principi di un determinato ordinamento e al rispetto dei diritti umani. Si pensi al caso italiano e, quindi, ad un p.m. italiano che, ricevuto l’ OEI dall’ autorità tedesca, abbia a questa dato conferma dell’ avvenuta ricezione della richiesta, in conformità a quanto previsto dall’ art.6 comma 1 del d.lgs. 108 del 2017 mediante utilizzo dell’ apposito Allegato B al d.lg., ed abbia poi emesso dei propri provvedimenti di perquisizione e sequestro, in conformità a quanto richiestogli. L’ importanza del decreto di riconoscimento si desume anche dal successivo art. 4, comma 4 d.lgs. n. 108 del 2017, secondo cui esso, dopo essere stato emesso, va comunicato al difensore dell’ indagato; ed è da questa comunicazione che decorre il termine di cinque giorni per l’ opposizione normata dall’ art. 13 d.lgs. n. 108 del 2017³³⁸. Da questo punto di vista si può dire che il processo di trasposizione del mutuo riconoscimento dal settore del mercato interno alla sfera della giustizia ha sollevato maggiori perplessità con riferimento alla circolazione della prova nello spazio comune, la cui analisi si conferma uno

³³⁷ M. DANIELE, *L’ impatto dell’ ordine europeo di indagine penale sulle regole probatorie nazionali*, cit., p. 63 e ss.

³³⁸ La domanda se il decreto di riconoscimento dell’ OEI, qualora omesso, possa avere degli equipollenti non è oziosa: nel caso Brega (Cass. pen., Sez. VI, 7 febbraio - 2 aprile 2019, n. 14413) , il p.m., pur non avendo emesso il decreto, aveva notificato all’ indagato un provvedimento di perquisizione e sequestro al cui interno era incorporato (con una sorta di copia-incolla) gran parte dell’ OEI estero. Ciò aveva portato il g.i.p. a rigettare l’ opposizione proposta dall’ indagato, proprio sull’ assunto che il provvedimento di perquisizione e sequestro, incorporante l’ OEI, fosse equipollente al decreto di riconoscimento omesso e che, a partire da quella notifica, l’ indagato avesse potuto esplicitamente il proprio diritto di difesa. in *Cass. pen.*, Sez. VI, 7 febbraio - 2 aprile 2019, n. 14413 Cfr. S. MARCOLINI, *L’ ordine europeo di indagine alla prova dei fatti: prime pronunce in materia*, cit., p. 3370.

strumento di lettura privilegiato per la verifica dei caratteri effettivi del sistema giudiziario europeo.

Il dibattito dottrinale³³⁹ intorno a questo nuovo meccanismo di cooperazione giudiziaria è stato da subito molto nutrito, perché l'OEI promette, per le sue caratteristiche, in special modo per la sua duttilità e per l'elenco delle attività probatorie cui si applica, di sostituire quasi tutti i precedenti mezzi di cooperazione e di assurgere in breve tempo al rango di “strumento di assistenza giudiziaria” più utilizzato nell'eurozona, in pendant con il mandato di arresto europeo, applicabile invece alla circolazione delle persone.

A tal proposito si è richiamata l'attenzione su eventuali comportamenti da parte delle autorità giudiziarie che renderanno possibili forme di circolazione dei provvedimenti di sequestro preventivo e di confisca, che – come noto – sono esclusi dall'ambito di applicazione dell'OEI, e rispetto ai quali continuano a trovare applicazione singoli provvedimenti nazionali. Si pensi, ad esempio, ai decreti legislativi 15 febbraio 2016, n. 35 e 7 agosto 2015 n. 137, che attuano, rispettivamente, la Decisione quadro 2003/577/GAI, relativa all'esecuzione nell'Unione europea dei provvedimenti giudiziari di blocco e sequestro dei beni, e la Decisione quadro 2006/783/GAI, relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni di confisca. Dunque, sotto il profilo dell'evoluzione della cooperazione investigativa in ambito europeo è necessario prima verificare se questa modalità di indagine sia in grado di assolvere alle esigenze accertative emerse nei procedimenti transnazionali, anche tramite una valutazione critica della normativa sovranazionale e di attuazione³⁴⁰. Questo perché la fruizione efficace dei risultati raggiunti attraverso una perquisizione o un sequestro, con la concorrente attività di soggetti appartenenti a Stati diversi, sarebbe ottenibile solo qualora l'avvenuta acquisizione probatoria fosse compatibile con la legislazione dello Stato in cui dovrebbe essere valutata.

³³⁹ S. MARCOLINI, *L'ordine europeo di indagine alla prova dei fatti: prime pronunce in materia*, cit., p. 3370.

³⁴⁰ A. SCELLA, *Squadre investigative comuni, in Investigazioni e prove transnazionali*, Giuffrè, 2017, p. 141.

Accade spesso che tali dati giudiziari non siano impiegabili proprio per l'emanazione della sentenza cui sarebbero necessari³⁴¹. Infatti, si tende ormai ad ammettere la solidità, anche a seguito dell'emanazione della Direttiva in esame, di un rapporto diretto tra gli organi giudiziari delle differenti nazioni (un tempo impensabile nell'ambito dell'assistenza giudiziaria internazionale) per ovviare alle inevitabili lungaggini dovute alla coesistenza nello strumento rogatorio di due fasi (una politico-amministrativa e una giurisdizionale) successive alla richiesta di uno Stato all'altro; tuttavia continua a essere spesso previsto per l'assunzione probatoria il criterio della *lex loci*³⁴². I limiti giurisdizionali congeniti alle frontiere nazionali costituiscono una costante sfida per il legislatore europeo³⁴³, “sempre alla ricerca di strumenti idonei ad approntare strategie preventive e risposte repressive per il contrasto delle condotte finalizzate alla commissione dei *cross-border crimes*”³⁴⁴. Gli interventi normativi hanno perseguito due sostanziali obiettivi: la creazione di soggetti preposti all'accentramento e al coordinamento investigativo – tra i quali Eurojust, Europol e la procura europea –, e il rafforzamento di azioni congiunte tra gli Stati membri, nonché la disciplina dell'acquisizione della prova all'estero³⁴⁵. L'opportunità e la modalità della partecipazione degli operatori stranieri nel territorio dello Stato ove deve essere compiuto l'atto investigativo dovrà essere oggetto di una

³⁴¹ M. PANZAVOLTA, *Ordine di indagine europeo e indagini bancarie: spunti di riflessione sul concetto di caso interno analogo e atto di indagine alternativo*, in *Indagini penali e amministrative in materia di frodi IVA e di imposte doganali. L'impatto dell'European Investigation Order sulla cooperazione*, (a cura di A. DI PIETRO E M. CAIANIELLO), Bari, 2016, p. 142 e ss.

³⁴² G. UBERTIS, *Considerazioni generali su investigazioni e prove transnazionali*, cit., pag. 49 e ss.

³⁴³ A livello nazionale, il legislatore italiano ha recepito la Direttiva con il d.lg. 21 giugno 2017, n. 108 (decreto adottato in attuazione della l. 9 luglio 2015, n. 114, c.d. Legge di delegazione europea 2014), entrato in vigore il 28 luglio 2017. Anche il quadro delle attività di adeguamento da parte degli altri Stati membri dell'Unione europea (con l'esclusione di Danimarca ed Irlanda, che sin dall'inizio hanno deciso di non partecipare all'OEI) sembra essere tendenzialmente completo. Cfr. S. MARCOLINI, *L'ordine europeo di indagine alla prova dei fatti: prime pronunce in materia*, cit., p. 3370.

³⁴⁴ G. BARROCU, *Le speciali tecniche di investigazione nel contesto europeo*, in *Cass. pen.*, fasc.3, 1 MARZO 2020, pag. 132.

³⁴⁵ L. CAMALDO, *Le squadre investigative comuni: La normativa di attuazione dopo una lunga attesa* (d.lgs. 15 febbraio 2016, n. 34), in *Processo penale e regole europee: atti, diritti, soggetti e decisioni*, (a cura di F. Ruggieri), Giappichelli, 2017, p. 22.

valutazione “caso per caso”, senza trascurare anche come sotto il profilo economico lo svolgimento dell'attività degli stessi nel rispettivo Paese comporti un impegno decisamente inferiore; inoltre, a prescindere dalle valutazioni di opportunità, è bene rimarcare che sotto il profilo normativo la creazione di una squadra investigativa comune non prevede alcun obbligo di svolgere, ovvero impegnarsi a far compiere, attività specifiche fuori dai propri limiti giurisdizionali³⁴⁶.

2. Intercettazioni ed indagini informatiche

La rivoluzione informatica degli ultimi tempi ha profondamente cambiato le abitudini degli individui, incidendo prepotentemente sul modo di vivere, di comunicare, di interagire e di intendere le relazioni interpersonali; di conseguenza, anche le modalità di concretizzazione delle più o meno tradizionali *species* delittuose sono mutate, adattandosi e plasmandosi in ragione di un rinnovato contesto sociale, politico ed economico³⁴⁷. La metamorfosi culturale, in sostanza, ha imposto un mutamento del sistema penale, condizionando le scelte di politica criminale volte ad adeguare la risposta penale all'effettiva esigenza o emergenza da contenere. Insinuandosi, così, nelle disomogeneità legislative esistenti tra differenti Paesi ed approfittando di un abbassamento della soglia di vigilanza da parte degli apparati giudiziari e di polizia nazionale, “la criminalità ha progressivamente assunto una dimensione transfrontaliera. Si tratta di una nuova forma di cooperazione sinergica tra bande

³⁴⁶ M. DANIELE, *L'impatto dell'ordine europeo di indagine penale sulle regole probatorie nazionali*, cit., p. 63 e ss.

³⁴⁷ Secondo lo studio *Legal Frameworks for Hacking by Law Enforcement: Identification, Evaluation and Comparison of Practices*, commissionato dal Parlamento europeo su richiesta della Commissione LIBE e pubblicato nel marzo 2017 (di seguito ‘Studio LIBE’), quella attuale è la ‘golden age of surveillance’, ossia l’epoca in cui, grazie alle tecnologie informatiche, la sorveglianza dello Stato sugli individui è divenuta capillare e la quantità di dati immagazzinati o suscettibili di essere acquisiti esponenziale. Cfr. A. BONFANTI, *Intercettazione di comunicazioni telematiche e acquisizioni di dati: sullo studio dell’Unione Europea*, in “*Legal frameworks for Hacking by Law enforcement*”, Dir. Um e dir. Int., 2017, II, p. 506 e ss.

di diversa nazionalità volte a trarre profitto da qualsivoglia opportunità loro offerta dalla liberalizzazione dei mercati”³⁴⁸.

Su un versante più propriamente processuale, si registra un frenetico ricorso a nuovi strumenti di indagine ad alto contenuto tecnologico che risultano indispensabili a rendere effettiva la lotta contro le più evolute forme di criminalità. Progredendo, infatti, con straordinaria velocità tanto le tecnologie di captazione – che diventano sofisticate ed invasive – quanto le tecniche di elusione di ogni captazione possibile – che si affidano all'impenetrabilità degli apparecchi utilizzati, all'inaccessibilità di particolari reti di captazione ovvero all'adozione di sistemi di criptazione dei messaggi scambiati –, risulta imprescindibile affidarsi ad avanzati strumenti tecnologici per penetrare canali criminali di comunicazione o scambio di informazioni utilizzati per la commissione di reati di particolare allarme sociale³⁴⁹. La definizione di intercettazioni manca a livello europeo. E' questo il punto sul quale la maggior parte della dottrina si concentra nel momento in cui tale tipologia di strumento di indagine viene ad essere inquadrato all'interno dei Considerando n. 30-33 e nel capo V della Direttiva OEI. Le intercettazioni rispondono all'esigenza, generata come indicato dall'evoluzione tecnologica, di captare delle comunicazioni che avvengono tra due persone. Tale captazione deve essere occulta, proprio per capire in che modo due soggetti indagati o già manifestatamente coinvolti all'interno di determinati schemi delittuosi, si organizzano ed operano anche coinvolgendo altre persone ed utilizzando determinati strumenti. Secondo l'articolo 30 dell'OEI le intercettazioni devono contenere informazioni in grado di identificare il soggetto dell'intercettazione, la durata, i dati tecnici per una corretta identificazione del bersaglio al fine di poter garantire la corretta esecuzione dell'attività di captazione³⁵⁰.

³⁴⁸ G. FIORELLI, *Nuovi orizzonti investigativi: l'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 705 e ss.

³⁴⁹ L. CAMALDO, *Le squadre investigative comuni: La normativa di attuazione dopo una lunga attesa* (d.lgs. 15 febbraio 2016, n. 34), cit., p. 22.

³⁵⁰ N. TRIGGIANI, *In divenire la disciplina dei rapporti giurisdizionali con autorità straniere: appunti sulla l. 21 luglio 2016, n. 149*, in *Dir. pen. cont.*, 2016, p. 7.

Le intercettazioni coincidono con l'ascolto occulto di determinate conversazioni ed avvengono con uno specifico mezzo tecnico. Si parla quindi di intercettazione di comunicazioni telefoniche o che avvengono attraverso *computer*. Diverse sono le intercettazioni ambientali che vengono definite intercettazioni tra presenti e prevedono l'utilizzo di strumenti di captazione che coincidono in molti casi con dei microfoni. Tali strumenti rispetto ai telefoni o ai *computer* sono da considerare mezzi di captazione e non di trasmissione³⁵¹. L'intercettazione delle telecomunicazioni è una misura investigativa specificamente prevista in tutti gli Stati Membri anche se i requisiti per la concessione dell'intercettazione telefonica le comunicazioni variano tra di loro. Ad esempio, prendendo il caso della Polonia la normativa sulle intercettazioni riferisce anche alla sorveglianza e alla registrazione con mezzi tecnici del contenuto di altre conversazioni o messaggi, anche di posta elettronica. In Spagna è possibile dare inizio ad attività di intercettazione telefonica se tale misura risulta essere proporzionale alle esigenze dell'indagine rispetto fatti gravi ed in grado di mettere in pericolo la sicurezza nazionale. Esistono, poi, differenze anche per quanto riguarda la durata e il prolungamento delle intercettazioni. Mentre la durata massima delle intercettazioni è dell'ordine di un mese in Belgio, nei Paesi Bassi o in Svezia, può essere concesso per un massimo di tre mesi in Germania e Spagna, e per quattro mesi in Francia e nella Repubblica Ceca³⁵².

Il nuovo contesto economico ha indotto i gruppi criminali a dotarsi di strutture sempre più complesse ed articolate, connotate dai requisiti di imprenditorialità e professionalità tipici delle organizzazioni economiche. Sono proprio questi caratteri ad aver sfumato il confine tra la criminalità economica e quella organizzata. Se la prima ha subito una crescita strutturale pianificata in conseguenza della maggiore complessità dei mercati, la criminalità organizzata tradizionale ha diversificato la propria attività, fino a ricomprendere i reati economici più lucrativi e meno rischiosi. Si assiste, in sostanza, ad una vera e

³⁵¹ M. PANZAVOLTA, *Ordine di indagine europeo e indagini bancarie: spunti di riflessione sul concetto di caso interno analogo e atto di indagine alternativo*, cit., p. 142 e ss.

³⁵² G. UBERTIS, *Considerazioni generali su investigazioni e prove transnazionali*, cit., pag. 49 e ss.

propria gestione imprenditoriale del crimine, protesa a percorrere gli stessi itinerari della globalizzazione economica.

Da qui la rilevanza di prevedere strumenti di contrasto che possano certamente contribuire a rendere le indagini più incisive. La possibilità di utilizzare i mezzi informatici e di comunicazione, ormai diffusi in modo capillare tra la popolazione e all'interno degli ambienti criminali, è legata alla necessità di intercettare e captare notizie in grado di indirizzare le sempre più complesse indagini, riguardanti la dimensione transfrontaliera del crimine nello spazio giuridico europeo. In effetti, la velocizzazione di determinate azioni criminali, di determinati traffici avviene anche a causa dell'interconnessione globale tra gruppi criminali attivi in diverse parti del mondo. Sebbene le comunicazioni elettroniche siano strumenti pericolosi per l'attività criminale, data la possibilità di captare conversazioni e scambi di dati, proprio la programmazione criminale di determinate attività illecite avviene per la facilità di comunicazione praticabile anche tra aree del pianeta decisamente molto remote. In particolare, proprio l'utilizzo di avanzatissimi sistemi di comunicazione velocizza lo scambio di informazioni e la realizzazione di traffici illeciti che si affiancano all'interconnessione degli scambi economici e sociali che si realizzano nell'attuale contesto storico³⁵³.

In tal senso, proprio in relazione alle intercettazioni, autorevole dottrina ha sottolineato come l'ordine europeo di indagine ha voluto prevedere una un'attitudine "captativa estrema, sia con riguardo agli atti da compiere (indagini e assunzioni di prove in senso tecnico, costituite o costituenti: reali, documentali, dichiarative, anche in video/tele-conferenza, dati in tempo reale mediante intercettazioni, operazioni sotto copertura) sia in relazione ai procedimenti (penali, penali-amministrativi e para-penali: sono inclusi il procedimento di prevenzione e quello di accertamento della responsabilità degli

³⁵³ M. PANZAVOLTA, *Ordine di indagine europeo e indagini bancarie: spunti di riflessione sul concetto di caso interno analogo e atto di indagine alternativo*, cit., p. 142 e ss.

enti) nel cui ambito si può innestare”³⁵⁴. Ed in effetti quello che si può ritenere l’elemento importante di novità riconducibile all’Ordine di indagine europeo è da ricercare direttamente nella possibilità di organizzare delle operazioni di intercettazioni in territorio estero. Come stabilito nella Direttiva, a partire dal già citato Considerando n. 30, viene ripresa la distinzione contenuta nella Convenzione di Bruxelles del 2000 che distingueva in che modo gli Stati dovevano collaborare all’interno del contesto di captazione e di intercettazione di determinati soggetti, indipendentemente dallo Stato all’interno del quale la persona si trova in un determinato momento. Da un punto di vista che possiamo definire empirico la distinzione era basata sulla scelta delle modalità pratiche di realizzazione dell’attività di captazione in territorio straniero. Tali intercettazioni si basano sulla presenza di una strategia di ingresso all’interno dello Stato, in cui si svolgono determinate attività, eccezione fatta per il caso in cui l’utenza mobile ad un gestore telefonico che abbia stipulato accordi di *data roaming* tali da assicurare in automatico il servizio sul territorio dello Stato nel quale l’atto deve essere eseguito. Se l’utenza di un gestore italiano varca i confini nazionali e, quindi, viene utilizzata in un altro Stato, nel momento della chiamata il cellulare dialoga con la base radio che è più vicina al telefono cellulare o ad altro mezzo. La conversazione attivata da un dispositivo caratterizzato dal prefisso “+39” viene dirottata in Italia solamente nel momento in cui si è siglato un accordo specifico di attivazione del *roaming* tra gestore della scheda e gestore del sistema della stazione. Nell’ordinamento italiano, la Corte di Cassazione italiana ³⁵⁵ ha chiarato che non è necessario attivare una rogatoria internazionale se le intercettazioni di una utenza mobile nazionale che si trova all’estero possono essere svolte direttamente sul territorio dello Stato, a seguito di una procedura di instradamento automatica. Tale tecnica viene riconosciuta dalla giurisprudenza

³⁵⁴ M. CAIANIELLO, *La nuova direttiva UE sull'ordine europeo di indagine penale tra mutuo riconoscimento e ammissione reciproca delle prove*, cit., p. 1 e ss.

³⁵⁵ Secondo l'art. 696 c.p.p., come modificato dall'art. 9 l. 5 ottobre 2001 n. 367, le norme del codice in materia di assistenza giudiziaria internazionale si applicano solo in mancanza di norme di convenzioni internazionali o di diritto internazionale generale ovvero allorché queste non dispongano diversamente. *Cassazione penale sez. I 16 ottobre 2002 n. 37774, in Giur Pen., 2003, III, 214.*

come una tecnica legittima che utilizza la tecnologia specifica per instradare automaticamente una comunicazione, che avviene all'estero sfruttando i nodi esteri, verso meccanismi di captazione italiani. L'intera attività di intercettazione viene ad essere svolta direttamente in Italia e non richiede, quindi, indicazioni formali da parte del Pubblico Ministero. La citazione del caso italiano è strumentale, alla stregua di quanto sottolineato da autorevole dottrina³⁵⁶, per sottolineare che sebbene l'OEI rappresenti un passo in avanti importantissimo, lo stesso impone che un determinato Stato, dovrà comunque dare assistenza tecnica per la realizzazione delle intercettazioni. Se, infatti, la captazione per essere realizzata ha bisogno di assistenza tecnica, occorre sempre che l'autorità giudiziaria emetta una precisa richiesta alla controparte estera. L'OEI è decisamente limitato rispetto al passato e non supera delle procedure che erano comunque già in vigore. Di altro tenore operativo è, al contrario, l'impatto dell'OEI qualora le attività di cui si discute non richiedano l'assistenza tecnica dello Stato in cui è localizzata l'utenza bersaglio. Sempre indicando il caso italiano come verifica di incisività dell'OEI, avviene in questo specifico caso che il giudice ordini l'immediata cessazione delle operazioni, se le intercettazioni sono state disposte in riferimento a un reato per il quale, secondo l'ordinamento interno, le intercettazioni non sono consentite e ne dà contestuale comunicazione al procuratore della Repubblica, il quale, senza ritardo, e comunque non oltre novantasei ore dalla ricezione della notifica, informa l'autorità giudiziaria dello Stato membro del provvedimento di cessazione delle operazioni e della non utilizzabilità, a fini di prova, dei risultati delle intercettazioni eseguite³⁵⁷. Sul

³⁵⁶ M. CAIANIELLO, *La nuova direttiva UE sull'ordine europeo di indagine penale tra mutuo riconoscimento e ammissione reciproca delle prove*, cit., p. 4 e ss.

³⁵⁷ Nella procedura attiva, spetta al pubblico ministero emettere un ordine di indagine per la necessaria assistenza tecnica all'esecuzione delle operazioni di intercettazione delle conversazioni o comunicazioni o del flusso di comunicazioni relativo a sistemi informatici o telematici, quando il dispositivo o il sistema da controllare si trova nel territorio di altro Stato membro. Se non è necessaria l'assistenza tecnica dello Stato straniero, il pubblico ministero, prima di dare inizio alle operazioni di intercettazione, deve informare (mediante trasmissione del modello di cui all'allegato C), l'autorità giudiziaria competente dello Stato membro nel cui territorio si trova il dispositivo o il sistema da controllare. Nel corso delle operazioni di intercettazione, lo stesso pubblico ministero, non appena abbia notizia che il dispositivo o il sistema controllato si trova nel territorio di altro Stato membro, provvede immediatamente, con le medesime modalità, a dare informazione all'autorità giudiziaria competente dello Stato membro interessato che le

versante passivo³⁵⁸ occorre dire che la procedura di emissione di un OEI che contiene la richiesta di effettuazioni trova spazio solamente nel momento in cui sussistano all'interno di un determinato Stato Membro le condizioni di ammissibilità previste dall'ordinamento interno. A rilevare, non solo all'interno dell'ordinamento penale italiano, è chiaramente l'insieme delle motivazioni ed anche dei requisiti formali legati all'OEI. Del resto, l'articolo 30 par. 5 OEI consente un margine di discrezionalità alle autorità giudiziarie chiamate all'esecuzione dell'atto richiesto, sottoforma di rifiuto o subordinazione dell'atto alle condizioni previste dall'ordinamento interno, ancorché conferisca prevalenza alle scelte di opportunità realizzate dallo Stato di emissione. Ad affiancarsi a tale tipologia di riflessione è poi il principio di proporzionalità che potrebbe costituire un esplicito motivo di rigetto per l'OEI. 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 nocimento dei loro diritti soprattutto quelli relativi alla libertà di comunicazione ed alla riservatezza dell'individuo.

La stessa dottrina ha sottolineato che l'indicazione degli elementi probatori non può che essere considerata una sorta di autocertificazione dell'esistenza degli stessi da parte dello Stato richiedente; ferma restando la possibilità di richiedere specifiche "integrazioni" (ove per esempio si assuma sussistente una prova scarsamente verosimile), "il sistema non può che fondarsi su un atto di reciproca fiducia da parte degli Stati; se uno Stato dichiarerà l'esistenza di prova inesistenti o totalmente differenti da come sono state presentate andrà incontro a una

operazioni di intercettazione sono state avviate e sono in corso. Se, ricevuta tale informativa, l'autorità giudiziaria dello Stato straniero comunica che le operazioni di intercettazione non possono essere eseguite o proseguite, ne viene disposta l'immediata cessazione, ma i risultati possono comunque essere utilizzati alle condizioni stabilite dall'autorità giudiziaria dello Stato straniero. Cfr. CAMALDO L., *La normativa di attuazione dell'ordine europeo di indagine penale: le modalità operative del nuovo strumento di acquisizione della prova all'estero*, in *Cass. pen.*, fasc.11,2017, p. 4196.

³⁵⁸ Nella procedura "passiva", disciplinata nel Titolo II del decreto legislativo, che si instaura a fronte della richiesta proveniente dall'estero e volta all'acquisizione probatoria sul territorio nazionale, è attribuito un ruolo particolarmente pregnante al Procuratore della Repubblica presso il Tribunale del capoluogo del distretto nel quale devono essere compiuti gli atti richiesti. Cfr. A. TINOCO PASTRANA, *L'ordine europeo di indagine penale*, in *Proc. pen. giust.*, 2017, n. 2, p. 346 e ss.

responsabilità “politica”, mentre il giudice italiano potrà- fino a prova contraria- fondare il proprio giudizio basandosi su un quadro “attestato” dall'autorità richiedente”³⁵⁹.

Se, quindi, il provvedimento richiesto non è previsto dalla legge dello Stato Membro o non ricorrono determinati presupposti l'autorità dello Stato Membro rifiuta l'esecuzione dello stesso ordine. L'esecuzione può essere rifiutata se, ad esempio, le intercettazioni riguardano fattispecie per le quali un soggetto o più soggetti sono stati già giudicati violando i principi sanciti all'interno della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea. Allo stesso modo nel momento in cui le intercettazioni avvengono all'interno di uno Stato Membro senza la necessità di assistenza tecnica, tali operazioni di captazione possono essere bloccate se si riferiscono ad un reato per il quale secondo l'ordinamento interno non sono previste. L'OEI è un ordine di esecuzione che potrà essere disatteso se si traduce nell'emissione di un decreto di intercettazione che *ceteris paribus* non avrebbe potuto essere emesso all'interno di uno Stato Membro³⁶⁰: l'OEI, in questo caso, servirà difatti a dare attuazione alle forme di assistenza tecnica necessarie per l'instradamento della comunicazione *target*. Con riferimento a il principio di proporzionalità, vi è anche la questione della possibile sostituzione del provvedimento se l'autorità di esecuzione ritiene che le informazioni necessarie possano essere ottenute attraverso mezzi meno intrusivi rispetto all'intercettazione delle comunicazioni secondo l'art. 10 della Direttiva OEI. Il ritiro dell'ordine di indagine potrebbe, nei fatti, anche essere preso in considerazione se non esistono dei mezzi sostitutivi a quelli indicati e giudicati troppo “invasivi” sempre ai sensi dell'art. 10 OEI. L'autorità di esecuzione può anche rifiutare l'esecuzione dell'OEI se l'atto d'indagine non esiste nello Stato di esecuzione. E' il caso, ad esempio, della Polonia dove non esiste nessuna regolamentazione sull'intercettazione privata delle telecomunicazioni (tra privati

³⁵⁹ L. GIORDANO, *Intercettazione di flussi comunicativi con l'estero. I limiti operativi della procedura di istradamento*, in www.ilpenalista.it, 2018.

³⁶⁰ M. DANIELE, *L'impatto dell'ordine europeo di indagine penale sulle regole probatorie nazionali*, cit., p. 63 e ss.

o in il luogo di lavoro). Tuttavia, proprio l'autorità di esecuzione non è tenuta a controllare, prima di ordinare l'esecuzione, se la misura richiesta esiste nel Paese di emissione³⁶¹. In Italia, al riconoscimento dell'ordine di esecuzione segue la fase operativa vera e propria, con l'esecuzione dell'ordine (entro i successivi novanta giorni): questa, secondo l'art. 4, comma 2, d.lgs. n. 108 del 2017, avviene osservando le forme espressamente richieste dall'autorità di emissione (*lex fori*) che non siano contrarie ai principi dell'ordinamento interno³⁶². In tale prospettiva la procedura in esame, specificatamente quella passiva, svela subito una vocazione efficientista, in linea con i *desiderata* della direttiva.

Si evince come con l'ordine europeo l'obiettivo generale sia stato quello di andare a dotare gli investigatori di strumenti in grado di incidere sulle dinamiche criminali, ma nello stesso tempo si è cercato di dare attuazione al principio del riconoscimento reciproco che l'art. 82, par. 1, TFUE pone a fondamento della cooperazione giudiziaria nell'Unione. Anche se, si è osservato, ne è uscita una "ibridazione", "dove i connotati del mutuo riconoscimento – a partire dal dovere di dare seguito all'ordine «senza ulteriori formalità» –

³⁶¹ Più in particolare, considerati i caratteri peculiari della sorveglianza statale sulle comunicazioni private – per cui non si può ovviamente ritenere che lo Stato sia obbligato ad informare anticipatamente l'intercettato – e date le dovute analogie con le tecnologie informatiche, è opportuno notare che «*especially where a power vested in the executive is exercised in secret, the risks of arbitrariness are evident. It is therefore essential to have clear, detailed rules on interception of telephone conversations, especially as the technology available for use is continually becoming more sophisticated. The domestic law must be sufficiently clear to give citizens an adequate indication as to the circumstances in which and the conditions on which public authorities are empowered to resort to any such measures*» (*ibidem*). A questo proposito, secondo la giurisprudenza della Corte europea, le leggi nazionali devono contenere indicazioni adeguate in merito a: «*the nature of offences which may give rise to an interception order; a definition of the categories of people liable to have their telephones tapped; a limit on the duration of telephone tapping; the procedure to be followed for examining, using and storing the data obtained; the precautions to be taken when communicating the data to other parties; and the circumstances in which recordings may or must be erased or destroyed*». Cfr. Corte europea dei diritti umani, *Weber and Saravia c. Germania*, ricorso n. 54934/00, decisione sull'ammissibilità del 29 giugno 2006, par. 95.

³⁶² Gli artt. 8 e 9 d.lgs. 108 del 2017 ammettono, inoltre, la partecipazione eventuale dell'autorità di emissione nonché modalità particolari di esecuzione (vale a dire, atti diversi comunque idonei al raggiungimento dello scopo), queste ultime quando l'atto richiesto non è previsto dalla legge italiana o non ricorrono i suoi presupposti o, ancora, non appare proporzionato (temi su cui si tornerà nel prosieguo). Sono comunque previsti motivi specifici di rifiuto del riconoscimento e della stessa esecuzione dell'ordine – salve le deroghe alla doppia incriminazione – ovvero per il rinvio di entrambi gli adempimenti (artt. 10, 11 e 14 d.lg. n. 108 del 2017). Cfr. E. LORENZETTO, *L'ordine europeo di indagine penale: efficienza e garanzie per le acquisizioni probatorie in ambito europolitano*, in *Cass. pen.*, fasc.3, 2020, pag. 1302.

convivono con quelli della mutua assistenza tradizionale; tra questi, il recupero della *lex loci* allorché la *lex fori* risulti confliggente con i principi fondamentali dello Stato di esecuzione o, ancora, l'esecuzione c.d. concelebrata, tipica del sistema rogatorio³⁶³. L'ordine di indagine penale, secondo i propositi delle istituzioni europee, è il frutto di «una nuova impostazione» che, sulla base dell'art. 82 par. 2 TFUE, intende realizzare un «sistema globale di acquisizione delle prove nelle fattispecie aventi dimensione transfrontaliera», tale da sostituire «tutti gli strumenti esistenti nel settore» e da potersi utilizzare per «tutti i tipi di prove» con precise e rapide modalità di esecuzione e con circoscritti motivi di rifiuto». Le stesse normative di recepimento, compresa quella italiana, rappresentano un tentativo di conciliare contrapposte esigenze, laddove, per gli elementi storici posti a fondamento delle richieste, si deve prendere atto che il decreto nulla specifica. Non sarebbe stato verosimilmente opportuno, a fronte del testo di una direttiva che “non contempla alcuna dizione in tema di “indizi” (né gravi né sufficienti) impone 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”³⁶⁴.

2.1. (segue) Garanzie ineliminabili dei soggetti coinvolti

Nonostante il compendio normativo esistente in relazione alle intercettazioni di comunicazioni, nonché in tema di indagini informatiche, la disciplina per quel che attiene al regime di utilizzabilità delle prove raccolte con tali mezzi risulta per certi versi lacunosa, incompleta e frammentaria.

³⁶³ *Ibidem*.

³⁶⁴ PARODI C., *Ordine di indagine europa: la disciplina delle intercettazioni*, in *Cass. pen.*, fasc.3, 2020, p. 1314.

Le previsioni volte a regolare i mezzi di prova in questione, infatti, necessitano un'integrazione con le garanzie previste dagli artt. 8³⁶⁵ CEDU e 7³⁶⁶ della Carta di Nizza, anche alla luce delle interpretazioni fornite nel corso degli anni dalla Corte di giustizia dell'Unione europea. Dalle fonti europee appena richiamate si desume che le intercettazioni e le indagini informatiche devono essere contraddistinte da previsioni di legge che siano precise e chiare e che si debba sempre prevedere, per il loro espletamento, la garanzia giurisdizionale: la raccolta delle prove deve essere autorizzata o sottoposta ad un controllo *ex post* da parte del giudice competente nella fase procedimentale di riferimento³⁶⁷.

Altro aspetto di fondamentale importanza è il carattere di necessità delle operazioni in questione, le quali non possono essere predisposte in modo arbitrario o effettuate in una modalità tale da poter sfociare in un abuso dello strumento probatorio.

Infine, secondo quanto previsto dall'art. 48 della Carta di Nizza, deve essere garantito il controllo della difesa ogniqualvolta si faccia utilizzo dei mezzi di ricerca in questione: deve essere garantita, dove possibile, una partecipazione attiva del difensore o almeno la possibilità di esperire adeguati mezzi di impugnazione³⁶⁸.

3.3. Prelievi e trasmissioni di dati genetici

³⁶⁵ Art. 8 CEDU: “1. Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza; 2. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui.”

³⁶⁶ Art. 7 Carta di Nizza: “Ogni individuo ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e delle sue comunicazioni.”

³⁶⁷ M. DANIELE, *Ricerca e formazione delle prove*, cit. p. 430 e ss.

³⁶⁸ *Ibidem*.

Il test del DNA entrò nel processo negli Stati Uniti nel 1987; perciò non sorprende che il nostro codice, nella stesura iniziale, non regolasse espressamente la materia³⁶⁹.

Gli inconvenienti di questo assetto, tuttavia, si mostrarono quasi subito; le conoscenze crescevano svelte, la tecnica rese presto possibile l'estrazione di profili da reperti esigui, antichi e malridotti, la prova diventava sempre più affidabile³⁷⁰. Il Consiglio d'Europa quasi trenta anni orsono aveva emanato una Raccomandazione³⁷¹ (92-1) che individuava le norme generali da collocare a fondamento della raccolta di campioni biologici, e degli *standards* a cui devono adeguarsi i laboratori forensi per l'acquisizione, la gestione e la protezione dei dati così ottenuti, invitando, inoltre, gli stati membri a prevedere la costituzione di Banche Dati Nazionali del DNA, al fine dello "scambio dei risultati delle analisi"³⁷². Come emerge da queste prime considerazioni, siamo dunque in presenza di uno spettro variegato di questioni, non di rado commesse alla specifica tematica delle cosiddette "nuove prove scientifiche", ricollegabile ad elementi conoscitivi ottenuti attraverso l'ausilio di criteri tecnico-scientifici la cui affidabilità "non possa ancora "darsi per scontata" nel contesto culturale di riferimento, quantomeno in rapporto alla loro utilizzazione in ambito giudiziario"³⁷³.

³⁶⁹ P. TONINI, *Dalla perizia "prova neutra" al contraddittorio sulla scienza*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 364.

³⁷⁰ A fronte di tale tipologia di evoluzione anche l'ordinamento italiano non poteva rimanere impassibile. Se alcune fasi dell'accertamento genetico potevano essere calate all'interno di istituti preesistenti, grosse difficoltà sorgevano nell'ipotesi in cui fosse necessario procurarsi un campione di sostanza organica da un individuo recalcitrante. Il tentativo di fondare la coazione sull'art. 224, comma 2, c.p.p. (il giudice «adotta tutti [i] provvedimenti che si rendono necessari per l'esecuzione delle operazioni peritali») venne cassato nel 1996 da una famosa sentenza della Corte costituzionale, che – ineccepibilmente – vi ravvisò una violazione della riserva di legge fissata dall'art. 13, comma 2, Cost. Cfr. A. CAMON, *La disciplina delle indagini genetiche*, in *Cass. Pen.*, 2014, IV, 1425 e ss.

³⁷¹ *Raccomandazione n. r (92) 1 del comitato dei ministri agli stati membri relativa all'utilizzazione dell'analisi dell'acido deossiribonucleico (dna) nell'ambito del sistema giudiziario penale.*

³⁷² Così come previsto dalla direttiva del Consiglio dell'Unione europea No. 97/193/02 del 9 giugno 1997).

³⁷³ P. RIVELLO, *Tecniche scientifiche e processo penale*, in *Cass. pen.*, fasc.4, 2013, pag. 1691.

Da sempre, l'approccio seguito a livello comunitario rispetto tale specifico e delicato ambito è stato quello di arrivare ad un "ragionevole e soddisfacente equilibrio tra l'interesse collettivo, la giustizia penale, e la salvaguardia di diritti individuali sanciti e tutelati dai principi della Costituzione (su tutti, l'art. 13) e dalle leggi ordinarie, oltre che da norme comunitarie"³⁷⁴. Rispetto alla raccolta di campioni biologici rileva, per un verso, il piano prettamente giuridico, nell'ambito del quale trovano applicazione le norme che stabiliscono quando, nei confronti di chi, con che modalità e da parte di quali autorità sia consentito procedere alla raccolta di materiale biologico al fine di risalire al profilo DNA di un individuo. Per altro verso importanti sono sul piano scientifico le tecniche di prelievo. Entrambi gli aspetti sono stati ritenuti importantissimi a livello comunitario ai fini di una armonizzazione nell'utilizzo di tale tipologia di dati sempre più decisivi all'interno delle indagini. La complessità della regolamentazione risiede nel fatto che l'imputato e la persona offesa dal reato, ma anche i terzi, possono essere oggetto di accertamento qualora partecipino ad un'attività d'indagine o probatoria come mera realtà fisica. In altri termini, si tratta di casi in cui la persona interviene ad un'attività procedimentale svolta da soggetti pubblici (autorità giudiziaria o polizia giudiziaria) senza necessità di una partecipazione attiva, vocale o gestuale. L'uomo come entità fisica diviene oggetto di ricerca probatoria anche a prescindere dalla collaborazione dell'interessato il quale, qualora non occorra alcuna sua attivazione fisica per lo svolgimento dell'indagine, non può impedire l'emergere di elementi di prova dal

³⁷⁴ Opportuno in tal senso è ricordare anche la Convenzione di Oviedo (Convenzione per la protezione dei diritti dell'uomo e della dignità dell'essere umano riguardo all'applicazione della biologia e della medicina: Convenzione sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina – Oviedo, 4 aprile 1997), ratificata peraltro anche in Italia nel 2001. L'art. 2 di quest'ultima stabilisce che "... l'interesse e il bene dell'essere umano devono prevalere sull'esclusivo interesse della società o della scienza..."; a sua volta l'art. 5 impone che "... Qualunque intervento in campo sanitario non può essere effettuato se non dopo che la persona interessata abbia dato il proprio consenso libero ed informato...", e l'art. 26 che lascia la facoltà alla legislazione nazionale di introdurre quelle restrizioni che risultino "... necessarie, in una società democratica, a garantire la sicurezza pubblica, la prevenzione di infrazioni penali, la tutela della sanità pubblica o la tutela dei diritti e libertà altrui...", con esclusione di limitazioni relativamente alla ricerca sull'uomo, al prelievo di organi e tessuti a scopo di ricerca e discriminazione quali la selezione del sesso del nascituro. Cfr. L. D'AURIA, *Dal prelievo coattivo alla banca dati dei profili genetici: l'ennesima incompiuta*, in *Riv. it. medicina legale* (dal 2012 *Riv. it. medicina legale e dir. sanitario*), fasc.1, 2007, pag. 61.

proprio corpo. In tal senso sebbene la decisione 2006/960/GAI non si occupi di dati genetici ha fatto compiere dei passi in avanti significati in termini di scambio di informazioni e intelligence. Il principio di disponibilità, come accennato anche corso del presente lavoro, ha sancito la possibilità di ottenere le informazioni di cui uno Stato ha bisogno nell'esercizio delle sue funzioni da un altro Stato membro, tenuto a trasmetterglielle per i fini dichiarati³⁷⁵. In tale tipologia di scambio entravano certamente i profili di DNA, ovvero i dati genetici già esistenti. Tale tipologia di principio è ribadito, del resto, anche dalla Direttiva 2014/41Ue – OEI all'interno della quale - compiendo un piccolo passo in avanti rispetto al passato – si prevede la consegna di materiale genetico-molecolare dell'indagato può essere oggetto di richiesta da parte di un'autorità giudiziaria e straniera. Inoltre, con riferimento al mandato d'arresto europeo, la giurisprudenza nazionale dei singoli stati membri, compreso l'Italia³⁷⁶ ha ritenuto legittima l'esecuzione di un provvedimento basato anche su accertamenti genetici effettuati su tracce di DNA attribuite all'indagato. La circostanza che il profilo genetico di un estradando risulti inserita nella banca dati di un altro Stato ne legittima l'acquisizione e l'utilizzazione probatoria nell'ambito della procedura di cooperazione, non sussistendo, al riguardo, alcun divieto nella decisione quadro sul mandato d'arresto europeo né nella legge attuativa. Una delle principali novità rispetto a quanto affermato è rappresentata dalla possibilità di prelievo e analisi di materiale cellulare di una determinata persona che si trova nel proprio territorio, e trasmissione del profilo DNA così ottenuto allo Stato membro richiedente, se nell'ambito di indagini o procedimenti penali in corso il profilo

³⁷⁵ A. BONFANTI, *Intercettazione di comunicazioni telematiche e acquisizione di dati*, cit., pp. 506-515.

³⁷⁶ In tema di mandato di arresto europeo, non è in contrasto con le garanzie costituzionali di cui all'art. 2, comma primo della legge 22 aprile 2005, n. 69 la richiesta di consegna che si fondi su indizi di colpevolezza costituiti da reperti biologici prelevati all'imputato ad altri fini e conservati in una banca-dati del DNA. (Fattispecie relativa a mandato di arresto europeo emesso dalle autorità austriache, nel quale gli indizi che avevano giustificato la custodia in carcere erano costituiti dalla prova del DNA, effettuata su prelievi ematici prelevati all'imputato durante un pregresso periodo di detenzione in Germania e ivi conservati in una apposita bancadati). (Rigetta, App. Bari, 19 Giugno 2008) Cfr. Cass., sez. fer., 27-8-2008, n. 34294, CP, 2009, 1445, con nota di BELFIORE, La prova del DNA a fondamento di un mandato d'arresto europeo: via libera alla consegna.

DNA di quella persona non è già disponibile. E' chiaro come all'interno degli Stati Membri tale tipologia di prassi viene sottoposta, anche qui, ad una sorta di verifica di compatibilità con l'ordinamento del Paese all'interno nel quale un soggetto si trova. Il prelievo così come lo scambio di dati deve essere considerato assolutamente indispensabile per la prova dei fatti. Viene così codificata, molto opportunamente, l'idea che la coazione sia legittima solo se costituisce *l'extrema ratio*: non vi si può ricorrere quando il materiale biologico o il profilo genetico sono reperibili in altri modi, e nemmeno quando la prova del DNA non porta un contributo cognitivo fondamentale. Richiamando la giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani e della Corte di giustizia dell'Unione europea, si identificano i requisiti minimi cui le normative nazionali devono attenersi per essere considerate compatibili con quanto prescritto a livello internazionale ed europeo in materia di protezione del diritto alla *privacy*, libertà di espressione e informazione e trattamento dei dati personali³⁷⁷. Ed in effetti, il passo in avanti in termini di incisività delle indagini compiuto dalla Direttiva 2014/41/UE è ancorata al concetto stesso di atto di indagine. L'OEI si applica anche all'interno di un contesto di prove che possiamo definire costituenti che erano precedentemente escluse all'interno del processo di armonizzazione penale europeo. Sarà adottabile anche per le indagini corporali ed in particolare per la ricerca di materiale genetico. Del resto, occorre dire che già prima dell'entrata in vigore della Direttiva esisteva la possibilità di accedere *on line* alle banche dati degli Stati Membri, che possono consultare i dati indicizzati degli schedari nazionali di analisi del DNA e quindi fare confronti e raffronti con il profilo di

³⁷⁷ Tra le disposizioni che compongono il quadro giuridico, si ricordano gli articoli 7 e 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, l'art. 8 della Convenzione europea dei diritti umani, il Regolamento 2016/679 del 27 aprile 2016 relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali (di seguito 'Regolamento 2016/679 sulla protezione dei dati'), la direttiva 2016/680 del 27 aprile 2016 relativa alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, nonché alla libera circolazione di tali dati, la direttiva 2002/58 sulla protezione della *privacy* nelle comunicazioni elettroniche e la Convenzione n. 108 del Consiglio d'Europa sulla protezione degli individui nei processi di trattamento automatizzato dei dati personali. Cfr. Intercettazione di comunicazioni telematiche e acquisizione di dati: sullo studio dell'Unione europea su A. BONFANTI, *Intercettazione di comunicazioni telematiche e acquisizione di dati*, cit., pp. 506-515.

interesse. Se viene accertata una concordanza tra DNA trasmesso e DNA custodito, allo Stato Membro richiedente vengono forniti per via automatizzata quei dati personali indicizzati. Lo scambio dei dati avviene con un accesso reciproco e diretto alle banche dati di ogni Stato membro da parte delle autorità nazionali, ed in base al sistema *hit/no hit*, che confronta profili anonimi senza possibilità di risalire direttamente alla persona interessata. L'utilizzo di tali dati deve essere finalizzato ad un obiettivo del quale lo Stato che concede i dati è informato. Non si può travalicare assolutamente tale confine con un ulteriore limite legato poi al trattamento dei dati che vengono scambiati. I dati trasmessi vengono, infatti, confrontati ed immediatamente cancellati. Per riassumere si potrebbe dire che il quadro che emerge vede i dati genetici scambiati mediante dei sistemi centralizzati di raccolta delle informazioni, o con uno scambio diretto legato all'accesso alle banche dati nazionali. Il primo metodo determina la creazione di sistemi di informazioni autonomi gestite attraverso degli organismi sovranazionali. Per quanto riguarda lo scambio attraverso le banche dati, esso avviene in modo molto più semplice e senza intermediazione. In tal senso la direttiva 2014/41/UE cerca di ottimizzare le disposizioni in termini di raccolta di campioni biologici e trattamento dei profili DNA, a causa della persistente rilevanza delle legislazioni nazionali, anche con riferimento ai sistemi centralizzati. Attualmente il problema non è solamente quello relativo alle normative riguardanti l'utilizzo o l'effettuazione di indagini. Importanti sono i criteri di selezione dei soggetti i cui dati possono essere indicizzati e per quali reati è possibile andare a consentire raccolta e trattamento degli stessi. Gli Stati potrebbero contribuire alla cooperazione in termini di polizia e in termini giudiziari, tutti alla medesima maniera.

3. La formazione della prova dichiarativa

Già nel 2009, la necessità di creare un unico strumento europeo di raccolta transnazionale delle prove aveva indotto la Commissione europea a lanciare un processo di consultazione con la pubblicazione di un Libro Verde sulla ricerca

delle prove in materia penale e sulla loro ammissibilità³⁷⁸. Il testo europeo contiene poi una specifica disciplina per alcune tipologie di atti, quali: il trasferimento temporaneo di persone detenute ai fini dell'indagine, che vedremo nel prossimo paragrafo e certamente l'acquisizione di informazioni bancarie e finanziarie (artt. 26-27); il compimento di atti di indagine che comportino l'acquisizione di elementi di prova in tempo reale e in modo continuativo (art. 28). L'obiettivo generale, come già chiarito, "è quello di andare a porre fine alla frammentazione che sino ad oggi ha caratterizzato il sistema di acquisizione delle prove all'estero, fondato sulla convivenza tra strumenti di assistenza giudiziaria e strumenti di mutuo riconoscimento"³⁷⁹. A livello empirico i provvedimenti che prima della Direttiva in esame avevano inciso sulla formazione delle prove erano sostanzialmente due³⁸⁰: la Decisione quadro 2003/577/GAI, concernente l'esecuzione nell'Unione europea di provvedimenti di blocco di beni o di sequestro probatorio e la Decisione quadro 2008/978/GAI, relativa al mandato europeo di ricerca delle prove.

Con riferimento alla prova dichiarativa ed in particolare alla testimonianza, diciamo che tale tipologia di prova ha una importanza che possiamo definire cruciale sia a livello interno che a livello comunitario³⁸¹. Il processo penale è incentrato per la maggior parte sulla modalità dialogica e conosce altri tipi di prove comprese quelle documentali³⁸². Occorre dire che quelle dichiarative sono

³⁷⁸ A. MANGIARACINA, *A new and controversial scenario in the gathering of evidence at the European Union level: the Proposal for a Directive on the European Investigation Order*, in *Utrecht Law Review*, 2014, vol. 10, n. 1, 120.

³⁷⁹ Sul primo versante, sostituisce la Convenzione di assistenza giudiziaria del Consiglio d'Europa del 20 aprile 1959 e i relativi Protocolli aggiuntivi del 17 marzo 1978 e dell'8 novembre 2001; la richiamata Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen, con il limite del quale si è accennato; la Convenzione di assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'UE del 29 maggio 2000 (di seguito: EU CMAMP) e il relativo Protocollo del 16 ottobre 2001 (art. 34). MANGIARACINA A., *L'acquisizione europea della prova cambia volto: l'Italia attua la Direttiva all'ordine europeo di indagine penale*, cit., 158 e ss.

³⁸⁰ G. FIORELLI, *Nuovi orizzonti investigativi: l'ordine europeo di indagine*, cit., p. 705 e ss.

³⁸¹ *Ibidem*.

³⁸² M. CAIANIELLO, *La nuova direttiva UE sull'ordine europeo di indagine penale tra mutuo riconoscimento e ammissione reciproca delle prove*, cit., p. 1 e ss.

le più importanti per la ricostruzione dei fatti in quanto la testimonianza consente di andare a ricostruire gli eventi umani³⁸³. L'apporto di un testimone viene quindi adoperato per la verifica della verità o meno dell'asserzioni con cui le parti, antitetivamente ricostruiscono la vicenda processuale. La prova quindi si costruisce nella dialettica tra le parti dinanzi ad un giudice terzo ed imparziale. In tal senso la dottrina³⁸⁴ ha precisato che il nuovo strumento europeo, appunto, l'OEI è adottabile per le prove reali e per quelle in senso lato documentali (così coprendosi l'area delle due decisioni quadro sul congelamento e la confisca dei beni, e sul mandato di ricerca delle prove); ancora, può essere emesso per acquisire una prova dichiarativa – da un potenziale testimone o da un imputato – così come per ottenere dati in tempo reale (ivi comprese le intercettazioni di comunicazioni). Per quanto concerne la scelta in ordine all'ammissibilità o meno come prova delle dichiarazioni rese in assenza di contraddittorio è rimessa ovviamente alla discrezionalità dei legislatori nazionali, secondo le opzioni di fondo del sistema processuale penale.

Ad esempio, per quanto riguarda l'ordinamento inglese, il Parlamento, accogliendo le raccomandazioni formulate dalla Law Commission ha introdotto una disciplina legislativa della “*rule against hearsay*” volta a “ mitigare la tassatività della regola stessa, rendendo ammissibili le dichiarazioni rese « *out-of-court* » nei casi in cui esse appaiano « necessarie », « convincenti » e « sicure » È stata inoltre prevista la necessità di un *leave* del giudice, il quale, qualora venga chiesta l'ammissione di una prova *hearsay* in ragione dei timori addotti da un testimone, dovrà valutare tutte le circostanze rilevanti ed ammettere gli *statements* solo se ciò risulti nell'interesse della giustizia. Negli ordinamenti francese e belga, invece, l'assenza di un principio di immediatezza e la possibilità di utilizzare la *hearsay evidence* come prova, esponevano l'accusato al rischio di

³⁸³ F. SIRACUSANO, *Tra mutuo riconoscimento e armonizzazione preventiva: quali prospettive per la prova dichiarativa nell'ambito dell'Unione europea?*, in *Arch. pen.*, 2012, n. 1, p. 1 e ss.

³⁸⁴ M. CAIANIELLO, *La nuova direttiva UE sull'ordine europeo di indagine penale tra mutuo riconoscimento e ammissione reciproca delle prove*, cit., p.1 e ss.

essere condannato sulla base delle sole dichiarazioni rese da testimoni che lo stesso non aveva mai avuto la facoltà di esaminare³⁸⁵.

A tal proposito si deve poi precisare che in gran parte degli ordinamenti nazionali il confronto dialettico nel contesto della prova dichiarativa deve determinarsi nel momento di formazione della prova stessa. Nel contesto europeo, invece, è sufficiente un contraddittorio differito che possiamo considerare sganciato dal momento della dichiarazione. Il tutto a condizione che l'imputato abbia avuto la possibilità di contestare la testimonianza a carico. Non esiste neanche il divieto di impiegare in modo esclusivo l'atto formato unilateralmente, dal momento che questo ammortizzatore viene ad essere considerato solamente in sede di valutazione di elementi formati in assoluto *deficit* dialettico.

L'autorità giudiziaria emittente concorda con quella di esecuzione le modalità di compimento dell'atto di indagine o di prova, indicando specificamente i diritti e le facoltà riconosciuti dalla legge alle parti e ai loro difensori. Nella disciplina pattizia, infatti, non vi è alcun esplicito riferimento al metodo del contraddittorio nella formazione della prova, né a canoni di esclusione probatoria derivanti dalla sua inosservanza, né ad una previsione come quella del 4° comma dell'art. 111 Cost., secondo cui « la colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore »³⁸⁶. Si

³⁸⁵Attualmente, tuttavia, sotto l'influenza della giurisprudenza della Corte europea — in particolare, dopo le sentenze *Delta c. Francia* del 1990 e *Visser c. Francia* del 1993 — la situazione sembra mutata: si è previsto, infatti, che a fronte della richiesta della difesa di esaminare un testimone a carico, il giudice sia obbligato a citarlo, salvo ciò sia divenuto impossibile, o la difesa abbia già avuto la possibilità di confrontarsi con lui in una fase anteriore del procedimento. Per quanto concerne le garanzie previste dalla Convenzione europea, esse sono contenute nell'art. 6 Conv. eur. e, in particolare, al par. 3 lett. d) dello stesso che stabilisce, come è noto, il diritto dell'accusato « di interrogare o di far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico ». Cfr. S. LONATI, *Una proposta de iure condendo per adeguare il nostro sistema ai principi della Convenzione Europea in tema di formazione della prova orale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, fasc.3, 2012, p. 1016.

³⁸⁶ Si è osservato, in proposito, come sarebbe « incongruo » ritenere che il legislatore, proprio nel momento in cui operava una revisione dell'art. 111 Cost. al fine di introdurre i principi convenzionali sul giusto processo, abbia poi elaborato una norma incompatibile con quella convenzionale: « la differenza di formulazione rispetto alla norma CEDU non può, pertanto, essere intesa nel senso di una volontà del legislatore di impedire l'applicazione della regola convenzionale. La diversità di articolazione delle norme non esclude che esse costituiscono comunque applicazione di un identico o analogo principio generale inteso a porre un rigoroso criterio di valutazione delle dichiarazioni dei soggetti che la difesa non ha mai

evinces che la centralità di tale riflessione debba essere ricercata come sottolineato dalla dottrina³⁸⁷, nel metodo di formazione della prova che condiziona fortemente la valutazione giudiziale a cui il procedimento stesso è orientato. In altre parole, il giudice perviene ad un risultato validamente spendibile nel processo interno solo a seguito di una corretta selezione di tutti gli elementi di prova. Affinché un dato probatorio “allogeno” possa ricevere piena valenza argomentativa in un paese diverso da quello in cui è stato raccolto occorre, pertanto, che le operazioni di ricerca siano connotate da requisiti qualitativamente omogenei in tutti gli ordinamenti nazionali³⁸⁸.

In linea con le regole sull’attribuzione della competenza, spetta al procuratore della Repubblica trasmettere “senza ritardo” direttamente all’autorità di emissione i verbali degli atti compiuti, i documenti e le cose oggetto della richiesta, nonché i verbali di prove o gli atti acquisiti in altro procedimento (art. 12 comma 1), dandone attestazione in forma scritta (art. 12 comma 3). Per esigenze di semplificazione è previsto che, qualora all’esecuzione dell’atto abbia partecipato un funzionario dello Stato emittente, la consegna può essere fatta direttamente a quest’ultimo (art. 12 comma 2). Analogamente alla direttiva (art. 13 § 4), può essere disposto il trasferimento temporaneo del corpo del reato e delle cose pertinenti al reato, purché non sia di impedimento alla trattazione del procedimento in corso, concordando con l’autorità di emissione le modalità del trasferimento e il termine di restituzione. Ai fini di questo adempimento, mentre durante le indagini dominus è il procuratore della Repubblica, dopo l’esercizio dell’azione penale avrà bisogno dell’autorizzazione del giudice procedente che provvederà dopo avere sentito le parti, alle quali è riconosciuto esclusivamente un potere di interlocuzione. L’OEI può essere emesso per acquisire una prova dichiarativa da un potenziale testimone o da un imputato così come per ottenere

avuto la possibilità di esaminare e ad eliminare o limitare statuizioni di condanna fondate esclusivamente su tali dichiarazioni».S.LONATI, *Una proposta de iure condendo per adeguare il nostro sistema ai principi della convenzione europea in tema di formazione della prova orale*, cit., p. 1016.

³⁸⁷ G. FIORELLI, *Nuovi orizzonti investigativi: l’ordine europeo di indagine*, cit., p. 705 e ss.

³⁸⁸ F. SIRACUSANO, *Tra mutuo riconoscimento e armonizzazione preventiva: quali prospettive per la circolazione della prova dichiarativa nell’ambito dell’Unione Europea?*, cit., p. 201.

dati in tempo reale (ivi comprese le intercettazioni di comunicazioni). Infine, all'OEI si può ricorrere per effettuare un'operazione sotto copertura. Sul piano formale, l'unica esclusione esplicita concerne le squadre investigative comuni, lasciate alla disciplina della vecchia decisione quadro 9, e all'opera di coordinamento di Eurojust. In sostanza, ogni atto a fine probatorio può costituire l'oggetto dell'OEI³⁸⁹. A tal proposito si ricorda come le squadre investigative possono essere costituite – per una durata limitata, seppur prorogabile – per lo svolgimento di indagini collegate fra più Stati membri che comportano «inchieste difficili e di notevole portata», ovvero quando vi è l'esigenza di un'azione coordinata e concertata negli Stati membri interessati. Sebbene vi si possa far ricorso anche per reati di minore entità³⁹⁰.

4. I trasferimenti dei detenuti

Una specifica disciplina è dettata, anzitutto - in attuazione dell'art. 22 della direttiva - per il trasferimento temporaneo di persone detenute o internate, ai fini del compimento di un atto d'indagine o di prova all'estero³⁹¹. Condizione perché il trasferimento possa avere luogo è, anzitutto, il consenso della persona,

³⁸⁹ M. CAIANIELLO, *La nuova direttiva UE sull'ordine europeo di indagine penale tra mutuo riconoscimento e ammissione reciproca delle prove*, cit., p. 1 e ss.

³⁹⁰ La volontà di consentire un allargamento dei soggetti coinvolti nell'operazione congiunta è del tutto aderente all'esigenza di creare pool investigativi il più possibile eterogenei – anche operanti fuori dai confini dell'UE – con l'invito agli Stati membri di consentire la più ampia partecipazione alla squadra, purché funzionale agli obiettivi investigativi; in particolare, il riferimento è agli appartenenti a Olaf, o a Paesi terzi, con un richiamo specifico agli operatori statunitensi, per i quali è però necessario che l'accordo costitutivo disciplini la responsabilità dei soggetti, posto che, naturalmente, risulta inapplicabile la normativa europea. Il virtuoso principio di partecipazione indiscriminata al team di indagine, orientato alla esclusiva realizzazione del fine investigativo senza ulteriori “retropensieri” autarchici, ha però lasciato spazio a una scelta legislativa ben più cauta, giacché «se la squadra investigativa comune ha bisogno dell'assistenza di uno Stato membro che non ha partecipato alla costituzione della squadra, ovvero di un paese terzo, le autorità competenti dello Stato d'intervento ne possono fare richiesta alle autorità competenti dell'altro Stato interessato conformemente agli strumenti o disposizioni pertinenti» (art. 1, § 8, decisione quadro 2002/465/GAI). Cfr. G. BARROCU, *Le speciali tecniche di investigazione nel contesto europeo*, cit., p. 1325.

³⁹¹ L. CAMALDO, *La Direttiva sull'ordine europeo di indagine penale (OEI): un congegno di acquisizione della prova dotato di molteplici potenzialità, ma di non facile attuazione*, in *Dir. pen. cont.*, 27 maggio 2014, p. 189 e ss.

presidiato da una serie di garanzie³⁹². In particolare, deve risultare da atto scritto ed è validamente prestato, secondo le modalità stabilite dal diritto interno, a condizione che la persona abbia avuto la possibilità di conferire con il proprio difensore³⁹³. Per il trasferimento, all'interno degli Stati Membri è previsto il nulla osta del giudice procedente o comunque dell'organo deputato a tale tipologia di funzione, qualora si tratti di condannato o internato, dovendosi in ogni caso tenere conto dell'età della persona e delle sue condizioni di salute fisica o mentale. Le modalità di trasferimento vengono decise prendendo in considerazione le rispettive autorità giudiziarie e il termine di rientro nel territorio nazionale, in data anteriore alla scadenza dei termini massimi di custodia cautelare o di quello di cessazione della pena in esecuzione. Il periodo di detenzione all'estero è computato, a ogni effetto, nella durata della custodia cautelare, mentre nel caso di detenuto in espiazione della pena tale periodo si considera come trascorso all'interno di un determinato Paese Membro³⁹⁴. Il consenso al trasferimento dei detenuti deve essere verificabile da un atto scritto e viene prestato solamente dopo il colloquio con il difensore. Le informazioni e le motivazioni del trasferimento devono chiaramente essere verificabili e di facile

³⁹² 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*, cit., p. 34.

³⁹³ Seppure non espressamente prevista, dovrebbe essere garantita anche la presenza di un interprete, laddove necessario. In Italia, occorre poi il nulla osta del giudice procedente, individuato, nei casi di detenuto in stato cautelare, secondo i criteri fissati dall'art. 279 c.p.p.; nell'ipotesi di condannato o internato, nel magistrato di sorveglianza. In un'ottica di tutela

dell'individuo, è espressamente previsto che nel rilasciare il nulla osta al trasferimento l'autorità competente tenga conto dell'età della persona e delle sue condizioni di salute fisica o mentale. Cfr. T. RAFARACI, *L'area di libertà sicurezza e giustizia: alla ricerca di un equilibrio fra priorità repressive ed esigenze di garanzia*, (a cura di T. Rafaraci), Giuffrè, 2007, p. 691 e ss.; si veda anche G. DE AMICIS, *Il d.lgs. 15 febbraio 2016, n. 34: l'attuazione delle squadre investigative comuni nell'ordinamento italiano*, in *Cooperazione giudiziaria internazionale*, (a cura di T. Bene e A. Marandola), Giappichelli, 2016, 52 e ss.

³⁹⁴ In Italia, nella diversa situazione, in cui l'ordine di indagine abbia ad oggetto la richiesta di trasferimento temporaneo di persona detenuta nello Stato di emissione, per il compimento di un atto di indagine o di prova nel territorio nazionale, il Procuratore della Repubblica concorda con l'autorità di emissione le modalità del trasferimento e il termine entro cui la persona, temporaneamente trasferita, deve fare rientro nello Stato estero (art. 17). Si pensi, a titolo esemplificativo, al confronto tra una persona che si trova in Italia, ma che non può recarsi all'estero, e un soggetto detenuto nello Stato di emissione dell'ordine europeo di indagine, il quale verrà temporaneamente trasferito nel nostro Paese per il tempo strettamente necessario al compimento dell'attività probatoria. Cfr. L. CAMALDO, *La normativa di attuazione dell'ordine europeo di indagine penale: le modalità operative del nuovo strumento di acquisizione della prova all'estero*, cit., p. 4196 e ss.

comprensione per il soggetto da trasferire. Non si possono mettere in atto dei trasferimenti senza che sia stata data adeguata informazione o nel caso di non rispetto della tempistica procedurale. Il consenso poi prestato deve essere considerato, revocabile. Da una lettura della Direttiva si evince che lo stesso, al contrario, dovrebbe essere irrevocabile secondo quanto previsto dal Mandato di Arresto Europeo che prevede l'impossibilità di modificare il consenso nell'ambito di una procedura di cooperazione giudiziaria con altro Stato Membro. In tal senso, quindi, il mandato -come detto in precedenza - viene revocato se esistono elementi idonei a dimostrare che il soggetto non era stato informato, prima di dare il beneplacito al trasferimento, di qualche circostanza decisiva in tal senso. Un ulteriore motivo di revoca potrebbe essere costituito dalla modificazione di alcune circostanze inerenti proprio al processo in questione che, nei fatti, modificano il quadro originario all'interno del quale un individuo aveva assunto una decisione. A tali statuizioni si accompagnano poi una serie di regole che sono orientate a tutelare i diritti del soggetto da trasferire. In particolare vale, nelle ipotesi sinora descritte, il principio di specialità, già noto nell'ambito dei tradizionali mezzi di cooperazione giudiziaria internazionale, secondo cui la persona detenuta o internata, temporaneamente trasferita, non può essere sottoposta a restrizione della libertà personale in esecuzione di una pena o misura di sicurezza, né assoggettata ad altra misura restrittiva della libertà personale, per un fatto anteriore e diverso da quello per il quale il trasferimento temporaneo è stato disposto (v., rispettivamente, artt. 16 comma 6, e 17 comma 3)³⁹⁵. Nell'ambito di una procedura passiva è il procuratore della Repubblica – nel caso italiano - a dialogare con l'autorità giudiziaria dello Stato Membro per capire quali potrebbero essere i tempi o la durata del trasferimento stesso. Gli aspetti esecutivi del trasferimento sono a discrezione dell'autorità che riceve la richiesta anche se occorre tenere conto, nella valutazione, sempre delle effettive

³⁹⁵ Sono previste due (consuete) deroghe nella quali il principio di specialità non opera: qualora la persona, avendone avuta la possibilità, non abbia lasciato il territorio dello Stato, trascorsi quindici giorni da quando la sua presenza non era più richiesta, ovvero se, dopo averlo lasciato, vi abbia fatto volontariamente ritorno. Cfr. A. SCALFATI, *Note minime su cooperazione investigativa e mutuo riconoscimento*, in *Proc. pen. giust.*, 2017, n. 2, p. 217.

condizioni del detenuto. Se un soggetto non è nelle condizioni di essere trasferito all'estero difficilmente, anche nel caso di procedura passiva, si può dare luogo a tale tipologia di atto.

CONCLUSIONI

Il processo d'integrazione europea, sostanziatosi nel graduale depotenziamento delle frontiere interne e nel conseguente incremento della libera ed incontrollata circolazione di persone, capitali, merci e servizi ha svelato, come era facilmente prevedibile, evidenti ricadute sulle dimensioni del crimine. Invero, la creazione di un mercato unico ha, di fatto, fornito alle organizzazioni criminali l'irripetibile occasione di sfruttare a pieno la soppressione delle barriere intra-comunitarie, facilitando, in tal modo, la diffusione dei traffici illeciti oltre i confini nazionali. Il Trattato di Lisbona aveva confermato le linee guida tracciate nel vertice di Tampere del 1999 che circa trenta anni orsono aveva stabilito come il fondamento della cooperazione giudiziaria risiede nel principio del mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie. Proprio il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari tra gli Stati appare strumentale al rafforzamento della mutua fiducia tra le autorità giudiziarie dei Paesi membri e costituisce la preconditione per una compiuta applicazione degli strumenti basati sul mutuo riconoscimento. Il Titolo V del Trattato di Lisbona aveva in sé delle innovazioni nel settore della cooperazione giudiziaria penale. Tale attuazione ha prodotto cambiamenti e progressi nella costruzione dello spazio di libertà sicurezza e giustizia attraverso il superamento del metodo intergovernativo e l'introduzione di nuovi meccanismi di produzione normativa. Attualmente i progressi fatti proprio durante il lungo processo di evoluzione al quale stiamo

facendo riferimento si basano non solo sulla presa d'atto che la cooperazione in materia giudiziaria si realizza attraverso una azione, in questo caso investigativa, che non può tenere conto di barriere nazionali che possano rallentare determinate operazioni. Le finalità investigative di un determinato Stato Membro dovrebbero essere condivise a livello comunitario in modo da consentire una più efficace lotta alla criminalità. Da un punto di vista che possiamo definire generale il principio guida all'interno di tale percorso evolutivo risulta essere quello che una determinata comunità se esiste ha il diritto a tutelarsi in tutti i modi possibili. Attraverso il processo di cooperazione penale l'Unione europea diviene competente a svolgere il ruolo di giudizio di necessità della pena, ma non ad esercitare la potestà punitiva. Questo può sembrare una contraddizione, ma la storia della relazione tra diritto penale ed integrazione europea è segnata di contraddizioni. Del resto, il diritto penale europeo dall'incontro tra principio di prevalenza del diritto comunitario e quello di riserva di legge del diritto penale che determina per un verso norme prevalenti, ma incompetenti e per un altro verso, norme competenti in via esclusiva, ma subordinate alle prime. L'Unione europea e il diritto penale europeo si fondano su logiche di legittimazione opposte, ma per gli stessi fini sono scese a patti l'una con l'altra. Il successo dell'integrazione europea ha contribuito a far emergere obiettivi bisogni di tutela a cui occorre dare risposta nel quadro di una politica criminale a livello europeo. Nello stato di avanzamento della nostra civiltà giuridica l'uso del diritto penale è subordinato ad un tasso di legittimazione molto elevato da essere rilevatore dell'esistenza di un processo costituente di un'identità collettiva comune. Dalla prospettiva italiana, la normativa di recepimento non mostra significativi scostamenti dal testo della direttiva, se non per la trasposizione come obbligatori dei motivi di non riconoscimento dell'OEI - profilo sul quale potrebbe rendersi necessario un intervento della Corte di Giustizia - e per alcune differenze "contenutistiche". Al pari della direttiva, il punto più "debole" rimane quello della tutela dei diritti di difesa della persona sottoposta ad indagini e dei terzi che si trovino coinvolti in un procedimento di acquisizione transnazionale della prova, sul fronte sia dell'accesso all'atto d'indagine, sia del controllo avverso il provvedimento di riconoscimento.

In tale prospettiva occorre puntualizzare che l'Unione Europea deve il suo successo all'invenzione del metodo funzionalista di Jean Monnet, consapevole per questo motivo della sua costituzionale incapacità a poter fare un balzo in avanti, ma al tempo stesso è alla continua ricerca di decisivi passi da compiere, cosciente che ogni passo costituisce un tassello in più per la costruzione di quel processo costituente che caratterizza la storia dell'integrazione europea. Da qui l'insanabile contraddizione tra un'Unione europea che vedendo nelle competenze in materia criminale il mezzo per una sua legittimazione ne resta attratta, ed un diritto penale che esercita il suo fascino attraverso questa inversione tra legittimazione e competenza. La storia del diritto penale europeo è segnata da queste contraddizioni che si riflettono anche nei nuovi trattati. In questo senso appare fondamentale l'accento, in entrambi i piani nazionale e comunitario, sul mantenimento di un costante e "diretto" dialogo tra le competenti autorità dei rispettivi Stati nella fase in cui occorre valutare i presupposti di ammissibilità dell'atto richiesto, soprattutto dove si tratti di un atto coercitivo. Questo dialogo può certamente favorire quel processo, sia pure "indiretto", di armonizzazione probatoria al quale il legislatore europeo sembra avere rinunciato, come dimostra il volto "ibrido" della direttiva sull'ordine europeo di indagine penale.

In base allo studio effettuato, si può comunque prendere atto della progressiva presa di coscienza dell'importanza dell'OEI, cui bisogna pur sempre dare il merito di aver introdotto delle procedure notevolmente più snelle e rapide rispetto a quelle previste per l'estradizione: non a caso l'ormai vecchio mandato d'arresto europeo nasce proprio dall'esigenza di superare gli obsoleti e lenti meccanismi caratterizzanti la stessa estradizione. Da un punto di vista applicativo, è da registrare un notevole ricorso allo strumento in questione, proprio a causa delle evidenti facilità derivanti da una collaborazione attraverso i confini nazionali durante le fasi di indagine. Un importante ostacolo, tra le altre cose di primaria importanza e decisamente rilevante ai fini della concreta attuazione degli obiettivi di tali strumenti è quello del rispetto dei diritti umani. L'esecutività di determinate azioni contenute all'interno dei provvedimenti normativi che stiamo esaminando è sempre vincolata al rispetto di alcuni principi garantisti contenuti

all'interno dei diversi ordinamenti e riconducibili al più ampio intento di tutela dei diritti umani. Come abbiamo avuto modo di vedere soprattutto nella parte iniziale di questo lavoro anche nel dare attuazione, ad esempio, alla Decisione Quadro 2002/584/GAI sul mandato d'arresto europeo, che avrebbe dovuto rappresentare un'evoluzione rispetto all'istituto dell'estradizione, fino a quel momento regolata da risalenti convenzioni, si è visto come il legislatore interno si sia trovato diviso tra l'obbligo di dettare una disciplina che fosse conforme sia all'atto comunitario, invero già deficitario sotto il profilo delle garanzie individuali, probabilmente in ragione proprio della reciproca fiducia su cui si basa la cooperazione comunitaria, sia alla Costituzione. Indipendentemente dai singoli provvedimenti, compreso quello relativo all'ordine di indagine europeo occorre dire che l'obiettivo del legislatore italiano si distingue per cercare di evitare, in alcuni casi anche con troppo zelo (anche se la normativa italiana non è stata oggetto specifico di trattazione nel presente lavoro), che la cooperazione potesse allora diventare l'occasione per realizzare un arretramento delle garanzie disposte dall'ordinamento interno, ma senza poi nella prassi essere coadiuvato dalle autorità giudiziarie che, sfruttando un ampio spazio interpretativo, sono spesso andate al di là del testo di legge da applicare. Si è parlato di situazioni in cui non è sembrato affatto chiaro il confine tra interpretazione conforme della normativa sovranazionale e applicazione diretta della medesima, alternativa non di poco conto se si parte dal presupposto assodato che la legge italiana assicura garanzie più elevate di molte altre in Europa rispetto a materie nevralgiche come quella della libertà personale. Non sembra sbagliato affermare che in certi casi l'attività esegetica abbia sfiorato il limite dell'interpretazione *contra legem*, e che la via dell'interpretazione conforme sia stata forzosamente seguita per evitare di sollevare questioni di legittimità costituzionale in grado di mettere in crisi la tenuta dei rapporti tra ordinamento interno e quello comunitario. In tal senso molte sono le aspettative riguardanti le due specifiche condizioni a cui l'art. 6 § 1 della direttiva subordina l'emissione dell'ordine di indagine: la proporzione, da valutare ai fini del procedimento d'origine e tenendo conto dei diritti dell'accusato (lett. *a*); nonché l'equivalenza, nel senso che gli atti richiesti nell'ordine avrebbero potuto «essere emessi alle stesse condizioni in un caso

interno analogo» (lett. b). Anche se, in verità, entrambi i principi – la proporzionalità e l'equivalenza – sono intimamente connessi con l'esercizio del potere discrezionale, circostanza che ne rende complicato l'impianto in un ordinamento, come quello domestico, votato al canone di legalità processuale (In art. 111 comma 1 Cost.) altre parole, così si evince dalle riflessioni conclusive del XXX Convegno dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale su «Investigazioni e prove transnazionali», la normativa presenta non solo taluni scogli operativi (si pensi all'art. 30 direttiva ultimamente citata, dove non si richiede che, per le intercettazioni, ambedue le autorità degli Stati di emissione e di esecuzione siano giudici o almeno autorità giudiziarie indipendenti, entrando in rotta di collisione con gli art. 8 Carta dir. fond. UE e 8 Conv. eur. dir. uomo), bensì anche una serie di criticità irrisolte, le quali comportano il rischio della creazione di un diritto giurisprudenziale variabile da caso a caso poco compatibile con il principio di legalità processuale sancito dalla Corte di Strasburgo e dall'art. 111 comma 1, Cost.

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, 2016.

ALLEGREZZA S., *Il diritto delle prove eurounitario*, in *I limiti alla prova nella procedura penale europea* (a cura di A. Cabiale), Wolters Kluwer -CEDAM, 2019.

BACCARI G. M., *Una normativa lacunosa e dal sapore rétro per i casi di conflitto di giurisdizione in ambito europeo*, in *Dir. pen. proc.*, 2016.

BARROCU G., *L'OEI nell'ordinamento italiano*, in *La cooperazione investigativa in ambito europeo* (a cura di G. Barrocu), Wolters Kluwer – CEDAM, 2017.

BARROCU G., *Le speciali tecniche di investigazione nel contesto europeo*, in *Cass. Pen.*, fasc.3, 1 MARZO 2020.

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

BELFIORE R., *La prova penale*, in *Cass. pen.*, 2015.

BONFANTI A., *Intercettazione di comunicazioni telematiche e acquisizioni di dati: sullo studio dell'Unione Europea*, in “*Legal frameworks for Hacking by Law enforcement*”, Dir. Um e dir. Int., 2017.

BORDIERI M., *Brevi note sull'inutilizzabilità di atti di investigazione svolti all'estero dal difensore dell'imputato senza passare attraverso una rogatoria internazionale*, in *Mandato d'arresto europeo e investigazioni difensive* (a cura di L. Camaldo), Giuffrè, 2018.

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, 2016.

CAIANIELLO M., *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., *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, 2018.

CAIANIELLO M., *Dal terzo pilastro ai nuovi strumenti: diritti fondamentali, “road map” e l'impianto delle nuove direttive*, in *Dir. pen. cont.*, 2015.

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.

CAMALDO L., *Le squadre investigative comuni: La normativa di attuazione dopo una lunga attesa* (d.lgs. 15 febbraio 2016, n. 34), in *Processo penale e regole europee: atti, diritti, soggetti e decisioni*, (a cura di F.Ruggieri), Giappichelli, 2017.

CAMALDO L., *La normativa di attuazione dell'ordine europeo di indagine penale: le modalità operative del nuovo strumento di acquisizione della prova all'estero*, in *Cass.pen.*, fasc.11,2017.

L. CAMALDO, *La Direttiva sull'ordine europeo di indagine penale (OEI): un congegno di acquisizione della prova dotato di molteplici potenzialità, ma di non facile attuazione*, in *Dir. pen. cont.*, 27 maggio 2014.

CAMON A., *La disciplina delle indagini genetiche*, in *Cass. Pen.*, 2014.

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

D'AURIA L., *Dal prelievo coattivo alla banca dati dei profili genetici: l'ennesima incompiuta*, in *Riv. it. medicina legale* (dal 2012 *Riv. it. medicina legale e dir. sanitario*), fasc.1, 2007

DANIELE M., *Ricerca e formazione della prova*, in *Manuale di procedura penale europea* (a cura di R. Kostoris), Giuffr , 2017.

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

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

DANIELE M., *L'ordine europeo di indagine penale entra a regime. Prime riflessioni sul d.lgs. 180 del 2017*, in *penale contemporaneo*, 2017.

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>.

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., *L'impatto dell'ordine europeo di indagine penale sulle regole probatorie nazionali*, Testo della relazione, integrata e corredata di bibliografia, svolta

al XXX Convegno nazionale dell'Associazione tra gli Studiosi del Processo Penale ("Investigazioni e prove transnazionali", Roma, 20-21 ottobre 2016).

DE AMICIS G., *Il principio del reciproco riconoscimento e la sua attuazione nel diritto interno*, in *La nuova cooperazione giudiziaria penale* (a cura di M. R. Marchetti e E. Selvaggi), Wolters Kluwer – CEDAM, 2019.

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

DE AMICIS G., *Dalle rogatorie all'ordine europeo di indagine: verso un nuovo diritto della cooperazione giudiziaria penale*, in *Dir. pen. cont.*, 2018.

DE AMICIS G., *Il d.lgs. 15 febbraio 2016, n. 34: l'attuazione delle squadre investigative comuni nell'ordinamento italiano*, in *Cooperazione giudiziaria internazionale*, (a cura di T. Bene e A. Marandola), Giappichelli, 2016.

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>.

GIORDANO L., *Intercettazione di flussi comunicativi con l'estero. I limiti operativi della procedura di istradamento*, in www.ilpenalista.it, 2018.

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

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

LONATI S., *Una proposta de iure condendo per adeguare il nostro sistema ai principi della Convenzione Europea in tema di formazione della prova orale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, fasc.3, 2012.

KOSTORIS R. E., *Diritto europeo e giustizia penale*, in *Manuale di procedura penale europea* (a cura di R. E. Kostoris), Giuffr , 2017.

KOSTORIS R. E., *L'OEI come espressione di un diritto per principi*, in *L'ordine europeo di indagine penale* (a cura di M. Daniele e R. E. Kostoris), G. Giappichelli, 2018.

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, 2018.

LORENZETTO E., *L'assetto delle impugnazioni*, in *L'Ordine Europeo di indagine penale* (a cura di M. Daniele e R. Kostoris), G. Giappichelli, 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), Wolters Kluwer - CEDAM, 2019.

LORENZETTO E., *L'ordine europeo di indagine penale: efficienza e garanzie per le acquisizioni probatorie in ambito eurounitario*, in *Cass. pen.*, fasc.3, 2020

MANGIARACINA A., *L'acquisizione "europea" della prova cambia volto: l'Italia attua la direttiva relativa all'ordine europeo di indagine penale*, in *Dir. pen. e proc.*, 2018.

MANGIARACINA A., *Il procedimento di esecuzione dell'oei ed i margini nazionali di rifiuto*, in *L'Ordine Europeo di indagine penale* (a cura di M. Daniele e R. Kostoris), G. Giappichelli, 2018.

MANGIARACINA A., *A new and controversial scenario in the gathering of evidence at the European Union level: the Proposal for a Directive on the European Investigation Order*, in *Utrecht Law Review*, 2014, vol. 10.

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

MARCOLINI S., *L'ordine europeo di indagine alla prova dei fatti: prime pronunce in materia*, in *Cass. pen.*, fasc.9, 2019.

MARCHETTI M. R., *Dalla Convenzione di assistenza giudiziaria in materia penale dell'Unione Europea al mandato europeo di ricerca delle prove e all'ordine europeo di indagine penale*, in *La cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale nell'Unione Europea dopo il Trattato di Lisbona*, (a cura di T. Rafaraci) Giuffrè, 2011.

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

PANZAVOLTA M., *Ordine di indagine europeo e indagini bancarie: spunti di riflessione sul concetto di caso interno analogo e atto di indagine alternativo*, in *Indagini penali e amministrative in materia di frodi IVA e di imposte doganali. L'impatto dell'European Investigation Order sulla cooperazione*, (a cura di A. DI PIETRO E M. CAIANIELLO), Bari, 2016.

PARODI C., *Ordine di indagine europeo: la disciplina delle intercettazioni*, in *Cass. pen.*, fasc.3, 2020

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), Wolters Kluwer - CEDAM, 2019.

RAFARACI T., *Il diritto di difesa nelle procedure di cooperazione giudiziaria nel contesto dell'Unione europea*, in *La cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale nell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona* (a cura di T. Rafaraci), Giuffrè Editore – Milano, 2017.

RAFARACI T., *L'area di libertà sicurezza e giustizia: alla ricerca di un equilibrio fra priorità repressive ed esigenze di garanzia*, (a cura di T. Rafaraci), Giuffrè, 2007.

RIVELLO P., *Tecniche scientifiche e processo penale*, in *Cass. pen.*, fasc.4, 2013.

A. SCALFATI, *Note minime su cooperazione investigativa e mutuo riconoscimento*, in *Proc. pen. giust.*, 2017, n. 2

SCELLA A., *Squadre investigative comuni*, in *Investigazioni e prove transnazionali*, Giuffrè, 2017.

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

SIRACUSANO F., *Procedure di cooperazione giudiziaria e garanzie difensive: lungo la strada, a piccoli passi*, in *Arch. pen. n.3*, 2016.

SIRACUSANO F., *Il diritto all'assistenza del difensore nel procedimento di esecuzione del mandato d'arresto europeo*, in *Nuovi orizzonti del diritto alla difesa tecnica*, (a cura di N. Negri-P., Renon), G. Giappichelli, 2017

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

SPANGHER G., MARANDOLA A., GARUTI G., KALB L., IV, *Impugnazioni. Esecuzione penale. Rapporti giurisdizionali con autorità straniere*, (a cura di L. Kalb), Utet Giuridica, 2015.

SPAGNOLO P., *Il procedimento di emissione dell'OEI*, in *L'ordine*, 2018.

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

TINOCO PASTRANA A., *L'ordine europeo di indagine penale*, in *Proc. pen. giust.*, 2017.

TONINI P., *Dalla perizia "prova neutra" al contraddittorio sulla scienza*, in *Dir. pen. proc.*, 2011.

TRIGGIANI N., *In divenire la disciplina dei rapporti giurisdizionali con autorità straniere: appunti sulla l. 21 luglio 2016, n. 149*, in *Dir. pen. cont.*, 2016.

UBERTIS G., *Considerazioni generali su investigazioni e prove transnazionali*, in *Cass. pen.*, fasc.1, 2017.

